

## LA PERMISIBILIDAD DEL ABORTO COMO PROBLEMA ONTOLÓGICO\*

JUAN PABLO MAÑALICH R.\*\*  
UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE  
jpmanalich@derecho.uchile.cl

RESUMEN: El artículo ofrece un argumento a favor de la irrestricta permisibilidad del aborto practicado por, o con el consentimiento de, la mujer embarazada, que descansa en la tesis de que un embrión o feto de la especie *homo sapiens* no exhibe –porque no puede exhibir– el estatus normativo de persona. La plausibilidad del argumento es sometida a comprobación en referencia al problema de la demarcación del aborto frente al infanticidio. Finalmente, se defiende la tesis de que, en el contexto del mismo argumento, por “aborto” no ha de entenderse la mera interrupción del embarazo, sino la producción de la muerte del embrión o feto.

Palabras claves: *aborto, estatus de persona, derecho a la vida, homicidio e infanticidio.*

### THE PERMISSIBILITY OF ABORTION AS ONTOLOGICAL PROBLEM

ABSTRACT: The paper offers an argument in favor of the unrestricted permissibility of abortion practiced by, or with the consent of, the pregnant female, which rests upon the proposition that an embryo or fetus of the *homo sapiens* species does not exhibit –because it cannot exhibit– the normative status of a person. The argument’s plausibility is tested by reference to the problem of demarcating abortion from infanticide. Finally,

---

\* Sendas versiones preliminares de este trabajo fueron presentadas en el II Congreso de Derecho y Cambio Social, celebrado en septiembre de 2013 en la Universidad Austral de Chile (Valdivia), y en las Segundas Jornadas Nacionales Estudiantiles de Derecho Penal, celebradas en octubre de 2013 en la Universidad de Talca. El autor agradece a Alejandra Olave Albertini, ayudante *ad honorem* del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por su ayuda en la edición del texto.

\*\* Doctor en derecho, Universidad de Bonn (2008); licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile (2004). Profesor asociado del Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

it is claimed that, in the context of the same argument, “abortion” must be taken to mean not the bare interruption of pregnancy, but rather the killing of the embryo or fetus.

Keywords: *abortion, personhood status, right to life, homicide and infanticide.*

*María dijo entonces: «Yo soy la servidora del Señor, que se cumpla en mí lo que has dicho». Y el Ángel se alejó.*

(LUCAS: 1, 38.)

## 1. SECULARIZACIÓN COMO DESIDERÁTUM

En su ensayo dedicado a “La ontología del aborto”<sup>1</sup>, Engelhardt aporta algunos antecedentes relativos a los pormenores del giro experimentado por la teología moral católica en lo tocante a la adopción de la doctrina de la así llamada “animación inmediata” en reemplazo de la doctrina de la “animación mediata”, que había encontrado su sustento en la recepción tomista de la filosofía aristotélica.

Aristóteles favorecía una descripción de la ontogenia de los individuos de la especie humana construida sobre la identificación de ciertas fases discretas, en términos tales que el proceso por el cual el organismo de un ser humano puede desarrollarse hasta constituirse en un “animal racional” habría de ser entendido como un proceso no-lineal, esto es, discontinuo; y más todavía, como un proceso cuyos hitos determinantes serían dependientes del sexo del respectivo organismo en desarrollo. Entre otros, uno de los antecedentes invocados a tal efecto por Aristóteles está constituido por la supuesta observación de que, tratándose de individuos de sexo masculino, el primer movimiento corporal efectuado por la creatura tendría lugar en torno al cuadragésimo día del embarazo, mientras que, tratándose de individuos de sexo femenino, ello ocurriría recién en torno al nonagésimo día. Tomás de Aquino se apoyó en esta doctrina aristotélica para dar forma a su doctrina de la *animación mediata* (o “sucesiva”), según la cual la “adquisición de alma” por parte de la creatura en gestación –esto es: precisamente su *animación*– tendría lugar al cuadragésimo o al nonagésimo día, según cuál sea el sexo de la creatura<sup>2</sup>, en circunstancias de que el momento de la animación era identificado, a su vez, con el momento de la concepción del feto “como una persona”<sup>3</sup>, Bajo esta

<sup>1</sup> ENGELHARDT, Hugo Tristram. The Ontology of Abortion, en: *Ethics*, 84: 217-234, 1974, *passim*.

<sup>2</sup> JEROUSCHEK, Günther. *Lebensschutz und Lebensbeginn*. Tübinga: Edition Diskord, 2002, pp. 73 s.

<sup>3</sup> ENGELHARDT, Hugo Tristram, *op. cit.* (n. 1), p. 226.

doctrina, la destrucción de la vida de la creatura antes del momento de su animación contaba como nada más que un ejercicio de control de la natalidad; su destrucción posterior a ese momento, en cambio, constituía asesinato.

Según explica Engelhardt, el abandono de la doctrina tomista de la animación mediata estuvo determinado por la consolidación del dogma mariano de la inmaculada concepción<sup>4</sup>. Habiendo ya sido previamente fijada la fecha de nacimiento de María, madre de Dios, como correspondiente al 8 de septiembre, se llegó a plantear la muy sensible cuestión concerniente a la datación de su concepción “como persona”. En 1708, Clemente XI tuvo a bien fijar esta última fecha como correspondiente al día 8 de diciembre, esto es, exactamente en nueve meses antes de su (pretendido) nacimiento. Esta decisión suponía adoptar la doctrina de la *animación inmediata*, según la cual la animación de la creatura tendría lugar en el instante mismo de la fecundación, en contra de la doctrina de la animación mediata, bajo la cual –dado el sexo femenino de la creatura en cuestión– su concepción “como persona” habría tenido que ser datada sólo en seis meses antes de su nacimiento. Consistentemente con ello, Pío IX, que en 1854 proclamó el dogma de la inmaculada concepción, asimismo estableció, definitivamente, la doctrina de la animación inmediata<sup>5</sup>.

La razón para prestar atención a esta elocuente muestra de banalidad teológica es la siguiente: una parte nada despreciable de los esfuerzos argumentativos desplegados en defensa de la permisibilidad del aborto practicado o consentido por la mujer embarazada tiende a arrancar de una muy problemática concesión a las posiciones prohibicionistas, concesión que, en lo fundamental, parece difícil de disociar íntegramente de la fantasía especulativa cultivada por la teología moral católica. En efecto, es característico de algunos posicionamientos liberales en el debate referido al “problema del aborto” que ellos asuman que, en los casos relevantes, la permisibilidad moral del aborto se dejaría fundamentar con total independencia de cuál sea el estatus ontológico que haya que predicar del feto, esto es: con independencia de que ese estatus eventualmente pudiera ser, efectivamente, el estatus especificado a través del uso del concepto (normativo) de persona.

Paradigmática en este sentido es la línea de argumentación sugerida por Judith Jarvis Thomson, cuya “defensa del aborto” arranca precisamente de semejante concesión al adversario prohibicionista<sup>6</sup>. En efecto, Thomson pretende demostrar que la atribución al embrión o feto del estatus de persona –que ella introduce a modo de concesión “por

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp. 226 s.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 227.

<sup>6</sup> THOMSON, Judith Jarvis. A Defense of Abortion, en: *Philosophy and Public Affairs*, 1: 47-66, 1971, pp. 47 s. Más allá de la concesión en cuestión, Thomson de hecho declara, por una parte, creer que

mor del argumento”– no bastaría en modo alguno para fundamentar la conclusión consistente en la falta de permisibilidad del aborto. Para ello, Thomson construye su ya célebre “caso del violinista”, en los siguientes términos:

Supongamos que usted despierta una mañana y se encuentra en la cama con un violinista inconsciente. Un famoso violinista inconsciente. Se le ha descubierto una enfermedad renal mortal y la Sociedad de Amantes de la Música ha consultado todos los registros médicos y ha descubierto que sólo usted tiene el grupo sanguíneo adecuado para ayudarlo. Por consiguiente, le han secuestrado y por la noche han conectado el sistema circulatorio del violinista al suyo para que sus riñones puedan purificar la sangre del violinista además de la suya propia. Y el director del hospital le dice ahora a usted: “Mire, sentimos mucho que la Sociedad de Amantes de la Música le haya hecho esto. Nosotros nunca lo hubiéramos permitido de haberlo sabido. Pero, en fin, lo han hecho, y el violinista está ahora conectado a usted. Desconectarlo significaría matarlo. De todos modos, no se preocupe, sólo es por nueve meses. Para entonces se habrá recuperado de su enfermedad y podrá ser desconectado de usted sin ningún peligro”<sup>7</sup>.

La pregunta que Thomson plantea a continuación parece plantearse automáticamente, por sí sola: ¿se encuentra Ud. moralmente obligado a acceder a esta solicitud? Conjeturando que la respuesta que la inmensa mayoría de cada uno y una (!) de nosotros daría a esta pregunta sería negativa, Thomson articula su argumento a favor de la permisibilidad del aborto. Cuál sea la extensión del ámbito de permisibilidad así obtenido, es objeto de máxima controversia<sup>8</sup>. Y esto se debe, ante todo, a la hasta hoy constatable falta de claridad en cuanto a cuán análogas son, en efecto, la situación de la persona a cuyo organismo se encuentra conectado el organismo del violinista, en el caso construido por Thomson, y la situación de una mujer embarazada que, para usar la afortunada descripción hace un tiempo sugerida por una senadora de la República de Chile,<sup>9</sup> “presta el cuerpo” al embrión o feto en gestación.<sup>10</sup>

---

“probablemente tengamos que estar de acuerdo en cuanto a que el feto ya se ha convertido en una persona humana bastante antes del nacimiento”, a la vez que “el feto no es una persona desde el momento de la concepción”.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pp. 48 s.

<sup>8</sup> Véase FEINBERG, Joel. *Freedom and Fulfillment*. Princeton (N.J.): Princeton University Press, 1992, pp. 64 ss.

<sup>9</sup> Véase el siguiente link: <http://www.cooperativa.cl/noticias/sociedad/salud/aborto/ena-von-baer-y-la-polemica-por-prestar-el-cuerpo/2012-03-14/213053.html>, consultado el día 22 de junio de 2014.

<sup>10</sup> Al respecto FEINBERG, Joel, *op. cit.* (n. 8), pp. 64 ss.; latamente sobre el problema BOONIN, David. *A Defense of Abortion*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 148 ss.

## 2. LA CARGA (EXISTENCIAL) DEL EMBARAZO *VERSUS* LA CARGA (ARGUMENTATIVA) DEL ABORTO

Es indudable que, al menos respecto de algunos grupos de casos, el argumento de Thomson parece fundamentar la permisibilidad de una acción abortiva. Pero la determinación de cuáles son exactamente estos casos es ciertamente menos inequívoca. Esto último depende, en lo esencial, de cuán plausible sea la tesis según la cual estos casos se ajustarían estructuralmente a aquello que la dogmática jurídico-penal identifica como situaciones de estado de necesidad *defensivo*<sup>11</sup>, esto es: situaciones de neutralización defensiva de un peligro proveniente de un “agresor inocente”<sup>12</sup>.

