

CAPÍTULO NOVENO

EL EMBRIÓN HUMANO Y LA CUESTIÓN DE LA PERSONEIDAD

I. LA CUESTIÓN A RESOLVER

El tratamiento de la cuestión del estatuto entitativo del embrión humano y de su vinculación —o no— con la respuesta a ciertas cuestiones éticas como el aborto, la manipulación de embriones, la experimentación con células estaminales, y otros semejantes,⁴⁵⁷ está caracterizada en nuestros días en una nota central: en la inmensa mayoría de los casos, la posición que se adopta respecto a esas cuestiones depende constitutivamente de una actitud asumida previamente —y por razones que muchas veces no se confiesan de modo explícito— acerca del sentido de las soluciones a adoptarse en esas cuestiones práctico-morales. Dicho de otro modo, ya adoptada una solución determinada a esas cuestiones éticas centrales, se procura encontrar alguna explicación ontológica, antropológica, ética o epistemológica que dé cuenta y justifique racionalmente esa solución. Y esto queda en evidencia principalmente en razón de que, en la gran mayoría de los casos, las propuestas formuladas no son el resultado de una extensa y rigurosa investigación sobre el tema, sino que los argumentos aparecen claramente armados a los efectos de justificar alguna de las vías de solución más habituales.

⁴⁵⁷ Sobre esta problemática, véase MacKinnon, B., *Ethics. Theory and Contemporary Issues*, Stanford-USA, Wadsworth-Thomson Learning, 2001, pp. 163 y ss., y Zambrano, P. y Sacristán, E., “El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia estadounidense y argentina”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 134, 2012, pp. 715-759.

Siendo así las cosas, al menos en la gran mayoría de los casos, resulta muy difícil exigir a los que participan en estos debates una objetividad absoluta en los puntos de partida, objetividad que —por otra parte— resulta imposible de alcanzar aún en los ámbitos del conocimiento menos comprometidos éticamente. Pero lo que en todos los casos sí resulta posible —y necesario— exigir a los participantes en un debate intelectual al menos la aceptación de los datos obvios, la coherencia lógica entre las diferentes afirmaciones, y la aceptación de las consecuencias necesarias de las cuestiones asumidas. Con este convencimiento, y siguiendo esos parámetros, en lo que sigue se discutirán las afirmaciones defendidas sobre la cuestión del estatuto entitativo del embrión y de la solución ética a la cuestión de la legitimidad del aborto provocado, en un trabajo del jurista y pensador italiano Luigi Ferrajoli. Este autor es uno de los más difundidos defensores de lo que puede denominarse el bioderecho “liberal”, y por lo tanto tiene una posición decisivamente tomada en favor de la eticidad del aborto, a través de una argumentación en la que sugiere constantemente —y muchas veces afirma expresamente— que la posición contraria tiene raíces meramente dogmáticas y no racionales.⁴⁵⁸ En lo que sigue, se expondrán brevemente sus argumentos principales, para pasar después a una discusión sucinta de estas afirmaciones.

II. LOS ARGUMENTOS CENTRALES DE LUIGI FERRAJOLI

Como ya se insinuó más arriba, la posición de Ferrajoli en todas estas cuestiones parte siempre de una premisa asumida *a priori* como inconcusa: que todas las afirmaciones de la Iglesia católica son inexorablemente erróneas. Por ello comienza su argumentación presentando esa posición del siguiente modo:

⁴⁵⁸ Ferrajoli, L., “La cuestión del embrión entre el derecho y la moral”, *Democracia y garantismo*, ed. de M. Carbonell, trad. de P. A. Ibáñez, Madrid, Trotta, 2008, pp. 153-172 (en adelante EDM).

La primera posición es la de la confusión, o sea, de la recíproca implicación entre cuestiones jurídicas y correspondientes cuestiones morales... Es la posición expresada de manera emblemática por la religión católica: si un comportamiento es inmoral debe ser también prohibido por el brazo secular del derecho; si es un pecado, debe ser también tratado como delito.⁴⁵⁹

Ahora bien, es ampliamente sabido que la doctrina de la Iglesia católica es precisamente la contraria, es decir, que las leyes jurídicas no deben castigar todos los vicios, sino sólo los que se oponen directamente al bien común de la sociedad política, tal como lo expuso *in extenso* Tomás de Aquino y lo recoge el *Catecismo de la Iglesia Católica*.⁴⁶⁰ Y esta doctrina es tan clara y conocida que no es posible creer razonablemente que Ferrajoli la ignore completamente, como parece surgir del texto de sus afirmaciones citadas.

