

¿TIENEN TODOS DERECHO A LA VIDA?

Bases para un concepto constitucional de persona^{*}

Pablo Sánchez-Ostiz

Profesor ordinario de Derecho penal (catedrático acreditado). Universidad de Navarra

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. ¿Tienen todos derecho a la vida? Bases para un concepto constitucional de persona. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2009, núm. 11-11, p. 11:1-11:23. Disponible en Internet : <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-11.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 11-11 (2009), 15 oct]

RESUMEN: Los conceptos de persona que presuponen tanto la Constitución española, como también los códigos civil y penal, son débiles, en cuanto insuficientes para cumplir las funciones que el Derecho requiere, por haberse construido sin atención a los avances científicos; a su vez, los avances científicos no han encontrado en el

Derecho un medio de protección de realidades valoradas socialmente. La consecuencia es la desprotección del nasciturus como persona y titular del derecho a la vida. El autor propone las bases para partir de un concepto de persona de raigambre constitucional, así como dotado de respeto a los datos de la ciencia y las valoraciones sociales.

PALABRAS CLAVE: persona, constitución, aborto, nasciturus, derecho penal.

Fecha de publicación: 15 octubre 2009

Correo-e: pablosostiz@unav.es

SUMARIO: I. Introducción. II. Conceptos jurídicos de persona: Derecho sin ciencia. III. Planteamientos científicos sobre la persona: Ciencia sin Derecho. IV. Propuesta para un «concepto constitucional de persona». V. Conclusión.

^{*} Principales abreviaturas: AP, Revista *Actualidad Penal*; CC, código civil; CDJ, *Cuadernos de Derecho Judicial*; CE, Constitución española; CP, código penal; DP, Derecho penal; EM, exposición de motivos; FJ, fundamento jurídico; L, Ley; LL, Revista Jurídica *La Ley*; PE, parte especial; r.a., resaltado añadido; r.t., resaltado en el texto; SAP, sentencia de Audiencia Provincial; STC, sentencia del Tribunal Constitucional; STS, sentencia del Tribunal Supremo.

Debemos «afirmar que la vida del *nasciturus* [...], es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental [...] esta protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales.»¹ Así se expresó el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, que resolvió el recurso previo de inconstitucionalidad interpuesto ante la reforma (1983) del código penal entonces vigente (1973) en materia del delito de aborto, al plantear su despenalización en los tres supuestos conocidos como indicaciones (art. 417 bis CP 1973, precepto que continúa vigente en el actual código, de 1995)².

I. Introducción

1. Ese «sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva» no ha evitado que en la actualidad, 25 años después, se aprecie una cifra creciente de intervenciones abortivas directas³, hasta sobrepasar en 2007 el número de las realizadas al amparo del sistema de indicaciones la cifra de 112.000, según datos declarados ante el Ministerio de Sanidad y Consumo, y publicados por éste⁴. Lo cual supone que se hayan realizado casi 800.000 intervenciones abortivas directas en el plazo de 10 años; y que, proyectando los datos durante los 25 años de vigencia de la despenalización parcial del delito de aborto, hayamos superado con creces el millón.

Además, dicho «sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva» no ha ido acompañado de actuaciones, proporcionadas en número y eficaces, para tutelar el bien jurídico de la vida humana por parte del Ministerio Públi-

¹ STC 53/1985, de 11 de abril, Pleno, recurso previo de inconstitucionalidad (ponentes Begué Cantón y Gómez-Ferrer Morant), FJ 7, que continúa: «Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones.» La sentencia cuenta con 5 votos particulares, emitidos por los Srs. Arozamena Sierra, Díez-Picazo, Tomás y Valiente, Latorre Segura conjuntamente con Díez de Velasco, y Rubio Llorente.

² Otras sentencias a tener en cuenta son: STC 75/1984, de 27 de junio (que anula la STS del caso del «aborto en Londres», rec. de amparo); STC 70/1985, de 31 de mayo (en el caso «abortistas de Bilbao», rec. de amparo); STC 212/1996, de 19 de diciembre (rec. de inconstitucionalidad contra la Ley de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos); STC 116/1999, de 17 de junio (rec. de inconstitucionalidad contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida).

³ Empleo la expresión «intervenciones abortivas directas», para diferenciarlas de los abortos en sentido médico (término más amplio, que incluye los naturales) y referirme a las conductas delictivas dolosas (y no las imprudentes), sean o no realizadas al amparo de los supuestos despenalizados por concurrir alguna de las tres indicaciones previstas en el art. 417 bis CP 1973 (cfr. *infra*, nota 14).

⁴ En efecto, según datos publicados por el Ministerio de Sanidad y Consumo, el número total de intervenciones abortivas directas, con base en las cifras notificadas por los centros que las han realizado, alcanza en 1998, 53.847; en 1999, 58.399; en 2000, 63.756; en 2001, 69.857; en 2002, 77.125; en 2003, 79.788; en 2004, 84.985; en 2005, 91.664; en 2006, 101.592; en 2007, 112.138. Este paulatino incremento de intervenciones abortivas directas suponía, en 1998, el 6 % entre el total de las mujeres de 15-44 años; mientras que para 2007 alcanza el 11,49 %. Cfr. Ministerio de Sanidad y Consumo [en línea]. 23 febrero 2009. [citado 20 marzo 2009]. Disponible en World Wide Web: <<http://www.msc.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/home.htm>>.

co ante las eventuales irregularidades en el cumplimiento de las normas legales⁵. Así, los casos (diligencias previas) por delitos de aborto doloso en 2007 ascienden a 64, frente a las 112.138 intervenciones abortivas directas de ese mismo año acogidas a las indicaciones del art. 417 bis CP 1973. Tal desproporción salta a la vista, porque significa, por ejemplo, que en 2007 el 0'05 % de las intervenciones abortivas directas dieron lugar a diligencias previas. Es decir, que invita a aceptar que una conducta, como es la de abortar, nada irrelevante en términos numéricos, ha sido realizada con escrupuloso cumplimiento de la legalidad vigente en la materia en el 99'95 % de los casos. Algo que al menos resulta extraño⁶. Más extraño todavía, si se compara con la cifra de nacimientos de ese mismo año 2007, que asciende a 491.183, según datos oficiales⁷. Y muy extraño, si se entiende que las eventuales medidas de apoyo de la maternidad que se hayan podido aprobar no han logrado impedir que durante 2007 el 18'58 % de los posibles nacimientos condujeran al aborto⁸.

No es fácil defender que la protección de la vida humana haya sido muy eficaz a la vista de las medidas aprobadas en apoyo de la maternidad durante los casi 25 años de vigencia de la despenalización parcial del delito de aborto. Todavía más difícil de entender es, por ejemplo, que ante esta escasa atención a la maternidad y embarazo en situaciones difíciles, algunos legisladores (autonómicos) hayan venido mostrando cierto desinterés ante las iniciativas que se han planteado recientemente en diversas Comunidades⁹.

Pero más llamativo resulta que el Ministerio para la Igualdad haya iniciado una serie de iniciativas encaminadas a modificar la situación legislativa mediante la reforma del código penal en materia de despenalización del delito de aborto¹⁰. La propuesta

⁵ Así, a juzgar por los datos hechos públicos, y sin exhaustividad, destacan: número de diligencias previas por delito de aborto doloso durante 2007, 64 (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria correspondiente al año 2007*, pp 1368-1369); durante 2006, 75 (ID., 2006, pp 1154-1155); durante 2005, 90 (ID., 2005, pp 1179-1180); durante 2004, 78 (ID., 2004, pp 33-34); durante 2003, 62 (ID., 2004, pp 34-35). Cfr. Fiscalía General del Estado [en línea]. 25 febrero 2009. [citado 20 marzo 2009]. Disponible en World Wide Web: <<http://www.fiscal.es/fiscal/>>.

⁶ No faltará quien aduzca la objeción de que esta reflexión pretende sancionar (encarcelar) a embarazadas que se ven abocadas al aborto, es decir, que estos datos son instrumentalizados al servicio de un Derecho penal punitivista e inhumano. Frente a tal planteamiento cabría afirmar que son sólo los datos comparativos entre la actividad abortista y la del Ministerio Fiscal. Sin embargo, se trata de datos que no permiten extraer la conclusión de que haya de castigarse. Solamente admiten juicios comparativos (hay una clara desproporción entre una y otra actividad) y de valor sobre lo que se espera de cada una de ellas (hay una actividad frenética para abortar, lo cual es acorde con la lógica del mercado; mientras que es dudoso que la inacción del Ministerio Fiscal sea acorde con la función que la Constitución le atribuye: art. 124.1 CE).

⁷ Cfr. la información del Instituto Nacional de Estadística referida a 2007. Cfr. Instituto Nacional de Estadística [en línea]. 5 marzo 2009. [citado 20 marzo 2009]. Disponible en World Wide Web: <<http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?path=/t20/e301/provi07/10/&file=01001.px&type=pcaxis&L=0>>.

⁸ Partiendo de la cifra de nacimientos en 2007 (491.183), según la información empleada (cfr. nota 7), el total de embarazos (viabiles de partida: tanto los nacidos como abortados) asciende a 603.321, cifra de la cual, el 81'41 % corresponde a nacimientos, y el 18'58 % a nacimientos abortados. Una cifra que debe hacer reflexionar.

⁹ Así, en el Parlamento de la Comunidad Foral de Navarra (cfr. *Diario de Sesiones del Parlamento de Navarra*, 10 de octubre de 2007, pp 5-10) se planteó una proposición de Ley Foral, fruto de una iniciativa legislativa popular (que sumó 15.000 firmas: cfr. *ibidem*, p 6), que incluía una serie de medidas de apoyo a la mujer embarazada. Fue rechazada por los votos de PSN, Nafarroa-Bai e IU, por entender que era una propuesta «excluyente» (p 8), «innecesaria» o no había razones para tramitarla (p 9).

