

# LOS INDESEADOS COMO ENEMIGOS

## La exclusión de seres humanos del *status personae*

Jesús-María Silva Sánchez

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Pompeu Fabra

jesus.silva@upf.edu

---

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del *status personae*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2007, núm. 09-01, p. 01:1-01-18. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 09-01 (2007), 31 ene]

**RESUMEN:** Sobre la base de dos distinciones conceptuales con origen en Günther Jakobs: “Derecho penal de ciudadanos” frente a “Derecho penal de enemigos”, y “personas” frente a “no-personas”, en este artículo se argumenta (y se combate) que, en Derecho penal contemporáneo, es

en los concebidos no nacidos en quienes concurre la más nítida caracterización de seres humanos como enemigos (ser humano al que, como supuesta fuente de malestar para quienes tienen el poder jurídico de definición, se le niega toda protección penal, y aun jurídica) y como no-personas (ser humano *degradado* al estatuto de ente perteneciente al Derecho de cosas).

**PALABRAS CLAVES:** Derecho penal del enemigo, *status personae*, exclusión, no-personas, aborto, feto, derechos del concebido no nacido.

Fecha de publicación: 31 enero 2007

---

**SUMARIO:** 1. Introducción. 1.1. Enemigos y no-personas. 1.2. La exclusión. 2. Las verdaderas no-personas del Derecho penal moderno: los (absolutamente) excluidos. 3. El punto de partida del proceso de exclusión. 3.1. Introducción: seres humanos que son contemplados como “fuentes de riesgo”. 3.2. La dependencia como peligro y el dependiente como enemigo. 3.3. La imposible licitud del aborto de una persona. 4. Las fases del proceso de exclusión del concebido no nacido. 4.1. La negación de relevancia del dato biológico “ser humano”. 4.2. La relevancia de ciertas “propiedades”. Los conceptos cuantitativos de persona y la negación de la universalidad de los derechos. 4.3. La exclusión principal de todos los no nacidos y de ciertos nacidos. La “reinclusión” pragmática de algunos excluidos. 4.4. La nueva exclusión de algunos grupos de incluidos. 4.5. Otra perspectiva. La opción formalista: todo es cuestión de votos. 5. Bases para la inclusión del concebido.

## 1. Introducción.

### 1.1. *Enemigos y no-personas.*

Buena parte de la discusión jurídico-penal de la última década ha tenido como punto de partida dos distinciones esenciales, cuyo planteamiento en nuestro ámbito se debe a la obra de *Jakobs*. La primera, de contenido político-criminal, es la que distingue entre un “Derecho penal de ciudadanos” y un “Derecho penal de enemigos”<sup>1</sup>. La segunda, de contenido iusfilosófico y, luego, dogmático, es la que distingue entre “personas” y “no-personas” para el Derecho (penal)<sup>2</sup>. Una y otra distinción no se superponen; por el contrario, en teoría sería posible su combinación, dando lugar a un “Derecho penal de ciudadanos para personas” y un “Derecho (penal) de ciudadanos para no personas”; y a un “Derecho (penal) de enemigos para personas”, así como de un “Derecho (penal) de enemigos para no personas”.

La clasificación anterior puede producir alguna perplejidad. Así, podría parecer inconcebible la existencia de un “Derecho de ciudadanos para no personas”; y de un “Derecho de enemigos para personas”. A mi juicio, la paradoja deriva de la ambigüedad de la que adolece la distinción entre personas y no-personas en el planteamiento de *Jakobs*. Por un lado, en él se considera no-persona a aquel sujeto que no defrauda expectativas normativas, por la sencilla razón de que no se le dirigen: por ejemplo, el inimputable<sup>3</sup>. Por otro lado, sin embargo, se considera no-persona a aquel sujeto que ciertamente defrauda expectativas normativas, pero que, además, no ofrece garantía cognitiva alguna de no volver a hacerlo en el futuro: por ejemplo, el imputable peligroso<sup>4</sup>. Así las cosas, el primero de los sujetos sería no-persona a efectos de la no imputación de responsabilidad. El segundo, en cambio, sería no-persona a los efectos de la inaplicación de ciertos principios tuitivos, en particular, algunas garantías político-criminales materiales y procesales.

Con todo, lo más importante es que, en realidad, ninguna de las supuestas “no-personas” antes mencionadas es considerada, realmente, en términos absolutos, “no-persona” para el Derecho. Ello vale, desde luego, para el caso del inimputable. Como se ha dicho, el inimputable es reputado no-persona en el sentido de que no se le construye como destinatario de obligaciones jurídicas. Pero se le considera, obviamente, persona, en el sentido de que las reacciones fácticas (cognitivas) a las que es sometido se enmarcan con claridad en las garantías del Estado de Derecho. Por eso decía antes que existe un Derecho (penal) de ciudadanos para no-personas. Este sería el Derecho de las medidas de seguridad para inimputables que, con variantes en unos u otros ordenamientos, no puede afirmarse que deje de ser Derecho de ciudadanos. Por lo demás, al inimputable se le considera persona en el sentido de que se le aplican, de modo absoluto, las normas jurídicas (y jurídico-penales) que protegen a las personas.

<sup>1</sup> Cfr. un buen resumen de su planteamiento en *Jakobs/ Cancio*, Derecho penal del enemigo, Madrid 2003.

<sup>2</sup> Cfr. *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen einer Rechtsphilosophie, 2ª edic., Berlin 1999.

<sup>3</sup> *Jakobs*, Personalität und Exklusion im Strafrecht, en *Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert*. Festschrift für D. Spinellis, Athen 2001, pp. 447 y ss., 464.

<sup>4</sup> *Jakobs*, FS f. Spinellis, pp. 460 y ss.

En cuanto al caso del imputable peligroso, que se le califique como “enemigo”, lo que por cierto resulta, como mínimo, un exceso verbal, en absoluto implica que se le niegue el *status* de persona. Es verdad que en algunas ocasiones *Jakobs* se ha referido al “enemigo” como “no-persona”<sup>5</sup>. Pero, más allá de las palabras, ni su concepción ni ninguna otra concepción teórica contemporánea de algo así como un Derecho penal de los enemigos trata al delincuente, sea de la clase que sea, como una absoluta no-persona. En el trato con él no se prescinde, ni mucho menos, de todas las garantías del Estado de Derecho. No se le trata como a un animal peligroso. Y ello tampoco sucede en ninguna regulación legal que supuestamente responda a tal modelo. Más allá del nominalismo, en estos casos se produce *sólo* –según se indica repetidamente por el propio *Jakobs*- un adelantamiento de la intervención, la no reducción de pena en términos correspondientes y la limitación de garantías procesales. Es decir, se trata de una cierta reducción –mayor o menor- del *status civitatis*, pero no de una exclusión del *status personae*. Por lo demás, al supuesto enemigo –imputable peligroso- le alcanza también de modo pleno la protección que el Derecho dispensa a las personas frente a otros terceros. La enemistad no es, pues, “absoluta”.

En resumen: Las supuestas “no-personas” en las que se ha centrado la discusión en los últimos años, y en particular las “no-personas-enemigos”, son tratadas, en términos generales, como personas. Al menos, en dos sentidos: en el sentido de que no se les excluye de modo absoluto –ni mucho menos- de las garantías del Estado de Derecho; y en el sentido de que les alcanza de modo pleno, pese a su supuesto carácter de no-personas, la protección que el Derecho dispensa a las personas.

## 1.2. *La exclusión.*

La distinción entre inclusión y exclusión –desarrollada en el marco de la teoría de sistemas- no se corresponde tampoco con las dos diferenciaciones anteriores. Se viene considerando excluidos a aquellos sujetos que, por su propia situación desventajosa en el seno de una sociedad, no reciben los beneficios del crecimiento y el progreso económico de ésta<sup>6</sup>. La noción de exclusión nació, de hecho, asociada a la marginalidad y la pobreza<sup>7</sup>. Por ello, caben formas de exclusión que no implican la consideración del excluido como enemigo, ni como “no-persona”; aunque ciertamente reducen drásticamente, en su caso, la materialidad de la condición de ciudadano o de persona entendida como “*alter ego*”. Ahora bien, también está claro que la exclusión *absoluta* implica la negación de la condición de persona del sujeto afectado<sup>8</sup>. En lo que sigue, el término “exclusión” se utilizará en este sentido radical.

<sup>5</sup> Cfr., por ejemplo, *Jakobs*, FS f. Spinellis, pp. 461, 463.

<sup>6</sup> Cfr. *Boltanski/ Chiapello*, El nuevo espíritu del capitalismo (trad. Pérez Colina/ Riesco Sanz/ Sánchez Cedi- llo), Madrid 2002, pp.445-446 y nota 2, con referencias a su origen en la bibliografía francesa.