Un poco más adelante, el autor italiano desarrolla una doctrina —de clara matriz positivista— acerca de la vinculación entre derecho y valores morales que, afirma, “puede identificarse con un postulado del liberalismo” y que consiste en la afirmación de que “el derecho y el estado no encarnan valores morales”, razón por la cual las únicas conductas que resultan punibles desde esa perspectiva son aquellas que procuren o impliquen una lesión o algún daño directo a un tercero. Pero inmediatamente después —y contradiciendo abiertamente todo lo anterior—, sostiene que el derecho tiene el cometido de “asegurar la paz y la convivencia civil” y que “su único deber es garantizar la igualdad, la seguridad y los mínimos vitales”,⁴⁶¹ todos ellos objetivos de innegable valor ético y que en su mayoría no suponen un daño directo a terceros.

⁴⁵⁹ EDM, pp. 153 y 154.

⁴⁶⁰ Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae*, I-II, q. 96, a. 2 y 3. *Catecismo de la Iglesia Católica*, núm. 1931.

⁴⁶¹ EDM, p. 154.

Ahora bien, entrando ya a la cuestión del embrión humano, el autor italiano afirma que las cuestiones referidas a la condena moral y a la punición jurídica del aborto (así como a las cuestiones de la fecundación asistida y la clonación o manipulación de embriones, que asimila aquí a la del aborto) suelen identificarse:

Con la de la naturaleza del embrión: si éste es o no una *persona*, como entiende la Iglesia Católica... En efecto, el principal argumento de las posiciones antiabortistas es que el aborto es un homicidio, al ser el feto una *persona*. Ahora bien —continúa— esta tesis, como también su negación, es sólo en apariencia una aserción. Habitualmente tiene apoyo en la observación, cada vez más precisa y documentada, de la vitalidad del embrión como forma de vida inicial de la persona. Pero la tesis de la vitalidad del embrión, empíricamente verdadera, no equivale ni permite deducir la de que el embrión es una persona. Podemos saber... exactamente todo sobre las características empíricas del embrión... Pero esto no impide que... deducir la prohibición del aborto de la tesis de que la vida precede al nacimiento sea un *non sequitur*, es decir, una implicación indebida en cuanto viciada de la falacia naturalista. En efecto —concluye— una deducción similar supone, subrepticamente, la tesis moral de la calidad de *‘persona’* del feto: que no es una aserción, sino una prescripción; no es un juicio de hecho, sino un juicio de valor, y como tal ni verdadero ni falso sino confiado a la valoración moral y a la libertad de conciencia de cada uno.⁴⁶²

Y un poco más adelante precisa y desarrolla esta argumentación, afirmando que “las tesis que afirman y las que niegan que el embrión es una persona no son ni verdaderas ni falsas... al ser «persona» un término del lenguaje *moral* y la calificación de algo como «persona» un juicio moral que, por la ley de Hume, no puede ser deducido de un juicio de hecho”.⁴⁶³ Y en este punto agrega que este tipo de proposiciones *morales*, si bien no son ver-

⁴⁶² EDM, p. 156.

⁴⁶³ EDM, pp. 156 y 157

daderas ni falsas, pueden algunas de ellas ser “más razonables” que otras y resultar “incompatibles” entre sí.⁴⁶⁴ Siendo así las cosas, queda por ver cuál es el papel que juega el derecho en esta determinación de algo como persona, ya que los hechos no pueden contar para nada. “Lo que el derecho puede hacer —escribe Ferrajoli—... es sólo establecer una convención que, respetando el pluralismo moral..., defina los presupuestos en presencia de los cuales la cuestión deja de ser solamente moral”,⁴⁶⁵ y pone como ejemplo de esto a la ley italiana de 1978 que establece el plazo de tres meses desde la concepción para la realización lícita del aborto.

Pero también en el ámbito moral tienen su lugar las convenciones referidas al estatuto del embrión humano; a ese respecto el jurista italiano sostiene que

Sólo hay una convención que haga compatible la tutela del feto y, en general, del embrión en cuanto persona potencial, y la tutela de la mujer que, precisamente porque es persona, conforme a la segunda máxima de la moral kantiana, no puede ser tratada como un medio para fines ajenos. Es la convención según la cual el embrión es merecedor de tutela *si y sólo si* es pensado y querido por la madre como persona.

