

El derecho a la vida de los no nacidos*

THE RIGHT TO LIFE OF UNBORN BABIES

LE DROIT DE VIE LE DROIT A LA VIE DES NON-NES

Recibido: 15 de noviembre de 2011 • Aprobado: 15 de mayo de 2012

Ana María Triana Agudelo**

Carolina Soto Méndez***

Jhon Jairo Peña Ocampo****

Resumen

En Colombia se encuentra un antecedente jurídico de protección al no nato, pero con la Sentencia C-355 de 2006 se presentó un cambio en la línea jurisprudencial respecto al problema jurídico de la legalidad del aborto, al igual que en la iniciación de la vida humana y su reconocimiento y protección en el ordenamiento jurídico. En este cambio jurisprudencial se hizo alusión a principios jurídicos como el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, la libertad sexual de la mujer y la perspectiva de vida. En relación con esto, siguiendo las reglas de la hermenéutica jurídica, se sopesaron dichos principios para llegar al *decisum* de admitir la legalidad del aborto en tres excepciones: cuando el no nacido tenga alguna malformación, cuando

* Trabajo clasificado como artículo de reflexión. Es producto del grupo de investigación “Ius Iuris”, de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Ibagué.

** Administradora de Empresas, Universidad de Tolima. Especialista en Docencia Universitaria, docente y secretaria académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Ibagué. Correo electrónico: ana.triana@ucc.edu.co

*** Abogada de la Universidad Cooperativa de Colombia. Candidata a Doctora en Bioética y Biojurídica de la Universidad Rey Juan Carlos (España). Docente investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Ibagué. Correo electrónico: carolina.soto@campusucc.edu.co

**** Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia. Especialista en Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Docente investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Ibagué. Correo electrónico: jhon.pena@campusucc.edu.co

el embarazo sea producto de un acceso carnal violento y cuando esté en riesgo la vida de la madre o del ser por nacer. Esta decisión se explica por cuanto los principios y valores que estaban en juego en cada caso eran mayores que el derecho a la vida del no nacido.

Palabras clave

Aborto, concepción, embrión, derecho a la vida, fecundación, persona humana, ponderación de principios, sujeto de derechos.

Abstract

In Colombia there is a legal precedent for the protection of unborn babies, but with the Sentence C-355 of 2006 a change in the line of case law regarding the legal issue of the legality of abortion was introduced, as well as in the beginning of human life and its recognition and protection in the legal system. In this jurisprudential change, legal principles such as the free development of personality, human dignity, sexual freedom of women, and the prospect of life were alluded to. In this regard, following the rules of legal interpretation, these principles were weighed up to reach a decision in admitting the legality of abortion in three exceptions: when the unborn baby has a malformation, when pregnancy is the result of violent sexual intercourse, and when the mother's life is at risk. This decision is explained, as far as the principles and values at stake in each case were greater than the right to life of the unborn.

Keywords

Abortion, conception, embryo, right to life, fertilization, human person, weighting of principles, subject of rights.

Résumé

En Colombie, il y a un précédent juridique de protection aux non-nés, mais lors de la Sentence C-355 de 2006 il y a eu un changement dans la ligne jurisprudentielle par rapport au problème juridique de la légalité de l'avortement, il en est de même pour l'initiation de la vie humaine et sa reconnaissance et protection dans le cadre juridique. Lors de ce changement jurisprudentiel on a fait allusion aux principes juridiques tels que le libre développement de la personnalité, la dignité humaine, la liberté sexuelle de la femme, et la perspective de vie. En suivant les règles de l'herméneutique juridique par rapport à ce thème, ces principes ont été soupesés pour arriver à la décision d'admettre la légalité de l'avortement compte tenu de trois conditions: lorsque le non-né a une malformation, lorsque la grossesse est le produit d'un viol et lorsque la vie de la mère ou celle du fœtus est en danger. Cette décision s'explique en tant que les principes et les valeurs mis en jeu dans chaque cas étaient supérieurs au droit à la vie du non-né

Mots-clés

Avortement, conception, embryon, droit à la vie, fécondation, personne humaine, pondération de principes, sujet de droits.

Introducción

El ser humano, en tanto persona, está dotado de una serie de derechos y deberes en razón de su esencia individual y de su naturaleza racional. En virtud de esto, es deber del Estado velar por la vida, integridad, honra y bienes de todas las personas, sin discriminación alguna, por cuanto pertenecen o tienen un vínculo jurídico con él. Sin embargo, el deber del Estado de salvaguardar la vida de todas las personas no culmina con la protección de las personas nacidas –cuya existencia se limita en una condición espacio-temporal dentro del contexto social–, sino que se extiende, en materia civil, a las “personas futuras”, tratadas en el presente escrito como “no natas”. Por ello, se elimina aquí el uso peyorativo del adjetivo “futuras”, pues, de hecho, los no natos son personas desde el momento de la fecundación, donde se presenta la fusión de los pronúcleos del óvulo y del espermatozoide del gameto femenino y el gameto masculino, otorgando una carga genética individual, única y característica del género humano. En otras palabras, a partir de la fecundación se inicia el desarrollo continuo y espacio-temporal del no nato, quien ya existe en acto, mas no en potencia.

El estudio concienzudo del inicio de la vida humana ha sido visto con un prisma de diversos crisoles, dependiendo del ángulo político, social, religioso, económico y cultural desde el cual se ha planteado. Es así como a través del tiempo se han generado una multiplicidad de posibles respuestas a la pregunta “¿cuándo comienza la vida?”. Solamente a partir los siglos XVIII y XIX, con la formación de los Estados-nación y la aparición de los órganos colegiados de las ramas del poder público, el tema comenzó a abordarse unificadamente. En materia legislativa, por ejemplo, se dan declaraciones como la promulgada en Francia, que reza: “Todo individuo tiene derecho a la vida”. En este periodo inicia la salvaguardia estatal de los derechos y bienes de las personas, principiando por el más relevante de todos: la vida.