<sup>7</sup> Sobre la impotencia del sistema capitalista para evitar la exclusión social (incluso en el interior de los países desarrollados), extendiendo a todos la participación en la riqueza generada, cfr. *Serna*, El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo, en Massini/ Serna (eds.), El derecho a la vida, pp. 23 y ss., 28.

<sup>8</sup> Cfr. *Jakobs*, FS f. Spinellis, pp. 448-449, con referencias a *Luhmann*.

## 2. Las verdaderas no-personas del Derecho penal moderno: los (absolutamente) excluidos.

La discusión jurídico-penal sobre los enemigos y sobre las no-personas se ha centrado pues, en realidad, en casos de reducción del *status civitatis* de ciertos seres humanos, a los que, sin embargo, desde luego no se les niega el *status personae* en términos absolutos. Pero ello no significa que no exista un Derecho penal de enemigos en el sentido más estricto de la expresión<sup>9</sup>. Y tampoco significa que no exista un Derecho penal de las no-personas en el sentido más estricto de la expresión, es decir, un Derecho penal que trata a seres humanos como animales o cosas. En él no se trata de una disminución de las garantías político-criminales de ciertos sujetos activos, sino de la radical desprotección de ciertos sujetos pasivos. Es a este Derecho penal, y a las bases teóricas que lo sustentan, al que se dedican en estas páginas.

En lo que sigue, se partirá de que, en sentido estricto, es enemigo para el Derecho penal aquel *ser humano, y sólo aquel ser humano, al que, en la medida en que se le considere fuente de mal-estar para quienes tienen el poder jurídico de definición, se le niega toda protección penal (y aun jurídica)*<sup>10</sup>. Dicha denegación de protección tiene lugar mediante su definición como no-persona en absoluto. En este sentido estricto es no-persona para el Derecho penal *aquel ser humano, y sólo aquel ser humano, cuyo sustrato antropológico se deconstruye jurídica y/o filosóficamente, siendo reconstruido como un ente perteneciente al Derecho de cosas*<sup>11</sup>. Como se observa, aquí sí se produce una radical coincidencia entre la condición de enemigo y la de no-persona. El enemigo es definido como no-persona; es, por definición, el “otro” a quien se excluye<sup>12</sup>. Es decir, aquel sujeto cuyos bienes, si son en cierto modo protegidos, desde luego no es por una razón de principio, esto es, porque sean suyos, sino por alguna razón pragmática, perfectamente susceptible de ser modificada. Básicamente, por un interés (coyuntural) colectivo o de ciertos terceros.

La tesis que aquí se sostiene es que, para el Derecho penal contemporáneo, tales circunstancias concurren de modo esencial en el ser humano concebido y no nacido, si bien los argumentos que se esgrimen para su exclusión abarcarían coherentemente a los seres humanos nacidos hasta que alcanzan una cierta edad y, asimismo, a seres humanos adultos con determinadas enfermedades. Con todo, a estos últimos sólo se hará

<sup>9</sup> Un sentido a propósito del que la lengua española generó el conocido dicho “al enemigo, ni agua”.

<sup>10</sup> Cfr. *Gracia Martín*, El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo, en Libro Homenaje al Prof. Rodríguez Mourullo, Pamplona 2005, pp. 447 y ss., 482 considera que es inadmisibile cualquier regulación jurídica “que imponga una determinada concepción del mundo, incluso deseada y compartida por una mayoría, que excluya a grupos de seres humanos, siquiera sea uno sólo, de la distribución de los bienes”. Algo que comparto y va en la línea de lo que se sostiene en el texto. Pero en la p. 481 del mismo texto Gracia había señalado que la cuestión de la prohibición del aborto no es “ni mucho menos, evidente” o que es “relativa”. De lo que, si no me equivoco, se desprende: i) que considera que el concebido no es un “ser humano”; o ii) que la vida no es un “bien”; o, en fin, iii) que aquí sí admite los procesos de “exclusión” que rechaza en los casos de distribución de bienes económicos entre seres humanos nacidos adultos.

<sup>11</sup> Así, en otros tiempos, los esclavos, los sujetos de otras razas o etnias, etc.

<sup>12</sup> *Jakobs*, *Rechtmäßige Abtreibung von Personen?*, JR 10/ 2000, pp. 404 y ss. (citado aquí por la versión española: *Jakobs*, ¿Existe un aborto lícito de personas?, trad. González Rivero, Revista del Poder Judicial 60/ 2000, pp. 159 y ss.); también *Jakobs*, FS f. Spinellis, pp. 458 y ss.

referencia parcial, mientras que el caso del concebido y no nacido será, como se ha indicado, el objeto esencial de este texto.

Para ello, y a los únicos efectos de enmarcar lo que sigue, valga hacer alusión a algunos datos. Según un reciente informe del Instituto de Política Familiar<sup>13</sup>, que maneja cifras oficiales, el aborto (un hecho doloso) es la principal causa concreta de mortalidad en España. Veinte años después de la despenalización del aborto mediante un sistema de indicaciones aplicado de forma laxa hasta el extremo, se observa un fracaso absoluto en la protección jurídica (y extrajurídica) de la vida del concebido y no nacido. Así, desde el año 1985 se han cometido en nuestro país un total de 844.378 abortos - registrados- (79.788 en 2003) con índices de incremento anual en torno al 10%. De estos abortos, el 96,89 % se practicaron con base en la indicación relativa al grave riesgo para la salud (básicamente psíquica) de la madre; y un 2,83 % con base en la indicación eugenésica.

### 3. El punto de partida del proceso de exclusión <sup>14</sup>.

#### 3.1. *Introducción: seres humanos que son contemplados como “fuentes de riesgo”.*

El concebido puede generar, en sus progenitores, expectativas de placer o de incremento de bienestar personal. A dicho concebido (y al embarazo que produce en la gestante) se le conoce incluso en el lenguaje cotidiano como “deseado”: es “objeto” de deseo, como pueden serlo otros objetos cuya posesión o dominio satisface pretensiones subjetivas. Pero el concebido puede generar, en sus progenitores –en particular, por razones relativamente obvias, en su madre- expectativas de dolor, incomodidad, malestar, etc. Este es un concebido “no deseado”<sup>15</sup>. Tales expectativas de displacer generan el impulso de “desembarazarse”<sup>16</sup> de quien es percibido como una carga. El aborto provocado es, pues, la destrucción de la vida del concebido y no nacido que, siendo indeseado, es percibido como una carga, o fuente de displacer.

#### 3.2. *La dependencia como peligro y el dependiente como enemigo.*

El concebido no deseado (es decir, no recibido como un “bien” que satisfaga un deseo de sus padres) es visto, así, como un agresor<sup>17</sup>, en la medida en que amenaza la

<sup>13</sup> “Evolución del aborto en España: 1985-2005” (serie monográfica nº 2), julio de 2005.

<sup>14</sup> Una caracterización de las tesis de la inclusión y de la exclusión del concebido y no nacido puede hallarse en Kipke, Mensch und Person. Der Begriff der Person in der Bioethik und die Frage nach dem Lebensrecht aller Menschen, Berlin 2001, donde se recurre como criterio valorativo esencial, para fundamentar la protección jurídica del concebido, al del “*common sense*” moral ordinario.

<sup>15</sup> La calificación de nuestro modelo social como “sociedad de los deseos (y de su inmediata satisfacción)” es muy importante en este contexto. Pero este punto no puedo desarrollarlo aquí.

<sup>16</sup> La contraposición entre el derecho a la vida del concebido y el supuesto “derecho a desembarazarse” de él, correspondiente a la gestante, la efectúa Ollero, “Todos tienen derecho a la vida” ¿Hacia un concepto constitucional de persona?, en Massini/ Serna (eds.), El derecho a la vida, Pamplona 1998, pp. 245 y ss., 292.

<sup>17</sup> Aunque no lo es, en ninguno de los sentidos jurídicos que admite la expresión: cfr. Jakobs, FSf. Spinellis, p. 460, excluyendo toda posibilidad de justificar el aborto con base en un estado de necesidad defensivo.

“*acaparación superabundante*”<sup>18</sup> de bienes y libertades (tiempo, dinero, bienestar) por parte de sus progenitores. Su dependencia, que produce un displacer no compensado en términos del placer derivado de la satisfacción del deseo de la paternidad<sup>19</sup>, es una carga. Por ello, como veremos, es excluido de la distribución social de los bienes, siendo “des-humanizado” y considerado como enemigo<sup>20</sup>.

