

D17197  
Deposito  
10/0

Carlos Pérez del Valle  
Profesor Titular de Derecho Penal  
Magistrado



Protección de la vida humana a través del  
Derecho: argumentos, estrategias y  
algunas falacias

Lección magistral leída en la apertura del curso 2004-05

A rectangular registration stamp from CEU Biblioteca, Universidad Cardenal Herrera. It features a circular logo with a cross on the left and the text "CEU Biblioteca Universidad Cardenal Herrera" on the right. Below the logo, it says "Registro" and "Núm.: D17197". At the bottom, it says "Entrada día: 17 de 07 de 2004".

Registro  
Núm.: D17197  
Entrada día: 17 de 07 de 2004

NA 359803

Universidad Cardenal Herrera-CEU  
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN PABLO-CEU

VALENCIA 2004

## 1. Introducción

1. En 1786 publicaba Kant –de cuya muerte se celebra el segundo centenario en este año– un opúsculo denominado “¿Qué significa orientarse en el pensamiento? (“Was heißt sich ins Denken orientieren?”)<sup>1</sup>, cuyo objeto inmediato es intervenir en una discusión propia del idealismo alemán, en la que ahora no es necesario profundizar<sup>2</sup>. Me interesa, sobre todo, la forma en la que Kant vuelca su teoría del conocimiento y su concepción de la ética para explicar lo que considera un uso correcto de la razón en el marco del librepensamiento, porque en ella aparece con una claridad inusitada algo que, en mi opinión, ha marcado el desarrollo del pensamiento de la modernidad en torno a aspectos que parecería no deberían originar graves discrepancias y que se han convertido en campo de batalla dialéctica, como es el caso de la protección de la vida humana. Discusiones tan actuales como las relativas al aborto, a la eutanasia o a los límites de la investigación genética se centran precisamente en la protección de la vida humana: en qué medida, a partir de cuándo y hasta qué momento puede hablarse de vida humana con una protección incondicionada. Estas cuestiones son también objeto de disputa de los juristas y, aunque parezca lo contrario, en una dimensión similar –al menos, paralela– a la del debate que se origina en la opinión pública. Pero a ellas se añaden elementos adicionales que afectan a aspectos básicos, pero que, por diversos motivos, son desechados en la discusión pública. Podría señalar dos ejemplos:

a) Es obvio que, en todos los sistemas jurídicos civilizados, los trasplantes de órganos han requerido un replanteamiento del problema de la muerte desde el punto de vista del derecho, pues por exigencias de seguridad jurídica se hace necesario saber cuándo una persona se considera muerta para

saber a partir de qué instante preciso es posible la extracción de órganos. Pero la influencia de este criterio en la forma en que se entiende la protección de la vida no es visible para la opinión pública y si este criterio —como se ha de ver más adelante, la denominada muerte cerebral— permite discernir con carácter general si existe vida humana es algo ajeno a aquélla, como lo es la discusión en torno a su eficacia.

b) Es también claro que cuestiones como el aborto o la investigación genética se tratan de plantear desde la perspectiva de la ponderación: se causa la muerte del feto para evitar que la madre sufra una grave depresión; o muere un embrión sobrante —o varios— para conseguir que otro sí sea fructífero y así dar satisfacción al interés de la mujer o de la pareja en la procreación. Hasta aquí lo que es transparente para la discusión pública; pero las dudas que alberga la posibilidad de efectuar una ponderación entre dos vidas —como se explicará, por las dificultades de evaluación del mal menor si la protección de la vida es un absoluto moral— no trascienden.

Estos dos ejemplos muestran, por una parte, que existe un número importante de cuestiones sobre la protección de la vida que son previas a aquello que alcanza la discusión pública, y que no son irrelevantes: ni el problema de la muerte cerebral ni la discusión sobre la ponderación entre distintas vidas son aspectos sobre los que se acentúe la discusión; si se tratan, ello tiene lugar de forma que se ven conmovidos aspectos emocionales. Por ejemplo: respecto a la muerte cerebral ¿Cómo resolver el problema de los trasplantes, de los que dependen tantas vidas humanas?; respecto a la ponderación ¿Qué hacer con la mujer que puede morir o quedar gravemente lesionada si el embarazo continúa? Esto permite observar múltiples posibilidades de estrategia en la argumentación, pues se refieren factores esenciales de forma que no resulta evidente, y a la vez queda condicionada la solución final de

muchos problemas. No es algo que yo haya descubierto hoy; el mismo Kant, cuando alude a la ley penal, indica como riesgo aquélla forma de justificar la conspiración farisaica por parte de Caifás, que no es ni más ni menos que una conspiración: “Vosotros no sabéis nada, ni pensáis que os conviene que muera un solo hombre por el pueblo y no que perezca toda la nación”<sup>3</sup>. Un ejemplo más moderno –como se verá, no más actual– es el relativo a la defensa de las premisas siguientes: si un hombre muere cuando carece de actividad cerebral, su vida comienza cuando empieza a tenerla; por tanto, ninguna dificultad habría en la muerte de un embrión que todavía no ha desarrollado su cerebro.

Desde mi punto de vista, este modo de argumentar, muy generalizado en el planteamiento de los problemas relativos a la protección de la vida, se apoya en una determinada forma de orientación del pensamiento que explica y defiende Kant en el trabajo indicado.

2. Más tarde me he de referir a estas cuestiones materiales, pero ahora quisiera exponer de una forma más o menos clara la tesis que Kant respalda en este escrito.

La cuestión inicial podría formularse de este modo: ¿Cómo es posible orientarse exclusivamente desde la razón pura, sin atender a “un presunto y oculto sentido de la verdad” o bien a “una entusiasta concepción en la que bajo el nombre de fe se injertan la tradición o la revelación sin la aquiescencia de la razón”? En otras palabras: ¿Cómo buscar una forma de orientación en el pensamiento que no necesite de puntos de referencia inseguros, cuando lo único seguro es la razón?

La exposición de Kant es, sin duda, sugestiva. ¿Qué significa en realidad orientarse? “Orientarse, en el sentido propio de las palabras, significa: desde una de las cuatro partes en las que dividimos el horizonte, encontrar las demás y, en particular, el oriente (la salida del sol). Si en esas circunstancias yo

veo el sol en el cielo, y se que en ese momento es mediodía, entonces sabré localizar el sur, el oeste, el norte y el este. Sin embargo, para ello me es absolutamente necesaria la sensación de una diferencia determinada en mi propio sujeto: la de la mano derecha y la mano izquierda. Y la llamo sensación, porque, fuera de mi propia consideración, ninguna de estas partes muestra diferencias significativas”<sup>4</sup>.

Este concepto, para Kant, puede también extenderse del espacio al pensamiento, con una analogía que sitúa como precedente: cuando se parte de objetos conocidos –por tanto, de la experiencia– y se quiere superar los límites de la experiencia y alcanzar objetos que no pueden ser percibidos por los sentidos, la emisión de juicios bajo una máxima depende de que la propia capacidad de juicio discierna de acuerdo con un fundamento subjetivo. En palabras que expresamente indica en una nota al pie del texto: “en suma, orientarse en el pensamiento quiere decir: ante la inaccesibilidad de los principios objetivos de la razón, en pro del mantenimiento de la verdad, definirse de acuerdo con un principio subjetivo”<sup>5</sup>. Y este principio subjetivo “no es otro que la sensación de la razón de su propia necesidad”<sup>6</sup>. No voy a referirme al desarrollo ulterior del opúsculo, que sería de interés si se quisiera profundizar en estos conceptos y, sobre todo, en la forma en que Kant deriva esta necesidad de la razón, en el orden práctico, hacia lo ético y, por ello, hacia la libertad. Sólo aludiré a una afirmación que, aun de forma superficial, muestra su visión de las cosas a este respecto: “la máxima de la independencia de su propia necesidad –esto es, del principio subjetivo que se ha citado– supone entonces superstición”<sup>7</sup>.

3. Este era el planteamiento que quería explicar como presupuesto. Como he dicho, esta forma de pensar –según la cual quien tiene la pretensión de orientarse en la reflexión de acuerdo con principios objetivos, dirige su consideración de

forma supersticiosa y, por ello, escasamente racional— es dominante en muchas áreas del pensamiento moderno y, por ello, del pensamiento jurídico. Una mirada a discusiones muy recientes, como la del denominado “matrimonio” —en realidad, un contrato de asociación con efectos muy particulares— de homosexuales, presenta ese panorama que describo: las críticas, a mi juicio gravemente injustas, que ha recibido la nota de la Conferencia Episcopal Española en la que se hacía referencia a la cuestión y se llamaba la atención a la responsabilidad de los políticos<sup>8</sup> son muestra evidente del descrédito que pretende verse sobre cualquier reflexión que no busque un punto de referencia distinto de la propia necesidad subjetiva de la razón. Ya en otra ocasión he tenido oportunidad de aludir muy brevemente a las reflexiones de Kant sobre el matrimonio y la familia<sup>9</sup> como ejemplo de que, en una forma racional de construcción del derecho, el matrimonio debía ser heterosexual y monogámico; en todo caso, quiero aclarar que ello no era consecuencia de una absoluta uniformidad en el modelo de familia de la época, tal como lo demuestra alguna de las críticas recibidas por alguno de quienes le reconocían a Kant cierto padrinazgo filosófico y que, pese ello, mantenían la posibilidad de otros modelos de familia en la época<sup>10</sup>. Lo que sucede es que, aunque Kant no compartiese las conclusiones de estos críticos, no hubiera podido considerar a quienes creen que tal “unión” como institución es posible, como “desorientados”, porque el problema está situado en el principio subjetivo de orientación. Es la propia necesidad de la razón la que determina la posibilidad de orientar la institución de matrimonio a la unión de homosexuales; ningún dato de la experiencia sensible, ninguna consideración teleológica del concepto, ninguna explicación racional de la naturaleza, salvo un principio subjetivo de la “pura razón” puede llevar a la conclusión de que un matrimonio puede comprender una unión

diferente de la heterosexual. En cualquier modo, no es ésta la cuestión de fondo a la que debía referirme hoy y, por tanto, evitaré extenderme respecto a ella.

En los ejemplos que he citado antes, respecto a la protección de la vida humana a través del derecho, la orientación desde un principio subjetivo es siempre clara y se pone de manifiesto de un modo drástico: el momento del inicio de la vida humana y la ponderación del valor de la propia vida, de una vida frente a otra y de la libertad del individuo respecto a su propia vida son cuestiones que, de forma aislada o cuando aparecen entrelazadas, son debatidas en torno a criterios subjetivos de orientación del pensamiento. Precisamente Robert Spaemann ha señalado las consecuencias de un criterio de este tipo al establecer una determinada definición del hombre y de forma muy particular en el pensamiento de algunos autores kantianos sobre el derecho natural: si la sociedad únicamente se reconoce como relación de sujetos de acción que son libres y que se reconocen como libres entre sí —y no como miembros de la especie humana— es perfectamente posible admitir que los no nacidos, los niños pequeños o los enfermos mentales no se encuentran entre los seres cuya vida ha de protegerse<sup>11</sup>. Véase una parte de la correcta crítica de Spaemann: el kantiano trata de poner la base en el concepto de libertad; pero la libertad no es un hecho que pueda ser constatado —no hay una prueba fáctica de la libertad— sino que se basa en el reconocimiento recíproco, de tal modo que es libre aquél que es reconocido como tal por los demás, que a su vez también lo son. No cabe duda de que se trata precisamente de un criterio subjetivo de orientación del pensamiento en la línea marcada por Kant en las citas anteriores: el sujeto que reconoce esa libertad lo hace mirándose a sí mismo como libre, sin que en el exterior exista nada —no hay prueba fáctica de la libertad— que muestre que lo es.

La forma en la que estas cuestiones son hoy debatidas en el mundo moderno y lo que –desde mi punto de vista– constituye una deficiencia del debate será el tema de mis consideraciones en las líneas que siguen. En particular, he de referirme sobre todo a las que aluden al reconocimiento del individuo como merecedor de protección y, por ello, no he de tratar ahora aspectos referidos a la eutanasia como “muerte a petición”. En esos casos, da la impresión de que no se plantea sino un conflicto aparente: simplemente se intenta defender la preferencia de la libertad del individuo para decidir el momento de su muerte; pero se trata de evitar la imagen de que hay ponderación, para reducirla al debate sobre si el derecho debe o no respetar la voluntad del individuo. Esta parte del problema, relacionada con aspectos biojurídicos como el testamento vital y otros similares, no puede ahora ser abordada, aunque no quisiera olvidar dos cuestiones que me parece obligado anticipar. Por un lado, el debate sobre la “muerte a petición” no existiría sin una medicina altamente cualificada que permite la prolongación de la vida de un modo inimaginable hace tiempo: ya Spaemann advirtió que una medicina altamente tecnificada, condescendiente con la mera prolongación de la vida humana, conduciría inevitablemente a la eutanasia. Por otro lado, y ya respecto a la apariencia de que no hay ponderación: en la decisión voluntaria de que es preciso que otro quite la vida al afectado, hay una ponderación entre muerte y continuación de la vida con determinados sufrimientos y, por ello, la convicción de que una vida en esas condiciones no merece ser vivida. En la medida en que las normas –el derecho– dan su aprobación a ese planteamiento, reconocen como posible este tipo de ponderación al individuo o, incluso en determinados casos, al médico. Quien silencia esta cuestión aludiendo simplemente a una libertad de decisión, oculta una parte sustancial del contenido del debate.



## **2. Una reflexión previa ¿Por qué siempre aparece en primer plano el derecho penal?**

1. A la persona ajena al derecho, y aun al jurista, hay un aspecto que llama la atención: ¿por qué, cuando se hace referencia al derecho a la vida, siempre surge en primera instancia el derecho penal? El observador está acostumbrado a contemplar el derecho penal como una alternativa última en la que el Estado hace volcar su poder más contundente frente al infractor de normas sociales, al individuo que de forma culpable comete delitos, que no son sino transgresiones muy graves de normas de conducta. Por eso, en general, la sociedad entiende –aunque no siempre de una forma técnicamente correcta– que un mismo hecho, según el nivel de repercusión fijado previamente, sea sancionado de un modo distinto: se comprende que la elusión de impuestos, cuando sobrepasa determinada cuantía, sea estimada como un delito fiscal y juzgada ante un tribunal; y que, si es inferior, sea considerada una infracción administrativa y su sanción resulte competencia de la administración tributaria. La sociedad puede incluso entender que ciertas infracciones, como la conducción bajo los efectos del alcohol, hayan sido una infracción que sancionaba la administración con una multa, y se conviertan en delito hasta el extremo de ser castigadas con penas de prisión. De ese modo, se contemplan diferentes facetas del derecho penal respecto a otras áreas del derecho, y ello conduce frecuentemente a la conclusión de que el derecho penal sólo actúa cuando otros elementos del sistema jurídico no son capaces de resolver el conflicto. Si esto sucede o no respecto de otras parcelas del derecho o entre ellas existe una especie de reparto de competencias según la materia tratada, es algo que queda abierto. No obstante, la explicación de Kant en este punto y en la posición que atribuye al derecho penal me parece especialmente

ilustrativa, porque sitúa, en diferentes niveles, el carácter subsidiario de las normas de derecho objetivo. En su visión, plenamente contractualista, el derecho objetivo como un elemento del pacto social que surge para resolver los conflictos “entre lo tuyo y lo mío” en el estado de naturaleza, entre los derechos subjetivos de los individuos<sup>12</sup>. Y en el plano del derecho objetivo, la ley penal adquiere una dimensión específica, moral: la ley penal es un imperativo categórico y, por ello, incondicionado<sup>13</sup>. Tan incondicionado, que si la sociedad quisiera disolverse, no podría hacerlo sin que el último asesino hubiera sido ejecutado<sup>14</sup>; tan categórico, que el indulto es incoherente ante la necesidad de satisfacción de la justicia —el soberano sólo puede perdonar ofensas que le lesionan a él mismo<sup>15</sup>— y la ley del talión —en manos del tribunal, no entendida como venganza privada— es, en cierto modo, garantía de retribución<sup>16</sup>. En realidad, la concepción del derecho penal como imperativo categórico presenta dos perfiles:

a) Por una parte, al perfilar la ley penal como un imperativo categórico, y la imposición de la pena como una necesidad moral, Kant lo hace sobre un claro contexto: la crítica de las teorías que afirman que la pena debe responder a utilidades para el delincuente o para la sociedad. El delincuente “es sancionado porque ha delinquido; porque el hombre no puede nunca ser tratado simplemente como un medio para los propósitos de otros ni mezclarse entre los objetos del derecho de cosas”<sup>17</sup>.

b) Por otro lado, no es dudoso que con ello se garantiza —se refuerza la garantía— la protección incondicionada a los derechos subjetivos. La ley penal supone una sanción a quien ha lesionado a otro en sus derechos subjetivos.

2. Estos derechos subjetivos, en tanto ya han sido origen de conflicto en las primeras discusiones sobre “lo tuyo y lo mío”, constituyen objeto de regulación de lo que Kant llamaba

derecho objetivo y al que he aludido antes: las normas estatales que resuelven aquellas discusiones. Esta visión responde con facilidad a la imagen del derecho de propiedad, y puede observarse en un ejemplo: A vende a B un caballo, y en el contrato entre ambos han fijado libremente las condiciones de la entrega, del pago del precio, del herrado y la manutención hasta que fuese recogido por B; si alguna de las condiciones ha sido omitida por los contratantes y, de forma especial, si el caballo tiene vicios ocultos, las leyes civiles resuelven la cuestión; pero si es posible pensar que los vicios, en principio evidentes, fueron intencionalmente ocultados por A, es posible pensar en un delito de estafa y en la actuación de un juez penal. Véase el juego que, en los tres niveles, es desarrollado: un primer nivel reservado a las normas que las partes voluntariamente se dan y que, con palabras del derecho objetivo (del Código Civil) tienen fuerza de ley entre las partes contratantes; un segundo nivel centrado en las normas del derecho objetivo (del Código Civil) que regulan la materia en caso de conflicto entre "lo mío y lo tuyo"; y un tercer nivel que desarrolla la posibilidad de un derecho objetivo que sanciona.

Hasta hace ochenta años, podría afirmarse sin duda que cualquier intento de construir un caso con el derecho a la vida con el mismo corte fracasaría: nadie contemplaba un primer o un segundo nivel, porque ni la autonomía de la voluntad ni el derecho objetivo tenían nada que resolver en caso de conflicto. La vida, en su calidad de presupuesto biológico, sólo podía ser contemplada como problema jurídico cuando un sujeto atentaba contra ella; con su comportamiento, atentaba contra normas jurídicas que, por evidentes, no era necesario positivizar: las que regulaban el deber de respeto por la vida del otro, que no se consideraban consecuencia de una orden o de un mandato específico.