¹⁰ Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, 25 de febrero de 2009, núm.

formulada por la subcomisión para la reforma introduce un sistema de plazos y mantiene el de indicaciones ya vigente¹¹. El de plazos se presenta como prioritario y novedoso, al plantearse como expresión de los derechos de la embarazada a la libre decisión y a la salud; y que vendría a dar cabida a la gran mayoría de las intervenciones abortivas directas que se practican en nuestro país¹². Lo cual no impide seguir previendo las indicaciones ya conocidas¹³. Por lo demás, el modelo recomendado por tal subcomisión se plantea como alternativa a un régimen –el actual–, del que se valora que ha resultado insuficiente. Así, desde su inicio, la propuesta se realiza en términos de derechos a la libertad de decisión (no el de la vida) y a la salud sexual y reproductiva y no como despenalización de un delito, estricta y excepcional, en ciertos casos.

En definitiva, los datos numéricos y las actuaciones de la Administración de Justicia apreciables hasta la fecha son bastante elocuentes. Pero no en el sentido de que corroboren que el legislador haya adoptado ese sistema eficaz de protección de la vida del *nasciturus* que reclamaba la citada sentencia del Tribunal Constitucional de 1985. Más bien hay motivos para pensar que el mandato del Tribunal Constitucional se ha quedado *en buena parte* en una reglamentación más o menos detallada sobre las características de los establecimientos abortivos y los procedimientos a seguir¹⁴.

2. Podría pensarse que la situación es así porque una visión muy generalizada, socialmente aceptada y asumida, considera que no existe la vida intrauterina; o, si existe, que no merece protección; o, si cierta tutela merece, que es prescindible o sacrificable a voluntad para salvar un interés, también protegido, superior. Según eso, el legislador, «el único con potestad para decidir cuándo comienza y cuándo termina la tutela de la vida»¹⁵, no habría hecho sino adaptarse a la realidad social, y los aplicadores del Derecho habrían obrado de acuerdo con la realidad social del tiempo en el que las leyes han de ser aplicadas (art. 3.1 CC). Quien así argumente debería tener en cuenta, sin embargo, la visión social de la vida intrauterina, que se halla plasmada en elementos

154/000004, pp 16-44: Subcomisión creada en el seno de la comisión de igualdad para realizar un estudio y elaborar unas conclusiones sobre la aplicación de la legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo (conclusiones en pp 25-30). Existe además el *Informe del Comité de Personas Expertas sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y propuestas para una nueva Regulación* (mecanografiado de 49 páginas, sin contar un anexo de legislación comparada; con fecha de 5 de marzo de 2009).

¹¹ Cfr. Documento de Conclusiones (nota 10), p 29: «se propone sustituir el actual modelo de indicaciones por un modelo en el que corresponda a las mujeres embarazadas la decisión sobre la IVE en un plazo determinado, combinado con la previsión de varios supuestos o indicaciones, en los que la IVE podría practicarse durante un período mayor al plazo general [...] En cuanto a las indicaciones, que no entrarían dentro del plazo deberían tener en cuenta, al menos, los supuestos en que exista un grave peligro para la vida o salud de la embarazada, se detecten graves anomalías físicas o psíquicas en el feto o malformaciones o enfermedades graves en el mismo incompatibles con la vida» (*sic*).

¹² Cfr. Documento de Conclusiones (nota 10), p 29. Es sabido que casi la totalidad se acogen a la indicación terapéutica (cfr. en los lugares citados en nota 4); al respecto, cfr. en sentido crítico sobre la interpretación amplia de la indicación terapéutica, LAURENZO COPELLO, «Reflexiones sobre la reforma del aborto», *AP* 1994-1, pp 118-121, por entenderla una vía inadecuada (partidaria en cambio del sistema de plazos: cfr. *ibidem*).

¹³ No se menciona la de embarazo surgido de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales (cfr. Documento de Conclusiones (nota 10), p 29).

¹⁴ Me refiero, en concreto, al Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo.

¹⁵ CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN *et al.*, *Derecho penal. Parte especial* 2004, p 111.

como la valoración social de la maternidad y el nacimiento, la atención médica y la existencia de una especialidad médica propia como es la de ginecología y obstetricia, o las reclamaciones de responsabilidad ante las intervenciones médicas que causan abortos o lesiones irreversibles al no nacido¹⁶. Se trata en todo caso de datos que hablan a favor de una valoración social muy positiva de la vida intrauterina¹⁷. La cual no centra con la palmaria desatención que el legislador presta a la vida del no nacido, si atendemos a las medidas legales de protección de la maternidad adoptadas en los últimos años en nuestro país.

3. Ante tal situación, ¿tiene sentido seguir sosteniendo que «todos tienen derecho a la vida» (art. 15 CE)?; ¿cómo ha de entenderse tal derecho?; ¿cuáles son los efectos beneficiosos según los cuales al no nacido se tendrá por nacido (art. 30 CC)?; y ¿podemos continuar afirmando coherentemente que el Derecho penal protege la vida intrauterina (arts. 144-146 CP)? Estas son las cuestiones claves que van a centrar esta exposición. Todas ellas podrían reconducirse a la cuestión central de *qué personalidad tiene el no nacido*.

En este punto, entiendo oportuno no efectuar un planteamiento meramente retórico –muy frecuente, por cierto– de la problemática tan compleja del aborto. A menudo, a quien frente a las intervenciones abortivas sostenga una posición en defensa de la vida le espera el rechazo de la opinión pública dominante con acusaciones de retrógrado, inhumano o insensible, cuando no descalificaciones con burdos argumentos *ad hominem* y la desacreditación sistemática por no empuñar la bandera de un supuesto progreso. No pretendo hacer retórica en esta contribución, sino analizar la situación desde el punto de vista jurídico. Quede, pues, la retórica sólo para esta introducción (párr. 1-2).

En las páginas que siguen se sostiene la tesis de que la situación jurídica respecto a la protección de la vida es la que acaba de describirse, porque, entre otras razones, se emplea un *concepto jurídico de persona de carácter débil*. La premisa de partida para arribar a tal afirmación es que existen conceptos normativos (sean éstos sociológicos o jurídicos) fuertes y débiles, en función de si son contruidos correctamente o no. De un concepto se puede afirmar que es fuerte si se trata de un enunciado elaborado con respeto a las reglas de la lógica (corrección estructural), referido a los contenidos de la realidad (realismo, que incluiría los datos de la ciencia), y resistente a ser empleado con parcialidad motivada por factores extraños a su ámbito de significado (no ideologizado). Como se expondrá, no se cuenta con un *concepto jurídico fuerte de persona*. Y contar con un concepto fuerte de persona resulta, en cambio, positivo y defendible, por

¹⁶ Por supuesto que siempre existirán visiones parciales y menos extendidas sociológicamente que consideran las intervenciones abortivas como un acto médico más, carente de más relevancia que otras operaciones médicas (cfr. crítico, BUDZISZEWSKI, *What We Can't Not Know. A Guide*, 2003, pp 141-144 (con referencias en pp 244-245).

¹⁷ Cfr. *Encuesta Europea de la Fundación BBVA sobre Biotecnología*, 2003, p 8: el 44 % de los entrevistados en España entiende que existiría un nuevo ser humano en el momento de la unión del espermatozoide y el óvulo, frente al 41 % de los encuestados en Holanda que entiende que existe tres meses después de la concepción. Los datos resultan con todo muy dispares: así, la percepción sobre el comienzo de la vida humana varía mucho en los diversos países de la UE (encuesta publicada en BBVA [en línea]. 26 febrero 2009. [citado 20 marzo 2009]. Disponible en World Wide Web: <http://www.fbbva.es/TLFU/dat/np_encuesta_biotecnologia.doc>.

la relevancia que está llamado a desplegar lo que se entienda por tal. Para construir dicho concepto ha de respetarse la lógica; además, es preciso atender tanto a los datos de la ciencia como a la protección que otorga el Derecho, sin dejarse llevar por exigencias ideológicas. No respetar la lógica da lugar a enunciados insostenibles (*ex falso sequitur quodlibet*); construir conceptos normativos de espaldas a la ciencia da pie a enunciados disfuncionales y anacrónicos; y emplear datos científicos sin las garantías que ofrece el Derecho genera excesos de los que quizá tengamos que volver a avergonzarnos. Aquí se propone la conveniencia de construir un *concepto constitucional de persona que cuente con la fuerza tanto de lo científico como de lo jurídico*.

La exposición comienza analizando críticamente los conceptos jurídicos de persona que se hallan en la Constitución española, el código civil y el código penal (II). Sigue después un análisis de la consideración que la persona ha merecido a la ciencia (III) y una propuesta de construcción de ese concepto fuerte de persona, de base constitucional (IV).

II. Conceptos jurídicos de persona: Derecho sin ciencia

1. Si es que existe un concepto constitucional de persona, ha de partirse del art. 15 CE («todos tienen derecho a la vida»), por cuanto la vida es condición para el ejercicio de otros derechos, por importantes que sean. Las vicisitudes del precepto contenido en el art. 15 podrían resumirse ahora así¹⁸. En la elaboración del texto se pasó de la redacción «todas las personas», como sujetos del derecho a la vida, a la de «todos», fórmula más abierta y amplia con el fin de incluir al *nasciturus*. Modificación que, al desvincularse de los requisitos civiles de la personalidad, parecía garantizar una mejor protección del no nacido frente a una posible y nada lejana despenalización –siquiera parcial– del delito de aborto¹⁹. Sin embargo, ni una ni otra fórmula parecían tan terminantes en ese sentido (cfr. las alegaciones de la Abogacía del Estado). Así se pudo comprobar en la argumentación de la STC 53/1985, que osciló entre las posiciones de considerarlo persona y protegerlo como tal, y la de negarle tal protección por no contar con ese carácter personal. Al final, se acabó en una posición intermedia consistente en

¹⁸ Cfr. OLLERO, *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, 2006, pp 79-81.

