

# La exclusión de las no personas dentro del derecho penal de las personas

Xavier F. Andrade  
Castillo

El presente artículo formula el estudio y cuestionamiento dogmático que parte de las múltiples controversias y discusiones de encasillar a los seres humanos en un sistema social, en donde prevalecen las garantías y derechos de las personas dentro del Estado de Derecho. Claro con paradojas y consecuencias jurídicas que se enfrentan con el desarrollo tecnológico, médico y sobre todo con las investigaciones científico-biológicas de procesos destinados a preservar la vida, que hoy en día, son la base en donde se edifica el planteamiento jurídico-penal del problema.

El Derecho Penal es eminentemente valorativo, en cuanto pone énfasis al proteger ciertos bienes jurídicos, que ciertamente tienen su escala jerárquica de valoración, como una clara manifestación de los requerimientos éticos, culturales y políticos de una determinada sociedad. Estos bienes jurídicos son la vida, la propiedad en general, la integridad física de las personas, entre otros, los cuales surgen de la normativa constitucional y de los tratados internacionales.

Pero sin duda alguna, esta valoración está sujeta a elementos de carácter normativo, los que son creados por el legislador al dictar la ley penal, y que no necesariamente responden a la ontología del Derecho Penal. Verbigracia, se protege a las personas o a los seres humanos, los dos como construcciones jurídicas pertenecientes al Derecho Positivo o como realidades predecesoras a cualquier tipo de organización social.

Por esta razón entonces es que, se hace eminentemente necesario organizar este estudio partiendo del bien jurídico llamado integridad personal y/o dignidad humana, que es protegido valorativamente por el Derecho Penal por debajo del bien jurídico vida, y que desde luego está amparado en el nuevo ordenamiento constitucional, aunque en forma confusa, y con ello, todo el sistema jurídico que le subyace jerárquicamente.

Así entonces, básicamente surge el reconocimiento del derecho como tal, y con ello, *ex post* la tutela de este

bien jurídico que constituye uno de los núcleos básicos de protección del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.) de 10 de diciembre de 1948, la cual por su esencia jurídica y ámbito de aplicación y protección global a los seres humanos vincula a todos los estamentos jurídicos incluido el nuestro (Constitución Artículo 424 la cual sustancia que, los tratados internacionales ratificados por el Estado en donde “se reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”)<sup>1</sup>, es la nítida evidencia del reconocimiento de la dignidad de los seres humanos como parte de un fundamento del orden público y de la tan buscada paz social. Nótese que el tratado internacional en mención se refiere a la dignidad del “ser humano” no de la persona, tal es así que su Artículo 1 proclama que “todos los *seres humanos* nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”, afirmando además desde el preámbulo que la “libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”<sup>2</sup>. Se señala todo esto solamente para ilustrar en forma general y amplia, la manera de cómo surgen los derechos inherentes a los seres humanos, su reconocimiento y tutela jurídica.

Pero la dignidad no es un planteamiento nuevo que se originó en la Declaración Universal de los Derechos Humanos mencionada, y que como se señaló, la consagró como un derecho del ser humano; ya que desde unos siglos atrás la ética kantiana (filósofo alemán Immanuel Kant siglo XVIII), ya había discutido sobre la dignidad de manera notoria, a decir de Jürgen Simon, cuando expresa que: “El concepto de dignidad humana está estrechamente unido a Kant y a su filosofía. Según ésta, la imagen del hombre está caracterizada por la idea de su autonomía y de su calidad de sujeto, destacando aquí la unicidad y la no repetibilidad de cada individuo. La liber-

tad humana se manifiesta en la capacidad de la voluntad de adherirse a la idea de la razón pura. Según ésta, la autonomía de la voluntad como fundamento de la dignidad de la naturaleza humana o de cualquier otra naturaleza con razón se basa en la facultad de la voluntad de darse a sí misma las reglas, independiente de argumentos prescriptivos empíricos. Kant traslada lo objetivamente correcto a la no contradicción formal de una voluntad subjetiva, apta para ser generalizada. El ser humano es, por naturaleza, persona, y posee un valor absoluto. Esta naturaleza como persona lo diferencia a la vez de los seres sin razón, a los cuales por ser semejantes a objetos, sólo les corresponde un mínimo valor<sup>3</sup>. Vale decir que, esta vieja discutida dignidad humana involucra una serie de posturas que hacen de su definición algo bastante extensa. Aún así, para este estudio es loable puntualizar que el ser humano en esencia es, persona, y lleva en sí mismo una libre autonomía de voluntad y calidad de sujeto, que es su dignidad humana, por tanto, la dignidad del ser humano es la dignidad de la persona, y es ésta, la que debería proteger el presente ordenamiento constitucional.

