
NUEVOS HOMINES SACRI. BIODERECHO Y VIOLENCIA LEGAL

MARTA ALBERT-MÁRQUEZ

SUMARIO: *Introducción. II. El paradigma biopolítico. III. Homo Sacer. IV. Violencia Legal. V. ¿Cómo superar el paradigma biopolítico?*

Resumen: El artículo retoma la teoría de Agamben sobre el *homo sacer* y se plantea si hoy día podemos encontrar ejemplos biojurídicos de nuevos *homines sacri*. Tras responder afirmativamente a esta pregunta, el trabajo explora en las raíces de la violencia legal y ofrece tres vías para la superación del paradigma biopolítico.

Palabras clave: *Homines Sacri. Bioderecho. Violencia Legal*

Abstract: The paper takes over the theory of Agamben about the homo sacer and wonders if, today, biolegal examples of new homines sacri can be found in our Law. After a positive answer to this question, the article explores the roots of legal violence and suggests three ways of getting over the biopolitical paradigm.

Keywords: Homines Sacri. Biolaw. Legal Violence.

I. INTRODUCCIÓN

Hace años que Agamben recuperó la figura del *homo sacer* (perteneciente al derecho romano arcaico) para designar aquellas vidas que quedan absolutamente expuestas a que se les dé muerte: son vidas que pueden ser jurídicamente eliminadas sin cometer un homicidio, en un acto de violencia sustraído tanto de la esfera religiosa como de la profana. Este trabajo retoma las ideas de Agamben enfocando al bioderecho contemporáneo y preguntándose si en él podemos encontrar nuevos *homines sacri*, es decir, nuevas formas de violencia avaladas jurídicamente, nuevos supuestos en los que el derecho, como ha señalado Ballesteros, renuncia a su vocación y asume como objetivo la perpetuación de la violencia¹.

Una vez examinados algunos casos problemáticos, trataremos de abrir vías de superación de este empleo ilegítimo de lo jurídico y del contexto político que lo propicia, planteando la cuestión de si basta una “re-privatización” de la vida, de si es preferible emplear el discurso (público) de los derechos humanos, o, por el contrario, optar por una solución fáctica: el abandono, transitorio y episódico, del derecho y la opción por la resistencia.

II. EL PARADIGMA BIOPOLÍTICO

Sólo es posible entender el *homo sacer* desde el paradigma de la biopolítica. ¿Qué entendemos por “biopolítica”? No es sencillo definir los perfiles de este concepto. D’Agostino refleja bien esta dificultad haciendo notar que hoy cabe referirse a la biopolítica en dos sentidos distintos. En primer lugar, como sinónimo de bioderecho, es decir, como reflejo normativo de las cuestiones bioéticas. La biopolítica tendría por contenido el debate en la sociedad civil, en el parlamento, en la redacción, discusión y aprobación de propuestas legislativas, en la verificación de su

¹Ballesteros, Jesus, “El Derecho como no-discriminación y no-violencia”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° 17, 1973-1974, p. 159.

constitucionalidad, etc., relacionadas con las cuestiones bioéticas. En segundo lugar, cabe emplear la palabra “biopolítica” para designar el “fenómeno, típicamente moderno, de la gestión integral de la vida biológica por parte del poder político”². Este es el sentido en el que vamos a hablar de biopolítica en lo que sigue.

La biopolítica resulta ser, de esta manera, un paradigma de nuestro tiempo, que tiene como rasgo definitorio la *politización de la vida humana*, cuyo cuidado y protección deja de ser un asunto privado para convertirse en un ingrediente de la esfera pública, y no en un ingrediente cualquiera, sino en un elemento esencial al propio ejercicio de la soberanía.

Para comprender la trascendencia del paradigma biopolítico contemporáneo, conviene tener bien presentes los rasgos fundamentales de la construcción de la política en Occidente, al menos, el que resulta ser más importante para nosotros: en la cultura occidental, desde Aristóteles, la política se construye desde la base de la exclusión de la vida “nutricia” de la vida de la polis. Esto es, la política occidental se ha edificado sobre la distinción entre la “casa” y la “ciudad”; entre la “zoé” y la “bios”.

“Zoé” representa la vida desnuda, el mero vivir, y “bios” representa la vida en la ciudad, en la polis, la vida social, la cultura frente a la naturaleza desnuda de la zoé.

En el pensamiento griego prevalece la idea de que la zoé debe ser excluida del ámbito público y relegada al terreno de lo privado, al “oikos”. La distinción entre la casa y la polis aparece por vez primera en la *Política* de Aristóteles, en los siguientes términos:

“Por tanto, la comunidad constituida naturalmente para la satisfacción de las necesidades cotidianas es la casa, a cuyos miembros llama Carondas “de la panera”, y Epiménides de Creta “del mismo comedero” (...) La comunidad perfecta de varias aldeas es la ciudad, que tiene, por así decirlo, el extremo de toda suficiencia, y que surgió por causa de las necesidades de la vida, pero existe ahora para vivir bien”³.

²D’Agostino, Francesco, *Introduzione a la Biopolitica*. Dodici voci fondamentali, Aracne, Roma, 2009, p. 56.

