

CAPÍTULO I

JUSTICIA IGUAL PARA TODOS*

Sí, justicia igual para todos, pero, como añadiría el maestro Umbral, o sea.

Primero: No me consta que los asuntos de ningún presunto –ni condenado– chorizo que no sea ese tal Urdangarín haya recibido el trato de Francisco Alegre y olé de estar permanentemente en los carteles.

Segundo: No me consta que ninguno de esos, digamos, «similares» se hayan sometido a un juicio paralelo y con respuesta pagada como suelen ser esos juicios ya que para eso se hacen. Evidentemente, de hecho no es igual para todos la administración de la justicia.

Tercero: No me consta que la mujer, compañera o pareja de ningún caco haya sido imputada por ese solo hecho como..., bueno, guardemos las formas, caco pero en género femenino. Aviso para navegantes, la ausencia de imputación a la fémina ante la cacomanía del marido,... o etcétera. es la mayor prueba de la cabal tradicional igualdad en la consideración de los seres humanos cualquiera que sea su sexo.

Cuarto: El ser mujer o etcétera de un caco es penalmente irrelevante; la relevancia penal se adquiere por la intervención, en sentido amplio, en la acción u omisión de la conducta tipificada en el Código que en su caso hubiese observado el caco. El aprovechamiento de los frutos de la acción u omisión del caco no entran en la intervención penalmente relevante

* Publicado en *Estrella Digital Togas*, el 17 de enero de 2014.

en el acto u omisión cacómonos. Apañados estaríamos si así fuera; lo lamento por la inmensa multitud de envidiosos, que nunca deja de sorprenderme.

Quinto: Se ha podido oír –se dice así, no escuchar– a algún sesudo comunicador que hay en la cárcel varía mujeres o etcéteras de narcotraficantes gallegos. Ignoro la exactitud del dato, pero en ese caso es que la actividad «profesional» del caco es en sí ilícita por lo que la fémina del caco no puede ignorar que los recursos familiares o del grupo parental o como ustedes prefieran decir son de procedencia ilícita. Habremos de reconocer la diferencia con la actividad del presunto caco Urdangarín que podía ejercerse con toda legitimidad y licitud.

Sexto: En cuanto a los delitos de índole fiscal, aun dejando al margen la duda (que ya es dejar dadas las circunstancias actuales) sobre la legitimidad de la acción del fisco (recordemos las «leyes meramente penales» de los cásicos), conviene decir alguna cosa también. Pensar que la pareja o como se llame, en condiciones normales o sea estadísticamente representativas, se reúne a discutir cómo se rellenarán los formularios del IRPF es sencillamente de aurora boreal. Ese es, sin duda, el sentido que debe darse a las palabras del Abogado Silva cuya tergiversación por alguno de los comunicadores no puede obedecer sino a torcida, intención pues que, en otro caso, el intérprete no podría ser más necio, o sea.

Séptimo: En relación con lo de antes, no creo que se pueda tener como prueba de la participación de nadie en blanqueo del capital de una sociedad el haber contratado a personas del servicio doméstico sobre la base de pago en dinero B. Eso, de ser así, tendría su propia valoración y sanción.

Octavo: O sea, repito, justicia sí igual para todos. Pero acaso ¿puede serlo? No, si de la igualdad de la justicia tenemos la errónea idea de la exacta equivalencia de todas las

vicisitudes de su administración. La igualdad de la justicia implica una tendencia que exige proporcionalidad. Y, puesto que la repercusión mediática no puede ser la misma en todos los casos, no han de dejar de ponderarse esas circunstancias para tratar de alcanzar esa «igualdad».

Porque si la condición de caco se extendiera sin más a su fémina o cualquier etcétera del caco, habríamos inventado lo que bien podríamos llamar el delito consorcial, o sea. Lo que no deja de ser cómico pese a expresar una raíz de envidia igualitaria preocupante. Hilarante sin paliativos es remontarse para extender la responsabilidad del caco a cualquiera que esté en su círculo más o menos parental; en este caso sería preciso definir una cacomanía del grupo que ¿cómo habría de decirse? ¿caso cognaticia?.