En el origen está, como se advierte, el deseo. Mientras que el concebido deseado obtiene plena protección jurídica<sup>21</sup>, el no deseado es tildado de enemigo, aunque paradójicamente no nos encontremos en una sociedad de escasez, sino precisamente de bienestar. El concebido no deseado, en tanto que enemigo del bienestar, es objeto de una pretensión de exclusión<sup>22</sup>. Es un “competidor” en el espacio de los derechos<sup>23</sup>; una fuente indeseada de deberes sociales<sup>24</sup>; un “obstáculo que puede ser removido en el caso de que entorpezca” el despliegue de la actividad del sujeto autónomo<sup>25</sup>. Pero para que esa exclusión sea llevada a cabo, un paso previo que simplifica las cosas es su despersonalización<sup>26</sup>. La desprotección jurídica, que se pretende derivar ‘naturalmente’ de una hipotética condición de no-persona, procede, en realidad, de la percepción del concebido como enemigo. El enemigo es objeto de una pretensión de exclusión: La

<sup>18</sup> La expresión es de *Gracia Martín*, LH-Mourullo, p. 483, que la utiliza siempre en el contexto de la distribución de bienes socio-económicos, pero que me parece que cuadra perfectamente en la perspectiva que estoy intentando trazar sobre la exclusión del concebido y no nacido como “enemigo del bienestar”.

<sup>19</sup> O de una determinada forma de paternidad.

<sup>20</sup> Cfr. “Principios bioéticos aplicables al aborto: Principios distributivos/ Principios atributivos”, en el Diccionario Filosófico materialista (<http://www.filosofia.org/filomat/df528.htm>): “en una sociedad adaptada a unas tierras pobres, sin futuro, *los hijos que llegan y, sobre todo, las hijas, serán bioéticamente percibidos como enemigos*, cuyo avance será preciso frenar mediante procedimientos tan expeditivos como pueda serlo el infanticidio de las hembras”. Asimismo, “Bioética materialista y Aborto/ Firmeza y Generosidad”, en el mismo Diccionario Filosófico (<http://www.filosofia.org/filomat/df529.htm>), donde se pone de relieve el papel central de un conflicto dialéctico entre las personas vivientes. “Cuando una madre ve comprometida su vida por el hijo que depende de ella lo abortará ‘bioéticamente’, no porque sea parte de su cuerpo, ni porque no tenga aún la dignidad de persona, sino simplemente porque *es su enemigo* en la lucha por la vida (otra cosa es que lo sea realmente)”.

<sup>21</sup> *Lohner*, *Rechtfertigung der Abtreibung? Eine Auseinandersetzung mit Peter Singer und Norbert Hoerster*, Bonn/ Augsburg 1993, p. 14.

<sup>22</sup> Cfr. *Ollero*, en *Massini/ Serna* (eds.), *El derecho a la vida*, p. 291, que subraya que la exclusión del no-nacido del círculo de las personas responde fundamentalmente a “motivos prácticos”; en concreto, *Massini*, en *Massini/ Serna* (eds.), *El derecho a la vida*, p. 198, indica que todas las elucubraciones destinadas a separar conceptualmente las nociones de ser humano y persona no son sino “construcciones ideológicas destinadas a justificar las diversas formas de violación del derecho a la vida”, en especial las que tienen por destinatarios a los más débiles. También, *Gut*, *Der Staat und der Schutz des ungeborenen Lebens. Eine politisch-ethische Studie*, Kriens 1998, pp. 24-25, quien pone de relieve lo que, por otra parte, resulta más que sabido: que en la inmensa mayoría de los abortos el conflicto no tiene que ver con la vida o salud de la gestante, sino con su “*Lebensgestaltung*” o calidad de vida.

<sup>23</sup> *Dworkin*, *El dominio de la vida* (trad. Caracciolo/ Ferreres), Barcelona 1994, p. 151, lo pone de relieve de forma clara: “los derechos constitucionales de cualquier ciudadano se ven muy afectados por quién más, o qué más, sea también considerado titular de derechos constitucionales, pues los derechos de estos últimos compiten o entran en conflicto con los derechos de aquél”.

<sup>24</sup> Esto se observa también en *Hoerster*, *Neugeborene und das Recht auf Leben*, Frankfurt 1995, p. 51, cuando alerta acerca de que el reconocimiento a alguien del derecho a la vida implica, para los demás, “estrictos deberes sociales”.

<sup>25</sup> Cfr. la crítica de *Serna*, en *Massini/ Serna* (eds.), *El derecho a la vida*, p. 43.

<sup>26</sup> *Serna*, en *Massini/ Serna* (eds.), *El derecho a la vida*, pp. 26, 35, poniendo de relieve cómo el proceso hace necesario negar la dignidad de las víctimas. Ello se expresa en la negación de la condición de “persona”, puesto que es común asignar a ésta derechos (y, en su caso, deberes) que se niegan a quienes no lo son: cfr. sobre esto último *Joerden*, *Menschenleben. Ethische Grund- und Grenzfragen des Medizinrechts*, Stuttgart 2003, pp. 37 y ss.

privación del *status personae* es únicamente el eslabón intermedio del proceso, pues conlleva la negación de la condición de sujeto de derechos (y, en particular, del derecho a la vida)<sup>27</sup>, a partir de la que es fácil “excluir”.

Así, la desprotección jurídica adquiere carácter general<sup>28</sup>. La protección del concebido y no nacido, excluido del sistema de la juridicidad, es remitida al mundo de la moralidad individual<sup>29</sup>, de la virtud. Expresado de otro modo, si un concebido no deseado llega a nacer, ello no es debido a la protección del Derecho, que lo ha excluido, sino a un acto de virtuosa voluntad<sup>30</sup> individual de su madre y de quienes la rodean<sup>31</sup>. Dicha virtud, además, carece prácticamente de todo incentivo jurídico.

### 3.3. *La imposible licitud del aborto de una persona.*

La despersonalización es, como se ha indicado, la vía por la que discurre la pretensión de destrucción del enemigo. En efecto, la persona es titular de derechos y obligaciones. La persona tiene, en particular, derecho a la vida; y a un sujeto que tiene derecho a la vida sólo sería posible quitársela en la medida en que tal privación pudiera ser definida como consecuencia de la organización, por parte de aquél, de su propia existencia personal<sup>32</sup>. Esto resulta muy claro si se observan las situaciones de necesidad justificantes en comparación con la legítima defensa: No existe estado de necesidad alguno que pueda justificar privar a otro de su vida, a la que tiene derecho. Por tanto, la admisión del aborto como un acto lícito ha de partir de la negación del derecho a la vida del concebido, por mucho que esta vida, como en su día señalara el Tribunal Constitucional español<sup>33</sup>, se califique como un “bien” (no se sabe de quién)<sup>34</sup>. Un mero

<sup>27</sup> Cfr., en el mismo sentido de poner de relieve el carácter estratégico de la cuestión, *Pérez del Valle*, Protección de la vida humana a través del Derecho: argumentos, estrategias y algunas falacias, Valencia 2004, pp. 34 y ss.

<sup>28</sup> De hecho, en el caso español, el nivel de desprotección es tal que lo que en principio aparecía como una despenalización –que no podía legalizar conductas ni conferir derechos– ha acabado por atribuir a terceros (médicos) deberes específicos que sólo se pueden eludir mediante el expediente excepcional del recurso a la objeción de conciencia (*Ollero*, en Massini/ Serna –eds.– El derecho a la vida, p. 279).

<sup>29</sup> Y así se surgen posiciones más o menos extremas. *Dworkin*, El dominio, pp. 47-48, piensa que es inmoral abortar para evitar la cancelación de un viaje a Europa previsto durante largo tiempo, o por preferir quedarse embarazada en otro momento, o porque el sexo del concebido no sea el deseado. En cambio, sería moral hacerlo cuando la mujer, de lo contrario, habría de renunciar a su carrera, a la escuela o “a una vida satisfactoria e independiente”. Por su parte, *Hoerster*, Abtreibung im säkularen Staat. Argumente gegen den § 218, Frankfurt 1991, p. 154, señala que “si una gestante quiere abortar para no tener que aplazar el viaje alrededor del mundo que había planeado o para liberarse de las consecuencias de una violación es, en esa medida, indiferente. Pues en ambos casos se da en idéntica medida la circunstancia de que todo embarazo implica una carga relevante para la gestante y que al feto no le corresponde un derecho autónomo a la vida”. *Thomson* (Judith J.), Una defensa del aborto, en AA.VV. Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral, Madrid 1983, pp. 9 y ss., 31, había calificado una postura así de “despreciable”.

<sup>30</sup> Quiero aquí resaltar la distinción entre el deseo, como impulso instintivo o sentimiento, y la voluntad como expresión de una conciencia libre.

<sup>31</sup> Cfr. *Hoerster*, Neugeborene, p. 71.