3. Desde mi punto de vista, el tratamiento de la vida humana como un derecho subjetivo es, en el derecho moderno, un contrasentido. Si se comparte el análisis histórico de Villey sobre el derecho subjetivo moderno y se piensa en un origen inmediato, éste debe ser sin duda Hobbes. Y una lectura detenida de Hobbes permite llegar a la conclusión de que, en Hobbes, como en todo el derecho moderno posterior, la vida no se ha articulado como un derecho subjetivo en sentido estricto, pese a que las declaraciones de derechos y las formulaciones constitucionales hayan sentido la necesidad de su enunciado de forma equiparada a la de otros derechos de mayor o menor relevancia, como la libertad de expresión o de conciencia o el derecho de propiedad. La explicación de esta tesis es sencilla: el fundamento contractualista de estos derechos incurre en una falta original que es hereditaria e innata, y que no es otra que el “miedo a la muerte” sobre el que se sustenta el contrato de Hobbes<sup>18</sup>. En un contrato que parte del riesgo de la relación entre los hombres –sea porque todo pertenece a todos (Hobbes), sea por el riesgo que supone la misma socialización progresiva (Rousseau)– la vida es siempre presupuesto de la pertenencia a la sociedad contractual. La propia vida no puede ser entonces materia del contrato (todos los que contratan tienen que estar vivos), sino sólo las condiciones en las que la autotutela del individuo queda en sus manos (esto es: las condiciones de la legítima defensa en agresiones que ponen el peligro la vida del agredido) y los límites de la protección por parte de la autoridad que instituye el pacto (por ejemplo: los límites de proporcionalidad de la actuación policial cuando es posible la evitación del delito). De hecho, tras la lectura de Rousseau<sup>19</sup>, es posible pensar que la pena de muerte es sólo un término del pacto por que se pretende la exclusión del individuo infractor: deja de ser persona en la sociedad porque deja de tener vida al ser ejecutado. Por

tanto, puede afirmarse que no hay pacto sobre el reconocimiento del derecho a la vida, y esto es fácil de explicar si se entiende que, en esa perspectiva liberal, es difícil de comprender el deber de solidaridad, por ejemplo, respecto al individuo que se encuentra en peligro, incluso de muerte. Este tipo de deberes son de muy difícil articulación en un sistema filosófico del derecho como el kantiano, porque aparecen como una excepción al principio *neminem læde*, que se erigía en principio del derecho positivo<sup>20</sup>. De ahí que el derecho a la vida no pueda ser un derecho más, ni siquiera en un ordenamiento contractualista, como ahora se pretende en ocasiones.

Pero además, esto explica un dato del que no puede prescindirse en la protección de la vida humana, y que voy a referir ahora a la exposición de Kant: en el derecho a la vida no hay nunca tal subsidiariedad. Otros sectores del ordenamiento nunca procuran –porque es imposible– una protección exclusiva del derecho a la vida. Cuando las reglas de circulación, desde el punto de vista del derecho administrativo, establecen la necesidad de que los niños pequeños lleven sillas especiales en los vehículos de motor o que los transportes colectivos estén dotados de determinados mecanismos de seguridad para los pasajeros, se protege la vida y la integridad corporal. Y además, se protege de forma intermedia la vida respecto de agresiones muy modernas, en ámbitos en que la seguridad es posible. Esto sucede, por ejemplo, con el Reglamento de armas y explosivos: en realidad, se pretende un control de armas peligrosas, pero no es posible regular todas las armas peligrosas en todas las sociedades. Véase la discusión en los Estados Unidos de América sobre el derecho a llevar y usar armas, cuyo interés en este punto es indiscutible: la defensa de la Segunda Enmienda<sup>21</sup> se ha transformado en un debate sobre la autotutela del individuo y la restricción de

armas es rebatida por sus enemigos como limitación sustancial del derecho de defensa de la propia vida y de la de otros<sup>22</sup>. Por más que esta situación sea vista con cierto asombro desde las sociedades europeas, es una muestra de que, en realidad, esta restricción de las armas puede no sólo ser contemplada como una exigencia de seguridad, sino también como limitación de la defensa. Esta confusión entre derecho a la vida y defensa es, en realidad, propia de la confusión señalada en un principio al contractualismo: desde ese punto de vista, en la defensa no es simplemente una actuación necesaria, sino la parte de un derecho que se cedió al Estado, cuando los límites de la cesión no son claros o se encuentran en un momento de crisis.

4. Regreso, no obstante, al núcleo central del discurso: la vida no es, en realidad, un derecho subjetivo –tal vez pueda serlo, sin embargo, la defensa necesaria– en el sentido en el que se ha señalado. Si fuese así, no habría normas que protegen la vida en otras áreas del derecho y que lo hacen pese a la propia voluntad del interesado. Ciertamente es que algunas de ellas, como la obligación de respetar las normas de seguridad en el trabajo –la obligación de llevar casco en la construcción– suponen en realidad obligaciones para terceros, pues por lo general se sanciona a un tercero –en el ejemplo, al encargado de seguridad de la obra– en el caso de que se hayan incumplido. Pero, en ocasiones, el sancionado es el propio afectado: en caso de infracción de la norma que obliga a llevar cinturón de seguridad en los vehículos de motor o casco en las motocicletas, el sancionado es el propio infractor. ¿Cómo es posible que se trate de un derecho subjetivo en el que el propio afectado nada puede hacer para asumir determinados riesgos? Y ello sucede sólo con la vida; aunque podría ser cierto que todos los derechos fundamentales son irrenunciables, lo cierto es que lo son en la medida en que el titular quiere que lo sean:

el columnista A tiene libertad de expresión para decir que un político se ha equivocado, pero puede simplemente no decirlo; los miembros de la asociación D pueden o no organizar una manifestación el día de su aniversario. Otros derechos, sin embargo, nunca admiten cesiones por parte de su titular, porque se vinculan no a actuaciones concretas, sino a una situación permanente, y ello sucede con todos aquéllos que se relacionan con la dignidad de la persona: C no puede someterse voluntariamente a esclavitud, como D no puede admitir ser torturado. En ese sentido, son similares a la vida. Pero en el caso de la vida, hay un elemento diferencial que afecta a esos ejemplos que cité: es posible incluso sancionar a quien no protege suficientemente su vida porque no lleva cinturón de seguridad. Si C se quiere someter a esclavitud, deberá existir un control policial para que no lo haga, y posiblemente un control psiquiátrico; si D indica a la policía que, si quieren, le pueden torturar, basta con que no se le haga caso. Pero no se le sanciona por ello. Esta sanción pone de manifiesto, por un lado, la indiferencia del ordenamiento ante la posición del individuo infractor respecto al interés (al parecer, su vida) que se intenta proteger; de otro, una especial tendencia a llamar la atención de otros, que por descuido, ponen en peligro su vida sin ser muy conscientes de que lo hacen y, de ese modo, infringiendo la máxima del imperativo categórico kantiano, utilizar al hombre como medio y no exclusivamente como fin<sup>23</sup>.

Esta circunstancia origina, desde mi punto de vista, una relación especial de la protección a la vida con el derecho penal: son casos en los que existe una escasa regulación en otras partes del sistema jurídico y, si ésta existe, se prescinde totalmente de lo que piensa o quiere el beneficiario. Por ello me dejo llevar por algunas indicaciones de Hugo Hälschner, penalista y filósofo del derecho que inauguró esta vinculación

académica en la Universidad de Bonn, y que fue uno de los juristas hegelianos con mayor repercusión en su época. Al explicar la diferenciación entre la ilicitud no punible (fundamentalmente, la civil) y la ilicitud penal, dice así: en la ilicitud no punible “la voluntad antijurídica se contrapone a la norma jurídica sólo indirectamente, mediante la contraposición a la voluntad del beneficiario, mientras en el ilícito culpable es penado donde la voluntad se contrapone a la norma jurídica que directamente le obliga y vincula”; y más adelante, de modo muy claro: “en el caso del ilícito punible –se refiere al ilícito penal– la voluntad culpable se activa contraponiéndose de forma directa a la norma jurídica”<sup>24</sup>. Mi tesis en este punto sería entonces la siguiente: la protección jurídica de la vida ha sido siempre, en realidad, protección penal de la vida que prescinde de la posible contradicción con la voluntad del beneficiario; las normas que, en otras ramas del ordenamiento, pueden ser dispuestas en conexión con el derecho a la vida, o bien no protegen la vida del propio sujeto, o si lo hacen, prescinden absolutamente de si el sujeto tiene o no interés en conservar la vida<sup>25</sup>. Las consecuencias son obvias: en la protección de la vida, como protección penal –como imperativo categórico; esto es: como absoluto moral– en un sentido genuino y directo, nada afecta la voluntad del sujeto.

### **3. El inicio de la protección de la vida humana como cuestión estratégica en la argumentación**

1. Por lo general, se piensa que el jurista, al intentar dar respuesta a casos en los que se plantea como problema la protección de la vida humana, sobre todo en su inicio, tiene ante sí una tarea fácil: simplemente ha de preguntar al especialista –el biólogo o el médico– cuándo empieza la vida humana, y con esa respuesta resolver los casos que se le presenten. Que



la solución no es tan sencilla no sólo deriva de que los especialistas no siempre están de acuerdo en las soluciones que presentan y, por tanto, la decisión dependerá del especialista al que se consulte; se desprende ya de la misma pregunta a formular. El jurista debe conocer cuándo empieza la vida a proteger en el caso del aborto, o en el caso de la investigación genética con embriones; pero también debe saber cuándo se considera que el ser humano nace, porque entonces no sancionará con el tipo del aborto (art. 144 y ss CP), sino con los tipos articulados en torno al homicidio (art. 138 y ss). Por otro lado, resulta fácil explicar por qué el científico discrepa sobre el comienzo de la vida humana —en ese momento comenzaría la protección penal en el caso del aborto— pese a que es claro que el desarrollo de la vida se inicia en la constitución del cigoto y, por ello, con la fecundación del óvulo por el espermatozoide; en el fondo, se trata de discrepancias valorativas: que hay vida, nadie lo cuestiona, y lo que se difiere es la decisión sobre si esa vida que entonces se inicia merece ser protegida con el derecho penal. En otras palabras: cualquier reducción del problema a una cuestión puramente científica —en el sentido de las ciencias naturales, sea cual sea la solución que se proponga— es, cuanto menos, una falacia. Un ejemplo: los defensores de la denominada teoría sociológica, para quienes la vida humana comenzaría en el momento en que la vida del no nacido puede ser considerado un miembro relevante de la sociedad desde un punto de vista sociopsicológico y socioeconómico, dependen de la “admisión” de ese ser humano en la sociedad, y esta “admisión” —entendida como ingreso— es simplemente una valoración de “significación social”<sup>26</sup>, para la que es irrelevante el punto de partida científico-natural. De hecho, este planteamiento es impactante cuando, desde la misma teoría se reconoce que en los últimos meses de embarazo se abre paso —se acerca— esta

“significación social”, que alcanza su “evidente” culminación en el momento del nacimiento. Y es impactante porque muestra así lo que a mi juicio es una incoherencia: lo normativo, lo valorativo –me referiré más detenidamente a ello después– es o no es; y en derecho –se trata de responder a una pregunta jurídica, en el que los juristas emplean como referencia la sociología, y no de una mera cuestión sociológica– esto es particularmente claro. El bien es mueble o inmueble –dejo de lado el problema de los semovientes– y cuando en el derecho la calificación es complicada porque existe un tránsito, un cambio, no hay dudas incluso en romper la unidad de valoraciones del sistema jurídico: la manzana, todavía en el árbol, queda comprendida para el civilista como bien inmueble; pero el penalista, más prosaico, rompe el criterio y decide que, como el ladrón la va a arrancar para llevársela, ya antes (porque antes del hecho delictivo el objeto del delito tiene que ser idóneo) la manzana es bien mueble que el autor del hurto tomará como “cosa mueble ajena”. O existe la valoración, o no existe; por eso, la existencia de un “punto de culminación” no es tan “evidente” como los partidarios de la teoría sociológica en el ámbito del inicio de la vida pretenden. La manzana es, desde un punto de vista descriptivo, una manzana; si el civilista decide que es inmueble, empieza a serlo en ese mismo instante, y si el penalista dice que es mueble, lo es desde ese momento. No hay modelos evolutivos en las valoraciones y, por ello, si el proceso de cambio es tan “evidente” que presenta un “punto de culminación”, se equivocan en el planteamiento metodológico del problema quienes pretenden resolverlo a través de meras valoraciones.

2. En ese orden de consideraciones, creo que es posible caracterizar como cuestión estratégica la que afecta a la afirmación del inicio de la vida. No se trata, simplemente, de la aplicación sin más de un concepto a casos en la realidad,

porque el jurista no pone nombre a la realidad, sino que se pronuncia sobre lo justo y, con frecuencia y especialmente en el caso del penalista, sobre las consecuencias del comportamiento injusto. Se trata de una estrategia de la argumentación, porque la adopción de uno u otro punto de vista implica una determinada posición ante la resolución de los problemas. Por ejemplo: quien piensa como Joerden –cuya posición ha sido ya presentada a modo de ejemplo y será examinada de modo detenido más adelante– que la vida humana que ha de ser protegida por el derecho comienza desde el inicio de la formación del cerebro humano, parte de un presupuesto respecto a la vida humana en sentido estricto; por eso, sus soluciones o argumentos –véase más adelante el argumento de Joerden sobre la hipotética formación de un cerebro por cultivo de células troncales pluripotentes– están condicionadas por la posición respecto a la vida humana. Verdaderamente, el principio fundamental de quienes piensan así no es el momento en que la vida se inicia, sino una consideración del hombre como ser autoconsciente y con capacidad sensorial; pero el momento de inicio de la vida no es simplemente una derivación del principio o una mera aplicación de los criterios que del principio se derivan. Se presenta como una cuestión estratégica que permite resolver –con mayor o menor esfuerzo– los problemas que se puedan formular, tanto en relación con el aborto como con la investigación genética.

Por ese motivo, cuando en otras ocasiones he tratado la cuestión en profundidad –en particular, respecto al aborto– he insistido en aspectos que, en un principio, parecían poco prácticos, para intentar demostrar que la ley –la ley española vigente– protege la vida humana desde el momento de la concepción<sup>27</sup>; y por ese motivo constituyó –a mi juicio– una importante modificación estratégica de la discusión el establecimiento, como momento de inicio de protección de la vida,

de la anidación del embrión en el útero materno: expresamente indica el derecho alemán que no se considera aborto hasta que no tiene lugar la anidación del embrión en el útero (el § 218 (1) StGB)<sup>28</sup>. Ciertamente es que los autores que fueron críticos desde un primer momento, también con el sistema de las indicaciones (sobre todo Tröndle, pero también Schmidhäuser, Rudolphi y Otto se manifestaron en un sentido crítico), señalaron que se explicaba como un mero problema de prueba: las dificultades de prueba de que existe un aborto en los días previos a la anidación, cuando incluso en muchos casos ni siquiera la mujer conoce su embarazo, explicarían ese precepto legal que excluye la protección en momentos anteriores sin necesidad de afirmar que la vida se protege desde la anidación. Pero este argumento, por más que pueda ser considerado coherente con el texto de la ley, ya situaba la argumentación de estos autores como una explicación necesaria para entender que la protección de la vida desde la fecundación sólo quedaba excluida por razones formales e invertía evidentemente la carga de la prueba. Muy brevemente explicaré mis argumentos respecto a otros hechos que sí parecen contradictorios con una protección de la vida humana desde el momento de la fecundación: la autorización administrativa del dispositivo intrauterino y de la denominada “píldora del día después” (levonorgestrel, píldora RU-486); es sabido que, aunque en determinadas esferas son denominadas “anticonceptivos de emergencia”, en realidad impiden la anidación del embrión en el útero y, por ello, su eficacia es posterior a la fecundación del óvulo por el espermatozoide. ¿Qué explica que estos métodos no sólo no sean prohibidos, en la medida que ocasionan el aborto, y que quienes los utilizan no sean sancionados? ¿Cómo es posible que el mismo Estado que protege la vida humana desde el momento de la concepción autorice expresamente entonces su administración? Una respuesta que, a

primera vista parece lógica, sería la siguiente: en realidad, ello es una demostración de que la vida humana se protege desde la anidación del embrión y no desde la fecundación.

Mi respuesta es, sin embargo, discrepante con ésta: desde mi punto de vista, la necesidad de autorización administrativa de los métodos indicados demuestra precisamente que la protección de la vida empieza con la fecundación. Me explicaré brevemente y haré referencia a una figura de la dogmática penal que ha explicado con éxito Jakobs: "riesgos permitidos con legitimación histórica". Es sabido que un riesgo permitido es un peligro socialmente adecuado; esto es: un riesgo que la sociedad ha decidido autorizar<sup>29</sup>. Por ejemplo: la conducción de vehículos de motor es especialmente peligrosa y de ella se derivan, por el comportamiento humano evitable, muertes, lesiones y daños materiales. Sin embargo, la sociedad decide autorizar la conducción de vehículos de motor con determinados límites; si se tiene el permiso correspondiente y si se respetan las normas de circulación, uno tiene libertad de conducir cómo y dónde quiera. ¿Por qué se autoriza entonces ese riesgo? La respuesta es sencilla: la conducción de vehículos de motor proporciona un saldo de beneficios muy superior a los perjuicios que causa; el desarrollo que una sociedad alcanza gracias a los vehículos de motor compensa el riesgo creado por esa actividad. Esta es la forma habitual de legitimación de los riesgos: saldo de beneficios superior a los perjuicios. Pero también hay otros riesgos en los que este saldo no existe: por ejemplo, el consumo de tabaco o de bebidas alcohólicas de alta graduación. Jakobs los explica como riesgos permitidos mediante legitimación histórica: sólo ciertas costumbres permiten explicar la autorización del tabaco. Pero, desde mi punto de vista, "legitimación histórica" no sólo implica repetición de una actividad durante siglos, sino también la referencia a ámbitos de libertad de actuación propios de una

sociedad en un determinado momento histórico; la autorización específica de esos ámbitos de libertad no supone aprobación o saldo positivo de su reconocimiento, sino simplemente la consecuencia de una determinada reivindicación social que no supone alteración de los principios básicos. Piénsese, por ejemplo, en la autorización administrativa de bebidas excitantes (algunas superan en un envase de cuarto de litro el efecto excitante de doce tazas de café) que son consumidas por algunos jóvenes junto con pastillas que contienen sustancias estupefacientes y que son drogas ilegales. Pues bien: esto es lo que sucede con el dispositivo intrauterino o con la "píldora del día siguiente"; se trata del reconocimiento de estos tipos de contacto social (la administración de estos medicamentos o la implantación de dispositivos mecánicos en el cuerpo) como riesgo permitido en momentos (antes de la anidación) en los que, por otro lado, la prueba podía ser muy difícil. Una demostración de que esta tesis es sostenible es la necesidad de que procedimientos similares requieran autorizaciones expresas.