³Aristóteles, *Política*, 1252 a.

Afirma Aristóteles que se equivoca quien piense que gobernar una ciudad pequeña es semejante a gobernar una casa grande. Ambos tipos de gobierno persiguen una finalidad distinta. La vida de la polis es la vida pública (bios) que se orienta a la felicidad; no sólo al vivir, sino al vivir bien. La vida de la casa es vida desnuda, vida orientada a la supervivencia natural de sus miembros, a la nutrición y al cuidado de los cuerpos, al orden de la generación... como dice Aristóteles, a las “necesidades cotidianas”. La vida de la polis supone la superación de la vida de la casa, el hombre, en la comunidad política, trasciende su animalidad y se aparece como “animal cultural”.

La política se constituye pues desde la base de la radical separación entre la vida “biológica” y la vida “espiritual” o, si se quiere “cultural” del hombre, y sobre la adscripción de la primera al ámbito de lo privado, y de la segunda al de lo público.

Asumiendo este punto de partida, Foucault inaugura la reflexión biopolítica sosteniendo la tesis de que la Modernidad significa realmente la progresiva inclusión de la zoé en el ámbito de la polis. En “La voluntad de saber” lo expresa en estos términos: “se deberá entonces hablar de “biopolítica” para señalar el ingreso de la vida y sus mecanismos en el ámbito del cálculo consciente y de la transformación del poder sapiente en un agente modificador de la vida humana”⁴.

La Modernidad comienza en el tránsito entre el soberano que “deja vivir y hace morir” al soberano que “hace vivir y deja morir”. En el Antiguo Régimen, el soberano tiene el poder de matar, de hacer morir: tiene el poder sobre la muerte del ciudadano. En la Modernidad, se produce una notable traslación en el objeto del poder político: se trata ahora de administrar, de gestionar y regular la vida. Por eso el nuevo soberano “hace vivir y deja morir”, porque no es el señor de la muerte, sino el señor de la vida⁵.

⁴Foucault, Michel, *La voluntad de saber*, traducción de Ulises Guinazú, S. XXI, Madrid, p. 148.

⁵Foucault, Michel, *Genealogía del Racismo*, traducción de Alfredo Tzveibel, Altamira, Buenos Aires, 1996, “Del poder de la soberanía al poder sobre la vida”, undécima.

Pero más inquietante aún que la tesis de Foucault, me parece ser su reformulación en la filosofía de Giorgio Agamben. Para Agamben, el fenómeno que Foucault denuncia no es un signo de identidad de la Modernidad, sino de la política misma. La biopolítica no es un producto moderno, sino la verdadera esencia de la política. No hay poder que no sea poder sobre la vida, o, dicho de otro modo, la zoé siempre estuvo incluida de alguna manera en la vida de la polis.

¿Cómo puede llegar Agamben a semejante conclusión?, ¿qué instrumental intelectual le permite poner en entredicho las bases teóricas del pensamiento político europeo?

Agamben sustenta su tesis en la concepción schmittiana de la soberanía. Si soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción⁶, si soberano es quien puede, de hecho, excepcionar la regla, romperla, entonces todo resulta claro: soberano será realmente sólo aquel que pueda incluir la zoé dentro de la esfera sujeta a la decisión política. Habrá poder soberano en la medida en que se pueda excepcionar la exclusión de la zoé en la vida pública. La política, por tanto, incluso cuando excluye de sí la zoé, la está incluyendo en cierto modo.

Esta concepción de la biopolítica matiza, por tanto, la tesis de Foucault. No es que a partir de la Modernidad el poder comience a gestionar la vida biológica, lo que ocurre en la Modernidad es que esta excepción de la que hablamos, que marca la política occidental como una latencia siempre susceptible de hacerse realidad, se vuelve tan real como que se convierte en la regla. En la Modernidad, lo que antes era excepcionado se vuelve reglado y, el Derecho se convierte en una pieza esencial del mecanismo político. Se cumple así lo que lúcidamente ha expresado Ballesteros, al afirmar que “históricamente el Derecho ha sucumbido a esta grave tentación de ponerse al servicio de la política, perdiendo así su propia dignidad y su consistencia propia”⁷.

ma lección, 17 de marzo de 1976.

⁶Schmitt, Carl, *Teología Política*, traducción de José Luis Villacañas, Trotta, Madrid, 2009.

⁷Ballesteros, Jesús, *op. cit.*, p. 163.

Así, es entonces cuando el Derecho entra en el mundo de la vida biológica, de ahí el interés que para nosotros revisten las ideas de Agamben. La regla significa la regulación jurídica de la vida biológica.

Lo que antes pertenecía a la “casa”, y se cuidaba en privado con la ayuda de la *physis* (de la medicina clásica entendida como ciencia encaminada al bien terapéutico del paciente) pasa a la esfera de la polis.

El derecho cumple la misión de certificar el dominio de la política sobre la vida y, sobre todo, se ocupa de la legitimación de ese dominio. Esto ocurre incluso en el mejor de los casos, es decir, cuando el derecho protege la vida. Trataré de explicarme.