Y esto a su vez se funda en “la tesis moral de que la decisión sobre la naturaleza de «persona» del embrión debe ser confiada a la autonomía moral de la mujer, en virtud de la naturaleza moral y no simplemente biológica de las condiciones merced a las cuales aquel es «persona»”. Todo esto, continúa, “significa aceptar la tesis moral de que «persona», y como tal merecedor de tutela, es el ser nacido o en todo caso destinado por la madre a nacer”. Es breve: es la madre la que le confiere o no al embrión el “valor de persona”, la que “crea a la persona”. “En suma —concluye— la calidad de «persona» resulta decidida por la madre,

⁴⁶⁴ EDM, p. 159.

⁴⁶⁵ EDM, p. 157.

es decir, por el sujeto que está en condiciones de hacerlo nacer como tal”.⁴⁶⁶

De lo expuesto hasta ahora acerca de las ideas de Luigi Ferrajoli referidas a la “personidad”⁴⁶⁷ del embrión humano y la licitud o ilicitud moral del aborto, es posible concluir que los argumentos centrales esgrimidos en este lugar por el pensador italiano son reducibles a los siguientes: (1) existe una separación completa y radical entre derecho y moral, según la cual las determinaciones jurídicas son meramente convencionales, sin vínculo alguno ni con las valoraciones morales, ni con los datos de hecho; (2) asimismo, se da una desvinculación absoluta entre las proposiciones teórico-descriptivas y las práctico-morales, de modo tal que ningún dato de hecho —así como la proposición que lo describe— puede integrar un razonamiento ético y, a su vez, las proposiciones morales no son susceptibles de verdad o falsedad; (3) en relación con lo anterior, las afirmaciones acerca de la “personidad” o “no-personidad” de un ente no revestirían carácter teórico-descriptivo, sino sólo práctico-moral, y en consecuencia —siempre según Ferrajoli— no puede atribírseles el carácter de verdaderas o de falsas, a pesar de lo cual pueden resultar “incompatibles” entre sí; (4) además, ese carácter de persona no depende de datos o cualidades objetivas de ninguna especie, sino de la mera atribución libre y autónoma de esa condición por la

⁴⁶⁶ EDM, pp. 157-159. En rigor, Kant afirma, en *Grundlegung zur metaphysik der Sitten*, que “los seres racionales están todos bajo la ley de que cada uno de los mismos debe tratarse a sí mismo y a todos los demás *nunca meramente como un medio*, sino siempre *a la vez como fin en sí mismo*” (énfasis en el original); II, 433, 25.

⁴⁶⁷ Se utiliza aquí el término “personidad” para designar la cualidad constitutiva de la persona, evitando el uso en ese caso de “personalidad”, que designa más bien a las modalidades psicológicas y morales de cada persona particular; véase Zubiri, X., *Sobre el hombre*, Madrid, Alianza, 1986, pp. 113 y *passim*. También, véase, Ballesteros, J., “El estatuto ontológico del embrión”, en Montoya Rivero, V. M. y Ortiz Trujillo, D. (coords.), *Vida humana y aborto. Ciencia, filosofía, bioética y derecho*, México, Porrúa, 2009, pp. 99-113, y Altieri, S., *El estatuto jurídico del cigoto*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2010, *passim*.

voluntad de la madre gestante, considerada ella sí *persona*, aunque en este caso sin necesidad de atribución alguna.

III. CUESTIONES PRELIMINARES

Estas tesis defendidas —y no sólo en el lugar citado—⁴⁶⁸ por Luigi Ferrajoli, aparecen *prima facie* —por lo menos— como desconcertantes, ya que implican la aceptación de doctrinas y supuestos habituales en el pensamiento jurídico y moral de varias décadas atrás, y que han sido discutidos y cuestionados fuertemente por numerosos autores y desde muy diversas perspectivas. Así, por ejemplo, sus referencias a la denominada “falacia naturalista” desconocen todo el debate a su respecto desarrollado en las últimas décadas, y la gran cantidad de precisiones y salvedades realizadas a su respecto,⁴⁶⁹ asumiéndola sin matices como una verdad indiscutida. Otro tanto ocurre con las afirmaciones acerca de la separación radical entre derecho y moral y sobre el carácter enteramente a-valorativo de las realidades y del discurso jurídico, que parecen ignorar en absoluto todas las discusiones más recientes a ese respecto, aún dentro del ámbito del positivismo jurídico.⁴⁷⁰

Pero más allá de este “salteo” —no se puede saber a ciencia cierta si voluntario o involuntario— de los más recientes debates en materias tan centrales a la filosofía jurídica como la cuestión ser-deber o la valoración en el derecho, corresponde analizar las

⁴⁶⁸ Véase Massini-Correas, C. I., “El fundamento de los derechos humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi Ferrajoli”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 61, 2009, pp. 227-247.