¹⁹ Cfr. la propia STC 53/1985, FJ 5: la vida humana, valor fundamental «garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional. Esta conclusión resulta también de los debates parlamentarios en torno a la elaboración del mencionado artículo del texto constitucional, cuya cercanía en el tiempo justifica su utilización como elemento interpretativo. En el Pleno del Congreso fue defendida una enmienda –aprobada por mayoría– que proponía utilizar el término “todos” en sustitución de la expresión “todas las personas” –introducida en el seno de la Comisión para modificar la primitiva redacción del precepto en el Anteproyecto por estimar que era “técnicamente más correcta”– con la finalidad de incluir al *nasciturus* y de evitar, por otra parte, que con la palabra “persona” se entendiera incorporado el concepto de la misma elaborado en otras disciplinas jurídicas específicas, como la civil y la penal, que, de otra forma, podría entenderse asumido por la Constitución. La ambigüedad del término “todos” en la expresión “todos tienen derecho a la vida” no fue despejada, sin embargo, durante los debates por lo que se refiere a la extensión de la titularidad del derecho, pero en cualquier caso, como señaló el defensor de la enmienda, constituía una fórmula abierta que se estimaba suficiente para basar en ella la defensa del *nasciturus*. El precepto fue aprobado posteriormente en el Senado por 162 votos a favor, ninguno en contra y dos abstenciones. *En definitiva, el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el nasciturus está protegido por el art. 15 de la Constitución aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental»* (r.a.).

negarle el carácter de persona, y por tanto la titularidad del derecho fundamental, pero otorgándole protección al entender que su vida es «un bien jurídico constitucionalmente protegido». Es decir, que reconoce que el art. 15 CE protege la vida del *nasciturus*, quien sin embargo no sería titular del derecho fundamental a la vida²⁰.

Tales datos (desde los puntos de vista histórico y teleológico) ponen de relieve que el texto constitucional, a pesar de la apariencia, no es tan claro y terminante como algunos podrían pensar en cuanto a quién haya de considerarse persona²¹. Es más, al texto puede hacerse decir lo que se desee; a él apelarán partidarios de una y otra posición, en defensa de sus tesis²².

A mi modo de ver, el concepto es débil por dos motivos. De un lado, por encerrar una *petición de principio*: afirmar que el derecho a la vida corresponde a todos no es concluyente, pues desconocemos a quién se incluye en el «todos» del precepto. Si en él se incluye también a los no nacidos, no sabemos por qué han de gozar de tal derecho, *quod erat demonstrandum*. Y si en él se incluye sólo a quienes ya han nacido, no aporta nada y sería tautológico, pues para tal derecho se precisa ser alguien (pues los derechos sólo lo son de alguien y para algo)²³; pero alguien es tal porque es, porque vive, es decir, porque se le atribuye el derecho a la vida. Además, de otro lado, excluir del derecho a la vida al no nacido (quien sin embargo sería un bien protegible) implica desconocer que esa vida es de un ser llamado a nacer; y que esperar al nacimiento supondría ignorar la consideración que a la ciencia merece esa vida, lo cual ha permitido avances indudables en diagnóstico y tratamiento.

2. Menos éxito alcanza el concepto de persona del que parte el código civil²⁴, implícito en la declaración sobre el no nacido de su art. 30. Puesto que el nacimiento determina la personalidad (art. 29 CC, bajo la rúbrica «[d]e las personas naturales»), el no nacido carecería de ella, si no fuera porque se le considera nacido («se tiene por», «se le reputará») para todos los efectos favorables, siempre que tenga figura humana, nazca vivo y se mantenga así 24 horas desprendido del seno materno (art. 30)²⁵. Sin duda que al precepto no cabe exigírsele más de lo que puede decir, y con los condicionamientos de la época en la que lo dijo y para lo que lo dijo.

²⁰ Cfr. *supra*, nota 19, *in fine*.

²¹ Cfr. el análisis crítico de CALVO-ÁLVAREZ, *Aborto y Derecho. Consideraciones críticas en torno a la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre el aborto*, 1997, pp 19-26.

²² Así, en los votos particulares de la STC 53/1985 se recurre al mismo precepto, y en algunos casos para afirmar la constitucionalidad de la despenalización. Cfr. referencias al debate constituyente en OLLERO, *Bioderecho*, pp 80-81, y 103, nota 60, crítico.

²³ En opinión de CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN *et al.*, *DP. PE*, 2004, p 113, la consideración del *nasciturus* en la STC 53/1985 incurre en una «gran contradicción», «construcción jurídica sumamente insatisfactoria» (para referirse a la consideración que recibe el *nasciturus*), pues la tutela del derecho a la vida apela a un sujeto titular, al que sin embargo, se le niega tal carácter. Por lo que la «consideración del aborto como un mal a evitar sólo puede explicarse desde el otorgamiento de derechos al *nasciturus*, bien como ficción jurídica, bien como adelantamiento en su consideración como persona».

²⁴ Aparte, sería oportuno estudiar el concepto civil de persona que sirve de base al Derecho de obligaciones, referido a sujetos dotados de libertad, autonomía... Pero no se realizará aquí tal estudio.

²⁵ Sobre ambos preceptos, cfr. el comentario de ROCA TRÍAS, en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del código civil*, I, Madrid, 1991, pp 223-231.

Pero, en lo que ahora interesa, destaca que se formula sobre la base de unos conocimientos bastante limitados de la medicina, si lo juzgamos con los parámetros de nuestros días, que lo hacen insostenible hoy como enunciado científico²⁶. Y, además, con una finalidad muy reducida, como es la de reconocer aquellos derechos objeto de atención al tiempo de redactarse el código civil²⁷. Se trata de un concepto limitado y de escasa relevancia fuera de tal contexto, incluso si se ampliara el ámbito de los posibles efectos beneficiosos a aspectos no sólo patrimoniales sino «vitales»²⁸.

Ya por estos motivos, se trata de un concepto débil. Lo deficiente del concepto, su carácter débil, reside también en que resulta circular: se es persona si vive y tiene figura humana, esto es, figura de persona humana, pues ¿hay figura humana no personal?; además, afirma que se le tendrá por nacido a ciertos efectos, los favorables, pues son éstos los que benefician a sujetos concretos, es decir, a personas; pero no a cualquier persona, sino a *él*.

3. El concepto de persona empleado en el código penal, más que enunciarse expresamente, se deriva de una serie de preceptos que lo presuponen²⁹. Contamos con abundantes datos que contienen implícito un concepto de persona. Así, existe el aborto como delito (arts. 144-146 CP), es decir, como conducta prohibida por atentar contra una de las realidades sociales más valoradas (puesto que no toda conducta dañosa se sanciona con penas, sino sólo las más gravemente antisociales); existen además delitos de lesiones al feto (arts. 157-158), así como de asesinato y homicidio (arts. 138-143); es más, se prohíbe penalmente la clonación de seres humanos (art. 160.3); por otra parte, abundan a lo largo del código penal referencias a los menores e incapaces (art. 25), como sujetos que requieren una especial protección (una sensibilidad por los casos de debilidad de las víctimas que se plasma también en los preceptos introducidos para prevenir situaciones de desigualdad, violencia de género y doméstica, delitos contra la integridad moral: arts. 153, 173). Cabe, en fin, afirmar que la persona humana está en el centro del modelo de sociedad que el código viene a tutelar: una persona dotada de dignidad y libertad, merecedora de respeto y protección (preámbulo y arts. 1 y 10 CE); y en esta línea contamos con no pocos preceptos que apelan a un sujeto libre sobre cuya autonomía se basa la responsabilidad penal (arts. 1.1, 5, 10, 14).

Sin embargo, a la par, no pocos datos ponen en duda esa preeminente posición de la persona. Así, por un lado, basta una comparación de las penas previstas en los delitos

²⁶ Lo cual es reconocido desde el momento en que se entiende que el art. 30 se refiere a una «viabilidad legal» (cfr. ROCA TRÍAS, en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del código civil*, I, p 228).

²⁷ Cfr. CALVO-ÁLVAREZ, *Aborto y Derecho*, pp 14-16, con referencias.

²⁸ Como se comprueba al leer, en la STC 75/1984, de 27 de junio (caso del «aborto en Londres»), ponente Rubio Llorente, cómo son invocadas (FJ 6) ficciones o presunciones de derecho privado (se supone que se refiere al art. 30 CC), para después prescindir de éstas («[I]a naturaleza fundamental de un derecho, el derecho a la vida o cualquier otro, no permite prescindir de las ficciones o presunciones de derecho privado ni de ninguna de las categorías jurídicas que a través de una obra de siglos nuestra civilización ha ido construyendo para asegurar la libertad en la sociedad. Y no permite, desde luego, prescindir en el presente caso del derecho a no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito perseguible en España según la legislación vigente»), por noble que sea la voluntad de evitar una sanción sin base legal. Para llegar a este resultado no era preciso traer a colación las ficciones y presunciones de Derecho privado.

²⁹ El concepto del código penal se detecta implícito en diversos preceptos, más que en uno solo. Cfr. *supra*, nota 24.

que tutelan a la persona para percibir el salto en la valoración penal que merece la vida del nacido (homicidio, con pena de prisión mínima de 10 años) frente a la del no nacido (aborto doloso sin consentimiento de la madre, con pena mínima de 4 y máxima de 8)³⁰; lo cual lleva a pensar que hay una solución de continuidad entre una y otra vida que no casa con la consideración de la vida como un continuo³¹. Además, por otro, los cambios de sanción parecen apelar a un cambio de valoración³², que sin embargo habría que argumentar³³. Por otro lado, da la sensación de que la vida humana y su protección se relativizan; como se confirma al comparar las penas con las correspondientes a delitos referidos a la flora, fauna y animales domésticos, pues la conducta de maltrato de animales domésticos (causándoles la muerte o provocándoles lesiones que produzcan un grave menoscabo físico: art. 337) es sancionada con la pena de prisión de tres meses a un año, la cual podría ser proporcionada si no fuera porque la conducta de la mujer que produjere su aborto se castiga con la de 6 meses a un año³⁴. Finalmente, por otro lado, ya en el propio sistema de tutela de la vida humana, la misma previsión de la impunidad del aborto exige cierta ponderación y medida que en ocasiones brilla por su ausencia: así, es llamativo el cambio de terminología en la legislación despenalizadora, pues hemos pasado de la mención a que «el aborto no será punible» en la ley de 1983, a los «casos de aborto permitido por la ley» en el código penal de 1995 (art. 145.1); una variación que, en terminología jurídica, es más que de detalle, por ser cualitativa³⁵, por cuanto se trataría entonces de normas permisivas y no meramente casos despenalizados³⁶.

