

## Cuestiones de fundamentación antropológicas y jurídicas en el debate bioético

JULIÁN VARA MARTÍN<sup>1</sup>

Habitualmente, tenemos la costumbre de dar por sentado los términos que utilizamos en las disputas científicas, e incluso habría que afirmar que la misma idea de ciencia descansa sobre la existencia de un pacífico acuerdo a propósito de los términos que configuran su lenguaje. Las palabras tienen un significado preciso y común para todos los que participan en la actividad de elaborar el conocimiento. Esto es evidente y no valdría la pena detenerse en ello si no fuera para reflexionar un momento sobre dos consecuencias que de ahí se deducen y que, quizá, pasen un tanto más inadvertidas.

La primera de ellas es que esta exigencia no se encuentra en el origen de la actividad científica sino que es anterior a lo que con propiedad llamamos ciencia y manifiesta, a su vez, una exigencia aún más natural de la dinámica humana: en el esfuerzo por conocer nadie se concibe solo, la actividad intelectual es eminentemente solidaria. La necesidad de establecer y consensuar un lenguaje científico procede, de un lado, del deseo de hacer partícipes a otros de lo conocido como verdadero —como decían los antiguos, «*bonum est diffusivum sui*»— y, de otro, de la necesidad de comunicar lo que se conoce con objeto de que todos progresen a partir de lo que cada uno ha descubierto; de este modo, sobre las aportaciones individuales se construye el cuerpo de la ciencia<sup>2</sup>. Sobre este principio de solidaridad, tan antimoderno —para los antiguos, la idea de propiedad intelectual se movería a caballo entre lo cómico y lo trágico, cómico por lo que tiene de absurdo, trágico por lo que tiene de negación de este principio de solidaridad—, volveremos al final de nuestra exposición para

<sup>1</sup> Doctor en Derecho. Secretario del Instituto de Humanidades Ángel Ayala CEU en Valencia. Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Cardenal Herrera CEU, de Valencia.

<sup>2</sup> ARISTÓTELES, *Metafísica* II, 1 339b.

extraer de él alguna reflexión sobre la idea misma de hombre. Antes, desarrollaremos el segundo aspecto, que se deriva de la servidumbre que acompaña a lo que no es enteramente nuestro.

Decimos servidumbre de lo que no es enteramente nuestro porque cuando la ciencia constituye su lenguaje normalmente toma las palabras prestadas y, como casi todo lo que no es completamente propio, se encuentran sujetas a cierta servidumbre, es decir, a cierta limitación de dominio: no puede hacer con ellas todo lo que le gustaría. En este caso, la servidumbre afecta al significado mismo de las palabras que se toman en préstamo y a toda la concepción que subyace detrás, en su genealogía. Por eso es útil indagar en los orígenes de las palabras, y aun en su historia. Pues las palabras, al manifestar la inteligencia que el hombre tiene de la realidad, manifiestan también los cambios que esa inteligencia ha tenido a lo largo del tiempo. Así, casi con cierta independencia de lo que la ciencia le quiera hacer decir a la palabra, ésta porta ya una carga de sentido que no la hace neutra. Los más grandes traductores, de Cicerón a Boecio, advierten de ello a sus lectores. Del olvido de esta servidumbre nacen algunos problemas de comprensión que esterilizan las discusiones.

En las cuestiones de bioética, en la que están interesadas tantas disciplinas distintas, esta servidumbre se observa respecto a una palabra que obra como legitimadora de la mayor parte de los comportamientos que se ponen en el centro de la discusión: el *derecho*. Pues precisamente la condición disputada de las cuestiones bioéticas radica en la supuesta concurrencia de derechos y en la dificultad que presenta discutir con quien reclama el suyo. Además, en el caso de la bioética, esta pérdida de comprensión es singularmente inquietante porque afecta a los miembros de la comunidad científica en la consideración de la licitud o ilicitud de su comportamiento ante sí mismos y ante los demás, a la consideración de la moralidad de su acción, a la justicia o injusticia de su pretensión. Además, al suscitarse el debate en los términos actuales, la servidumbre de significado de la palabra derecho hace que este debate se desarrolle ya sobre unas bases no completamente explicitadas y que, sin embargo, son operativas en la discusión.

En los casos en los que sucede esto último siempre es posible hacer dos cosas: o lo que recomendaba Gilson en sus consejos al realista principiante: «acostumbrarse a no entrar en discusión en un terreno que no es el suyo»<sup>3</sup>, evitando todo debate a partir de palabras que ya tienen una fuerte carga de pensamiento; o, afrontararlo consciente de que se inicia en un terreno que no es imparcial, sino que da por sentado una concepción que, probablemente, ya porta las conclusiones a las que la mayoría

<sup>3</sup> GILSON, E., *El realismo metódico*, Rialp, Madrid 1974, pág. 170.

llega. Esta segunda actitud es, si no más audaz, al menos para el que quiera entrar en discusión, inevitable.

A continuación explicaré lo que quiero decir.