3. Regresaré, no obstante, a la distinción entre aborto y homicidio, como ejemplo que permite observar con claridad la importancia estratégica de la cuestión e intentaré mostrarlo precisamente con la cuestión del nacimiento. El comienzo de la protección de la vida fue considerado tradicionalmente sobre la base de la autonomía biológica, y por eso se pensaba como directriz esencial en la "separación" del seno materno<sup>30</sup>. Por ello, la utilización de criterios como la respiración espontánea o el corte del cordón umbilical aparecían como adecuados en principio<sup>31</sup>, aunque, desde mi punto de vista, claramente se mostraron insuficientes para resolver muchas de las cuestiones que se planteaban ya en la práctica. Por ejemplo: la respiración autónoma quedaba incapacitada para resolver los casos denominados de "parto de bañera", en los que el

niño salía del seno materno bajo el agua y perecía sin haber podido respirar de forma autónoma en ningún momento; de ese modo, estos hechos deberían ser sancionados como aborto y no como homicidio<sup>32</sup>. En el fondo, y en un sentido negativo, se demuestra que la determinación del momento del nacimiento como inicio de la protección de la vida humana con las penas del homicidio es de carácter teleológico y depende, en suma, del interés en salvaguardar la norma de protección.

Explicaré también mi posición desde ese punto de vista: según creo, el problema de la diferenciación entre aborto y homicidio no es de fundamento, porque en ambos casos se protege la vida humana; la diferenciación es sustancialmente de carácter punitivo, y a ella es preciso acudir cuando se piensa sobre el problema y en una determinación teleológica de un criterio adecuado en derecho penal. La pregunta, en una perspectiva tipológica, es la siguiente: ¿Qué tipo de casos está sustancialmente en discusión? Evidentemente, los que afectan a la muerte del niño —utilizo este término como neutro entre feto y nacido— durante el parto. Y también es claro que, en las sociedades occidentales, el problema de la muerte de los niños durante el parto, cuando en todas ellas el mayor número de los nacimientos tiene lugar con dirección o supervisión del médico, y con personal facultativo (médicos o comadronas), es ante todo la protección de la vida respecto a actuaciones imprudentes. Si lo que se quiere, entonces, es una ratificación seria de la norma que exige prevenciones especiales al personal facultativo que atiende los partos, debe buscarse una aplicación del derecho severa en esos casos. Y, por tanto, la preferencia del homicidio (con sanciones más graves, especialmente en el caso de delitos imprudentes) sobre el aborto durante el tiempo del nacimiento. Se trata, por tanto, de encontrar una solución adecuada, que permita el texto de la

ley (simplemente: aborto existe hasta que comienza el nacimiento; después se trata de homicidio) y que no resulte fácilmente manipulable como sucedió con la respiración espontánea y –como es obvio– puede suceder con el criterio del corte del cordón umbilical. Y este momento es, sin duda, el de las contracciones dirigidas al parto: con las primeras contracciones de expulsión da comienzo el parto y, por ello, desde ese momento debe considerarse la vida protegida por los preceptos que sancionan el homicidio. Quedan tres preguntas pendientes, que admiten solución sencilla. La primera es la distinción con otro tipo de contracciones; se trata, exclusivamente, de las contracciones de expulsión, y no con otras previas (contracciones preparatorias o de ensayo) que tienen funciones distintas. La segunda es el caso de la cesárea: si previamente a la decisión de practicar la cesárea no han existido contracciones de expulsión –puede suceder que la cesárea responda al peligro o a la imposibilidad de continuar con un parto ordinario; en ese caso el nacimiento habría comenzado antes– es la primera incisión del bisturí sobre el vientre de la mujer la que indica el inicio del nacimiento. La tercera es la determinación del criterio aplicable en casos de inducción del parto: evidentemente, el momento es el de la aplicación de la terapia de inducción. El criterio, que es dominante en la doctrina alemana, no ha tenido repercusión suficiente en la doctrina española, en la que fue introducida en los primeros trabajos sobre los delitos contra la vida que publicó Enrique Bacigalupo<sup>33</sup>.

No me interesa ahora, sin embargo, su defensa frente a otras que considero incorrectas, sino que se observe un aspecto en particular: se trata de un criterio normativo (valorativo) sobre el momento del nacimiento, desde luego; pero tiene una base en datos de la experiencia común y científica y, sobre todo, se adapta a la finalidad de la norma que se



había señalado antes y que no es otra que la obtención de una protección suficiente de la vida humana frente a agresiones posibles en los momentos del parto. Incluso estos términos pueden modificarse en el orden de exposición, porque puede alterarse el orden en la fundamentación: el momento del inicio del nacimiento –las contracciones expulsivas, con carácter general– es el indicado para la protección jurídica del nacido, pues normativamente inicio de nacimiento es ya nacimiento, de tal modo que la protección frente a infracciones imprudentes durante el parto es más severa. Y creo poder subrayar un elemento más en ese sentido: el juicio teleológico que está inmerso en este criterio no es una mera “necesidad de la razón” de carácter subjetivo, como sucede en la orientación del pensamiento kantiana a la que se ha hecho referencia antes; el juicio teleológico que se hace en este razonamiento no es un mero elemento subjetivo derivado de la pura razón, sino, en la medida que tiene un anclaje en la realidad, una necesidad de la razón práctica que se apoya en “hechos normativos”, en datos de la realidad que tienen una significación valorativa: las contracciones expulsivas, porque lo son naturalmente, implican normativamente inicio del nacimiento.

#### **4. La discusión en torno al aborto: alguno de los viejos argumentos**

1. El diseño tradicional de las leyes penales que ratifican la vigencia de las normas que protegen la vida humana muestra ya el primer punto de discusión: en todo caso diferencian que esta muerte tenga lugar antes –el aborto, con una sanción más leve– o después –el homicidio, con una sanción más grave– del nacimiento. De hecho, un examen de la regulación del derecho romano sobre el aborto muestra que, en ningún caso, se formulaba como punto de partida que se trataba de la

lesión de la vida humana: en un primer momento constituía la lesión del derecho del marido a la descendencia y sólo más tarde fue sancionada además como *res mali exempli*<sup>34</sup>. De esto se derivan dos consecuencias: por un lado, el aborto se sanciona en el derecho romano con una sanción menor a la del homicidio sobre la convicción de que no merece la protección que sí tiene quien ha nacido y, evidentemente, de que el nacimiento constituye un factor diferencial esencial para estimar que existe vida humana; por otro, que la sanción en ese contexto —esto es, cuando se piensa que el nacimiento es la cesura que permite diferenciar entre un estadio anterior a la vida humana y el status de derecho del ser humano— fue en un primer momento manifestación de un claro dominio del marido en el matrimonio, pues lo que se lesionaba era su “derecho a tener descendencia”, aunque posteriormente el derecho romano reconoció, pese a todo, que se trataba de un comportamiento que implicaba mal ejemplo en la sociedad. Este es un primer problema a plantear: el argumento de la despenalización del aborto como instrumento de emancipación de la mujer. A propósito he utilizado la palabra emancipación, tal como ésta ha sido identificada en la modernidad a la libertad; o con palabras más exactas, que tomo de Robert Spaemann: la comprensión de la libertad como emancipación<sup>35</sup>. De una forma más clara, esta comprensión implica que la autodeterminación no supone la decisión de “hacia dónde ir”, sino el “alejamiento de allí de donde se procede” o, mejor dicho, el desligamiento de aquello que todavía supone alguna sujeción. La libertad es considerada entonces, en palabras de Spaemann, separación de los vínculos tradicionales. Este concepto de libertad, que es propio de la modernidad, no ha de ser asumido necesariamente; de hecho, mi discrepancia es esencial, pero no tengo ninguna objeción en examinar las incoherencias del argumento en su propio terreno, sin perjuicio de que, más

adelante, haga mención de aquella diferencia sustancial de opinión reseñando de forma breve alguno de los motivos que me inducen a pensar de este modo.

2. El argumento sería el siguiente: la sanción del delito de aborto habría constituido desde siempre un instrumento más de dominación del hombre sobre la mujer —como se ha visto, en los primeros momentos, fue considerado en el derecho romano como una lesión del derecho del marido a la descendencia— y, en la medida que este obstáculo es retirado, la mujer es más libre, en el sentido indicado; esto es, se emancipa de sus vínculos tradicionales, que en este caso sería el deber de llevar un embarazo a término. Este argumento, que Rhonheimer considera superado como —es el “viejo” argumento— “proto-liberal”<sup>36</sup>, tropieza también con algunas dificultades que intentaré apuntar.

a) Un primer obstáculo afecta a la misma formulación del argumento: la subsistencia de una institución jurídica no implica en todo caso que la fundamentación de su existencia no haya sufrido variaciones. En efecto, es posible comprobar que diferentes instituciones han modificado algunas de sus bases de relación pese a que han subsistido como tales, y no es preciso alejarse demasiado de los ejemplos hasta ahora citados. Me referiré tan sólo al matrimonio, cuya disolución mediante el repudio o el divorcio era sustancialmente un instrumento de poder que quedaba en manos del marido, cuando no era admitida incluso la poligamia. El matrimonio subsiste hoy como institución y no puede decirse que en sí mismo sea concebido en la sociedad occidental como un instrumento de dominación. Quisiera a este respecto señalar de nuevo una cita de Kant: “la relación de los casados es de igualdad en la posesión, pues el uno posee al otro; en consecuencia sólo en la monogamia, pues en una poligamia obtiene la persona que se entrega sólo una parte de aquélla a la que se entrega

totalmente, y ello le convierte en una simple cosa<sup>37</sup>. Para Kant, como para toda la tradición europea inevitablemente de raíz cristiana, la poligamia convierte a una de las personas unidas por el matrimonio en una cosa, porque ello implica desigualdad entre las partes. Y la igualdad no era, desde luego, el punto de partida en la institución jurídica del matrimonio.

b) Una segunda dificultad se pone de manifiesto cuando se considera la evolución histórica, ya en la antigüedad, respecto del hecho del aborto. Es cierto que en el *Antiguo Testamento* y, en el desarrollo del decálogo en el *Libro del Éxodo*, se establece una sanción económica solicitada por el marido de la mujer encinta –más bien parece una indemnización– y fijada por los jueces, para quienes golpeen en una riña a aquélla y le causen el aborto, a diferencia de la ley del talión aplicada para casos de otras lesiones<sup>38</sup>.

aa) Pero un examen superficial del precepto es inadecuado: se refiere a una riña entre hombres en la que golpean a la mujer embarazada; es obvio, por tanto, que o bien es un precepto de responsabilidad objetiva en el *casus* o bien una sanción para un hecho culposo, y en esos casos la indemnización era la consecuencia jurídica adecuada<sup>39</sup>, como lo fue por largo tiempo y en la mayoría de los casos de infracción imprudente en el derecho antiguo<sup>40</sup>.

bb) Por otro lado, se ha señalado con frecuencia que la palabra hebrea empleada para designar a los no nacidos (*yeled*) era la misma que correspondía a los niños pequeños, pues en la lengua hebrea no existía un término que se refiriera exclusivamente al feto.

cc) De las reflexiones anteriores cabe inducir, por tanto, que es posible también interpretar el precepto citado (Ex. 21, 22–25) como un caso excepcional de aborto no intencionado y, por supuesto, no consentido por la mujer, con una significación simbólica: la exigencia de especial atención al

embarazo de la mujer. Sin embargo, ninguna razón se observa para afirmar sin duda alguna que no existía una prohibición del aborto derivada del quinto mandamiento del decálogo.

c) Se ha de señalar una última objeción, que no es sin embargo irrelevante: el argumento de la emancipación parece útil sólo cuando se habla de aborto consentido por la mujer. Pero entonces ¿por qué se sanciona el aborto no consentido y por qué no se aplican los criterios de despenalización del aborto cuando el aborto no consentido por la mujer ha sido cometido por un tercero pese a la oposición de aquélla? Intentaré formularlo con algún ejemplo: se ha comprobado que el feto ha de nacer con el síndrome de Down; la mujer, sin embargo, desea tener al niño, si bien su marido, auxiliado por un médico, provoca con la administración de determinados medicamentos la expulsión del feto en momentos en los que todavía no es viable. Se plantea entonces una alternativa: o se excluye la pena para el marido y para el médico sobre la base de una aplicación analógica de la ley *in bonam partem*<sup>41</sup> o se rechaza. En puridad, debería ser rechazada esta posibilidad, pues sólo en casos de aborto consentido por la mujer cabe hablar de exclusión de la pena; y estos casos son sancionados de forma más grave que la referida a aquéllos en los que no existe consentimiento de la mujer. Un razonamiento analógico tendría que ser rechazado, por tanto, pues la consecuencia sería la exención de una pena más grave que aquélla para la cual está prevista expresamente la exclusión. En otras palabras: la exclusión de la pena afecta sólo a los casos sancionados con una pena inferior, sea cual fuere el motivo de esta diferencia de penas<sup>42</sup>, precisamente porque la mujer presta su consentimiento y se encuentra en una situación de conflicto. Si esto se entiende en términos de emancipación, debería observarse lo siguiente: sólo cuando la mujer embarazada lo desea es posible ampararse en normas –más o menos

amplias— que excluyen la aplicación de la pena, y si la mujer no lo desea el hecho es sancionado en todo caso. Aunque no creo que sea así en realidad<sup>43</sup>, sí pienso que es posible reducir esta argumentación al absurdo: si estas consecuencias responden a la emancipación, es porque en realidad el delito de aborto protege el derecho “a la descendencia” de la mujer; de hecho, sólo el supuesto derecho “a la descendencia” de la mujer tendría protección penal y sería dudoso que el hombre lo tuviera. En esa perspectiva, la norma del derecho romano habría encontrado entonces una réplica perfecta, aunque con una inversión en el sexo del titular del derecho a la descendencia. Esto es, desde mi punto de vista, insostenible: un pretendido “derecho a la descendencia” no puede relacionarse sólo con el embarazo o con el tiempo de embarazo ni reducirse a la madre; si esto fuese así carecería de fundamento la imposición de deberes de alimentos al padre y, por ello, las exigencias de pruebas de paternidad.

3. Finalmente, y como adelanté, he de intentar explicar mi discrepancia con el concepto de libertad como emancipación —aunque creo que es incorrecta siempre— respecto a la cuestión del aborto y especialmente cuando se quieren poner límites. Ya se ha indicado que el vínculo del que debería emanciparse la mujer sería el deber tradicional de llevar a término un embarazo ya iniciado. Considerado así, el embarazo constituye fundamentalmente una carga de la que la mujer podría liberarse: en los sistemas de indicaciones, cuando existe una situación de conflicto; en los sistemas de plazos, respetando determinados límites temporales. Pero si es una carga no justificada: ¿Por qué poner límites a la emancipación? Y lo que es más grave ¿Cómo es posible que la carga sea asumida voluntariamente? La explicación sale al hilo de lo expuesto por Spaemann en torno a la crisis de la modernidad: la emancipación de los vínculos tradicionales es, en realidad,

“emancipación de la naturaleza” mediante su dominio y, por ello, su reducción al status de objeto<sup>44</sup>. En sus primeros momentos, el proceso de desarrollo –no “formación”, sino desarrollo, porque ya “es”<sup>45</sup>– de la vida humana tiene lugar “naturalmente” en el seno materno; pero en una contraposición radical entre hombre y naturaleza –no una antinomia que explique complementariedad, como la aristotélica<sup>46</sup>– la emancipación es, entonces, liberación de la naturaleza, y libertad significa la posibilidad de destrabarse de ese proceso natural. Quien –como es mi caso– no cree en esta contraposición inicial, ha de rechazar ese concepto de emancipación, al que en otro orden regresaré más adelante.

## **5. La separación entre ser humano y persona en el derecho como estrategia**

1. La cuestión entonces se presenta de una forma abierta, aunque se deje de lado, ahora, el problema de lo que se entiende momento inicial de la vida humana: si con el homicidio se protege la vida humana, y si con el aborto también se protege la vida humana ¿por qué no sancionar con penas similares estos dos delitos?<sup>47</sup> Si existe acuerdo en que antes del nacimiento y después del nacimiento existe vida humana –y esto, como se ha dicho, independientemente del momento concreto, anterior al nacimiento, en el que se quiera situar el inicio de esta vida humana– es porque el nacimiento, en la visión moderna, no representa un salto cualitativo esencial para determinar una diferencia de protección. En el fondo, los partidarios de un sistema de indicaciones o los partidarios de un sistema de plazos en la exclusión de la pena para el aborto no hacen sino discutir –especialmente, quienes sostienen un sistema de plazos; pero también cuando se alude a las indicaciones con un tiempo límite en el curso del embarazo de la

mujer— sobre el instante concreto en el que la destrucción de la vida humana resulta insoportable para la sociedad, aun cuando exista conflicto con intereses de la mujer embarazada, sean estos tasados y de necesaria prueba o mera declaración ante el derecho —el sistema de indicaciones, se trate del ordinario o del denominado de “asesoramiento” hoy vigente en el derecho alemán— o no el sistema de plazos. No ignoro que la pregunta, tal como se ha formulado, es provocativa, pero con ella quiero demostrar que el criterio de las leyes anteriores a la admisión de excepciones específicas para la sanción del aborto no era insensible a los problemas especiales que se podían presentar en este tipo de delitos; precisamente uno de los motivos de la menor sanción era una visión piadosa de la mujer que abortaba, pues este hecho se entendía sólo posible —como sucedía con el infanticidio, la muerte del niño recién nacido— en situaciones de conflicto grave. En realidad, y para aludir a una pena similar a la del homicidio en el caso del aborto, basta con referirse a la *Constitutio Criminalis Carolina*, dictada por el Emperador Carlos V para los territorios del Imperio en 1532 y que reproduce el art. 158 de la *Constitutio Criminalis Bambergensis*, redactada en 1507: en su art. 133 CCC señalaba para el aborto la misma pena que el homicidio<sup>48</sup>. Que esta asimilación procedía del derecho canónico, no parece que pueda ser puesto en duda<sup>49</sup>; pero lo que ha de ser examinado es si esta procedencia significa que la protección del derecho a la vida antes del nacimiento es, en realidad, un argumento que descansa en prejuicios de carácter religioso y no en argumentos racionales que puedan ser propios de un estado secular, que —se dice— ha de ser neutral en lo religioso.

2. Precisamente mi pregunta se contrapone esencialmente al planteamiento que, en este sentido y en los últimos tiempos, ha sido defendido entre otros por Norbert Hoerster<sup>50</sup> en Alemania, y que coincide en muchos aspectos



con formulaciones similares en el mundo anglosajón como la de Peter Singer<sup>51</sup>. A una y a otra me he de referir como estrategias de argumentación que, desde mi punto de vista, deben ser rechazadas; ambas esconden lo que Martin Rhonheimer ha denominado un “poder absoluto de los nacidos”<sup>52</sup>, en una crítica extensa con la que estoy sustancialmente de acuerdo. Aunque haré referencia en lo sucesivo a esta crítica, trataré de desarrollar otros argumentos diferentes a los utilizados por Rhonheimer.