³⁰ Además, es llamativa la disparidad de criterio doctrinal y jurisprudencial que se exige, para dar paso a la tutela penal propia del homicidio (y asesinato), que se haya iniciado el parto o que la víctima haya comenzado la respiración autónoma, como si se estuviera invitando al sujeto activo a dar muerte a la víctima sin dejarle respirar o extraerla. Cfr. las dos posiciones sobre el tránsito del delito de aborto a los de homicidio: entre la tesis del comienzo del nacimiento (así, las STS de 22 enero de 1999, ponente Granados Pérez y la SAP Córdoba, Sección 2.ª, de 22 marzo de 2002, ponente Berdugo y Gómez de la Torre), frente a la tesis de la respiración autónoma (así, en la SAP Barcelona, Sección 10.ª, de 23 julio de 1999, ponente Planchat Teruel). Cfr. al respecto REQUEJO CONDE, «Límite mínimo en la protección de la vida humana independiente. Los nuevos criterios jurisprudenciales», LL 2006-1, pp 1234-1247.

³¹ Cfr. STC 53/1985 (FJ 5.a): «la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital.» (r.a.).

³² Así, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 2008, p 63; LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, 1990, pp 120-121.

³³ Así, sin embargo, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN *et al.*, *DP. PE*, 2004, p 111, quienes deberían fundamentar por qué ese cambio de valoración no rige también para la vida del nacido dependiente, terminal, incapaz... Para LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, p 120, la «ausencia de toda mención al valor de la vida no nacida [sc. en el art. 15 CE] parece indicar que el constituyente aceptó esa diferencia valorativa entre vida nacida y no nacida».

³⁴ Con la triste paradoja de que el delito de maltrato de animales domésticos lleva consigo además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales (art. 337, *in fine*).

³⁵ Como bien sabe la doctrina penal, que por cierto se muestra mayoritariamente partidaria de entender sin muchos matices que los casos de las tres indicaciones del art. 417 bis CP 1973 revisten el carácter de causas de justificación (cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 2007, p 89; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN *et al.*, *DP. PE*, 2004, p 124). Cfr. una breve descripción de las posiciones y sus consecuencias, en LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, pp 332-334.

³⁶ Cabe también destacar cómo el propio legislador evitó la ubicación del delito de aborto entre los delitos

Tales datos hacen pensar que la tutela prevista para la vida humana en el código penal, el concepto de persona que presupone, encierra una contradicción valorativa: lo que se afirma en ciertos preceptos sobre la persona es negado unos artículos después. De nuevo, por este motivo, estamos ante un concepto débil. Debilidad que se acrecienta al percibir que claros consensos de la ciencia sobre la vida humana (que posibilitan los avances en neonatología) sean ignorados cuando se trata de proteger la del no nacido³⁷.

4. Los tres conceptos ahora expuestos han resultado inadecuados para definir la persona humana. El concepto del texto constitucional, por la petición de principio que encierra; el civil, por ser circular; y el penal, por diversas contradicciones valorativas. Ya por estos motivos, cabe afirmar de los tres conceptos su carácter *débil*. A esta debilidad estructural de tales conceptos, se suma que parecen contruidos al margen de los conocimientos científicos, o que han quedado claramente desfasados por éstos (ya que fueron formulados en circunstancias históricas concretas y con unos fines que han podido variar con el tiempo³⁸). La debilidad de los conceptos jurídicos expuestos se confirma. Nos debe hacer dudar incluso de que se trate de conceptos, para pensar que se trata sólo de reglas operativas para asociar ciertos efectos jurídicos a determinados datos.

Todo lo cual ha contribuido a que, como conceptos, sean irreales y parciales. Y así, han mostrado su debilidad cuando han surgido cuestiones claves; es decir, han sido escasamente útiles cuando se ha precisado recurrir a ellos en casos cruciales. El concepto del código civil resultó débil cuando se redactó el texto constitucional español. En éste, el concepto plasmado fue también de poca ayuda cuando se dictó la STC 53/1985, al no aportar datos concluyentes en un sentido u otro. Y el concepto del código penal ha resultado débil cuando se pretende hoy día proteger la vida humana frente a pretensiones de generalizar la despenalización de las intervenciones abortivas directas.

Esta debilidad aconseja, no tanto renunciar a tales conceptos, sino dotarlos de contenido y eficacia. Para lo cual es preciso también contar adecuadamente con los datos de la ciencia en la elaboración de los conceptos jurídicos.

III. Planteamientos científicos sobre la persona: Ciencia sin Derecho

1. Las pretensiones de ampliar la experimentación con células, tejidos o embriones humanos se enfrentan al viviente no nacido como un material manipulable, objeto de experimentación. Así, la vida humana concreta ha resultado algo secundario ante el reto de lograr resultados en nombre del progreso científico. Dichos resultados se han

contra las personas (cfr. OLLERO, *Bioderecho*, p 104). Hay además otra objeción intrasistemática: se trata del difícil fundamento de un derecho al aborto, cuestión que requeriría extenderse, y ahora no se llevará a cabo.

³⁷ Como se comprueba al conocer la doctrina sobre el límite entre el delito de aborto y el de homicidio: cfr. *supra*, nota 30.

³⁸ Así, el art. 15 CE encabeza la declaración constitucional de derechos fundamentales, en un momento histórico en el que resultaba preciso enunciar hasta los derechos más obvios; en el código civil, para vincular efectos jurídicos de carácter patrimonial, sobre todo, en un contexto social y científico muy distinto del actual.

presentado a menudo como apremiantes necesidades en la lucha por la superación de enfermedades. Con lo cual, la urgencia por obtener resultados en la experimentación se ha plasmado en prácticas razonables en cuanto dirigidas a un mayor bienestar de la humanidad. Pero a la vez esta urgencia en la actividad científica, unida a la técnica (más ciega que humanizadora), han conducido a una carrera trepidante por alcanzar logros cuantiosos y palmarios. En esta premura por obtener resultados que podrían llamarse científicos, el Derecho no ha desplegado sin embargo una específica fuerza tuitiva o protectora de la vida, sino que se ha convertido en el medio de legitimar las prácticas genéticas. Es ilustrativo en este sentido conocer la evolución que en 25 años ha experimentado la consideración de la vida del no nacido en el contexto de la experimentación y biotecnología.

2. Esta evolución recorre tres etapas. La primera se halla marcada por la punición legal, sin reservas expresamente previstas para los delitos de aborto en el código penal. Así, hasta la reforma de 1983, que vino a declarar su despenalización en los tres supuestos conocidos como indicaciones. La STC 53/1985 entendió que se trataba de una visión de la vida humana no acorde con la consideración que de ésta hacía la Constitución, pero en una «solución de compromiso» arbitró la posibilidad de mantener la no punibilidad en esos tres casos siempre que se adoptaran algunas cautelas³⁹. Es decir, se trataría de una inconstitucionalidad reparable mediante la legislación ordinaria que se dictara al efecto como formas garantizadas de practicar abortos⁴⁰. Como era de prever, esta solución no pudo impedir la generalización de las intervenciones abortivas directas⁴¹. Era de prever desde el momento en que la STC 53/1985 planteó que «la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental –la vida humana– garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional» (FJ 5; semejante, también 7). Pero un interés que pronto cedería ante otros, en concreto ante el de la dignidad (y libertad) de la madre: «Por ello, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos [*sc.* la vida del *nasciturus* y la dignidad personal de la madre] su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos...» (FJ 9 y 11). Considerado el no nacido como un bien, pero sin titular que lo ostente y proteja⁴², es fácil adivinar la suerte que le corresponderá en una ponderación. En efecto,

³⁹ Es ilustrativo conocer cómo en la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica en el caso «Roe v. Wade» (1973), se «impuso» la preponderancia del interés de la madre sobre la de la protección legal estatal del no nacido. Según entiendo, dicha decisión –a reservas de otras finalidades– parece moverse en un cómodo *no querer saber* sobre los avances de la ciencia: ¡durante el primer trimestre de vida, todo vale! Una actitud impropia del siglo XXI, en el que confiamos en la ciencia y adoptamos posiciones jurídicas y sociales para salvar las desigualdades. Distinto es lo que cabe afirmar de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 25 de febrero de 1975, en la que se está por la protección de la vida del no nacido, al menos a partir de la segunda semana.

⁴⁰ Lo cual motivó en parte algunos de los votos particulares, referidos a la función del Tribunal respecto a la legislación.

⁴¹ A las cifras hay que remitirse: cfr. *supra*, nota 4.

⁴² Ciertamente, todo delito ha de contar con un objeto jurídico de protección, un «bien jurídico», en terminología propia del Derecho penal. Y dicho bien, distinto tanto del mero objeto material del delito concreto como de los valores subyacentes, ha de contar con un titular. La STC 53/1985, sin embargo, parte de entender que el *nasciturus* es un «bien jurídico», que encarna un «valor fundamental», pero no establece quién es su titular. De ahí

planteado así el conflicto entre vida y otros intereses, no tardó mucho en llegar el momento en que otros intereses pasaran por delante: la experimentación con embriones se impuso pocos años después sobre la protección de la vida incipiente.

Así, en una segunda etapa se pasa a la solución de «tolerancia expresa» o legitimación. Tres años después de aquella previsión del Constitucional en 1985, son promulgadas la L 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y la L 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Es decir, que fue aprobada una regulación legal sobre el uso de la técnica y la ciencia en los primeros estadios de la vida humana (regulación deseable, para no dejar la vida humana al albur de los apremiantes requerimientos de la biotecnología). Una regulación de la que cabía esperar que proporcionase aquel «sistema legal para la defensa de la vida» que supusiera «una protección efectiva», en el decir de la STC 53/1985. Y así, ya en la exposición de motivos (apartado II) de la primera Ley, la referida a técnicas de reproducción asistida, tras abogar por la experimentación y manipulación con preembriones, se afirmaba que éstos «no pueden ser utilizados de forma voluntarista o incontrolada, y que su disponibilidad, tráfico, usos y transporte deben ser regulados y autorizados, al igual que los centros o servicios que los manipulen o en los que se depositen». Sin embargo, la consideración que para la ciencia y técnica merece el viviente humano se relativiza ante los objetivos pretendidos por la experimentación biotecnológica⁴³. Y así, tras declarar que no se realizará la fecundación de óvulos humanos con fines distintos de la procreación humana (art. 3) y que se evitará la generación de preembriones sobrantes (art. 4.1, *in fine*), se prohibía mantener con vida *in vitro* a óvulos fecundados más allá del día 14 siguiente al de su fecundación (descontando el tiempo de crioconservación, art. 20.2.B.c), lo cual presupone que han de transferirse o crioconservarse, porque son *portadores de vida*. Una vida que interesa ahora a los efectos de la técnica.