Como decíamos, una parte fundamental del debate bioético reposa sobre el supuesto compartido de que es un *derecho* el que se encuentra en juego. Las dificultades morales que se presentan a propósito de ciertas técnicas de reproducción asistida, por ejemplo, se plantean en la mayor parte de los casos como un choque entre dos derechos. Eso introduce una dificultad añadida para una de las posiciones y una inestimable ayuda para la otra, pues no es fácil argumentar contra quienes reclaman 'su derecho' a tener hijos. Pero, precisamente, es esta concepción de lo que se entiende con la palabra derecho lo que no es pacífica, pues ese modo de hablar ya manifiesta una toma de posición, en cierto modo odiosa. Por eso, y volviendo sobre los consejos de Gilson, «vivimos tiempos en que se impone la necesidad de volver, antes que nada, a traducir al lenguaje realista todos los términos que el idealismo nos ha robado y corrompido».

Por buena que sea la intención y sólidos los argumentos, me temo que no es posible vencer en un debate frente a quien sostiene su 'derecho a tener hijos', aunque lo haga a costa de la vida de otros. Pero sí es posible, al menos, hacer ver de dónde procede ese *concepto de derecho* y, sobre todo, qué concepción del hombre da por supuesta. Traducir esta palabra al lenguaje realista ayudará, al menos, a comprender muchas cosas.

\* \* \* \* \*

El concepto de *derecho subjetivo*, a diferencia de la mayor parte de los conceptos claves de la terminología jurídica, tiene una vida precisa<sup>4</sup>. Aunque ignoramos su nacimiento, sí tenemos lo más parecido a un acta de bautismo, en el siglo XIV, y lo que podría pasar por un certificado de empadronamiento en el pensamiento actual, en las declaraciones de Derechos Fundamentales del XVII. Sin embargo, esta peque-

<sup>4</sup> Para el estudio de este problema es referencia obligada el libro de FOLGADO, A., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos juristas del siglo XVI*.

Otros libros imprescindibles en la materia son los del prof. VILLEY, M., y más singularmente: *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso. Santiago de Chile, 1976.

Desde entonces, ya es lugar común en las obras doctrinales de jurisprudencia, por lo que nos ahorramos más referencias. Con todo, es de justicia señalar a los profesores VALLET DE GOITISOLO, J. y GALLEGO GARCÍA, E., por los estudios que han dedicado a la cuestión y el magisterio que han ejercido sobre otros estudiosos en este punto.

ña historia suele pasar desapercibida en las facultades de Derecho y, aún con más motivo, entre los legos en derecho que discuten de cuestiones bioéticas.

La génesis del concepto, extraño para la tradición jurídica clásica —romana y medieval—, encuentra su punto de arranque en una disputa, a caballo entre el derecho y la teología, que marca bien su carácter. En primer lugar, por el momento en que nace, a principios del siglo XIV y en el contexto de una polémica sobre la pobreza evangélica, entre el Papado y una facción de la Orden de los Franciscanos llamada de los 'espirituales'<sup>5</sup>. En segundo lugar, por los interlocutores, pues también su personalidad y obra dicen mucho del nuevo concepto que se va a alumbrar: Marsilio de Padua y Guillermo de Ockham; ambos se encontraron en el quicio de la modernidad y, físicamente, en la corte y bajo la protección de Luis de Baviera, huyendo del Papa.

La disputa, que podría parecer anecdótica si no fuera por las consecuencias que tuvo, arranca de un problema de definición jurídica: cuando san Francisco funda la Orden de los Frailes Menores pide a sus monjes que sean pobres, como Cristo y los Apóstoles eran pobres, pero no define jurídicamente lo que significa ser pobre, sólo pide a sus hermanos la renuncia a todo y que aprendan a «vivir sin nada propio». Pero, lo que todo el mundo comprendía en el lenguaje común, «no tener nada como propio», en el lenguaje jurídico se hacía extraordinariamente difícil de entender, pues no era en absoluto obvio saber qué significaba 'no tener nada propio': la Regla descartaba la propiedad, tanto privada como común de la Orden; pero era evidente que había cosas de las que era preciso servirse, no sólo para cumplir con su misión religiosa, sino para su mismo sostenimiento vital.

Para poder llevar adelante con el máximo rigor posible la recomendación de san Francisco en su *Testamento*, donde amonestaba a sus hermanos a no pedir dispensa y a observar la más estricta pobreza, los sucesivos Pontífices aclararon los términos en los que debían ser entendidas las disposiciones de la Regla y el modo como se podían llevar a cabo, consintiendo con una ficción que salvaguardaba bien las pretensiones franciscanas. Todas las propiedades donadas a los franciscanos o por ellos adquiridas eran recibidas por la Santa Sede y quedaban bajo su titularidad, que se reservaba para sí todo derecho sobre ellas. A su vez, cedía a los franciscanos el uso

<sup>5</sup> Estos llamados «rigoristas» o «espirituales» asociaban esta pobreza a la verdadera Iglesia de Cristo, contraponiéndola a la Iglesia oficial que conocía de riquezas, poder e influencia, de ahí la importancia de la polémica y la dureza de los términos con los que se desarrolló. A quien recuerde la obra del monje calabrés JOAQUÍN DE FIORE (1131—1202) le resultará fácil identificar a estos exaltados «espirituales» que acabarán rompiendo con el Papa.