Noveno: Tengamos la fiesta en paz, o sea. Con independencia de que lo que se ha dicho es difícilmente rebatible desde la simple buena fe, ha de reconocerse que como la justicia no es igual para todos en el deformante sentido de la igualdad que sabemos, la prudencia habría dictado que la mujer del presunto caco hubiese ya obrado conforme se le sugirió en dos ocasiones mediante el colega ABC por una de sus plumas más ilustres y que sigue honrando al no menos ilustre apellido de quien es su portador.

Y es que si la justicia no es igual en el sentido que sabemos es cabalmente por la ejemplaridad exigible a algunos a que se refirió Su Majestad en la Nochebuena pasada. Pero en ningún caso el deber de ejemplaridad es tampoco agnaticio; cada uno debe cumplir ejemplarmente su deber. Y no deja de ser, por cierto, paradójico, que cuando se trata de responsabilidades de los políticos se olvide por completo la responsabilidad por culpa *in eligendo* e *in vigilando*, y en nuestro caso, por el contrario, se intente cubrir de lodo a un padre, al que por no

JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTE

pertenecer al gremio político no corresponde ningún deber por la elección ni la vigilancia, por el acto de la persona mayor de edad autora del acto. Repito, tengamos la fiesta en paz, o sea.

CAPÍTULO II

ANTE EL ABORTO (I)*

Ante el fenómeno del aborto siento un profundo estupor. No me refiero al que me produce el hecho en sí del aborto que, por descontado, me deja estupefacto, sino que ahora quiero ceñirme a lo errado que, a mi juicio, está tratar del aborto en el plano jurídico y, consiguientemente, en el político.

El aborto no implica ninguna realidad que pueda ser configurada en positivo desde criterios de justicia; el aborto es tan solo una acción humana respecto de una realidad sobre la que no cabe otra respuesta jurídica que la prohibición o la aceptación, es decir, no es posible una respuesta que no pertenezca al orden jurídico-penal caso de que se opte por su prohibición. El fenómeno del aborto, insisto, se resiste por definición a ser tratado constructivamente, en el mejor sentido de la palabra, por el derecho.

Porque el aborto supone extinguir una vida humana. Sobre esto no hay discusión posible puesto que es inequívoco y contundente el acuerdo de los científicos acerca del comienzo de una vida propia e independiente de los padres, en especial de la madre, desde el mismo momento de la fecundación. Vida que se prolongará en el orden natural de las cosas por todo el tiempo que transcurra hasta la muerte, permaneciendo siempre la misma y del mismo quién.

* Publicado en *Estrella Digital Tógas*, el 23 de enero de 2014.

No creo desacertado establecer que la vida humana, y por tanto también la del concebido y, no nacido, pertenece de suyo al mundo de la naturaleza. Pero no todo lo perteneciente a ese «mundo» se puede considerar «materia prejurídica» que es la que postula que sobre ella recaiga el derecho. Ciertamente que el derecho siempre opera sobre unas realidades previas que sin duda alguna pueden pertenecer y pertenecen de hecho al mundo de la naturaleza; pero cuando el derecho se ocupa de los océanos por ejemplo, lo hace porque la mar constituye una realidad apropiable, *lato sensu*, por el hombre que la codicia entonces ya sea por su aporte de alimentos o ya sea por su susceptibilidad para la comunicación o el transporte. Siempre que el derecho toma como materia prejurídica un aspecto o un segmento de la realidad natural lo hace en función de su posible aprovechamiento, respecto del que se ha de poner cabalmente orden. Siendo así que sobre la vida humana no cabe pensar —salvo irracionalismos que no por frecuentes hoy día deben dejar de impresionarnos— en susceptibles aprovechamientos por parte de los miembros de la sociedad, su absoluta indisponibilidad le hace quedar exenta de cualquier determinación jurídica configuradora; es así la vida «una materia extrajurídica», no propiamente prejurídica.

Que sobre la vida humana no quepa disponer es precisamente lo que determina la tipificación de varios delitos para cuando se dispone de ella según el modo o circunstancias de esa disposición. Obsérvese, por lo demás, que esta apreciación no es solo predicable respecto de la vida humana, sino que abarca, y precisamente en la actualidad cada vez con mayor amplitud, zonas de la realidad natural cuyo daño o menoscabo es penalmente sancionable. Bien es cierto que si existe identidad en el tratamiento jurídico de la vida humana y de los bienes ecológicos, ninguna, ni siquiera semejanza, hay

entre ambos supuestos por lo que se refiere a la razón del tratamiento como veremos a continuación.