<sup>32</sup> *Jakobs*, RPJ 60/ 2000, pp. 162-163. Se refiere al caso de la legítima defensa, en que la reacción del agredido es, a su juicio, imputable al acto de organización del agresor.

<sup>33</sup> STC 53/ 1985, de 11 de abril. Mucho más claramente que el *Bundesverfassungsgericht* alemán, que señala por un lado que el concebido es persona (*BVerfGE* 39, 1, 37), mientras que por otro lado declara la constitucionalidad del aborto en términos tales que implican la negación del aserto anterior.

bien es, sin embargo, objeto de administración y la ponderación que es inherente a la referida administración resulta incompatible con la atribución al no-nacido de un auténtico derecho a la vida, como es propio de las personas<sup>35</sup>.

Por tanto, en la medida en que esté permitido abortar (y no se establezca simplemente la no-punibilidad de ciertos abortos), el feto no es considerado como una persona<sup>36</sup>. De esto es de lo que se trataba precisamente.

#### 4. Las fases del proceso de exclusión del concebido no nacido.

##### 4.1. La negación de relevancia del dato biológico “ser humano”.

Prácticamente nadie niega hoy que el concebido sea un “ser humano”, “individuo humano” o “ejemplar de la especie *homo sapiens*”<sup>37</sup>. Mucho menos, que lo sean el ya nacido o el adulto incluso con déficits sensoriales o cognitivos extremos. Lo que se pretende es negar relevancia jurídica (y moral) al mero hecho de la pertenencia a la especie humana<sup>38</sup>. Se afirma que, por el mero hecho de que alguien pertenezca a la especie humana, no tiene por qué gozar de derechos que no tengan los integrantes de otras especies (en particular, los animales). Y la tesis que estableciera una cesura radical en la frontera entre el “ser humano” y el “no ser humano” constituiría un “especiesismo”<sup>39</sup> tan criticable como el sexismo o el racismo. Pues, entre otras, una pregunta que habría que plantearse es la de por qué no atribuir los mismos derechos de los seres humanos también a los animales.

<sup>34</sup> Como señala *Ollero*, en Massini/ Serna (eds.), *El derecho a la vida*, p. 260, aludiendo a esto como la paradoja de “situarnos ante un objeto tan valioso como para justificar la existencia de pintorescos derechos sin sujeto”.

<sup>35</sup> *Jakobs*, RPJ 60/ 2000, p. 165. Esto se manifiesta con mucha claridad en el planteamiento de *Dworkin* (El dominio, pp. 17 y ss.), cuando éste distingue, como argumentos para la protección de la vida del concebido, entre el argumento “derivado” (el concebido tiene derecho a la vida) y el argumento “autónomo” (la vida del concebido, en tanto que humana, es sagrada). La perspectiva del argumento “autónomo” permite un manejo mucho más laxo con la protección del concebido: de hecho, para *Dworkin* es compatible con dejarla en manos de la decisión de la gestante (p. 24).

<sup>36</sup> *Jakobs*, RPJ 60/ 2000, p. 168. Esta línea (los embriones no son personas y por ello carecen de derecho a la vida) ha sido la seguida por el TEDH en su sentencia de 8 de julio de 2004, precisamente con el argumento de que sostener lo contrario llevaría a prohibir el aborto incluso en caso de riesgo para la vida de la madre. Para el TEDH el embrión humano, aunque no tenga derecho a la vida, debe ser protegido “en nombre de la dignidad humana”, lo que no se sabe muy bien qué significa. Cfr. la referencia de *Kissler*, *Ist der Mensch eine Person?*, en *Süddeutsche Zeitung*, 12 de julio de 2004, Feuilleton, p. 13.

<sup>37</sup> Ni siquiera *Hoerster*, *Abtreibung*, pp. 24-25, rechazando los viejos *slogans* de “mi vientre me pertenece”, basados en la vieja creencia romana acerca del concebido como “*mulieris portio*”. En el ámbito anglosajón, con todo, incluso esto ha sido negado y, en cierto modo, todavía lo es (aunque cabe la posibilidad de que la cuestión sea terminológica). Así, por ejemplo, en *Roe vs. Wade*, 410 U.S., 113 (1973) al concebido se le atribuía –hasta una vez producido el parto– sólo la “potencialidad de un ser humano”. También *Parfit* (citado por *Possenti*, *Sobre el estatuto ontológico del embrión humano*, en Massini/ Serna –eds.– *El derecho a la vida*, pp. 111 y ss., 125): “el óvulo fecundado no es un ser humano ya desde el comienzo pero lo va siendo lentamente”. Y para *Dworkin*, *El dominio*, p. 9, en el caso del concebido todavía no ha empezado “la vida en serio”; o, en otros términos, se trata de un ser que “sólo se halla en camino de convertirse en un ser humano completo” (p. 26). Críticamente, *Serna*, en Massini/ Serna (eds.), *El derecho a la vida*, p. 38.

<sup>38</sup> *Dworkin*, *El dominio*, p. 33.

<sup>39</sup> *Hoerster*, *Abtreibung*, pp. 55-56, 64: “*Speziesismus*”. En otros textos se halla también la expresión “especiesismo” o “especieismo”.

Para este modelo, el punto de partida habría de ser, entonces, la noción de “ser viviente”. Y las consideraciones jurídicas y morales que se efectuaran a continuación habrían de asociarse a determinadas propiedades del “viviente” supuestamente dotadas, estas sí, de relevancia moral. En particular, se alude a la capacidad de sentir<sup>40</sup> y a la conciencia de sí mismo. Ello se manifestaría en la siguiente sucesión de reglas: i) no se debe infligir dolor a ningún ser sensible; ii) no se debe matar a ningún ser que tenga una relación consciente con su vida; y iii) se puede matar a aquellos que no tengan tal relación con su vida siempre que esto sea posible sin causar dolor<sup>41</sup>.

#### 4.2. La relevancia de ciertas “propiedades”. Los conceptos cuantitativos de persona y la negación de la universalidad de los derechos<sup>42</sup>.

En lo que aquí interesa, la cuestión es que no todos los seres humanos tienen derecho a la vida y, entre ellos, de modo singular, el concebido y no nacido<sup>43</sup>. Para llegar a esta conclusión tiene lugar, de entrada, la disolución del sustancial “ser” humano en un conjunto de accidentes. Se entiende que el ser humano todavía no sensible habría de equivaler, supuestamente, a cualquier otro ser viviente no sensible. El ser humano sensible, por su parte, habría de tener (sólo) la protección que les corresponde a los seres vivientes sensibles.

Ahora bien, para tener derecho a la vida sería necesario tener, además, “interés en sobrevivir”<sup>44</sup> y a tal efecto sería necesario que el ser (humano) tuviera conciencia de su “identidad en el tiempo”. Se afirma que sólo tiene derecho a la vida la persona y ésta es un “sujeto que posee conciencia del yo”<sup>45</sup>. Como se ha indicado, el feto, a partir de cierto momento, puede tener la capacidad de sentir dolor. Y esto puede fundamentar una cierta protección jurídica para él, aunque en todo caso parece que no mayor que la que habría de dispensar a otros seres vivos sensibles<sup>46</sup>. Sin embargo, se reitera que,

<sup>40</sup> Sobre esto, esencial, *Singer*, Ética práctica (trad. Guastavino), 3ª edic., Barcelona 1991, pp. 96 y ss.

<sup>41</sup> A lo que en el caso de los niños habría que añadir: “y siempre que sus padres lo permitan”. Cfr. *Tugendhat*, El problema de la eutanasia desde la perspectiva filosófica (1993), en Problemas, Barcelona 2002, 55-56.

<sup>42</sup> Cfr. *Ballesteros/ Aparisi* (eds.), Biotecnología, dignidad y derecho. Bases para un diálogo, Pamplona 2004, p. 62.

<sup>43</sup> *Hoerster*, Abtreibung, pp. 26 y ss., 49 (tampoco tiene un “derecho a la vida de segunda clase”).

<sup>44</sup> Cfr. una primera defensa completa de esta perspectiva –y de sus consecuencias tanto en el aborto como en el infanticidio– en *Tooley*, Aborto e infanticidio, en AA.VV. Debate sobre el aborto, pp. 69 y ss.; *Singer*, Ética, pp. 104 y ss.

<sup>45</sup> Subjetividad: *Hoerster*, Abtreibung, p. 75. Una referencia general a los autores que propugnan este punto de vista “empirista” en *Massini*, El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos, en *Massini/ Serna* (eds.), El derecho a la vida, pp. 179 y ss., 194 y ss. Cfr. también la descripción crítica de *Ballesteros/ Aparisi* (eds.), Biotecnología, pp. 44 y ss., apuntando en particular al conocido origen de esta escisión en la obra de *Locke*.