Sobre este punto, DE LUBAC, H., *La posteridad espiritual de Joaquín de Fiore*, Encuentro, Madrid, 1989; así mismo, es útil LÖWTH, K., *El sentido de la historia. Implicaciones teológicas de la filosofía de la historia*, Aguilar, Madrid, pág. 166 y sigs.

de aquellas cosas de las que tenían necesidad, y ese uso lícito sobre las cosas era un *uso de mero hecho*.

Pero esto, jurídicamente, no tenía sentido. Por eso, cuando llega al solio pontificio Juan XXII, su sólida formación jurídica y su deseo de no prolongar una ficción que empezaba a exceder de una mera cuestión de disciplina dentro de la Orden franciscana para convertirse en un problema doctrinal de mayor horizonte, realiza una clarificación de los términos de la polémica, declara derogados todos los privilegios y excepciones concedidos a los Frailes Menores y les obliga a tomar la propiedad de las cosas que son suyas y de las que tienen necesidad.

La pretensión de los franciscanos era vivir al margen del derecho: no tener propiedad ni derecho alguno sobre las cosas, incluido un derecho de uso, sino un mero *uso de hecho* sobre aquello de lo que tenían necesidad y que ese uso fuera lícito. Pero tal pretensión, como muy bien argumenta el Papa, es insostenible para cualquiera que sepa lo que significa '*ius*' o '*derecho*', pues la atribución de las cosas a las personas —a cuya delimitación se ordena la ciencia jurídica— no sólo es necesaria para la vida sino que, por eso mismo, es buena y querida por Dios. El derecho establece lo que en justicia a cada uno le corresponde en el reparto, atribución o intercambio de las cosas: '*id quod iustum est*'. En este sentido, la comunicación humana entraña el derecho, pues ésta se realiza a través de acciones y cosas externas, objeto de intercambio, atribución y reparto. De ahí que, cuando el hombre usa de las cosas, cualquiera que sea el uso que de ellas hace, o usa de lo suyo —de su derecho— o usa de lo que es de otro —usa del derecho ajeno—, lo que es ilícito. A la postre, es imposible vivir en un mundo sin derecho.

Como se podrá apreciar, detrás de la discusión existía un asunto muy técnico relativo al significado mismo de la palabra 'derecho'.

La mayor parte de la Orden se sometió a la bula. Sin embargo, esta bula sirvió para confirmar a muchos 'espirituales' que la apostasía del Papa era un hecho y, abandonando la disciplina de la Santa Sede se refugiaron en la Corte de Luis de Baviera. Entre ellos se encontraba, junto con el general de la Orden, Miguel de Cesena, el franciscano Guillermo de Ockham. A éste confió, precisamente, Miguel de Cesena la respuesta a las bulas y la defensa de la pretensión de los 'espirituales' en una obra que recibió el nombre del tiempo que había durado su composición: *Opus nonaginta dierum*, la obra de los noventa días.

Para responder adecuadamente al Papa, Ockham comenzó sentando una serie de definiciones de las que partió para construir su exposición. Así, en primer lugar, la definición de derecho: «en sentido amplio, derecho es todo poder lícito»<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> OCKHAM, G., *Opus nonaginta dierum*, 6, 4

Toda definición de derecho —derecho natural, positivo, propiedad, posesión...— deberá, pues, incluir este concepto común expresado por la palabra '*potestas*' o '*licita potestas*', que es la razón común de derecho. El término 'lícito' o 'licencia' acompaña a la definición de derecho porque éste sólo hace referencia a aquellos facultades que se ejercen justamente, excluyendo las que entrañan una relación indebida.

El contenido determinado de cada derecho concreta las 'licitudes', 'poderes' o 'facultades' que lo especifican: *ius utendi, tenendi, disponendi, pertractandi*... Pero —y esto es importante—, no todo tipo de potestad lícita es *ius*, sino sólo aquél que genera una obligación universal de respeto. De ahí que para especificar el verdadero derecho haya que añadir «*qua quis sine culpa sua et absque causa rationabili privari non debet invitus*» —del cual nadie puede ser privado contra su voluntad sin culpa ni causa razonable—. Esta inviolabilidad del derecho se expresa, muy particularmente, en la posibilidad de defensa que le acompaña siempre: *potestas defendendi et vendicandi*. De este modo, si la facultad no se concede con acción de reivindicar, no puede ser llamada derecho.

De toda la exposición, Ockham concluirá estableciendo el tipo de derecho al que los franciscanos renuncian y la naturaleza de las facultades que retienen. Lo interesante, en cualquier caso, no es quién vence en la polémica, sino que para la defensa de su posición se pondrá en juego un nuevo concepto de derecho que descansa, todo él, en la facultad de exigir: la verdadera nota de distinción del derecho humano es el carácter contencioso o litigioso, otorga a su titular una *potestad o poder de reivindicar* ante el foro humano.