La necesidad de que el derecho penal se ocupe de la vida humana está, de un lado, en que el hombre puede físicamente disponer de ella y, de otro, en la condición desfalleciente del hombre, que le lleva a veces a obrar el mal aun conociendo el bien, y que puede, en consecuencia, llevarle a la disposición de la vida. Una sociedad permisiva del aborto será una sociedad, humana sí, pero en la que prevalecen rasgos homicidas. Y adviértase bien que digo homicidas y no asesinos, porque precisamente como estamos en un ámbito extrajurídico no deben emplearse términos que evocan conceptos jurídicos que están de suyo fuera de lugar, pero además, y ya dentro del campo jurídico, ningún elemento del tipo asesinato se da en ningún supuesto de aborto, lo que no significa que el aborto no sea un acto homicida puesto que pone fin a la vida de un hombre. Llamemos a las cosas por su nombre porque para eso está el nombre de las cosas.

Pues bien, siendo esto así, no considero exagerado decir de la permisiva del aborto que es una comunidad homicida. A estos efectos, me permito señalar que todos los juristas convendremos en la consideración agustiniana de que una sociedad sin derecho es una comunidad de bandidos y adviértase que si ese calificativo de los sujetos cuadra más bien con la ausencia en la sociedad de los derechos de dominio *lato sensu*, parece obligado que digamos que una sociedad en que el aborto resulta configurable desde el punto de vista de la técnica jurídica al servicio de la ingeniería social, es una sociedad igualmente sin derecho pero que debe entonces ser calificada como cuadrilla de homicidas.

Esta es, a mi juicio, la primera cuestión que hay que plantearse ante el fenómeno del aborto. Si deseamos o no pertenecer a

una comunidad de homicidas. No nos engañemos, la respuesta no otras cosas. es sencilla y mucho menos simple porque en el orden social se produce siempre la interacción de las acciones humanas individuales que llegan de este modo a tener unas consecuencias que nadie puede controlar ni conocer por anticipado; quiero subrayar que una comunidad de homicidas generará consecuencias perniciosas para sus miembros que, no por imprevisibles, dejarán de producirse ni de ser consecuencias del carácter homicida de la sociedad aunque no sean medibles ni estadísticamente computables a causa de nuestra limitada capacidad (limitada incluso hasta para un socialista aunque él no lo crea así puesto que esa fe u obediencia les incapacita para entenderlo como muchas otras cosas). Por lo tanto, la pregunta que en realidad debemos plantearnos ante el fenómeno aborto es ¿nos parece deseable pertenecer a una comunidad de homicidas?, incluso ¿nos parece deseable, siendo así que desconocemos sus negativas consecuencias pero no que tendrá necesariamente perniciosos efectos?

Planteadas la cuestión como acabamos de establecer, sencillamente la del aborto es previa a cualquier juicio moral y jurídico. Porque no se está ante un problema que postule una normatividad propia de un deber-ser, sino que nos encontramos en el campo de las leyes de la naturaleza. Vuelvo a recordar aquí que no hay nadie científicamente estimable que discrepe sobre la existencia de vida humana desde el mismo momento de la fecundación. Solo los ideólogos llamados paradójicamente «progresistas», tan beatos, de boquilla, del conocimiento científico se permiten ahora la desvergüenza intelectual de negar esta verdad científica.

Naturalmente que, establecido lo anterior, cosa que, como es lógico, para mí no ofrece duda, podría ponerse punto final. Sin embargo como el discurso pseudojurídico básicamente

se arma sobre los derechos del *nasciturus* y los derechos de la madre embarazada, se hace necesario dedicar unas palabras a la cuestión. Será en un próximo artículo.

CAPÍTULO III

ANTE EL ABORTO (II)*

Negado, según establecimos en el anterior artículo, que la vida humana constituya una realidad sobre la que pueda legítimamente incidir la función configuradora del derecho, se ha de concluir necesariamente que resulta inaceptable hablar del derecho a la vida y concebirlo como uno de los que integran el elenco de los derechos fundamentales o derechos humanos.