Era de esperar que surgiera la duda de la compatibilidad de dicha Ley con la Constitución⁴⁴. Así fue: preceptos concretos de la ley, vinculados a la titularidad o no del derecho a la vida por los todavía no nacidos (junto a la reserva de ley orgánica y el ejercicio de derechos paterno-filiales) fueron objeto de recurso de inconstitucionalidad. El cual dio lugar a la STC 116/1999, de 17 de junio, en la que se vuelve a la distinción entre *nascituri* y nacidos, para negar la titularidad del derecho a la vida a los primeros y

las críticas que la resolución suscita: cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *DP.PE*, 2008, pp 61-62; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN *et al.*, *DP. PE*, 2004, p 113.

⁴³ De nuevo la ponderación entre un interés preponderante y uno que siempre cede. Pero, esta ponderación, que se mueve bien en el ámbito de realidades patrimoniales, no casa cuando se trata de la vida humana en cuanto tal. Salvo que la vida humana se patrimonialice, como hace la L 35/1988 («es necesario, por lo tanto, establecer los requisitos del donante y de la donación [sc. de lo que llama “material reproductor”, *sic!*], así como las obligaciones, responsabilidades o derechos, si los hubiere, respecto de los donantes con los hijos así nacidos»). Cfr. *infra*, nota 51. Crítico respecto a la ponderación de intereses que aquí se encierra, PÉREZ DEL VALLE, «Finalidad terapéutica e investigación genética (a propósito de la consideración jurídica del embrión)», en *CDJ VI-2004, Genética y Derecho*, p 205, por entender que la comparación no es posible y que las reglas de ponderación empleadas son incorrectas.

⁴⁴ Cfr. el análisis crítico de esta evolución en OLLERO, *Bioderecho*, pp 25-74, 26-29.

legitimar la práctica de producción de embriones (preembriones)⁴⁵. Un futuro parecido esperaba, por semejantes motivos, a la otra Ley, la 42/1988, la de donación y utilización de embriones y fetos humanos. En efecto, también ésta motivó un recurso de inconstitucionalidad, resuelto en la STC 212/1996, de 19 de diciembre. Pero igualmente en este caso el Tribunal Constitucional respaldó la experimentación con embriones⁴⁶, los cuales han pasado a ser considerados material de experimentación «material biológico»⁴⁷.

Ambas sentencias acaban legitimando, con algunas reservas, la práctica de la experimentación con material reproductivo humano, al entender que las leyes en cuestión plantean suficientes garantías (más las que con ese mismo fin añaden sendas sentencias, de carácter interpretativo). En lo que afecta más directamente al tema que ahora nos ocupa, se percibe cómo la consideración de la vida humana intrauterina de la STC 53/1985 se ve reafirmada; es más, es la premisa de la argumentación. Según tal consideración, en el caso de los preembriones (STC 116/1999) y en el de los embriones (STC 212/1996) no se trata de sujetos del derecho a la vida: «El art. 15 C.E., en efecto reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del que, como tal y con arreglo a la STC 53/1985, son titulares los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los nascituri»⁴⁸. Negada tal titularidad, tal subjetividad, a continuación se afirma que el embrión y feto no viables, por definición, ni siquiera pueden considerarse *nascituri*⁴⁹. Es más, aquél queda como objeto casi irrelevante: «no es sino una estructura celular sin posibilidad de ulterior desarrollo»⁵⁰, aunque no puede considerarla una mera donación patrimonial, sino una «singular donación»⁵¹. Tal valoración del embrión encierra una progresiva desconsideración del *nascituri*: negado el carácter de sujeto del derecho a la vida en la sentencia de 1985,

⁴⁵ STC 116/1999, de 17 de junio, ponente García Manzano (con voto particular de Jiménez de Parga, al que se adhiere Garrido Falla), en el recurso de inconstitucionalidad promovido por 63 Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley 35/1988, de 22 noviembre, sobre Técnicas de reproducción asistida. En la STC se estima parcialmente el recurso (en parte ya había desaparecido el objeto del recurso), por lo que declara que el inciso final del art. 12.2 de dicha Ley («o si está amparada legalmente»), sólo sería constitucional si es interpretado en el sentido de que las intervenciones amparadas legalmente son las comprendidas en el art. 417 bis CP 1973; además, declara la inconstitucionalidad y nulidad del inciso inicial del art. 20.1 de la Ley («con las adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia regulada en esta Ley») y desestima el recurso en lo restante. Como se puede comprobar fácilmente (cfr. *infra*, nota 46), un fallo coincidente con el de la STC 212/1996.

⁴⁶ STC 212/1996, de 19 de diciembre, ponente Cruz Villalón (con voto particular de Gabaldón López), en el recurso de inconstitucionalidad promovido por Federico Trillo-Figueroa, comisionado por 78 Diputados del Grupo Parlamentario Popular, contra la Ley 42/1988, de 28 diciembre, de Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. La STC estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad (en parte había desaparecido el objeto del recurso) y declara cómo ha de interpretarse, para ser acorde con la Constitución, el inciso de su art. 5.1 puesto en duda («o de conformidad con las disposiciones normativas vigentes»); los términos contenidos en el FJ 12 («es constitucional en la medida en que las “disposiciones normativas vigentes” del art. 5.1 de la Ley 42/1988 no aluden sino al referido, y aún vigente, art. 417 bis del derogado Código Penal»); en cambio, declara la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «con las adaptaciones que requiera la materia» del art. 9.1 de la Ley y desestima el recurso en lo demás.

⁴⁷ En el decir de la L 35/1988, EM, II y art. 18; L 42/1988, art. 8.1.

⁴⁸ STC 212/1996, FJ 3; cfr. STC 116/1999, FJ 4; también STC 75/1984, de 27 de junio (caso del «aborto en Londres»), FJ 6.

⁴⁹ Cfr. STC 212/1996, FJ 5; cfr. STC 116/1999, FJ 9.

⁵⁰ STC 212/1996, FJ 6.

⁵¹ STC 212/1996, FJ 8; cfr. STC 116/1999, FJ 11.

su status de *nasciturus* como «bien jurídico», a medio camino entre la personalidad y las cosas, no tarda en decantarse a favor de su tratamiento como éstas. Así se pone de manifiesto en los fundamentos citados, y se confirma al remitir el carácter de «ser humano» al momento del nacimiento⁵². Sin embargo, no puede ignorar la sentencia que su carácter inviable se debe a la intervención de alguien que ha hecho posible tanto su existencia como su no viabilidad (se trata de, «por definición, embriones o fetos humanos abortados en el sentido más profundo de la expresión»⁵³).

Que la tolerancia de estas prácticas hiciera cambiar la visión que se tenía de la vida humana era cuestión de tiempo. Es más, no es ilusorio atribuirles cierto protagonismo en el cambio de visión respecto de la vida humana, al predominar en ella la de objeto de experimentación biomédica sobre la consideración de sujetos o bienes a tutelar por el Derecho. Ambas leyes y sendas sentencias del Tribunal Constitucional son expresión de un progresivo cambio de óptica respecto a la valoración que al Derecho merece la vida humana. El Derecho va tras la ciencia, que exige facilitar la experimentación biomédica, con la bienintencionada pretensión de buscar la salud y bienestar de muchos. Pero de este modo, fácilmente asistimos también a la «legitimación» de prácticas biotecnológicas en expansión, por mucho que siga en pie la exigencia del Tribunal Constitucional respecto al sistema eficaz de protección de la vida humana. En concreto, diez años después de aquella primera sentencia sobre la despenalización del delito de aborto (art. 145.1 CP), el código penal de 1995 opta por considerar estas intervenciones como casos *permitidos* de aborto, más allá de la mera no punibilidad que enunciaba la reforma de 1983 (art. 417 bis CP 1973). Entre tanto, se ha generalizado la práctica de abortos en establecimientos al efecto y ha sido mínima en términos comparativos la actuación del Derecho (del Ministerio Fiscal) para hacer cumplir la Ley⁵⁴. El siguiente paso resulta obligado: la legitimación expresa en la L 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida⁵⁵, y la L 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, que vienen a derogar las leyes de 35 y 42 de 1988, respectivamente. Con ambas leyes de 2006 y 2007 quedan legitimadas por el Derecho las prácticas que la técnica y la ciencia exigen para experimentar con el «material reproductivo humano».

⁵² «Aplicado a un embrión o feto humano, su caracterización como “no viable” hace referencia concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una “persona” en el fundamental sentido del art. 10.1 CE» (STC 212/1996, FJ 5; STC 116/1999, FJ 9), es decir, a efectos de la dignidad, los derechos inviolables y el libre desarrollo de la personalidad.

⁵³ STC 212/1996, FJ 5; se trata de embriones «frustrados», «que nunca van a “nacer”» (STC 212/1996, *ibidem*; STC 116/1999, FJ 9); «el embrión abortado no es sino una estructura celular sin posibilidad de ulterior desarrollo» (STC 212/1996, FJ 6).

⁵⁴ Cfr. *supra*, notas 4 y 5.

⁵⁵ La L 14/2006 se plantea como una necesidad de hacer eficiente la técnica y de favorecer la salud de la mujer. El discurso de la necesidad de regulación para evitar vacíos legales expuesto en la L 35/1988 (cfr. *infra*, nota 62) cede ahora al de la obtención de resultados: «la manipulación y el tráfico con embriones o fetos humanos incita a reflexiones éticas y sociales y pone de manifiesto la exigencia de un marco jurídico que centre los justos términos de las actuaciones biomédicas desde el respeto a la vida, a la dignidad y a los derechos humanos y sin cerrar el camino al patrimonio de la humanidad que es la ciencia» (EM).