<sup>46</sup> En la práctica esto no es así, al menos por el momento. Así, el ser humano no sensible no es tratado realmente como una cosa más; y tampoco el ser humano sensible es tratado simplemente como un animal más. La cuestión es si los teóricos de la despersonalización observan en esta realidad meras reliquias de un pensamiento tradicionalista, mítico, religioso o emotivo. Sobre la persistencia todavía hoy de conceptos y principios que provienen de concepciones del hombre y del mundo que no son ya mayoritarias y que aparecen como los “sillares aislados de un edificio en ruinas”, cfr. *Serna*, en *Massini/ Serna* (eds.), El derecho a la vida, p. 55, nota 46.

Por otro lado, sin embargo, la tendencia, según parece, imparable, hacia la patentabilidad de seres humanos producidos *in vitro*, hacia su donación para la investigación (así como hacia la eutanasia de recién nacidos y dementes) permite observar una progresiva transferencia de seres humanos desde el derecho de familia al derecho de cosas.

desde la perspectiva de la ostentación de intereses y a la conciencia de sí mismo, el feto es un ser “pre-personal”, sin personalidad ni derecho a la vida<sup>47</sup>.

Ahora bien, la pregunta es por qué habría de atribuirse derechos sólo al ser humano consciente de sí mismo o a quien tiene interés en sobrevivir<sup>48</sup>. Esta pregunta comprende, en realidad, dos aspectos. Por un lado, el metodológico. Y es que un derecho cuya asignación, o no, depende de aquéllos para quienes es fuente de obligaciones no merece, desde luego, el nombre de “derecho”<sup>49</sup>. Por otro lado, el de contenido. Y es que no se advierte por qué el “tener” ha de prevalecer sobre el “ser”, cuando lo cierto es que sólo quien “es” persona puede desarrollar las “propiedades” de la persona, en términos de una permanente apertura e indeterminación<sup>50</sup>.

Aunque, como se ha indicado, la pretensión última es estratégica y su fin no es otro que la exclusión de seres indeseados, la opción por el requisito de ostentación de determinadas propiedades incurre, en todo caso, en el error de asociar los presupuestos necesarios para la atribución de responsabilidad por las acciones y para la asignación de derechos<sup>51</sup>. Parece, desde luego, que la conciencia de uno mismo ha de ser presupuesto de la atribución de deberes (ser “persona” a los efectos de la responsabilidad)<sup>52</sup>. Pero adoptar ese mismo punto de partida para la atribución de derechos (ser persona a los efectos de la protección<sup>53</sup>) conduce a que, junto a la persona en sí, se admita la existencia de un sinnúmero de no-personas o cuasi-personas (niños, enajenados, seniles) de *status* cuestionable. Pues bien, la única forma de evitar esto es reconocer que “el destinatario de la obligación es cada miembro de la especie humana, no los individuos conscientes, aunque los responsables de obligaciones morales sean los sujetos conscientes y no cada miembro de la especie humana”<sup>54</sup>.

Frente a esto, la razón por la que sólo habría que atribuir plenos derechos sólo a

<sup>47</sup> Hoerster, Abtreibung, p. 80, 85.

<sup>48</sup> Cfr. Hilgendorf, Überlebensinteresse und Recht auf Leben –eine Kritik des “Ratioismus”, en ARSP Beiheft 73, –Personsein aus bioethischer Sicht- Stuttgart 1997, pp. 90 y ss., 104, quien califica esta postura de „ratioismo“ (Ratioismus), situándola al mismo nivel que el sexismo, racismo o especicismos.

<sup>49</sup> Cfr. Spaemann, Sobre el concepto de dignidad humana, en Massini/ Serna (eds.), El derecho a la vida, pp. 81 y ss., 82; Serna, Ibídem, pp. 44-45.

<sup>50</sup> Apertura e indeterminación que son rasgos básicos del ser humano: Cfr. Ballesteros/ Aparisi (eds.), Biotecnología, pp. 64 y ss.

<sup>51</sup> Lo que implica una tergiversación de la discusión habida en el período de la Ilustración sobre el concepto de persona. Como ha señalado Pérez del Valle, Protección de la vida, p. 39, “la filosofía de la Ilustración utilizó muy frecuentemente la estrategia de separación entre individuo de la especie humana y persona y la cualificación de ésta como sujeto libre para fundar el concepto de imputación de comportamientos y para demostrar que no existía posibilidad de excluir como personas a sujetos libres y, de este modo, demostrar el carácter ilícito de la esclavitud”. Con respecto a esto último es obvio que la afirmación de que todos los sujetos libres son persona no implica la de que sólo los sujetos libres sean persona. El concepto de persona –como indica Pérez del Valle, Protección de la vida, p. 41- tenía como significado, además de la idea de capacidad de imputación, la pretensión de evitar que se tratara al hombre como una cosa.

<sup>52</sup> Pérez del Valle, Protección de la vida, p. 43-44, subraya cómo el concepto de persona (y su escisión con respecto al concepto de individuo de la especie humana) era en Locke un concepto forense, referido sólo a la imputación de comportamientos. Con el recurso a un concepto de identidad personal basado en la autoconciencia “no se intentaba delimitar el sujeto objeto de protección, sino el concepto de sujeto imputable respecto a hechos disvaliosos”.

<sup>53</sup> Naturalmente, aquí se trata de la protección “por sí misma”, y no porque sobre los bienes de un “ser” se proyecten los derechos o intereses de otros sujetos.

<sup>54</sup> Núñez Ladevéze, La ficción del pacto social, Madrid 2000, p. 72.

quien, a su vez, fuera capaz de cumplir deberes es todo menos clara. En realidad, como se ha indicado, la conciencia de sí mismo no es presupuesto de la personalidad para el derecho, sino que la personalidad para la responsabilidad y la personalidad para la protección han de partir de premisas distintas<sup>55</sup>. En lo que se refiere a la protección jurídica, cualquier criterio que no sea el de la pertenencia a la especie humana nos convierte a unos en jueces de otros, lo que supone la propia negación del concepto de derechos humanos<sup>56</sup>. En efecto, esos criterios distintos, por mucho que se presenten como vinculados al seguimiento de determinadas formas o procedimientos, apenas logran ocultar la realidad de un sistema político cuyo eje es el poder que los fuertes ejercen sobre los más débiles<sup>57</sup>.

#### 4.3. *La exclusión principal de todos los no nacidos y de ciertos nacidos. La “reinclusión” pragmática de algunos excluidos.*

Ahora bien, resulta además que los argumentos que se esgrimen para la exclusión del derecho a la vida del concebido y no nacido serían aplicables, en la misma medida, a niños nacidos, incluso de cierta edad, que tampoco tienen “conciencia de sí mismos” ni “interés en sobrevivir”<sup>58</sup>. De hecho, también se pretende aplicarlos a éstos. A este respecto, se señala que en *línea de principio* no puede afirmarse que los nacidos, hasta cierta edad<sup>59</sup>, sean personas; sucede, sin embargo, que procede atribuirles tal condición por razones *pragmáticas*. A este fenómeno lo denominaré “reinclusión” de ciertos excluidos.

En efecto, en virtud de una decisión que produce una regla pragmática, se acaba afirmando que todo ser humano nacido, aunque no sea persona, tiene derecho a la vida<sup>60</sup>. Ello, por un lado, se derivaría del hecho de que el nacimiento es un “corte claro”<sup>61</sup>; por otro lado, de que el nacimiento tiene lugar meses antes de los primeros indicios de vida “personal”, con lo que de este modo se establece un período de seguridad en la protección de quienes son realmente personas<sup>62</sup>; en tercer lugar, de que los padres suelen estar menos interesados en la muerte de su “nacido” que en la muerte de su “concebido”; y, además, de que para el ciudadano medio hay mucha diferencia entre matar a un concebido y a un -ya- nacido<sup>63</sup>. Por razones pragmáticas próximas a las

<sup>55</sup> En el mismo sentido, Pérez del Valle, Protección de la vida, p. 41 y ss.: el “sujeto protegido” por el Derecho no tiene por qué coincidir con la persona que tiene capacidad jurídica. Pues la restricción del concepto de persona tenía lugar sólo a propósito de la responsabilidad personal y la imputación.

<sup>56</sup> Serna, en Massini/ Serna (eds.), El derecho a la vida, pp. 46, 72, citando a Spaemann.

<sup>57</sup> Serna, en Massini/ Serna (eds.), El derecho a la vida, p. 52.

<sup>58</sup> Lo admite Hoerster, Abtreibung, p. 132; de modo extenso, Hoerster, Neugeborene, p. 14.

