

EL CONCEBIDO Y SU TUTELA JURÍDICA.
PERSONALIDAD Y DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.
EL "STATUS PERSONAL"

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS

PLANTEAMIENTO. 1. La tradición civilística y los nuevos vientos. Consideración sobre el "nasciturus". 2. De la despenalización del aborto a la aventura de las manipulaciones genéticas y a la introducción de la eutanasia. 3. Substrato moral del Derecho y dictámen jurídico. 4. Persona y derechos de la personalidad. 5. Los derechos de la personalidad y su posición sistemática.

Planteamiento

Para un jurista son muy difíciles de entender algunas de las últimas reformas legislativas en materia de aborto, inseminación artificial, cesión de embriones, eutanasia (materia sobre la que también existen proyectos de ley o anteproyectos, o resoluciones judiciales preocupantes), por ser contrarias a la más elemental *racionalidad* y, sobre todo, por atentar a la *dignidad de la persona humana*.

La materia afecta a muy diversos campos del Derecho (constitucional, administrativo, penal, civil), pero de una manera especial incide en los *derechos de la personalidad*, tanto desde la perspectiva constitucional, como desde la perspectiva civilística, puesto que la legislación cuestionada guarda relación con el *comienzo* y el *fin de la personalidad*, trastoca la *determinación de la filiación y de la paternidad*, en muchos

casos, va en contra del *derecho a la investigación de la paternidad* y de la *protección a la familia*, conculcando el *derecho a la vida* y a la *dignidad de la persona*, a la que ya nos referíamos inicialmente. Todos estos derechos, o presupuestos previos de su aplicación que forman parte de la *natura rei*, vienen reconocidos de manera expresa, o, implícita cuando menos, por todas las “cartas constitucionales”, tratados y convenciones internacionales, o sirven de base a las regulaciones contenidas en los Códigos civiles. Lo que, para nada, ha tenido en cuenta el legislador poniendo de relieve, una vez más, el divorcio existente entre Derecho y legislación, o, si se prefiere, entre Derecho y Política.

Todo esto nos lleva a enfocar esta realidad en su propio terreno, amparados en la libertad ideológica y de pensamiento que, actualmente, nadie se atrevería a negarnos. Por otra parte, el cuidar de una metodología y de una estrategia adecuadas, como nos dice la experiencia, es fundamental y, en ello, no podemos engañarnos, como, con el mejor de los deseos, ha sucedido otras veces; pues, las leyes, producen efectos directos y efectos indirectos, a veces, mucho más terribles que los directos: tal ha sucedido con las recientes reformas del Derecho de familia, en alguno de sus efectos más negativos: al facilitar la disolución del matrimonio, p. ej., no sólo se ha puesto en peligro la indisolubilidad del mismo, sino la propia institución del matrimonio. La técnica legislativa ha sido incorrecta y, también, la estrategia seguida contra esa técnica. Aparte de que, el Caballo de Troya, había ya entrado en la Iglesia de Dios, al menos, desde mi punto de vista.

Otro tanto ha sucedido, desde otro punto de vista, con las reformas de la adopción, por una ingerencia intempestiva de la autoridad administrativa y por confundir las exigencias de la regulación civil que configuran un *status personae* con la filiación adoptiva, mediante la integración en una familia, con las exigencias de la legislación asistencial o de beneficencia. Incluso, en materia de derechos del menor, en la familia o frente a la familia, derechos de los incapaces, igualdad entre el hombre y la mujer, a veces, se observa un cierto maximalismo peligroso y, sobre todo, destructivo de unas esferas na-

turales de protección y que la experiencia ha demostrado que eran útiles, mientras que, en cambio, no se ofrecen soluciones que sean satisfactorias.

Durante algún tiempo, algunos pensaron, especialmente en Italia, que éstos y otros males se iban a solucionar, en particular por lo que al Derecho civil se refiere, desde la perspectiva del Derecho constitucional, hablando con cierta énfasis del "Derecho civil constitucional", fórmula que prendió rápidamente en España. Pero la expresión "Derecho civil constitucional" no pasa de ser una expresión elegante, pero inexacta. Una brillante imagen que hay que entender en un contexto determinado. Sin embargo, por ella se han dejado prender algunos ilustres juristas, olvidando que una ciencia que acepta las imágenes, acaba siendo, más que ninguna otra, víctima de las metáforas.

No discuto, naturalmente, que las constituciones contengan normas que se refieren al Derecho civil. En la C. E. son numerosos los artículos al respecto: 10, 14, 15 a 29, que aluden a derechos de la persona física; arts. 32, 39 y 49, sobre la familia (matrimonio, filiación y patria potestad); arts. 33 y 38, sobre la propiedad y la herencia y sobre la libertad de empresa; y algunos otros (arts. 106, 121, 139), aunque se refieren a materias civiles reguladas por el Código civil. Pero no todas consagran derechos fundamentales y, algunas, como el art. 49, requieren un adecuado desarrollo legislativo para su plena efectividad, lo que sería también el caso de los arts. 106 y 121. Otras se integran en otros preceptos constitucionales que les confiere la fuerza que, por sí mismas, no tienen, como es el caso del art. 139 (en relación con el art. 17, por un lado, y con el art. 39, por otro). Finalmente, el art. 39 hay que entenderle en relación con los arts. 128 y 132.

Las normas de aplicación directa, en materia civil, lo que hacen es abreviar por medio del "*auxilium legis*" la aplicación de los derechos fundamentales, así sucede con la "igualdad", en relación con las diversas clases de filiación que desaparecen por aplicación directa de la Constitución; y lo mismo sucede con la libertad o derecho a contraer matrimonio (arts. 39.2 y 32.1, respectivamente), etc. De este modo, la Constitución

actúa inmediatamente como *lex posterior*, en función de su eficacia como *lex superior*. Pero esto no quiere decir que toda norma constitucional, aún actuando un derecho fundamental, y aún teniendo en cuenta que todo el ordenamiento jurídico debe ser interpretado en armonía con la Constitución, haga tabla rasa del Derecho preexistente. Es más, en Alemania, se ha denunciado recientemente por KONRAD HESSE — en un trabajo titulado *Verfassungsrecht und Privatrecht*, aparecido en 1988 — de acuerdo con una larga tradición constitucionalista, que el recurso a la Constitución no está siempre justificado en materias de Derecho civil, sobre todo cuando se abusa de los principios constitucionales que funcionan como “cláusulas generales” en la argumentación jurídica. Cuando, por otra parte, la Constitución frente al Derecho privado aparece fundamentalmente como “garantista” de unos derechos y de un sistema que se configura de acuerdo con las ideas de libertad, seguridad jurídica y respeto a los derechos adquiridos. Es decir, todo lo contrario a la pretensión de revisionismo de la flamante construcción del Derecho civil constitucional.