⁴⁶⁹ Véase Massini-Correas, *La falacia de la “falacia naturalista”*, Mendoza-Argentina, EDIUM, 1995, pp. 33-56 y *passim*, así como la bibliografía allí citada.

⁴⁷⁰ Véase, entre muchos otros, Etcheverry, J. B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, UNAM, 2006; del mismo autor, *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Granada, Comares, 2009; para el planteamiento epistémico de la cuestión, puede verse Finnis, J. M., *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 3-22 y *passim*.

argumentaciones propuestas por Ferrajoli acerca de la índole entitativa o moral del embrión humano y de su vinculación —o no vinculación— con cuestiones práctico-morales como la referida al juicio ético del aborto provocado. En este punto, se plantea en primer lugar que las afirmaciones del autor italiano acerca del carácter completamente a-valorativo del derecho, se contradicen con numerosos textos del mismo autor que afirman —y otras veces implican necesariamente— la presencia de instancias valorativas en el discurso y la praxis jurídica. En este sentido, Ferrajoli sostiene, tal como se vio más arriba, que el derecho tiene el sentido de garantizar la igualdad, la seguridad, los mínimos vitales, la certeza, la paz, la convivencia civil y la libertad, realidades que revisten un innegable carácter valorativo. Y en otro lugar, este autor sostiene explícitamente que la fundamentación de los derechos humanos (o “derechos fundamentales”) sólo se logra a través de una remisión a los valores de la igualdad, la democracia sustancial, la paz y la “ley del más débil”.⁴⁷¹

Ahora bien, resulta extraño que, luego de esas afirmaciones valorativas contundentes, Ferrajoli sostenga sin inmutarse que los valores no tienen ningún lugar en el derecho, otorgándole a este último una índole completamente a-valorativa y en consecuencia meramente fáctica o de hecho. Es más, afirma que, en este punto, “lo que el derecho puede hacer... es sólo establecer una convención”,⁴⁷² que habrá de ser necesariamente, para ser coherente con lo anterior, una convención meramente fáctica, no orientada a, ni regulada por, valores de ninguna especie. Pero esto resulta sorprendente y extraño, toda vez que el establecimiento mismo de una convención supone valores tales como la relevancia ética de la palabra dada y el deber de atenerse y cumplir con sus términos, sin los cuales no es posible hablar de

⁴⁷¹ Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. de P. Andrés et al., Madrid, Trotta, 2007, pp. 315-317 y *passim*.

⁴⁷² EDM, p. 157.

“convención” en ningún sentido inteligible.⁴⁷³ En otras palabras, hablar de convenciones, acuerdos o pactos supone valoraciones y principios de carácter práctico-moral sin las cuales no es posible pensar esas nociones y menos aún darles efectividad en la praxis ética y jurídica.

Por otra parte, llama también la atención que, luego de adherir al no-cognitvismo ético más radical, negando en consecuencia los valores de verdad o falsedad para las proposiciones prácticas, Ferrajoli sostenga explícitamente que

No todos comparten esta concepción moral [la suya] de la persona y de la maternidad. Tal concepción no es más “verdadera” (sino a mi juicio sólo más razonable) que la que ve en el embrión una persona independientemente de la voluntad de la madre de traerlo al mundo. No es más verdadera ni tampoco más falsa. Sin embargo, las dos concepciones son incompatibles.⁴⁷⁴

Es evidente que se está en presencia de toda una revolución en la ciencia lógica: dos proposiciones que no son susceptibles de los valores de verdad y falsedad, pero que son “incompatibles” entre sí, es decir, que lo que afirma una de ellas no puede sostenerse al mismo tiempo que lo que sostiene la otra. Esto ha sido estudiado desde hace veinticinco siglos por la ciencia lógica,⁴⁷⁵ bajo el título de “oposición de las proposiciones” u otros semejantes, y supone que las proposiciones que se oponen y pueden llegar a excluirse —que se denominan “contradictorias” o “contrarias”— son sólo aquellas que revisten los valores de verdad y falsedad. En ese sentido, *v. gr.*, las proposiciones interrogativas o rogativas, que no son ni verdaderas ni falsas, no pueden ser contradictorias y excluirse entre sí.⁴⁷⁶

⁴⁷³ Véase, en este punto, Finnis, J., *Natural Law...*, *cit.*, pp. 3-22.