Pensemos en las numerosas declaraciones de derechos que, justamente desde la Modernidad, proclaman la defensa de la vida del hombre. De un lado, significan una victoria de la vida, la garantía de que el derecho se obliga a protegerla. Pero demos la vuelta al argumento y contemplemos el fenómeno desde la lógica schmittiana del poder: si el derecho incluye a la vida y obliga al poder a limitarse en pro de su protección, como signo esencial del Estado de Derecho, esto significa que se pone a la vida y al poder disponer de ella en el centro de la noción de soberanía.

Soberano será quien pueda excepcionar la regla fundamental del Estado de Derecho. Así, según Agamben, “si la excepción es el dispositivo original a través del cual el derecho se refiere a la vida y la incluye dentro de sí por medio de la propia suspensión, entonces una teoría del estado de excepción es condición preliminar para definir la relación que liga y al mismo tiempo abandona lo viviente en manos del derecho”⁸.

Uno de los ejemplos con los que el propio Agamben explica el paradigma biopolítico como esencia de la soberanía es bien claro en lo que hace al papel del derecho en todo este asunto. El autor cita la *Verordnung zum Schutze von Volk und Staat*, de 1933, el instrumento jurídico que inauguraba el estado de excepción y

⁸Agamben, Giorgio, “Estado de Excepción”, *Homo Sacer II*, traducción de Antonio Gimeno, Pretextos, Valencia, 2004. “El estado de excepción como paradigma del gobierno”, p. 24.

la suspensión de los derechos fundamentales en Alemania, y que estuvo vigente durante doce largos años.

Pero sin duda, la máxima expresión del paradigma biopolítico, la excepción convertida en la regla, es el campo de concentración. “El campo de concentración es el espacio que se abre cuando el estado de excepción comienza a convertirse en regla”⁹. Y es el campo de concentración el escenario que circunda la figura del *homo sacer*.

III. HOMO SACER

El *homo sacer* es el fruto de la biopolítica desbocada. Constituye “la cifra secreta para comprender la biopolítica contemporánea”¹⁰. Agamben utiliza esta figura, que pertenece al derecho romano arcaico, como metáfora de las consecuencias del triunfo de la biopolítica en la cultura contemporánea. El autor italiano parte de la definición del jurista romano Festo: el hombre sagrado es aquel que no puede ser condenado por el derecho, por su carácter sagrado, pero quien lo mata no comete homicidio¹¹. Pertenece al *homo sacer* toda vida cuya muerte voluntariamente causada no es asesinato ni homicidio, ni puede tampoco ser sacrificada (luego no puede entenderse dentro de un contexto ritual).

No hay mejor ejemplo de *homo sacer* que el “musulmán” en el campo de concentración. “Musulmán” era el nombre bajo el que llamaban (no se sabe a ciencia cierta por qué) los veteranos del campo a los “débiles, los ineptos, los destinados a la selección”: así lo recuerda Primo Levi¹². Y continúa: “los sobrevivientes somos una minoría anómala además de exigua: somos aquellos que por sus prevaricaciones, o su habilidad no han tocado fondo. Quien lo ha hecho, quien ha visto a la Gorgona, no

⁹Agamben, Giorgio, *op.cit.*, p. 215.

¹⁰*Ibidem*, p. 13.

¹¹Agamben, Giorgio, *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, traducción de Antonio Gimeno, Pretextos, Valencia, 1998.

¹²Levi, Primo, *Si ésto es un hombre*, traducción de Pilar Gómez Bedate, Muchnik, Barcelona, 1988, p. 94, nota.

ha vuelto para contarle, o ha vuelto mudo; son ellos los *musulmanes*, los verdaderos testigos, aquellos cuya declaración hubiera podido tener un significado general”¹³. En *Los hundidos y los salvados* se refiere de nuevo de esta manera a los “musulmanes”: “su vida es breve pero su número desmesurado; son ellos los *müselmänner*, los hundidos, los cimientos del campo; ellos, la masa anónima, continuamente renovada y siempre idéntica, de no-hombres que marchan y trabajan en silencio, apagada en ellos la llama divina, demasiado vacíos ya para sufrir verdaderamente. Se duda en llamarles vivos: se duda en llamar muerte a su muerte, ante la que no temen porque están demasiados cansados para comprenderla”¹⁴.

Pero en el “musulmán” no se da sólo el agotamiento físico, se da también la degradación moral. En palabras de Agamben, en medio del sufrimiento del prisionero “pierden todo su sentido (no sólo) categorías como dignidad y respeto, sino incluso la propia idea de un límite ético”¹⁵.

El *homo sacer* es, de esta manera, la persona cuya vida es despojada del bios, reducida a su mera dimensión biológica, por obra de la acción política, que la incluye y a la vez la excluye (la incluye *para* excluirla). También del derecho, pues su muerte no es homicidio ni asesinato, no constituye violación del ordenamiento jurídico, pero se contempla jurídicamente.

Entra el *homo sacer* en el ámbito de lo jurídico, aunque sea para quedar excluido de la protección del derecho. Me interesa subrayar que esa exclusión tiene un sentido jurídico, sobre todo, cuando la excepción se convierte en la regla.