Por otra parte, no hay que olvidar que tanto Derecho constitucional, como Derecho civil son términos de valoraciones diferentes y que se construyen de diversa manera, mientras la Constitución, aparte de otras cosas que tienen un significado estrictamente histórico-político, es “una carta que garantiza derechos fundamentales a los ciudadanos”, el Código civil y sus *Novelas* es un conjunto normativo que “establece el derecho de la persona en sus relaciones, como tal, en la esfera privada, en las relaciones con otras personas, en el seno de la familia, y en relación con los bienes y con su patrimonio atendiendo al desarrollo de sus fines y al cumplimiento de sus responsabilidades”.

Las técnicas que utilizan, uno y otro, son técnicas distintas, aunque entre ambos existan puntos de coincidencia, por aquello de la unidad esencial del Derecho. Pero el que hayan de vivir, en una razonable armonía no supone, en modo alguno, que tengan que confundirse y estorbarse. Si la Constitución afirma la libertad y, más en concreto, “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”, como dice

el art. 38 de la C. E., esto no supone, de ninguna manera, que desde este principio haya que repensar las formas y solemnidades de los testamentos y de los contratos, porque, en distintos niveles, existe una coincidencia fundamental que, de ningún modo, hay que trivializar entre este principio y el dogma civilístico de la "autonomía privada".

No, de la Constitución no se pueden extraer consecuencias jurídicas que valgan para todo. Alguien tan poco sospechoso y tan conocido, por otra parte, como el publicista alemán FORSTHOF, ha dicho que no hay que ver en la Constitución, ni en la justicia constitucional, el "huevo cósmico" del que sale todo el ordenamiento jurídico. Por lo demás, es evidente que, lo mismo que sucede dentro del Derecho privado, en el que no siempre se está autorizado para proceder mediante "cláusulas generales", como la "buena fe", el "abuso del derecho", el "enriquecimiento injusto", la "equidad", etc., sino cuando el "sistema" lo permite; tampoco se está autorizado, en el Derecho constitucional, a desconocer el desarrollo legislativo y dogmático, en su caso, por recurrir indebidamente a los "standard" de la "libertad" o de la "igualdad", siempre que no se trate del marco, riguroso y estricto, del reconocimiento de tales derechos fundamentales, pues de lo contrario existe el riesgo de caer en una trivialización jurídica. Noción ésta que es muy importante: me refiero al equilibrio entre los distintos términos de referencia de las normas jurídicas, en países donde, como sucede en España, aparte del *amparo judicial* de los derechos fundamentales, existe el *amparo constitucional*. Porque, ni el recurso ante el Tribunal Constitucional es una última instancia, sino algo esencialmente diferente, y porque con sus fallos no puede, ni debe, ya que no es un tribunal ordinario, modificar el sistema jurídico: introduciendo elementos de un "sistema de Derecho judicial", como algunos llegaron a imaginar en un momento de "alucinación democrática", sólo explicable por unas concretas circunstancias históricas.

Por eso, todo exceso de la *justicia constitucional*, como se ha denunciado, en Alemania, y se comienza ahora a denunciar, en España, nos lleva a la "justicia del Cadi" o, cuando menos,

a la elaboración de un “caldo de cabeza” inútil, cuando no peligroso, por salirse de los cauces jurídicos, de los *modelos de pensar* de la “experiencia jurídica” encerrados en nuestra tradición romanista, tantas veces secular. Por eso, no creo que se deba hablar de Derecho civil constitucional, más que como punto de coincidencia, como comprobación de que se llega al mismo sitio por “camino distintos” y nada más. Lo mismo que no se puede hablar de “Derecho civil penal” por el hecho de que la propiedad se halle protegida, tanto por la acción reivindicatoria, las acciones posesorias, la negatoria, etc., dentro del sistema del Derecho civil, y por las acciones penales, contra los delitos de hurto, robo, apropiación indebida, etc.

Hecho este planteamiento, vamos ahora a ocuparnos de los temas concretos de nuestra consideración: la persona y los derechos de la personalidad.

1. *La tradición civilística y los nuevos vientos.* *Consideración sobre el “nasciturus”*

Si, abusando de la amabilidad de mis oyentes, he hecho un largo planteamiento, para definir una metodología — o, por lo menos, para excluirla — y para diseñar una estrategia, es porque el Derecho, en la sociedad pluralista y democrática moderna, para bien y para mal, se halla sometido a innumerables riesgos, como he denunciado inicialmente, ya que la legislación no respeta la consagración de unos valores, acuñados por una larga experiencia jurídica y, por otra parte, paladinamente reconocidos por las propias Constituciones. ¿Cómo puede ser esto?

La experiencia nos dice que, el mal y el bien, andan juntos por el mundo. De pronto, el mal no nos deja ver la luz. Es como en aquel famoso cuento de GOGOL, la Luna llena no ilumina la Nochebuena porque el Demonio la ha metido en un saco. La situación no sólo es lamentable, sino también grotesca. Cómo es posible que en nombre de unos valores constitucionales — la libertad de conciencia, la libertad de

actuación o de elección — se conculquen otros valores constitucionales?

Según la lógica más elemental existe sin duda una contradicción, cuando por el uso de unos derechos se conculcan otros, siendo ambos de la misma naturaleza. Si vemos las repercusiones nefastas que ello tiene para los “derechos de la personalidad”, o para los “presupuestos” de los mismos, ¿cómo arreglaríamos ésto acudiendo al método del Derecho civil constitucional? Creo que muy difícilmente.

En cambio, es justo reconocer por la fuerza pedagógica y ejemplar de las leyes, actuando en éste caso negativamente, que algunas de las valoraciones legislativas codificadas del concepto de “*nasciturus*”, como señaladamente la del *Codice civile* italiano vigente y la de otros códigos europeos que han seguido al modelo francés, han podido influir desfavorablemente en nuestro tema, al establecer una diferencia inadecuada, y contraria a la *natura rei*, entre *concebido* y *persona*. No voy a insistir sobre esta cuestión, brillantemente estudiada por P. CATALANO, unicamente quiero darle la razón y, de alguna manera, testimoniarle mi agradecimiento. Es, sin duda cierto, que el abandono de la tradición romanista, en éste punto, ha facilitado mucho las cosas. Pero la falta de rigor de los Códigos civiles, en esta materia, de todo punto censurable, no es la única responsable: el fuerte viento del materialismo individualista sopla ahora de todas partes, pero lo hace utilizando los argumentos de una configuración inadecuada del *nasciturus*. Sin embargo, la utilización de las viejas fórmulas romanísticas, a las que se atiene la tradición ibérica, como la del Código civil español (arts. 29 y 30), apartándose de su precedente en el Proyecto de Código civil de 1851 (art. 107), que sigue fielmente a las *Partidas* (4, 23, 3, etc.), tampoco han servido para poner una barrera a la despenalización del *aborto*.