<sup>59</sup> Que Hoerster sitúa en torno a los cuatro meses, aunque sin argumentarlo de modo mínimamente convincente: Neugeborene, pp. 23 y ss. Cfr. la crítica de Hilgendorf, ARSP Beiheft 73, p. 104.

<sup>60</sup> Hoerster, Abtreibung, p. 142.

<sup>61</sup> Hoerster, Neugeborene, p. 26.

<sup>62</sup> Hoerster, Neugeborene, p. 27. Aquí queda claro que los recién nacidos no son protegidos por sí mismos, sino para garantizar la plena protección de quienes sí son considerados realmente personas (p. 63).

<sup>63</sup> Hoerster, Abtreibung, pp. 132, 134, 137-138; *El mismo*, Neugeborene, p. 27, con curiosas referencias a la “comprensión” del ciudadano medio, así como a la “tradicción jurídica y moral de nuestra sociedad” (!), que ninguna coherencia guardan con las premisas de las que parte. También p. 42: en relación con las cuestiones de la vida y de la muerte, el ciudadano medio necesita una orientación normativa clara, perceptible de modo externo y

señaladas también *Dworkin* sostiene que es posible afirmar que los niños recién nacidos sean “persona en sentido constitucional”, aunque no reúnan los requisitos para ser “persona en sentido filosófico”<sup>64</sup>, mientras que los concebidos no nacidos ni siquiera serían persona en sentido constitucional<sup>65</sup>.

En la misma línea de lo anterior, se admite por lo demás que hay adultos que, por razón de una enfermedad, pueden haber perdido la “personalidad”; incluso que cabe la posibilidad de que no la hayan tenido nunca. Sin embargo, también con respecto a ellos se produce una “reinclusión”, en la medida en que no se considera posible construir una regla pragmática que permita formular los presupuestos de la exclusión de modo suficientemente claro<sup>66</sup>. Aunque, como la reinclusión es pragmática, está sujeta a una permanente revisión estratégica<sup>67</sup>.

Todo ello conduce, no obstante, a algunas paradojas<sup>68</sup>. Así, para *Hoerster* los nacidos prematuros (de siete meses) –en tanto que nacidos- serían personas, con derecho a la vida<sup>69</sup>. En cambio, el feto de ocho meses –no nacido- carecería de ese derecho. No es fácil advertir cuál pueda ser la razón de esta distinción, si no se trata de una derivación de la pura “percepción sensorial directa”<sup>70</sup> que, realmente, no parece que deba ser el criterio decisivo para la atribución de derechos. Más paradójico resulta, sin embargo, que luego se establezcan ulteriores distinciones que conducen a lo que denominaré una “re-exclusión” de quienes habían sido re-incluidos (tras su exclusión en línea de principio) por razones pragmáticas.

El proceso de exclusión e inclusión resulta, no sólo por ello, arbitrario<sup>71</sup>. La mera fijación del nacimiento como frontera decisiva (por mucho que se la quiera presentar como meramente pragmática) no puede sostenerse<sup>72</sup>. Tanto el sólo concebido como el ya nacido son seres humanos que se desarrollan a sí mismos. Por lo demás, en el nacimiento no se produce cesura alguna al respecto, salvo que se quiere ver esta cesura en la alimentación oral y en la percepción sensorial directa, lo que parece normativamente irrelevante. Desde luego, el argumento de la “dependencia” no es en absoluto

que no lesione sus “emociones espontáneas”. Cfr. la crítica de las concesiones e inconsecuencias que ello implica en *Strasser*, *Ist das menschliche Leben ein Mittel zum Zweck?*, en *ARSP Beiheft* 73, pp. 71 y ss., 75 y ss.

<sup>64</sup> *Dworkin*, *El dominio*, p. 35.

<sup>65</sup> *Dworkin*, *El dominio*, p. 147 y ss., para lo cual recurre al curioso método (idéntico al seguido por *Merkel* en Alemania) de la interpretación de la Constitución “conforme a las leyes”.

<sup>66</sup> *Hoerster*, *Abtreibung*, p. 141.

<sup>67</sup> *Tugendhat*, *Problemas*, p. 54: quienes se hallan en coma irreversible ya no pertenecen a la comunidad moral. Y así sucesivamente...

<sup>68</sup> Cfr. una excelente crítica del planteamiento de *Hoerster* en *Pérez del Valle*, *Protección de la vida*, pp. 44 y ss.

<sup>69</sup> *Hoerster*, *Abtreibung*, p. 140; *El mismo*, *Neugeborene*, p. 57.

<sup>70</sup> *Hoerster*, *Neugeborene*, p. 27.

<sup>71</sup> *Hoerster*, *Neugeborene*, p. 62, lo reconoce expresamente (una cierta medida de arbitrariedad sería inevitable en la traducción práctica de cualquier criterio fundamental).

<sup>72</sup> La referencia de *Tugendhat*, *Problemas*, p. 57 a que “con el nacimiento comienza un proceso gradual de comunicación que conduce al ser-persona, de modo que desde el momento del nacimiento el ser humano inicia un proceso en cuyo final está el ser persona”, aparte de ser redundante, podría aplicarse igual al concebido. Y el argumento adicional de que, después, ya no hay una fase en la que pueda establecerse un límite inconfundible entre el ser y el no ser persona es considerado “insuficiente” por el propio autor.

decisivo, pues también el nacido depende –y durante mucho tiempo- de la madre (o de alguien que le alimente y cuide).

#### 4.4. *La nueva exclusión de algunos grupos de incluidos.*

Se había indicado que los nacidos, aun careciendo de la condición de persona, eran objeto de una reinclusión “pragmática”; y que ello alcanzaba a los nacidos prematuros. Sin embargo, tal re-inclusión sufre nuevos procesos de re-exclusión.

Por un lado, cuando se trata de nacidos prematuramente antes del séptimo mes de gestación. En la medida en que el mantenimiento con vida de éstos requiere normalmente una enorme aplicación de recursos, se considera que las cosas deberían verse aquí de modo diferente<sup>73</sup>. Así, sólo en el caso de que los padres tuvieran interés en la protección de dicha vida y, por tanto, no renunciaran expresamente a ella, el nacido habría de ser “incluido” y, en consecuencia, protegido<sup>74</sup>. Ello se agudizaría en el caso de nacidos prematuros con enfermedades o deficiencias. En éste, se afirma, si los padres prefieren tener otro hijo en lugar del discapacitado (dar paso a otra vida que sea “mejor”), o adoptar (“mejorar” la situación de otra vida ya existente), cabe la exclusión y, con ella, la causación de la muerte del nacido<sup>75</sup>.

Por otro lado, cuando se trata de recién nacidos “a término”, pero con enfermedades o deficiencias. Aunque pragmáticamente se les había atribuido en general derecho a la vida, ahora se añade que lo decisivo es si causarles la muerte podría legitimarse sobre la base de que ello se corresponde con su propio interés<sup>76</sup>. Algo, de nuevo, contradictorio, pues se había señalado que, aunque tuvieran derecho a la vida, ello no se debía a que poseyeran intereses propios (a que fueran personas), sino a razones pragmáticas. La aparente contradicción pretende (de modo infructuoso) “aclararse”, sin embargo, indicando que sería inhumano no atender a los deseos del niño sólo porque éste no puede expresarlos. Ahora bien, se había afirmado que no tenía intereses y no sólo que no pudiera expresarlos. En la espiral de la exclusión es posible sostener que quien no tiene intereses a los efectos de la protección de su vida, sí los tiene a los efectos de la causación de su muerte (!). Sea como fuere, se concluye que la razonable protección de los intereses del recién nacido exige que sean sus padres quienes expresen el correspondiente deseo en nombre del niño, a fin de proceder a causarle la muerte<sup>77</sup>. Eso resulta clarificador: todo –absolutamente todo- se reduce al interés de los padres; y con ello se cierra el círculo. Pues, para el planteamiento que criticamos, sería evidente que el niño no puede tener interés en nacer si sus padres no tienen interés en que nazca: en efecto ¿qué vida habría de esperarle, dado ese rechazo de entrada?<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> Hoerster, Neugeborene, pp. 57 y ss.

<sup>74</sup> Hoerster, Neugeborene, p. 65. Cuestión distinta es que los padres no quieran asumir los duraderos deberes y cargas que representa el niño.

<sup>75</sup> Hoerster, Neugeborene, p. 72.

<sup>76</sup> Hoerster, Neugeborene, p. 101.

<sup>77</sup> Hoerster, Neugeborene, p. 106: se trataría de considerar el “deseo presunto” del niño.