⁴⁷⁴ EDM, p. 159.

⁴⁷⁵ Véase Bochenski, I. M., *Historia de la lógica formal*, trad. de M. Bravo Lozano, Madrid, Gredos, 1976, en especial pp. 69-75 y 333-348.

⁴⁷⁶ Véase Ziembsinski, Z., *Practical Logic*, Dordrecht-Boston-Warsawa, D.

Por lo tanto, es necesario escoger: o bien (i) se niega todo valor de verdad a las proposiciones —morales, según Ferrajoli— acerca del carácter de persona y consecuentemente no pueden resultar incompatibles con sus “contrarias” o “contradictorias”, o bien (ii) se acepta que esas proposiciones pueden resultar incompatibles con otras y resulta necesario aceptar su valor de verdad. De lo contrario, el extraño tipo de proposiciones —propuestas por Ferrajoli— que no pueden ser verdaderas, pero sí contradictorias, deberían ser defendidas en el contexto de la ciencia lógica como un nuevo tipo jamás estudiado en ese marco en el transcurso de los siglos. Es cierto que ese ha sido el eterno problema de los defensores del no-cognitismo ético,⁴⁷⁷ que luego de negar la categoría de verdad a las proposiciones éticas, se dedican *in extenso* a defender la verdad de sus propias posiciones morales, en razón principalmente de que el escepticismo absoluto es autorefutatorio.⁴⁷⁸ Y ese es precisamente el problema que enfrenta el autor italiano al pretender la defensa intelectual de la legitimidad del aborto provocado, después de haber sostenido que ese tipo de argumentaciones no pueden calificarse de verdaderas ni de falsas. Al menos, Ferrajoli debería haber aclarado qué quiere decir cuando afirma que su posición “no es más verdadera”, sino sólo “más razonable”, es decir, cuáles son las diferencias entre “verdad” y “razonabilidad” y si estamos —o no— ante una nueva categoría lógica —la “incompatibilidad”— desconocida hasta nuestros días.

Reidel Publishing Company-Polish Scientific Publishers, 1976, pp. 211-217, y Domínguez Prieto, P., *Lógica. La ciencia del logos*, Madrid, BAC, 2010, pp. 165-180.

⁴⁷⁷ En este punto, véase MacIntyre, A., *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Notre Dame-Indiana, University of Notre Dame Press, 2010, pp. 6-35; también Canto-Sperber, M., *La philosophie morale britannique*, París, PUF, 1994, pp. 51 y ss., y Bourke, V.J., *History of Ethics, vol. 2 Modern and Contemporary Ethics*, Mount Jackson, Axios Press, pp. 207 y ss.

⁴⁷⁸ Véase Finnis, J., “Natural Law Theories”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, p. 20, disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/>.

IV. LA PERSONEIDAD MERAMENTE ATRIBUIDA

Otro punto que es necesario debatir especialmente ahora, es el referido al valor de la afirmación según la cual la proposición “todo ser humano es persona” no revestiría carácter descriptivo sino meramente *moral*, excluyéndose de ese modo de las categorías de verdad o falsedad. Pero sucede que, en rigor, las proposiciones morales son sólo de tres tipos:⁴⁷⁹ estimativas o valorativas, normativas e imperativas, y en ellas los términos se encuentran vinculados por funtores estimativos (es justo que x), normativos (a debe hacer x) o un estado de cosas, como, por ejemplo, “este río es profundo” (s es p), en las que los términos se vinculan con funtores descriptivos, tales como es, no es, puede ser, etcétera. Desde este punto de vista, resulta claro que la proposición “todo ser humano es persona” tiene innegablemente carácter descriptivo o asertórico y no moral.⁴⁸⁰

Una cuestión distinta es la referida a si esa afirmación asertórica puede tener una connotación moral al ser incluida en un razonamiento moral, es decir, que contiene al menos una proposición práctica; en este caso, la conclusión ha de ser también una proposición moral, en virtud de la conocida ley lógica según la cual la conclusión ha de seguir el carácter de la premisa más “débil”, en este caso la proposición moral.⁴⁸¹ Dicho en otras palabras, la citada proposición puede tener un lugar en un razonamiento moral, sin ser necesariamente ella *moral*. Por otra parte, todo razonamiento moral ha de incluir al menos una proposición descriptiva, bajo pena de caer en la llamada “falacia normativista”,⁴⁸² la contracara de la “falacia naturalista”, según

⁴⁷⁹ Sobre este tema: Kalinowski, G., *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, trad. de E. Marí, Buenos Aires, EUDEBA, 1979, pp. 101 y ss.