En este sentido, el mal ejemplo de España es significativo. Aprobado por el Senado, en segunda lectura, un Proyecto de Ley de despenalización del aborto en 30 de noviembre de 1983 se interpuso por el Grupo Popular recurso previo de inconstitucionalidad, fundado en diversos motivos, entre los que destaca la infracción del art. 15 de la C. E. que proclama el

derecho de *todos* a la vida y a la integridad física y moral, términos que, efectivamente, son relacionados con la protección que el Código civil dispensa al *nasciturus* (arts. 959 a 967: suspensión de la partición hereditaria; arts. 627 y 644, puede ser donario, es causa de revocación de donaciones por superveniencia de hijos, respectivamente; art. 745, validez de los llamamientos sucesorios a su favor; arts. 790 y ss., validez del conjunto de condiciones, modos o cargas impuestas en favor del "*nasciturus*"; aparte de su incidencia en la aceptación y repudiación de la herencia, reservas, derecho de reversión y sustituciones hereditarias).

La sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 se aprueba por el voto dirimente del Presidente y tiene seis votos particulares, declarando en su fallo que el Proyecto de ley por el que se modifica el art. 417 del Código Penal, introduciendo un párrafo *bis*, es disconforme con la Constitución, no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución, en los términos y con el alcance que se expresan en el Fundamento Jurídico décimo segundo de la presente sentencia.

Aquí es precisamente donde viene la ambigüedad de la sentencia. Porque, con independencia de todo, no responde a un "sistema" conocido o susceptible de ser conocido previamente, conforme al cual pueden ciertamente haber soluciones distintas, pero no soluciones impensables. Lo que, para mí, constituye el fallo más grave de la *justicia constitucional*, expresión, por otra parte, de la soberbia democrática. Por eso, la sentencia recuerda de alguna manera aquella otra del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 1973, en la que se contiene la simple afirmación de que el "*nasciturus*" nunca había sido reconocido como "persona en sentido pleno". Pero es que tal sentencia, como la española que comentamos, por no admitir una jerarquía de valores, se apoya en valores o principios constitucionales que considera contrapuestos y aquí me viene a la memoria una petición que dirigen los saboyanos a Francisco I, el rey, trata de tranquilizarles refiriéndose a sus instituciones orgánicas, y, entre ellas, al Parlamento, pero los

comisionados o procuradores contestan: “Sire, Dios nos libre de la equidad del Parlamento” (!).

Però volvamos a nuestra sentencia y a su *fundamento décimo segundo*, en el que se apoya la inconstitucionalidad del Proyecto de Ley por ir en contra de lo dispuesto en el art. 15 de la C. E. En su razonamiento se pueden distinguir tres partes:

a) La primera es para poner de relieve dos ideas: Una, que constituye la tesis jurídica central de la sentencia, de que “no es inconstitucional privar de protección penal al “*nasciturus*” en ciertos casos, em razón de la protección de derechos constitucionales de la mujer y de las circunstancias concurrentes en determinadas situaciones”. Dos. La afirmación de que, puesto que el Estado tiene la obligación de garantizar la vida al “*nasciturus*” por causa del art. 15 de la Constitución, mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma, procede exigir que se establezcan las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema *no disminuya* más allá de lo que requiere la finalidad del nuevo precepto penal, lo que ha de llevarse a cabo — argumento típicamente de *equidad* — según dice expresamente “en la medida de lo posible”.

b) La segunda parte consiste en examinar las “medidas de garantía” necesarias para considerar que la regulación contenida en el Proyecto de Ley cumple las exigencias constitucionales derivadas del art. 15 C. E. Esto es, la protección positiva del “*nasciturus*”.

En cuanto al *aborto terapéutico*, el Tribunal entiende que, de forma análoga a lo previsto en el *aborto eugenésico*, se requiere la comprobación de la existencia del supuesto de hecho y que esto se realice con carácter general por un médico de la especialidad correspondiente, que dictamine sobre las circunstancias de dicho supuesto. En ambos casos, la comprobación del supuesto de hecho ha de hacerse necesariamente con anterioridad a la realización del aborto y el Tribunal entiende que el legislador debería de prever que la comprobación de tal supuesto de hecho, así como la realización del aborto, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados autori-

zados al efecto, o adoptar cualquiera otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional.

Por lo demás, las exigencias constitucionales no quedarían incumplidas — se dice — si el legislador excluyera a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables, en caso de incumplimiento de los citados requisitos de comprobación del supuesto y realización del aborto. El fundamento último de tales precauciones es hacer efectivo el deber del Estado de garantizar que la realización del aborto se llevará a cabo dentro de los límites previstos por el legislador y en las condiciones médicas adecuadas para salvaguardar la vida y la salud de la mujer.

En lo que se refiere a la comprobación del supuesto de hecho en el llamado *aborto ético*, advirtiendo que la comprobación judicial lleva consigo graves dificultades objetivas — por razón del tiempo — entiende el Tribunal que la denuncia previa requerida por el Proyecto de Ley es suficiente para dar por cumplida la exigencia constitucional.

c) La última parte de éste fundamento es para declarar que es misión del Tribunal Constitucional — de acuerdo con el art. 79.4.b) LOTC — indicar las modificaciones que, a su juicio, — y sin excluir otras posibles — hagan posible la continuación del trámite parlamentario interrumpido. No siendo función del T. C. la de sustituir al legislador, por lo que éste puede adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional en relación con la adopción de las garantías necesarias para que la práctica del aborto no punible se lleve a cabo dentro de las exigencias constitucionales que se han expuesto en los fundamentos anteriores.

Pero, ¿cuales son las razones de los fundamentos anteriores? En apretada síntesis son los siguientes: En primer lugar, el supuesto planteado establece un caso límite en el ámbito del Derecho, el conflicto entre la vida de la madre y la vida del hijo — lo que si se observa, adecuadamente, no es rigurosamente exacto — que ha de resolverse por valoraciones estrictamente jurídicas, no por ideas o convicciones morales o de otro orden — como si entre Moral y Derecho no existiera relación alguna — dejando a un lado las propias convicciones.

Segundo, es cierto que la gestación señala el comienzo de la vida humana, generando un *“tertium”* que es distinto de la madre, pero que tiene especial relevancia el hecho del nacimiento. Por eso, la vida debe ser protegida en ésta fase de la gestación, protección que se halla amparada por el art. 15 de la Constitución, aunque del *“debate parlamentario”* no se deduce — con olvido de que el debate parlamentario no es un elemento interpretativo, más que en una deformación antropomórfica como decía E. BETTI de la *“voluntas legislatoris”* que nunca puede sobreponerse a la *“voluntas legis”*, de ahí la afirmación de que la ley es más sabia que el legislador — que el *“nasciturus”* sea titular del derecho fundamental a la vida.