Es importante destacar este detalle, porque en el Capítulo Sexto bajo el Título de Derechos de Libertad de la vigente Constitución<sup>4</sup> se reconoce y garantiza a las "personas" el derecho a la inviolabilidad a la vida (Artículo 66 numeral 1), el derecho a una vida digna (Artículo 66 numeral 2), y el derecho a la integridad personal, entendida esta por la, física, psíquica, moral y sexual, (Artículo 66 numeral 3 literal a). El primer y universal de estos derechos tan controvertidamente discutido, por el tema del aborto, y los otros dos señalados, la razón que articula el planteamiento jurídico penal de este trabajo.

Así explicado entonces, tanto este derecho llamado "integridad personal" como el de una "vida digna", involucran incuestionablemente el elemento normativo "persona", mismo que no es definido ni por los tratados internacionales ni por la actual Carta Magna, y para el caso de esta última, en ninguno de sus títulos, capítulos o disposiciones, a pesar de señalarlo concretamente por innumerables ocasiones, circunstancia que deja un vacío legal en cuanto a su definición y contenido.

Sin embargo, esto lleva al investigador a remitirse al Código Civil, norma que, de acuerdo al orden jerárquico descendente corresponde aplicar luego de la Constitución, los tratados y convenios internacionales y leyes orgánicas (Artículo 425)<sup>5</sup>.

Es así que, en el mencionado cuerpo legal, se considera persona natural al individuo de la "especie humana" cualesquiera que sea su edad, sexo o condición (Artículo 41 Código Civil)<sup>6</sup>, es decir, una definición puramente restrictiva al ser humano como especie y de connotaciones jurídicas más bien extensas. En este sentido el jurista M. Martín Granizo considera que, "la persona es el ser humano, es una realidad física individual existente, con vida propia de naturaleza racional que, como miembro de una sociedad, es sujeto de derechos y obligaciones"<sup>7</sup>. Según la norma sustantiva civil ecuatoriana, el principio de la existencia legal de una persona natural, se encuentra fijada por su nacimiento, esto es, cuando la criatura es

extraída, expulsada o separada completamente del cuerpo de la madre, sin ser necesario el corte del cordón umbilical, y de ello que, si muere antes, se reputa como no existente, vale decir, se la considera un no-persona (sin existencia legal no nacido). (Esta última premisa como agregado de este autor). Cabe señalar que, la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación en el Artículo 130 contiene la definición de "nacimiento vivo"<sup>8</sup>, estableciendo que luego de la separación de la madre, debe verificarse que el ser "respire o manifieste cualquier otro signo de vida, tal como el latido del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimiento efectivo de músculos voluntarios...". Es importante destacar, que las dos normas en este punto, se oponen conceptualmente *in strictu sensu*.

En esta parte se deja en claro que, el nasciturus (nondum natus) si tiene y se le reconoce el derecho a la vida desde su concepción tanto por el Código Civil (protege la vida) como por la actual Constitución (derecho a la inviolabilidad de la vida), y desde luego la pertinente protección penal, (caso de aborto), tan discutido y controvertido.

Por una fallo de interpretación emitido por la Tercera Sala del Tribunal Constitucional<sup>9</sup>, el derecho a la vida está protegido desde su concepción, la que se entiende que existe cuando hay fertilización, la unión del espermatozoide con el óvulo, y es esta "concepción" la que se protege constitucionalmente por interpretarse como vida. Al respecto, el maestro español José Cerezo Mir sostiene que "el nasciturus, aún no siendo persona, en sentido jurídico, es un ser vivo, un ser humano vivo y en una interpretación teleológica del precepto constitucional que protege la vida humana es preciso considerar que la protección se extiende a la vida humana intrauterina. La destrucción del feto impide que el nasciturus llegue a nacer, a ser persona"<sup>10</sup>.

Pero el nasciturus no solamente tiene derecho a la vida, sino también otros derechos civiles y humanos, puntualizando que estos "otros" derechos del nasciturus se suspenden hasta el nacimiento, por disposición normativa civil (Artículo 63), dejando dentro de éstos, al derecho a la integridad personal y el de dignidad humana, los cuales están tutelados para las personas vivas, cuyo "nacimiento", fija su existencia legal como se dijo anteriormente.

