
¿EL EMBRIÓN COMO PERSONA? EL APOORTE FUNDAMENTAL DEL DERECHO

RICHARD STITH

A primera vista, el derecho no aporta nada coherente a nuestra cuestión sobre la naturaleza del embrión humano. Parece a veces como campo del libre albedrío del legislador, lleno de normas estipuladas contradictorias, si no absurdas, desde un punto de vista científico. Por ejemplo, hay un código civil en el cual el niño no es persona jurídica hasta las veinticuatro horas después de su nacimiento,¹ pero la corporación empresarial sí es. Y la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice: “Toda persona tiene derecho a que se le respete su vida ... a partir del momento de la concepción”, pero agrega “en general” (Art. 1o).

La clave es entender que el derecho es una ciencia sobre todo práctica, en la cual entra a veces también la política. Las

¹ Código Civil de España, artículos 29-30. Al contrario, véase el Código Civil Argentino, que reconoce la personalidad jurídica desde la concepción. Quintano Ripollés, 1 *Tratado de derecho penal*, Parte Especial, 504-505 (1962); el artículo 428 del Código de Quintana Roo contiene igual aporte. Mucho más común es comenzar la personalidad jurídica con el nacimiento, pero agregar que “desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley”. Todos los estados mexicanos tienen lenguaje muy parecido a éste en sus códigos.

primeras normas que mencioné pueden regular bien la división de propiedad sin expresar nada acerca de la ontología de la persona, y la última contiene una vacilación política. Pero esto no quiere decir que no hay principios del derecho, sólo que están un tanto escondidos.

En cuanto al tema de hoy, quisiera hacer la siguiente aseveración: es un principio clásico del derecho occidental (aunque a menudo oculto), el reconocimiento de cada ser humano como persona, en el sentido específico de alguien con derecho a la vida, y que este principio ha llevado y debe llevar a la protección también del embrión humano. Como ejemplo del “ha llevado”, uso la historia del derecho anglo-americano. Para el “debe llevar” tomo la jurisprudencia constitucional alemana de las últimas décadas.

Este principio de respeto a la vida humana fue anunciado claramente por el gran jurista inglés Blackstone en el siglo XVIII: para él, el derecho a la vida es “un derecho inherente por naturaleza en cada individuo”.² Pero agrega enseguida una limitación que nos puede parecer destructora del principio: dice que este derecho “comienza en el derecho tan pronto como el niño puede moverse en la matriz materna”, aseveración comprobada en tanto que se castigaba penalmente el aborto sólo a partir del momento en que solía percibirse movimiento intrauterino, es decir, aproximadamente a mediados de los nueve meses del embarazo normal. ¿No está Blackstone negando que esté inherente en el ser humano el derecho a la vida cuando permite el aborto en la primera mitad de la preñez?

No, Blackstone no negaba el principio de reconocimiento y protección de todos los seres humanos, porque, según la ciencia de sus días, hasta este momento, llamado “animación”, el feto no tenía ánima. Y estar sin ánima era existir sin forma o naturaleza propia, era no ser un individuo con capacidad de desarrollarse a sí mismo, sino más bien un objeto en proceso de construcción por fuerzas externas.

² William Blackstone, *Commentaries*, p. 125.

La prueba del respeto íntegro del derecho a la vida está en el siguiente siglo, el XIX, cuando por primera vez se descubrió el óvulo materno, y la concepción como punto en que cada ser humano forma su identidad individual y comienza a desarrollarse a sí mismo. Es decir, se descubrió que la llamada animación fue sólo un mito, un error científico, y que el embrión tenía un corazón latiendo ya desde mucho antes del momento en el cual sus movimientos fueron por primera vez percibidos por su madre. La medicina, de inmediato, y el derecho, más lentamente, respondieron extendiendo a todo el embarazo la protección contra el aborto.³ Esta protección sigue extendiéndose, fuera del aborto, en nuestros días, hasta llegar hoy a la mayoría de los estados norteamericanos.⁴ Por ejemplo, hoy en día en Minnesota a alguien que mata a un ser humano recién concebido, sin consentimiento de la madre, se le puede condenar a cadena perpetua (siempre que se reúnan los otros requisitos de asesinato, como la intención de matar).

Claro que hay una gran excepción norteamericana a todo lo antes dicho. Desde 1973⁵ la mujer embarazada tiene un derecho de abortar que abarca todo el embarazo, hasta incluir un derecho constitucional de vaciar la cabeza del niño durante el mismo parto, cuando nadie (ni siquiera la ciencia errónea del siglo XVIII) podría dudar que esa acción es realmente el homicidio de un bebé.⁶

³ Véase John Keown, *Abortion Doctors and the Law* 2648 (1988), donde se narran los sucesos en Inglaterra. En cuanto a los Estados Unidos, véase *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113, 139-142 (1973). Véanse también las autoridades jurídicas y médicas del siglo XIX, citadas por Clarke Forsythe en su importante artículo, "Human Cloning and the Constitution", 32 *Valparaise University Law Review* 469, 488-490 (1998).

⁴ Once estados norteamericanos protegen por ley al no nacido en todas las etapas del embarazo. Sólo ocho usan todavía el criterio antiguo de animación. Forsythe, *ibid.*, 499-501. Véase también Richard Stith, "Deconstructing Roe" 41 *Persona y derecho* 441, 452 (1999).

⁵ *Roe v. Wade* 410 U. S. 113 (1973).

⁶ *Stenberg v. Carhart* 2000 WL 825889 (U. S.), anunciado el 28 de junio de 2001, aprueba este nuevo método de "matar a un niño humano" (juez Scalia, disidente). Se dice que no es "ni más cruel ni más doloroso" que otros métodos de abortarlo, como su desmembramiento extremidad por extremidad (jueces Ginsburg y Stevens, en la mayoría).