Tercero, de lo anterior y de una interpretación del *Pacto internacional de Derechos civiles y políticos* (art. 6) y del *Convenio europeo para los derechos humanos y libertades fundamentales* (art. 2) que utilizan en su versión francesa la voz *“persona”*, deducen que la expresión del art. 15 de la C. E., cuando alude a *todos*, no incluye al *“nasciturus”*. Con lo que la sentencia se aparta, manifiestamente, de la tradición romanista y de la regulación del Código civil que consideran los términos *“persona”* y *“concebido”* como análogos. Por lo menos, sino equivalentes o idénticos. Cuarto, no obstante lo anterior, se afirma que la vida del *“nasciturus”* se halla protegida por el art. 15 de la C. E. Quinto, se hace un *excursus* sobre la dignidad de la persona y sobre la condición femenina, pensando únicamente en la madre, no en el *“nasciturus”*. Sexto, se plantea si el legislador puede excluir en algunos casos la protección penal del *“nasciturus”*, como aquellos en que se plantea un *conflicto* entre *su vida y la vida y la dignidad* de la madre, entendiéndose que, en estos casos, el *“intérprete constitucional* se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos”. Como se ve, y no es una exageración lo que anteriormente decía, el T. C. actúa como un *tribunal de equidad*. En lo que abundan los dos restantes fundamentos, a los que anteriormente no

hemos aludido, considera que es admisible retirar la protección penal al “*nasciturus*”, cuando las circunstancias previstas en el Proyecto de Ley se den en la realidad y sean apreciables objetivamente y siempre que pongan de manifiesto la *colisión* entre los derechos del concebido y los de su madre.

El resultado de todo ésto fue que publicada la sentencia del Tribunal Constitucional, la Presidencia del Congreso de los Diputados dictó resolución con fecha 23 de abril de 1985, estableciendo un procedimiento de enmiendas en trámite parlamentario y, finalmente, aprobaron la Ley de reforma del art. 417 del C. P. de 5 de julio de 1985 (B. O. E. del 12). Con ello, se culmina un proceso legislativo lamentable, paralelo al que ha tenido lugar en otros países y llegando a soluciones que no han satisfecho a nadie, por lo que, recientemente, el Gobierno socialista, con mayoría absoluta en ambas Cámaras, ha anunciado un Proyecto de Ley de despenalización del aborto, mucho más amplio y permisivo.

2. *De la despenalización del aborto a la aventura de las manipulaciones genéticas y la introducción de la eutanasia*

De la supresión arbitraria de la vida del “concebido”, en función de unas valoraciones que, salvo en una mínima parte, no se hallan justificadas y, éstas, lo venían siendo, en el plano estrictamente moral y de la más escrupulosa Deontología médica, por una doctrina bastante clara, y en atención a las circunstancias del caso concreto. Lo mismo que, en el plano jurídico, podían entrar en los supuestos de legítima defensa y de estado de necesidad de la madre, como la jurisprudencia de todos los países — hasta la más estricta — venía admitiendo, hemos pasado — olvidándonos del principio de congruencia legal — al polo opuesto. A afirmar el derecho a la vida, como el “derecho al hijo”, a costa de lo que sea y, también, se empieza a hablar — en España existe un anteproyecto

de ley en el Ministerio de Justicia, o al menos un texto preparatorio — del derecho “a la propia muerte”.

Con ello, el principio y el fin de la personalidad, como se dice en los Códigos, al regular las personas físicas, queda en manos del arbitrio del materialismo individualista, o mucho tenemos que esforzarnos para que las cosas vuelvan a sus antiguos cauces.

El cuadro legislativo no puede ser más variado y complejo, ya desde el diagnóstico prenatal, pasando por la investigación, experimentación y manipulación de embriones, a la fecundación artificial, bien en forma de inseminación artificial, bien en forma de fecundación “in vitro” (homóloga o heteróloga), incluyendo las “madres de alquiler”, las experiencias con animales, y la donación y utilización de embriones humanos, como técnicas accesorias.

En España ya tenemos, desde 1988, una *Ley sobre técnicas de reproducción asistida* y, desde 1989, otra *Ley de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos*. No podemos quejarnos.

Para preparar la primera de ellas se constituyó en el Congreso de los Diputados, una *Comisión especial de estudio de la fecundación “in vitro” y la inseminación artificial humanas*. Comisión que, en virtud de una técnica, muy grata al Partido Socialista, aún respetando la libertad de opinión y el pluralismo democrático, no tradujo lo suficiente el rechazo frontal del grupo más prestigioso de los juristas consultados, al quedar diluido en un contexto de pareceres, de políticos y de expertos, sin que yo pueda decir que algunos de ellos se sintieran utilizados, puesto que su vanidad profesional — no digo que en todos los casos, pero sí en muchos de ellos — ya quedaba pagada por el hecho de que hubieran sido llamados a la Comisión. Como dice J. GIONO, un novelista provenzal que trabaja como relator en el Palacio de Justicia de Toulouse: “*Ici au Palais les choches marchent avec de la vanité, de même que les voitures marchent avec de la bencine!*” El resultado final fue el de siempre y, ante la pregunta, ¿qué es un dromedario? Muy sencillo, un caballo dibujado por una comisión.

De todos modos, puedo decir que, a diferencia del problema del aborto, el rechazo de los juristas es casi unánime, en relación con todos éstos temas, como lo demuestran distintos "symposios" y reuniones científicas llevadas al efecto, en estos últimos años, aparte de las numerosas publicaciones aparecidas al respecto. No falta, naturalmente, algún ingenuo que trata de reconstruir — emulando la ingeniería genética — en un alarde de ingeniería civilística, y con escaso sentido crítico, una serie de categorías dogmáticas, filiación, paternidad, tutela, alimentos, y hasta eventuales derechos sucesorios. Pero éste es un tema menor y que, en cada caso, puede encontrar, sin duda, la solución adecuada para el "status" genérico, o para la relación adecuada, en que puedan encontrarse los, cada vez, más innumerables seguidores y discípulos del fabuloso Dr. Frankenstein! por mi parte, y, por el momento, prefiero la "objección de conciencia", tan parcamente regulada en la Constitución Española (art. 30-2), a propósito de los deberes militares unicamente, pero que se ampara, sin duda, en el art. 16 que reconoce la libertad ideológica y religiosa. Por eso, uniendo la objeción de conciencia a la "libertad de cátedra" que ampara el art. 20-c de la C. E., en 1988, y con ocasión de explicar un Curso de Derecho de familia, me negué a explicar la adopción, ya que, desde la última reforma, había dejado de ser una institución de Derecho de familia.

De todos modos, para dar testimonio de lo que digo, baste con reproducir aquí algunos párrafos del *informe* elaborado por la *Comisión de expertos*. En cuanto al "*modus operandi*" se lee en la presentación que "se ha producido, y es una satisfacción advertirlo, una espontánea *aproximación de criterios*, tanto entre las personas convocadas por la Comisión como entre sus miembros, respecto de las cuestiones en principio diferenciales"... En cuanto al clima en el que se produce, puede leerse lo siguiente: "Nos hallamos ante realidades de extraordinaria trascendencia: el hombre moderno puede lograr la procreación humana con técnicas no naturales hasta hace poco insospechadas o entendidas como un producto de la fantasía. El progreso biomédico aporta con ello po-

sibilidades positivas a la Humanidad, evidentemente facilitadoras del bienestar y de una mejor salud y plenitud individuales y colectivas... Como contrapunto, y sin duda indeseadamente, los avances de la Ciencia marchan habitualmente muy por delante del Derecho, de las directrices o soluciones legales a los problemas que pueden plantear"... , etc. Ni siquiera se cuestiona la juridicidad de tales actividades que se da por sentado, inicialmente, que son perfectamente legítimas. Todo lo cual, es un fallo de la falta de rigor de la Política legislativa y de la responsabilidad de los propios partidos políticos que ponen en juego, seriamente, el pluralismo y la democracia. Incluso, en este caso, se ha hablado, y no sin razón, de una "medicalización" del problema, lo que no deja de tener gracia, en un momento en el que la Medicina es incapaz de resolver problemas mucho más importantes.