Como trataré de demostrar a continuación a través de los ejemplos propuestos, biopolítica y bioderecho están íntimamen-

¹³Levi, Primo, *Los hundidos y los salvados*, traducción de Pilar Gómez Bedate, Muchnik, Barcelona, 1989, p. 73. Sobre Primo Levi y el concepto testigo, *vid.*, Mate, Reyes, “Primo, Levi, el testigo. Una semblanza en el XX aniversario de su desaparición”. Disponible on line en <http://www.ifs.csic.es/holocaustos/textos/mate4.pdf>. Consultado el 3 de octubre de 2017.

¹⁴Primo, Levi, Si *ésto* es un hombre, op. cit., p. 96.

¹⁵Agamben, Giorgio, *Lo que queda de Auschwitz*, traducción de Antonio Gimeno, Pretextos, Valencia, 2000, p. 64.

te ligados: la biopolítica como paradigma (la excepción se vuelve regla) implica el tránsito de lo fáctico (la dimensión puramente política) a lo jurídico (lo jurídico incluye la vida para excluirla jurídicamente: se regula la vida para negar estatuto jurídico personal a determinadas vidas, que quedan de esta manera reducidas a una realidad puramente biológica y no jurídica).

¿A qué tipo de vidas me refiero?, ¿regulan nuestros ordenamientos jurídicos en algún caso la muerte de un ser humano, de modo que ésta quede jurídicamente reglada, pero sin constituir homicidio ni asesinato?

Los ejemplos existen, y pueden encontrarse tanto al inicio como al final de la vida humana¹⁶. Por lo que respecta a los momentos iniciales de la vida de un ser humano, resulta difícil negar que los progresos técnicos posibilitan en una medida cada vez mayor la irrupción del poder político (de la mano del derecho) en el ámbito biológico, incluso en momentos que hasta hace relativamente poco tiempo permanecían en la penumbra de la intimidad, tanto que en ocasiones quedaban ocultos incluso a la mujer gestante (lo que ocurría durante el periodo previo a la implantación del cigoto en el útero). Sea *in vivo*, tras la liberalización de la píldora postcoital, sea *in vitro*, tras la legalización de las técnicas de reproducción humana asistida, el embrión humano, en las dos primeras semanas de su vida, nos proporciona un ejemplo de *homo sacer*, una vida humana cuya muerte es regulada jurídicamente, *reglada*, pero no protegida como un bien jurídico¹⁷.

Pero me interesa aún más el caso del aborto “clásico”, porque en él, a diferencia del aborto “químico”, ha cobrado una intensidad inusitada el discurso de los “derechos”. El aborto repre-

¹⁶Así es en la actual cultura jurídica. Obviamente los ejemplos que proponemos no agotan el fenómeno que pretendemos describir con ellos, pero sí me parecen muy significativos del actual estado de la cuestión.

¹⁷Basset, Úrsula, en “En el Estado de Derecho, la tutela de la vida no admite excepciones”, [ED, (10/09/2008, nro 12.087)], disponible en www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/BASSETFILO6.rtf. Consultado el 5 de octubre de 2017.

Donde se equipara la figura del *homo sacer* los embriones desprotegidos tras la liberalización de la píldora postcoital.

senta con toda claridad, desde mi punto de vista, el caso de una vida cuyo significado y sentido queda a merced de una decisión política, que, en este caso, consiste en delegar la decisión de la vida del hijo no nacido en la madre¹⁸.

No es de extrañar que resulte raro (o sencillamente incorrecto políticamente) equiparar el caso del “musulmán” en el campo de concentración con el ser humano en el vientre materno. Lo es porque el aborto es comprendido cada vez más intensamente como una ampliación del catálogo de derechos subjetivos en las sociedades contemporáneas, como un “empoderamiento” de las mujeres. Efectivamente lo es, en cierto modo. Su poder crece en la medida en que se agranda el perímetro de su toma de decisiones. En este caso, el poder de decidir sobre la vida del ser humano por nacer es un poder “delegado”: es el Estado el que lo confiere, es él quien decide, aunque la decisión consista, en este caso, en delegar la decisión en la mujer.

Por descontado el aborto, como ha puesto de relieve Boltansky¹⁹, es bien conocido en toda la historia de la humanidad y a menudo bien tolerado, pero sólo en un contexto biopolítico consolidado ha adquirido una representación simbólica de la que antes carecía, y se ha convertido poco más o menos que en un derecho fundamental. El aborto ha pasado de ser una decisión personalísima y trágica de algunas mujeres en determinadas circunstancias a convertirse en una práctica social de reglamentación de los nacimientos.

La regulación normativa del aborto en el caso español muestra palmariamente lo que venimos poniendo de manifiesto. El punto de partida del proceso en términos históricos es la prohibición del aborto y su consideración como delito en todos los casos, bien que con la frecuente estimación por parte de los tribunales de la circunstancia eximente de la responsabilidad penal de estado de necesidad.

De esta inicial prohibición (en nuestra terminología se trataría de la “regla”), pasamos, en 1985, a la introducción de la “ex-

¹⁸D’Agostino, Francesco, *op. cit.*, pp. 61 y ss.