En relación con un feto es doblemente inapropiado hablar del derecho a la vida. Lo es, en primer lugar, porque el feto no siendo persona no puede ser propiamente titular de ningún derecho, cuestión distinta, que por lo demás corrobora lo que digo, es la de atribuirle derechos desde la concepción para el caso de que nazca y sea viable (como expresan los artículos 29 y 30 del Código civil); pero es inadecuado, en segundo término y sobre todo, porque la vida no es materia que pueda ser objeto o contenido de un derecho subjetivo. Y no lo es tanto por lo que se refiere al derecho en sí, como por lo que se refiere a la materia prejurídica que constituiría en su caso la vida.

La primera cuestión que acabo de plantear requiere una precisión. Al hablar de derechos, y entre ellos de los humanos, o bien se alude a lo que son los derechos en sentido estricto en el orden jurídico que es el suyo propio o sencillamente no se significa nada. La cuestión es muy importante. Es cierto que en la actualidad y como manifestación clamorosa del

* Publicado en *Estrella Digital Togas*, el 24 de enero de 2014.

pensamiento «débil» en el campo jurídico se da el nombre de derecho a cualquier ocurrencia o pretensión absolutamente arbitraria y caprichosa que se insinúa al hombre a través de los programas ideológicos de los partidos políticos; pero que este pensamiento débil haya sido, por desgracia, asumido por los «operadores jurídicos», no dice nada en contra de la verdad del derecho aunque sí resulte en extremo elocuente sobre la abdicación de la búsqueda de esa verdad por parte de quienes decimos conocerlo y lo aplicamos.

Como en esto es obligado proceder con el rigor que demanda la pureza de los conceptos y la búsqueda de la finalidad del sistema jurídico —absténganse los críticos anticonceptualistas y antisistemáticos porque nada tiene que ver lo que aquí se está diciendo con lo que pudiera ser objeto de sus críticas—, hemos de sentar como primera conclusión que no existe un derecho a la vida porque ni su ejercicio ni su protección y defensa pueden ser los propios de un verdadero derecho subjetivo. Conviene advertir que estas consideraciones no se refieren al pretendido derecho del feto a la vida; se refieren al derecho a la vida como tal que hipotéticamente, si no fuese un absurdo, se predicaría de cualquier persona, por lo tanto ya nacida y viable. Que la Constitución así lo establezca no significa nada a estos efectos. Hacer de la constitución un texto de orden científico-jurídico es la peor manifestación del más grosero positivismo, sencillamente por ser el más tiránico bajo el disfraz de no se sabe qué voluntades generales, qué soberanías y qué consensos.

Pero si no cabe un derecho a la vida porque no se adecúa en ese caso a la realidad el concepto de derecho, por otro lado y por lo que se refiere a la vida, insisto en que no es ni puede ser objeto ni contenido de ningún derecho; la vida no constituye como hemos dicho una materia prejurídica en el sentido

de que postule que sobre ella recaigan precisiones de orden jurídico sin perjuicio de que ante ella se imponga el deber general de respeto que incluso puede acabar manifestándose en el Código Penal. Esto es, la vida es el presupuesto no ya de todos los derechos, que desde luego lo es, sino el presupuesto de la convivencia entre seres humanos, el presupuesto de una sociedad de hombres.

Por otra parte, en el seno de una cuadrilla de homicidas resulta sencillamente sarcástico que pueda hablarse no ya de derechos humanos, expresión que por cierto no se cae de la boca de los paradójicamente tenidos por «progresistas», sino del derecho mismo. Acaso sin embargo por aquí se atisbe el actual desdén por el derecho en todos los órdenes que queda eclipsado y ve sustituida su luz por luciérnagas que engañosamente pretenden hacer humana la convivencia de los homicidas a los que sus mayores nos han dejado o permitido subsistir en la existencia.