<sup>78</sup> Sobre todo cuando se parte de que está claro que una vida con alguna deficiencia o minusvalía tiene menos valor, tanto para el titular como para la sociedad, que una vida sin dichos déficits: Hoerster, Neugeborene, pp. 118 y ss. El propio Hoerster, Neugeborene, p. 123 expone así la premisa básica del razonamiento: “nuestro mundo

#### 4.5. Otra perspectiva. La opción formalista: todo es cuestión de votos.

Ante lo expuesto, muchos se inclinarán por un rechazo de la postura descrita y criticada, argumentando su carácter extremista frente a las regulaciones legales del aborto, supuestamente más moderadas. Sin embargo, al respecto procede destacar dos aspectos. Por un lado, que ninguna de tales regulaciones legales se configura de un modo tal que permita fundar en términos materiales por qué el concebido no sería persona y, en cambio, el recién nacido sí. O por qué algunos concebidos ya serían persona y otros todavía no. Criterios propuestos por algunos autores como el del inicio de la actividad cerebral<sup>79</sup> carecen, de una parte, de capacidad de fijar fronteras; y, de otra, no impiden que se pueda proceder con el feto/persona en términos que, desde luego, no se aceptarían a propósito de otras personas. Así, las regulaciones legales se mueven en el marco de una visión supuestamente gradual y, sobre todo, circunstancial del “ser persona” del concebido que, en realidad, lo despersonaliza y está al servicio de su exclusión como enemigo.

Ello puede ser afirmado a propósito de la legislación española en materia de aborto, en la que las indicaciones (art. 417 bis del CP derogado, vigente todavía hoy) son mayoritariamente entendidas como causas de justificación o incluso de atipicidad<sup>80</sup>; y más todavía a propósito de la aplicación que de ellas se ha hecho en los últimos veinte años. Cabe matar al concebido, incluso de ocho meses, si su vida es percibida como fuente de un (supuestamente) “grave” riesgo para la salud psíquica de la gestante; como cabe también matar al concebido de cinco meses, por poner otro ejemplo, si es que existe la posibilidad de que vaya a nacer con malformaciones. Así, con independencia de si se afirma o no que es una persona (tiene forma humana, actividad cerebral, etc), lo cierto es que no se le trata como tal. Dado que el concebido no agrede (ni en los términos de la legítima defensa, ni en los del estado de necesidad defensivo) cualquier acción contra él sólo podría pretender ampararse en un estado de necesidad agresivo. Pero ningún estado de necesidad agresivo permite matar a una persona. El concebido, a quien se mata en una situación que responde claramente a esta última estructura<sup>81</sup>, es, pues, tratado en todo caso, como una no-persona.

El sistema español y otros sistemas próximos o todavía más excluyentes son, en realidad, expresión de una perspectiva no cognitivista que, dentro de la misma ideología de la exclusión, se distancia en sus premisas de las posturas materiales expuestas en

actual sería mejor de lo que es, a) si los enfermos o impedidos que *de facto* viven en él no estuvieran enfermos o impedidos; o bien b) si en lugar de los enfermos e impedidos que *de facto* viven en él, lo hicieran un número igual de seres humanos sin enfermedad o minusvalía”. A partir de ahí, ensalza las bondades del aborto eugenésico desde la propia perspectiva del valor de la vida (!): pues –indica– una mujer que a todas luces deseaba un hijo, una vez abortado el feto con déficits, tendrá, si es posible, otro niño, esta vez no impedido; sobre la incentivación de las medidas de diagnóstico prenatal encaminadas a facilitar este modelo de conducta, pp. 127 y ss. Expresado de otro modo, su propuesta es: hay que curar a los enfermos, a menos que los matemos y sustituyamos por otros individuos sanos

<sup>79</sup> Joerden, *Menschenleben*, pp. 45 y ss., considera suficiente para afirmar la existencia de una persona el hecho de que exista en el concebido una cierta actividad cerebral, lo que asocia a un principio de libertad y de capacidad de influir sobre la realidad natural en forma no meramente causal. Críticamente, Pérez del Valle, *Protección de la vida*, pp. 53 y ss.

<sup>80</sup> De hecho, lo común es hablar de un “derecho al aborto”.

las páginas anteriores. El criterio de partida es ahora que en materia de protección o desprotección de la vida del concebido nadie está vinculado por principio material alguno. Se considera que estas cuestiones, una vez discutidas todas las perspectivas relevantes, deben dejarse en manos del legislador democrático<sup>82</sup> y, por tanto, en última instancia, de la voluntad de la mayoría.

A esta formulación debe agradecérsele su claridad. Pues, precisamente, los derechos humanos surgieron y se desarrollan con la vocación de ser límites a la voluntad de la mayoría. Desde el momento en que su definición y alcance se asigna a la propia mayoría a la que han de limitar, es obvio que quedan absolutamente anulados. *Hilgen-dorf* lo admite con concisión positivista: dado que la Constitución no es muy expresiva al respecto, en ésta, como en tantas otras cuestiones jurídico-políticas, debe atenderse al “primado de la política”<sup>83</sup>; esto es, del poder. No del Derecho.

En todo caso, dado que las mayorías se han manifestado tradicionalmente en leyes que asignan menos protección al concebido que al nacido, esta perspectiva considera que concurren las bases para una aproximación gradualista a la protección de la vida, que daría lugar a “derechos de primera” y de “segunda clase”. La atribución al concebido de “derechos de segunda clase” y, por tanto, en el mejor de los casos, de la condición de “persona de segunda clase” es entonces innegable<sup>84</sup>. En suma: la suerte del concebido no deseado se debate entre quienes le niegan la condición de persona –privándole ya en el plano teórico de toda protección jurídica– y quienes le asignan la condición de persona de segunda clase -privándole de la referida protección jurídica en la práctica-. No parece que pueda definirse mejor el *status* de un enemigo<sup>85</sup>.

La consecuencia deriva de las propias premisas adoptadas. En efecto, la decisión democrática, el pacto entre sujetos formalmente iguales “garantiza la igualdad y la libertad de los negociadores, pero no que todos los seres humanos sean igualmente libres ante la ley”<sup>86</sup>. En realidad, y pese a la aparente exaltación en nuestro tiempo de la idea kantiana de que todo hombre es un fin en sí mismo, la titularidad de derechos se asocia sólo a quien se presenta con plena o, al menos, incipiente autonomía y sale de

<sup>81</sup> Otra cosa es que se dieran sus presupuestos, lo que, como se ha indicado, debe rechazarse.

<sup>82</sup> *Hilgen-dorf*, ARSP Beiheft 73, pp. 97 y ss., 101, para quien el legislador es muy libre de atribuir a seres vivos incapaces de tener intereses, “o bien a otros objetos”, derechos propios, para protegerlos de forma especialmente efectiva. Añadiendo que “*die Rechtsfähigkeit von Embryonen ist allein eine Frage gesetzgeberischer Entscheidung*” (la capacidad jurídica de los embriones es exclusivamente cuestión de una decisión legislativa).

<sup>83</sup> *Hilgen-dorf*, ARSP Beiheft 73, p. 108. Similar, *Tugendhat*, Problemas, p. 53, quien propone que, a la hora de decidir sobre la exclusión o no de determinados sujetos de la protección jurídica (expresado con claridad: permitir que se les cause la muerte), y como único medio de evitar que ello venga determinado por intereses sociales o del entorno del afectado, tenga lugar la adopción de una “esclarecida decisión democrática”, a la que se le atribuye carácter determinante de “todas las otras cuestiones políticas de carácter moral”.

<sup>84</sup> *Hilgen-dorf*, ARSP Beiheft 73, pp. 106-107. Pese a lo que pretende *Joerden*, *Menschenleben*, p. 48, él mismo admite la existencia de la causación justificada de la muerte del concebido con actividad cerebral –en su opinión, persona- para salvar la vida de la gestante (p. 48). Sin embargo, jamás admitiría la justificación de un homicidio para salvar la vida de otro. Pues bien, en esta posición ya resulta patente que el concebido/persona tiene, para él, la condición de “persona de segunda”.

<sup>85</sup> *Pérez del Valle*, Protección de la vida, pp. 60 y ss., 67, 74, ha puesto de relieve cómo incluso en el marco de la adopción de criterios de ponderación, la valoración es ficticia (una petición de principio), pues la decisión final aparece como previamente adoptada, de modo que uno de los platos de la balanza (la vida del concebido) en la práctica no desempeña papel alguno.

<sup>86</sup> *Núñez Ladevéze*, La ficción, p. 33.

situaciones de total dependencia de los demás. Quedan fuera los sujetos constitutivamente débiles, sometidos en todo al cuidado de otros, y dependientes radicalmente de ellos. Y lo que parece claro es que su inclusión resulta imposible sin que se produzca un replanteamiento efectivo del concepto de soberanía, liberándolo de su inicial carga filosófica absolutista, que ha permanecido en la noción de soberanía popular<sup>87</sup>. En otros términos, rescatando el Derecho de su sometimiento al poder.