Tanto el derecho a la dignidad humana (Artículo 66 numeral 2 Constitución), como el derecho a la integridad personal (Artículo 66 numeral 3 Constitución), constituyen otras garantías muy distintas, que se encuentran supeditadas específicamente al nacimiento del ser humano o persona, por lo que no se las reconoce a estas garantías como derechos antes de este acontecimiento. Por ello, se entiende que, se prohíbe la tortura, los maltratos físicos o morales, degradantes, inhumanos, etc., sobre los nacidos, personas.

Entonces, la hipótesis de lo que pretende esta investigación queda prácticamente señalada y limitada, cómo es lógico a la determinación del bien jurídico dignidad o integridad de las personas, de manera que pueda verificarse si la tienen o no, los no-personas, *nondum natus*, crítica a favor que es respaldada por muchos tratadistas, den-

tro de los cuales se incluye este autor al entender que el bien jurídico sí debería estar tutelado y sancionado por el derecho penal, tal como lo está el *supra* derecho a la vida.

El problema surge en la procreación asistida cuando el cigoto o embrión no está implantado en el seno materno, y al hacerlo el especialista (implantar la célula en el útero o endometrio) se le produce una lesión a este nuevo ser, de manera tal, que impida en el futuro su nacimiento, o si se produce éste, la vida del ser nacido estará seguramente vinculada a una discapacidad física permanente, una criatura deforme, por dar solamente un ejemplo (y no ahondar más en el problema con la lesión psicológica, moral o sexual del ser humano nacido). Así también este problema bien puede presentarse si ya implantado el cigoto en forma natural o artificialmente en el útero, (proceso que da lugar al embarazo), ahí se origina una lesión con las consecuencias de anormalidad antes mencionadas. Obviamente estas consecuencias violan tanto el derecho a la integridad física como a la dignidad de los seres humanos. Es de observarse que, en la actualidad, si un ser humano nace vivo, (se inscribe en legal y debida forma), ya goza de protección tanto constitucional como la sanción penal, si llegare a sufrir un atentado a su integridad personal.

De esta manera, se plantea en forma por demás clarificadora la diferencia existente entre un concebido y un ya nacido, desde el punto de vista y sentido estricto constitucional. El primero de los señalados ya caracterizado aquí como no-persona, a quien se le tutela su vida solamente, y el segundo ya reconocido como persona, a quien evidentemente se le inviste de una variedad de derechos y garantías constitucionales.

Por esta razón, el problema se centra, para el investigador dogmático particularmente, en determinar desde cuando existe sujeto pasivo de delito (célula, cigoto, embrión, feto) sobre todo en las conductas humanas que atentan contra la integridad física o dignidad personal de otro ser humano, partiendo de una normativa tanto civil como penal que excluyen a los no-personas como sujetos pasivos de delito, a excepción del aborto.

El autor español Jesús María Silva Sánchez en su artículo "Los indeseados como enemigos la exclusión de seres humanos del status personae"<sup>11</sup> plantea el problema *ex ante* en su artículo criticando la obra de Günther Jakobs, desde el punto de vista político-criminal con las dos distinciones que el catedrático alemán Jakobs hace de ciudadanos y enemigos, y claro, además de sentar más su investigación en la distinción dogmática de personas y no-personas.

Los conceptos manejados por Silva Sánchez, de personas y no-personas son combinados para explicar su posición en cuanto al Derecho Penal, quien básicamente buscó objetivizar cuál es el problema concreto con estas caracterizaciones, las falencias que tienen en el derecho en general y la razón obvia que justifica este estudio.

Además, el autor español nítidamente fundamenta su cuestionamiento exponiendo a estas distinciones como variables básicas del planteamiento del problema, cuando determina que "la paradoja deriva en la ambigüedad de la que adolece la distinción entre personas y no-personas en

el planteamiento de Jakobs"<sup>12</sup>, confrontándolas como términos no absolutos sino relativos en el Derecho.

Esta distinción de términos relativos en el ordenamiento jurídico general se produce igualmente en el nuestro particularmente, tal es así que, verbigracia, el caso de los inimputables, quienes son considerados, por un lado, como no-personas, porque no pueden obligarse jurídicamente ni responder penalmente (Artículos 34, 35, 39 entre otros del Código Penal)<sup>13</sup>, y por otro lado, al mismo tiempo, los inimputables son considerados personas en cuanto existen normas jurídico-penales que los protegen (Artículo 17 de la Ley de Discapacidades)<sup>14</sup> y (Artículo 3 del Reglamento General de la Ley Reformativa de la Ley de Discapacidades)<sup>15</sup>, tomando en cuenta su sentido de reacción fáctica.