¹⁹*Ibidem*, p. 11.

cepción”, por la vía de la despenalización parcial del aborto en determinados supuestos (los denominados abortos “ético” –en caso de violación–, “eugenésico”, –en caso de malformaciones graves en el feto–, y “terapéutico” –en el caso de riesgo para la salud de la madre).

En estos casos “excepcionales”, el aborto continua considerándose un delito, pero se trata de un delito sin sanción penal.

La excepción se vuelve la regla con la entrada en vigor de la ley 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo. Por obra de esta ley, el delito se convierte en un derecho. El aborto pasa a concebirse como una prestación más del servicio de Sanidad Pública, quedando la vida del no nacido a disposición de la voluntad de la madre hasta la semana 14 de gestación. La vida del embrión y del feto hasta esta semana es la de un *homo sacer*: su destrucción no constituye delito, pero es una acción jurídicamente reglada.

Algo parecido, pero en menor medida, ocurre al final de la vida humana, si bien actualmente no tendría sentido afirmar la existencia de un derecho a la propia muerte, ni en el ordenamiento jurídico nacional, ni en el contexto europeo. No obstante, el planteamiento del problema del poder sobre la propia vida, en términos jurídicos, no deja de ser relevante para dibujar más nítidamente el significado del paradigma biopolítico.

Si la penetración del poder en la vida tiene lugar en el tránsito de lo fáctico a lo jurídico, debemos prestar atención al proceso en virtud del cual la muerte propia se convierte en un derecho: veremos cómo este tránsito no hace sino destruir el único límite real al poder soberano: la muerte que, en tanto fin de la vida, deja al poder sin objeto de control.

Aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dejado relativamente claro que por la vía del ejercicio legítimo del derecho a la vida no hay posibilidad de ejercer un control jurídico sobre el cómo y el cuándo de la propia muerte²⁰ (el poder

²⁰Muy singularmente desde *Pretty* hasta el caso *Gross*, del que me ocuparé en seguida. *Case of Pretty v. The United Kingdom* (Application no. 2346/02), Judgment, Strasbourg, 29 April, 2002.

fáctico sobre ella es evidente), esta pretensión puede, sin embargo, canalizarse a través de la reivindicación de otro derecho: el denominado derecho a la *privacy*. Esta facultad que nos permite garantizar una esfera de libertad dentro de la que podemos tomar las decisiones pertinentes relativas a la vida personal y familiar, resulta a menudo concebida más como una pretensión jurídica que como una libertad²¹. Esto significa que la efectividad del derecho consiste no sólo en la garantía de una esfera para el desarrollo de la libertad negativa, sino que, en estos casos, tener un derecho también implica la posibilidad de recabar el apoyo del poder político para hacer realidad la pretensión jurídica en juego.

A resultas de esta intelección del derecho a la vida privada personal y familiar, no es de extrañar que termine exigiéndose la intervención del Estado para evitar cualquier tipo de injerencia en la voluntad de morir de los ciudadanos. ¿En que se traduce todo esto? En la reivindicación de la existencia de una obligación del Estado de dispensar la receta de la sustancia letal con la que el solicitante habrá convertido en “real y efectivo” el contenido del derecho en cuestión²².

A priori uno podría pensar que esta decisión “empodera” al ciudadano y constituye un límite al poder del Estado, ya que en vez de salir fortalecido, lo que termina por adquirir es una obligación que debilita su poder.

Pero esta lectura resulta, desde mi punto de vista, un tanto simplista y, me temo, un poco naïf. Antes hacíamos referencia a la concepción de Foucault sobre el soberano moderno. Es el soberano que hace vivir y deja morir... Pero, en el esquema de

²¹Empleo los términos en el sentido de la distinción de Hohfeld entre derechos como pretensiones o como meras libertades o permisiones, *vid.*, Hohfeld, Wesley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales*, traducción de Genaro Carriò, Centro editor de América Latina, Buenos Aires, 1968; Maccormick, Neil, “Rights, Claims and Remedies”, *Law and Philosophy*, 2, 1982, pp. 337-358.

²²Sin la receta y la intervención de un profesional de la sanidad pública, el “derecho” corre el riesgo de no hacerse efectivo: el suicidio “sin asistencia” puede verse frustrado por muchos motivos, como la falta de valor, la falta de pericia u otras circunstancias que impidan el cumplimiento de la voluntad de morir.

Foucault, la muerte queda fuera del poder del soberano moderno, es más, precisamente la muerte marca el confín de ese poder. Representa su límite. La muerte sería justamente lo que queda fuera del poder político. De hecho, el biopoder tiende a la conservación de la vida, porque alargando su objeto alarga sus posibilidades de control.

Las reflexiones de Foucault acerca del suicidio, como muerte conscientemente deseada, como prueba de “fuerza” del individuo frente al Estado son totalmente inteligibles en el contexto de la disposición fáctica de la propia vida. ¿Lo siguen siendo cuando la cuestión deja de ser de hecho para exigirse como derecho?

