

## EL DERECHO EN EL ESTADO ABORTISTA

### Cuando la desprotección de la vida nace en la sociedad civil

En materia de protección a la vida el derecho y la política -entre otros- comparecen para dar respuesta a los conflictos que atañen a este bien fundamental. Un diálogo abierto, con avances y retrocesos, en una continua búsqueda de las mejores argumentaciones para afirmar que ningún ser humano sobra. Una mixtura de discurso y acción cuya “participación libre y responsable de los ciudadanos en la vida social y en la formación de las opciones políticas presupone el conocimiento de los hechos, de los programas políticos, de los actos de gobierno y de las consecuencias de estos sobre la marcha de la vida social”<sup>1</sup>. La política llama al derecho y aquélla quedaría desangelada sin el soporte jurídico de que otorgue sostenibilidad institucional a sociedad que no sólo funcione, sino que también sea una sociedad buena, como lo ha señalado Amitai Etzioni. La convivencia social se nutre en nuestros días del común entendimiento de la existencia de un *ethos* democrático, cuyos principios estructurales -afirma Böckenförde- lo constituyen la libertad democrática y la igualdad política<sup>2</sup>. Dos principios sobre los que pivotan los diversos ordenamientos jurídicos, tantos los que defienden la vida en su integridad como los que la socavan.

Como muchas constituciones políticas, la del Perú en su artículo 1 asume que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. En su artículo 2 indica los derechos fundamentales de la persona, prescribiendo en su artículo 3 que “la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. De esta manera, se ponen las bases jurídico-constitucionales de la defensa de la persona humana, cuyos bienes esenciales quedan reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico en todos sus niveles institucionales.

Para muestra un botón. La legislación peruana recoge en gran medida el hecho biológico del inicio de la vida humana y su personalización. La Constitución Política, el Código Civil y el Código del Niño y del Adolescente reconocen el *status* de vida humana, de sujeto de derecho, de niño o de niña al ser humano desde el momento de la concepción. La figura del *concebido* es la expresión legal de

---

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ LUÑO, Ángel. *Introducción a la ética política*. Madrid, Rialp, 2021, p. 153.

<sup>2</sup> Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid, Trotta, 2000; pp. 113-114.

un hecho biológico: no es algo de la madre, es un alguien personal que habita en el seno materno. Alguien llamado a la plenitud de la existencia, con derecho a nacer. Precisamente, por su debilidad e inocencia reclama el cuidado de sus padres y de la sociedad, de ahí que nuestra legislación proteja a todo niño concebido, sin hacer distinción discriminatoria alguna. Es igualmente vida humana dentro del matrimonio o fuera de él, fruto del amor o de la violencia.

La propuesta que presento en esta intervención quiere llamar la atención de que la protección de la persona en su integridad no solo ha de atender a las violaciones de los derechos humanos que pueden venir del Estado o de terceros, sino también ha de mirar los alcances de la libre disponibilidad que asiste a la persona respecto de sus derechos. En este último aspecto me detendré más, dado que por esta vía podría quedar desprotegida la persona en su integridad. Es la sociedad civil la que puede polarizar sus preferencias: detrás de las legislaciones permisivas con el aborto existe una porción de *demos* que las dota de cierta legitimidad.

Pienso que es de vital importancia tutelar un reducto de indisponibilidad en los derechos humanos tanto frente las injerencias del poder estatal como de la autonomía expresionista del individuo. Este *núcleo duro*<sup>3</sup> de los derechos de la persona, sustrato por debajo del cual hay dejación y postergación de la persona humana, se configura por *el derecho a la vida (integridad física) y a la vida digna (honor), sin violencias ni discriminaciones (libertad e intimidad)*<sup>4</sup>. Desde este núcleo infranqueable se abre, ciertamente, la disponibilidad parcial y libre que el sujeto tiene sobre estos bienes y sus proyecciones<sup>5</sup>.

La vida se ve amenazada en el cruce de caminos con el derecho a la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, la identidad personal. Estos últimos derechos socavan el cimiento del derecho a la vida. Las fronteras entre lo dado y lo hecho, entre *ser* cuerpo y *tener* cuerpo, entre la contingencia de la procreación y la programación reglada de la misma, pueden desaparecer si no hay más criterio que el sólo avance de la biotecnología.

Sobre el cuerpo, sobre la vida, sobre la integridad física, sobre los bienes esenciales no se tiene una posesión práctica según el hacer: son bienes intrínsecos personales, no cosas. El *haber esencial*, los derechos de la persona tienen por objeto el *tener inmanente* y el *tener trascendente* de

---

<sup>3</sup> La expresión la usa, entre otros, Jesús Ballesteros y, *mutatis mutandis*, la aplico a nuestro tema.