Pero, en cualquier forma, tampoco quiero olvidar que es el propio Hoerster quien reconoce que el nacimiento no es una cesura válida para separar el nivel de protección de la vida humana, pese a que lo admite como el criterio de diferenciación adecuado desde una perspectiva práctica. Y, para mostrar que es así, me refiero a tres tipos de argumentos a los que alude el propio Hoerster.

a) En primer término, Hoerster admite que el feto, de la misma forma que el hombre ya nacido, es un ser humano inconfundible; en el óvulo fecundado se encuentran ya todas sus propiedades, sin que puedan señalarse saltos o cesuras –comienzos de “fases nuevas”– en el proceso de desarrollo. De hecho, si fuese una cesura, y como reconoce, podrían diferenciarse otras fases de desarrollo, como la que va desde el nacimiento hasta la edad escolar, y de ésta a la mayoría de edad, que podrían tener consecuencias desde el punto de vista de la protección de la vida<sup>53</sup>.

b) En segundo lugar, y como se ha de ver después, es claro que Hoerster entiende que la protección de la vida por el derecho no está vinculada únicamente al “ser humano”, sino que es preciso ser un “hombre” y, por ello, poseer los derechos que poseen los hombres; así se es persona, y ello viene condicionado por el hecho de “tener interés en la supervivencia”<sup>54</sup>. Pero esta norma ideal –el reconocimiento de

personalidad a quien tiene interés en la supervivencia— se subordina a la “norma práctica” de reconocer en el nacimiento el inicio de la personalidad por “razones de practicabilidad”, que no es otra que negar tal personalidad en personas inconscientes, enfermos mentales o dementes seniles<sup>55</sup>. Sobre este punto volveré también más adelante, pero no sin antes indicar algo que me parece esencial: Hoerster reconoce el nacimiento como una “norma práctica” sin que pueda apuntar ningún elemento diferencial entre persona nacida y no nacida.

c) En tercer lugar, Hoerster —aunque en otro momento, al criticar la línea argumental del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre este tema, a la que califica de “lírica constitucional”— subraya la imposibilidad de que exista un “derecho a la vida de segunda clase”<sup>56</sup>. Tras indicar la imposibilidad de argumentos que diferencien el merecimiento de protección por la edad o el estado de desarrollo del feto, pues ello sería incompatible con el art. 3 —más que con los arts. 1 y 2, sobre la dignidad de la persona y el derecho a la vida— de la Ley Fundamental alemana, que garantiza el principio de igualdad, indica expresamente: “O bien el feto —como “hombre—persona” (*Mensch*) en el pleno sentido de la palabra— cae bajo la protección de la Constitución o bien no cae bajo esta protección”. Lo cierto es que, de forma implícita, reconoce Hoerster —su sinceridad en este punto es digna de alabanza— que no pueden existir diferentes niveles de protección de la vida humana: si esta protección existe —lo que él niega antes del nacimiento— no caben concesiones especiales.

## **6. Los presupuestos de la estrategia; una contradicción histórica**

1. Una primera cuestión salta a la vista cuando se escuchan los argumentos de Hoerster: si se niega el derecho a la

vida al feto es porque no se dan las exigencias que considera necesarias para ser persona en el derecho. La crítica a Hoerster no afecta a la posición de Jakobs, cuando afirma que el actual sistema del “asesoramiento” en la regulación alemana del aborto implica la negación de la personalidad al feto (“Rechtmäßige Abtreibung von Personen?”, en *Juristische Rundschau (JR)*. 2000, pp. 404 y ss.). Jakobs indica cuál es la consecuencia que deriva, en su opinión, de una determinada regulación de derecho positivo; Hoerster formula el presupuesto de esta regulación. Estas exigencias de personalidad, y de protección del derecho a la vida, se formulan, como se ha dicho, en torno al concepto del interés en la supervivencia; y este interés sólo es posible en quien posee la conciencia de su identidad a lo largo del tiempo<sup>57</sup>. El feto, que es una “persona potencial”, carece de derecho a la vida. La consideración de estos argumentos permite formular la tesis sometida a examen de la forma siguiente: no todo ser humano tiene derechos y derecho a la vida, y sólo los tiene cuando es persona; la cualidad de ser persona aparece como un aspecto añadido a la de ser humano (en palabras de Hoerster, como una “propiedad”); y, quienes carecen de esa cualidad de personalidad carecen de los derechos y también del derecho a la vida. El planteamiento inicial muestra, como punto de partida, una determinada estrategia de argumentación que Rhonheimer ya ha definido: la estrategia de diferenciar entre “individuo humano” y “persona humana”<sup>58</sup>. Como tal, esta separación se apoya en el concepto de “persona” en el derecho que, por diversos motivos, se había separado del concepto de individuo de la especie humana. Y, en ese sentido, no intentaré hacer una referencia general al concepto ni a su evolución histórica, sino más bien explicar que, desde mi punto de vista, el concepto de persona en la filosofía del derecho de la Ilustración —que más mal que bien contribuye esencialmente al concepto básico de la teoría

de los derechos fundamentales en el moderno constitucionalismo— tenía una función no sólo diversa, sino discrepante, de la que se le intenta atribuir hoy cuando se discute sobre la base de una estrategia como la indicada.

2. No es dudoso que el fundamento de esta distinción se encuentra en las explicaciones de Rousseau: la transformación del hombre (*homme*) del estado de naturaleza en el ciudadano (*citoyen*) que ha suscrito el contrato social<sup>59</sup> es un marco al que, en el desarrollo de su filosofía del derecho, miran todos los idealistas alemanes. La distinción entre el *homo noumenon* y el *homo fænomenon* de Kant, que se apoya en la separación estanca del deber ser y del ser, permite aparentemente desarrollar una estrategia de este tipo; y su misma calificación del sujeto desde una perspectiva moral, como sujeto capaz de imputación y por ello sujeto libre<sup>60</sup>, parece aportar a primera vista argumentos que restringirían la condición de persona —¡también en la ética!— a quien puede decidir con libertad de voluntad. Pero, según creo, ésta es una apariencia que se contradice con el contenido de las propias argumentaciones: desde mi punto de vista, 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.

3. Quisiera tomar el ejemplo de Hegel<sup>61</sup>, a quien se cita con frecuencia como autor de un concepto de persona formal<sup>62</sup>. Es sabido que Hegel, que divide su filosofía del derecho en tres etapas de carácter dialéctico (derecho abstracto, moralidad y eticidad), formula el concepto de persona en el derecho abstracto: en palabras de Binder, puede afirmarse que “el derecho abstracto tiene como concepto fundamental el de la

persona o, mejor dicho, en el sentido de Hegel, es persona”<sup>63</sup>. Y, aunque expresamente aparece fundada en la idea de propiedad –persona es quien tiene capacidad para tener derecho de propiedad–, es claro que Hegel asienta sobre la libertad el concepto de persona en el derecho. En el mismo párrafo (§ 40), Hegel acude a la oposición entre el libre y el esclavo, propia del *status libertatis* del derecho romano, aunque lo haga en el modo en el que había comenzado a ser asumido por los primeros precedentes de los pandectistas<sup>64</sup>: es decir, la persona libre como sujeto con capacidad jurídica. Como ya he señalado en otro lugar, la cuestión no es propiamente de derecho romano, y sería un error plantearla como tal; en realidad, los propios pandectistas buscan la asimilación de la persona a la capacidad jurídica sobre la base de la teoría del contrato de Althusius, recogida por el derecho natural racionalista y asumida incluso por la legislación, desde muy pronto<sup>65</sup>. En todo caso, ese reconocimiento aludía también al momento de la concepción, como ha señalado Tröndle al citar el § 10.I.1 del Derecho General Prusiano (1794): “De los derechos generales de los hombres son también tributarios los niños no nacidos, ya desde el momento de su concepción”<sup>66</sup>.

4. Pretendo decir con esto que, respecto a la personalidad en derecho privado, Hegel recoge una tradición en el derecho de lengua alemana que ya ha adquirido carta de naturaleza, y que los ejemplos sobre la esclavitud en el derecho romano son trasladados al concepto de persona en derecho privado tal como ya se hacía por los juristas de la época. Y aquí es donde formulo mi tesis: este apoyo en la idea de libertad, que en realidad proporciona igualdad entre sujetos de derecho en el derecho abstracto, demuestra que precisamente el concepto de persona era útil, en el derecho público, no sólo a efectos de explicar la imputación de comportamientos a sujetos jurídicamente capaces –obsérvese que la pena, en Hegel,

se explica en el derecho abstracto— sino también para demostrar la ilicitud de la esclavitud o de la desigualdad ante la ley, como, por otro lado, era lógico en los presupuestos ideológicos de Hegel, como lo había sido antes en Kant. Precisamente por ello puede afirmarse que el “sujeto protegido” por el derecho no tiene que coincidir con la “persona” que tiene capacidad jurídica, y en ese sentido lo he señalado en otro momento respecto a Hegel<sup>67</sup>. Muchos de los discípulos de Hegel así lo entendieron, y como muestra me referiré a algunas citas de Lasson, que fue editor de sus obras tras la muerte del maestro. En su *Sistema de Filosofía del derecho* indica: “Se podría decir que la institución jurídica de la esclavitud se basa en una ficción: la ficción de que un hombre es válido como cosa”; y más adelante, al admitir que el hombre no es necesariamente una persona en sentido jurídico: “un hombre es infinitamente mucho más que la persona del derecho”<sup>68</sup>. El concepto de persona, en el derecho, además de la ya sabida de la capacidad de imputación<sup>69</sup>, tenía como significación: evitar el tratamiento del hombre como una cosa.

5. Y permítaseme, para finalizar este argumento, hacer una referencia que, aunque no afecta al tema concreto de la argumentación ahora indicada, sí se refiere al marco general en el que se discute, y que tomo de nuevo de Lasson: “Debe parecer de un primitivismo bárbaro que alguna vez, e incluso en pueblos de elevado nivel cultural, se autorizase el aborto, la exposición de niños o el homicidio de personas de edad avanzada que no se consideran ya útiles”<sup>70</sup>. Con ello queda también confirmada, en mi opinión, la tesis propuesta: la utilización de un concepto formal de persona en el derecho no sirvió, en su origen, como estrategia de separación entre ser humano y persona empleando este último como concepto restrictivo, salvo en lo relativo a la responsabilidad personal y a la imputación.

## 7. ¿Asepsia de la estrategia de separación en la discusión sobre el aborto?

1. La estrategia señalada no es, pese a lo que en ocasiones se intenta aparentar, aséptica en un orden ontológico y antropológico. O, dicho de otro modo: las acusaciones a quienes sostienen una posición contraria, al indicar que la identificación entre individuo de la especie humana y persona –también en la identidad de derechos– están contaminados por presupuestos ontológicos y antropológicos muy determinados –se dice que “religiosos”– no pueden evitar el análisis de sus propios presupuestos, que también existen. Por el contrario, hay un claro –y, en cierto modo, explícito– apoyo ontológico de las tesis de Hoerster en los presupuestos ontológicos de Hume y de las de Singer –creo que también de las de Hoerster– en los presupuestos antropológicos de Locke.

2. En el primer aspecto, de nuevo Rhonheimer, en su crítica de la posición de Hoerster, ha mostrado la equivocidad a la que conduce éste cuando asume la posición de Hume en el sentido de que todo ente es la suma de sus propiedades como basada en “una fundamentación no refutada hasta la fecha”, y que aplica para afirmar que en el hombre no hay ninguna sustancia que trascienda las propiedades contingentes de los individuos y que sea independiente de esas propiedades<sup>71</sup>. En la base hay, como señala Pöltner, una falacia lingüística: no todo predicado gramatical es una expresión que puede predicarse del sujeto<sup>72</sup>. El ejemplo clásico lo muestra de forma evidente: cuando afirmo que “X es Juan” no significa que X tiene la propiedad de ser Juan, sino que “es” Juan. Y este mismo concepto ha de aplicarse a la persona: la afirmación de que “X, que pertenece a la especie humana, es persona” no implica necesariamente que el “ser persona” sea una propiedad de X, y no es necesario que, cuando afirmo esto, niegue la cualidad de

persona a otros sujetos que, como X, pertenecen a la especie humana. En otras palabras: el presupuesto ontológico que constituye el punto de partida de Hoerster no es, ni mucho menos, indiscutible. No tiene por qué ser incorrecta la afirmación de que “todo individuo de la especie humana es persona”, porque es posible mantener que las propiedades del hombre se manifiestan como tales en la medida en que es ya hombre.

3. En cuanto a la segunda cuestión, ha sido Hruschka quien ha señalado la discrepancia de funciones que existe entre el concepto de “persona” de Locke y el del utilitarismo de Peter Singer<sup>73</sup>. En el contenido, la coincidencia es clara: Singer cita el concepto de persona de Locke con el respaldo de “impeccable philosophical precedents”<sup>74</sup> cuando afirma que persona es “un ser auto-consciente o racional”, que se apoya en el concepto de identidad personal fundado en la conciencia (*consciousness makes personal identity*) y en la razón<sup>75</sup>. Pero esta idea no es exclusiva de Singer: Hoerster apoya la propiedad de ser persona, como se ha dicho ya, en el interés en la supervivencia, que sólo puede afirmarse en sujetos que tienen “conciencia de su identidad a lo largo del tiempo”<sup>76</sup> y, por tanto, en presupuestos que parecen similares a los de Locke. La disfunción, sin embargo, surge al contemplar cuál es la función asignada al concepto de “persona”: Locke utilizaba este concepto de persona –de identidad personal– como un término forense (*a forensic term*) en la imputación de comportamientos; Singer, y también Hoerster, utilizan el concepto para afirmar en algunos seres (en quienes son “personas”) un valor del derecho a la vida que se niega en otros seres, aunque sean de la especie humana (porque no lo son)<sup>77</sup>. El argumento de Hruschka muestra que, como se ha indicado ya respecto al concepto de persona de Hegel, en la utilización del concepto de identidad personal fundado en la



autoconciencia no se intentaba delimitar el sujeto objeto de protección, sino el concepto de sujeto imputable respecto a hechos disvaliosos.

## **8. Lo normativo y lo descriptivo de la estrategia de la separación**

1. Resta por considerar una segunda consecuencia de la estrategia que también aparece en el planteamiento de Hoerster: al referir que el feto es una “persona potencial” se indica una separación entre “personas potenciales” y “personas en acto” como límite de la protección de la vida sobre la base del concepto de “personalidad”. De nuevo he de señalar que comparto la crítica de Rhonheimer respecto a la utilización de la categoría “persona potencial”, y que se asimila en algo a la tesis mantenida por algunos penalistas en relación con el aborto al afirmar que es un delito que protege a la “persona en formación” (la misma expresión indica que lo que se forma es ya “persona”). Pero quisiera añadir algo que me parece decisivo desde la perspectiva de la argumentación: en términos jurídicos, esta diferenciación es en cierto modo ambigua.

2. En realidad, Hoerster indica que el feto es una “persona potencial” porque sólo potencialmente puede “tener interés en la supervivencia” y, por ello, ser un “hombre-persona”; como no lo tiene de forma actual, no puede serle reconocido el derecho a la vida. De ahí que la sanción del homicidio de niños pequeños (esto es, el reconocimiento de personalidad desde el nacimiento) respondería a “razones de practicabilidad”, como ya se ha dicho, pues de este modo se evita que se quite la vida a quien tiene interés en sobrevivir aunque todavía se ignora. Curiosamente se trata de la aplicación del argumento *tutior* o del “beneficio de la duda”<sup>78</sup>; esto es: en la duda, y con el objeto de evitar decisiones erróneas que ya no

podrían ser rectificadas, es preferible proteger la vida del “ser humano”, aunque no se sepa si es persona. Y precisamente sobre esta base iniciaré el examen de la posición de Hoerster para explicar por qué me parece ambigua.

3. Inicialmente, y ante una primera visión de su criterio, podría pensarse que Hoerster pretende obtener un concepto “normativo” del hombre que requiere, como elemento añadido, que sea persona, lo que, en sentido estricto, debería significar oposición a lo descriptivo y, por ello, la referencia a algo que no es un objeto descrito por los sentidos<sup>79</sup>; y esta pretensión sería, en principio, llamativa, en la medida que, por lo general, el concepto de “hombre” suele considerarse como claramente descriptivo, aunque se admita que, en la significación que la palabra “hombre” tiene en el derecho exista una significación previa, sea la del concepto biológico, teológico o físico<sup>80</sup>. Lo que pretende Hoerster, al formular su concepto de persona —como en cierto modo lo hace Singer— es mantener que existe una propiedad que convierte al individuo de la especie humana en persona y afirmar que, cuando esta propiedad se presenta, el individuo debe ser reconocido como titular del derecho a la vida. De hecho, el elemento que define a la persona —el “interés en la supervivencia”— es, verdaderamente un elemento normativo; posiblemente nada hay más normativo —porque no hay nada más valorativo— que los intereses. La cuestión es que ese elemento, para que implique un salto cualitativo relevante en el “individuo de la especie humana”, requiere la referencia a un dato puramente descriptivo: la “conciencia de su (de la del individuo en particular) identidad a lo largo del tiempo”. Este último es un dato que sería apto para ser comprobado en el objeto, y que no depende de una valoración de quien decide. Precisamente por ello acude Hoerster al argumento *tutior* al que antes he hecho referencia; porque existe la posibilidad de error en la percepción —no en

la valoración— y por ello en la decisión sobre la concurrencia de un elemento descriptivo.

4. No ignoro que, incluso en una perspectiva dualista que no comparto, la relación entre lo sensorial y lo valorativo, entre conceptos descriptivos y normativos, es evidente; pero cuando se afirma que un determinado elemento es valorativo, el criterio de decisión sobre su contenido no puede depender del alcance de la percepción de los sentidos. Un ejemplo muy habitual entre los penalistas: el concepto de documento es siempre normativo; la decisión de si una fotocopia es o no un documento a efectos penales no puede depender de si la copia es más o menos parecida —esto puede percibirse con los sentidos— al documento original; o la fotocopia es un documento o no lo es, porque las valoraciones —jurídicas— me permiten afirmar o negar que lo es. El argumento *tutior* no puede aparecer aquí en ningún momento: sólo en el proceso, si el concepto (normativo) niega el carácter de documento a la fotocopia, si el parecido fuese tan grande que tampoco los peritos, como expertos, han podido afirmar con seguridad que el documento es original, a través del principio *in dubio pro reo* se niega el carácter de documento.

5. Obsérvese, sin embargo, que lo que sucede en el caso de los niños pequeños en Hoerster es precisamente lo contrario: en un orden inspirado por sus criterios, si A apuñala a un niño de un mes debe afirmarse que existe homicidio aunque existen dudas de que ese niño tenga ya “conciencia de su identidad a lo largo del tiempo”; esto, en realidad, perjudica a A, que es el reo, lo que parece conducir a que un precepto que sancionase el homicidio antes de que se haya comprobado que los niños tienen “conciencia de su identidad a lo largo del tiempo” sería contrario, con carácter general, al principio *in dubio pro reo*, porque sanciona como homicidio (muerte de una persona) la muerte de un ser de quien no se sabe con

seguridad que es persona. Como en absoluto creo que Hoerster tenga esa intención, sólo quedan dos posibilidades: o bien el argumento de Hoerster es puramente normativo y, por ello, valorativo; o bien es puramente descriptivo. Pero no puede ser ninguna de las dos cosas.

aa) Si fuese puramente normativo, se debería afirmar simplemente que el individuo de la especie humana, después del nacimiento, tiene “interés en la supervivencia”; pero no existe ningún criterio –esto es reconocido por el propio Hoerster– diferente al de la autoconciencia y éste plantea las dificultades expuestas, de tal modo que la decisión valorativa queda sin respaldo real y la distinción entre “personas potenciales” y “personas en acto” no tendría ninguna eficacia.

bb) Si fuese puramente descriptivo, debería considerarse que la afirmación de la propiedad de persona depende de la comprobación de que existe “conciencia de la propia identidad a lo largo del tiempo”. Pero entonces debería justificarse por qué, sin una decisión valorativa previa, la cualidad de ser “hombre–persona” depende de esta condición y no de otras.