Por fortuna la vida humana es presupuesto de los derechos del hombre. Se tienen derechos porque se tiene vida. Es la vida humana el fundamento de los derechos, no un derecho más. A la vida humana, que es vida que trasciende a la noción puramente biológica propia de cualquier especie del reino animal (no se conoce de ningún gorila haciendo algo semejante a lo que hizo Maximiliano Kolbe como no se conoce tampoco de ningún escorpión que no actúe siempre impulsado por su instinto para desgracia de la rana porteadora), conviene la noción de dignidad, que pertenece a toda persona como individuo igual a otro individuo. Pero igual en cuanto a su dignidad esencial porque en cuanto que cada individuo va realizando su propia biografía se hace acreedor en justicia de aquello que es proporcionado a lo que él da o con lo que él contribuye al bien de los demás. Es en razón de

tener que desenvolver su vida y hacerlo como persona libre, y consiguientemente responsable, por lo que se predicán los derechos subjetivos, también, y principalmente, los humanos.

Aunque negar que exista el derecho a la vida se impone sencillamente por ser verdad, no deja de tener, como pasa siempre con la verdad, su valor táctico en el debate. Mantener la posición contraria al aborto sobre el derecho a la vida del feto no puede esquivar que legítimamente se argumente, de un lado, contra los derechos del feto para negar que los tenga ni, de otro, acerca de la necesidad de «ponderar» o articular ese derecho del feto con otros derechos, alguno tan peregrino e inexistente también como el derecho de la mujer a decidir, que, por cierto, solo puede comprenderse una vez que se ha prostituido como anteriormente se dice el concepto de derechos humanos para aceptar que lo sea cualquier capricho. Es decir, si de un verdadero debate se tratase, el guirigay propio de patio de vecinos montado acerca del aborto no se enredaría en torno a supuestos derechos. Pero, insisto, nótese que no por razones tácticas debe abandonarse ese campo de los derechos, sino que, abandonado por razones de respeto a la verdad, ese abandono resulta además tácticamente fecundo.

Por otro lado, considero impropio también aludir a un supuesto principio general del derecho de defensa y protección del débil, que desde luego no existe. Ni los juristas ni nadie debieran olvidar los consejos de Don Quijote a Sancho sobre la compasión por el pobre y sobre la justicia debida a pobres y a ricos. El derecho no está presidido por la compasión, sino por la justicia; es así como puede cumplir su finalidad esencial en beneficio del hombre.

CAPÍTULO IV

ANTE EL ABORTO (y III)*

No será necesario decir que todo lo que se ha visto en los dos artículos precedentes nada tiene que ver ni con ninguna creencia o experiencia religiosa ni con ninguna traducción moral de una de esas creencias o experiencias. Se trata de una cuestión previa y referida tan solo a la experiencia de vida humana y de una verdadera sociedad de hombres conformada por el derecho.

Por ello, el discurso debe completarse con lo siguiente. Es indudable que el embarazo representa unas incomodidades evidentes para la mujer así como la maternidad y la paternidad implica la aceptación de nuevas y serias responsabilidades. No ha de ser objeto de mi discurso ninguna llamada a la reflexión acerca de cómo tales cargas quedan objetivamente compensadas de manera sobrada con la maternidad y la paternidad. Por mi parte, he de desechar estas consideraciones puesto que, desde el punto de vista subjetivo, a nadie que no sean los propios padres bajo el dictamen de su recta conciencia corresponde el juicio sobre dichos aspectos. Pero aun centrada la cuestión en el ámbito objetivo si me parece pertinente realizar las consideraciones siguientes.

El aborto implica la extinción de un ser humano cuya existencia (en términos generales) se debe a un acto rigurosamente voluntario de parte de un varón y una mujer; en vista de lo cual sí podemos y aun debemos plantearnos, desde el

* Publicado en *Estrella Digital Tógas*, el 27 de enero de 2014.

punto de vista jurídico, el problema de la responsabilidad de los autores por ese acto. Vistas las cosas así, es innegable que la aceptación social del aborto implica la ruptura del vínculo entre la acción humana y sus efectos por los que siempre el autor ha de quedar responsable si es que hablamos de acciones humanas, vale decir de acciones realizadas por hombres libres. Esto solo es ya suficiente para darse cuenta del desorden objetivo que el aborto supone. Por lo tanto, el recurso a la extinción de la vida del feto no debe estar disponible de ninguna manera para los sujetos de la acción que genera esa nueva vida. Admitir el aborto es una muestra más de la degradación actual en la consideración del hombre libre, en cuanto que hace irresponsables de su acción libre al varón y a la mujer. El aborto es la consecuencia más grave de la irresponsabilidad que se desprende para los autores de distintas acciones de muchas regulaciones actuales producidas bajo la técnica y el formulismo jurídicos. En todos los casos es inaceptable, desde el punto de vista jurídico, que se admita que el sujeto actúe irresponsablemente.