Aquí se trata, en general, de casos en los cuales la permisibilidad de una acción lesiva para bienes jurídicos ajenos –verbigracia, y en lo que aquí interesa: una acción destructiva de la vida de otra persona– se fundamenta en el hecho de que esa misma acción cuenta, a la vez, como una acción *defensiva* frente a un peligro “agresivamente” procedente de la esfera existencial –o en terminología más esotérica: del “ámbito de organización”– del titular de los bienes jurídicos menoscabados por esa misma acción defensiva. Pero a diferencia de lo que –en opinión de un sector doctrinal cada vez más representativo– caracteriza a una permisión *sub specie* legítima defensa, para que una acción resulte permitida *sub specie* estado de necesidad defensivo no es necesario que la generación del peligro de cuya neutralización se trata constituya una agresión antijurídica susceptible de ser plenamente *imputable* a la persona del agresor, lo cual explica, desde luego, que el margen de permisibilidad resulte más restringido en el segundo caso que en el primero<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Véase JOERDEN, Jan. Beginn und Ende des Lebensrechtsschutzes, *en: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 120: 11-21, 2008, pp. 17 ss. En la discusión chilena, BASCUÑÁN, Antonio. La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno, *en: Derecho y Humanidades*, 10: 143-181, 2004, p. 173; BASCUÑÁN, Antonio. La píldora del día después ante la jurisprudencia, *en: Estudios Públicos*, 95: 43-89, 2004, pp. 66 ss. Al respecto, véase también HOERSTER, Norbert. *Abtreibung im säkularen Staat*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1991, pp. 29, 32 ss.

<sup>12</sup> Para esta conceptualización, véase FEINBERG, Joel, *op. cit.* (n. 8), pp. 62 ss., quien a pesar de poner en cuestión que tenga sentido caracterizar la posición del embrión o feto como la de un *agresor* (aun inocente), concede –en referencia a un caso construido por THOMSON, Judith Jarvis. *Self-Defense and Rights*. The Lindley Lecture –1976, The University of Kansas, 1977, p. 8– que bajo semejante punto de vista habría que reconocer la permisibilidad de una acción abortiva por la cual pudiera impedirse la muerte de una mujer cuya vida estuviese en peligro por la subsistencia del respectivo embarazo.

<sup>13</sup> Véase al respecto MAÑALICH, Juan Pablo. Normas permisivas y deberes de tolerancia, *en: Revista Chilena de Derecho*, 41(2): 473-522, 2014, pp. 513 ss.

En este contexto no es posible, pero tampoco necesario, entrar en la muy ardua cuestión de si el criterio de la procedencia del peligro de la esfera existencial del individuo cuyos bienes jurídicos resultan menoscabos a través de la neutralización de ese mismo peligro es en efecto suficiente para fundamentar una permisión *sub specie* estado de necesidad defensivo<sup>14</sup>. Antes bien, lo único que interesa es establecer, asumiendo la suficiencia de ese criterio, si la destrucción de la vida del embrión o feto, en el entendido de que éste exhibiría el estatus de persona, habría de resultar efectivamente permitida *sub specie* estado de necesidad defensivo. En principio al menos, cabe afirmar que ése sería inequívocamente el caso si la continuidad del embarazo comprometiese el interés de la mujer embarazada en la preservación de su vida o su salud corporal, tal como ello se plantearía en un caso (cualificado) de “indicación terapéutica”.<sup>15</sup> Más

<sup>14</sup> Latamente al respecto WILENMANN, Javier. *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*. Tübinga: Mohr Siebeck, 2014, pp. 216 ss., 233 ss., 254 ss., quien impugna la adecuación de semejante criterio sobre la base de un argumento favorable a la postulación de una exigencia de “responsabilidad débil” por el peligro cuya neutralización pueda resultar, en tal medida, permitida a título de estado de necesidad defensivo. Más allá de su calificación de semejante criterio como “brutal”, lo interesante es la observación de Wilenmann en cuanto a que el mismo carecería de rendimiento decisorio, tal como lo mostraría, presuntamente, el siguiente caso: “Si mi perro se dispone a atacar a un perro llevado con soga, al haberse soltado sin comportamiento imprudente de mi parte, en el pasado ese peligro no sólo era hipotéticamente evitable para mí, sino también para el propietario del otro perro. Si él no se hubiese mantenido en las cercanías de mi casa, entonces no habría existido peligro alguno para su perro. ¿Puedo legítimamente matar a su perro, para que así mi perro agresor no sea lesionado?” (*ibid.*, pp. 258 s.). Para advertir que la respuesta no puede sino ser negativa, basta con reparar en que Wilenmann mismo caracteriza a su perro como el “perro agresor”: tratándose de su perro, él debe asumir el costo de la intervención (en tal medida) *defensiva* del propietario del perro *agredido*. La clave se encuentra, entonces, en la *relación de identificación* con la fuente de peligro hecha posible –en este caso– por la calidad de propietario sobre la cosa de la cual proviene el peligro. *Mutatis mutandis*, y *pace* Wilenmann –quien se pregunta “por qué la consideración del sujeto del juicio como mero cuerpo basta para imputarle las consecuencias de la defensa necesaria” (*ibid.*, p. 235)–, esa relación de identificación tendría que ser todavía más reconocible tratándose de un peligro proveniente de la propia corporalidad de una persona. Que Wilenmann se contente con impugnar esto último –precisamente a propósito de los casos de “perforación”– denunciando que “ninguna voluntad y ningún ejercicio de autonomía” aparecen aquí en juego (*ibid.*, loc. cit.), muestra su compromiso con un concepto *idealista* de persona, cuya nota distintiva es el desconocimiento del carácter constitutivo del propio cuerpo para la identidad de la persona respectiva; al respecto, véase ya MAÑALICH, Juan Pablo. *Nötigung und Verantwortung*. Baden-Baden: Nomos, 2009, pp. 265 ss., con ulteriores referencias. Para el desarrollo de semejante paradigma constitutivo para la atribución de responsabilidad personal (*lato sensu*), véase DAN-COHEN, Meir. *Harmful Thoughts*. Princeton y Oxford: Princeton University Press, 2002, pp. 199 ss., 216 ss.; al respecto, y en referencia a los presupuestos de una permisión por estado de necesidad defensivo, véase MAÑALICH, Juan Pablo, *Normas permisivas...* (n. 13), p. 516, n. 190.

<sup>15</sup> Así HOERSTER, Norbert, *op. cit.* (n. 11), pp. 32 ss. El punto es pasado por alto por MAYER, Laura. La vida del que está por nacer como objeto de protección legal, *en*: *Revista de Derechos Fundamentales*, 5: 63-80, 2011, pp. 71 s., quien asume que, de reconocerse al *nasciturus* el estatus jurídico de persona –lo cual

discutible, empero, es la pregunta de si ello también se dejaría afirmar en relación con la sola preservación del interés de la mujer embarazada en la disponibilidad autónoma sobre su propio cuerpo<sup>16</sup>, dado el estándar de proporcionalidad de cuya satisfacción depende una permisión por estado de necesidad defensivo<sup>17</sup>. Pero en cualquier caso, y como observa Feinberg, esto último supondría que la mujer embarazada sea tan poco responsable por el embarazo como lo es, en el caso construido por Thomson, la persona secuestrada por la conexión de su organismo al cuerpo del violinista. Con ello, y más allá de las situaciones de indicación terapéutica, semejante fundamentación de la permisibilidad del aborto quedaría circunscrita a casos en los cuales la destrucción de la vida del embrión o feto se corresponda con la interrupción de un embarazo resultante de una violación, o en general de un padecimiento de coacción sexual, o bien de una falla del mecanismo anticonceptivo que hubiese sido aplicado por los intervinientes en el respectivo contacto sexual<sup>18</sup>.

Sobre esta base, entonces, el argumento a favor de la permisibilidad del aborto tendría que ser el siguiente: negar la permisibilidad de una acción abortiva cuya ejecución promueva la salvaguarda de esos intereses, en tales casos, supondría sujetar heterónomamente a la mujer embarazada a la posición de un buen samaritano<sup>19</sup>: su deber de omitir la acción abortiva, o aun de impedir la ejecución de una acción abortiva por un tercero, sería un deber fundamentado por solidaridad, cuya específica intensidad, empero, no tendría parangón alguno con cualquier otro deber jurídico susceptible de ser fundamentado, directa o indirectamente, a través de la invocación de un principio de solidaridad<sup>20</sup>.

---

ella, con buenas razones, descarta—, una acción abortiva a través de cuya ejecución pudiera preservarse la vida de la mujer embarazada puesta en peligro por la subsistencia del embarazo tampoco podría resultar permisible. Esto se explica por el hecho de que Mayer parece no advertir las implicaciones de la muy diferente estructura de fundamentación de una permisión a título de estado de necesidad agresivo y a título de estado de necesidad defensivo.

<sup>16</sup> Véase FEINBERG, Joel, *op. cit.* (n. 8), pp. 64 ss. En sentido contrario ya HOERSTER, Norbert, *op. cit.* (n. 11), pp. 32 ss., 36 s., incluso tratándose de un embarazo resultante de una violación.

<sup>17</sup> Que ha de obtenerse a través de una *inversión* del estándar de proporcionalidad que condiciona una permisión *sub specie* estado de necesidad agresivo. Al respecto MAÑALICH, Juan Pablo, Normas permisivas... (n. 13), pp. 514 s., n. 187, con ulteriores referencias.

<sup>18</sup> Así FEINBERG, Joel, *op. cit.* (n. 8), pp. 68 ss.

<sup>19</sup> Véase al respecto BOONIN, David, *op. cit.* (n. 10), pp. 133 ss.

<sup>20</sup> Así BASCUÑÁN, Antonio, *La licitud...* (n. 11), p. 167. Para una elaboración dogmática de la regulación legal del aborto, construida sobre una aceptación acrítica de la fundamentación de un “deber de solidaridad por necesidad” referido a la no-interrupción del embarazo, véase WILENMANN, Javier. El

Pero el punto aquí no es evaluar los méritos del argumento que pretende fundamentar la permisibilidad del aborto, al menos en relación con un espectro significativo de casos, bajo los criterios del estado de necesidad defensivo, lo cual sigue siendo, por lo demás, altamente controversial<sup>21</sup>. Lo que interesa, más bien, es constatar lo siguiente: lo único que se consigue a través de tal maniobra es sustituir, en referencia a las personas de sexo femenino, la “carga del embarazo” por la “carga del aborto”, esto es: la carga de fundamentar, “contra viento y marea”, la permisibilidad moral del aborto practicado o consentido por la propia mujer embarazada, sobre la base de la legitimidad de su reclamo individual de autonomía<sup>22</sup>, el cual tendría que ser suficientemente fuerte como para determinar que el derecho a la vida atribuido al embrión o feto no equivalga a un derecho a seguir con vida disfrutando de un estado de simbiosis para con el organismo de la mujer respectivamente embarazada<sup>23</sup>.