6. En resumen: una de las dificultades de la posición de Hoerster es la determinación cualitativa de las propiedades que asigna al ser humano. Aunque parece claro que pretende atribuir a la “conciencia de la propia identidad a lo largo del tiempo” una base real, lo cierto es que sus conclusiones normativas –¿desde dónde se protege el ser autoconsciente?– no se ajustan a la comprobación de esa base. En realidad, la base real no es ilógica; se puede pensar en el rendimiento que ofrece la “conciencia de la propia identidad a lo largo del tiempo” si se discute sobre la utilidad de la pena a un individuo que ha perdido su memoria o sobre instituciones penales como la agravación en casos de reincidencia o la prescripción del delito. Lo que sucede es que no es la base real que permite

responder correctamente a la pregunta sobre el momento de inicio de protección de la vida.

### **9. Una vieja estrategia renovada en la discusión sobre el aborto: los cursos naturales como problema jurídico**

1. A mi juicio, existe otro tipo de estrategia en la discusión que no puede ser obviado: la referencia a la inutilidad del derecho para resolver cursos naturales que conducen a un fin negativo frente al consentimiento de la víctima; en el debate sobre esos casos, frecuentemente se deja de lado la cuestión de si el derecho tiene capacidad para resolver ese tipo de problemas. Un caso relativamente reciente, denominado el caso de la embarazada de Erlangen, ha sido objeto de un intenso debate entre los juristas alemanes. En octubre de 1992, a los quince meses de gestación, ingresa con una lesión grave en la Clínica Universitaria de Erlangen, y en poco tiempo, le sobreviene la muerte cerebral. Los médicos planificaron la posibilidad de mantener las funciones corporales de la mujer aproximadamente unos cuatro meses, transcurridos los cuales (aproximadamente a las treinta y dos semanas de embarazo) se practicaría una cesárea. No obstante, a mediados de noviembre se produjo un aborto espontáneo. El caso es fuente de una discusión relevante en la moral y en el derecho, y es correcto que así sea; y, en ese sentido, examinaré unas reflexiones— a mi juicio, de interés— de Hilgendorf, sobre los “argumentos aparentes” en la discusión sobre el aborto<sup>81</sup>.

2. He de reconocer que, al abordar el tema, Hilgendorf adopta algunos puntos de partida que comparto. Un ejemplo, que es de especial relevancia cuando se está planteando la cuestión desde el punto de vista de la argumentación: los argumentos *ad personam* deben quedar desautorizados. Esto significa que “la cualificación de un argumento es independiente de

la persona que lo utiliza”, aunque evidentemente se trate de aspectos cuya afectación emocional es indudable. Desde luego, no es frecuente la utilización directa de ese tipo de argumentos, que, como señala Hilgendorf, pueden ser presentados en variantes, como la de teorías pseudopsicológicas que intentan desacreditar al adversario en la discusión. Y, respecto al caso de la embarazada de Erlangen cita claramente el escrito por Monika Frommel: quien se compromete a favor del no nacido, sólo trata de compensar su “envidia uterina”<sup>82</sup>. Con las palabras de Hilgendorf: “el argumento se desacredita por sí mismo”.

3. Algunas otras cuestiones tratadas en este aspecto son, a mi juicio de interés, y voy a referirme a ellas, aun brevemente. En primer término, es cierto que en debates como el indicado el apoyo en el concepto de “persona” o de “dignidad de la persona” puede llegar a ser desproporcionado si se mide respecto a las prestaciones que ese concepto puede generar. La razón que señala Hilgendorf parece no ser equivocada: en el debate sobre el embarazo posterior a la muerte o sobre el aborto no se puede lograr una solución comprensible desde el punto de vista intersubjetivo<sup>83</sup>. O lo que es lo mismo: no todo el mundo entiende lo mismo cuando se hace referencia a la dignidad de la persona. Para llegar a esta conclusión, Hilgendorf aprecia, sobre todo, la incapacidad de los dos conceptos históricos de dignidad de la persona —el cristiano y el liberal propio de la Ilustración— para resolver el problema: en todo caso, no es la raíz de ambos el aspecto que los diferencia, sino el desarrollo de cada uno lo que explica su contraposición. No seré yo quien intente resolver la cuestión en pocas líneas, porque —creo que consta en lo que ya se ha dicho— soy el primero en reconocer las dificultades que contiene el concepto de persona y de dignidad de la persona. Me limitaré, no obstante, a indicar un camino a mi juicio abierto

y, desde luego, poco transitado: ¿por qué no recuperar el significado del individuo de la especie humana como base fáctico-normativa de la dignidad del hombre y de su personalidad? Por supuesto que ello no implica el reconocimiento de todo derecho, como no se reconocen algunos derechos a la *persona* incapacitada; sino el presupuesto de la pertenencia a la especie como referencia necesaria de la discusión, sin que ello implique condicionar los resultados de la misma. Esto significa lo siguiente: si mi adversario en la discusión acepta que la pertenencia a la especie humana es una base para el reconocimiento de personalidad y de su dignidad como presupuesto de validez intersubjetiva, en el curso de la misma yo no podré utilizar como argumento –aunque es mi conclusión– que “la mera pertenencia a la especie humana implica dignidad de persona”. Aun así, a mi juicio, esa discusión permitirá, cuando menos, una cierta concreción de un concepto altamente indeterminado.

4. No comparto las críticas a lo que se denomina “argumento del ser” o de “esencia”, aunque sí el planteamiento de quienes lo critican. En concreto, en el caso de la embarazada de Erlangen, el argumento se utilizaba del siguiente modo: “un embarazo requiere en esencia una madre y un hijo vivos” y que ambos existían en el caso; por tanto, existía la obligación –también en el caso de los médicos– de llevar el embarazo a término. El argumento es criticado por Hilgendorf del siguiente modo: en su significado más profundo, embarazo exige una madre viva y un hijo vivo, y esto no se da en sentido estricto en el caso de la embarazada de Erlangen. Por tanto, es preciso reconocer con claridad este tipo de argumentos e indagar, sobre todo, que es lo que se quiere decir por parte de quien lo utiliza<sup>84</sup>.

Este presupuesto es correcto. Pero si es preciso cuestionarse el fondo del argumento, debe exponerse por qué no

puede hablarse, en sentido estricto, de un embarazo en estos casos de muerte cerebral. Como se ha de ver de inmediato, no es claro que la muerte cerebral sea una muerte "genuina" y es posible pensar que es un criterio diferencial que sólo en un modo analógico permite hablar de embarazo *post mortem*. Esta es una cuestión que ha de ser expuesta más adelante, pero que debe ser ahora señalada, porque tiene una trascendencia evidente: la argumentación no debe prescindir de ese hecho y debe proseguir sin detenerse sin más ante la afirmación de la muerte cerebral, aunque este hecho también haya de ser ponderado. Pero, en todo caso, me interesa aquí dejar clara una cuestión: la negación sin más del embarazo en el caso de muerte cerebral lleva a la consecuencia de que es un caso más de biotecnología, como la fecundación *in vitro* u otro tipo de investigación genética. Y ello es consecuencia de entender que la mujer está simplemente muerta: a ello apuntan las consideraciones que, desde la ética, refieren la desconfianza hacia la intervención médica en estos casos. Me remito, no obstante, a lo que ha de decirse posteriormente respecto a la muerte cerebral.

5. La discusión puede encontrar otro tipo de argumentos más comunes y que ya han sido o han de ser examinados respecto a otras cuestiones. Ahora, sin embargo, quisiera apuntar mi posición respecto a la cuestión jurídica planteada en el caso de la embarazada de Erlangen: Si los médicos hubieran desconectado el respirador artificial ¿Serían responsables de un aborto en comisión por omisión (art. 144 en relación con art. 11 CP)? Una respuesta positiva es, a mi juicio, dudosa: difícilmente puede atribuirse una posición de garante al médico cuando el proceso natural está ya dirigido a la muerte y no existen medios ordinarios de salvación. Esta es la diferencia con un caso de muerte de embarazada en un momento de la gestación en que existen mínimas esperanzas de viabilidad del



feto: en esos casos el médico es garante de la vida, porque el proceso natural no implica que el bien esté en sí ya organizado para su propia muerte. No es, por otro lado, una solución éticamente aceptable, desde mi punto de vista: aunque el médico no es garante del resultado, está vinculado por razones de solidaridad a que el feto alcance condiciones de viabilidad, salvo –claro está– que lo haya asumido expresamente (Por ejemplo: el reconocimiento por el médico del “testamento vital” de la mujer, incorporado a su historial médico, en el que se prevé esta circunstancia). La traducción jurídica de esta infracción podría ser, probablemente, la de una infracción de deberes de solidaridad, que de forma específica sanciona el art. 196 CP en relación con el personal sanitario; no creo que el concepto de persona pueda ser negado al feto en este sentido.

6. Pero, en todo caso, y aun cuando no existiese una sanción penal para la desconexión por parte de los médicos, es preciso llamar la atención sobre una estrategia, a mi juicio equivocada, y que es el origen de las deficiencias señaladas en la argumentación. La estrategia consiste en la atribución de validez general a los conceptos en casos en los que el derecho se encuentra ante procesos naturales irremediables. Del mismo modo que el derecho penal no puede reaccionar ante un desastre natural, pues ello no es imputable a las personas, resulta inadecuado poner en duda la protección de la vida ante procesos naturales que conducen de forma irremediable a la muerte, entendido lo irremediable como razonable. Ello no sólo sucede en casos como el mencionado, sino que se reproduce, a mi juicio de forma discutible, en el ámbito de la viabilidad: no se somete a debate la legitimidad –es, con carácter general, autorizado en las legislaciones occidentales– de todo tipo de experimentación con embriones *in vitro* inviables; no se discute sobre la adecuación –se entiende como un riesgo

proporcionado— de la muerte de embriones que no se desarrollan en el útero materno; y se trata como un mal menor la experimentación con embriones *in vitro* que no han sido implantados en el útero materno.

## **10. Identidad de criterios para la vida y la muerte ¿Una exigencia lógica y científica?**

1. En el marco de la discusión sobre la investigación genética se ha presentado una solución respecto al inicio de la vida humana que, a primera vista, llama la atención por una aparente coherencia formal: entre los penalistas y filósofos del derecho, Joerden ha expuesto —no sin citar otros autores que, desde el punto de vista de la ética, se habían manifestado en ese sentido— que el inicio de la protección de la vida humana ha de tener lugar en el momento en que empieza la “actividad cerebral del ser humano en formación”<sup>85</sup>. Como explica, ello conduciría a la conclusión de que la protección de la vida ha de comenzar aproximadamente dos meses después de la concepción. La solución se presenta en dos niveles de argumentación, que se desarrollan desde un punto de vista lógico–normativo: por una parte, se afirma que si el criterio adecuado para poner fin a la protección jurídica de la vida humana es la muerte cerebral, sería correcto que el mismo criterio sirviera para afirmar el inicio de esa protección; por otro, se indica que ello supone un criterio adecuado para la protección de la vida que deja de lado cuál sea el tipo de células a partir de las que el organismo humano se ha desarrollado. Precisamente por ello, el criterio aparece en el marco de la discusión sobre la investigación genética, pues ello explicaría sin duda la experimentación con embriones siempre que tuviese lugar antes de estos dos meses indicados. Los argumentos que presenta Joerden, sin embargo, son a mi juicio incorrectos: en

ambos argumentos se articula la solución cuando antes se ha asimilado una categoría discutida a una categoría diferente (“la muerte cerebral como muerte” o “el cerebro autoconsciente como ser humano”) sin considerar las especialidades que presenta.

2. El primer argumento de los citados se articula de la forma siguiente: si el criterio que indica que la muerte cerebral es muerte resulta adecuado, sería correcto afirmar que el origen del cerebro (el inicio de la vida cerebral) es comienzo de la vida. La cuestión, sin embargo, sólo puede ser resuelta mediante una pregunta: ¿por qué se estima que ha muerto aquél en quien se dan las muestras de la muerte cerebral? La respuesta –aunque no es aportada por Joerden en forma expresa, está implícita en su formulación– sólo puede entonces explicarse en dos niveles, que ha expuesto y defendido Merkel, también en relación con la investigación genética; intentaré rebatirlas de forma inmediata a la exposición de las afirmaciones correspondientes a cada uno de los niveles.

a) En el primer nivel, se indica que el criterio de la actividad cerebral depende de la “capacidad subjetiva de experimentar la lesión”, lo que constituye la condición mínima de la subjetividad: “un ser que no puede experimentar absolutamente nada, aunque pueda ser biológicamente vivo, no es subjetivamente capaz de ser lesionado”<sup>86</sup>. Lo cierto es que la nota de “capacidad”, tal como aquí se concibe, podría respaldar aparentemente la justificación de quienes la defienden frente a algunos ataques, cuando se indica que tampoco tiene esta capacidad la persona inconsciente o dormida. Así lo hace Merkel, al responder a Spaemann sobre este mismo argumento<sup>87</sup>: se trata de una comprensión incorrecta de la capacidad subjetiva, que no implica “actualidad”, sino “disposición”. Pero la crítica es suficientemente seria como para ser despachada sencillamente con una referencia a la potencialidad; frente a

ella, cuando es expuesta por Hoerster, y pese a señalar que es correcta esa comprensión, Rhonheimer ha indicado que parece entonces necesaria una manifestación de la capacidad<sup>88</sup>. Desde mi punto de vista, debe aceptarse la posición de Rhonheimer, aunque al argumento que aporta –¿cómo puede saberse entonces que un cuerpo es una persona?<sup>89</sup>– debe añadirse otro que a mi juicio afecta a la determinación conceptual de la capacidad como disposición. Si se diferencia entre el feto y la persona dormida, y se afirma que en uno existe autoconciencia y en otro no, se observa que, en realidad, ambos, en condiciones normales (el feto puede no desarrollarse por cualquier motivo; pero también la persona dormida podría fallecer durante el sueño y, de hecho, ambos podrían perecer a manos de un tercero), dispondrán de esa capacidad subjetiva en el futuro. Lo que diferencia uno y otro es, precisamente, que la persona dormida, en el pasado, ya ha manifestado anteriormente y de algún modo la “capacidad subjetiva de experimentar la lesión”. Ciertamente, con disposición de ejercitar la capacidad se quiere decir que “antes se ha manifestado la capacidad subjetiva de experimentar la lesión”; esto, ciertamente, no ha sucedido nunca con ningún feto. Pero tampoco con otros sujetos a los que no se niega el status de personas, y que son incapaces de comunicar esa capacidad subjetiva en sentido estricto; aunque –en palabras de Spaemann– manifiestamente no son capaces de dar ninguna señal exterior de vida, no son de ninguna manera otro tipo de seres; sólo podemos describirlos como defectuosos, enfermos<sup>90</sup>.

b) En un segundo nivel se señala que quien ha sufrido la muerte cerebral, por antonomasia, no puede experimentar absolutamente nada ni podrá experimentarlo nunca<sup>91</sup>. Como se ha mostrado antes, los partidarios de este criterio se ven obligados a afirmar que el hecho de que pueda o no experimentar nada en el momento actual carece de relevancia

alguna; lo que verdaderamente importa es que tenga capacidad subjetiva de experimentar la lesión, entendida ésta como disposición y, de la misma forma que la decisión se vinculaba al pasado, ahora la decisión se difiere al futuro. En efecto, entonces era una decisión positiva: quien ha manifestado su capacidad antes merece la protección de la vida humana como persona, aunque no se pueda evidenciar actualmente; pero ahora la decisión es negativa: quien nunca más volverá a tenerla ya no merece la protección como persona.

aa) Este dato es de especial interés, porque significa que lo relevante para considerar al muerto cerebral como “muerto” –por ello: para negarle la protección jurídica que merece la vida humana con legitimidad moral– no es que ahora carezca de la capacidad, lo que también sucedería si estuviese simplemente inconsciente. Lo importante es, ciertamente, que la “muerte cerebral” es una valoración científica respecto de la cual, hoy por hoy, se puede afirmar que el muerto cerebral ha sobrepasado de manera única y objetiva el “punto de no retorno”<sup>92</sup>.

bb) Y aquí creo que se encuentra la dificultad de orden metodológico en el argumento de Joerden, que se repite luego en el segundo argumento: no se asume que, en realidad, “muerte cerebral” no es en un sentido ontológico muerte, sino lo que Hans Thomas califica un estado especial como “exigencia epistemológica de delimitación”, necesaria en la medida en que los conceptos “vida” o “muerte” no permiten resolver justamente el caso en cuestión<sup>93</sup>. Por ejemplo, el muerto cerebral cuya respiración se mantiene artificialmente continúa el metabolismo y la homeostasis; hay procesos de desgaste de energía y de aprovechamiento de la alimentación; e incluso, como se ha visto en el caso de la embarazada de Erlangen, puede continuarse un embarazo.

cc) La muerte cerebral no es exactamente muerte, aunque tampoco es una mera convención por utilidad que, en ese

momento, cese la protección de la vida humana; lo que explica que la “muerte cerebral” sea ese momento es la llegada a un punto de no retorno. Históricamente, ello explica por qué la ausencia de actividad cardíaca o de respiración espontánea han sido criterios descartados en el tiempo, en la medida que se ha comprobado la posibilidad de retorno.

dd) Precisamente desde ese punto de vista puede ser descartado también el argumento de coherencia entre el punto inicial y final de la vida. El criterio de “muerte cerebral” no es en sentido estricto una forma de muerte y, por tanto, el paradigma de fin de la vida; de ahí que tampoco, a la inversa, el inicio de la “vida cerebral” pueda suponer criterio paradigmático de comienzo de la vida. Por el contrario, una decisión en ese sentido sólo puede inducir a confusión, pues el criterio de muerte cerebral responde a la idea de muerte como descomposición del cuerpo del hombre, a la desintegración de sus órganos como unidad totalmente coordinada<sup>94</sup>. Por el contrario, el origen de la vida humana es siempre un origen coordinado desde el momento de la fecundación del óvulo, aunque los órganos todavía no hayan comenzado a desarrollarse.

3. El segundo argumento es desarrollado por Joerden de una forma distinta, y trata de resolverlo mediante un caso que él mismo califica como ciencia ficción y que expresamente relaciona con las referencias de Singer a la hipotética protección de la vida de un ser inteligente, procedente de Marte, y con una composición celular distinta a la humana. El caso es el siguiente: la formación de un cerebro humano, con inteligencia, derivado del cultivo de células troncales adultas pluripotentes (esto es, que admiten una diferenciación limitada y no permiten, por tanto, el desarrollo de un organismo vivo). Este cerebro, desde el punto de vista de Joerden, debería estar protegido jurídicamente como vida humana, como para Singer debería estarlo el marciano. La explicación sólo puede surgir

como sigue: la inteligencia del cerebro es lo que, respecto al homicidio, define ese cerebro como vida humana. Luego si el cerebro –sin ninguna otra característica de ser humano– es vida humana, ésta, en su inicio, debe ser caracterizada por la presencia del cerebro en ella. Esta posición conduce a Joerden a explicar lo que considera error de las posiciones que protegen la vida humana desde la concepción –en particular, a lo que denomina “posición de la Iglesia Católica”– en el ámbito de la investigación genética, porque éstas se caracterizan por defender la vida desde la célula totipotente a partir de la que se desarrolla la totalidad del organismo, y en este cerebro, obtenido a partir del cultivo de células pluripotentes, tal célula nunca existió.