No obstante, a pesar de los intentos por proteger decididamente la persona, el Estado, en todas

sus formas, tanto en el modelo liberal como en el benefactor, no lo ha hecho a cabalidad. Se han propiciado prácticas que atentan contra los derechos básicos del ser humano, como lo es el aborto, que están sustentadas en argumentos que solo prevén el derecho a la vida como el derecho a la existencia, pero no como el derecho a la esencia. Así, se excluye, por tanto, a los no nacidos por considerárselos, erróneamente, seres humanos en potencia y no en acto. Tal aseveración parte de consideraciones que encuentran su sustento en la estructura anatómica de los no nacidos: su fenotipo, olvidando que la determinación del inicio de la vida se fundamenta en el genotipo, pues los cromosomas constituyen el genoma propio de la especie humana; requisito con el que cumple el no nato.

De la problemática antes reseñada parte este estudio, que tiene por objeto justificar la protección del derecho a la vida del ser humano desde que es persona, es decir, a partir de la fecundación. En materia jurídica, esta protección se ha visto condicionada con la Sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional colombiana. Por esta razón, se abordará la *ratio decidendi* de esta sentencia, en concordancia con sus precedentes jurisprudenciales, a fin de entrever el estatus jurídico del no nato y reivindicarle su derecho a la vida. Lo anterior se hará con base en argumentos filosóficos, científicos y jurídicos, en consonancia con los derechos, principios y valores de raigambre constitucional.

Presupuesto científico del inicio de la vida humana

La persona humana no es solo una realidad biológica; también es una realidad social, moral, personal, racional. A pesar de ser más que genes, son estos los que definen qué seres pertenecen a la especie humana, es decir, los genes determinan biológicamente quién es un ser humano.

A lo largo de la historia, el hombre se ha cuestionado sobre su origen, su destino y su fin. El inicio

de la vida ha generado diversas investigaciones desde el siglo XVI (Moore y Persaud, 2004, p. 10), a través de las cuales el hombre ha indagado sobre el comienzo de la vida en distintas especies. Sin embargo, fue a partir de Darwin y Mendel como se avanzó en el descubrimiento de las características propias del inicio de la vida humana, lo que ha permitido, incluso, la clonación de seres vivos, como es el caso de Dolly –con sus intentos previos y fallidos, v. gr. gato copia al carbón–. En este contexto es como se hace posible considerar hoy la alternativa científica –desde la bioética ampliamente debatida– de la clonación humana, como lo ha intentado el doctor Panayiotis Zavos.

El velo de misterio que rodeaba el nacimiento de una persona generó un sinnúmero de mitos alrededor del comienzo de la vida humana. Múltiples personas han tratado de explicar, de una u otra forma, el momento desde el cual podría predicarse que un nuevo ser es perteneciente a la especie humana y, por tanto, podría ser considerado persona. Vila-Coro, en su texto *Introducción a la biojurídica* (1995, pp. 89 y ss.), relata cómo el desconocimiento científico del desarrollo embrionario generó, respecto al embarazo y el nacimiento, diversas supersticiones y leyendas que aún se evidencian en la cultura popular española, las cuales repercutieron de manera contundente y han trascendido hasta la fecha en el ámbito jurídico español. Hoy en día, los avances científicos han dejado sin fundamentos a todos estos mitos, puesto que se ha demostrado claramente que un ser humano, en términos biológicos, es aquel que tiene el genoma propio de la especie humana (Jouve de la Barreda, 2008). Con ello se deja de lado la “caracterización” humana dependiente de la “forma humana” que se observará en el momento del nacimiento, como aún se entiende en el Código Civil español.

¿A partir de qué momento puede considerarse que se ha completado el genoma humano y que ese ser es perteneciente a la especie humana? La fecundación es el proceso por medio del cual un espermatozoide penetra en el interior de un óvulo, fusionando sus pronúcleos y completando así los

46 cromosomas necesarios para la conformación del genoma de un nuevo individuo (Domingo, 1999, p. 255). No debe pensarse que en los casos de las trisomías o monosomías no se ha completado el genoma. Estos “46 cromosomas del cigoto representan la primera edición completamente única del mapa genético de un nuevo individuo” (*The Endowment Human Development*, 2006).

Así, los genes necesarios para que un ser humano sea tal se completan en el momento de la fecundación. Las etapas posteriores a esta no añaden ni quitan nada al genoma de una persona. El desarrollo en las etapas posteriores y la influencia de factores externos (epigenéticos) harán que se desarrollen ciertas características ya predeterminadas en el genoma o, en caso contrario, que se inhiba su expresión.

Pero la influencia de estos factores no está limitada solamente a la etapa previa al nacimiento, sino que es posible a lo largo de la vida del ser humano. Esto explica por qué una persona adulta que tiene una predisposición genética a la diabetes, puede no desarrollarla si no se dan los factores de riesgo –hábitos alimenticios, estilo de vida, etc.– que hagan posible la expresión de esta enfermedad (Yunis, 2009). Por consiguiente, la influencia de los factores epigenéticos no pueden ser un elemento determinante para establecer a partir de qué momento se puede hablar de “persona humana”.