Por lo que se refiere a los políticos, he de dar un dato que es muy significativo y del que he sido, personalmente, testigo de mayor excepción en mi época de Senador y como Portavoz Adjunto del Grupo Parlamentario Popular, con ocasión del debate de la *Ley sobre técnicas de reproducción asistida*. Ello da idea del desencanto de los políticos, en la oposición, sobre todo después de la sentencia del Tribunal Constitucional, anteriormente referida, en materia de aborto. Pues bien, mientras el Grupo Popular, en el Congreso de los Diputados, no formuló enmiendas, dejando en libertad a los Diputados para que hicieran enmiendas personales, en el Senado, se acordó, con la oposición de algunos, no formular más que el Veto a la totalidad, en ejercicio de la "objeción de conciencia". Veto que tuve el honor de defender ante el Pleno, pero entre la reunión del Grupo y el debate del Pleno, algún Senador, médico de profesión, mostró su disconformidad con la estrategia elegida y formuló, a título personal, enmiendas al articulado que, ulteriormente, defendió, brillantemente, en el Pleno, criticando aspectos técnicos que ponen de relieve la falta de fiabilidad, desde el punto de vista médico, de la ley citada.

3. *Substrato moral del Derecho y dictamen jurídico*

Parece que, entre juristas, no es necesario insistir mucho en las relaciones existentes entre Moral y Derecho, no es lo mismo cuando se trata de otros operadores sociales y, por lo que se ve, tampoco cuando se trata de la mayoría que prevaleció en el T. C. en la sentencia sobre el aborto. Para mí éste es el fallo fundamental de la sentencia y que se muestra, como hemos visto, en aquella reflexión preliminar en la que se afirma que la cuestión ha de ser resuelta en términos estrictamente jurídicos. Como si el argumento moral no formara parte del discurso jurídico, sobre todo cuando se trata de jerarquizar unos valores, como los derechos fundamentales que, también, son valores morales y que, únicamente, se convierten en jurídicos como consecuencia de su reconocimiento constitucional. Por eso, pretender separar lo uno de lo otro, supone no haber entendido nada y, en definitiva, ir en contra de la norma jurídica suprema.

Por otra parte, los derechos fundamentales no pueden actuar como "cláusulas generales" o "standards" jurídicos en la aplicación del Derecho para atenuar el rigor de un ordenamiento rígido, o para justificar la invocación de un "precedente" en el sistema del Derecho judicial. Los derechos fundamentales llevan en sí mismos una exigencia de "totalidad", porque no son principios formales sino *sustanciales* y, por ello, al suscitar una valoración integral, la propia naturaleza de las cosas exige una mínima *jerarquización*. La cual, coincide con una valoración moral, contenida ya en la famosa *diferenciación socrática*, en la distinción entre el *bien* y los *bienes*. Por ello, resulta evidente que, de todos los valores posibles referidos a los derechos humanos, el primero y primordial de todos ellos es la *vida*. Sin ella, los demás carecen de sentido, pero entendida la vida como un *don* gratuito que todos, y cada uno, tienen la obligación de conservar, de manera que los demás derechos y los demás bienes se hallan supeditados al bien fundamental. Así resulta de la tradición iusnaturalista de todos los tiempos y de la propia tradición cris-

tiana. Los adelantos técnicos no es que no puedan utilizarse con éstas convicciones, sino que, únicamente, se hallan su-peditados a este planteamiento fundamental. No lo han entendi-do así, ni los jueces, ni los legisladores y es que, como decía gráficamente G. K. CHESTERTON, cuando la humanidad se aparta de lo *natural*, o lo rechaza, cae en lo *antinatural*.

Pero no se trata de hacer solamente una censura metodo-lógica, sino también una *censura constitucional* ya que, no sólo el art. 15 proclama que “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral”, sino que, al comienzo del título: *De los derechos y de los deberes fundamentales*, el art. 10.1 establece que: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la per-sonalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Lo que es aplicable tanto para el aborto, como para la fecundación artificial — salvo en aquellos casos en que singularmente sea compatible con tales principios — y para otras manipulacio-nes genéticas, lo mismo que para la regulación legal de la eu-tanasia.

Todo ésto pone de relieve que, en el caso de la sentencia del aborto, los jueces cedieron a un prejuicio que difundió el “positivismo jurídico” sobre la pretendida “neutralidad” e “independencia” del Derecho que puede tener algún sentido en el plano estrictamente patrimonial, o en otros planos que se hallen muy alejados de un planteamiento como el que se impone al presente. En los demás supuestos, la ignorancia so-bre la verdadera “función” del Derecho y la falta de concien-cia en relación con una verdadera “Moral social” explican la posición de políticos y de legisladores. Lo que pasa es que ésto forma parte del propio sistema democrático que no es posible, ni conveniente, cambiar. Lo único que hace falta es conseguir que, como en el cuento de GOGOL, el Maligno tenga que soltar el saco para que pueda resplandecer, de nuevo, la Luna llena.

Entre tanto, la situación no puede ser más alarmante y el horizonte se cubre de negros presagios, como en aquel cua-dro patético de Brueghel el Viejo que se conserva en Bruse-

las, en el Museo de los Maestros Viejos y que se titula: "Los ciegos conducen a los ciegos", obra que fue ejecutada, como es sabido, en medio de los temores de las luchas religiosas y de la guerra civil, en Flandes, en los años sesenta del siglo XVI. La situación ya sé que no es comparable, pero es indudable que los legisladores, los jueces, los políticos, los operadores sociales y el pueblo soberano, en su gran mayoría, están ciegos: moral y jurídicamente ciegos. Algo parecido fueron mis palabras iniciales, en la defensa del Veto contra el Proyecto de Ley sobre técnicas de reproducción asistida, en el Senado. Y a pesar de que mi modesta intervención no tuvo ningún éxito, no me cansaré de repetir que todos estos problemas no tendrán solución sin un "rearme moral de la sociedad", por lo que hemos de luchar constantemente, "mientras es de día", como en aquella paráfrasis poética del *Evangélio* de San Juan, tal conocida, del místico de Avila, San Juan de la Cruz.