<sup>4</sup> Así lo enuncia, en el campo de los derechos humanos, Jesús BALLESTEROS en *Ecologismo personalista*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1995; p. 75.

<sup>5</sup> Utilizaré, en este ensayo, la expresión *derechos de la persona* para referirme a este núcleo esencial de derechos inherentes al ser personal. Son, desde luego, derechos humanos e, igualmente, derechos fundamentales. Dado que la perspectiva jurídica que utilizo está más cercana a la filosofía del derecho, he preferido acotar mi tema con la expresión *derechos de la persona*.

la persona<sup>6</sup>: sobre esos bienes no se tiene el dominio que se tiene sobre las cosas. Y me parece que el derecho, o cuanto menos la doctrina jurídica, no debe sustraerse a las determinaciones de contenido. No es suficiente la sola enunciación de derechos formales, es conveniente apuntalar más la protección de la integridad del ser humano, en lo que le es más íntimo, ya no sólo su vida, sino su misma esencia humana.

Podemos mucho, pero no todo se nos está permitido. Habermas es lúcido en este aspecto. Estamos hablando de la condición humana, no de imágenes culturales relativizadas por el tiempo y la geografía. La amenaza de una eugenesia alentada por la ideología liberal, no es sino una de las tantas formas actuales en las que la técnica genética y la permisividad del individuo pueden atentar contra la integridad física y moral de la persona. Coincido en este punto con Habermas quien, desde una postura nada sospechosa de conservadurismo, sostiene que llegados a esta encrucijada de amenaza a la persona en tanto que tal, el derecho no se puede desatender de las determinaciones en cuestiones de contenido. No basta la abstención fundamentada. Si la persona siempre es un fin y no solo un medio, hay que ir más allá del simple “dejar hacer y dejar pasar”.

En este sentido y porque está en juego la dignidad personal<sup>7</sup>, último reducto de lo humano, los derechos de la persona han de ser protegidos por el Derecho frente al Mercado, pero también frente a su propio titular: son verdaderos deberes exigibles jurídicamente de los que no se puede abdicar. Los derechos de la persona no son expresión jurídica de meras preferencias personales, ni mucho menos están constituidos por elecciones arbitrarias; son expresión jurídica de los bienes esenciales de la persona sin los cuales ésta se esfuma y banaliza. En este campo se pone en evidencia la doble tradición que anida al interior de los derechos de la persona: el legado iusnaturalista y el legado moderno. Han de buscarse cauces adecuados para que dignidad humana, vida y libertad se concilien, después de todo, los derechos de la persona están llamados a ser expresiones jurídicas de la dignidad humana, libremente ejercidos.

---

<sup>6</sup> POLO, Leonardo. *“Tener y dar” en sobre la existencia cristiana*. Pamplona, EUNSA, 1996; pp. 103-126

<sup>7</sup> La dignidad humana no es un continente sin contenido. Sabemos a qué nos estamos refiriendo, aunque sea un contenido argumental como tantos aspectos de lo humano. Contenido que no es extraño en la jurisprudencia, como lo ha podido señalar José Enrique MORA quien sostiene que puede elaborarse una definición de la dignidad humana, según la Constitución española, tal como lo interpreta el órgano jurisdiccional en, en los términos siguientes: “valor de la persona humana, espiritual o moral y jurídico, que permanece invulnerable o inalterable, y se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”. En “La dignidad de la persona humana en la Jurisprudencia Constitucional española”. SARMIENTO, Augusto (director). *El primado de la persona en la moral contemporánea*. Pamplona, EUNSA, 1997; p. 525.

Liberación, autonomía, autorrealización, libre desarrollo de la personalidad, elección, decisión, etc. son caras del poliedro de la libertad. El problema, por tanto, no es la libertad, sino cierta perspectiva de la libertad. Una libertad que puede desbocarse, sin más norte que el mero apetecer, prescindiendo de otros radicales constitutivos de la condición humana. Para una libertad así, todo es historia y devenir, creación artificial humana que hoy se pone y mañana se quita. La situación en la que Rousseau ha dejado a la libertad y la ley es de una fragilidad de temer. En la pugna entre libertad individual y ley, la balanza se inclina por la libertad emotiva. El deseo busca convertirse en derecho.

Ya antes, Locke y Hobbes habían caracterizado al hombre en estado de naturaleza como un solitario<sup>9</sup>. Rousseau agrega, además, que el buen salvaje es autosuficiente: “errante en las selvas, sin industria, sin palabra, sin domicilio, sin guerra y sin vínculos, sin necesidad alguna de sus semejantes, (...) sujeto a pocas pasiones y bastándose a sí mismo, no tenía más que los sentimientos y las luces propias de este estado”<sup>10</sup>. Se entiende, entonces que, en el paradigma libertario, la sociedad sea un fenómeno adventicio, una creación propia *del estado de sociedad* al que se llegaría por pacto.