El siguiente estadio, la tercera etapa o «solución final», es la reforma del delito de aborto planteada ahora como ley de plazos⁵⁶ en el Documento (2009) de conclusiones de la subcomisión (creada en 2008) sobre la reforma de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en el marco de una nueva norma sobre derechos y salud sexual y reproductiva. En dicha propuesta, se parte de la base de que «no estamos ante un conflicto entre dos derechos fundamentales; los únicos derechos fundamentales implicados en esta cuestión son los derechos de las mujeres. En este sentido, no son de la misma entidad los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas, que el bien jurídico protegible *nasciturus*» (*sic*)⁵⁷. Por tanto, además de un sistema de indicaciones, se plantea introducir uno de plazos que dé acogida a la gran mayoría de las intervenciones abortivas directas que se practican en nuestro país⁵⁸. La nueva vía planteada en las conclusiones de la subcomisión –se afirma– «garantiza las libertades y derechos fundamentales de las mujeres implicados en la decisión de llevar a cabo» las intervenciones abortivas directas «y, simultáneamente, brinda una protección adecuada al *nasciturus*, a través de requisitos tales como la información que obligatoriamente se debe proporcionar a las mujeres sobre las ayudas y el apoyo social del cual dispondrán en el caso de continuar con su embarazo»⁵⁹. La solución reviste el carácter de *final* por acabar reconduciendo la compleja problemática del aborto a una cuestión de tratamiento, información y consentimiento, durante los plazos que se establezcan; como se confirma al plantearse también la imposibilidad de invocar la objeción de conciencia en tales casos, así como el valor del consentimiento otorgado por menores de edad⁶⁰.

3. La exposición muestra la debilidad del concepto de persona que se da por supuesto. Se comprueba la escasa fuerza protectora desplegada por el Derecho (el legislador y el Tribunal Constitucional) respecto a la vida del no nacido. No puede afirmarse, en efecto, que el legislador español de la actualidad ante las pretensiones de liberalizar la experimentación se haya empeñado en tutelar la vida humana. Se vislumbra más bien cómo el legislador español muestra cierto complejo de inferioridad ante la ciencia. El Derecho se ha puesto entonces al servicio de una ciencia dominada por la técnica, como mecanismo de reglamentación y regulación de sectores de actividad, y no como factor de protección de relaciones sociales⁶¹. Llamado el Derecho para levantar acta y dar fe de «datos» científicos, se ha puesto al servicio de una biología mercantilizada y

⁵⁶ Cfr. *supra*, nota 10. Con todo, es cuestionable que un sistema de plazos sea acorde con la doctrina del TC en su sentencia 53/1985 (si les parece acorde a CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN *et al.*, *DP. PE*, 2004, pp 120-123; mientras que para LAURENZO COPELLO, *AP* 1994-1, pp 132-135, es dudoso que sea compatible con el art. 15 CE según la interpretación del TC, aunque entiende que el del plazo es el sistema penal idóneo).

⁵⁷ Cfr. Documento de Conclusiones (nota 10), p 29.

⁵⁸ Cfr. Documento de Conclusiones (nota 10), p 29.

⁵⁹ Cfr. Documento de Conclusiones (nota 10), p 29.

⁶⁰ Cfr. Documento de Conclusiones (nota 10), pp 29-30.

⁶¹ «Con frecuencia, se plantea la necesidad de definir el status jurídico del desarrollo embrionario, especialmente en los primeros meses, pero hasta ahora no se ha hecho o se hace de forma muy precaria, pues difícilmente puede delimitarse jurídicamente lo que aún no lo está con criterios biológicos, por lo que se presenta como necesaria la definición previa del status biológico embrionario» (L 35/1988, EM, II). Y así, a continuación, se pasaba a definir el preembrión, embrión y feto, para entrar en la reglamentación de las técnicas objeto de la Ley. Cfr. ahora la L 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, art. 3.

no para hacer posible la protección del débil⁶². Y así, no es de extrañar que acabe por ser el artífice de su desprotección, pues «*para quienes tienen el poder jurídico de definición, se le niega toda protección penal (y aun jurídica)*»⁶³.

Como se expuso más arriba, de un concepto fuerte cabe esperar que sea factor de resistencia y límite frente a las pretensiones externas, de la ciencia o de la técnica; es decir, que tenga la capacidad de evitar que el concepto sea empleado con parcialidad motivada por factores ideológicos. En el caso de la reglamentación española de la actividad científica en esta materia, el Derecho no ha sabido oponer una garantía a las pretensiones de la técnica y la experimentación. En cambio, la pretensión de lograr resultados científicos se ha adueñado de la reglamentación jurídica.

IV. Propuesta para un «concepto constitucional de persona»

1. Como se ha ido expresando, los tres conceptos jurídicos expuestos (constitucional, civil, penal) adolecen de ciertos defectos (lógicos, valorativos y de contenido), que los hacen ya poco viables fuera de concretos contextos y para finalidades bien determinadas. Así, se incurre a veces en incoherencia con los datos que aportan los saberes científicos, no jurídicos (como cuando la legislación se empeña en condicionar el carácter personal a la subsistencia durante más de 24 horas), de tal modo que el concepto se torna irreal o utópico, en cuanto pierde sentido fuera del concreto contexto en el que se enuncia. Además, se da cierta incoherencia intrasistemática y resulta extraño el concepto dentro de un mismo orden o sistema de valores (así, el concepto penal de persona entra en conflicto con la protección dispensada a través de otros preceptos de

⁶² Esta subordinación del Derecho respecto a las ciencias de la vida es compatible con declaraciones bienintencionadas de poner freno a una actividad científica deshumanizadora. Me refiero, de nuevo, en concreto, a la Ley sobre técnicas de reproducción asistida (L 35/1988, EM, II), en cuya exposición de motivos se leía: «Los avances científicos, por otra parte, cursan generalmente por delante del derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquellos. Este asincronismo entre la ciencia y el derecho origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos, que debe solucionarse, si no es a costa de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión». La ley continúa afirmando que las nuevas técnicas de reproducción asistida han generado vacíos, indefensión, en los ámbitos del Derecho administrativo, civil o penal. Y, puesto que se emplean para experimentación embriones de las primeras fases del desarrollo, se plantea la necesidad de definir su status jurídico. Se encuentra entonces el legislador con la dificultad de delimitar jurídicamente lo que aún no está definido con criterios biológicos. Y acoge lo que se venía proponiendo en determinados sectores de la ciencia del momento como preembrión o embrión preimplantatorio (el óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero). Sin embargo, en esto el legislador obra más como un científico metido a genetista dando lecciones sobre lo que ha de ser llamado embrión, preembrión... (cfr. *infra*, nota 64). En efecto, el concepto de preembrión sitúa esa vida humana del lado de las cosas y no de las personas. No se considera como un alguien embrionario, sino como un algo. Y, por tanto, como una cosa a manipular, trocear..., para extraer células troncales o estaminales (de las que –dicho sea de paso– ¡ya se sabe que son menos eficaces que las extraídas de adultos!).

También parece bienintencionada la EM de la L 44/1988: «la manipulación y el tráfico con embriones o fetos humanos incita a reflexiones éticas y sociales y pone de manifiesto la exigencia de un marco jurídico que centre los justos términos de las actuaciones biomédicas desde el respeto a la vida, a la dignidad y a los derechos humanos y sin cerrar el camino al patrimonio de la humanidad que es la ciencia».

⁶³ SILVA SÁNCHEZ, «Los indeseados como enemigos: La exclusión de seres humanos del *status personae*», en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ JARA (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2006, p 988 (r.t.). Cfr., además, SERNA, «El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo», en MASSINI/SERNA *et al.*,

vigencia indiscutida), de manera que hay motivos para aventurar que haya algo que no es jurídico en la voluntad de mantener esa visión de la persona humana. Esa sospecha se ve confirmada, cuando se mantienen los conceptos aun basándose en defectos lógicos, como ya sucede con el concepto constitucional a pesar de la *petitio principii* que expresa, o del concepto civil, que adolece de circularidad, o del concepto penal, que encierra una contradicción valorativa. No espera una suerte mejor a las pretensiones de la ciencia al margen del Derecho, transformado éste en factor reglamentador al servicio de la biología y legitimador de otras pretensiones.

Por todo lo cual, cabe pensar que en la opinión generalizada en la actualidad prima una *visión ideológica* que prescinde incluso de los datos científicos⁶⁴. En efecto, todos los intentos de no reconocer el carácter de persona humana al no nacido han de afrontar la difícil tarea de negar que allí exista vida humana⁶⁵; una vida humana que condiciona la de quien es portador del no nacido mediante la experiencia de la maternidad como dato biológico indudable. En tal sentido, se diga lo que se diga, se llame preembrión, feto, material reproductivo o como se quiera, *ese manojito de células se mueve*, «e pur si muove», se podría decir con la vieja objeción. Cabe sostener que negar dichos datos científicos responde a una visión ideológica, por cuanto es propio de las ideologías subordinar la verdad a la praxis, sacrificar cualquier bien o valor en aras de construir un proyecto social ajeno a tales realidades⁶⁶. En un discurso ideológico los datos que interesan son los de la eficiencia para obtener los objetivos propuestos. Lo demás es prescindible, aunque sea a costa de sacrificar la misma coherencia lógica de lo que se afirma. Y de aquí al sofisma no hay más que un paso. De este modo, los datos de la ciencia –incluso el lenguaje mismo– ceden, pues se tornan en evidencias molestas contra el objetivo ideológico, por lo que no tardarán en verse modificados⁶⁷. Ya sólo

El derecho a la vida, 1998, p 44: «se entra en colisión frontal con la teoría de los derechos humanos, pues no hay acto más fuerte de disposición sobre un ser humano que establecer si lo es o no» (cfr. también *ibidem*, pp 52 y 77).