Para ello, uno se refugia en sus propias convicciones, morales y jurídicas, siguiendo o procurando seguir fielmente el magisterio de la Iglesia y de las enseñanzas del Derecho natural, ya que, a lo largo de la vida, uno se ha convencido de que es preciso ser "fiel" para evitar el peligro de ser "indigno". En el primer sentido, tengo que citar aquí la Instrucción de la Sagrada Congregación para la doctrina de la Fe, sobre *El respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación* de 1985 y donde puede leerse lo siguiente: "El derecho inviolable de todo individuo humano inocente a la vida, los derechos de la familia y de la institución matrimonial son valores morales fundamentales, porque conciernen a la condición natural y a la vocación integral de la persona humana. Al mismo tiempo son elementos constitutivos de la sociedad civil y de su ordenamiento jurídico". Precizando que: "La intervención de la autoridad política se debe inspirar en los principios racionales que regulan las relaciones entre la ley civil y la ley moral". Procurando que "la lei civil esté regulada por las normas fundamentales de la ley moral en lo que concierne a los derechos del hombre, de la vida humana y de la institución familiar". Terminando con estas lu-

minosas frases: "La legislación civil de numerosos Estados atribuye hoy día, ante los ojos de muchos, una legitimidad indebida a ciertas prácticas. Se muestra incapaz de garantizar la moralidad congruente con las exigencias naturales de la persona humana... Todos los hombres de buena voluntad deben esforzarse, particularmente a través de su actividad profesional y del ejercicio de sus derechos civiles, para reformar las leyes positivas moralmente inaceptables y corregir las prácticas ilícitas. Además, ante esas leyes se debe presentar y reconocer la *objeción de conciencia*. Cabe añadir que comienza a imponerse con agudeza en la conciencia moral de muchos, especialmente de los especialistas en ciencias biomédicas, la exigencia de una resistencia pasiva frente a la legitimación de prácticas contrarias a la vida y a la dignidad del hombre".

Por otra parte, en el propio "laboratorio" de los juristas se levantan voces, muy autorizadas en defensa de la vida y de la dignidad de la persona, todos conocemos esos valiosos y elocuentes testimonios, los cuales deben ser difundidos a los cuatro vientos y, sobre ellos, hay que tratar de reconstruir y de defender nuestra tradición jurídica romana, especialmente humanista, enriquecida por el cristianismo, desde JUSTINIANO y a lo largo del Derecho común, citaré aquí la opinión de P. F. SILVA-RUIZ, profesor de la Universidad de Puerto Rico, quien después de aportar diversos testimonios judiciales de los Estados Unidos, sobre maternidad subrogada, en buena parte desfavorables, concluye su trabajo diciendo: "El Derecho debe de aceptar y regular la técnicas y avances científicos contemporáneos, incluyendo los métodos alternativos de reproducción humana, que se muestren conformes a la naturaleza y a la dignidad del hombre"; resaltando seguidamente que: "Consideraciones éticas y valorativas, así como también jurídicas, en el orden indicado, son esenciales en el análisis y aceptación de dichas técnicas". También he de referirme a la autorizada opinión de G. CRISCUOLI, conocido Profesor de la Universidad de Palermo, quién, a propósito de un tema próximo, precisará que: "Las facultades relativas a los derechos fundamentales de la persona no son otra cosa

que manifestaciones de la potencialidad expresiva de una unidad psico-física de la persona misma, correspondiendo instrumentalmente a las instancias específicas de la personalidad". Argumento que es muy importante porque acude al "canon hermenéutico de la totalidad", perspectiva que nunca debe de olvidarse al abordar cualquiera de estos temas. Finalmente, varias sentencias del Tribunal Constitucional español y en relación con varias "huelgas de hambre" en prisión, de un colectivo perteneciente a un grupo terrorista, han denegado el recurso de amparo al hacer prevalecer el derecho-deber a la vida, como *bien superior* del ordenamiento sobre la libertad de elegir la propia muerte.

Pero no quedaría completa esta relación, si no diera cuenta de una breve crónica del *Recueil Dalloz*, firmada por el gran civilista francés, P. RAYNAUD, miembro del Instituto de Francia y Profesor emérito de la Universidad de Paris-I (Sorbonne), sobre *L'enfant peut-il être objet de droit?*. Dentro de su concisión y brevedad la crónica es muy interesante, tanto por la doctrina como por las referencias que contiene, teniendo en cuenta que está datada bien entrado el año 1988.

Después de un planteamiento inicial, las *cuestiones propuestas* son las siguientes:

I. *El derecho al hijo*: Del legítimo deseo a tener un hijo a la pretensión de un verdadero derecho al hijo no hay más que un paso alegremente franqueado para el que no razona en términos jurídicos, lo que no se plantea tan fácilmente para los juristas. Esta pretensión se desdobra en las dos siguientes:

A. *El derecho al hijo por nacer*: la pretensión del derecho al hijo se afirma, sobre todo, para justificar el recurso a las diversas prácticas de procreación artificial, como medio de luchar contra la esterilidad. Pero, ¿qué naturaleza tendría este derecho?

1º) *La naturaleza del pretendido derecho al hijo*: es más bien una facultad o una posibilidad — en el seno de la sociedad del bienestar, añadiríamos nosotros lo mismo que el derecho al trabajo, o el derecho a la felicidad, pero no es un verdadero derecho subjetivo — además se corresponde con

una justificación fácil de la *contraception* y del aborto — que pueda ser calificado como *derecho real* o *derecho personal*. Tampoco, añadimos nosotros, puede ser considerado como un *derecho de la personalidad*, considerado como aquellos que protegen la “esfera personal” del individuo, porque éstos se ejercen igualmente “*erga omnes*”, lo que manifiestamente no es posible en la pretensión de tener un hijo.

2º) *Que la pretensión de un derecho al hijo no es posible* porque: “Si el embrión no puede ser objeto de un derecho, con más razón un derecho al hijo deviene imposible, en cuanto que la personalidad del hijo no puede ser puesta en cuestión una vez que tiene lugar el nacimiento”.

B. *Derecho al hijo ya nacido*: aquí se refiere a los conflictos de filiación, pronunciándose en favor de la madre de alquiler, dada la nulidad del contrato de gestación y las previsiones del *Code civil*, sobre la *maternidad*, para lo que basta acreditar el hecho del alumbramiento, e incluso para la *paternidad*, cuando la madre de alquiler sea casada, donde entran en juego las presunciones en favor del marido y la posesión de estado. Eliminada la vía del derecho al hijo, solo queda otra alternativa:

II. *El derecho sobre el hijo*: esto supondría que el hijo puede ser objeto de propiedad, lo que es imposible puesto que es una persona y lo es, afirma el ilustre profesor, *desde el momento de la concepción*, a pesar de que el Código civil y el Comité Nacional de Ética consideren que sólo lo es en “potencia”. Lo que le lleva a considerar:

1º) *Que el hijo no puede ser objeto de propiedad*: pese a la Ley de interrupción voluntaria del embarazo de 1975 que, por otra parte, reconoce el derecho a la vida desde su comienzo y condena la práctica de destrucción de gametos en un laboratorio que supondría consagrar el derecho a la muerte ajena. Solamente podría ser objeto de propiedad el hijo si pudiera ser objeto de un contrato.

Pero a diferencia de lo que antes hemos constado — dice P. RAYNAUD — el hijo ya nacido puede ser objeto de contrato: pactos entre los cónyuges separados sobre la educación del hijo, adopción, ejercicio de la patria potestad, ali-

mentos, etc. En cambio, *no son posibles los contratos sobre el hijo por nacer*, en razón de la ilicitud de su causa y de su objeto.