## 5. Bases para la inclusión del concebido.

En efecto, en la base de todo lo anterior se halla una visión funcional operativa, que trata de definir la persona a partir de lo que se consideran sus operaciones más importantes<sup>88</sup>. Con ello se produce una disolución de la sustancia y su sustitución por el concepto accidental de función u operación<sup>89</sup>. Se sería persona en función de lo que se hace -y por eso se podría ser “más” o “menos” persona-. Sin embargo, ocurre que, una vez adoptada esa perspectiva gradualista, son muchos los criterios que cabe introducir a los efectos de proceder a la graduación: entre ellos<sup>90</sup>, el de la mayor o menor “identidad” con el otro, el de la amistad o enemistad con él. De este modo ya están sentadas las bases de la consideración del enemigo como “menos persona”.

Desde el punto de vista político, lo decisivo es que ese modo de proceder refleja el programa del subjetivismo y del individualismo posesivo. La perspectiva exclusiva de la subjetividad divide el mundo entre el “yo” y el “no-yo”. A partir de esa fórmula, que elude el “nosotros”, la realidad se observa como un espacio de autoafirmación y de ejercicio de la voluntad de poder y de dominación. La presencia de “otros” aparece como un mero “obstáculo” en el mundo hobbesiano del “*homo homini lupus*”. En él todos son enemigos de todos, y lo son hasta tanto no tiene lugar el hipotético pacto, en los términos del pacto y con alcance exclusivo a los sujetos del pacto<sup>91</sup>. Pero, así las cosas ¿por qué razón no habría de seguir siendo considerado enemigo quien, permaneciendo como mero obstáculo a la voluntad de dominación, no interviene en la negociación del pacto, en cuyo marco, por otro lado, nada tiene que ofrecer? En realidad, si la cooperación sólo se justifica por la utilidad que cabe esperar de ella, no hay motivo racional que induzca a cooperar con aquél del que no cabe esperar que ofrezca contra-prestación alguna<sup>92</sup>.

<sup>87</sup> Serna, en Massini/ Serna (eds.), El derecho a la vida, p. 78

<sup>88</sup> Cfr. Possenti, , en Massini/ Serna (eds.), El derecho a la vida, p. 121.

<sup>89</sup> Possenti, en Massini/ Serna (eds.), El derecho a la vida, pp. 127, 137 y ss.

<sup>90</sup> Mayor o menor capacidad intelectual, sensibilidad, memoria, autoconciencia, etc.

<sup>91</sup> La tesis del pacto social “no permite distinguir, por decirlo kantianamente, entre el sujeto activo, capaz de negociar derechos y de representar sus intereses por sí mismo, del sujeto pasivo, el que por ser incapaz de defender los intereses por sí mismo ha de ser protegido por los que deliberan. Pero si los que negocian son sólo los sujetos activos ¿qué garantías tendrán los pasivos de que sus intereses serán protegidos por los primeros? El pacto no delimita objetivamente un sujeto universal, es discriminante porque deja a los sujetos pasivos a merced de los activos. Es necesario determinar un principio que trascienda, por definición, cualquier supuesto transaccional que se base en la ficción de que todos somos igualmente capacitados para negociar las normas a que ha de ajustarse la conducta colectiva”: Núñez Ladevéze, La ficción, p. 32.

<sup>92</sup> Núñez Ladevéze, La ficción, p. 96.

La inclusión del concebido<sup>93</sup> en un marco así sólo es factible si se admite que el pacto democrático ha de partir de ciertas presuposiciones que, como tales, se sustraen a él. Más aún, que constituyen las condiciones trascendentales de su propia posibilidad. Así, es necesario “determinar previamente quiénes son sus obligados y sus beneficiarios y sobre eso no se puede pactar porque, siendo un presupuesto de la transacción, queda fuera de ella”. En este planteamiento, el concebido -integrante por derecho propio de una institución, la familia humana, previa a cualquier pacto-<sup>94</sup>, no puede sino ser acogido como uno de “nosotros” y, en consecuencia, como un co-sujeto, un *alter ego*<sup>95</sup>. Alguien que no “es” porque sea reconocido, sino que resulta reconocido porque es y, de este modo, al reconocerlo, “nos” reconocemos esencialmente en él. En otras palabras, alguien que no podemos dejar de reconocer sin, al mismo tiempo, dejar de reconocernos a nosotros mismos, esto es, de negarnos nuestra propia realidad<sup>96</sup>.

Esta realidad, que pone de relieve la identidad del concebido con el luego nacido, es evidente ya en el plano del uso del lenguaje, tanto en el que lleva a cabo la madre, como en el efectuado por el hijo, una vez nacido, cuando se refiere al período de gestación: “cuando sucedió tal acontecimiento estaba/s en la barriga de mamá”. El uso del lenguaje pone de relieve también la inclusión del concebido en el mundo personal.

Así, en el momento de practicar la primera ecografía por parte del ginecólogo, son habituales expresiones como la de “vais a ver a vuestro hijo”. La paradoja es, ciertamente, que, una vez que se ha visto al propio “hijo”, un determinado resultado de la prueba de la amniocentesis -que ponga de relieve, por ejemplo, una disminución física o psíquica del concebido- dé lugar a que quien antes hablaba de un “hijo” utilice la expresión mecánica “interrupción del embarazo” para aludir al hecho cierto de la “causación activa de la muerte de un hijo” concebido y no nacido. Otra manifestación más de la exclusión de los “indeseados”, que son negados en tanto que indeseados<sup>97</sup>.

Pues bien, sentado lo anterior, parece claro que el principio de igualdad impone una misma atribución de derechos; y quien sostenga lo contrario ha de asumir la carga de la prueba<sup>98</sup>, prueba desde luego no aportada. En contra, se dirá que las bases para una aproximación gradualista a la protección de la vida, que daría lugar a “derechos de primera” y de “segunda clase”, o incluso a la “ausencia de derechos”, se hallan ya en las leyes que tradicionalmente han asignado y asignan menos protección al concebido

<sup>93</sup> Salvo que se piense en una mera inclusión indirecta, en la que el concebido aparezca como mero “interés” o “bien” de los intervinientes en el pacto.

<sup>94</sup> Cfr. *Spaemann*, *Personas*. Acerca de la distinción entre “algo” y “alguien” (trad. Del Barco), Pamplona 2000, *passim*, pp. 229 y ss.

<sup>95</sup> *Cortina*, *Alianza y contrato*, Madrid 2001, p. 20: “Quien firma un contrato se desliga de él en cuanto deja de interesarle y es posible hacerlo, cosa que suele suceder justamente en tiempos difíciles; mientras que quien reconoce al otro como parte suya y es consciente de estar unido a él por una alianza, no rompe el vínculo en los tiempos difíciles, sino que es justamente en esos tiempos cuando lo defiende con mayor ímpetu”.

<sup>96</sup> Cfr. *Cortina*, *Alianza y contrato*, p. 19: “el ser humano tiene que pronunciar el nombre de otro ser humano antes de conocer su propio nombre, tiene que decir ‘tú’ antes de poder decir ‘yo’, reconoce su propia identidad a través de la relación con otro idéntico a él, al menos en parte”.

<sup>97</sup> Exclusión que, expresada en términos coloquiales, se manifestaría en “ningunear” a un alguien, haciendo de él un algo.

<sup>98</sup> *Joerden*, *Menschenleben*, pp. 41 y ss., criticando a *Hoerster*, aunque esos argumentos valdrían contra la propia concepción de *Joerden*.

que al recién nacido e incluso a éste con respecto a otros nacidos. Pero ello no puede admitirse como argumento en contra de la atribución de plenitud de derechos al concebido<sup>99</sup>. Más bien, pone de relieve que esa pretensión “no apunta tanto a la restauración de logros humanos pretéritos como al progreso en una utopía aún inacabada”<sup>100</sup>. Que no es “conservadora”, sino portadora de un ideal revolucionario: El de que cualquier ser humano, libre de toda exclusión, sea acogido, precisamente en virtud de su humanidad real e irrepetible, en el común “nosotros”.

<sup>99</sup> Esta plenitud de derechos conlleva la ilicitud -antijuricidad- de cualquier acto que los lesione -en lo que aquí interesa, del acto de destrucción de su vida-. Pero es perfectamente compatible con admitir la existencia de situaciones dramáticas de sufrimiento, soledad o angustia que conducen a la práctica del aborto. Estas situaciones pueden y deben ser contempladas para atenuar o excluir la sanción de la conducta. Pero en absoluto para afirmar un -inexistente- “derecho al aborto”.

<sup>100</sup> Ollero, en Massini/ Serna (eds.), El derecho a la vida, p. 287.