Por esta vía, el “problema del aborto” queda definido por la existencia de un potencial *conflicto* entre determinados intereses de la propia mujer embarazada y el supuesto interés del embrión o feto en su propia supervivencia<sup>24</sup>. Mas una auténtica secularización del

---

consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto, *en*: *Revista de Derecho PUCV*, 51: 281-319, 2013, pp. 291 ss., en cuya argumentación se confunde la respuesta a la pregunta por las circunstancias bajo las cuales se actualizaría el deber en cuestión (“necesidad”) con la respuesta a la pregunta por el fundamento de ese mismo deber (“solidaridad”). Wilenmann es suficientemente explícito al respecto: “[l]a mujer se encuentra por naturaleza en una situación de solidaridad con el feto necesaria para la supervivencia de ésta [sic], y la conservación de la vida del feto depende del mantenimiento de esa situación de solidaridad” (*ibid.*, p. 294); “[e]n ello tampoco hay discriminación, sino pura adecuación a una situación natural, a saber, la forma y duración de la reproducción de la especie humana” (*ibid.*, p. 301). Para una ilustrativa crítica de semejante línea de argumentación, véase ya HOERSTER, Norbert, *op. cit.* (n. 11), pp. 30 ss.

<sup>21</sup> Véase FEINBERG, Joel. *op. cit.* (n. 8), pp. 62 ss., 66 ss.; JAKOBS, Günther. *Dogmática del derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson/Civitas, 2004, pp. 65 s.; OSSANDÓN, María Magdalena. Aborto y justificación, *en*: *Revista Chilena de Derecho*, 39(2): 325-369, 2012, pp. 342 ss.; WILENMANN, Javier, *Freiheitsdistribution...* (n. 14), pp. 235 s.

<sup>22</sup> Véase MAÑALICH, Juan Pablo. Ontología sexual y derecho penal. *En*: CENTRO DE ESTUDIOS CRÍTICOS UNIVERSITARIOS. *En Reversa*. Santiago: Párrafo, 2011, pp. 75-97, 95 s.

<sup>23</sup> Para esta formulación, véase BOONIN, David, *op. cit.* (n. 10), pp. 136 ss.

<sup>24</sup> Paradigmática en este sentido resulta ser la posición de BASCUÑÁN, Antonio, La licitud... (n. 11), pp. 167 ss., 172 ss., quien sintetiza su propuesta a través de lo que él mismo llama un “principio de exigibilidad diferenciada”. El argumento de Bascuñán arranca de la conjetura de que el “debate circular” concerniente a si al embrión o feto humano es persona (en el sentido de la Constitución política) “no es decisivo para el tratamiento de los problemas prácticos involucrados” (*ibid.*, p. 158). En tal medida, es correcta la objeción levantada por OSSANDÓN, María Magdalena, *op. cit.* (n. 21), p. 347, n. 100, aun cuando de ello no se siguen las consecuencias que ella pretende extraer.

“problema del aborto” –lo cual supone un cabal abandono de cualquier compromiso con la idea del “carácter sagrado de la vida humana”<sup>25</sup>– debería llevar, por el contrario, a la conclusión de que para la permisibilidad de una acción abortiva *sub specie* destrucción de la vida de un embrión o feto humano *siempre* tendría que ser suficiente, *ceteris paribus*, que esa acción sea ejecutada por la mujer embarazada o con su consentimiento. En tal medida, en la discusión sobre la permisibilidad del aborto no es posible eludir la dificultad de esclarecer el estatus ontológico del embrión o feto humano<sup>26</sup>.

Pero lo anterior impone la necesidad de una clarificación, en atención a que una misma acción puede satisfacer múltiples descripciones alternativas –esto es, ejemplificar múltiples tipos de acción–<sup>27</sup>, en circunstancias de que el carácter prohibido o permitido de una acción es siempre *intensional*, esto es, relativo a una determinada descripción<sup>28</sup>. Cuando aquí se dice que una acción abortiva ejecutada por la mujer respectivamente embarazada, o ejecutada en conformidad con su voluntad, habría de ser siempre permisible *sub specie* destrucción de la vida de un embrión o feto humano<sup>29</sup>, se está diciendo lo siguiente: para toda acción  $\varphi$  vale que, bajo su exclusiva descripción como acción destructiva de la vida de un embrión o feto de la especie *homo sapiens*,  $\varphi$  es permisible bajo la condición (disyuntiva) de que  $\varphi$  haya sido ejecutada por la mujer respectivamente embarazada, o ejecutada en conformidad con su voluntad<sup>30</sup>. Precisamente esto explica la relevancia heurística de los casos de aborto practicado o consentido por la propia mujer embarazada: no se trata de que en estos casos sea

<sup>25</sup> Para una muestra especialmente radical de antiseccularismo en este preciso sentido, véase DWORKIN, Ronald. *Life's Dominion*. Nueva York: Vintage Books, 1994, pp. 68 ss.; en la discusión chilena, UNDURRAGA, Verónica. *Aborto y protección del que está por nacer en la constitución chilena*. Santiago: Legal Publishing/Thomson Reuters, 2013, pp. 122 ss., 132 s.

<sup>26</sup> Acertadamente FEINBERG, Joel, *op. cit.* (n. 8), pp. 37 s., 71 s.

<sup>27</sup> En detalle al respecto MAÑALICH, Juan Pablo. El concepto de acción y el lenguaje de la imputación, *en*: DOXA, 35: 663-690, 2012, pp. 679 ss.; MAÑALICH, Juan Pablo, *Norma, causalidad y acción*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo: Marcial Pons, 2014, pp. 67 ss.

<sup>28</sup> Véase MAÑALICH, Juan Pablo, *Normas permisivas...* (n. 13), pp. 493 ss., con ulteriores referencias.

<sup>29</sup> La embriología distingue, tratándose de seres humanos en gestación, entre el periodo embrionario, que iría desde la tercera hasta la octava semana del embarazo, y el periodo fetal, que iría desde principios del tercer mes hasta el nacimiento. Véase sólo SADLER, Thomas. *Langman's Medical Embryology*. 9ª ed. Filadelfia: Lippincott Williams & Wilkins, 2003, pp. 87 ss., 117 ss.

<sup>30</sup> Por supuesto, esto es enteramente compatible con que una acción particular que satisface esta última descripción pueda, sin embargo, no resultar permisible, en tanto ella ejemplifique algún otro tipo de acción que sí haya de quedar sometido a prohibición, verbigracia: en tanto acción productiva de sufrimiento corporal al feto (ya capaz de experimentarlo).

reconocible un conflicto entre el interés en la supervivencia del feto y uno o más intereses de la mujer respectivamente embarazada, sino más bien de que ellos sirven como casos de laboratorio para la comprobación de si la sola destrucción de la vida de un embrión o feto pudiera quedar sometida a prohibición, *en contra* de la voluntad de la mujer de cuyo estado de gravidez se trata<sup>31</sup>.

### 3. “PERSONEIDAD” COMO FUNCIÓN-ESTATUS

En lo que sigue se defenderá la tesis de que la mera destrucción de la vida de un embrión o feto de la especie *homo sapiens* resulta siempre *prima facie* permisible, en la medida en que exista voluntad conforme por parte de la mujer respectivamente embarazada. El primer paso para ello es clarificar en qué consiste el estatus ontológico especificado a través del uso del concepto de persona, para así determinar si este estatus pudiera ser exhibido por un embrión o feto humano. Como es obvio, esto exige esclarecer en qué consiste el uso del concepto de persona que especifica el correspondiente estatus ontológico.

A primera vista, cabría pensar que lo que está en juego aquí, valiéndonos de la terminología sugerida por Quante, sería un uso *prescriptivo* (por oposición a *descriptivo*) del concepto de persona en cuanto concepto *sortal* (por oposición a *referencial*)<sup>32</sup>. Lo cual significa: la pregunta “¿es X persona?” es la pregunta de si X, un ente cualquiera, pertenece a la clase especificada por el sustantivo (sortal) “persona”, definido éste como la marca de un determinado estatus normativo<sup>33</sup>. Pero esta terminología

<sup>31</sup> Al respecto, véase el fundamental trabajo de GUZMÁN DALBORA, José Luis. Aborto: delito arcaico, punibilidad regresiva y explotación social, *en*: *Revista de Estudios de la Justicia*, 17: 17-51, 2012, pp. 35 ss.

<sup>32</sup> QUANTE, Michael. *Person*. Berlín y Nueva York: Walter de Gruyter, 2007, pp. 2 ss.

<sup>33</sup> Nótese que semejante uso prescriptivo del concepto (normativo) de persona admite ser diferenciado de un uso *adscriptivo* del concepto de persona, bajo el cual el estatus de persona sirve como marca de la capacidad de un individuo de fungir como sujeto de (una atribución de) responsabilidad; fundamental al respecto DENNETT, Daniel. *Brainstorms. Philosophical Essays on Mind and Psychology*. Cambridge (Mass.): The MIT Press, 1981, pp. 239 ss., 267 ss. El punto es claramente advertido por FEINBERG, Joel, *op. cit.* (n. 8), p. 40, cuando éste observa que los “animales superiores –en particular las demás especies de mamíferos– son casos límite cuya clasificación como personas o no-personas ha sido materia de controversia. Muchos de ellos son aptos como sujetos de adscripciones de derechos, sin que puedan serle plausiblemente asignados, empero, deberes o responsabilidades morales”. La diferencia entre un uso prescriptivo y un uso adscriptivo del concepto de persona es pasada por alto por SILVA SÁNCHEZ, Jesús. Los indeseados como enemigos, *en*: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-01, 2007, disponible *en*: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>, pp. 9 ss., quien equívocamente imputa a los detractores del especieísmo “el error de asociar los presupuestos necesarios para la atribución de responsabilidad por las acciones y para la asignación de derechos”.

puede resultar equívoca. Pues que el concepto de persona funja como la marca de un determinado estatus normativo no implica que ese mismo concepto carezca de “contenido descriptivo”<sup>34</sup>. Antes bien, y siguiendo aquí a Tooley, es preferible sostener que como persona cuenta todo ente que exhiba determinadas propiedades de primer orden, cuya especificación ha de encontrarse determinada por referencia al estatus normativo que habría de resultar superviniente (o “emergente”), en cuanto propiedad de segundo orden, a esa conjunción de propiedades de primer orden<sup>35</sup>.

En estos términos, ser persona consiste en exhibir una determinada “función-estatus”, esto es, un estatus que se encuentra sistemáticamente conectado con la adscripción de determinadas posiciones deónticas<sup>36</sup>. Y en lo que aquí interesa, la posición deóntica distintivamente asociada al estatus normativo de persona está constituida por lo que cabría denominar un “derecho a la vida en sentido estricto”<sup>37</sup>; esto es, por de pronto, el derecho a no ser matado *simpliciter*<sup>38</sup>.