Creo que la muerte solo puede constituir un límite al poder del Estado cuando su ejercicio no depende decisivamente de la intervención del propio Estado, cuando no se deja en sus manos. Pero comprender la propia muerte como un acto de liberación del poder político cuando se espera de él la receta del pentobarbital parece entrañar una contradicción lo suficientemente fuerte como para no dejar de reflexionar en torno a ella.

De hecho, cabría preguntarse: ¿sigue siendo hoy día la muerte el confín del biopoder? Me parece que esto es justamente lo que está en juego en la cuestión de la muerte como derecho. Se podrá aducir que en la medida en que se concibe como un derecho, se trata justamente de arrancarla del poder del soberano. Este es el sentido de los derechos subjetivos. Sin embargo, el fenómeno al que deseo referirme es mucho más profundo. No se refiere a la cuestión de quien es el soberano de la vida (si el individuo o el Estado) sino a la cuestión de si la vida misma puede ser objeto del poder político (sea su titular el individuo o el Estado).

En la medida en que concibamos la muerte como derecho la haremos entrar, de lleno, en el ámbito de la biopolítica. La situaremos en la esfera de la polis, y no de la casa. El soberano no solo “hace vivir”, como en la Modernidad, sino que también “hace morir”, como en la Antigüedad.

No está de más traer a colación la sentencia del Tribunal de

Estrasburgo sobre el caso Gross contra Suiza (mayo de 2013)²³. Aunque posteriormente resultara anulada por la apreciación de abuso de derecho en la demandante²⁴, conviene tener presente la argumentación del Tribunal para entender bien cuáles son los riesgos a los que nos referimos.

La señora Gross no presentaba ninguna patología significativa, más allá del hecho de que había cumplido los ochenta y dos años, padecía dolor de espalda y sufría un leve deterioro cognitivo, además de una pérdida significativa de la calidad de sus relaciones sociales, debido al paulatino fallecimiento de sus amistades más próximas. En estas condiciones, y tras algún intento fallido de suicidio, no logró obtener del sistema sanitario suizo la receta de la sustancia con la que conseguiría morir de manera efectiva, ya que la dispensación de estas sustancias está regulada deontológicamente, a través de directrices del Colegio de Médicos, que exigen en todo caso la presencia de patologías de gravedad para la dispensación del pentobarbital sodium.

En esta textura, la señora Gross entiende que el Estado suizo viola su derecho a la *privacy* en la medida en que no se implica activamente para hacer efectiva su pretensión de morir en las condiciones por ella planeadas.

La primera sentencia del caso Gross condenó a Suiza, pues entendió que la decisión, esto es, el poder sobre cómo y cuándo

²³Gross v. Swizerland. Application no. 67810/10. Second Section. 30 May 2013.

²⁴Para cuando se dictó la sentencia del caso Gross, la demandante llevaba año y medio fallecida. Ocultó su propia muerte al Tribunal (incluso a su propio letrado), en connivencia con su asistente espiritual, un antiguo pastor protestante voluntario de EXIT. Con su actuación pretendía “abrir camino” (jurídico, se entiende) a otras personas en su misma situación. Los hechos salieron a la luz cuando el Estado suizo preparaba el recurso contra la sentencia del año 2013: al recopilar la documentación relativa al caso se descubre que la Sra. Gross había fallecido en octubre de 2011. En razón de esta ocultación de información relevante al tribunal, el fallo fue anulado por la Gran Sala en noviembre de 2014. Grand Chamber, *Gross v. Swizerland. Application no. 67810/10*. 30.11.2014. Me he ocupado en extensión del caso en Albert, Marta, “Derecho a morir y abuso del derecho. La inadmisibilidad del caso Gross v. Suiza Comentario a la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de septiembre de 2014”, *Medicina e Morale*, 6/2014, pp. 1027-1045.

morir cae dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada. En la medida en que adoptamos el lenguaje de los derechos, hemos de asumir que su regulación corresponde al Parlamento mediante ley. Por eso el Tribunal entiende que la decisión sobre la extensión de la receta de pentobarbital tiene que pasar de recaer en el Colegio de Médicos a pertenecer al Estado. Un derecho no puede ser “limitado” deontológicamente sino garantizado legalmente. El argumento es consistente, pero no debe hacernos perder de vista que lo que se está sustanciando aquí es el tránsito de una vida que se cuida en casa con ayuda del médico a una vida que se convierte en objeto de la normación pública.

¿Disminuye o se agranda la penetración del poder político en el ámbito de la vida “biológica”? en mi opinión resulta claramente lo segundo: la muerte ya no es el confín del poder político, sino un acontecimiento que entra de lleno en el dominio del Estado. El enfermo terminal, el desahuciado, el ser humano en coma, o sencillamente, una persona con ideación de suicidio puede convertirse en un nuevo *homo sacer*: matarlos constituiría un acto jurídicamente reglado pero no calificable como delito.

IV. VIOLENCIA LEGAL

Indicábamos páginas atrás que el *homo sacer* es sometido a un acto de violencia avalado jurídicamente. Los ejemplos antes citados nos reenvían a supuestos en los que el derecho se ha convertido en un instrumento al servicio de la violencia: una violencia “legal”, reglada e incluso posiblemente respaldada por la moral social, pero violencia al fin.