¿Cómo debemos entender esta reciente excepción hecha por la Corte Suprema de los Estados Unidos, como negación del principio antiguo de reconocimiento del derecho a la vida en todos los seres humanos, o como algo hecho por fines políticos al margen del derecho? Dado que la protección de la vida prenatal se mantiene mientras no exista la voluntad de abortar de parte de la madre, parece más justa la segunda interpretación, la política. Pero sí es verdad que esta excepción política ha debilitado el principio de protección integral y ha alentado presiones políticas a favor de más excepciones (como a favor de la eutanasia y de la experimentación científica con embriones humanos).⁷

Mirando el derecho constitucional alemán, encontramos una manera distinta de enfrentar las presiones políticas a favor del aborto, una manera que no ha llevado a ninguna excepción al derecho a la vida, sino más bien a su clara reafirmación y aplicación a todas las etapas del embarazo. El tribunal constitucional alemán afirmó en 1975, y otra vez en 1993, que no se puede simultáneamente reconocer el derecho a la vida como algo inherente al ser humano y no incluir todos los seres humanos dentro de su protección. El tribunal razonó en su primer fallo:

El proceso de desarrollo ... es un proceso continuo que no muestra ninguna demarcación pronunciada y que no permite ninguna división precisa de las distintas etapas de desarrollo de la vida humana. El proceso no finaliza ni siquiera con el nacimiento; los fenómenos de la conciencia que son específicos de la personalidad humana, por ejemplo, aparecen por primera vez bastante tiempo después del nacimiento. Por lo tanto, la protección ... de la Ley Fundamental no se puede limitar ni al ser

⁷ El importante banco jurídico federal de la costa del oeste se ha apoyado en el fallo Roe de 1973 para afirmar que el Estado tiene menos interés en la protección de las personas enfermas. *Compassion in Dying v. State of Washington*, 79 F.3d 790, 817 (9th Cir., 1996). Parece que todos los estudiosos estadounidenses que apoyan el fallo Roe apoyan también en principio el infanticidio. Véanse Clarke Forsythe, *op. cit.*, 511-512, y Richard Stith, *op. cit.*, p. 453.

¿EL EMBRIÓN COMO PERSONA?

humano “realizado” después del nacimiento ni al niño a punto de nacer que es capaz de vivir independientemente..., (ni) puede efectuarse aquí ninguna distinción entre las diversas fases de esta vida que se desarrolla por sí misma antes del nacimiento...”⁸

En otras palabras, los jueces alemanes dicen que mientras se proteja la vida de los recién nacidos, cuyo desarrollo humano está significativamente incompleto, resultaría contradictorio no proteger también seres no desarrollados antes del nacimiento. Aún más, la protección del recién nacido requiere un principio axiológico que o bien valore toda vida humana por sí misma, o bien valore la potencialidad en vías de desarrollo de los “fenómenos ... específicos de la personalidad humana”, pues éstos son los únicos valores inherentes en el niño cuando nace. Es decir, si consideramos a los recién nacidos en sí dignos de protección, nuestras teorías normativas nos exigen también proteger la vida incluso durante las primeras semanas de embarazo. Puesto de otra manera, no es posible justificar el aborto sin justificar también el infanticidio.

Volviendo al tema del aborto en 1993, el tribunal explica simplemente que donde hay vida humana hay siempre dignidad humana, y donde hay dignidad humana hay siempre el derecho fundamental de la vida.⁹ El embrión es persona, en el sentido de que tiene un derecho a la vida “propio” (*eigenen*, en alemán), que indicaría un derecho constitucional subjetivo.¹⁰ El tribunal agrega que esta conclusión es válida, independientemente de creencias religiosas,¹¹ y de hecho la sentencia fue firmada por gente protestante y católica, de izquierda y de derecha.¹²

⁸ 39 BVerfGE 1, 37 (1975).

⁹ 88 BVerfGE 203, 251-252 (1993). En ambos fallos, la ley impugnada tenía aplicación sólo a partir de 14 días después de la fecundación, pero el razonamiento del tribunal parecería abarcar todo el embarazo.

¹⁰ *Ibid.*, 242, 251, 258.

¹¹ *Ibid.*, 252.

¹² Donald Kommers, “The Constitutional Law of Abortion in Germany”, 10 *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 1, 28 (1994).

Se puede agregar, de paso, que la gran tradición jurídica latinoamericana estaría de acuerdo con esta conclusión. En sus códigos penales y civiles, y hasta en sus códigos menores y sus constituciones, se reconoce en general el derecho igual a la vida de todo ser humano, sin discriminación despectiva entre embrión y feto u otras etapas de nuestro desarrollo desde la concepción hasta la vejez.

Pero, ¿qué sucedió con las presiones políticas en Alemania que empujaban hacia la despenalización del aborto? El tribunal alemán respondió, en efecto: “El aborto tiene que seguir ilegal, pero no es necesario penarlo si hay otras maneras efectivas de proteger al no nacido. En un país rico como Alemania se puede intentar esta protección a través de centros oficiales provida, de ayuda y consejo materno obligatorio. Sin embargo, atención: la vía no penal está constitucionalmente permitida solamente si ella ofrece una protección igualmente eficaz”.

Con esta conclusión, ¿habrá logrado el tribunal alemán no sólo quedarse fiel al principio occidental de la dignidad humana universal, sino también canalizar los recursos inmensos del Estado alemán al apoyo de la vida y de la mujer tentada de abortar? Es una buena pregunta.