Pero la pregunta pasa a ser entonces: ¿cuál o cuáles tendrían que ser las propiedades sobre las cuales tendría que sobrevenir el estatus normativo de persona? A este respecto, tendría que resultar suficientemente claro que una definición del concepto de persona que hiciera de la pertenencia a una determinada especie animal –verbigracia, la especie *homo sapiens*– una “propiedad-que-convierte-a-algo-en-persona” (*person-making*

<sup>34</sup> Esto tiene importancia para desactivar el argumento que CONEE, Earl. *Metaphysics and the Morality of Abortion*, en: *Mind*, 108: 619-646, 1999, *passim*, desarrolla a favor de la irrelevancia de la metafísica para la “moralidad del aborto”, asumiendo así una estricta (y problemática) demarcación entre ontología y normatividad.

<sup>35</sup> TOOLEY, Michael. *Abortion and Infanticide*. Oxford: Clarendon Press, 1983, pp. 34 ss., 50 s.; véase también FEINBERG, Joel, *op. cit.* (n. 8), pp. 40 ss.

<sup>36</sup> SEARLE, John. *Making the Social World*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 2010, pp. 93 ss. Ello basta, a su vez, para concluir que el término “persona”, así empleado, no designa una clase natural; véase sólo FRENCH, Peter. *Kinds and Persons*, en: *Philosophy and Phenomenological Research*, 44: 241-254, 1983, pp. 242 ss.

<sup>37</sup> QUANTE, Michael, *op. cit.* (n. 32), pp. 19 ss.; FEINBERG, Joel, *op. cit.* (n. 8), pp. 44 ss. Véase al respecto BOONIN, David, *op. cit.* (n. 10), p. 15, quien observa que, definiendo el concepto de persona en cuanto concepto normativo, “la afirmación de que el feto es una persona simplemente *significa* que el feto tiene un derecho a la vida”.

<sup>38</sup> Desde luego, con ello aún no se ha determinado qué agente puede ocupar el lugar de portador del deber correlativo a ese mismo derecho en el contexto de la respectiva relación deóntica; véase *infra*, nota 44.

*property*) resultaría inadmisibles<sup>39</sup>. Pues no puede otorgar relevancia moral al solo hecho de que un ente sea un ejemplar de una determinada *especie* animal quien asume que no puede otorgarse relevancia moral al solo hecho de que un ejemplar de la especie *homo sapiens* sea exponente de una determinada raza o de un determinado sexo. Dicho de otro modo: la posición relativa de un ente cualquiera bajo una determinada taxonomía biológica carece *per se* de significación para la determinación de cuál pudiera ser su estatus normativo<sup>40</sup>. Aquí radica la base para la refutación de cualquier variante de *especiéismo*, que en tal medida se encontrará expuesta a las mismas objeciones que se dejan dirigir en contra de cualquier variante de racismo o sexismo<sup>41</sup>.

#### 4. INTERÉS EN LA PROPIA SUPERVIVENCIA COMO CRITERIO DE “PERSONEIDAD”

Si el estatus de persona queda paradigmáticamente definido por la posición deóntica constituida por un derecho a la vida en sentido estricto, entonces la pregunta por la especificación de las condiciones que convierten a un ente cualquiera en persona equivale a la pregunta por la especificación de las condiciones que ha de satisfacer un ente para ser el titular de semejante derecho a la vida *stricto sensu*.

Desde un punto de vista secular, el sustrato último para el reconocimiento de un derecho (“subjetivo”) sólo puede estar constituido por un *interés*<sup>42</sup>. Lo cual significa: si una persona P tiene un derecho a x, entonces P ha de tener interés en x. Esta última proposición se deja fundamentar en atención a la estructura formal de un derecho (subjetivo) cualquiera<sup>43</sup>. Si P<sub>1</sub> tiene un derecho a x, entonces alguna otra persona –

<sup>39</sup> TOOLEY, Michael, *op. cit.* (n. 35), pp. 61 ss.; HOERSTER, Norbert, *op. cit.* (n. 11), pp. 55 ss.; FEINBERG, Joel, *op. cit.* (n. 8), pp. 46 s. Latamente al respecto también BIRNBACHER, Dieter. *Bioethik zwischen Natur und Interesse*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 2006, pp. 53 s., 59 ss.

<sup>40</sup> En tal medida, la sugerencia de SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *op. cit.* (n. 33), p. 8, en cuanto a que “la negación de la relevancia del dato biológico ‘ser humano’” se correspondería con una primera fase del “proceso de exclusión del concebido no nacido”, no deja de constituir una mera *petitio principii*.

<sup>41</sup> SINGER, Peter. *Practical Ethics*, 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, pp. 55 ss.; HOERSTER, Norbert, *op. cit.* (n. 11), pp. 59 ss.; FEINBERG, Joel, *op. cit.* (n. 8), p. 46.

<sup>42</sup> Así ya FEINBERG, Joel. *Harm to Others*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 1984, pp. 109 ss. Fundamental al respecto HOERSTER, Norbert, *op. cit.* (n. 11), pp. 19 ss., 69 ss.; HOERSTER, Norbert. *Neugeborene und das Recht auf Leben*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1995, pp. 11 ss. Véase también BIRNBACHER, Dieter, *op. cit.* (n. 39), pp. 54 s.

<sup>43</sup> Véase MAÑALICH, Juan Pablo, *Normas permisivas...* (n. 13), pp. 495 ss., con ulteriores referencias.

digamos:  $P_2$ — tiene, en relación con  $P_1$ , un deber de  $x$ . Así, siendo el derecho de  $P_1$  y el deber de  $P_2$  posiciones deónticas correlativas, si  $P_2$  infringe su deber de  $x$ , entonces el derecho a  $x$  de  $P_1$  resultará correlativamente vulnerado<sup>44</sup>, en circunstancias de que en tal caso lo natural sería decir que  $P_1$  ha sido *agraviado* (*wronged*) por el comportamiento de  $P_2$ <sup>45</sup>. Pero esto último sólo tiene sentido, en efecto, si el incumplimiento del deber por parte de  $P_2$  se corresponde con la afectación de un interés de  $P_1$ .

La relación en que se encuentran un determinado derecho subjetivo y el correspondiente interés, susceptible de verse afectado en caso de vulneración de ese mismo derecho, se deja articular, con mayor precisión, en términos de lo que Tooley identifica como el principio del *interés particularizado*: “un ente no puede tener un derecho particular D a menos que sea a lo menos capaz de tener algún interés I que sea promovido por su titularidad sobre el derecho D”<sup>46</sup>. En estos términos, la adscripción a P de un derecho a no ser matado sólo puede estar fundada en el hecho de que P sea portador de un interés que se vea *específicamente* promovido por la adscripción de ese mismo derecho. Tratándose del derecho a la vida de P, el correspondiente interés de P sólo podrá consistir, entonces, en un interés en la continuidad de su propia existencia<sup>47</sup>, o más simplemente: un interés en su propia supervivencia<sup>48</sup>.

¿Pero de qué depende que a un individuo pueda atribuirse un determinado interés? La infraestructura de un interés individual ha de estar constituida, mínimamente, por uno o más *deseos* (o preferencias) atribuibles al individuo en cuestión<sup>49</sup>. Esto se traduce, por de pronto, en que sólo puedan predicarse intereses de entes a los cuales puedan

<sup>44</sup> Nótese que, en el presente contexto, el recurso argumentativo al así llamado “derecho a la vida” se restringe a su *función criteriológica* para el reconocimiento del estatus normativo de persona. Y es en referencia a este último estatus normativo que cabe entender circunscrita la institucionalización jurídica de una prohibición orientada a la protección de la condición de ser vivo de todo individuo que exhiba ese mismo estatus; véase al respecto *infra*, 6. Ello hace posible evitar la problemática suposición de que el deber—fundamentado por la correspondiente norma de prohibición— infringido por el autor de un homicidio sería correlativo a un derecho (subjetivo) de la víctima de ese mismo homicidio, suposición que es difícilmente compatible con el estatus de las normas de comportamiento jurídico-penalmente reforzadas como normas *públicas*. En detalle al respecto *ibid.*, pp. 495 ss., 500 ss.

<sup>45</sup> Véase FEINBERG, Joel, *Harm...* (n. 42), pp. 105 ss.

<sup>46</sup> TOOLEY, Michael, *op. cit.* (n. 35), p. 99.

<sup>47</sup> *Ibid.*, pp. 99 ss.

<sup>48</sup> HOERSTER, Norbert, *Abtreibung...* (n. 11), pp. 69 ss.

<sup>49</sup> Véase en detalle FEINBERG, Joel, *Harm...* (n. 42), pp. 38 ss, 55 ss.

ser atribuidos *estados intencionales*<sup>50</sup>. Ahora bien, la relación entre un interés individual y uno o más deseos que pudieran servirle de base puede asumir cualquiera de las dos siguientes formas<sup>51</sup>: un ente E tiene interés en x o bien porque E desea x, o bien porque E tiene algún (otro) deseo cuya satisfacción dependa de x<sup>52</sup>. Así por ejemplo, yo puedo tener interés en ingerir calcio, o bien porque deseo ingerir calcio para así preservar, en una cierta medida, mi salud corporal<sup>53</sup>; o bien porque –aun no deseando ingerir calcio– tengo el deseo de preservar, en una cierta medida, mi salud corporal, en circunstancias de que una ingesta de calcio contribuiría a ello<sup>54</sup>.

Debería ser suficientemente obvio que, tratándose de un eventual interés en la propia supervivencia, los presupuestos de su adscripción resultan menos exigentes en el segundo caso que en el primero. Pues sólo puede ser sujeto de un deseo *referido a su*

<sup>50</sup> Véase TOOLEY, Michael, *op. cit.* (n. 35), pp. 103 ss., quien favorece, sin embargo, una interpretación demasiado estrecha del concepto de deseo: puesto que un deseo no es sino una especie de actitud proposicional, de ello se seguiría que sólo podría ser sujeto de un deseo quien “posee los correspondientes conceptos” (involucrados en la respectiva proposición), lo cual implicaría, entonces, que sólo podría ser sujeto de un deseo quien se encuentra en “posesión de un lenguaje”; explícitamente en este sentido DAVIDSON, Donald. *Subjective, Intersubjective, Objective*. Oxford: Clarendon Press, 2001, pp. 95 ss. La misma premisa aparece en la impugnación que STEVENS, John. Must the Bearer of a Right Have the Concept of That to Which He Has a Right?, *en: Ethics*, 95: 68-74, 1984. p. 73, dirigiera a una formulación más temprana (y fallida) del argumento de Tooley a favor de la permisibilidad del aborto –véase TOOLEY, Michael. Abortion and Infanticide, *en: Philosophy and Public Affairs*, 2: 37-65, 1972, pp. 44 ss. En contra de semejante reducción, véase ya MALCOLM, Norman. Thoughtless Brutes, *en: Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, 46: 5-20, 1972-73, pp. 13 ss., quien pone en cuestión el carácter propiamente proposicional de toda forma de pensamiento, para así ofrecer una respuesta afirmativa a la pregunta de si determinados animales no humanos, desprovistos de la capacidad de interactuar lingüísticamente, “tienen mentes”; en esta dirección, véase también SEARLE, John. *Consciousness and Language*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 61 ss. Acerca de los hallazgos experimentales que avalan el reconocimiento de dominio conceptual a animales no humanos de variadas especies, véase GRIFFIN, Donald. *Animal Minds*. Chicago y Londres: The University of Chicago Press, 1992, pp. 115 ss., así como los artículos recopilados en LURZ, Robert. *The Philosophy of Animal Minds*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, *passim*.