La vida humana es un proceso que comienza con la fecundación o concepción (Naranjo, 2006, p. 203); la biología del desarrollo ha sostenido que “el desarrollo humano comienza con la fecundación” (Moore y Persaud, 2004, p. 40). La fecundación da lugar al cigoto, el cual es el primer momento del embrión; posterior a aquella se dan distintas etapas, las cuales, una vez agotadas alrededor del tercer mes de embarazo, hacen que el embrión se convierta en feto. Este, una vez completadas las treinta y ocho semanas de embarazo o nueve meses, está listo para nacer y ser llamado “bebé”, continuando con su desarrollo permanente a través de todas las etapas del ciclo

vital ulterior: lactancia, primera infancia, segunda infancia, adolescencia, adultez, senectud.

A pesar de estas evidencias, el comienzo de la vida humana es aún discutida por algunos científicos, por lo cual existen diversas teorías sobre el comienzo de la vida humana (Vila-Coro, 1995, pp. 33 y ss.). Algunos han considerado que la vida humana comienza con la anidación del embrión en el útero; otros la supeditan a la viabilidad del feto para que pueda vivir fuera del vientre materno; otros la han situado en el momento de la configuración de órganos del feto; otros la comprenden a partir de la barrera del día 14. Estos últimos han sustentado su posición a partir de los casos excepcionales de los gemelos monocigóticos, gemelos siameses, mola hidatiforme y la quimera.

Si bien son etapas o circunstancias biológicas importantes y necesarias para el desarrollo humano –exceptuando la última teoría–, no son más importantes que la fecundación, pues solo si esta se da, podrán darse la anidación, la configuración de órganos del feto, la viabilidad para vivir fuera del vientre materno. Nunca podrán darse estos procesos sin la fecundación, pues como se ha mencionado, es en esta donde se completa la información genética necesaria para que un ser humano “sea”.

No cabe duda de que en el aspecto biológico, el ser humano tiene existencia desde la fecundación o concepción; no obstante, hay que tener en cuenta que el concepto de “persona” es de origen filosófico, en tanto “ser humano” se entiende desde la existencia biológica (Naranjo, 2011). Jurídicamente, no todas las personas son seres humanos, puesto que existen las personas naturales y jurídicas. Una lectura errónea del Artículo 90 del Código Civil colombiano interpreta que la existencia de la persona es a partir del nacimiento, cuando realmente lo que la ley hace es el reconocimiento legal de la existencia de ese ser humano o persona humana. El mismo Código, en sus artículos 33, 73 y 74, evidencia que la ley considera la existencia del ser humano o persona

humana previa al nacimiento, tal como se trata en el Artículo 90.

Es por esto que el ser humano o persona humana es más que cuerpo, por lo cual se hace necesario establecer, desde los presupuestos filosóficos, bioéticos y jurídicos, cuándo comienza la vida y a partir de cuándo debe darse la protección debida a esta.

Presupuesto filosófico del derecho a la vida

Desde este punto de vista, Boecio (citado en Herrera, 1999, p. 27) entiende por persona la “substancia individual de naturaleza racional”. Desglosando este concepto se tiene: es *substancia*, por cuanto es un ente cuya esencia le compete en sí y no en otro sujeto; la persona, por ser substancia, es ser en sí. Dicha substancia es *individual*, ya que es una totalidad con existencia propia, sin que ello signifique su independencia absoluta, pues, como es lógico, necesita del contacto con su entorno para vivir –necesita alimentos y oxígeno, por ejemplo–. Esta dependencia ambiental no es sustancial, lo que es aplicable en todos sus estadios de vida, desde la fertilización hasta la muerte. El ser humano, en su primer momento de vida, depende momentáneamente del claustro materno para su primera formación fisiológica, la cual solo se alcanza varios años después. No obstante, no se puede decir que por esta dependencia circunstancial, el embrión sea parte del organismo de su madre, pues tiene su propia existencia.

Su *naturaleza es racional*, con lo que se caracteriza que la esencia humana es capaz de discurrir y reflexionar. Desde el momento en que comienza su ser, todo ser humano es racional, ya que tiene dicha potencialidad. Diferente es hacer uso de razón, lo que se logra en los años de adultez, sin que se haga plenamente. Así, es igualmente racional un embrión como un anciano; lo que diverge es la adaptación orgánica de ellos para hacer uso de razón. Por ello es indispensable tener claro que

la razón no es una propiedad de la persona, sino que es su modo de ser lo que genera que sea “el modo más perfecto de ser”.

Es indispensable centrar la atención en lo afirmado últimamente. Es incorrecto decir que la persona tiene razón, pues no es un elemento que se posea, lo que daría paso a que dicha calidad se tenga dependiendo de unas condiciones. La persona es racional y ello es lo que evidentemente lo diferencia de otra clase de seres como una planta o un caballo. Estos tienen existencia propia, pero su modo de ser se encuentra en un grado precario. La persona, en cambio, está en un escalafón más elevado, lo que no quiere decir que sea el modo de ser más espléndido, puesto que el hombre es ser por participación, finito e imperfecto. El hombre no tiene el ser por sí mismo, sino que lo tiene de otro, sin que con ello se menoscabe su individualidad.