Comprender a fondo el paradigma biopolítico exige, a mi juicio, revisar la idea misma de violencia, con el objetivo de tratar de entender cuáles son las condiciones en las que el Derecho se pone al servicio de la perpetuación y el mantenimiento de la violencia o, al menos, de ciertos tipos de ella. ¿Cómo es posible que el derecho “se preste” a tales fines, que son contrarios a su más elemental representación conceptual?, ¿qué factores inciden para que el derecho se convierta en un medio al servicio del poder?

Nos serviremos aquí de las reflexiones del profesor Ballesteros, quien ha profundizado sobre las causas que pueden originar la violencia en el marco de las relaciones sociales. En su opinión, es preciso distinguir factores relativos a la situación en la que se desenvuelve el individuo de otros que hacen referencia a su talante moral. Nos interesan aquí especialmente los segundos, en la medida en que entiendo que constituyen una pieza esencial del engranaje de la progresiva regulación política de la vida.

Entre ellos, Ballesteros cita “el deseo de venganza, la ira, la envidia, el resentimiento, el miedo y la desesperación ante la falta de perspectivas, la soberbia y el narcisismo”²⁵. En relación al narcisismo colectivo entra en juego lo que la mayoría de los autores considera la principal argumentación legitimadora de la violencia: la “personificación del mal” en un determinado grupo político, social, cultural, étnico o religioso, frente al cual resulta lícito actuar violentamente²⁶.

Pero junto a esa espita del narcisismo colectivo, que conduce a convertir al otro en el chivo expiatorio de todos los males pasados y presentes (quizá también futuros), con la irrefrenable violencia que esta consideración provoca y legitima, la deriva narcisista de una sociedad puede dar lugar también a otra clase de violencia, menos reconocible y por ello, en cierto sentido, más peligrosa.

La excesiva consideración hacia uno mismo, la sobrevaloración de las propias cualidades, la centralidad de los propios intereses, posee otra lectura paralela, que no tiene tanto que ver con el menosprecio de lo ajeno cuanto con la sobrevaloración de lo propio. De ahí que el narcisismo entronque con una voluntad reconfiguradora de la realidad, muy propia de la postmodernidad “decadente”²⁷, y siempre pronta a convertir los propios deseos en derechos.

²⁵Ballesteros, Jesús, *op. cit.*, pp. 160-161.

²⁶*Ibid.*, p. 161.

²⁷Ballesteros, Jesús, *Postmodernidad: Decadencia o Resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989.

Esa voluntad narcisista genera violencia, porque en esta voluntad de reconfiguración, en este exigir la efectiva realización de los deseos, el “otro” en tanto otro distinto a mi, con sus propias expectativas, deseos y proyectos, se diluye, se desvanece.

La única forma de combatir jurídicamente ese narcisismo colectivo pasa, como indica Ballesteros, por respetar al otro (siguiendo el clásico precepto de Ulpiano *neminem laedere*) y por respetarlo en tanto otro igual a mi²⁸, ya que “la experiencia jurídica puede y debe ser considerada como la experiencia que establece el respeto universal al otro indeterminado y que, en consecuencia, exige una igualdad mínima entre todos los hombres”²⁹.

Ocurre que en las sociedades contemporáneas ciertos “otros” devienen invisibles, como el “musulmán”. No se ven porque constituyen un obstáculo a los derechos vinculados a los proyectos de autodeterminación personal autónomamente elaborados de los “otros”.

El paradigma biopolítico se nutre, como vemos, también de un determinado talante moral que legitima distintas formas de violencia y que hace palidecer rasgos esenciales de la experiencia jurídica, de modo que termina generando un derecho de cuya juridicidad podemos expresar algo más que dudas.

Por otra parte, el hecho de que, como he tratado de explicar, esa “victoria” de los propios deseos convertida en reconocimiento de derechos sea una victoria pírrica no parece tener mayor importancia. No se repara en el hecho de que esos derechos que legitiman la violencia ejercida contra los nuevos *homines sacri*, a quien “empoderan” en última instancia es al propio poder político, que sobrevuela la vida biológica en todas sus dimensiones.

V. ¿CÓMO SUPERAR EL PARADIGMA BIOPOLÍTICO?

¿Cómo podemos escapar del paradigma biopolítico?, ¿cómo im-

²⁸Ballesteros, Jesús, “El Derecho como no-discriminación y no-violencia”, *op. cit.*, p. 162.

²⁹Ibid.

pedir que el derecho se convierta en un instrumento para certificar y legitimar la existencia de vidas que son expuestas jurídicamente a la forma extrema de violencia que representa la muerte? No parece tarea fácil, ni se pretende aquí dejar resueltas las cuestiones que apenas se han enunciado.

Como antes indiqué, el propósito de estas líneas es mucho más modesto. Aspira únicamente a poner de manifiesto tres alternativas que, a mi juicio, pueden ser de alguna utilidad para cualquier intento de superación del paradigma biopolítico.