De nuevo Joerden acude a un *tertium genus* al que aplica el status jurídico de vida humana sin plantearse ninguna cuestión previa, cuando en principio existe un aspecto que ha de ser resuelto antes: no se ha explicado por qué el cerebro –como el marciano, aunque en este caso la cuestión de la “humanidad” es más complicada de resolver– es digno de protección en tanto pueda considerarse vida humana. De hecho, si no se aporta una razón distinta a la de la inteligencia del cerebro, el argumento se convierte inmediatamente en una *petitio principii*: debe protegerse como vida humana cualquier ser que contenga actividad cerebral ya que el desarrollo de la actividad cerebral es el elemento que caracterizan la dignidad de protección de la vida humana (o, si se quiere, de la persona, pues no es el momento de discutir sobre el contenido de estos términos); y, dado que la actividad cerebral caracteriza la vida humana digna de protección, cualquier ser que tenga estos caracteres merece ser protegido como vida humana (o de la persona). Esa forma circular del argumento no es casual: responde, según creo, al problema señalado en un principio, y que no es otro que la asimilación sin más del cerebro a la vida

humana digna de protección; precisamente por ello, quien la utiliza no la ve como circular, sino sencillamente como una subsunción del caso (el cerebro) en el concepto (vida humana digna de protección).

Pero el cerebro, tal como se formula el ejemplo, no es una vida humana, como no lo es un computador ni, por ello, digno de esa protección. La distinción entre un cerebro humano y un cerebro artificial ha de ser la autoconciencia, y no cualquier autoconciencia: se habla aquí de autoconciencia cuando es espontánea o, lo que es lo mismo, no dependiente de una programación o de una inducción previa por parte de otro individuo de la especie humana. Esta es la característica esencial sobre la que puede construirse la identidad personal, que el mismo Joerden reconoce cuando se refiere a esa posibilidad impactante frente a la también hipotética inducción de autoconciencia por parte de investigadores en inteligencia artificial<sup>95</sup> o cuando, en el ejemplo del trasplante del cerebro, indica que es el individuo cuyo cerebro se ha trasplantado quien continúa viviendo<sup>96</sup>. Frente a lo que podría pensarse, estas opciones representan una objeción a su conclusión: el cerebro, por el mero hecho de existir, no define la vida humana, porque es un cerebro dotado de autoconciencia espontánea y duradera, que le permite identificarse como hombre, lo que hace que sea vida humana y digna de protección como tal. Pero ello es la característica especial de la categoría especial. Como sucede en el caso de la muerte cerebral, el caso que se define en la hipótesis no es un caso claro de hombre o de no-hombre (como sería, por ejemplo, un perro) y es preciso resolver la cuestión, en términos empleados por Thomas y ya citados, a través de un estado especial epistemológico (en este caso, a diferencia de la muerte cerebral, no se trata de un estado especial, sino de una hipótesis especial) que requiere criterios específicos de solución, como el expuesto: si es posible



formar un cerebro a través del cultivo de células troncales, éste sólo puede merecer la protección de la vida humana si se demuestra que posee autoconciencia no inducida o programada. Y, aún así, permanecen las dudas sobre su “ser hombre”; la solución lo es a un estado especial.

### **11. La estrategia de la ponderación en cuestiones de investigación genética: el embrión como objeto de investigación**

1. Pese a lo indicado antes, en la investigación genética, como sucede en la discusión sobre el aborto, la discusión queda fundamentalmente centrada en la ponderación de intereses. Pese a que —como se ha indicado ya— no hay duda de que, en la perspectiva de las ciencias naturales, existe vida desde el momento en que la fecundación del óvulo por un espermatozoide, no todos los argumentos circulan en el sentido de la relativización del concepto de persona o de ser humano. En otras palabras: cuando —como en las últimas fechas— se discute sobre la denominada clonación terapéutica y su autorización, se aducen razones sobre la preeminencia en la investigación: se condiciona la autorización de la clonación en las leyes españolas reconociendo que es un tema debatido y que existen otras vías que podrían preceder a la clonación, lo que supone implícitamente el reconocimiento de riesgos o de perjuicios<sup>97</sup>. Por otro lado, una de estas vías previas es la investigación con embriones (también la obtención de células troncales adultas, que no genera discusión), cuyo planteamiento implica, también, la evaluación de intereses contrapuestos<sup>98</sup>. La ponderación está latente en cualquier regulación que autoriza la experimentación con embriones humanos, aunque sólo sea para delimitar los límites jurídicos de la conducta. Un ejemplo: cuando el art. 159 CP sanciona a quienes

manipulen el genotipo de un embrión “con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves” está fijando límites al comportamiento del científico, que sólo está autorizado para alterar el genotipo en este caso específico, que deriva claramente de una ponderación de intereses: aunque el genotipo original es un elemento fundamental en la identidad del individuo, existe una alteración en casos en los que se consigue con ello la eliminación de una tara un enfermedad grave. ¿Y por qué el límite en la enfermedad “grave”? ¿Por qué no alterar cualquier enfermedad o tara? Al fin y al cabo, cualquier enfermedad o tara es considerada como un “mal”, y se trataría simplemente de evitar ese “mal”. Pero el sentido de la ley muestra, en el fondo, que existe una ponderación: la alteración del genotipo, en tanto supone una modificación de la identidad genética original del individuo, es también contemplado como un perjuicio. De hecho, sólo puede afirmarse con convicción –así se piensa en la redacción de estas leyes– que el propio individuo se prestaría a la alteración cuando la enfermedad o la tara que se evitan son graves. En cualquier modo, ni siquiera en este caso se trata de un asunto pacífico en la discusión de la ética; como Spaemann se pregunta: “¿podría considerarse malo sustituir la casualidad por una planificación racional, como afirma el argumento en favor de la manipulación genética? ¿Cómo podríamos deplorar la posibilidad de optimizar la herencia humana según un plan debidamente organizado?”<sup>99</sup>.

2. Mi interés por la ponderación en la materia de la investigación genética, sin embargo, trasciende el jurídico–dogmático<sup>100</sup>: precisamente en un análisis dogmático de los preceptos debería llegarse a la conclusión, a mi juicio, de que todas las referencias de los tipos penales a excepciones de sanción responde al criterio de ponderación de intereses y, por tanto, a un principio justificante<sup>101</sup>. Pero, desde mi punto de vista, no

es esto lo más importante. Lo relevante es que, en esa discusión que responde a la ponderación de intereses, se encuentra —a veces oculto— un juicio previo que no se somete a discusión. Una explicación sobre la base de la reciente autorización británica de la clonación denominada terapéutica: se indica que la clonación es de interés porque, con ella, pueden evitarse enfermedades graves. Esto, por sí mismo, ya esconde una media verdad, pues es sabido que la autorización está referida a investigaciones que han de desarrollarse en el futuro, y nada hay resuelto sobre los posibles efectos beneficiosos de la investigación con células troncales embrionarias procedentes de un blastocisto clonado, que será destruido una vez que aquellas células necesarias sean aisladas. Pero, aun admitiendo esa simplificación del problema, es obvio que en la balanza utilizada sólo hay una bandeja: la que exalta el éxito científico a través del cual puede obtenerse la curación de una persona gravemente enferma. Sobre la destrucción del blastocisto nadie dice una palabra, pese a que, como he demostrado, se discute sobre la base de una ponderación. La pregunta es entonces ¿qué ponderación existe si sólo se retiene el bien producido y no se atiende al mal causado inferior al evitado, lo que es propio de toda definición de intereses para que se autorice el comportamiento? A mi juicio, esta circunstancia demuestra que quiere dejarse de lado una cuestión que debe ser abordada sin paliativos: aunque con la ponderación se admita un cierto valor al embrión humano, éste queda supeditado al beneficio más o menos abstracto —en el caso de investigación con embriones, en la medida que se trata de experimentación, en un nivel máximo de abstracción— que se pretende con la investigación.

3. Esta forma de contemplar el problema tiene un modo correspondiente de argumentar en derecho, que es similar al que se ha utilizado en el caso del aborto. En el mejor de los

casos, cuando se reconoce el derecho a la vida del embrión o del feto, se hace en un nivel diferente del que afecta a la vida del nacido. El argumento discurre, en la forma desarrollada por Merkel, sobre la distinción entre la titularidad de derechos subjetivos fundamentales y la mera protección del derecho objetivo<sup>102</sup>. El embrión no es —se dice expresamente “según el derecho vigente”, aunque es claro que se trata de una argumentación a partir de textos<sup>103</sup>, por lo que esta expresión no puede ser confundida con la referencia directa a un texto legal que se define expresamente en el sentido indicado— titular de derechos fundamentales. Ello no significa, según se señala, que el embrión carezca de protección, sino que esa protección no está vinculada al derecho a la vida, sino a los deberes generales del Estado respecto a la protección de las personas<sup>104</sup>. Y estos deberes obligan al Estado a garantizar “la dignidad de la humanidad como especie” y “la imagen normativo-simbólica del hombre ante sí mismo”. Como indica expresamente Merkel, este marco no sólo puede modificarse con el tiempo y la cultura, sino que es, en muchos sentidos, confuso; pero además, en numerosas relaciones de la vida social puede quedar suspendida ante “ponderaciones amplias de necesidad”<sup>105</sup>. Y, finalmente, la conclusión es una protección del embrión fundada, no en la lesión, sino en razones de protección de la potencialidad (el embrión como “persona potencial”) y en deberes de solidaridad<sup>106</sup>.

4. En este modo de pensar parece existir una inversión metodológica: se sabe cuál es la condición del embrión como sujeto de derechos fundamentales a partir del derecho positivo y se llega a la conclusión sobre el significado del reconocimiento constitucional de derechos cuando se observa que es lo que la legislación ha permitido hacer respecto al embrión o al feto. Se podría decir, pese a ello, que se atiende, en realidad, a lo que el Tribunal Constitucional ha indicado y, sobre

todo, a lo que ha considerado acorde con el texto constitucional. Y este argumento es, desde luego, correcto: la única forma por la que se puede saber en qué modo se concreta el texto constitucional en disposiciones ambiguas o no discutidas es, precisamente, a través de las decisiones de los tribunales constitucionales; si, en el caso de Alemania, se ha permitido finalmente la impunidad del aborto si previamente concurre “asesoramiento”, las consecuencias para el concepto de persona son derivadas de la interpretación constitucional y no de la ley positiva, que podía haber sido declarada –de hecho lo fue en un primer intento de legislación– declarada inconstitucional.

Pero, desde mi punto de vista, hay una inversión metodológica más profunda y que afecta a aspectos fundamentales. Por ejemplo: es posible afirmar que experimentos frívolos o carentes de sentido no sólo estarían prohibidos, y esto se explica no en relación con la esfera individual del embrión, sino respecto a los intereses sociales<sup>107</sup>. Precisamente esta exclusión de una esfera individual de protección (de la titularidad de un derecho subjetivo incondicionado) permite explicar a Merkel el caso siguiente: el diagnóstico previo a la implantación practicado en un embrión fecundado *in vitro* revela que padece un defecto genético que impedirá que sobreviva más de cuatro o cinco semanas en el útero materno; por tanto, dice Merkel, sería absurdo ordenar la implantación de este embrión, pues carece de la capacidad de continuar vivo<sup>108</sup>. De una forma gráfica, Merkel apunta una comparación con el enfermo de cáncer al que le restan tres o cuatro semanas de vida y a quien el médico deja morir o incluso mata dolosamente: el enfermo de cáncer tiene un derecho subjetivo que le permite exigir esas tres o cuatro semanas de vida al médico; el embrión no tiene este derecho subjetivo y sólo cuenta con la “solidaridad de la especie”.

5. La comparación es, desde mi punto de vista, un nuevo ejemplo en el que se confirma un principio a partir de cursos naturales que se muestran como irreversibles y que constituyen sucesos excepcionales. Pero no se ha de rehuir la cuestión sino, que por el contrario, creo que abordarla directamente muestra el error del que, a mi juicio, parte Merkel. Me interesa especialmente lo que Merkel entiende como absurdo y me parece que se refiere aquí no a una contradicción lógica, sino a la realización de un sacrificio inútil si se realiza una comparación con el resultado que puede obtenerse ¿Para qué implantar un embrión que sólo va a seguir vivo cuatro o cinco semanas? En cambio, del sacrificio que supone mantener vivo al enfermo de cáncer, en esas tres o cuatro semanas (obsérvese que también aquí con habilidad se pretende dar un plazo de vida más breve que al embrión; pero eso no es sino una muestra de lo poco real del caso del cáncer: lo que puede suceder es que se le informe de que le quedan esas semanas de vida si no se somete a un tratamiento que tal vez prolongaría su vida en algo), sí resulta con seguridad un saldo positivo. Sería interesante para mí que se invirtiera el caso: si el enfermo de cáncer, al conocer el tiempo de vida que le queda, decide no someterse al tratamiento que lo haría posible y fallece en veinticuatro horas, ¿puedo exigir responsabilidad al médico? Evidentemente no, porque el médico no es garante de un curso que está ya dirigido al resultado cuando la propia víctima omite hacer lo posible por salvarse; la exigencia de responsabilidad al médico se daría sólo cuando omite proporcionar el tratamiento requerido al paciente. Pues bien: el planteamiento del caso del embrión por parte de Merkel no difiere demasiado, aunque será precisa alguna observación. Merkel pone en el conflicto de conciencia a una católica practicante estricta que desea la implantación. Si tan estricta era, no se entiende el inicio del proceso de fecundación *in vitro*, que

la Iglesia Católica no admite como medio moral lícito; se entiende aún menos el consentimiento para el diagnóstico previo a la implantación, cuya licitud moral niega<sup>109</sup> también la Iglesia Católica<sup>110</sup>. No obstante, el caso es posible en un supuesto muy específico: la católica practicante “estricta” a la que alude Merkel ha asumido estos principios justo después de conocer el diagnóstico y antes de que se le pueda practicar la implantación. Pues bien: en ese caso, la mujer puede exigir al médico la implantación del embrión, y ello porque esto forma parte de la posición de garante asumida cuando aceptó dirigir el tratamiento de la mujer. Si, cuando se argumenta respecto a la responsabilidad del médico, se afirma que no se garantizan resultados, sino procedimientos adecuados, ello debe servir también en este caso; el médico garantiza el procedimiento adecuado para el desarrollo del embrión, aunque sea obvia su inviabilidad. La cuestión inversa es, desde el punto de vista del derecho positivo, muy clara: si la mujer se niega, es obvio que el médico nada puede hacer; y, respecto a la exención de responsabilidad de la madre por la muerte del feto, deriva de la misma legislación especial sobre embriones (la responsabilidad previa a la implantación respecto a la manipulación del embrión es de carácter administrativo y afecta, ante todo, a los facultativos; pero en ningún caso se establece respecto a la muerte de embriones no viables). La distinción entre la titularidad del derecho subjetivo en el caso del enfermo de cáncer y la protección de la solidaridad de la especie en el derecho objetivo el caso del embrión no viable es similar, porque no es absurda —en sentido estricto— la exigencia de implantación, ni jurídica ni moralmente: lo que se pone en juego es la prosecución del tratamiento comprometido. Cuestión distinta es, como ya se ha indicado, que lo absurdo se valore en términos de rentabilidad social.

6. En todo caso, se demuestra lo que en un principio quería resaltar: la ponderación se utiliza como un argumento circular: la ponderación es posible porque en uno de los casos (el del embrión) la protección es más débil, porque no existe titularidad de un derecho subjetivo; y la protección es más débil porque cabe una ponderación previa. Desde ese punto de vista, si se aceptan los presupuestos de quienes entienden que existe una distinción entre la protección del derecho objetivo del embrión y la titularidad del derecho subjetivo a la vida del nacido, es imposible discrepar; se trata de una valoración ficticia, pues la decisión final aparece como previamente decidida.

## **12. La ponderación en el momento del parto: el problema de la perforación**

1. Para poner fin al análisis de diferentes argumentos y casos, he de referirme a la cuestión relativa a la denominada "perforación", con la que se hace referencia a los casos en los que, durante el parto, se decide dar muerte al niño con el objeto de salvar la vida de la madre. Por lo general, y para justificar esta técnica, se mantiene la inadecuación de resolver la exclusión de pena en estos casos mediante un conflicto de deberes: expresamente se reconoce que un conflicto de deberes llevaría a la conclusión de que tan permitido está causar la muerte a la madre como al hijo para salvar al otro y de que el médico tendría entonces la elección entre uno u otro<sup>111</sup>. En este planteamiento aparecen con claridad las coordenadas de la discusión: se trata de buscar una explicación que justifique la muerte del niño, y ello sólo es posible a través de un estado de necesidad. La cuestión, en el derecho alemán, es particularmente grave, si se considera la distinción, procedente del derecho civil, entre estado de necesidad defensivo y agresivo:



**CEU**

Biblioteca

Universidad Cardenal Herrera



el primero estaría dirigido exclusivamente contra la esfera de la que procede el peligro; y el segundo podría afectar a esferas diferentes y, por tanto, a terceros de los que el peligro no proceda. Pues bien: aunque se admitiera con seguridad que el valor de la vida de la madre es superior para el derecho que la vida del niño –lo que, en todo caso, no suscribo, como se desprende de la exposición anterior– la situación sería muy confusa, porque estos casos en el parto no responden siempre a dificultades por parte del niño, lo que explicaría un estado de necesidad que perjudique al niño, que sería la esfera de la que procede el daño. Por el contrario, cuando se trata de un defecto físico de la mujer o de una deficiencia genética de los padres, no hay posibilidad de explicar un estado de necesidad defensivo. Pero además, el Código Civil alemán establece que el peligro ha de proceder de una cosa (§ 228 BGB). Pues bien: en los últimos tiempos, Jäger ha defendido una consideración del caso como omisión y, para ello, indica lo siguiente<sup>112</sup>: en realidad, la madre pone su cuerpo a disposición del niño, en una forma que la convierte en garante de la vida de éste; la puesta a disposición del cuerpo tiene límites, como es el caso en que se encuentra en peligro la vida de aquélla, pues en ese caso ya no existe razón para esta “donación” del cuerpo<sup>113</sup> y si el mismo se retira no existe posición de garante ni responsabilidad sobre la vida del feto.