En esta perspectiva filosófica se debe distinguir entre *existencia* y *ser*. El hombre es a partir de la fertilización; en ese momento tiene la esencia humana tanto activa como pasiva. En otras palabras, el hombre tiene la forma –entendida en un lenguaje más coloquial como el “contenido”–, por componerse de entendimiento, memoria y voluntad; también tiene la materia, es decir, la posibilidad de tener apariencia humana tanto fenotípica como genotípica, aunque se encuentre en ese instante iniciando su constitución. Pero el hombre *existe* en el momento del nacimiento; es una consecuencia del ser. No se puede existir sin antes haber sido, pues la existencia es la actualidad de la esencia. Por ende, el ser humano es desde la fertilización, momento en que el óvulo es fecundado por el espermatozoide. A partir de la fecundación es genotípicamente humano, aunque fenotípicamente no se puede hacer una aseveración tan radical. El hombre existe cuando nace, “está ahí”, en el mundo externo.

Desde lo filosófico, Xavier Zubiri menciona otro aspecto, adelantándose ya a lo identificado por el genoma humano: el planteamiento de lo que es *ser persona humana*. El hombre no es un mero proceso, un acontecer, sino una “esencia” que se

hace a sí misma. Una esencia “abierta” que se distingue de los demás entes, que son esencias “cerradas”. El hombre está abierto a la realidad –en concreto, a su propia realidad– y por ello se comporta operativamente respecto a ella, es decir, actúa libremente. Lo que demuestra Zubiri es que el hecho de que la esencia del hombre dé cabida a la libertad no impide, sino más bien exige, que la esencia sea previa a la existencia. La importancia del hacerse obliga a afirmar la esencia, porque es la esencia precisamente la que implica el tener que hacerse. A partir de la fundamentación sobre la esencia de Zubiri, afirma Fernández (2007):

Un embrión preimplantatorio es vida humana, porque en él tenemos vida con el código genético de la especie humana, y no de ninguna otra especie [...] El embrión preimplantatorio es una sustantividad que tiene una singularidad indeterminada, pero que no por ello carece de individualidad (p. 16).

En este punto debe hacerse claridad respecto a que la actualidad del hombre no altera en ninguna medida su esencia, puesto que el ser no tiene potencia, es acto puro. Se presenta actualidad en la esencia pasiva, es decir, en la materia, en la formación orgánica que se va adecuando, con el paso del tiempo, al “contenido”. La esencia no se actualiza, ya que aceptarlo sería como decir que cuando se nace hay una especie de ser y cuando se llega a etapas maduras, por actualización, el ser ha llegado a otra dimensión; se tendría, por tanto, otra especie “más avanzada” en algún aspecto. De ahí que sea un error craso sostener que el embrión no es persona, sino un cúmulo de células que no tienen individualidad ni independencia por sí mismas, pues se está atendiendo a la historicidad humana y no a la esencia, al desarrollo de la forma olvidando la esencia.

Para la consecución del fin propuesto inicialmente en este escrito es necesario hacer referencia al pensamiento filosófico de santo Tomás y de Francisco de Vitoria, en lo atinente a la personalidad. La razón de abordar a estos pensadores radica en que en la teoría del primero se haya la fundamentación de toda una época e incluso,

de las subsiguientes; en Francisco de Vitoria se encuentra la base de la teoría de los derechos de los indios en la época de la conquista y la colonización. Los europeos que llegaron a las tierras americanas avasallaron, esclavizaron y asesinaron a los aborígenes que habitaban estas tierras, aduciendo su carencia de personalidad y considerándolos animales. La razón de estas actuaciones dependía de que no había contravención del estatuto jurídico del momento. Frente a esto, Vitoria fundamenta el derecho a la vida de los indígenas en tanto personas (no consideradas así legalmente). En este caso, sus fundamentos frente al derecho a la vida y sus implicaciones se analizarán analógicamente con los nasciturus.

Santo Tomás de Aquino

Santo Tomás considera que todas las creaturas son contingentes, limitadas, por tener una composición metafísica de esencia y existencia, con respecto al único ser necesario e infinito: Dios. Por ello, se jerarquiza la realidad según la existencia dependiente de los seres, para lo que acude a Aristóteles en los términos de acto y potencia, substancia y accidentes, materia y forma, añadiendo la diferencia entre esencia y existencia. La jerarquización de los seres se da por el grado de simplicidad y cercanía que tienen con Dios; por ende, en la cúspide se encuentran los ángeles (compuestos de esencia y existencia), luego los hombres con un alma (que es su forma substancial) unida a una materia. Así, en el mundo corpóreo existe la materia y la forma. En el hombre, dicha forma es su alma, que es independiente del cuerpo; en contraposición, los seres sensitivos, como los animales, o los seres vegetativos, como las plantas, dependen de la materia, pues su forma es corruptible.

El hombre se compone de cuerpo y alma espiritual; mediante el cuerpo se comunica con el mundo sensible y mediante el alma se comunica con el mundo espiritual, siendo el ser culmen en el mundo sensible y el más precario en el orden de las substancias intelectuales. Así, hay una

combinación de la antropología aristotélica y la cristiana. El alma, según santo Tomás, es el principio de la vida y es la forma de un cuerpo físico que tiene vida en potencia y posee tres facultades: la voluntad o apetito racional, las facultades de la sensación y la sensualidad o apetito sensible. El alma intelectual le permite al ser humano actividades que no se encuentran en ningún otro ser vivo: el conocimiento y la volición. Las actividades vitales son propias del alma vegetativa, y el alma sensitiva se exterioriza por medio de un órgano corporal (ver con el ojo, oír con el oído); por su parte, el alma humana es substancia espiritual que no necesita de órgano corporal alguno (Faría, 1951, p. 332).