<sup>51</sup> HOERSTER, Norbert, *Abtreibung...* (n. 11), pp. 71 ss.

<sup>52</sup> Donde “x” marca el lugar de una variable susceptible de ser llenado por alguna proposición u otro objeto intencional. Nótese que por la *satisfacción* de un deseo se entiende aquí lo que FEINBERG, Joel, *Harm...* (n. 42), pp. 84 s., llama *fulfillment*, en el sentido de su realización (“objetiva”), y no en cambio lo que Feinberg llama *satisfaction*, en el sentido de una gratificación (“subjetiva”) del individuo que es portador del deseo en cuestión.

<sup>53</sup> En la terminología favorecida por Feinberg, mi deseo de ingerir calcio en tal caso exhibiría el estatus de un “deseo instrumental”; *ibid.*, pp. 55 ss.

<sup>54</sup> Véase TOOLEY, Michael, *Abortion...* (n. 35), pp. 117 s.

*propia supervivencia* quien cuenta con la capacidad de representarse como un ente cuya identidad es susceptible de preservación través del tiempo. Y restringir la adscripción de un derecho a la vida *stricto sensu* a entes que satisfagan esta última condición resultaría ser demasiado revisionista de nuestras prácticas<sup>55</sup>. Luego, una consideración de equilibrio reflexivo parece hablar a favor de la adopción de un criterio más laxo para el reconocimiento de un interés en la propia supervivencia<sup>56</sup>, que es justamente lo que se sigue de la tesis de que para ello basta con que el ente en cuestión sea sujeto de cualquier deseo cuya satisfacción dependa, *en un sentido no trivial*, de su propia supervivencia<sup>57</sup>. En estos términos, el estatus normativo de persona es exhibido por todo ente que sea sujeto de intereses no-momentáneos<sup>58</sup>, de modo tal que a ese individuo pueda ser atribuido un interés en su propia supervivencia en cuanto especie de lo que Feinberg denomina un “interés de bienestar”, entendido como un interés cuya resguardo por definición conlleva una mejoría de las chances para la promoción y la satisfacción de múltiples intereses ulteriores que sean atribuibles a ese mismo individuo<sup>59</sup>.

Pero entonces la pregunta pasa a ser: ¿cómo podemos identificar aquellos deseos cuya satisfacción depende, no trivialmente, de la supervivencia del sujeto del deseo en cuestión? A este respecto, Hoerster introduce una distinción entre deseos referidos-al-presente, por un lado, y deseos referidos-al-futuro, por otro<sup>60</sup>. En estos términos, sólo un deseo referido-al-futuro puede servir de base para un interés *no meramente puntual* en la propia supervivencia, esto es, para un interés en la propia supervivencia que no sea

<sup>55</sup> Véase por ejemplo FEINBERG, Joel, *Freedom...* (n. 8), pp. 51 s., según quien la adquisición por parte de un individuo de la especie humana del conjunto de propiedades-que-convierten-a-algo-en-persona normalmente tendría lugar recién dentro de su segundo año de vida extrauterina. Para una refutación de la identificación de la autoconsciencia como condición necesaria (o suficiente) de “personidad”, véase TOOLEY, Michael, *Abortion...* (n. 35), pp. 142 ss. Véase sin embargo HOERSTER, Norbert, *Abtreibung...* (n. 11), pp. 74 ss., donde (erróneamente) se identifica el estatus de quien tiene deseos “referidos-al-futuro” con el estatus de quien exhibe autoconsciencia; semejante tesis no figura en la –por lo demás idéntica– reformulación del mismo argumento ofrecida en HOERSTER, Norbert, *Neugeborene...* (n. 42), pp. 13 ss.

<sup>56</sup> Sobre el método del equilibrio reflexivo y su aplicabilidad al debate sobre la permisibilidad del aborto y el infanticidio, véase BOONIN, David, *op. cit.* (n. 10), pp. 9 ss., 13 s.

<sup>57</sup> Parafraseando a TOOLEY, Michael, *Abortion...* (n. 35), p. 133, se tratará en tal medida de un ente que “tiene deseos concernientes a estados futuros de sí mismo”.

<sup>58</sup> *Ibid.*, pp. 123 ss.

<sup>59</sup> FEINBERG, Joel, *Harm...* (n. 42), pp. 41 s., 57 ss.

<sup>60</sup> HOERSTER, Norbert, *Abtreibung...* (n. 11), pp. 73 ss.; HOERSTER, Norbert, *Neugeborene...* (n. 42), pp. 13 ss.

enteramente reducible al interés en aquello a lo cual se encuentra referido el deseo en cuestión<sup>61</sup>. Para quedarnos con el ejemplo ofrecido por Hoerster:

Si por ejemplo yo tengo el deseo de [...] escuchar música *ahora*, es decir, en lo posible de inmediato, entonces con ello tengo inmediatamente un interés en a lo menos vivir hasta que este deseo se vea satisfecho. [...] Puesto que este interés en mi supervivencia sólo se presenta como medio para la satisfacción [...] de mi deseo de escuchar música ahora, a él no puede asignarse mayor peso, en todo caso, que a este mismo deseo<sup>62</sup>.

Por supuesto, esto no quiere decir que el sujeto de semejante deseo referido-al-presente no pueda, a la vez, ser el sujeto de uno o más deseos referidos-al-futuro que sí pudieran servir de base para un interés no-trivial en su propia supervivencia. (Antes bien, es altamente probable que un ente que es capaz de ser sujeto de *ese* particular deseo –a saber: de escuchar música *ahora*– necesariamente haya de ser capaz de ser el sujeto de una infinidad de deseos referidos-al-futuro, desde ya porque quien dispone del concepto expresado por el adverbio de tiempo “ahora” con toda probabilidad también dispone del concepto expresado por una expresión adverbial temporal como “más tarde” o “más adelante”<sup>63</sup>.) Lo que importa, más bien, es la circunstancia de que ese solo deseo referido-al-presente, *aisladamente considerado*, no podrá servir de base para un interés no-trivial en la propia supervivencia. Y esto significa: bajo el ya mencionado principio del interés particularizado, sólo podrá adscribirse un derecho a la vida *stricto sensu* a entes que lleguen a ser sujetos de *deseos temporalmente diferidos*.

En este punto es importante despejar un posible malentendido. Nada de lo aquí sostenido vuelve problemático, en lo más mínimo, el reconocimiento de un interés en la propia supervivencia a individuos que se encuentran actualmente en un estado de inconsciencia, sea porque se hallan plácidamente durmiendo, sea porque se hallan en

<sup>61</sup> De ello se sigue que el interés en la propia supervivencia sea, por definición, individualmente variable, en tanto relativo al espectro de deseos (referidos-al-futuro), susceptibles de ser adscritos a un ente, que dependan (en un sentido no trivial) de la continuidad de su existencia. Al respecto TOOLEY, Michael. *Personhood*, en: KUHSE, Helga y SINGER, Peter (ed.). *A Companion to Bioethics*, 2ª ed. Malden (MA): Wiley-Blackwell, 2009, pp. 129-139, 134 s.

<sup>62</sup> HOERSTER, Norbert, *Abtreibung...* (n. 11), pp. 88 s.

<sup>63</sup> Esta es una implicación del holismo que caracteriza a la adscripción de actitudes proposicionales y, en general, estados intencionales; al respecto, véase MAÑALICH, Juan Pablo. La exculpación como categoría del razonamiento práctico, en: *Indret*, 1/2013, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/944.pdf>, pp. 16 ss., con ulteriores referencias.

una situación clínicamente identificada como un estado de coma<sup>64</sup>. Pues nada obsta a que, tratándose de individuos en tal condición, el correspondiente interés en su propia supervivencia esté fundamentado en algún deseo, temporalmente diferido, que haya quedado formado antes de que sobreviniera el respectivo estado de inconsciencia.

Ahora bien, existe evidencia a favor de que, tratándose de individuos de la especie humana, su capacidad de ser sujetos de deseos referidos-al-futuro depende de un grado de desarrollo psico-biológico que no es alcanzado sino hasta ya avanzado el tercer mes de vida extrauterina<sup>65</sup>. Con ello, el argumento precedente lleva a la conclusión de que a un ser humano recién nacido no se deja atribuir, en modo alguno, un interés no-trivial en su propia supervivencia. Pues como observa Hoerster:

En sus primeros meses de vida, un niño pequeño manifiestamente no puede formarse deseo alguno –por ejemplo, de recibir alimentación o cuidado– que vaya más allá del momento presente, más allá del ahora. Todavía él no puede querer recibir no sólo actualmente, sino, verbigracia, al día siguiente, algo para beber. Asumir lo contrario sería tan especulativo y carente de fundamento como, por ejemplo, asumir que un gato que yace somnoliento bajo el sol estaría en verdad ocupado con la solución de un ejercicio matemático<sup>66</sup>.

Sobre las implicaciones que esto ha de tener para la determinación de cuál debería ser el alcance de la prohibición jurídica del homicidio, habrá que volver después<sup>67</sup>. Por el momento, basta con constatar que ni siquiera un ser humano recién nacido puede ser sujeto de un interés no-trivial en su propia supervivencia para poder concluir, *a fortiori*, que tampoco podrá serlo un embrión o un feto de la especie *homo sapiens*<sup>68</sup>. Lo cual significa: si un derecho a la vida en sentido estricto es la posición deóntica definitoria del estatus normativo de persona, un embrión o feto humano no puede exhibir, bajo circunstancia alguna, el estatus normativo de persona.

<sup>64</sup> Véase HOERSTER, Norbert, *Abtreibung...* (n. 11), pp. 76 ss.; también TOOLEY, Michael, *Abortion...* (n. 35), p. 117.

<sup>65</sup> Latamente al respecto TOOLEY, Michael, *Abortion...* (n. 35), pp. 357 ss., 372 ss.; HOERSTER, Norbert, *Neugeborene...* (n. 42), pp. 21 s.

<sup>66</sup> HOERSTER, Norbert, *Neugeborene...* (n. 42), p. 22.

<sup>67</sup> Al respecto *infra*, 6.