Hay que señalar que la respuesta de Ockham, con ser la más conocida y larga, no es original, unos 23 años antes, y en el contexto de una obra también polémica, otro huido de la disciplina de la Iglesia, Marsilio de Padua, había dedicado dos capítulos de una extensa obra a este tema de la pobreza evangélica<sup>7</sup>, definiendo el derecho en los mismos inequívocos términos: *el derecho*, en sentido amplio, *es todo poder de un sujeto sobre una cosa*. Pero esto es una extraordinaria novedad<sup>8</sup> pues, de este modo, el derecho deja de ser 'la cosa justa' y pasa a ser un 'poder del sujeto sobre las cosas', que se convierten en objeto del derecho.

<sup>7</sup> MARSILIO DE PADUA, *Defensor Pacis*, II, caps. 12 y 13.

<sup>8</sup> «Estamos en el momento copernicano de la Historia de la Ciencia del Derecho, en la frontera de dos mundos. Nace un nuevo orden social, en que el derecho individual será la célula elemental, y que se construirá todo entero sobre la noción de '*potestas*', elevada a la dignidad de derecho» (VILLEY, M., «La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Ockham», en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Santiago de Chile, 1976, pág. 190).

En la subjetivización del derecho, cuyas consecuencias se van a dejar sentir en el pensamiento jurídico y político posterior<sup>9</sup>, es preciso descubrir, no sólo la obra personal de dos autores —Marsilio de Padua y, muy singularmente, Guillermo de Ockham— sino un clima intelectual de ruptura con la tradición que disponía los espíritus a buscar nuevas y particulares concepciones de la realidad. Esta nueva disposición, que inaugura una nueva época, vendrá caracterizada por la exaltación de la *voluntad* y del *individualismo*. Y, más singularmente, por la exaltación de la idea de *poder*<sup>10</sup>.

Precisamente este rasgo vuelve nuestra mirada sobre Escoto.

Escoto había deprimido en exceso el poder de la razón humana para conocer a Dios, reduciendo la metafísica al trabajo que la razón hacía sobre Dios y la inmortalidad a partir de lo que la fe revelaba, no a partir de lo que por sí misma pudiera alcanzar, que era siempre muy impreciso y general. Esta pérdida de confianza en la razón ayuda a entender la primacía que Escoto concede a la voluntad. Primacía que se justificaría por sí misma en la medida en que es mayor la unión del hombre a Dios por la voluntad que por la inteligencia o en que ella sola es causa de sus actos o, muy singularmente, en que nada puede determinar a la libertad desde fuera, ni siquiera Dios. Pero es precisamente esta mirada sobre la voluntad y el entendimiento, que le impedía entender la relación entre ambos, la que caracteriza la comprensión que tiene de la libertad del hombre: para Escoto, la necesidad que se da en el entendimiento humano, que se ve atrapado por su objeto y, en cierto sentido, determinado por él, no se da en la voluntad del hombre, que es libre.

Y esto es muy interesante.

En la tradición medieval era pacífica la comparación que Aristóteles hace entre el modo de proceder del entendimiento y el de la voluntad: igual que el entendimiento parte de lo evidente y de ahí extrae conclusiones, cuya verdad participa de la verdad de los principios, así la voluntad procede hacia el bien a través de las cosas buenas, que lo son porque median y participan de aquello por lo cual se quieren todas las cosas, «es decir, como el entendimiento, que tiende ordenadamente a las verdades, asiente a la conclusión en virtud del principio, así la voluntad, que tiende ordenadamente a lo que se dirige al fin, tiende a él en virtud del fin».

<sup>9</sup> Sobre este tema, GALLEGU GARCÍA, E., *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Dykinson, Madrid 1996.

Del mismo autor, *Norma, normativismo y derecho*, Dykinson, Madrid 1999; *Fundamentos para una teoría del derecho*, Dykinson, Madrid, 2003.

<sup>10</sup> No en vano señala acertadamente Voegelin que lo que subyace en toda herejía gnóstica —y la de Joaquín de Fiore lo es— es un deseo de «gozar masivamente de experiencias posesivas», ese deseo marca la modernidad indeleblemente y, así también la mayor parte de los conceptos sobre los que se sostiene. (VOEGELIN, E., *Nueva ciencia de la política*, Rialp, 1968, pág. 190 y sigs.)

«Sin embargo —dice Escoto—, si se comparan los objetos del entendimiento y de la voluntad a sus respectivas potencias, cuando están operando, el caso no es similar; porque en tal caso, no podría darse que una voluntad quisiera lo que es para el fin sino sólo usándolo, es decir, queriéndolo por razón del fin y, en cambio, dice San Agustín que: “la perversidad de la voluntad está en que usa aquellas cosas en las que se debe complacer y se complace en aquellas que se deben usar”, de donde se concluye que la voluntad puede complacerse en un objeto que debe usar; pero esto no sucede con el entendimiento, que no puede entender una verdad cognoscible como principio, es decir, como evidente en sus términos».

«La razón de esta diferencia estriba en que el entendimiento se mueve a su objeto por necesidad natural, mientras que la voluntad se mueve libremente. También en otros casos consta que no es semejante esta necesidad: que la conclusión se conoce necesariamente por el principio, pero no así que aquello que es para el fin se quiera necesariamente por la bondad del fin»<sup>11</sup>.