Terminando por decir que “el hijo no puede ser tratado como un objeto, un producto fabricado o una mercancía y el reconocimiento de un derecho al hijo o de un derecho sobre el hijo debe ser compatible con el principio de su personalidad”, la que hay que referir al momento de su concepción, dejándose de ficciones y de distinciones arbitrarias, como las establecidas en el Código civil y en la Ley permisiva del aborto. Creo que la aportación es importante.

4. *Persona y derechos de la personalidad*

Cada vez que se ataca a la persona, en cualquiera de sus dimensiones, se acaban por fortalecer los derechos de la personalidad. Esta debe ser, actualmente, para los juristas, nuestra meta, a pesar de que el panorama legislativo y jurisprudencial sean contrarios y de una grotesca irracionalidad, por eso he recurrido al cuento de GOGOL: al final el Diablo no se sale con la suya y resplandece, en todo su fulgor, la Nochebuena, como una esperanza que nos da fuerzas para seguir luchando. Pero, además, esa esperanza viene fortalecida por la experiencia jurídica: el cuerpo social acaba por reaccionar, antes o después. Procuremos que sea antes, diseñando la estrategia adecuada. Aquí, en América Latina, en medio de la ruina, aparte de que aún quedan vivos, en la legislación y en los Códigos, los mejores testimonios de la tradición ibérica, ahí tenemos bien reciente el ejemplo del nuevo Código civil del Perú, por no citar más que algo muy significativo en el campo de los derechos de la personalidad, y la valiosa opinión del Profesor CARLOS FERNANDEZ SESSAREGO, que la ha defendido dogmáticamente.

Pero lo mismo que, hace cinco siglos, empezó a decirse que todos los hombres eran personas, cualquiera que fuera su condición o raza, como FRANCISCO DE VITORIA lo hizo en sus famosas “reelecciones” en la Universidad de Salaman-

ca, proclamando el derecho de los indios a la propiedad de sus tierras, como una consecuencia de su libertad natural, y con ello se estaba poniendo la primera piedra del concepto moderno de propiedad, también ahora podemos proclamar que todo individuo es persona, desde el momento mismo de su concepción y que, por tanto, la "esfera de los derechos de la personalidad" también le comprende de forma plena.

Por otra parte, el derecho de la persona sólo puede construirse tomando en cuenta su totalidad, como ser individual, único, irrepetible, que vive en sociedad donde se pone en juego su dignidad y que, por estar dotado de un alma racional, su vida trasciende a su dimensión social e histórica. Nadie como F. DE CASTRO ha estudiado en nuestra doctrina el concepto de persona, ni nada ha construido como él una doctrina orgánica de los derechos de la personalidad.

Para el maestro, el "objeto o materia jurídica del Derecho de la persona es la misma persona. Puede ser definido como: el conjunto de normas, que directamente regulan la situación de la persona como tal en el ordenamiento jurídico". Tiene un ámbito propio, distinto — en el marco del Derecho civil — del Derecho de familia y del Derecho del tráfico.

Por ello, sigue diciendo, y dado el valor central que tiene la persona en el Derecho privado, se "explica la confusión y la falta de claridad de su concepto en la doctrina, pues necesariamente han de repercutir sobre él las distintas nociones de la vida. Los términos jurídicos, nacidos en determinada época o influenciados en su significado por las distintas corrientes filosóficas, no pueden comprenderse bien sin tener en cuenta su origen y el alcance que se les ha dado en las distintas escuelas; pero no debe olvidarse que a la ciencia jurídica lo que le interesa es precisar el sentido técnico de sus conceptos. Para dilucidar el sentido técnico de los conceptos — añade — de persona y personalidad, y sólo para ésto, es necesario considerar de modo crítico su historia dogmática, desembarazando de prejuicios su estudio, manera única de poder lograr un concepto útil para la ciencia".

Seguidamente, después de hacer un *excursus* histórico sobre las doctrinas filosóficas más importantes, estudia las di-

versas teorías para la construcción del concepto de persona y de personalidad: la derivada del “*status*”; la equivalente a capacidad jurídica, la del sujeto de derecho subjetivo, y la de presupuesto de la norma jurídica. Una vez hecho ésto, en la crítica de las principales teorías, fija las *causas principales* que han dificultado la claridad en torno al concepto de persona, a saber: “1. Estimar que el Derecho se refiere sólo a una realidad abstracta y que ha de ser abstracto el contenido de sus conceptos y reglas; 2. Confundir una cualidad específica con la esencia de la persona; 3. Pensar como primaria la cuestión de la naturaleza de la persona jurídica, para luego deducir, conforme a la solución arbitrada para ésta, la de persona física”.

Este último punto es, posiblemente, una exageración del maestro, una de sus exageraciones *emblemáticas*. Pero que yo acepto con gusto y, diría más, a mi las exageraciones magistrales son las que más me sirven, ellas muestran el fulgor de la intuición y la profundidad y la radicalidad del argumento en un estilo de pensar auténticamente “dialógico” como debe ser el pensar jurídico. Lo que sus detractores no querían ver porque no estaban en condiciones de entender que lo que él trataba era de denunciar los excesos del pensamiento dogmático del positivismo científico, denunciando la utilización del método de inversión, donde quiera que lo encontrara.

Volviendo al pensamiento de F. DE CASTRO, su planteamiento sobre nuestro tema es el siguiente: “La persona y su mismo concepto no son creación del Derecho, existen fuera de él, y con su propio significado es aludido o utilizado por la norma. La función del Derecho positivo respecto de la persona puede centrarse en los dos momentos lógicos de la designación y de la conversión jurídica. La designación supone, como siempre, una salida del ámbito de la abstracción jurídica y el marcar — o definir — una realidad que ya tiene una existencia — física o social — propia y no dependiente del Derecho. Tal designación no es arbitraria y responde a fundamentos de muy distinta procedencia; respecto de la persona viene directamente determinada por su origen (Derecho natural); la designación contenida en la norma se referirá a

una realidad social, pero determinada en el “que” y en el “como” por el Derecho natural. La conversión jurídica requiere el definir — jurídicamente — la realidad social y transformarla en realidad jurídica. La definición de la realidad social, dado el carácter técnico o instrumental de la nomenclatura jurídica, puede hacerse utilizando un concepto que, aunque sinónimo en el Derecho, no corresponde exactamente (sea más o menos amplio) a su significado social; esta discordancia externa no significa una diversidad de naturaleza, ni una desconexión con la realidad, sino sólo un medio de referencia impuesto por la técnica de la interpretación jurídica”. Y así sucesivamente...

Por eso, para definir el concepto de persona, aparte del significado general que en el Derecho le corresponde (titular o sujeto de derechos, etc.), hay que hacer incapié en la situación jurídica que, por naturaleza, le corresponde al hombre como persona, es decir, su “*dignitas*”, derivada de su condición de ser racional y de haber sido creado a imagen y semejanza de Dios.