<sup>68</sup> El punto es pasado por alto por UNDURRAGA, Verónica, *op. cit.* (n. 25), p. 122, quien al intentar refutar la adscripción de un derecho subjetivo a la vida al embrión o feto concede que “a partir de cierto estado de desarrollo parece tener sentido afirmar que el *nasciturus* tiene intereses propios”. Esto último es ciertamente correcto, pero carece de toda relevancia para la fundamentación de la adscripción de

## 5. EL ARGUMENTO DE LA POTENCIALIDAD

En el debate en torno a la permisibilidad del aborto, sin embargo, no es inusual que los defensores de una posición prohibicionista concedan la falta de “personidad actual” del embrión o feto *homo sapiens*, pero al mismo tiempo sostengan que ello no obstaría a que se le reconozca un derecho a la vida en sentido estricto, en atención a su estatus de *persona potencial*. En este contexto, que un ente cuente como una persona potencial significa que se trata de un individuo que, de no mediar alguna intervención causalmente impeditiva de ello, habría de llegar a desarrollarse continuamente hasta un momento en que ya contará como una persona “actual”<sup>69</sup>.

El defecto de semejante estrategia no se encuentra en su premisa, a saber: que habría que reconocer identidad ontológica –en el sentido de tratarse de uno y el mismo ente a través del tiempo– entre la persona que yo soy actualmente, por un lado, y el feto de aproximadamente 32 o 33 semanas que, a comienzos de septiembre del año 1979, se encontraba anidado en el útero del individuo de sexo femenino de quien soy descendiente consanguíneo de primer grado en la línea recta de parentesco, por otro. Antes bien, el problema radica en que de esa premisa no se sigue que a un embrión o feto de la especie *homo sapiens*, en cualquier fase de su desarrollo intrauterino, pueda adscribirse un derecho a la vida *stricto sensu*<sup>70</sup>. Pues por una parte, resulta inviable retrodatar el reconocimiento de un interés no-trivial en la propia supervivencia a un ente que sólo tiempo después estará, eventualmente, en condiciones de ser sujeto de algún deseo (referido-al-futuro) que le sirva de base. Y por otra parte, tampoco tiene sentido adscribir un *derecho actual* a no ser matado sobre la base de un potencial *interés futuro* en la propia supervivencia<sup>71</sup>. Pues la adscripción de un derecho a  $x$  sólo se deja fundamentar por referencia a la promoción de un correspondiente interés en  $x$ , en el sentido del ya mencionado principio del interés particularizado. Y un embrión o feto humano carece de la constitución psico-biológica necesaria para poder ser portador, precisamente, de un interés (actual) en su propia supervivencia. En tal medida, la posición de un embrión o feto humano, como posible titular de un derecho a la vida

---

un derecho a la vida *stricto sensu*, en la medida en que entre esos intereses no figure un interés del *nasciturus* en su propia supervivencia.

<sup>69</sup> Fundamental para la crítica del argumento de la potencialidad, TOOLEY, Michael. *Abortion...* (n. 35), pp. 165 ss.; también FEINBERG, Joel, *Freedom...* (n. 8), pp. 47 ss.

<sup>70</sup> HOERSTER, Norbert, *Neugeborene...* (n. 42), pp. 17 ss.

<sup>71</sup> Véase FEINBERG, Joel, *Freedom...* (n. 8), pp. 48 s.

*stricto sensu*, es similar a la del príncipe Carlos, quien “es el potencial rey de Inglaterra, pero actualmente no tiene los derechos de un rey”<sup>72</sup>.

La conclusión así alcanzada se deja reforzar a través de un argumento de reducción al absurdo: desde el punto de vista de la sola *potencialidad*, no hay diferencia alguna entre una persona *potencial* y una persona *posible*<sup>73</sup>, esto es: entre un ente que exhibe una potencialidad activa para llegar a ser persona, por un lado, y un ente que exhibe una potencialidad puramente pasiva para ello, por otro. Este último es el caso, por ejemplo, tratándose de un óvulo fecundado *in vitro*, que aún necesitaría ser artificialmente implantado para quedar en condiciones de desarrollarse intrauterinamente y así llegar, eventualmente, a adquirir las correspondientes propiedades que-convierten-a-algo-en-persona. Pero en los mismos términos, ello también es el caso tratándose de un óvulo no-fecundado, que todavía tendría que ser artificialmente fecundado y luego implantado. Y aquí hay que notar que el hecho de que entre el óvulo no fecundado y el cigoto eventualmente resultante de su fecundación exista una inequívoca falta de identidad ontológica, en el sentido de que el cigoto ha de ser considerado un individuo biológicamente distinto –en virtud de su diferenciación genética– del óvulo de cuya fecundación se trata, carece de toda relevancia a este respecto. Pues desde el punto de vista de la sola *potencialidad*, no cabe reconocer diferencia alguna entre la destrucción de un individuo ya existente, capaz de llegar a convertirse, *ceteris paribus*, en una persona, y el impedimento de que llegue a existir ese mismo individuo<sup>74</sup>.

Con ello, bajo el argumento de la potencialidad no cabría reconocer diferencia normativa alguna entre una acción abortiva y una acción anticonceptiva. Luego, quien se declara dispuesto a reconocer a un embrión o feto humano un derecho a la vida en sentido estricto en virtud del argumento de la *potencialidad*, también tendría

<sup>72</sup> SINGER, Peter, *op. cit.* (n. 41), p. 153.; asimismo FEINBERG, Joel, *Freedom...* (n. 8), p. 51. Al respecto, véase también BASCUÑÁN, Antonio, *La píldora...* (n. 11), p. 50, quien acertadamente caracteriza la falacia implicada en la inferencia contraria como una “falacia retrospectiva”. Para una ejemplificación de semejante falacia retrospectiva, véase sólo OSSANDÓN, María Magdalena, *op. cit.* (n. 21), p. 355, quien intentando refutar esa misma objeción, y a propósito de la relación en que se encontrarían una semilla y el árbol susceptible de resultar de su siembra, afirma que “son una misma realidad; en la semilla está actualmente el mismo organismo del árbol. De igual modo, el embrión que tiene la potencialidad para adquirir las perfecciones humanas [...] es esencialmente idéntico al que ya las ha adquirido”. El pasaje reproduce con suficiente explicitación la confusión de una pregunta acerca de la individuación de un ente con una pregunta acerca de la adquisición (contingente) de alguna propiedad por parte de ese mismo ente.

<sup>73</sup> TOOLEY, Michael, *Abortion...* (n. 35), pp. 242 ss.; TOOLEY, Michael, *Abortion...* (n. 50), pp. 135 s.

<sup>74</sup> HOERSTER, Norbert, *Neugeborene...* (n. 42), pp. 19 s.

que declararse a dispuesto a reconocer semejante derecho a un óvulo (humano) no fecundado –y consistentemente, para evitar cualquier discriminación sexista: también a un espermatozoide (humano)<sup>75</sup>. *Res ipsa loquitur*.

## 6. EL INFANTICIDIO BAJO LA PROHIBICIÓN DEL HOMICIDIO

El argumento precedente parece ser especialmente revisionista en cuanto a sus aparentes implicaciones para el estatus normativo del *infanticidio*, entendido como el homicidio de un individuo cuya edad no supera los primeros meses de vida extrauterina<sup>76</sup>. Pues el argumento lleva a la conclusión de que, *ceteris paribus*, recién a partir del tercer o cuarto mes de vida extrauterina tenderían a ser reconocibles las propiedades que convierten-a-algo-en-persona en un individuo de la especie *homo sapiens*. Luego, si la prohibición del homicidio se identifica, estrictamente, con la prohibición de matar a otra *persona*, habría que concluir que la producción de la muerte de un ser humano que aún no supera las primeras semanas de vida extrauterina jamás podría resultar prohibida *sub specie* homicidio.

Ésta es, en efecto, la conclusión alcanzada por Tooley<sup>77</sup>. Desde el punto de vista aquí defendido, la tesis es inatacable en el nivel de la sola *fundamentación moral* de la correspondiente norma de prohibición. El problema está, sin embargo, en que semejante tesis desconoce que el discurso moral es enteramente insuficiente para la articulación de estándares de comportamiento que en efecto puedan desempeñar la función de una norma en cuanto premisa de razonamiento práctico, a saber: la de servir como razón perentoria –o “excluyente”– para la acción<sup>78</sup>. Lo cual significa: en contra del lugar común que ha dominado el debate concerniente a la conexión o inconexión que habría que reconocer entre validez jurídica y rectitud moral, el punto relevante no pasa por la pregunta acerca de la autonomía o la subordinación del discurso jurídico frente al discurso moral, sino por la constatación de la impotencia regulativa del discurso moral<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> Véase FEINBERG, Joel, *Freedom...* (n. 8), p. 48.

<sup>76</sup> Como es obvio, este concepto (más laxo) de infanticidio no coincide con los términos en los cuales el infanticidio se encuentra tipificado bajo el art. 394 del Código Penal chileno.

<sup>77</sup> TOOLEY, Michael, *Abortion...* (n. 35), pp. 332 ss., 407 ss. Desde una meta-ética utilitarista, SINGER, Peter, *op. cit.* (n. 41), pp. 169 ss., 181 ss., alcanza una conclusión similar.

<sup>78</sup> Véase MAÑALICH, Juan Pablo, *La exculpación...* (n. 63), pp. 2 ss.; MAÑALICH, Juan Pablo, *Norma...* (n. 27), pp. 17 ss., con ulteriores referencias.

<sup>79</sup> Fundamental HONORÉ, Tony. The Dependence of Morality on Law, en: *Oxford Journal of Legal Studies*, 13: 1-17, 1993, pp. 4 ss.

Precisamente esto último es advertido por Hoerster, cuando éste, de cara al problema que aquí interesa, introduce la distinción entre los conceptos de “norma ideal” y “norma práxica”<sup>80</sup>. El criterio de la existencia actual de un interés no-trivial en la propia supervivencia fundamentaría la prohibición de matar a otra persona en cuanto *norma ideal*, esto es, en cuanto norma cuyo contenido semántico reproduce transparentemente su propio fundamento de validez. Pero así construida, semejante prohibición no parece adecuada como norma a ser seguida en el marco de la “praxis de la vida cotidiana”, esto es, en cuanto *norma práxica*. Pues la posibilidad de que un destinatario (cualquiera) de la prohibición de matar a otra persona llegue a errar respecto de si un ser humano de escasa edad ha superado ya el umbral de desarrollo psico-biológico que se corresponde con la adquisición de las propiedades que-convierten-a-algo-en-persona —o bien en una “cuasi-persona”<sup>81</sup>, en la medida en que la adquisición de esas propiedades haya de ser entendida no como un paso binario, sino como un proceso gradual— conllevaría un riesgo cierto para la supervivencia de niños y niñas a los cuales efectivamente ya haya de adscribirse un interés no-trivial en su propia supervivencia.