Esta afirmación es muy interesante, por un lado, porque implica afirmar que la libertad se determina a sí misma al obrar; y, de otro, porque significa que el hombre no se mueve naturalmente hacia el bien por razón de su fin natural, sino que debe requerir alguna otra razón que le mueva —tal será el papel de la ley, muy especialmente de la Ley de Dios—.

Escoto afirmaba que en la determinación del mandato, Dios era absolutamente libre, aunque con un pequeño límite: Dios no podía sino querer a sí mismo. Por eso, para Escoto el amor a Dios era el principio único y absolutamente primero, al que el mismo Dios estaba vinculado. Sin embargo, Ockham no seguirá en esto a su maestro y negará incluso esta restricción a la libertad de Dios: no hay más bondad en las cosas que su conformidad con el dictamen vigente de Dios, «Porque mientras esté vigente el orden que ahora está, ningún acto es perfectamente virtuoso sino por su voluntaria conformidad al dictamen divino».

De este modo, desaparece todo rastro de bondad en el acto por conformidad a la recta razón y no subsiste más obligación para obrar que la que procede de la conformidad a una decisión de la voluntad que se determina a sí misma. En adelante, la razón es incapaz de reconocer en la realidad una dirección de su obrar: *la realidad deja de ser la medida del obrar humano y el hombre —cada hombre— va a volver los ojos a sí mismo para encontrar en su voluntad la regla de su acción*. Este subjetivismo atraviesa toda la modernidad.

\* \* \* \* \*

<sup>11</sup> ESCOTO, D., *Quaestiones quodlibetales*, q. XVI, a. 1.

La pérdida de vista de la realidad y la exaltación de la idea de poder va a tener importantes consecuencias en el orden moral, político y jurídico, de las que nos es preciso señalar aquellas que son más operativas en el debate sobre algunas cuestiones de fundamentación bioética.

En primer lugar, porque la concepción del derecho como ‘poder exigir’ del sujeto obra un curioso *proceso de deterioro en el lenguaje y en la comprensión que el hombre tiene del derecho*, asimilando conceptos cuya frontera semántica es muy fina: derecho, facultad de exigir, exigencia misma, aspiración y, por último, deseo. Este progresivo deterioro de la palabra derecho hace que éste pase a comprender como su contenido lo que no son sino *aspiraciones o deseos humanos*. Es singularmente evidente este deterioro en el campo en el que nos movemos, la bioética, la familia y, en general, en aquellos ámbitos de la vida personal donde la naturaleza del deseo hace más dolorosa su frustración y se convierte en exigencia. Así, el ‘derecho a ser feliz’, que nadie se atrevería a negar en público o el ‘derecho a la opción de género’ —cualquiera que sea lo que eso signifique— o, aquí está la tragedia, el ‘derecho a ser padre’, que también parece difícil de rechazar y que, sin embargo, no sólo comporta un absurdo jurídico, sino que arrastra desgraciadas consecuencias.

Además, en todos estos casos, necesariamente se produce un cierto fenómeno de multiplicación de las aspiraciones que esperan ser objeto de protección: primero la concepción de hijos, después la eugenesia, más tarde la clonación... aspiraciones que traducen a un lenguaje jurídico legítimos deseos humanos que por su naturaleza no tienen fin. Esa *multiplicación de los derechos* y de las declaraciones de derechos pasa a convertirse en un instrumento político de primera magnitud. Pero, en todos los casos, olvida la advertencia de Kirchmann, en su célebre conferencia, sobre cómo la falsedad de la ley en la ciencia jurídica no es inocua sino que toca el objeto sobre el que recae y lo puede destruir<sup>12</sup>.

Segunda consecuencia inevitable de esta novedosa concepción jurídica es el formalismo y el positivismo jurídico. Formalismo jurídico, porque el poder reivindicar, que es el contenido más propio de la *potestas* jurídica, se concede al individuo con independencia de la existencia del objeto real y concreto sobre el que recaiga dicha potestad. La cadena lógica que conduce a esta conclusión es muy elemental y parte del reconocimiento de que lo sustantivo del derecho es el poder lícito de exigir y, por tanto, no es decisivo que exista objeto real que reivindicar sino sólo que se reconozca

<sup>12</sup> «Todas las ciencias tienen, además de las leyes verdaderas, otras falsas. Pero la falsedad de éstas no ejerce influencia alguna sobre su objeto. La tierra siguió girando alrededor del sol, aunque Ptolomeo convirtiera en ley lo contrario [...] Otra cosa sucede con las leyes positivas del derecho. Respaladas por la fuerza y por las sanciones, se imponen, verdaderas o falsas, al objeto», VON KIRCHMANN, J.H. *La jurisprudencia no es ciencia*, C.E.C., Madrid, 1983.

la posibilidad de hacerlo. Por eso, no es objeción la incapacidad natural para engendrar, porque a la postre lo fundamental no es si se puede o no engendrar, sino si se puede o no 'exigir' a alguien.