Aquino, como casi todos los teólogos católicos posteriores, rechazó la opinión de Platón según la cual un alma humana puede existir de modo totalmente independiente e incorpóreo o que puede combinarse con cualquier tipo de sustancia (Dworkin, 1994, p. 57), de lo que se seguiría la posibilidad de que un alma humana existiera en una roca o árbol. Santo Tomás sigue la doctrina aristotélica del hilemorfismo, que sostiene que el alma humana no es una sustancia independiente y flotante que pueda combinarse con cualquier materia, sino que se interrelaciona con el cuerpo humano, formando una sustancia individual. Ello no implica que su existencia devenga necesariamente de la unión con el cuerpo humano, pues “las formas subsistentes no reciben su existencia de la unión con la materia, como pasa con las formas no subsistentes, p. e. el alma de los animales; sino que comunican a la materia su existencia” (Faría, 1951, p. 323). Es decir, el alma informa al cuerpo, por ella el hombre vive, siente, se mueve y piensa.

El instante en que el alma informa al cuerpo es el punto que determina el momento a partir del cual se es persona. Para ello, santo Tomás parte de las afirmaciones de algunos filósofos, para quienes las operaciones vitales del embrión no proceden del alma de este, sino del alma de la madre o de la virtud formativa que hay en el semen; posiciones que son rechazadas por cuanto “las operaciones

vitales, como el sentir, nutrirse y desarrollarse, no pueden proceder de un principio extrínseco” (Tomás de Aquino, 1975, q. 118, a. 2, adv. 2). Igualmente disiente de quienes sostienen que el alma es primero vegetativa, convirtiéndose luego en sensitiva por la acción de una virtud que existe en el semen y, por último, esta misma alma viene a hacerse intelectual, no ya por virtud activa del semen, sino por la virtud de un agente superior, es decir, Dios, que la alumbró desde afuera.

Al oponerse a dicha tesis arguye, en primer lugar:

Ninguna forma substancial es susceptible de más y menos, sino que la adición en ellas de mayor perfección las hace cambiar de especie, como hace otra especie en los números de la simple adición de la unidad. No es, por otra parte, posible que una forma numéricamente idéntica pertenezca a diversas especies (Tomás de Aquino, 1975, q. 118, a. 2, adv. 2).

En segundo lugar, el filósofo sostiene que si tal aseveración fuera cierta, se presentaría una generación del animal en constante movimiento gradual de lo imperfecto a lo perfecto. En tercer lugar, “porque se tendría que la generación del hombre o del animal no sería generación en sentido estricto, puesto que el sujeto de la generación se daría ya en acto antes de la generación misma” (Tomás de Aquino, 1975, q. 118, a. 2, adv. 2). Lo anterior, dado que “habría siempre adición de la perfección subsiguiente sin corrupción de la perfección precedente”. En cuarto lugar, porque si hay cambio en el alma, la materia con la que se une tendría que cambiar consecuentemente, lo que llevaría a la corrupción del alma intelectual al corromperse el cuerpo, con lo que se desconocería la inmortalidad del alma.

Santo Tomás concluye en dicho apartado: “El alma intelectual es creada por Dios al completarse la generación humana, y esta alma es, a un mismo tiempo, sensitiva y vegetativa, corrompiéndose las formas que la preceden” (1975, q. 118, a. 2, adv. 2). Por ello rechaza que el embrión sea primero animal que hombre, dado que “esto sería imposible si el alma sensitiva y la intelectual tuviesen la

misma esencia; porque se es animal por el alma sensitiva y hombre por el alma intelectual. Luego, en el hombre el alma sensitiva y la intelectual no pertenecen a una misma esencia” (1975, q. 76, a. 3, adv. 3).

Continúa argumentando el pensador:

La materia prima está en potencia, en primer lugar, con respecto a la forma elemental. Y bajo la forma elemental se encuentra en potencia para la mixta, y bajo esta, para el alma vegetativa, porque el alma de tal cuerpo es también un acto. Además, el alma vegetativa está en potencia para la sensitiva, y esta para la intelectual. Lo cual puede verse en el proceso de la generación: en la generación, lo primero en vivir es el feto, que vive la vida vegetal, después la animal y, por último, la vida humana. Y tras esta forma no hay otra posterior ni más digna en los seres generales y corruptibles. Así pues, el último fin de la generación de todo es el alma humana, y a ella tiende la materia como a su última forma (santo Tomás, 1975, III. 22, 7).

Haciendo alusión al homicidio, santo Tomás afirma que no es ilícito matar a cualquier ser viviente, puesto que

en el orden de las cosas, las imperfectas existen para las perfectas, como también en la vía de la generación la naturaleza procede de lo imperfecto a lo perfecto. De aquí resulta que, así como en la generación del hombre lo primero es lo vivo, luego el animal y, por último, el hombre, así también los seres que solamente viven, como las plantas, existen en general para los animales, y los animales para el hombre. Por consiguiente, si el hombre usa de las plantas en provecho de los animales y usa de los animales en su propia utilidad, no realiza nada ilícito (santo Tomás, 1975, q. 64, a. 1, resp.).

Más adelante, al tratar si el que mata casualmente a un hombre incurre en delito de homicidio, cita del Antiguo Testamento: “Si alguien hiriese a una mujer preñada y esta abortase y siguiese su muerte, pagará vida por vida”. Además, las cosas fortuitas carecen de voluntad y solo es pecado el acto voluntario, por lo que las cosas fortuitas consideradas como tales no son pecado.

Sin embargo, quien “no evita las causas de las que se sigue el homicidio, debiendo evitarlas, es culpable en cierto modo de homicidio voluntario” (santo Tomás, 1975, q. 64, a. 8, resp.). De esto se colige que quien hiere a la mujer embarazada al hacer una cosa ilícita, y si de ello resultase la muerte de la mujer o del feto animado, no se le excusa el crimen de homicidio, sobre todo si la muerte sigue ciertamente a tal percusión.