En definitiva, no hay teoría alguna que considere absolutamente a un ser humano como no-persona, y sin duda alguna, este autor español reafirma, su cuestionamiento al hacer diferenciaciones entre la inclusión y exclusión de personas en un sistema social en sentido estrictamente radical, cuando se debería optar en forma relativista dentro de un contexto legal. Con ello, simplemente para ilustrar que el resultado de estos dos procesos de confrontación dicotómica, finalmente solo convergen en señalar a ciertos seres humanos como no personas el cigoto, el embrión, el feto, es decir, sujetos pasivos excluidos del Derecho Penal de las Personas, sin derechos, ni garantías constitucionales, ni garantías jurídicas de clase alguna, pero que ventajosamente son pensamientos que forman parte de un minoritario grupo que defiende la tendencia actual del funcionalismo moderado de Claus Roxin y convertido en un funcionalismo radical por Güther Jakobs<sup>16</sup>.

Para el maestro argentino Edgardo Alberto Donna, quien cita dos sentencias del Tribunal Constitucional alemán, sostiene que "la vida del ser humano no nacido queda también bajo la protección de la garantía de la dignidad humana. La idea esencial de estos fallos reside en que se afirma que el no nacido es también un ser humano, de modo que tiene intereses propios. La existencia de la vida es el fundamento para el posterior desarrollo de la persona, la garantía de la dignidad comprende la protección de la vida asegurada por la Constitución de Alemania"<sup>17</sup>. Entonces, si la vida del no-nacido, no-persona, *nondum natus*, se inserta dentro de la esfera de la dignidad del ser humano, bien puede asegurarse, que las lesiones que se le produzcan a un no-persona y que no le ocasionen la muerte, están amparadas por la garantía de protección de la dignidad.

Carlos Lasarte hace afirmaciones como las siguientes: "La existencia de la persona, en cuanto ser individual, constituye un dato previo a la propia consideración de la sociedad; la cual, a su vez, es un presupuesto del Derecho, considerado en su conjunto", además agrega que, "actualmente, la coincidencia entre la persona y los seres humanos es indiscutible", añade: "las personas físicas o seres humanos constituyen un dato anterior, preexistente y trascendente al Derecho"<sup>18</sup>.

El nuevo ordenamiento constitucional como se ha señalado por varias ocasiones reconoce y garantiza un

derecho a una vida digna y a la integridad personal. La pregunta obvia resultante es si los señores asambleístas manejaron el concepto de persona como ser humano, o como construcción del Derecho Positivo, sustancial diferencia que como se ha analizado en profundidad, permitiría establecer una tutela garantista o un vacío tal, que mantenga las viejas dicotomías surgidas del hombre persona y el no-persona.

Parecería ser la respuesta al cuestionamiento sugerido es, que no. Por cuanto se reconoce y garantiza a las personas en cuanto a la dignidad, el derecho a una vida digna, que le asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales; y en cuanto a la integridad personal, que incluye, una vida libre de violencia en el ámbito público y privado, prohibición de tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanitarios o degradantes entre otros, que como elemental y simple razonamiento lógico evidente, son todas ellas características que le son aplicables a los seres humanos vivos y personas.

Ciertamente, la mayoría de tratados internacionales que reconocen derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecen sobre este último ordenamiento y claro sobre el Código Civil también, en tanto y en cuanto éstos reconocen al ser humano libre e igual en dignidad y derechos. La dignidad del hombre involucra no

solamente la protección de su esfera vital privada, sino además su integridad física, moral, y sexual, por ello, la persona no puede ser reconocida tal como un elemento de la sociedad políticamente organizada, por así señalarlo en forma restrictiva la normativa civil, o que su dignidad, su libertad y sus derechos fundamentales queden sometidos al poder del Estado y su Derecho Positivo porque la persona asimilada con el ser humano, es preexistente a estos dos y de ninguna manera puede quedar esclavizada a un poder político mientras este decida desde cuando le protege y que derechos le asegura. El ser humano como persona es una realidad anterior y preexistente a toda organización social y política y es, por tanto, anterior y preexistente al Derecho positivo, no cabe la menor duda de esto.