Además, si todo derecho se reduce a la posibilidad de la exigencia frente a un tercero particular o frente al Estado, toda la virtud del derecho se juega en el efectivo 'poder' que el sujeto tiene de reivindicar, de ahí que precise el reconocimiento de quien realmente es poderoso y le puede garantizar el ejercicio del poder. Y, verdaderamente poderoso, desde Bodino, al menos, es el Estado. Por eso, el reconocimiento del Estado es garantía para la efectiva realización del derecho. Siguiendo en el tiempo, y en un segundo momento, el reconocimiento del Estado en la ley no sólo va a ser la condición de su eficacia sino la posibilidad de su misma existencia: no hay más derecho que el que reconoce el Estado y cuyo ejercicio está dispuesto a proteger. La generalización de la concepción de que el reconocimiento del Estado no sólo otorga eficacia al derecho, sino que es su fuente exclusiva es lo que ha transformado el debate bioético en una disputa política a partir de la posición de poder de los colectivos más 'ruidosamente' reivindicativos y de la 'discreción' de los más débiles.

Esta aparente 'discreción' de los débiles no es tal, sino una tercera consecuencia inevitable de la concepción jurídica que está operativa de fondo. La concepción de derecho subjetivo se separa radicalmente de la concepción clásica, entre otras cosas, por esta primacía de la exigibilidad que estamos señalando. Para los antiguos, la virtud de la justicia disciplinaba voluntad para 'querer bien lo que es del otro'; precisamente, el derecho era 'aquello que era del otro' y que le debía ser restituido. De ahí procedía la excelencia de la justicia entre todas las virtudes, en que era la única que tenía como objeto el bien ajeno, en que por su objeto la justicia y el derecho miraban *ad alterum*: al otro y por el otro. Pero la concepción moderna de derecho, operativa en el debate bioético, al establecer la *primacía de la exigibilidad respecto del débito* entraña un profundo cambio de mirada: desaparece completamente el 'otro' del horizonte del derecho.

La concepción de derecho subjetivo es esencialmente *individualista*, y aun cabría decir con más propiedad, egoísta pues cada uno se preocupa exclusivamente por sí mismo y abandona la preocupación por el otro y lo que es del otro. Este individualismo egoísta, esencialmente moderno, provoca inevitablemente que aquél que no se encuentra en condiciones de exigir, o aquél cuya exigencia es más 'discreta', ve debilitado su derecho: a la postre, sencillamente, el derecho de los más débiles decae.

Esto se observa, singularmente, en los casos en los que los titulares del derecho no están en condiciones de exigir por sí mismos el respeto de su derecho, como son todos los que se encuentran en los estadios primero y último de la vida, o en los estadios de mayor dependencia y vulnerabilidad, durante la enfermedad, cuando los sujetos a los que naturalmente correspondería velar por su interés no lo hacen. Máxime si son ellos, precisamente, los que sostienen la pretensión contraria. En casi to-

dos los casos, este choque de 'poderes' se salda con la victoria del que manifiesta más capacidad de exigir y la irreparable derrota de quien sólo puede oponer su 'discreta presencia'.

Por todo esto es preciso traducir la palabra derecho. Sobre todo cuando se emplea en el debate bioético para justificar la acción de los interlocutores pues debe saberse que con ella no se hace esencialmente referencia a 'lo justo', sino al *poder del sujeto*. Poder que viene definido por la conformidad a la voluntad de alguien —Dios, el legislador humano o cada uno—.

Esto nos pondría sobre la pista de la causa que provocó ese cambio de significado. Sobre ello no vamos a entrar aquí. Baste reparar, por un lado, en el hecho de que el descubrimiento del derecho romano que se opera en las universidades a partir del siglo XII corre paralelo al desarrollo del derecho canónico; por otro, que ambos derechos se estudian conjuntamente —como todavía sucede en las facultades eclesásticas—; y, por último, que el derecho canónico trata esencialmente de la justicia general o legal y no de la particular, que es la propia del jurista. Por eso, no estamos desacertados al afirmar que en el tránsito al concepto moderno de derecho, éste pierde carga jurídica y, en la misma proporción, gana contenido político: no dice esencialmente relación entre individuos a partir de lo que es de cada uno, sino el orden en que los individuos se conciben en relación al todo. Por eso, y en la misma medida, es esencialmente la traducción de una precisa concepción de hombre. Así, el ensayo de fundamentación jurídica de ciertas pretensiones en materia de bioética no es tal, sino que enmascara una posición política y, por eso, una concepción del hombre. Un hombre que, como señala Arendt, no es que se conciba 'solo', es que se concibe 'solitario'.

Como resulta patente por nuestro punto de partida, esa soledad del hombre moderno a partir de la cual entiende su posición en el mundo no refleja su experiencia humana más elemental, empezando por la del conocimiento. Como señalábamos al principio, en la tarea de hacerse cargo del mundo, ningún hombre se concibe solo.

\* \* \* \* \*

Retomamos así ese principio de solidaridad que abandonábamos al comienzo de esta exposición. Decíamos entonces que la necesidad que el hombre experimenta de compartir lo que conoce como verdadero tiene dos fuentes: por un lado, la alegría que da compartir la verdad, incluso con aquéllos que no encuentran en ella más utilidad que su conocimiento; de otro, el deseo de que lo que uno descubre aproveche a todos en su esfuerzo por conocer. Ambas remiten a un mismo principio: en el orden más operativo de la vida, fuera de toda abstracción, nadie se concibe solo. Muy al contrario, nuestra memoria —y con ello no designamos la facultad de reminiscencia, sino el lugar más íntimo del hombre, en el que está presente a sí mismo—, nuestra memoria, digo, está hecha de la presencia de aquellos que han sido puestos a nues-

tro lado, de aquellos que responden de nosotros y por los que nosotros respondemos, que nos acompañan.