Sólo desde aquí podremos construir el concepto de persona y de personalidad, para establecer luego los llamados “derechos de la personalidad”. Para ésto, las profundas reflexiones de F. DE CASTRO — no utilizadas durante estos últimos años, ni siquiera por sus discípulos — y toda la construcción de un verdadero sistema sobre los derechos de la personalidad, pueden ser una cantera inagotable y plena de actualidad, a pesar de haber sido escritas con anterioridad a 1952.

Es cierto que desarrolla su sistema en el marco del Derecho civil, pero no descuida tampoco el Derecho fundamental, un Derecho fundamental natural al que recurre implícita o explícitamente, en numerosas ocasiones, tanto en éste tema, como en cualquiera otro. Quiero decir que la falta, en aquel tiempo, de Constitución formal, en España, no coharta para nada su pensamiento. Por eso, para actualizarle, aquí sí que sería conveniente acudir al método del Derecho civil constitucional, aunque con todas las cautelas que anteriormente hemos señalado.

5. *Los derechos de la personalidad y su posición sistemática*

Los derechos de la personalidad son aquellos que corresponden a la persona humana como tal, con independencia de su "*status*", lo que tiene sentido en relación con la nacionalidad y con la familia, ya que derivan directamente de su condición de *persona*.

Por eso, los *derechos fundamentales* de la persona se reconocen a favor de todos, también de los extranjeros. Es por ello, también, que el art. 162-1º del Código civil reconoce al menor el ejercicio de aquellos actos que el mismo se halle en condiciones de realizar, excluyendo precisamente este ámbito de los derechos de la personalidad, de la patria potestad. Por lo demás, se pone de relieve que la familia, en cuanto *comunidad*, tiende a la formación y desarrollo de la personalidad de los que de ella forman parte, no respondiendo a un interés superior al de sus miembros, sino a desarrollar una función instrumental para el mejor desarrollo de la personalidad. Bien es cierto que ésto ya late, desde siempre, en las normas de Derecho de familia, como A. CICU puso de relieve en obras inmortales.

Ahora bien, no todos los derechos de la personalidad se hallan encuadrados en el Código civil, en el que encontramos únicamente: el reconocimiento de los derechos del "*nasciturus*", a lo que anteriormente nos hemos referido; las normas relativas al *estatuto de los menores*, como la últimamente citada, no todas, naturalmente, que pertencen al Derecho de familia, pero sí otras muchas, en que se tiene en cuenta el parecer del menor, en materia de separación, nulidad y divorcio, en el matrimonio; lo que también se encuentra en materia de adopción, tutela y emancipación; *derecho al nombre* y relativa facilidad para el cambio de nombre y apellidos (art. 109 Cc. y arts. 53 y ss. Ley del Registro Civil, etc.); *investigación de la paternidad* (art. 39.2 C. E. y art. 127 Cc.). Pero, por lo general, los *derechos de la personalidad* son ajenos a la sistemática del Código civil. Fuera del mismo, nos encontramos con la protección dispensada por el Código Penal (integridad física

y moral, honor y fama, etc.), o por leyes especiales (Ley de libertad de prensa; propiedad intelectual, etc.), pero destaca, sobre todo, la innovación aportada por la Constitución, al establecer los *derechos fundamentales de la persona*, susceptibles de *amparo judicial* (Ley 62/78, de 26 de diciembre) y de *amparo constitucional* (art. 53 C. E.). Habiéndose promulgado en desarrollo de la norma constitucional las Leyes orgánicas de *libertad religiosa* (5 de julio de 1980) y de *protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (5 de mayo de 1982).

Este es el momento de retomar el argumento anteriormente esbozado en relación con el Derecho civil constitucional y con la Constitución en general. La Constitución ha ampliado el marco de los "derechos de la personalidad", cierto, pero no todos los derechos de la personalidad deben de construirse dogmáticamente dentro del *sistema* del Derecho civil. El hacerlo, sería una fuente de trivialización y de vulgarismo. Por otra parte, la construcción dogmática a la que hay que acudir, obliga a la utilización de un método adecuado, prescindiendo, en muchos casos, del "maximalismo" constitucional. No está de más que haya una dimensión constitucional y una dimensión civilística de los derechos de la personalidad. Todos los caminos llevan a Roma!

Todo ésto, es decir, la diferenciación metodológica no impide o limita el carácter de la Constitución como norma *supra-legal*, conforme a la cual ha de ser interpretado todo el ordenamiento jurídico. Antes al contrario, de los derechos fundamentales de la persona amparados por la Constitución, mientras que algunos pueden tener un *alcance polivalente*: como p. ej. la integridad moral de la persona; o una *proyección universal* que se proyecta en todos los ámbitos: como p. ej. la libertad o la igualdad; o funcionar como una *condición previa y anterior* a cualquiera otra: como sucede con el derecho a la vida, los cuales, de una u otra manera, han de ser tenidos en cuenta en la construcción dogmática. En cambio, hay otros que pertenecen o se relacionan, exclusivamente, con un ámbito jurídico determinado que nada tiene que ver con el Derecho civil, sea penal, procesal o laboral: como el "*habeas corpus*", el

"*non bis in idem*", el derecho de huelga, etc. Ahora bien, mientras el Derecho constitucional sigue un discurso generalizante y totalizador, el Derecho privado, aún no desconociendo ni descuidando los valores constitucionales, opera de una forma totalmente diferente.

Teniendo en cuenta lo dicho, el capítulo II del Título I de la Constitución contiene una serie de declaraciones singulares relativas a los derechos fundamentales, que deben ser tenidas en cuenta a la hora de *reelaborar* los derechos de la personalidad y, naturalmente, en muy diversa medida, a saber: protección de la integridad física y moral de la persona (art. 15), libertad personal (arts. 17.1, 18.2 y 19), igualdad (art. 14), honor y derecho a la intimidad (arts. 18 y 20.4), libertad ideológica y religiosa (art. 16), de expresión (art. 20), libertades colectivas: derechos de reunión y asociación (arts. 21 y 22) y derecho de fundación (art. 34).

Por tanto, frente a los tradicionales derechos de la personalidad contemplados en el Código civil que hacen referencia al "*status*" de la persona, en sí misma considerada y en relación con la familia, actualmente los derechos de la personalidad se ven ampliados y redefinidos, *primero*, por una nueva dimensión de los contenidos en el Código civil, como expresan las últimas reformas que ya hemos apuntado y, *segundo*, por los derechos de la personalidad de tipo *moral*, de los que los más importantes son los siguientes: el derecho a la libertad, en sus diversas manifestaciones; el derecho al honor; el derecho de rectificación en la prensa periódica; el derecho a la reserva de la vida privada, el derecho a la propia imagen y el derecho de autor en sus manifestaciones extrapatrimoniales. Todos estos derechos, con independencia de que puedan estar amparados por otras acciones (penales, de amparo judicial o constitucional, etc.), lo están también por los acciones civiles, pudiendo ser objeto de una pretensión de responsabilidad *aquiliana* (art. 1902 Cc.).