Francisco de Vitoria

Este fraile dominico español dilucidó acerca de la dignidad y los problemas de la condición humana. Sus aportes fueron influyentes en materia jurídica, teológica y económica. En persona no escribió; sus obras fueron recogidas por sus alumnos a partir de lecciones y relecciones (repeticiones que resumían, al final del curso, las lecciones del año). Su pensamiento está influenciado por Tomás de Aquino, especialmente por la *Summa Theologiae*. En materia jurídica, analizó las fuentes y límites de los poderes civiles y eclesiásticos, diferenciando el poder eclesiástico, en cabeza del papa, del civil. Este último, a su parecer, no debía estar en manos del papa, por pertenecer a asuntos sobre los que él no tiene competencia. Igualmente rechazó la supremacía universal del emperador, considerándolo como título injusto de dominio sobre los indígenas.

Acercas de los derechos de los indios promulgados por Vitoria se pueden extraer valiosas conclusiones para el presente trabajo. En primer lugar se puede hacer referencia al derecho a la vida de los nacidos, no con un sustento teológico –que para algunos sería discriminatorio, a causa de la libertad de cultos de un país pluralista como Colombia–, sino desde una perspectiva filosófica y ontológica. Francisco de Vitoria se preocupa por los excesos cometidos sobre los indígenas por parte de los españoles conquistadores del nuevo mundo. Aduce que los indios no son seres inferiores, porque poseen las mismas prerrogativas de cualquier ser humano y son dueños de sus tierras y bienes. Según Vitoria, la conquista de

los españoles se justifica mediante ocho títulos legítimos: i) el derecho que tienen los españoles de recorrer libremente la tierra; ii) la propagación de la religión cristiana en América por parte de los españoles, en tanto esto se consideraba como un deber de evangelización; iii) la protección de los naturales convertidos al cristianismo, cuando fuesen perseguidos por otros pueblos paganos; iv) si los indios ya son cristianos, el papa puede darles como señor cristiano a los Reyes Católicos (por la ideología monárquica de ese entonces que desconocía sustentos democráticos, los que aparecen en la modernidad); v) cuando hay delitos *contra-natura*, los españoles están obligados a intervenir; vi) los indios libremente toman como rey al rey de España; vii) en las guerras indias, si los españoles actúan como aliados de unos u otros, también participan de los beneficios; y viii) la consideración de los indios con su atraso –amentes, rústicos, discapacitados– implica también el deber de protección (dicha consideración surge de los patrones culturales españoles divergentes a los de los nativos).

Pero antes de justificar la conquista española en América, Vitoria analiza la calidad de los indios. Por ello es pertinente auscultar dicho estudio y, por analogía con los fundamentos dados a los indios, concluir premisas aplicables al derecho a la vida de los no nacidos. En sus postulados en defensa de los indígenas, Francisco de Vitoria considera si es necesario el uso de razón para el ejercicio del dominio sobre las cosas. En este apartado se concluye que las criaturas irracionales no pueden tener dominio por no tener derecho, al derivarse aquel de este, es decir, las criaturas irracionales no tienen la defensa de lo suyo a través de derechos, precisamente por no poseer ninguna clase de dominio. Tampoco tienen dominio por encontrarse bajo la potestad de otro, del hombre, único ser dueño de sus acciones al elegir esto o lo otro, tomando palabras de santo Tomás. En otros términos, los seres irracionales, por no tener la calidad de alma racional que permite el discernimiento de sus actos, no están provistos de la defensa de lo que tienen ni del dominio sobre ellos. Estando subordinados al mando de

otro ser, no se gobiernan a sí mismos. Así, por carecer de toda forma de autogobierno, carecen de la facultad de administrar las cosas, que es el caso de los animales, cuyo ser se encuentra en un estado inferior: solo tienen materia e instinto, mas no razón.

De este primer acápite se colige que el no nacido no es ser irracional, puesto que posee alma y materia. En ese momento, el alma se acopla a dicha materia y se contiene en ella en la forma que se le permita, o sea, el contenido (alma) se adecúa dependiendo de la forma –materia–, pues no es posible que haya una gran expresión del alma en un cuerpo que fenotípicamente no se lo permite. Para mencionar un ejemplo, las personas que padecen síndromes tienen una estructura cerebral precaria que no les da la posibilidad de la justa expresión de la razón; por no poderse expresar a través de los órganos cerebrales que no están en las mejores condiciones, no hacen el debido uso de razón, lo que no significa la carencia de razón.

En sentido similar, Vitoria se pregunta si el niño puede tener dominio antes del uso de razón, dando respuesta afirmativa con el argumento de que “pueden padecer injuria; luego tienen derecho a las cosas; luego dominio, que no es otra cosa que este derecho” (Vitoria, 1946, p. 159). Pone como ejemplos el hecho de que los niños tengan tutores administradores de sus bienes, sin que sean los dueños de estos, y la posibilidad que tienen los niños de ser herederos. Agrega al respecto que los niños son imagen de Dios, por lo que pueden ser dueños y seres de personalidad propia e inalienable.