El pacto configurado por las ataduras de la ley sirve de sustituto a la pérdida de la condición humana como realidad previa al contrato. El pacto social, de este modo, modera el natural individualismo del buen salvaje, pero no lo ha eliminado. Está allí y al primer descuido salta, buscando recuperar el espacio perdido. La deriva de la libertad como mera espontaneidad es una constante en nuestra sociedad: quiero, puedo, no hago daño a terceros; luego, lo hago.

En la sociedad libertaria, la ley ocupa un lugar preponderante en el ordenamiento jurídico, y la ley llama a más leyes, con lo que el derecho muta y se convierte en *legalismo*<sup>11</sup>. Estamos atiborrados de leyes y sus derivados, pero es un mal necesario en una sociedad que ha renunciado a fomentar la *vida buena* de sus ciudadanos. Ha podido más el rigorismo de Hobbes que el

---

<sup>8</sup> Para una visión más amplia de este acápite puede revisarse BOBADILLA RODRÍGUEZ, Francisco. “El emotivismo libertario y sus secuelas” en *Revista Studium Veritatis*, Año 12, N° 18, 2014; pp. 127-150.

<sup>9</sup> Cfr. GLENDON, Mary Ann. *Rights talk. The impoverishment of political discourse*. New York, Free Press, 1991; pp. 66-75.

<sup>10</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. Buenos Aires, Editorial Orbis S.A., 1984; p. 97

<sup>11</sup> Cfr. BOBADILLA RODRÍGUEZ, F. (2000). “Derecho y Racionalidad Práctica”. *Derecho & Sociedad*, (14), 257-259.

republicanismo virtuoso de Rousseau<sup>12</sup>. Sin virtudes, sólo queda la coacción para hacer cumplir la promesa. Sí, los pactos deben ser cumplidos y deben negociarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe, pero lo cierto es que muchos pactos no se cumplen y las buenas intenciones escasean. De hecho, la buena fe no es liberal, es más bien republicana y sólo puede funcionar allí donde existan virtudes. Buena fe e individualismo líquido son incompatibles. Detrás de una promesa, a veces está el caballero que honrará su palabra; pero también puede estar el buen salvaje dispuesto a sacudirse el pacto cuando los apetitos apremian. Para el salvaje roussoniano lo que antes fue una promesa libremente aceptada, más tarde puede convertirse en camisa de fuerza que restringe su andadura.

La visión roussoniana de la sociedad lleva a generar temperamentos libertarios, “partidarios de que los mercados estén libres de toda atadura, se oponen a que los regule el Estado. Pero el motivo de esta actitud suya no es la eficiencia económica, sino la libertad humana. Su doctrina central afirma que cada uno tiene su derecho fundamental a la libertad: el derecho a hacer lo que se quiera con las cosas que se posea con tal de que se respeten los derechos de otros a hacer lo mismo”<sup>13</sup>.

La libertad espontánea y omnímoda del estado de naturaleza se convierte en libertad ordenada en el estado social libertario, pero la deriva a la espontaneidad sigue presente, aunque en la sociedad concertada de los liberales, el derecho le ponga ataduras a su natural expansión. La voluntad general (la ley), cede a la voluntad de todos; ésta, a la voluntad de algunos y, finalmente, termina en la voluntad de uno, la del salvaje solitario.

#### A FAVOR DE LA LIBERTAD

La expresión jurídica de la libertad se manifiesta en la disponibilidad. Cuando es la libertad la que lleva la delantera a la esencia humana y sus bienes intrínsecos, el derecho al libre desarrollo de la personalidad solo mira al futuro dejando de lado la historia y la propia condición humana. La disponibilidad alcanza la máxima cota de altura y, por tanto, desaparece la idea de incondicionalidad

---

<sup>12</sup> “En el modelo espartano Rousseau plantea magistralmente el núcleo del republicanismo: ¿Cómo puede llegar la ley al corazón de los hombres? Dicho problema tiene una resolución tan difícil, en política, como el de la cuadratura del círculo. Para Rousseau, *la materia última de la política es afectiva*. Ello permite entender al ginebrino como un demócrata radical y como un eslabón crucial en la tradición de la virtud.” BÉJAR, Helena. *El corazón de la república. Avatares de la virtud política*. PAIDÓS, Barcelona: 2000; p. 94.