2. Brevemente trataré la cuestión, pues Jäger la expone de modo claro y, desde mi punto de vista, la discusión a su tesis puede ser contestada también de modo sucinto, si se considera que no intento ahora una crítica dogmática (independiente también de la tipicidad del hecho como homicidio o como aborto), sino simplemente un examen de los argumentos utilizados.

a) Por un lado, la opción de Jäger requiere un presupuesto que no reconoce expresamente: si la madre es

“donante” del cuerpo para la vida del hijo, y este cuerpo puede ser retirado lícitamente, es obvio que existe un interés predominante en la protección de la vida de la madre y superior al interés en la salvación de la vida del hijo. Si esto es así –y parece que no puede ser puesto en duda– no se divisa el problema en tratar la cuestión directamente como un estado de necesidad justificante respecto a dos acciones alternativas de salvación con un saldo positivo, que era la posibilidad excluida como base.

b) Por otra parte, Jäger pretende dar al argumento de la donación del cuerpo una base real, aunque es obvio que lo utiliza como vehículo para llegar a una conclusión normativa: lo que aparece físicamente como una acción (causar la muerte al niño) puede ser tratado normativamente como una omisión (dejar morir al niño al retirar la mujer el cuerpo que había puesto a su disposición). Pero esto es, a mi juicio, incorrecto: quien dice que la mujer ha puesto a disposición del hijo su cuerpo está haciendo una valoración; no es, en absoluto, un dato que se observe con los sentidos. La prueba es muy clara: esta puesta a disposición o esta “donación” del cuerpo fundamenta, en esa perspectiva, una posición de garante.

3. También de modo rápido intentaré dar una respuesta dogmática a la solución planteada por Jäger. Desde mi punto de vista, es dudoso que las acciones y las omisiones deban examinarse de forma separada, y en ese sentido no anticipo nada nuevo; Jakobs, en diversas ocasiones, ha defendido esa posición<sup>114</sup>. Por eso no me sorprende que el caso sea tratado como una omisión: se puede pensar que existe una norma que obliga a la protección del hijo en el seno de la madre, sea mandato o sea prohibición. Lo que no se entiende es, si se acepta esa perspectiva, por qué una omisión admite soluciones que la acción no admitía. Y si se considera que esta posibilidad es admisible, es porque no cabe una conversión más o

menos arbitraria de lo que, en principio es una acción, en omisión. Pero es relevante considerar por qué el interés en la justificación del comportamiento, y en evitar que la conducta del médico o de la mujer que la consiente no sea simplemente exculpada: se trata de establecer una norma jurídica a través de la autorización, de acuerdo con la cual, cuando existe ese tipo de circunstancias, el médico debe siempre causar la muerte al hijo para salvar la vida de la madre. Y esto es, desde mi punto de vista, extraordinariamente peligroso, del mismo modo que lo era, para Roxin o para Jäger, la posibilidad de elección en manos del médico. Según creo, cualquier solución pasa por estimar que lo adecuado –por tanto, lo atípico– es la técnica de doble efecto que, como es sabido, implica el intento de salvación de ambas vidas. En todo caso, si existe riesgo vital para la madre en ese tratamiento de doble efecto, la autorización de cualquier medida ha de proceder de la mujer –en casos de urgencia, cuando no está consciente, con los mecanismos habituales del consentimiento presunto– y si la decisión es la perforación debe optarse por estimar el comportamiento del médico y de la mujer como no punible, aunque nunca como justificado. La explicación dogmática de estos casos, que se apoya en la teoría de la responsabilidad por el hecho que ha defendido Bacigalupo y a la que yo mismo en diversas ocasiones me he adscrito<sup>115</sup>, no es procedente ahora.

### **13. La cuestión crucial: siempre el principio subjetivo como necesidad de la razón**

1. Finalizaré mi exposición regresando a los derroteros en los que la inicié, y trataré de justificar que mi planteamiento inicial no sólo no era erróneo, sino que se ha confirmado hasta ahora. Recuerdo la tesis brevemente: desde mi punto de vista,

cuando se discute sobre la protección de la vida humana en sus inicios aparece un claro predominio del principio subjetivo de orientación en el pensamiento del que hablaba Kant. Este principio subjetivo es siempre escogido según la necesidad de la pura razón; o, lo que es lo mismo, de los desarrollos en la argumentación en función de la finalidad pretendida. Desde el argumento de la emancipación a las estrategias de separación entre individuo de la especie humana y persona en el derecho o de diferenciación entre personas que lo son actualmente e individuos que sólo pueden serlo en un futuro (consecuencia de la anterior), la orientación es siempre la misma: se utiliza siempre un punto de orientación, de carácter subjetivo y fundado en la propia necesidad de la razón, que sirve de base para el desarrollo de las afirmaciones ulteriores.

a) Cuando se indica que una despenalización del aborto –más o menos extensa– implica emancipación de la mujer, se aborda la cuestión, como se ha explicado, otorgando un contenido específico a la libertad como emancipación que permite entonces concluir que una sociedad con menor punibilidad de abortos es una sociedad más libre. Desde luego, es más libre de intervenciones del Estado, que es quien tiene competencias para perseguir delitos; y, desde luego, si la mujer consiente en el aborto que, a partir de un determinado momento, queda despenalizado, es más libre. Pero también puede afirmarse que la sociedad es más libre cuando, desde octubre de 2004, el delito fiscal no pueda ser cometido si no se ha defraudado una cantidad de 120.000 euros (unos 20 millones de pesetas), cuando hoy una defraudación de 15 millones de pesetas ya es delito. Quien pueda defraudar esas cantidades es más libre, porque entre una (la anterior) y otra (la posterior) ya no ha de sentir temor a la pena de cárcel; las personas con un alto nivel de ingresos serán entonces más libres. Como se ha explicado, no se trata aquí de un concepto tan simple de

libertad, sino de una emancipación que supone “liberación de la naturaleza”. Este punto de orientación es creado y aplicado por el sujeto que la defiende, porque constituye una necesidad de la razón en quien piensa, como presupuesto de sus acciones, en el dominio de la naturaleza.

b) La creación subjetiva por necesidad de la propia razón es también patente en las estrategias de separación entre persona y ser humano. En realidad, se trata de fijar un concepto de persona que permita el reconocimiento mutuo de personas libres y, en este caso, de personas que tienen “conciencia de su propia identidad”. Se trata de una variante del principio que ya fue indicado: el sujeto que reconoce esa libertad lo hace mirándose a sí mismo como libre, sin que en el exterior exista nada –no hay prueba fáctica de la libertad– que muestre que lo es; en este punto, el sujeto que reflexiona comprueba como elemento que lo separa la “autoconciencia”, que es el único factor en el que le es posible apoyar su planteamiento. Es claro, entonces, que la “autoconciencia” o el “interés en la supervivencia” se erigen en puntos de orientación subjetivos, que derivan de las necesidades de la propia razón. En este planteamiento, por ejemplo, concurre no sólo la visión del jurista que interpreta, sino también la del que crea y redacta las leyes, de una forma muy especial.

2. En general, se intenta superar estas dificultades con argumentos aproximados a la realidad que se apoyan en criterios científicos: los argumentos sobre el inicio de la protección de la vida –entre los cuales se ha tratado sólo el relativo al origen del cerebro, pero existen múltiples modalidades, desde la anidación hasta el desarrollo de un sistema nervioso que permite hablar de sensibilidad– encuentran respaldo en un determinado elemento procedente de la biología que le permite hacer una valoración sobre el merecimiento de protección de la vida humana. Este tipo de estrategia argumental no es ajena

a aquel proceso de orientación en el pensamiento; aunque se pueda pensar lo contrario, el criterio biológico no implica inmunidad de principios subjetivos, porque precisamente ese criterio biológico responde a una determinada necesidad valorativa. En el argumento de la protección de la vida humana desde el inicio de proceso de formación del cerebro o desde el inicio de actividad cerebral está inmersa la valoración de la "autoconciencia" de las estrategias de separación entre persona y ser humano. Lo que sucede es que esa "autoconciencia" no se vincula a la demostración del interés en sobrevivir, sino a la percepción del mundo externo. Cuando se alude al sistema nervioso, se utiliza el mismo principio, aunque vinculado a la capacidad de sufrimiento; y cuando se refiere la anidación como momento de relación particular entre la mujer y el embrión, se indica un aspecto de relación externa del mismo embrión. En suma: siempre un principio exterior al embrión en sí, y siempre una necesidad subjetiva del razonamiento, ahora con el respaldo de un dato que ofrece la biología.

3. También sucede esto con las estrategias de ponderación, que —esto no ha sido examinado, pero debe ser tenido en cuenta— no son exclusivas de estos grupos de casos, en los que permanentemente aparece la necesidad de decidir entre la vida de la mujer o la del feto; la vida del embrión frente a la satisfacción de aspiraciones sobre la descendencia; la integridad genética o la vida del embrión frente al progreso científico. Las ponderaciones se plantean cuando se trata de decidir si el vuelo United Airlines-93 que el 11 de septiembre de 2001 se dirigía a la Casa Blanca podía ser derribado y si lo hubieran podido ser, caso de ser detectados, los aviones que se estrellaron contra el World Trade Center; o cuando es preciso considerar la posición de los rehenes en secuestros masivos por parte de terroristas que se desenvuelven de forma casi suicida. La diferencia se encuentra, sin embargo, en que los intentos de

ponderación de aquéllos casos adopta como punto de partida la imposibilidad de valorar más una vida que otra; ni tan siquiera cien vidas valen, en ese sentido, más que una, porque cada una tiene un valor irrepetible. Sin embargo, cuando se trata de momentos en el inicio —como se ha visto, no sólo prenatal, sino en algunas posiciones modernas también en los primeros meses o incluso años después del nacimiento— de la vida humana, la ponderación aparece previamente condicionada por una estrategia. Mientras que en aquellos casos, la decisión —de derribar los aviones o de poner fin al secuestro— depende de otro tipo de valoraciones distintas a las vidas en conflicto (seguridad de un gran número de personas, estabilidad del sistema político o incluso prácticas propias de una guerra), porque se reconoce de algún modo la imposibilidad de comparar entre unas y otras vidas: en estos el punto de partida es que “se pondera porque la ponderación es posible”. Por tanto, porque están en juego vidas que sí admiten la ponderación frente a otras; el presupuesto condiciona la respuesta y el argumento de la ponderación se convierte en una petición de principio.

4. Este es, posiblemente, el riesgo que es anotado desde muy diferentes puntos de vista, cuando quien analiza la cuestión intenta desvincularse una cierta tiranía del progreso en las ciencias experimentales, y que es particularmente relevante en la cuestión de la investigación genética, pues ésta desvela unos riesgos extraordinarios. Véase la posición de Habermas, que por otro lado asume un concepto de persona desde el nacimiento, para justificar una regulación sobre la investigación genética: “los límites normativos (en relación con los embriones) derivan de la visión de una comunidad de personas que rechazan a los pioneros de una autoinstrumentalización de la especie, para conservar intacta su forma de vida estructurada comunicativamente”<sup>116</sup>. Este tipo de argumentación *pro specie*

llama la atención, no respecto al embrutecimiento moral de algunos, sino sobre la obstaculización de las condiciones naturales de la moral con carácter general. Pero introduce un elemento esencial, desde mi punto de vista, cuando se argumenta sobre la protección de la vida humana: la protección implica solidaridad. Y una solidaridad propia de la especie humana. En ese sentido, no creo que pueda considerarse erróneo que el reconocimiento recíproco no depende de la libertad, porque no es meramente subjetivo-reflexivo; el reconocimiento recíproco depende de la pertenencia a la especie, que implica también libertad y dignidad. Y, en ello, es posible incluso reconocer una referencia kantiana, como lo hace el mismo Spaemann: si se reconoce en el hombre la libertad y la dignidad y, por ello, el carácter de ser fin en sí mismo, sólo es admisible un proceso de evolución hasta el primer hombre; a partir de aquí, todo progreso ha de ser puramente accidental<sup>117</sup>. Desde el primer hombre y, por ello, desde el primer sujeto de la especie humana. Advierto, no obstante, que el argumento *pro specie* no se apoya en un principio subjetivo de orientación; por ello, no será extraño que reciba el reproche de supersticioso o irracional. Frente a ello es preciso quedar prevenido: no hay superstición en afirmar que mi posición en el espacio no varía cuando me oriento, ni lo que estimo mi mano derecha y mi mano izquierda; la división de ambas desde mi posición permanece inalterada en tanto yo no me muevo del lugar en el que me encuentro y sólo es puramente subjetivo —en el mejor de los casos— los nombres que a cada lado le atribuyo. Leibniz lo señalaba con claridad: “las verdades no dependen de los nombres, ni son arbitrarias, como han creído algunos de los nuevos filósofos”<sup>118</sup>. Y Balmes, con contundencia: “para conducir a algún resultado en el orden de las existencias, toda verdad ideal necesita un hecho al cual se pueda aplicar”<sup>119</sup>.



**NOTAS**

- <sup>1</sup> Publicado en el número de octubre de 1876 de la revista semanal *Berliner Monatsschrift*. Las citas son de *Immanuel Kant-Werke in sechs Bänden (Bd. 6)*, Colonia, 1995, pp. 190 y ss.
- <sup>2</sup> Sobre el contexto histórico del trabajo, y en torno a la crítica de Jacobi a Moses Mendelsohn, cfr. la clásica biografía de Kant de Karl Vorländer, *Immanuel Kant. Der Mann und das Werk* (Leipzig, 1924), reimpresión de la 3ª edición en un solo ejemplar, Wiesbaden, 2003, pp. 336-338.
- <sup>3</sup> Jn, 12, 50; el texto de Kant en *Metaphysik der Sitten* (1797), edic. de H. Ebeling (Reclam), Stuttgart, 1990, Parte 2, nota E, p. 192 (A. 331-332).
- <sup>4</sup> Was heißt sich ins Denken orientieren?, p. 192.
- <sup>5</sup> Was heißt sich ins Denken orientieren?, p. 194 y nota.
- <sup>6</sup> *Ibidem*.
- <sup>7</sup> Was heißt sich ins Denken orientieren?, p. 206.
- <sup>8</sup> Nota del Comité Ejecutivo de la Conferencia Episcopal española de 15 de julio de 2004 “En favor del verdadero matrimonio” (se puede consultar en [www.conferenciaepiscopal.es](http://www.conferenciaepiscopal.es)). También puede consultarse en el mismo sentido las “Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales” de 3 de junio de 2003 de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, en *Ecclesia* 3165/66.
- <sup>9</sup> Cfr. Pérez del Valle, “La familia en la Constitución europea”, Las Provincias 12 junio 2994. A este respecto, v. Kant, *Metaphysik der Sitten*, parte 1, § 26.
- <sup>10</sup> Cfr. sobre esta cuestión Johann Paul Anselm von Feuerbach (“Begriff der Ehe”, escrito recogido en *Naturrecht und positives Recht*, edic. de G. Haney, Freiburg-Berlín, 1993, pp. 227 y ss), filósofo, profesor de derecho penal y juez; en palabras de Carl Schmitt, el “padre del derecho penal moderno”, que pone en claro la existencia de distintos modelos de matrimonio, aunque diferencia entre matrimonio formal y no formal (concubinato autorizado) y, no obstante, en su correspondencia veía claro que se trataba de “una sociedad entre dos personas de distinto sexo (...)”. Sobre los fundamentos jurídico-políticos de sus planteamientos, véase Pérez del Valle, *Estudios de filosofía jurídica y política del derecho penal*, Bogotá, 2004.

- <sup>11</sup> Cfr. la crítica de Spaemann, en “Die Aktualität des Naturrechts”, en el mismo, *Philosophische Essays*, Stuttgart, 1994, p. 77, de forma general; con referencias específicas a Ebbinghaus (en *Kant-Studien* 49 (1958), pp. 36 y ss), en p. 79 (nota final 16).
- <sup>12</sup> Cfr. Kant, *Metaphysik der Sitten*, Parte 1, §§ 41 y 42 (pp. 161 y ss; A. 306 y ss).
- <sup>13</sup> Kant, *Metaphysik der Sitten*, Parte 2, nota E.I, p. 192 (A. 331–332).
- <sup>14</sup> Kant, *Metaphysik der Sitten*, Parte 2, nota E.I, p. 194 (A. 332–333).
- <sup>15</sup> Kant, *Metaphysik der Sitten*, Parte 2, nota E.II, p. 199 (A. 336–337).
- <sup>16</sup> Kant, *Metaphysik der Sitten*, Parte 2, nota E.I, p. 193 (A. 332).
- <sup>17</sup> *Die Metaphysik der Sitten*, Parte 2, Nota E, p. 192 (A. 331–332).
- <sup>18</sup> Cfr. la conocida frase de Hobbes: “El miedo a la muerte es la pasión que hace que los hombres anhelan la paz (The Passions that encline men to Peace, are Feare of Death)”, en *Leviathan or The Mater, Forme and Power of a Common-Wealth ecclesiasticall and civill* (1651), C.B. Macpherson (edic.), Londres, 1985, Parte I, capít. 13 (p. 188). En este sentido, Kulenkampf, “Die Schöpfung des Leviatán”, *Zeitschrift für philosophische Forschung*–37 (1983), p. 218 y ss, p. 218.
- <sup>19</sup> Cfr. Rousseau, *Du Contrat Social ou principes de droit politique* (1762), reimpresión de H. Guillemin, Paris, 1973, parte II, cap. V: “D’ailleurs, tout malfaiteur, attaquant le droit social, devient par ses forfaits rebelle et traître à la patrie; il cesse d’en être membre en violant ses lois, et même il lui fait la guerre. Alors la conservation de l’État est incompatible avec la sienne; il faut qu’un des deux périsse; et quand on fait mourir le coupable, c’est moins comme citoyen que comme ennemi. Les procédures, le jugement, sont les preuves et la déclaration qu’il a rompu le traité social, et par conséquent qu’il n’est plus membre de l’État”. Sobre esta cuestión, Pérez del Valle, “Sobre los orígenes del derecho penal de enemigo. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau”, *Cuadernos de Política Criminal (CPC)*–75 (2001), pp. 597 y ss.
- <sup>20</sup> Cfr. Pérez del Valle, *Estudios de filosofía jurídica y política del derecho penal*, Bogotá, 2004 (en prensa).
- <sup>21</sup> El texto de la Segunda Enmienda dice: “A well regulated Militia being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Armas shall not be infringed”.
- <sup>22</sup> Unas palabras de Charlton Heston, Presidente de la National Rifle Association of America: “The Right to sep and bear arms is the one right that allows “rights” to exist at all”.