Así, se tiene que los no nacidos son personas que pueden tener derechos como el dominio, que devienen de la “calidad” de personas. Esto, por ejemplo, ocurre con las personas futuras consagradas en la legislación civil colombiana, quienes son titulares de derechos patrimoniales, pero no los administran por no hacer uso pleno de la razón. Dicha “calidad” la tienen los no nacidos, porque no funcionan para la utilidad de otro como si fueran cosas, sino que tienen su propia

potencialidad. El no nacido se desarrolla fenotípicamente en el transcurso del tiempo; el niño crece y progresa la funcionalidad de sus órganos y sistemas, pero su información genética base no se transforma, no sucede una mutación de “no persona” cuando no ha nacido, a “persona” por el simple hecho del nacimiento. Al permitir prácticas como el aborto, la legislación tiene un tratamiento inadecuado e injusto con el no nacido, pues se presenta definitivamente una “cosificación de la persona” dependiendo de las características establecidas por los hombres, con lo cual se desatiende la legislación la naturaleza ontológica, sustento de toda ley.

Referente a los “amentes perpetuos”, quienes para Vitoria (1946) “ni tienen ni hay esperanza de que tengan el uso de razón” (p. 160), estos pueden ser dueños por padecer de injuria, es decir, ser objeto de ofensas que se dirigen a los derechos de que son titulares y que los hacen aptos de administrar y poseer bienes.

De los postulados de Vitoria acerca de los derechos de los indios se puede concluir, haciendo comparación con el uso de razón que tienen como sustento de su derecho de ser dueños, que los no nacidos sí poseen razón, pues al ser individuos de la especie humana, son en un grado superior al resto de seres orgánicos. Dado que los no nacidos tienen materia y alma simultáneamente, se les permite tener autodeterminación y no estar como utilidad de otros, sino ser en sí mismos. De ello se deriva la posibilidad de ser titulares de dominio, aunque no puedan administrar los bienes que estén bajo su potestad o no puedan usar totalmente la razón. Lo anterior se debe a que su materia y su alma están acoplándose en ese momento, lo que depende de la aptitud de los órganos de recibir el alma racional. Si dicha aptitud es frágil, la razón no se adecúa de manera satisfactoria, como es el caso de quienes padecen síndromes. El uso de razón no depende únicamente del nacimiento, sino también de la forma en que se desarrolle la materia, pues cuando se nace no se tiene el pleno ejercicio de todos los derechos. Pero para el pleno uso de razón es necesario el transcurso de

un tiempo –generalmente 18 años–, para que los derechos de los titulares se puedan ejercer libremente con arreglo a la ley, sin necesidad de la administración de los bienes por parte de terceros.

Presupuestos jurídicos

Ponderación en la Sentencia C-355 de 2006

En la Sentencia C-355 de 2006 se dice:

Dentro del ordenamiento constitucional, la vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse el derecho a la vida, consagrado en el artículo 11 constitucional, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos, está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición.

Se observa que la Corte separa el derecho de la vida del reconocimiento de la personalidad jurídica, partiendo del hecho de que se debe estar separado del vientre de la madre y respirar para considerar a alguien sujeto de derecho. Adicionalmente la Corte afirma:

Considera esta Corporación que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no solo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión.

Esto demuestra cómo el Tribunal Constitucional justifica el no abordaje del tema de cuándo se considera que hay vida, lo cual era necesario para poder aplicar adecuadamente el test de ponderación aplicado en el mencionado fallo.

El no resolver este problema esencial trae como consecuencia que el test de ponderación no se haya aplicado conforme a la estructura planteada por el tratadista Robert Alexy.

Robert Alexy establece como estructura de la ponderación tres elementos: i) la ley de la ponderación; ii) la fórmula del peso, y iii) la carga de la argumentación (Bernal, 2008, p. 117). Ello permite establecer cuáles son los límites de la discrecionalidad que posee el juez. En la providencia objeto de estudio no se anuncia cuándo se considera que hay vida, pues solamente se tiene en cuenta lo relacionado con los principios jurídicos como el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, la libertad sexual de la mujer y la perspectiva de vida, En suma, no considera cuándo existe la vida humana, aunque determina el momento de protección constitucional y legal.

Por tal motivo se examina lo relacionado con la fórmula de ponderación aplicada y se encuentra que la sentencia no valoró ni argumentó el tema del derecho a la vida de los no nacidos, sino que se sobrepuso el derecho de la mujer. Por no lograr resolver este tema de crucial importancia, se considera que la ponderación aplicada en el fallo presenta inconsistencias en cuanto a la estructura del método, la valoración de los principios jurídicos y por mantener incólume el bien jurídico protegido denominado “derecho a la vida”. Ello significa que para el autor de la norma, este derecho tiene un carácter absoluto en el ordenamiento jurídico, sin considerar hacer excepciones a partir del hecho de que existe vida desde la fecundación.

Y no es solamente la norma penal la que genera una protección. En nuestro ordenamiento jurídico existe la protección, desde el momento de la fecundación, al que está por nacer. Se pueden poner como ejemplos: los derechos hereditarios del hijo póstumo; la solicitud de alimento de la mujer abandonada por su esposo, compañero permanente o posible progenitor; el derecho laboral que no permite el despido de la mujer en estado de embarazo. Con estos ejemplos se

demuestra que el legislador ha querido proteger el derecho de los no nacidos.

Conclusiones

Con la Sentencia C-355 de 2006 se presentó un cambio en la línea jurisprudencial en el problema jurídico de la legalidad del aborto y la iniciación de la vida humana. En esta sentencia se produce el reconocimiento y protección del no nacido en el ordenamiento jurídico, en tanto esto constituye un deber de todo juez en el cambio de la jurisprudencia. Así, la Corte presentó su carga argumentativa que justificaría su nueva decisión evidentemente diferente al precedente horizontal del tema. Para ello hizo alusión a principios jurídicos como el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, la libertad sexual de la mujer y la perspectiva de vida. En relación con esto, siguiendo las reglas de la hermenéutica jurídica, se sopesaron dichos principios para llegar al *decisum* de admitir la legalidad del aborto en tres excepciones: cuando el no nacido tenga alguna malformación, cuando el embarazo sea producto de un acceso carnal violento y cuando esté en riesgo la vida de la madre o del ser por nacer. Esta decisión se explica por cuanto los principios y valores que estaban en juego en cada caso eran mayores que el derecho a la vida del no nacido.