<sup>13</sup> SANDEL, Michael J. *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?* Barcelona, Debate; 2011; p. 73.

sobre el núcleo duro de los derechos de la persona. Consentimiento, autonomía privada, libre desarrollo de la libertad, son nociones con una idéntica matriz: la libertad, núcleo de la propuesta liberal, también en su expresión jurídica. Un máximo de libertad sin más límite que el daño a terceros, pues en las cosas que sólo conciernen al individuo, éste obraría según su propia inclinación y juicio: “En una palabra, es deseable que en las cosas que no conciernen primariamente a los demás sea afirmada la individualidad. Donde la regla de conducta no es el propio carácter de la persona, sino las tradiciones o costumbres de los demás, falta uno de los principales elementos de la felicidad humana, y el más importante, sin duda, del progreso individual y social”<sup>14</sup>. Versión típica de una visión antropológica que ve al ser humano sólo como libertad, sin historia y sin origen.

Este individualismo no se detiene, pide más y de eso se dio cuenta el mismo J. S. Mill para quien “el genio sólo puede alentar libremente en una *atmósfera* de libertad. Los hombres de genio son, *ex vi termini*, más individuales que los demás”<sup>15</sup>. El pedido está claro: el genio, por ser más individualista, necesita de más libertad. Las determinaciones congelarían su carácter, los moldes inhibirían su expansión. Su libertad, en tanto que indiferencia, tiende a sacudirse o quitarse de encima los vínculos que le resten espontaneidad. A una libertad así, los modelos de excelencia (entendidos como libertad positiva), los derechos inherentes a la dignidad humana le sobran. Al ser libertad de la libertad, ley de sí misma, sin referente objetivo alguno, ¿por qué habría de privilegiar una opinión sobre lo que es digno en lugar de otra? ¿Por qué se le tendría que impedir al individuo que disponga de su cuerpo?

Jesús Ballesteros llama con razón *posición dominiocéntrica* a esta actitud que se caracteriza por el primado del poder de disposición y por eso entiende que, a efectos de volver a recuperar la dimensión sagrada de la dignidad humana, debería hablarse de derechos-morales o derechos-deber que resalten el ejercicio responsable antes que la indisponibilidad ilimitada<sup>16</sup>. Este giro hacia los deberes, distante del concepto puro de derecho subjetivo nos ayuda a dar cuenta de la cotidianidad. Cada cual suele ubicarse en sociedad, ocupando funciones diversas: esposo, esposa, hijo o padre, amigo, hermano, ciudadano, propietario; “si pretende verse él como una voluntad desvinculada de estas condiciones de la persona sólo puede hacerlo al precio de situarse él fuera de su propia piel”<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*. Madrid, Alianza Editorial, 1986; pp. 126-127.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 137

<sup>16</sup> Cfr. BALLESTEROS, Jesús. *Postmodernidad: decadencia o resistencia*. Madrid, Tecnos, 4ta. Reimpresión, 1997; p. 152.

<sup>17</sup> CARPINTERO, Francisco, “Los derechos humanos de primera generación”. pp 97-98.

Deber *situado*, desde luego, que mira, a la vez, al entorno y al dintorno; al mundo exterior y sus relaciones y al mundo interior del sujeto, a su índole como ser humano; de tal modo que el sujeto al obedecer a su condición humana, solamente se obedezca a sí mismo o a lo que él ya es y que comparte en común con todo ser humano. En realidad, no se trata tanto de obedecer como de seguir lo que cada cual ya es, tendiendo hacia la *propia* plenitud.

Este planteamiento abona a la tesis sostenida en este ensayo y paso a explicitar más. Hemos de diferenciar *el acto de disponer*<sup>18</sup> o simplemente *el disponer de lo disponible*. Dispone el titular del derecho. El acto de disposición –libertad en su expresión jurídica- recae sobre lo disponible (cosas exteriores o bienes intrínsecos de la persona). A su vez, lo disponible goza de una índole propia. Los derechos patrimoniales no se configuran del mismo modo que los derechos de la persona.

La regla general sería la siguiente: la persona puede disponer de lo disponible, según la índole de lo disponible. En términos jurídicos la regla se precisaría en los siguientes términos: el titular de un derecho de la persona puede disponerlo atendiendo a la índole particular del bien intrínseco disponible. La capacidad de disposición ha de atenerse a la naturaleza antropológica y jurídica de cada bien intrínseco de la persona según la índole de lo disponible. Es decir, cada derecho tiene su propio perfil y la disponibilidad obra en ellos de diverso modo, no es una disponibilidad unívoca, es una disponibilidad análoga. Desde esta perspectiva, no está en la capacidad humana la disposición extintiva de la vida humana desde la concepción hasta la muerte natural.

Francisco Bobadilla Rodríguez

Lima, 27 de julio de 2022.

---

<sup>18</sup> Ideas tomadas de Leonardo POLO en su Antropología Trascendental. Tomo II. La esencia de la persona humana. Pamplona, EUNSA, 2003.