⁶⁴ Por ejemplo, el término «preembrión», empleado y asumido como de carácter científico en la L 35/1988, L 14/2006 y L 14/2007, cuando carece de arraigo científico más allá de las apariencias: cfr. HERRANZ, «Ética de las intervenciones sobre el embrión preimplantatorio», *Anuario Filosófico* XXVII/1 (1994), pp 117-135, en donde se analiza (pp 127-133) el origen –nada pacífico, sino producto de una fórmula de compromiso– de la expresión en el informe del comité Warnock (Gran Bretaña, 1984). Muy ilustrativo también, el estudio de FERRER/PASTOR, «Génesis y uso del término “pre-embrión” en la literatura científica actual», *Persona y Bioética* 2 (1998), pp 1-27, en donde se analiza también su (reducido) uso en publicaciones científicas (1991-1997), y se llega a la conclusión de que no se trata de un término basado en los avances científicos, sino en un empeño nominalista estratégico («La razón no es biológica, sino de táctica política», en expresión de HERRANZ, *ibidem*, p 128). A los estudios citados convendría añadir los progresos científicos destacados en tiempos más recientes: en concreto, se da noticia de ello en «Developmental Biology: Your Destiny, From Day One», *Nature* 418 (2002), pp 14-15. Pero lo más llamativo es que las leyes españolas de 2006 y 2007 sigan ahora pretendiendo «pasar como científica» esa terminología. Otro ejemplo de Derecho con dudosa base científica puede darse en el empeño en cifrar las esperanzas de la experimentación con células madre embrionarias despreciando los resultados obtenidos con las células adultas. En cualquier caso, los avances científicos harían replantear algunas posiciones sobre la vida del no nacido (cfr. ROMEO CASABONA, «La reforma penal del aborto: límite mínimo, figuras delictivas y sistema de las indicaciones [I y II]», *AP* 1992-1, p 137; LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, pp 77-85); cfr. en cambio la exposición de PÉREZ DEL VALLE, en *CDJ* VI-2004, pp 181-183.

⁶⁵ Cfr., sin embargo, QUERALT JIMÉNEZ, *DP.PE*, 2008, p 63; MUÑOZ CONDE, *DP.PE*, 2007, p 87.

⁶⁶ Y la ideología encuentra en la retórica un aliado de primer orden: cfr. *supra*, I, párr. 3.

⁶⁷ Muy ilustrativa en este sentido la exposición de HERRANZ, «La biología de la bioética: usos y abusos de los datos científicos» (conferencia inédita, 22 de enero de 2009, mecanografiado de 9 páginas), a propósito del extraño arraigo en el imaginario colectivo científico de tópicos como los de la indemonstrada e hipotética cronob-

queda entonces el Derecho, que se emplea como superestructura para justificar un proyecto ideológico o la legitimación *a posteriori* de lo realizado⁶⁸.

2. Ante este panorama, se propone aquí la opción de construir un concepto de persona de anclaje constitucional⁶⁹, que sea plasmación tanto de los avances de la ciencia como de esa sensibilidad por el débil que debe caracterizar al Derecho. Sin abandonar su base constitucional, uno de los retos del Derecho de nuestros días es reconocer la realidad de una subjetividad humana en el no nacido como ser personal, aun a riesgo de no acelerar la carrera por los éxitos científicos (aunque a medio plazo supondría encauzar y potenciar los avances de la ciencia). Tal opción no es *arbitraria*, porque debe tomar en cuenta los datos de la ciencia. Tampoco resulta una opción *irresponsable*, porque se trata de aceptar el carácter protector del Derecho, para limitar y encauzar la propia actividad científica respetando esa subjetividad personal. Esta propuesta pretende así reconocer los datos que aporta la ciencia sin prescindir además de la tutela que proporciona el Derecho a esa realidad. Lo cual no implica necesariamente que sea el Derecho penal la principal instancia normativa llamada a intervenir, ni que, cuando lo haga, la sanción a toda costa sea la mejor salida⁷⁰.

3. El punto de partida es que la personalidad no se constata, sino que se reconoce a los sujetos⁷¹. Es decir, que no comparece ante nuestros sentidos como los datos físicos (el peso, volumen o la forma), sino que es el resultado de una operación tan cotidiana como es la de reconocernos aquellas cualidades que entendemos son propias de lo humano. Lo cual posibilita conceptos normativos de muy distinto orden: así, es posible que un ente colectivo reciba el carácter de persona (jurídica) para hacer posible el tráfico mercantil, el desarrollo de actividades más allá de un solo individuo... El Derecho nos tiene acostumbrados desde antiguo a construcciones como ésta. Se trata en tales casos de constructos normativos. Y no se trata de casos excepcionales. También la personalidad de los seres humanos nacidos es fruto de un reconocimiento en nuestras relaciones habituales en la sociedad.

De inmediato surge la objeción de que planteamientos como éste conducirían a un inaceptable relativismo, debido a la inevitable mutabilidad de las atribuciones sociales. Para el concepto de persona, dejarían éste a merced de lo que se entienda en cada época, al ritmo de las necesidades sociales, sean utilitaristas o no, o del mero capricho. Pero así sucede ya, como se ha mostrado *supra*, y como se evidencia al conocer distinciones como las de «ser humano» y «persona»⁷², o cuando se rechaza el carácter

gía de la gemelación monocigótica y de las quimeras tetragaméticas, o del masivo destino extraembrionario del preembrión.

⁶⁸ Muy gráficas las palabras de SILVA SÁNCHEZ, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ JARA (coords.), *Derecho penal del enemigo*, p 989, cuando critica así tal pretensión: «es no-persona para el Derecho penal *aquel ser humano*, y sólo *aquel ser humano cuyo sustrato antropológico se destruye jurídica y/o filosóficamente, siendo reconstruido como un ente perteneciente al Derecho de cosas.*» (r.t.).

⁶⁹ En la línea de la propuesta iniciada por OLLERO, *Bioderecho, passim* y pp 100-104.

⁷⁰ Sobre la «dudosa eficacia del Derecho penal», cfr. ESER, «Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho comparado», *AP* 1994-1, p 66.

⁷¹ Sobre la idea de reconocimiento, cfr. SERNA, en MASSINI/SERNA *et al.*, *El derecho a la vida*, pp 29-32.

⁷² Recoge tal dualidad, por ejemplo, REQUEJO CONDE, *LL* 2006-1, pp 1234-1247, 1235, 1242-1243.

personal de aquellos sujetos que se ponen voluntariamente al margen del ordenamiento (los «enemigos»⁷³).

4. En efecto, ante los riesgos de esta «visión normativista» (o sociologicista), cabría proponer una alternativa dotada de cierta fuerza y capacidad para el consenso: la determinación de la personalidad en virtud de factores meramente biológicos. Se trataría de recurrir a la ciencia (a la «mera biología») para determinar el carácter humano primordial con una seguridad y garantías que las valoraciones sociales no podrían aportar. En tal planteamiento, con base en datos y evidencias biológicas, sería la ciencia la que estaría en condiciones de afirmar la presencia de una persona desde el punto en que se aprecia *vida humana*. Tales afirmaciones serían el punto de partida para el Derecho, que reconocería a tal ser un adecuado estatuto y proporcionada protección como sujeto: la persona.

Sin embargo, este recurso a la ciencia para tal fin resulta menos eficaz de lo que parece⁷⁴. Por una parte, hay ciertos obstáculos lógicos: que si se reconoce el carácter personal a partir de los datos que aportan las ciencias de la vida, corremos el riesgo de incurrir en una *falacia naturalista*, al extraer el carácter de «persona» de un dato biológico. Además, se daría cierta circularidad también, pues si se recurre a la ciencia para solicitar tal información, no puede desconocerse que la biología afirmará la existencia de un viviente humano en aquel *substrato* que sea susceptible de vida propia en condiciones de desarrollo normal; lo cual supone que el científico introduce un elemento no estrictamente biológico, sino normativo, como es la individualidad o el carácter de sujeto que ostenta esa vida humana comprobada biológicamente. Esta circularidad aboca a una suerte de *falacia normativista*, al afirmar que la vida humana que le interesa es la que ostenta y se presenta en ese ser susceptible de llegar a ser sujeto completo (así, cuando se afirma que desde el nacimiento hay persona humana, se está asumiendo que la organogénesis ha surgido de pronto, como por ensalmo)⁷⁵. Ante tal situación, me parece que la «mera biología» no se halla en la mejor posición para afirmar el carácter personal del ser humano.

5. Por otra parte, sin embargo, sobran datos sobre la *resistencia a la evidencia*. La práctica de la experimentación científica pone de relieve cada día que los datos de la ciencia, con ser evidencias, no suponen límite alguno al empeño de investigar a toda costa; y que se llega a doblegar la realidad, la evidencia, si de lo que se trata es de obtener resultados. En este punto, es donde el Derecho puede ejercer su empeño tuitivo y protector de la persona. Se trataría de hacer del *reconocimiento* de la personalidad humana un *prius* de toda experimentación científica. Que la personalidad se reconozca o atribuya no significa que deba quedar a merced de intereses espurios, sino que también podría llevarse a cabo con garantías. Estas garantías son las del Derecho, como

⁷³ Cfr. sobre tal tópico las diversas contribuciones recogidas en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ JARA (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2006, *passim*.

⁷⁴ De hecho, el mismo argumento «biológico» es empleado para negar que se trate de algo digno de protección jurídica «por lo menos en los primeros meses del embarazo»: cfr. MUÑOZ CONDE, *DP.PE*, 2007, pp 87-88.

⁷⁵ Ya por razones médicas, jurídicas y sociológicas, la referencia al momento del nacimiento como frontera decisiva me parece insostenible: cfr., crítico, SILVA SÁNCHEZ, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ JARA (coords.), *Derecho penal del enemigo*, p 1001.

también, por supuesto, las de otras instancias éticas. No en vano, la ciudadanía, el reconocimiento de los derechos civiles, la nacionalidad, la libertad frente a la esclavitud..., han sido logros (parciales) del Derecho frente a otras pretensiones técnicas o el incremento de la productividad económica. En nuestro tiempo se trataría de reclamar la tutela del Derecho frente a pretensiones científicas carentes de límites y garantías. Una vez más, la invocación del carácter de ciudadano despliega una fuerza frente al mero poder y las pretensiones del cientificismo a toda costa. Se trataría de apelar a «evidencias» –en cuanto acuerdos consolidados– de otro orden (jurídicas...) para encauzar el curso de la ciencia⁷⁶. Aquí, la personalidad, la ciudadanía, por ejemplo, operarían como en otro tiempo como garantía (más que como freno): se trataría de apelar a la idea política, jurídica, de reconocimiento (el «civis romanus sum», que se encuentra reflejado casi veinte siglos después en el «Ich bin ein Berliner»). Es decir, el Derecho está llamado a reclamar para el ser humano el reconocimiento frente al mero poder⁷⁷; en nuestra época, frente al poder sobre todo del cientificismo.