- <sup>23</sup> Cfr. Kant, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten* (2ª edic., 1798) edic. de H. Ebeling (Reclam), Stuttgart, 1990, p. 79 (A. 429), p. 85 (A. 433).
- <sup>24</sup> Hälschner, "Nochmals das Unrecht und seine verschiedene Formen", en *Der Gerichtssaal (GS)-XXVIII (1876)*, p. 424. El trabajo, que consta en las pp. 401 y ss, es en realidad una contestación a algunas críticas que el autor había recibido por otro con título similar que había publicado en dos números sucesivos de la misma revista en 1869.
- <sup>25</sup> Un ejemplo cuando se discute sobre la licitud del policía que evita el suicidio: es, cuanto menos, curioso, que pueda parar la marcha del motorista sin casco e incluso sancionarle, y que no le sea posible intervenir en la evitación del suicidio de un tercero.
- <sup>26</sup> Cfr. Rüpke, "Persönlichkeitsrecht und Schwangerschaftsunterbrechung", en *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)-1974*, p. 75; Harris, *The Value of Life*, Londres, 1985, pp. 19 y ss; Solomon, "Reflections on the Meaning of (Fetal) Life", en Bondesson y otros (edic.), *Abortion and the Status of the Fetus*, 1983, pp. 220 y ss; Rüpke, *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)-1974*, p. 75
- <sup>27</sup> Sobre estas cuestiones y sobre la argumentación que sigue, cfr. Pérez del Valle, en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal-V*, pp. 302 y ss.
- <sup>28</sup> "Handlungen, deren Wirkung vor Abschluß der Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutter eintritt, gelten nicht als Schwangerschaftsabbruch im Sinne dieses Gesetzes".
- <sup>29</sup> Sobre la teoría de los riesgos permitidos en la formulación de Jakobs, véase su *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 2ª edic, 1991, 7/35 y ss.
- <sup>30</sup> Cfr. Temme, *Lehrbuch* (1855), § 158, p. 512.
- <sup>31</sup> Descartados, en la actualidad, por la doctrina alemana, que indica claramente el "comienzo" del nacimiento como criterio adecuado (por todos, Haft, *Strafrecht-Besonderer Teil*, 6ª edic, Munich, 1997, p. 79.
- <sup>32</sup> El argumento tiene importancia especial cuando el aborto imprudente —como sucede en el CP alemán— es impune. Sobre este planteamiento, de forma muy breve, cfr. Maurach/Schröder/Maiwald, *Strafrecht-Besonderer Teil-1*, 7ª edic., 1988, § 1-9.
- <sup>33</sup> Recogidos en Bacigalupo, *Estudios sobre la Parte especial del derecho penal*, 2ª edic., 1994, p. 22.
- <sup>34</sup> Cfr. Temme, *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts*, Aarau, 1855, § 165, p. 540.
- <sup>35</sup> Spaemann, en "Ende der Modernität?", *Philosophische Essays*, cit., pp. 234-235.

- <sup>36</sup> V. Rhonheimer, *Ética de la procreación* (traducción de Mardomingo/Pérez-Arangüena), Madrid, 2004, pp. 266–258, con referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el aborto.
- <sup>37</sup> Kant, *Metaphysik der Sitten*, Parte 1, § 26, p. 127 (A. 278–279).
- <sup>38</sup> Ex. 21, 22.25: “Si al reñir unos hombres golpean a una mujer encinta haciéndola abortar, pero sin causarle ningún otro daño, el culpable será multado con la cantidad que el marido de la mujer pida y decidan los jueces. Pero si se siguen otros daños, entonces se pagará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe”.
- <sup>39</sup> Véase Ex. 21, 28 y ss: el amo del buey que cornea a otro no es responsable, salvo en los casos en que el buey embestía ya antes; y en estos casos, cuando “el amo no tomó precauciones”, es condenado a muerte, si bien se permite el rescate de la vida por el pago de una multa.
- <sup>40</sup> Cfr. la referencia a la pena de equidad en Wacke, “Fahrlässige Vergehen im römischen Strafrecht”, *RIDA-XXV* (1978), pp. 564 y ss. No puede prescindirse, sin embargo, de la equiparación entre dolo y culpa lata en el derecho romano, sostenida por autores como Binding (*Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. 2, 2, 2ª edic, Leipzig, 1916, pp. 711 y ss) y hoy señalada, por ejemplo, por Marrone, *Istituzioni di Diritto romano*, 2ª edic, 1995, p. 444.
- <sup>41</sup> Sobre la aplicación analógica de la ley penal, cfr. Pérez del Valle, *Poder Judicial* 70 (2003), pp. 253 y ss.
- <sup>42</sup> Véase a este respecto, Pérez del Valle, en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal-V*, pp. 302 y ss.
- <sup>43</sup> He explicado desde hace tiempo que, a mi juicio, el delito de aborto ratifica la vigencia de la norma que protege la vida humana, sin perjuicio de que considere deficiente para esta protección un sistema que admite exclusiones de la pena como las vigentes (Pérez del Valle, en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal-V*, pp. 302; 307)
- <sup>44</sup> Spaemann, en “Ende der Modernität?”, *Philosophische Essays*, cit., p. 247.
- <sup>45</sup> V. Rhonheimer, *Ética de la procreación*, pp. 181-182: “El feto no se va desarrollando *hasta convertirse en hombre*, sino que se desarrolla *como hombre*. Y también: no se va desarrollando *hasta convertirse en persona*, sino que se desarrolla *como persona*. No «se convierte» en lo que «es»”.

- <sup>46</sup> Cfr. a este respecto, Spaemann, en "Natur", *Philosophische Essays*, cit., p. 20.
- <sup>47</sup> Como explicación se indica como modelo el delito doloso básico en cada caso y sólo con referencia a las penas de prisión (en el aborto se añaden penas que afectan a la privación del derecho de ejercitar determinadas profesiones): el art. 138 CP sanciona el homicidio doloso con la pena de diez a quince años de prisión; el aborto doloso sin consentimiento de la mujer se sanciona con la pena de cuatro a ocho años de prisión, mientras que el aborto doloso con consentimiento de la mujer y fuera de los casos en los que la ley excluye la pena –lo que se denominan las indicaciones– se sanciona con la pena de una a tres años.
- <sup>48</sup> "Item so jemandt eynem weibßbild durch bezwang, essen oder drincken, eyn lebendig kindt abtreibt, wer auch mann oder weib unfruchtbar macht, so solch übel fürsetzlicher und bößhaftiger weiß beschicht, soll der mann mit dem Schwert, als eyn totschräger, und die frau so sie es auch an jr selbst thette, ertrenckt oder sunst zum todt gestrafft werden"
- <sup>49</sup> Véase lo indicado por Temme, *Lehrbuch*, § 165, p. 540.
- <sup>50</sup> Fundamentalmente en Hoerster, *Abtreibung im säkularen Staat. Argumente gegen den § 218 StGB*, Frankfurt a. M., 1991.
- <sup>51</sup> Véase Singer, *Practical Ethics*, Cambridge, 1979.
- <sup>52</sup> Cfr. Rhonheimer, *Ética de la procreación*, pp. 175 y ss.
- <sup>53</sup> Hoerster, *Abtreibung im säkularen Staat*, pp. 25 y s; p. 49. Sobre este argumento, véase Rhonheimer, *Ética de la procreación*, p. 180.
- <sup>54</sup> Hoerster, *Abtreibung im säkularen Staat*, pp. 66 y 128.
- <sup>55</sup> Véase un análisis crítico similar por parte de Tröndle, "Die Rechtsphilosophie Nobert Hoerstes und die Abtreibungsdebatte", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*-1995, pp. 252-253.
- <sup>56</sup> Hoerster, "Forum: Das „Recht auf Leben“ der menschlichen Leibesfrucht – Rechtswirklichkeit oder Verfassungslirik?", en *Juristische Schulung (JS)*- 1995, pp. 192-193.
- <sup>57</sup> Hoerster, *Abtreibung im säkularen Staat*, p. 75.
- <sup>58</sup> Rhonheimer, *Ética de la procreación*, pp. 262 y ss.
- <sup>59</sup> Rousseau, *Contrato Social*, Parte I, capít. VI.
- <sup>60</sup> Kant, *Metaphysik der Sitten*, Introducción IV, p. 58 (A. 223): "Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind".

- <sup>61</sup> De interés respecto a Kant y la evolución histórica del concepto de persona, Trendelenburg "Zur Geschichte des Wortes Person" (artículo de 1870, pero publicado posteriormente por Eucken), en *Kant-Studien-13 (1908)*, pp. 1 y ss, especialmente pp. 2 y 3.
- <sup>62</sup> Una exposición más detallada al respecto y sobre lo que sigue, en Pérez del Valle, "La persona del derecho penal en la filosofía del derecho de Hegel", en López Barja/Zugaldía, *Dogmática y ley penal-Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid, 2004, pp. 625 y ss.
- <sup>63</sup> Binder, "Das System der Rechtsphilosophie Hegels", en Binder/Busse/Larenz, *Einführung in Hegels Rechtsphilosophie*, Berlín, 1931, p. 69.
- <sup>64</sup> Hegel cita expresamente los Elementos de derecho civil de Heineccius en el § 40 de Grundlinien, cuya vinculación con los pandectistas del S. XIX —él mismo es autor de una obra sobre derecho de las Pandectas— es subrayada por Schlossmann, *Persona und προσωπον im Recht und im christlichen Dogma*, Kiel-Leipzig, 1906, p. 4, nota 1.
- <sup>65</sup> Cfr. Coing, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, Frankfurt a.M., 1962, pp. 64-66, especialmente sobre la definición recogida por Thibaut y por el Derecho General Prusiano en 1794.
- <sup>66</sup> Citado por Tröndle, *GA-1995*, p. 251.
- <sup>67</sup> Pérez del Valle, López Barja/Zugaldía, *Dogmática y ley penal-Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, p. 644.
- <sup>68</sup> Lasson, *System der Rechtsphilosophie*, Berlín, 1882, p. 444.
- <sup>69</sup> Cfr. Kant, *Metaphysik der Sitten*, Introducción, IV, p. 63 (A. 227): "Zurechnung (*imputatio*) in moralischer Bedeutung ist das Urteil, wodurch jemand als Urheber (*causa libera*) einer Handlung, die alsdann Tat (*factum*) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird (...)". No es necesario traducir del alemán para comprobar la relación entre imputación y acción como causa libre (esto es: procedente de un sujeto libre).
- <sup>70</sup> Lasson, *System der Rechtsphilosophie*, pp. 449-450.
- <sup>71</sup> Rhonheimer, *Ética de la procreación*, p. 200. La afirmación de Hoerster, en *Abtreibung im säkularen Staat*, p. 120; las consideraciones de Hume en las que se apoya, en *Treatise of Human Nature (1739/40)*, Libro I, Parte I, sección VI (Of Modes and Substances): "We have therefore no idea of substance, distinct from that of a collection of particular qualities, nor have we any other meaning when we either talk or reason concerning it" (el texto original en inglés puede encontrarse en diversas páginas web, como [www.engl.virginia.edu/enec981/dictionary/14humeK1.html](http://www.engl.virginia.edu/enec981/dictionary/14humeK1.html) – 2k.

- <sup>72</sup> Cfr. Pöltner, "Achtung der Würde und Schutz von Interessen", en *Der Mensch als Mitte und Maßstab der Medizin (Medizin und Ethik-I)*, Viena, 1992, p. 19. En este sentido y también sobre la argumentación que sigue, Rhonheimer, *Ética de la procreación*, p. 181 y s; p. 201.
- <sup>73</sup> V. Hruschka, "Utilitarismus in der Variante von Peter Singer", *Juristen Zeitung-2001*, pp. 261 y ss.
- <sup>74</sup> Singer, *Practical Ethics*, p. 87.
- <sup>75</sup> Locke, *An Essay Concerning Human Understanding* (1690), Libro II, Cap. XXVII, §§ 9 y 10. En el § 10 aparece como título general el indicado en el texto; sobre la razón, véase la explicación del § 9: "(...) For, since consciousness always accompanies thinking, and it is that which makes every one to be what he calls self, and thereby distinguishes himself from all other thinking things, in this alone consists personal identity, i.e. the sameness of a rational being (...)".
- <sup>76</sup> Hoerster, en *Abtreibung im säkularen Staat*, p. 75.
- <sup>77</sup> Hruschka, *JZ-2001*, p. 264.
- <sup>78</sup> Damschen/Schönecker, "In dubio pro embryo", en los mismos (edic.), *Der moralische Status menschlicher Embryonen*, Berlín-New York, 2003, pp. 250 y ss.
- <sup>79</sup> Cfr. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 9ª edic (a cargo de Würtenberger/Otto), Stuttgart, 1997, p. 140.
- <sup>80</sup> *Ibidem*.
- <sup>81</sup> V. Hilgendorf, "Scheinargumente in der Abtreibungsdiskussion- am Beispiel des Erlanger Schwangerschaftsfalls", *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)-1996*, pp. 758 y ss.
- <sup>82</sup> Cfr. Frommel, en Bockenheimer-Lucius/Seidler (edic.), *Hirntod und Schwangerschaft. Dokumentation einer Diskussionsveranstaltung der Akademie für Ethik in der Medizin zum »Erlanger Fall« (Medizin in Recht und Ethik, 28)*, Stuttgart, 1993, p. 117.
- <sup>83</sup> Hilgendorf, *NJW-1996*, p. 760.
- <sup>84</sup> *Ibidem*.
- <sup>85</sup> Joerden, "Perspectiven der Stammzellenforschung und Grundlagen für deren rechtliche Regulierung", en *Jahrbuch für Recht und Ethik (JRE)-10 (2002)*, pp. 114 y s.
- <sup>86</sup> Merkel, *Forschungsobjekt Embryo. Verfassungsrechtliche und etische Grundlagen der Forschung an menschlichen embryonalen Stammzellen*, Munich, 2002, pp. 135-136.

- <sup>87</sup> Cfr. Spaemann, en Geyer (edic.), *Biopolitik*, Frankfurt a. M., 2001, p. 48.
- <sup>88</sup> Rhonheimer, *Ética de la procreación*, p. 191.
- <sup>89</sup> El argumento es tomado de Antoine Suárez, "Darf man dem Embryo den verfassungsrechtlichen Schutz der Menschenwürde absprechen?", en *Schweizerische Juristenzeitung (SchJZ)-86 (1990)*, pp. 205 y ss.
- <sup>90</sup> Cfr. Spaemann, en Hans Thomas (edic.): *Menschlichkeit der Medizin*, Helford, 1993, p. 272.
- <sup>91</sup> Merkel, *Forschungsobjekt Embryo*, p. 137.
- <sup>92</sup> Cfr. Hans Thomas, "Ética de los trasplantes", en [www.bioeticaweb.com/pdfs/375.pdf](http://www.bioeticaweb.com/pdfs/375.pdf), p. 9.
- <sup>93</sup> *Ibidem*, también sobre el razonamiento que sigue.
- <sup>94</sup> Véase, sobre la teoría de la integración en Bonilli y en Pöltner, Thomas, "Ética de los trasplantes", pp. 6 y 7.
- <sup>95</sup> *JRE-10 (2002)*, p. 120.
- <sup>96</sup> *JRE-10 (2002)*, p. 115.
- <sup>97</sup> Cfr. *Diario Médico*, 13 de agosto de 2004.
- <sup>98</sup> *Ibidem*. En la noticia reseñada, referida al Ministerio de Sanidad español: "(...) las mismas fuentes indicaron que la aprobación de la clonación terapéutica de embriones, que fue autorizada ayer por el Gobierno británico, no es "urgente ni prioritaria" ya que, según los científicos, las técnicas de transferencia nuclear "tienen que perfeccionarse todavía" y actualmente "hay otras líneas y técnicas de investigación en Medicina regenerativa", como las basadas en las células madre adultas y embrionarias".
- <sup>99</sup> En este sentido, Spaemann, "Ética: engendrado, no hecho" (trad. de J.M. Barrio), en [www.bioeticaweb.com/frameset\\_busqueda.php](http://www.bioeticaweb.com/frameset_busqueda.php).
- <sup>100</sup> No obstante, en este plano en Pérez del Valle, "Finalidad terapéutica e investigación genética: a propósito de la consideración jurídica del embrión", en Pérez del Valle (dir.), *Genética y derecho (Cuadernos de derecho judicial)*, Madrid, 2004 (en prensa).
- <sup>101</sup> *Ibidem*. No obstante, se trata de un criterio en general poco compartido. Sobre las líneas mayoritarias, cfr. por todos Peris Riera/García González, en *Comentarios-V*, p. 691 y s; 708 s; 760. Sobre los principios justificantes y, sobre todo, respecto a la categorización –no es el momento de extenderme sobre la aplicación de estos criterios en el caso, aunque me parece posible la concurrencia del modelo del



consentimiento presunto— de la “definición de intereses por la víctima de la agresión” y del “principio de solidaridad”, Jakobs, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 2ª edic, 1991, 11/3.

<sup>102</sup> Las posiciones que se citan a continuación, en Merkel, *Forschungsobjekt Embryo*, pp. 112-114.

<sup>103</sup> En particular, del derecho positivo y la jurisprudencia constitucional alemana sobre el sistema de “asesoramiento” en el aborto, que es el vigente en Alemania.

<sup>104</sup> Lo que Merkel contempla en relación con el art. 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn y en el texto español, con alguna dificultad, puede observarse en el art. 1 y 9 CE, y tal vez también en el 10 CE, que ya se encuentra entre los derechos fundamentales. En cualquier caso, y sin negar la posible relevancia que en el derecho español puede tener este último factor, no creo que la dignidad del embrión o del feto alemán sea diferente a la del español; este tipo de argumentos, excesivamente pegados al ordenamiento nacional, no son de mi agrado en cuestiones de fondo, pero no descarto que puedan ser utilizados con fruto.

<sup>105</sup> Merkel, *Forschungsobjekt Embryo*, p. 113.

<sup>106</sup> Cfr. Merkel, *Forschungsobjekt Embryo*, p. 186.

<sup>107</sup> Merkel, *Forschungsobjekt Embryo*, p. 188.

<sup>108</sup> Sobre este ejemplo, y sobre lo que sigue, Merkel, *Forschungsobjekt Embryo*, p. 185.

<sup>109</sup> Incluso es muy discutible que no sea típico; desde luego, no es lícito en el ordenamiento español, como ha demostrado Silva Sánchez, “El diagnóstico preimplantatorio”, en Pérez del Valle (dir.), *Genética y derecho (Cuadernos de derecho judicial)*, cit.

<sup>110</sup> Cfr. la Instrucción *donum vitæ* de la Congregación para la Doctrina de la Fe de 22 de febrero de 1987.

<sup>111</sup> Cfr. Roxin, “Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand”, en Vogler y otros (edic.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck-I*, 1985, p. 477.

<sup>112</sup> Jäger, *ZStW 113 (2003)*, pp. 774 y ss.

<sup>113</sup> Cfr. Jäger, *ZStW 113 (2003)*, p. 775, especialmente en nota 31.

<sup>114</sup> Jakobs, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 7/56 y s; *Die strafrechtlichen Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Opladen, 1996; también Sánchez-Vera, *Pflichtdelikte und Beteiligung*, Berlín, 1999.

- <sup>115</sup> Cfr. Bacigalupo, *Principios de derecho penal*, 4ª edic, Madrid, 1998; Pérez del Valle, *Conciencia y derecho penal*, Granada, 1994.
- <sup>116</sup> Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, edición ampliada, Frankfurt a. M., 2002, p. 122.
- <sup>117</sup> Spaemann, en "Unter welchen Umständen kann man noch von Fortschritt sprechen?", en el mismo, *Philosophische Essays*, cit., p. 144.
- <sup>118</sup> Leibniz, *Discurso de Metafísica*. N. 24.
- <sup>119</sup> Cfr. *Filosofía fundamental I*, en I. Casanovas (edic), *Obras completas del Dr. D. Jaime Balmes, Presbítero*, Barcelona, 1925, vol. XVI, p. 139.