La optimización de la protección de la supervivencia de genuinas personas —o bien, de genuinas “cuasi-personas”— de muy temprana edad exige, en consecuencia, formular la correspondiente norma práxica de un modo que minimice ese riesgo<sup>82</sup>. Para ello, el alcance de la prohibición del homicidio ha de quedar determinado por la identificación de un hito que resulte subsuntivamente practicable, a la vez que criteriológicamente adecuado. Y todo habla a favor de identificar ese hito con el nacimiento del respectivo ser humano<sup>83</sup>, entendido como el estado terminal del proceso del parto<sup>84</sup>. Ello se ve decisivamente apoyado por una consideración de equilibrio reflexivo: desde el

<sup>80</sup> HOERSTER, Norbert, *Abtreibung...* (n. 11), pp. 128 ss.; HOERSTER, Norbert, *Neugeborene...* (n. 42), pp. 22 ss.

<sup>81</sup> Véase TOOLEY, Michael, *Abortion...* (n. 35), pp. 407 ss.

<sup>82</sup> Puesto en terminología dogmática: se trata aquí de un riesgo constitutivo de un *peligro abstracto* para la vida de personas (en sentido moral) de muy escasa edad. Para un argumento estrictamente equivalente de cara al alcance de la prohibición del hurto en referencia directa a los casos del así (mal) llamado “hurto al ladrón”, véase MAÑALICH, Juan Pablo. Justicia, propiedad y prevención. En: VV.AA. *La ciencia penal en la Universidad de Chile*. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013, pp. 167-187, 181 ss.

<sup>83</sup> Al respecto HOERSTER, Norbert, *Abtreibung...* (n. 11), pp. 131 ss.; HOERSTER, Norbert, *Neugeborene...* (n. 42), pp. 25 ss.

<sup>84</sup> Acerca de las dificultades que ello conlleva frente a los casos de niños y niñas prematuros, véase HOERSTER, Norbert, *Neugeborene...* (n. 42), pp. 49 ss., 57 ss., quien se inclina a someter el reconocimiento de un derecho a la vida stricto sensu a la condición de que el ser humano prematuramente nacido haya

punto de las representaciones normativas del sentido común, semejante formulación de la prohibición no desafía de modo especialmente significativo las intuiciones del “ciudadano promedio”<sup>85</sup>, como sí lo haría, en cambio, la institucionalización jurídica de la correspondiente norma ideal. A este último respecto, no estaría de más observar que, sólo formulada como norma práxica en el sentido recién indicado, la prohibición en cuestión resulta correctamente identificada como consistente en la prohibición del *homicidio*, cuyo objeto de protección queda constituido por la condición de ser vivo de todo individuo de la especie humana<sup>86</sup>. Con ello, la distancia entre la norma ideal, cuyo contenido semántico reproduce transparentemente el criterio de validez que le sirve de fundamento, y la correspondiente norma práxica, en cuanto norma que, por vía de institucionalización jurídica, vuelve (mínimamente) opaca esa conexión de fundamentación, es estrictamente correlativa a la distancia que cabe reconocer entre un concepto moral y un concepto jurídico de persona<sup>87</sup>.

Pero es crucial reparar en una específica implicación de la formulación de la prohibición del homicidio como la prohibición de producir la muerte de un ser humano *nacido*. Pues en tanto se trata aquí de una norma que prohíbe (nada más que) la

---

alcanzado las 28 semanas de vida desde el momento de la concepción, puesto que con anterioridad a ello el déficit de desarrollo pulmonar del organismo volvería improbable en grado sumo que la creatura sobreviviera sin asistencia y cuidados médicos. Que la formulación de semejante criterio de demarcación pueda ser controversial no significa en modo alguno, empero, que su aplicación dé lugar a la “paradoja” consistente que la vida de un sietemesino prematuramente nacido sí se encontraría protegida por la prohibición del homicidio, y no así la vida de un feto de ocho meses de gestación intrauterina. Pues *pase* SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *op. cit.* (n. 33), p. 12, en ello no hay paradoja alguna.

<sup>85</sup> HOERSTER, Norbert, *Neugeborene...* (n. 42), pp. 26 s.

<sup>86</sup> En cuanto quebrantamiento de esa misma norma práxica, el homicidio es constitutivo de un delito de *lesión*, lo cual no obsta a que, desde el punto de la correspondiente norma ideal, ciertas instancias de homicidio —a saber: aquellas constitutivas de infanticidio (*lato sensu*)— sólo supongan un peligro abstracto para la vida de quienes cuentan como personas en sentido moral; véase *supra*, nota 82.

<sup>87</sup> Aquí no es posible entrar en la muy sensible pregunta de si, bajo la adopción de semejante norma práxica, cabría de todas formas reconocer la pertinencia de razones suficientemente fuertes como para legitimar el infanticidio en caso de que un ser humano recién nacido exhiba tal grado de malformación y daño cerebral que la omisión de matarlo antes de que adquiera las propiedades sobre las cuales superviene el estatus moral de persona equivaldría a infringir un deber correlativo al derecho de ese mismo individuo a no ser “condenado a padecer una vida que no amerite ser vivida”. Véase latamente al respecto FEINBERG, Joel, *Harm...* (n. 42), pp. 95 ss.; FEINBERG, Joel, *Freedom...* (n. 8), pp. 3 ss., 53 ss. Como acertadamente lo muestra HOERSTER, Norbert, *Neugeborene...* (n. 42), pp. 101 ss., sin embargo, el mismo argumento que respalda la adopción de la prohibición del homicidio en cuanto norma práxica tendría que llevar a que esa pregunta sea respondida con arreglo a los criterios generales de los cuales tendría que depender la legitimidad de una *eutanasia*.

producción de un *resultado* constituido por el evento consistente en la transformación de un estado de vida en un estado de muerte de cualquier ser humano nacido<sup>88</sup>, bajo esa misma norma resultará prohibida toda acción que produzca la muerte de un ser humano en cuanto evento cuyo acaecimiento tenga lugar una vez que ese ser humano ya haya nacido. Y no obstante tratarse de un asunto doctrinalmente controversial, ello ha de valer con total independencia de que semejante acción sea ejecutada antes de que ese ser humano haya nacido (o haya sido siquiera concebido), así como de que esa misma acción “incida” sobre el ser humano en cuestión antes de que éste haya nacido<sup>89</sup>.

En tal medida, la permisibilidad de una acción destructiva de la vida de un feto humano *sub specie* aborto es dependiente de que esa misma acción produzca la muerte del feto *qua* feto. De ahí que una acción interruptora de un embarazo que resulte en la muerte del respectivo ser humano en cuanto individuo ya nacido ejemplifique, en efecto, el tipo de acción marcado por el concepto de *homicidio*<sup>90</sup>.

## 7. ¿“EXCOMUNIÓN” DE LA MUJER EMBARAZADA?

El argumento aquí defendido ha girado en torno a la pregunta por las propiedades que ha de exhibir un ente cualquiera para ser titular de un derecho a la vida en sentido estricto, entendido éste como la posición deóntica distintivamente identificadora del estatus normativo de persona. El criterio del interés no-trivial en la propia supervivencia lleva a que la pertenencia de un individuo a la especie humana no sea condición necesaria ni condición suficiente para exhibir el estatus moral de persona<sup>91</sup>, más allá de que la vida

<sup>88</sup> Latamente al respecto MAÑALICH, Juan Pablo, *Norma...* (n. 27), pp. 32 ss., 58 ss., 110 ss.

<sup>89</sup> Esta es la solución para el así llamado “problema de la mutación del estatus del objeto de la acción” que se corresponde con la tesis del momento del resultado, que compite con la tesis del momento de la acción y la tesis del momento de la incidencia. Fundamental al respecto en la literatura más reciente, y con una lograda defensa de la tesis del momento del resultado, CONTESE, Javier. Cambios del estatus del objeto de la acción en el tiempo y lesiones al feto. En: AA.VV. *La ciencia penal en la Universidad de Chile*. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013, pp. 379-404, 382 ss., 392 ss. Para un muy prolijo argumento a favor de esa misma solución, véase ya HOERSTER, Norbert, *Abtreibung...* (n. 11), pp. 98 ss.

<sup>90</sup> Que a quien ejecuta tal acción sea efectivamente *imputable* el quebrantamiento de la prohibición del homicidio dependerá, desde luego, de que el condicionamiento causal de la muerte del ser humano ya nacido haya sido prevista por (entonces, *ceteris paribus*: dolo) o previsible para (entonces, *ceteris paribus*: imprudencia) el agente.

<sup>91</sup> Por lo demás, ya disponemos de información suficiente para concluir que desde ya los (demás) primates superiores, así como –con toda probabilidad– los cetáceos, exhiben capacidades de desempeño

de todo individuo humano ya nacido se encuentre (justificadamente) protegida por la prohibición del homicidio en cuanto norma práxica jurídicamente institucionalizada.

Ciertamente, ello no obsta a que pueda haber consideraciones que hablen decisivamente a favor de restringir la permisibilidad de la destrucción de la vida de determinados entes que no exhiben, tampoco en sentido jurídico, el estatus de persona, esto es: a favor de reconocerles un “derecho” a no ser matados *sin una buena razón*<sup>92</sup>. Esto, en la medida en que se trate de entes capaces de experimentar sensaciones y, por ende, de ser sujetos de deseos puramente referidos-al-presente, y que en tal medida sean portadores de un interés meramente puntual en su propia supervivencia. Y es claro que, superadas las primeras fases del correspondiente proceso de gestación, un feto humano sí alcanza a exhibir esta última capacidad. Cabe concluir, entonces, preguntándonos si acaso tal interés meramente puntual en la propia supervivencia podría alcanzar a revertir la permisibilidad de una acción abortiva *sub specie* destrucción de la vida del feto<sup>93</sup>, también cuando tal acción es ejecutada por, o con el consentimiento de, la mujer embarazada.

Para responder esta pregunta, la clave es la siguiente: para negar la permisibilidad de una acción (meramente) destructiva de la vida de un individuo que no es portador de un interés no-trivial en su propia supervivencia, es necesario que no podamos reconocer al agente una razón (intersubjetivamente) admisible para ello. Pero una mujer embarazada *siempre* podrá esgrimir una buena razón para terminar con la vida del embrión o feto anidado en su útero. Es aquí que la posición de la mujer embarazada emerge como una posición singularísima<sup>94</sup>. Pues para cualquier otra persona—incluido el correspondiente progenitor de sexo masculino—, una acción destructiva de la vida del embrión o feto

---

lingüístico que son indicativas de la ejemplificación de las propiedades-que-convierten-a-algo-en-persona. Al respecto, véase GRIFFIN, Donald, *op. cit.*, (n. 50), pp. 211 ss.; SINGER, Peter, *op. cit.* (n. 41), 110 ss.

<sup>92</sup> QUANTE, Michael, *op. cit.* (n. 32), p. 19.