La fundamentación del derecho a la vida de los no nacidos, a partir de la Sentencia C-355 de 2006, evidencia la necesidad de revisar la solidez y validez de los argumentos dados para permitir el aborto. Existen elementos científicos que permiten establecer el momento del inicio de la vida, a los cuales se enfrentarían los postulados de carácter filosófico. Sin embargo, la comprensión de la sociedad llevaba a imaginar el comienzo de la vida humana en paralelo con la imagen de la semilla y la tierra. De hecho, la palabra “semén” quiere decir exactamente “semilla”, con el presupuesto de que la mujer es simplemente la “tierra” apropiada para el desarrollo de esa semilla. Esta visión, que concibe a la parte femenina como un estamento pasivo, plantea un problema: si el árbol

está ya de algún modo en la semilla, ¿habría que decir que un hombre tiene en su semen multitud de seres humanos diminutos? A este problema se le da una solución tentativa: el embrión sería simplemente el “caer” de la semilla en la tierra, de modo que ese embrión no podría ser humano, porque si ya lo fuera, entonces habría que admitir que esos diminutos homúnculos en el semen masculino desde siempre han sido personas. De ahí lo erróneo en la solución, que sin embargo es la única que podría parecer razonable dentro de los presupuestos científicos con que se contaba en el siglo XIII: la solución era decir que ese embrión *todavía* no era un ser humano, y que solo empezaba a serlo cuando se daba la *animatio*.

En el debate se usa el pensamiento de Tomás para una postura abortista, tomando solo una parte de sus palabras: la parte que se refiere a la *falsa solución* para el *falso problema*. Se debe considerar no solo una parte de sus palabras, sino tomar el conjunto de su pensamiento en esta materia; cosa que por supuesto no cabe hacer, porque no corresponde a la realidad de los hechos reconocidos hoy sobre la fecundación humana.

Una interpretación honesta y a la vez lúcida frente a las limitaciones del nivel científico de la época iría en esta línea: la “animatio” de que habló Tomás es la constitución de un ser independiente de los padres y perteneciente a la especie humana. Hoy sabemos que el ADN del embrión es distinto al de los papás y sabemos que no puede asignársele ninguna otra especie animal que no sea la especie humana. Luego, el modo correcto de entender a Tomás es que desde el momento en que hay un ADN nuevo, hay un ser humano nuevo (Medina, 2011).

Bajo estas consideraciones filosóficas y científicas, puede asegurarse que la vida humana se presenta desde el momento de la fecundación. Al sopesar el derecho a la vida del no nacido con los demás derechos y principios que puedan entrar en conflicto en un supuesto fáctico dado se puede concluir que el derecho a la vida es inviolable. Por ello es indispensable revisar la veracidad de los argumentos propuestos por la Corte

Constitucional, e indicar si responde al principio de seguridad jurídica la decisión tomada en relación con las sentencias que lo preceden. Igualmente es imprescindible analizar si el principio de no regresividad en el derecho permitiría retraer la línea al estado en que se encontraba antes de 2006.

Referencias

- Aquino, T. de (1975). *Summa Contra Gentiles*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Aquino, T. de (1975). *Summa Theologiae*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Bernal, C. (2008). Consideraciones de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy. En E. Montealegre (Coord.). *La ponderación en el Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Domingo, M. (1999). El resultado de la fecundación: comienzo de la vida humana. En M. López y R. Lucas. *El inicio de la vida: identidad y estatuto del embrión humano*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Dworkin, R. (1994). *El dominio de la vida, una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona: Ariel.
- Faría, R. (1951). *Lógica y metafísica. Curso de filosofía* (tomo II). Bogotá: Librería Voluntad.
- Fernández, P. (2007). *Embriones y muerte cerebral*. Madrid: Ediciones Cristiandad.
- Herrera, F. (1999). *El derecho a la vida y el aborto*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.
- Jouve, N. (2008). *El inicio de la vida humana* (curso de Doctorado en Bioética y Biojurídica). Madrid: Cátedra Unesco de Bioética y Biojurídica, Universidad Rey Juan Carlos.
- Medina, N. (2011, octubre). *Santo Tomás y el origen de la vida*. Recuperado de <http://www.fraynelson.net/>
- Moore, K. y Persaud, T. (2004). *Embriología clínica*. Madrid: Elsevier España.
- Naranjo, G. (2006). *Investigación en genética humana y derecho*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, Escuela de Derecho y Ciencias Políticas.
- Naranjo, G. (2011, 13 de octubre). Conferencia sobre investigación en Bioética y Bioderecho. Ibagué: Universidad Cooperativa de Colombia, Facultad de Derecho.
- The endowment human development* (2010, enero). Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=Aak2KU2tn34>.
- Vila-Coro, M. D. (1995). *Introducción a la biojurídica*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho.
- Vitoria, F. D. (1946). *Derecho natural y de gentes*. Buenos Aires: Emecé.
- Yunis, J. J. (2009, agosto). *Nuevas técnicas de reproducción asistidas* (Seminario "Nuevas tendencias sobre la vida: bioética y derecho). Universidad de Ibagué.
- Zubiri, X. (1985). *Sobre la esencia*. Madrid: Alianza.