La primera de ellas consiste en tratar de “reprivatizar” la vida. En esta línea, D’Agostino nos insta a recuperar la dimensión privada de la bios, retomando la distinción entre casa-zoé-medicina y ciudad-bios-política. En terminos teóricos, la propuesta parece impecable. En la praxis política y jurídica creo que puede tropezar con algunos inconvenientes. Esto se debe a que la política ha invadido ya de hecho la medicina, al menos, en la mayoría de los países europeos, donde la Sanidad es una competencia asumida por el Estado, y no cabe afirmar que esto constituya una conquista desdeñable. No toda intervención de la polis en la zoé, por expresarlo en estos términos, ha de ser considerada como algo necesariamente negativo. Dar marcha atrás en lo que muchos consideramos necesarios logros del Estado Social de Derecho no parece sencillo y probablemente tampoco adecuado.

Esta tarea exigiría, por tanto, una delimitación clara de los términos en los que cabe desarrollar este proceso de vuelta de la vida a la casa, que más que una involución habría que entender como una revalorización de la vida en el contexto doméstico³⁰, como condición esencial de su desenvolvimiento público.

Una segunda opción es la de reconstruir el discurso de los derechos. Resulta obvio que el universal reconocimiento del derecho a la vida no impide, salvo contadas excepciones, el surgimiento de *homines sacri* en los ordenamientos jurídicos contem-

³⁰De hecho el propio D’Agostino entiende el sentido de esta propuesta de reprivatización como la afirmación de que sólo cuando la vida se reconoce y protege en un contexto prepolítico (el del hogar) es posible su desenvolvimiento político posterior (*op. cit.*, p. 58).

poráneos. Por eso hablamos de “reconstrucción”, porque, tal cual se desarrolla actualmente (al menos el discurso contemporáneo sobre determinados “nuevos derechos”) constituye más un blindaje del paradigma biopolítico que una vía para su superación.

No considero, sin embargo, que el discurso de los derechos sea del todo inútil. Lo es sólo cuando esos derechos se conciben desde la lógica del individualismo moderno, que nos empuja a contemplarlos como una realidad desgajada de la relación jurídica en la que irremediamente se inserta, de los “otros” que forman parte de ella, y del engranaje de la maquinaria jurídica con el bien común. Desde esta óptica, creo que resulta del todo factible la recuperación del principio básico y universal del reconocimiento de todo otro como un igual (ontológicamente hablando) a mi. Este principio excluye por su propia naturaleza la creación de *homines sacri* y, desde luego, excluye la intervención del derecho en su configuración, puesto que al hacerlo, el orden jurídico estaría negándose a sí mismo³¹.

Habíamos definido páginas atrás la tercera vía como una vía de abandono transitorio y episódico del derecho. Por “abandono” del derecho me refiero simplemente a volver a plantear la cuestión en el terreno de lo puramente fáctico. Resistir. Adoptar, como ha sugerido D’Agostino, la postura de Bartley, el escribiente del cuento de Melville³²: *I would prefer not to...* “preferiría no hacerlo”...

En la filosofía de esta estrategia late la idea de “postmodernidad resistente” defendida por Ballesteros, cuyo núcleo esencial me atrevería a cifrar en el “respeto de lo inalienable en la persona, tanto frente al Estado como frente al mercado”³³. Lo inalienable en la persona es una realidad personal, una realidad frente

³¹En esta tarea de recuperación del logos del derecho creo que los juristas desempeñamos un imprescindible papel. Si el legislador tiene su cuota de responsabilidad en esta recuperación del homo sacer, no es menos cierto que gran parte de ella se debe a la construcción jurisprudencial y doctrinal de algunos de los denominados “nuevos derechos”.

³²Melville, Herman, *Bartleby, The Scrivener. A Story of Wall Street*. Edición facsimilar en <http://digital.library.cornell.edu>. Traducción de Jorge L. Borges en Siruela, Madrid, 1984.

³³Ballesteros, Jesús, Postmodernidad. Decadencia o Resistencia, op.cit., p. 14.

a la que la postmodernidad no debe cerrar los ojos, ni engañarse, ni menos aún negarle respeto.

Algo de estas tres cosas hace el pensamiento de la postmodernidad decadente, y, precisamente por eso, no nos permite evitar el surgimiento de nuevos *homines sacri*. Porque nuestro *ethos* social, dominado por esa mentalidad, despliega una “voluntad ‘creadora’, capaz de (re)configurar la realidad con el fin de satisfacer los deseos convirtiéndolos en derechos”³⁴.

Es frente a este pensamiento, convertido en pseudo-derecho, frente al que cabría apelar a la resistencia pacífica. Desde mi punto de vista, bajo esa actitud aparentemente pasiva se esconde una estrategia audaz cuyo éxito no sólo exige la perseverancia y el esfuerzo por hacerse entender, y por convencer a los demás actores del debate político, sino muy principalmente la clara conciencia de que cuando lo jurídico se desconecta de la realidad y se convierte en un instrumento para la satisfacción de los deseos, no es el ciudadano, sino el soberano quien acrecenta su poder.

³⁴Ballesteros, Jesús, “Exigencias de la dignidad humana en la biojurídica” en Aparisi, Ángela, Ballesteros, Jesús (coord.), *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*, EUNSA, Pamplona, 2004, p. 43-77.