Al margen de los infrecuentes casos de fecundación por violación de los que no nos ocupamos, si un hijo no fuese deseado por el padre y por la madre uno y otro deben evitar la posible fecundación subsiguiente al acto sexual. El derecho, si no quiere ser simple regla para una cuadrilla de homicidas, no puede permitir que la irreflexión de unos sujetos se traduzca en la extinción de la vida de un nuevo individuo humano.

Soy consciente de que parece que con estas consideraciones propugno el uso de anticonceptivos de cualquier naturaleza salvo los que fueren abortivos. Pues bien, sobre esto diré que, con independencia de mis opiniones, pienso que el derecho ha de callar ante la cuestión del carácter anticonceptivo no abortivo que pueda utilizarse para impedir precisamente la

generación de la vida. Y debe callar el derecho, o sea que el derecho no tiene nada que decir, porque el problema implicado en este punto pertenece ya al orden moral por lo que resulta obvio que han de ser las convicciones morales de los sujetos las que determinen las circunstancias del acto del coito.

No es necesario extendernos en la exigencia de la formación o educación en sentido estricto en especial de nuestros jóvenes pero, por desgracia, también de nuestros menos jóvenes; y al aludir a la educación no me refiero a la educación sexual, que es algo que pertenece a los padres, sino que pienso en general en la necesidad de formar en la actuación responsable del sujeto de tal manera que, alentando su libertad de determinarse a cualquier acción, en esa determinación se incluya la deliberación acerca de los efectos de la propia acción.

Todo lo anterior ha de ser completado con las dos observaciones siguientes: si el nasciturus no es un individuo de nuestra especie hasta que no se produce el alumbramiento ¿cómo es que los pseudoprogresistas limitan a determinados plazos el aborto? Y no se diga que a partir de los plazos que arbitrariamente determine la ley es cuando se produce la vida; y no se diga esto porque sencillamente es mentira, puesto que la ciencia es conforme de toda conformidad en que el momento de la fecundación es el momento de alumbramiento de nueva vida. Seamos honestos al menos en esto y reconozcamos que los plazos se ponen por coincidir más o menos con el momento en que el feto muestra figura humana en las ecografías, razón por la que el matarlo resulta ya insufriblemente repugnante. Lo que, por cierto, coincide con la razón que subyace al histérico griterío contra la difusión de películas absolutamente reales sobre el aborto que acreditan lo que es: el exterminio con todo su sufrimiento

de un ser humano que había empezado ya a vivir su vida, la misma vida que hubiese transcurrido hasta su muerte por otra causa.

No parece necesario decir que, dentro del campo jurídico-penal y mediante sus instrumentos conceptuales, deben ser tratados los casos de aborto, aplicando incluso las mayores dosis de clemencia. Al margen deo deliberadamente los supuestos de violación no porque considere que de la vida del feto que de ella resulta no sea predicable todo lo dicho, sino porque la actitud de la madre que se ha visto fecundada debe merecer una especial consideración jurídica.

Al principio de estos artículos me he referido al aborto y el orden político. Mi pensamiento ya ha quedado expuesto en lo sustancial implícitamente puesto que una cuadrilla de homicidas está en las antípodas de cualquier orden político o, dicho inversamente, un verdadero orden político no puede cohonestarse con una cuadrilla de homicidas. Sin embargo, no debo dejar de aludir a que las consecuencias jurídico-penales del aborto hasta cierto punto reclaman respuestas de orden político que descarguen a las madres y a los padres de las responsabilidades de tales que no puedan o incluso no quieran asumir. Pertenece sin género de duda al orden del bien común, que corresponde promover a los que cuidan de la comunidad, establecer las instancias adecuadas a esos fines así como favorecer los cauces que ofrezca la sociedad civil para mitigar e incluso eliminar aquellas responsabilidades indeseadas.