<sup>93</sup> Aquí no es pertinente entrar en la pregunta—enteramente distinta— de si razones de “utilidad general” pudieran hablar a favor de someter a prohibición un aborto practicado en la última fase—y en particular: dentro del último trimestre— del respectivo embarazo, para así imponer un tabú contra “el trato violento y destructivo de cualquier no-persona cuyo parecido o similitud con personas reales sea muy cercano”; así FEINBERG, Joel, *Freedom...* (n. 8), pp. 55 s. Véase persuasivamente en contra HOERSTER, Norbert, *Abtreibung...* (n. 11), pp. 108 ss. No está de más observar, eso sí, que desde un punto de vista secular es semejante consideración utilitaria lo único que cabe identificar como el sustrato de la afirmación de SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *op. cit.* (n. 33), p. 17, en cuanto a que el feto sería “alguien que no podemos dejar de reconocer sin, al mismo tiempo, dejar de reconocernos a nosotros mismos, esto es, de negarnos nuestra propia realidad”.

<sup>94</sup> Véase al respecto, aun cuando desde una perspectiva parcialmente divergente, UNDURRAGA, Verónica, *op. cit.* (n. 25), pp. 181 ss., 218 ss.

siempre tendría que encontrarse prohibida, *en la medida* en que la correspondiente interrupción del embarazo contravenga la voluntad de la mujer embarazada. Pues una interrupción del embarazo no consentida por la mujer embarazada siempre conllevará una afectación inadmisibles de los intereses de esta última, sea en relación con la salvaguarda de su salud o su integridad corporal, sea en relación con la salvaguarda de su autonomía reproductiva y su libertad personal. Con ello, la pertinencia de cualquier razón que un agente distinto de la mujer embarazada pudiera esgrimir a favor de la ejecución de una acción destructiva de la vida del embrión o feto ha de quedar condicionada por el consentimiento de la propia mujer embarazada.

Luego, sólo existiendo voluntad conforme de parte de la mujer embarazada se plantea directamente la pregunta de si a favor de la ejecución de una acción destructiva de la vida del *nasciturus* cabe esgrimir una razón que vuelva permisible esa misma acción. Satisfecha esa condición, la respuesta tendría que ser afirmativa. Pues las consecuencias actuales y futuras del desarrollo de un embarazo son de tal envergadura que parece imposible negar que la mujer embarazada *siempre* contará con una buena razón no sólo para interrumpir el respectivo embarazo, sino también para destruir la vida del feto<sup>95</sup>. Ello es absolutamente crucial frente a la posibilidad –siquiera “teórica”– de que la interrupción del embarazo pudiera no conllevar la destrucción de la vida del feto, esto es: la posibilidad de que una acción ejemplificativa del primer tipo de acción no ejemplifique el segundo<sup>96</sup>.

En torno a esta última pregunta gira la discusión acerca del criterio de la *viabilidad*, que identifica el momento desde el cual se vuelve posible la supervivencia extrauterina del feto como el hito a partir del cual, *ceteris paribus*, dejaría de ser permisible un aborto practicado o consentido por la mujer embarazada<sup>97</sup>. Así, la defensa del criterio de la viabilidad suele estar apoyada en la consideración de que, pudiendo ponerse término “anticipadamente” al embarazo sin producir la muerte del feto, esto último tendría que resultar prohibido sin más<sup>98</sup>. Pero esto desconoce que el interés de la mujer embarazada

<sup>95</sup> HOERSTER, Norbert, *Abtreibung...* (n. 11), pp. 110 s.

<sup>96</sup> Véase al respecto BOONIN, David, *op. cit.* (n. 10), pp. 254 ss.

<sup>97</sup> Véase ZAITCHIK, Alan. Viability and the Morality of Abortion, *en: Philosophy and Public Affairs*, 10: 18-26, 1981, *passim*; al respecto también BOONIN, David, *op. cit.* (n. 10), pp. 129 ss. En contra de la tesis de la viabilidad como criterio de reconocimiento de un derecho a la vida al feto, véase HOERSTER, Norbert, *Abtreibung...* (n. 11), pp. 140 s.

<sup>98</sup> El punto se deja reconstruir normológicamente: en conformidad con el criterio de la viabilidad, la permisión de la destrucción de la vida del feto tendría que quedar sometida a la condición de que la producción de la muerte del feto sea necesaria para la interrupción del embarazo.

en no convertirse siquiera en “madre biológica” de la eventual “persona futura” tendría que contar como una razón atendible no simplemente para una interrupción de ese embarazo, sino para “prevenir [que] una persona potencial se convierta en persona, porque una vez que adquiere ese estatus adquiere, al mismo tiempo, mucho más que eso”, en la medida en que entonces se tratará de “una persona que decidimos cuidar o bien abandonar”<sup>99</sup>. En otras palabras: la evitación de verse sometida a la carga biográfica de enfrentar la disyuntiva de asumir la maternidad o entregar la respectiva creatura en adopción es una razón que, esgrimida por la propia mujer embarazada, tendría que volver permisible la ejecución de una acción por la cual se impida que esa “persona futura” llegue de hecho a convertirse en persona.

Negar la permisibilidad de esa acción, en tales circunstancias, equivaldría a negar que las razones de una mujer embarazada merezcan la misma consideración que *nuestras* razones. Y esto equivaldría a negar que, al menos durante “su” embarazo, ella siga siendo *una de nosotros*.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASCUÑÁN, Antonio. La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno, en: *Derecho y Humanidades*, 10: 143-181, 2004.

\_\_\_\_\_. La píldora del día después ante la jurisprudencia, en: *Estudios Públicos*, 95: 43-89, 2004.

BIRNBACHER, Dieter. *Bioethik zwischen Natur und Interesse*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 2006.

BOONIN, David. *A Defense of Abortion*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

CONNOR, Earl. Metaphysics and the Morality of Abortion, en: *Mind*, 108: 619-646, 1999.

CONTESSÉ, Javier. Cambios del estatus del objeto de la acción en el tiempo y lesiones al feto. En: AA.VV.: *La ciencia penal en la Universidad de Chile*. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013, pp. 379-404.

<sup>99</sup> ROSS, Steven. Abortion and the Death of the Fetus, en: *Philosophy and Public Affairs*, 11: 232-245, 1982, p. 243; al respecto también FEINBERG, Joel, *Freedom...* (n. 8), p. 61.

- DAN-COHEN, Meir. *Harmful Thoughts*. Princeton y Oxford: Princeton University Press, 2002.
- DAVIDSON, Donald. *Subjective, Intersubjective, Objective*. Oxford: Clarendon Press, 2001.
- DENNETT, Daniel. *Brainstorms. Philosophical Essays on Mind and Psychology*. Cambridge (Mass.): The MIT Press, 1981.
- DWORKIN, Ronald. *Life's Dominion*. Nueva York: Vintage Books, 1994.
- ENGELHARDT, Hugo Tristram. The Ontology of Abortion, en: *Ethics*, 84: 217-234, 1974.
- FEINBERG, Joel. *Harm to Others*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Freedom and Fulfillment*. Princeton (N.J.): Princeton University Press, 1992.
- FRENCH, Peter. Kinds and Persons, en: *Philosophy and Phenomenological Research*, 44: 241-254, 1983.
- GRIFFIN, Donald. *Animal Minds*. Chicago y Londres: The University of Chicago Press, 1992.
- GUZMÁN Dalbora, José Luis. Aborto: delito arcaico, punibilidad regresiva y explotación social, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, 17: 17-51, 2012.
- HOERSTER, Norbert. *Abtreibung im säkularen Staat*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Neugeborene und das Recht auf Leben*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1995.
- HONORÉ, Tony. The Dependence of Morality on Law, en: *Oxford Journal of Legal Studies*, 13: 1-17, 1993.
- JAKOBS, Günther. *Dogmática del derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson/Civitas, 2004.
- JEROUSCHEK, Günther. *Lebensschutz und Lebensbeginn*. Tubinga: Edition Diskord, 2002.
- JOERDEN, Jan. Beginn und Ende des Lebensrechtsschutzes, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 120: 11-21, 2008.
- LURZ, Robert. *The Philosophy of Animal Minds*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

MALCOLM, Norman. Thoughtless Brutes, en: *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, 46: 5-20, 1972-73.

MAÑALICH, Juan Pablo. *Nötigung und Verantwortung*. Baden-Baden: Nomos, 2009.

\_\_\_\_\_. Ontología sexual y derecho penal. En: CENTRO DE ESTUDIOS CRÍTICOS UNIVERSITARIOS. *En Reversa*. Santiago: Párrafo, 2011, pp. 75-97.

\_\_\_\_\_. El concepto de acción y el lenguaje de la imputación, en: *DOXA*, 35: 663-690, 2012.

\_\_\_\_\_. La exculpación como categoría del razonamiento práctico, en: *InDret*, 1/2013, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/944.pdf>.

\_\_\_\_\_. Justicia, propiedad y prevención. En: VV.AA. *La ciencia penal en la Universidad de Chile*. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013, pp. 167-187.

\_\_\_\_\_. Normas permisivas y deberes de tolerancia, en: *Revista Chilena de Derecho*, 41(2): 473-522, 2014.

\_\_\_\_\_. *Norma, causalidad y acción*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo: Marcial Pons, 2014.

MAYER, Laura. La vida del que está por nacer como objeto de protección legal, en: *Revista de Derechos Fundamentales*, 5: 63-80, 2011.

OSSANDÓN, María Magdalena. Aborto y justificación, en: *Revista Chilena de Derecho*, 39(2): 325-369, 2012.

QUANTE, Michael. *Person*. Berlín y Nueva York: Walter de Gruyter, 2007.

ROSS, Steven. Abortion and the Death of the Fetus, en: *Philosophy and Public Affairs*, 11: 232-245, 1982.

SADLER, Thomas. *Langman's Medical Embryology*. 9ª ed. Filadelfia: Lippincott Williams & Wilkins, 2003.

SEARLE, John. *Consciousness and Language*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

\_\_\_\_\_. *Making the Social World*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús. Los indeseados como enemigos, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-01, 2007, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>.

SINGER, Peter. *Practical Ethics*, 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

STEVENS, John. Must the Bearer of a Right Have the Concept of That to Which He Has a Right?, en: *Ethics*, 95: 68-74, 1984.

THOMSON, Judith Jarvis. A Defense of Abortion, en: *Philosophy and Public Affairs*, 1: 47-66, 1971.

\_\_\_\_\_. *Self-Defense and Rights*. The Lindley Lecture — 1976, The University of Kansas, 1977.

TOOLEY, Michael. Abortion and Infanticide, en: *Philosophy and Public Affairs*, 2: 37-65, 1972.

\_\_\_\_\_. *Abortion and Infanticide*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

\_\_\_\_\_. Personhood. En: KUHSE, Helga y SINGER, Peter (ed.). *A Companion to Bioethics*, 2ª ed. Malden (MA): Wiley-Blackwell, 2009, pp. 129-139.

UNDURRAGA, Verónica. *Aborto y protección del que está por nacer en la constitución chilena*. Santiago: Legal Publishing/Thomson Reuters, 2013.

WILENMANN, Javier. El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto, en: *Revista de Derecho PUCV*, 51: 281-319, 2013.

\_\_\_\_\_. *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*. Tubinga: Mohr Siebeck, 2014.

ZAITCHIK, Alan. Viability and the Morality of Abortion, en: *Philosophy and Public Affairs*, 10: 18-26, 1981.