En un lenguaje sencillo, se podría decir que en el orden de la vida real inmediatamente nos concebimos con aquéllos a los que queremos, aunque de algún modo misteriosos, junto con todo hombre.

Si volvemos los ojos a las fuentes de nuestra común tradición occidental este principio de solidaridad, por el que nos sentimos mutuamente responsables unos de otros, ha sido múltiples veces expresado y casi siempre a partir del mismo fundamento: la identidad de naturaleza, todos los hombres somos iguales. Tan iguales como no es posible pensar igualdad mayor. Alguien con tanta autoridad como Cicerón hace decir a Marcus, en el diálogo *Sobre las leyes*, que «no hay nada tan semejante, tan igual a otra cosa como todos los hombres entre nosotros mismos»; y es más, si no fuera por la debilidad de los espíritus —véase las consecuencias de la fragilidad de la libertad— «nadie sería tan parecido a sí mismo como lo serían todos entre sí»<sup>13</sup>; lo que parecería una evidente exageración retórica si no fuera por las consecuencias que de ello saca: «por tanto, estamos llamados a tomar parte recíproca unos de otros; y a tener un derecho común».

Tres siglos antes, esta identidad de naturaleza y esta misma consecuencia, se expresan con idéntica rotundidad aunque con diferente lengua en el libro IX de la *Ética a Nicómaco*, de un modo aparentemente curioso: Aristóteles pone el origen del amor entre los hombres en el afecto que cada hombre se tiene a sí mismo. Es decir, el fundamento de la amistad está en el amor que cada uno se tiene a sí mismo; pues, como señala con acierto, parece que al amigo le queremos como nos queremos a nosotros mismos. Y esto está muy bien porque, por un lado, parece evidente que así es; aunque de otro, no lo resulta tanto. La evidencia procede del testimonio de la experiencia, pues es cierto que quien no se quiere bien a sí mismo no puede querer bien a nadie, y de esto todos tenemos experiencia. La falta de evidencia, a su vez, procede de la oscuridad del principio, ¿por qué esto es así?

Al comentar este pasaje, y en alguna otra ocasión, santo Tomás aporta la razón más profunda de esta inclinación pues dice santo Tomás, «propiamente no hay amistad de uno para consigo mismo, sino algo más que amistad. Porque la amistad importa cierta unión, pues dice Dionisio que el amor es virtud unitiva, pero de cada uno consigo mismo hay unidad que es más poderosa que la unión. De donde como la unidad es principio de la unión, así el amor con el que alguien se ama a sí mismo es forma y raíz de la amistad»<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> CICERÓN, *De legibus* I, 12, 33 (Ed. del I.E.P., traducción de A. D'Ors, Madrid, 1970).

<sup>14</sup> SANTO TOMÁS, *Suma Teológica* II-II, q. 25, a. 4 resp.

Pero esta fundamentación, que da razón del hecho, en cierto sentido mantiene la perplejidad, pues deja incólume el misterio profundo: ¿por qué el amor a uno mismo pasa por el amor a los demás, por qué el afecto a la propia vida pasa por el afecto a los que uno quiere, y aún más: qué límite tiene esta mutua implicación de las vidas de los hombres?

Vale la pena volver la mirada más atrás todavía y salir del campo de la filosofía, porque la literatura expresa lo que la razón no siempre es capaz de articular completamente, especialmente en aquello que tiene de misterioso.

Hay un texto muy conocido de Sófocles, clásico en la historia del pensamiento jurídico, que se suele citar como el primer texto en el que se hace evidente el conflicto entre el dictado de la ley humana y las exigencias de la Ley Natural y a nosotros nos puede servir en este orden. El texto, como hemos dicho, se cita por el tipo de argumentación que desarrolla pero se soslaya el contenido de lo que se dice, y este contenido es muy interesante. Representada hacia el 442 a.C., el argumento de *Antígona* parte de la decisión del tirano Creonte de dejar insepulto el cuerpo de Polinices. Antes, y tras la muerte de Edipo, rey de Tebas, sus hijos se habían disputado el trono, luchando uno contra el otro. Aplicado en la defensa de la ciudad Eteocles y en su ataque Polinices, uno es muerto en manos del otro, con lo que se cumplía la profecía de su trágico destino. Creonte, tío de Edipo, manda honrar y dar sepultura «conforme a la ley» a Eteocles, y proclama un edicto prohibiendo la sepultura de Polinices. Este edicto contradice directamente el deber de piedad para con los hermanos. Este deber está fundado en una ley diversa del *nomos* de la ciudad. Así, cuando Antígona entierra el cuerpo de su hermano y desafía el decreto de Creonte, arriesgando su propia vida, responde al tirano remitiendo la razón de su acción a las «leyes no escritas e inquebrantables de los dioses», leyes que «no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de dónde surgieron»<sup>15</sup>.