Tanto el Derecho Positivo como el Derecho Penal son necesarios e imprescindibles en un Estado de Social de Derecho, dado que el ser humano persona y no-persona, son seres de libre autonomía, pero ello no significa que su dignidad y sus derechos colaterales y fundamentales, equivalentes o superiores, sean concesión del Derecho Positivo, sino que, muy por el contrario, nacen de la propia naturaleza humana. Es por ello, que el Derecho Penal, de esencia ontológica y de carácter afflictivo frente al ser humano y la sociedad, tiene la exigencia valorativa de incluir en su protección a los no-personas, y sancionar a quienes atenten contra su integridad o dignidad, dándoles como consecuencia jurídico penal, la calidad, en la estructura dogmática, de sujetos pasivos de delito.

## Notas

- 1 Constitución Política del Estado, Asamblea Constituyente, Publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008.
- 2 Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.) de 10 de diciembre de 1948.
- 3 SIMON, Jürgen, La dignidad del Hombre como principio regulador de la bioética, en Revista de Derecho y Genoma Humano, No. 13, julio-diciembre de 2000, Fundación BBVA, págs. 27-28.
- 4 Constitución Política del Estado, citada.
- 5 Constitución Política del Estado, citada.
- 6 Última Codificación, Código Civil, publicada en el R.O.-S No. 46 de 24 de junio del 2005
- 7 Martín Granizo, M. *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia* I, Albácar López, J.L. Trivium, 1992, p. 329.
- 8 Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, R.O. No. 82 de 7 de mayo de 1976.
- 9 Fallo ecuatoriano contra la PAE y aclaración, publicada en el R.O.-S No. 297, de 22 de junio del 2006.
- 10 CERESO MIR, José, La regulación del aborto en el Proyecto de Nuevo Código Penal español, incluido en su obra *Temas Fundamentales del Derecho Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, tomo II, p.252.
- 11 Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2007, número 09-01, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>, p. 01: 1-01-18. ISSN 1695-0194
- 12 Citada.
- 13 Código Penal, promulgado en el R.O.-S No. 147, de 22 de enero de 1971.
- 14 Ley de Discapacidades, publicada en el R.O. No. 301, de 6 de abril del 2001.
- 15 Reglamento General de la Ley Reformatoria de la Ley de Discapacidades, publicada en el R.O. No. 27, de 21 de febrero del 2003.
- 16 Cfr. Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft. *Vorüberlegungen einer Rechtsphilosophie*, 2ª edic., Berlín 1999.
- 17 DONNA, Edgardo, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Tercera Edición, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni editores, 2007, Págs. 24-25.
- 18 Lasarte Álvarez, Carlos, *Principios de Derecho Civil* I, Trivium, Madrid, 1996, págs. 195-196.

## Bibliografía

- JAKOBS, Güther, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen einer Rechtsphilosophie*, 2ª edic., Berlín 1999.
- CEREZO MIR, José, La regulación del aborto en el Proyecto de Nuevo Código Penal español, incluido en su obra *Temas Fundamentales del Derecho Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, tomo II, p.252.
- Código Penal, promulgado en el R.O.-S No. 147, de 22 de enero de 1971.
- Constitución Política del Estado, Asamblea Constituyente, Publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.) de 10 de diciembre de 1948.
- DONNA, Edgardo, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo I, Tercera Edición, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni editores, 2007, págs. 24-25.
- Fallo ecuatoriano contra la PAE y aclaración, publicado en el R.O.-S, No. 297, de 22 de junio del 2006.
- GRANIZO, Martín, *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia I*, Albácar López, J.L. Trivium, 1992, p. 329.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil I*, Trivium, Madrid, 1996, págs. 195-196.
- Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, R.O. No. 82 de 7 de mayo de 1976.
- Ley de Discapacidades, publicada en el R.O. No. 301, de 6 de abril del 2001.
- Reglamento General de la Ley Reformativa de la Ley de Discapacidades, publicada en el R.O. No. 27, de 21 de febrero del 2003.
- Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2007, número 09-01, p. 01: 1-01-18. ISSN 1695-0194, revisado el 30 de octubre del 2008, Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>,
- SIMON, Jürgen, La dignidad del Hombre como principio regulador de la bioética, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, No. 13, julio-diciembre de 2000, Fundación BBVA, págs. 27-28.
- Última Codificación, Código Civil, publicada en el R.O.-S No. 46 de 24 de junio del 2005.