Pero también frente a la pretensión de ejercicio del derecho a la libre decisión, pues a quien pretenda ejercer un derecho a costa del no nacido, le incumbe la prueba de tal derecho y la justificación de la discriminación que supone⁷⁸. A pesar de todo, no falta la presentación de tal derecho como conquista social frente a la tiranía de la ciencia, del pasado, de la sociedad dominante hasta el momento... Desde tal concepción, el derecho a la salud reproductiva y a la libertad sexual se presentan como un logro social⁷⁹. Contra tal pretensión, pienso que basta apelar a dos datos. Por una parte, a que el derecho personal al ejercicio de la libertad pasaría por delante de una realidad (el viviente humano no nacido) que se encuentra protegida ya por el mismo Derecho (frente a las intervenciones médicas defectuosas, por ejemplo), por lo que cabe exigir una mayor argumentación capaz de convencer y negar el estatus existente⁸⁰. Por otra parte, al dato de que supondría ignorar que lo que tomamos hoy como logros sociales (frente a la esclavitud, discriminación racial, negación de derechos civiles...) han supuesto la incorporación a la vida social, al mundo de los derechos, a un número mayor de sujetos, aunque haya sido a costa de reducir la producción de algodón en las plantaciones, de reajustar las prestaciones sociales o de ponerse en riesgo de perder unas elecciones, por ejemplo.

6. Más que renunciar a la capacidad de juristas (y sociólogos...) y biólogos (y médicos...) para afirmar la personalidad humana, la propuesta que aquí se efectúa parte de que es posible reconociendo los condicionamientos metodológicos de ambos sectores,

⁷⁶ Sobre la legitimidad de argumentos morales en la discusión política, cfr. SANDEL, *Public Philosophy*, 2005, pp 224-230.

⁷⁷ Cfr. la exposición crítica que lleva a cabo SILVA SÁNCHEZ, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ JARA (coords.), *Derecho penal del enemigo*, pp 1004-1007.

⁷⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ JARA (coords.), *Derecho penal del enemigo*, p 1009 («prueba desde luego no aportada»).

⁷⁹ Parafraseando una idea de SANDEL, *Public Philosophy*, p 229, la defensa de esa posición incluiría ya una «comprehensive moral view», que el liberal deseaba dejar fuera del debate.

⁸⁰ Cfr. PÉREZ DEL VALLE, en *CDJ VI-2004*, pp 205-207, respecto al argumento «del beneficio de la duda» o «in dubio pro embrione».

tanto del Derecho como de la ciencia⁸¹. Así, frente al reproche de falacia normativista (de interpretar los datos biológicos a partir de una precomprensión normativa), el científico no incurriría en tal vicio si se entiende que, como tal, es también sujeto de conocimiento que parte de su propia experiencia y modo de ser, de su propio carácter personal. Es decir, que como tal científico no puede desprenderse de su ser persona que estudia, investiga, analiza y juzga; por eso, cuando el científico exige la concurrencia de un *sujeto* de la vida humana que detecta en la experimentación no incurriría en un extraño vicio normativista que se introduciría de matute en una visión científica de la realidad. Es lo propio del científico como humano: no puede sustraerse a la calidad personal que él mismo ostenta. Para el científico, la necesidad de contar con un sujeto de la vida humana no es una falacia de la argumentación, sino un dato que ha de respetar, pues forma parte de la visión humana de la realidad en la que se desenvuelve, que no puede renunciar a la visión atributiva de la percepción (la vida que él ve no es tal porque «se mueva», es vida porque hay un sujeto)⁸². Con otras palabras, solicitar del biólogo que, al realizar su ciencia, abandone la consideración del viviente humano como sujeto personal, sería exigirle que dejara de ser humano al investigar, y por tanto que renuncie a todo conocimiento científico. En definitiva, para el científico, los datos normativos son un límite al que más vale no renunciar. Pero un límite que ha de asumir, pues no se impone por la fuerza de lo fáctico: si él no lo asume, quedará a merced de las pretensiones de la mera eficiencia. Y para el jurista, renunciar a los datos de la Biología sería a su vez un riesgo inaceptable. En efecto, los datos de la Biología son para el jurista un referente o límite, puesto que delimitan un marco dentro del cual es razonable emitir un juicio o tomar una decisión normativa. Por este motivo, afirmar que el ser humano, no es persona porque le falta el despliegue efectivo de su potencialidad cognoscitiva, o porque carece de conciencia actual, sería una afirmación no razonable por acientífica, como tampoco sería razonable que un científico afirmase la vida humana en unos meros tejidos de células humanas en crioconservación.

La *personalidad humana* por tanto *no es un mero dato biológico, ni una afirmación normativa arbitraria*, sino la asunción de que cualquier individuo perteneciente a la especie humana ha de gozar del mismo reconocimiento que cualquier otro. La personalidad es reconocida así al no nacido en cuanto que es ser humano, perteneciente a la especie humana (*homo sapiens*). Cualquier otro dato, otorga a unos el poder de decidir, de ser jueces sobre los otros⁸³. No se trata de cifrar la personalidad en el ejercicio

⁸¹ Cfr. ROMEO CASABONA, *AP* 1992-1, p 136.

⁸² Por eso, no veo alcanzable una descripción meramente avalorativa de la vida humana. «[N]o nos hallamos aquí [sc. en las construcciones conceptuales del Derecho penal] ante realidades meramente ópticas, sino ante una "realidad" contemplada desde determinados puntos de vista valorativos. Ahora bien, sentado lo anterior, lo decisivo será si hay algún principio valorativo rector que el Ordenamiento deba acoger por necesidad. Y al respecto estimo posible contestar en términos afirmativos. En efecto, la consideración del ser humano como "persona" portadora de derechos inalienables parece que ha de constituir el marco, nada estrecho pero en todo caso infranqueable, en que se mueva toda construcción jurídico-penal» (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp 138-139).

⁸³ Cfr. SERNA, en MASSINI/SERNA *et al.*, *El derecho a la vida*, p 46, siguiendo a Spaemann; también en dicha línea, SILVA SÁNCHEZ, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ JARA (coords.), *Derecho penal del enemigo*, p 999.

efectivo de sus potencialidades⁸⁴, ni en la titularidad real de derechos subjetivos, sino de reconocer –de atribuir– la personalidad, que no es un mero dato científico ni una pretensión jurídica utópica. Se trata de una pretensión basada en la misma experiencia del otro como sujeto, co-sujeto, *alter-ego*⁸⁵; de la vida no nacida como realidad que apela a un sujeto; de la necesidad de ponerse en el lugar del otro para defender a quien no puede hacerlo por sí mismo. Va en ello una cuestión de humanidad y civilización.

V. CONCLUSIÓN

1. Lo aquí expuesto encierra una propuesta que podría ser tachada de *voluntarista*. Pero voluntarista sería si no se basara en datos de razón. Y lo que ahora se propone es contar con los datos de razón, de la ciencia, junto con los de una voluntad firme en defensa de realidades tan científicas como jurídicas.

Por tanto, tampoco es una propuesta *anticientífica*, como si quien la defiende estuviera haciendo frente a una corriente imparable de ciencia y tecnología para lograr la salud y superar penosas enfermedades, un empeño imposible en la sociedad movida por el «imperativo tecnológico» de «lo que se puede hacer, se debe hacer». Sin embargo, pienso que los requerimientos de la técnica y la ciencia, por acuciantes que resulten, no han de silenciar la tarea de respeto y defensa del débil que se encuentra en el Derecho. Hemos de asumir, por voluntad, que no todo avance es progreso; que el progreso científico, rectamente entendido, ha de dar entrada a autolimitaciones basadas en el respeto a realidades como la vida del no nacido. Lo cual no supone pecar de ser anti-científico, sino defender una ciencia para el ser humano y del ser humano, y no al revés.

Y tampoco es una propuesta *irreal*. Defender esta propuesta supone aceptar que los logros sociales de los que se enorgullece hoy nuestra civilización se han obtenido con un tempo lento y largo, con siglos de reivindicaciones y retrocesos. Pero también de avances. Puede tardarse siglos hasta que arraigue un nuevo concepto jurídico y social de persona, como siglos se tardó en asumir y defender ideas que hoy consideramos logros de nuestra civilización.

2. Como se puede apreciar, hay en esta propuesta un firme respeto por la ciencia y la necesidad humana de superar enfermedades, para paliar el dolor y sufrimiento humanos. Es este respeto y esta finalidad de buscar el bienestar y salud de las personas lo que me mueve a proponer un concepto de persona de base tanto jurídico-constitucional como científica. Y tan constitucional me parece la actitud de que la ciencia avance como que se respete la vida. Ha de seguir progresando la ciencia. Pero asumiendo ésta la autolimitación de no querer hacer de la ciencia un saber y poder

⁸⁴ Como expresa SILVA SÁNCHEZ, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ JARA (coords.), *Derecho penal del enemigo*, p 999, con referencia a Pérez del Valle, «la personalidad para la responsabilidad y la personalidad para la protección han de partir de premisas distintas»: la primera debe exigir el ejercicio de potencialidades, mientras que la segunda, no. Cfr. PÉREZ DEL VALLE, en CDJ VI-2004, p 183; ID., «La persona del Derecho penal en la Filosofía del Derecho de Hegel», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, 2004, pp 641-643.

⁸⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ JARA (coords.), *Derecho penal del enemigo*, pp 1008-

omnímodo (cientificismo), sino reconociendo al no nacido como portador de una subjetividad humana aun antes de su nacimiento.

3. Más que datos de conocimiento, de ciencia (que no faltan), hay mucho de voluntad en esta propuesta. Estoy convencido de que en buena medida es cuestión de voluntad. Pero ¿es que no queda claro desde la definición de Ulpiano que la justicia es *constans et perpetua voluntas*...?