Lo interesante del caso no está sólo en el tipo de argumentación, que será paradigma del conflicto entre el orden de la naturaleza y el orden civil, sino el hecho mismo de que uno de los primeros deberes que establecen los dioses a los hombres sea la responsabilidad que tiene sobre su hermano, no sólo en lo relativo al auxilio mutuo en vida sino también tras la muerte. Un hermano responde del otro, y responde ante los dioses, «No iba obtener yo castigo por ellas de parte de los dioses por miedo a la intención de hombre alguno», dice Antígona.

Esta 'responsabilidad', que implica tomar como tarea propia aquello que afecta a otros, se extiende a otros aspectos aún más íntimos del hombre cuando uno carga ya no con otro y sus necesidades, sino con las consecuencias de sus actos. Cuando uno

<sup>15</sup> SOFOCLES, *Antígona*, 445-471.

se concibe solidario de las consecuencias de la libertad de los demás. El salto, como se ve, es un salto mortal. Y, sin embargo, no nos extraña en nuestra experiencia.

Unos siglos antes que Sófocles, Hesíodo, al amonestar a su hermano Perses para que no siguiera inquietándole a propósito de un tema de reparto de herencia, le señala ese extraño misterio de solidaridad por el que estamos todos muy cerca unos de otros, para lo bueno y para lo malo: «Muchas veces hasta toda una ciudad carga con la culpa de un malvado cada vez que comete delitos o proyecta barbaridades. Sobre ellos desde el cielo hace caer el Cronión una terrible calamidad, el hambre y la peste juntas, y sus gentes se van consumiendo»<sup>16</sup>. Pero no sólo entre coetáneos, esa misteriosa solidaridad se extiende entre generaciones y, así, «el que con sus testimonios perjura voluntariamente y con ultraje de la justicia causa algún daño irreparable, de éste queda luego una estirpe cada vez más oscura, en tanto que se hace mejor la descendencia del varón de recto juramento»<sup>17</sup>. Soportar unos la carga de otros, en el premio o la retribución por la culpa, en el castigo, esto que resulta tan misterioso ha sido espontáneamente sentido por el hombre como algo natural; misterioso, pero natural.

En la misma dinámica de unidad de los hombres entre sí, por la que unos se sienten responsables de otros, lo cierto es que el límite no está, ni siquiera, en cargar con las consecuencias de los actos de los demás —pues esto lo hacen los padres y tutores sobre aquellos a los que cuidan—, el límite está todavía un poco más allá, más allá de lo que la razón es capaz de comprender aunque el corazón lo desea: cargar con la culpa misma de otro, y no sólo con su castigo. Sustituir a otro en la culpa, y por eso también en la retribución. Más allá no es posible ir.

Hacerse cargo de la libertad del otro, hasta el punto de asumir sobre sí la culpa por la acción libremente dirigida a obrar mal, sentir la fragilidad de la libertad del otro como propia y tomarla sobre sí, para sostener incondicionalmente a otra persona. Esto es impensable, pero de alguna manera se siente como real. Dice Platón, a propósito de los ideales, que sería suficiente con que se cumpliera en un solo caso, que una sola vez hubiera sucedido «para que se llevara a la realidad todo lo que actualmente resulta increíble», y Glaucón le responde: «Será suficiente, en efecto»<sup>18</sup>.

\* \* \* \* \*

No nos interesa seguir por aquí en esta exposición, baste con lo apuntado, hasta donde cada uno quiera llegar, para darse cuenta de que hay otro modo de conce-

<sup>16</sup> HESÍODO, *Los trabajos y los días*, 225-244.

<sup>17</sup> HESÍODO, *Los trabajos y los días*, 285.

<sup>18</sup> PLATÓN, *República*, 502 b.

bir al hombre, en cuya entraña está toda la concepción política que el hombre antiguo —en nuestra tradición griega, romana y judeocristiana— sentía espontáneamente como propia. Su origen está en una concepción del hombre que ha sido fraguada a la luz de la razón y la revelación, conforme a la cual todos los hombres somos, de alguna manera, uno. Quizá, porque hemos sido creados a imagen de un Hombre.

Seguir más allá, incluso haber llegado a este punto, excede el ámbito de la filosofía, por eso es justo concluir aquí la exposición y dejarla abierta para un desarrollo posterior. Como dice Platón a propósito de algo semejante, «no es algo imposible que suceda, ni hablamos de cosas imposibles; en cuanto a que son difíciles, lo reconocemos»<sup>19</sup>. Por nuestra parte, hemos de decir que el itinerario que describimos en el principio arranca de un desengaño y sus resultados, como mostramos, son amargos; y no es posible generar nada a partir de la desconfianza. La propuesta que hacemos pasa por recuperar una concepción del hombre no cerrada sobre sí misma, completa. Conforme a ella, *cada hombre es responsable de todos ante todos y por todo*. Y, *en primer lugar, responsable de los más débiles*, de aquellos cuya vulnerabilidad es mayor.

Sólo existe algo más inquietante que un hombre que no se siente responsable de sí mismo y de sus acciones, y es un hombre que no se siente responsable de los demás.

<sup>19</sup> PLATÓN, *República*, 499 b.