⁴⁸⁰ Véase Tugendhat, E. y Wolf, U., *Propedéutica lógico-semántica*, trad. de G. Hoyos, Barcelona, Anthropos, 1997, pp. 26 y *passim*.

⁴⁸¹ Véase Blanché, R., *Le raisonnement*, París, PUF, 1973, p. 210.

⁴⁸² En este punto, consúltese: Höffe, O., “Derecho natural sin falacia naturalista: un programa iusfilosófico”, *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, trad. de J. M. Seña, Barcelona, Alfa, 1988, p. 127; allí escribe: “donde falta la premi-

la cual un razonamiento práctico correcto ha de incluir al menos una proposición práctico-moral para alcanzar una conclusión normativa concreta y/u operante. En el caso de la “falacia normativista”, un razonamiento integrado sólo de proposiciones normativas —y en general, prácticas— que no se integrara con referencias asertorias referidas a situaciones concretas, se movería necesariamente en un nivel puramente abstracto, sin alcanzar el nivel *fronético* de las normas particulares. De aquí se sigue que una proposición descriptiva puede integrar un razonamiento moral —y *debe* integrarlo si quiere concluir con imperativos concretos— y continuar siendo descriptiva, no propiamente práctico-moral. Y, al menos desde un punto de vista lógico, es innegable que “todo ser humano es persona”⁴⁸³ es una proposición de tipo *descriptivo* o *asertórico* y no *moral*, y por lo tanto es innegablemente susceptible de verdad o de falsedad.

Pero lo que resulta más sorprendente en la argumentación de Ferrajoli, es su pretensión de reducir el carácter de persona a una cualidad que puede atribuirse o quitarse a voluntad por otros sujetos —en especial uno de ellos— distintos del afectado. Como ya se ha visto, el autor italiano sostiene la opinión según la cual el carácter de persona —que ha denominado aquí “personabilidad”— le es atribuido al embrión o al feto por un acto de mera

sa descriptiva, se comete una *falacia normativista*. Por ella entiendo la concepción opuesta a la falacia ser-deber ser y a la falacia naturalista y según la cual a partir de reflexiones exclusivamente normativas no es posible inferir obligaciones concretas para la vida y la convivencia humanas. En realidad, reflexiones puramente normativas proporcionan sólo una pauta de normación sumamente general que tiene todavía que ser puesta en conexión con las legalidades objetivas específicas del ámbito vital en cuestión en cada caso, por lo pronto, con las condiciones de aplicación de la justicia”.

⁴⁸³ Además, la proposición “todo ser humano es persona” es autoevidente, con evidencia analítica, toda vez que su verdad se basa en su significado, de modo que el predicado pertenece a la esencia del sujeto, es decir, que la definición de “hombre” (animado racional) coincide con la definición de “persona” (sustancia de naturaleza racional); véase Tugendhat, E. y Wolf, U., *op. cit.*, pp. 39 y ss.

voluntad de la madre gestante, quien decide llevar el embarazo a término; si por el contrario, la madre decide abortar, simultáneamente el embrión-feto pasa a carecer de la índole de persona y en consecuencia —ya que sólo una persona es titular de derechos— de cualquier derecho a la vida. Esta línea argumental no es original de Ferrajoli sino que tiene varios antecedentes, entre ellos el trabajo de Geiseler Rüpke publicado en 1974 en el *Zeitschrift für Rechtspolitik*,⁴⁸⁴ en el que sostiene que el carácter de titular del derecho a la vida no se refiere a la vida humana en el sentido de las ciencias naturales, sino que se adquiere sólo en virtud de “expectativas y estimaciones sociales de valor” respecto del no nacido, especialmente de las que provienen de la madre. Sólo la impronta social es capaz de otorgar personidad a un ser humano, lo que ocurre —sostiene Rüpke— sólo en el caso de los adultos capaces de interactuar socialmente que, esos sí, son titulares *per se* del derecho a la vida.

Esta línea argumentativa, tanto en el caso de Ferrajoli como en el de, antes que él, Geiseler Rüpke, desconoce o menosprecia una distinción, con orígenes en el pensamiento griego clásico, pero claramente perceptible aún en la experiencia corriente, entre las cualidades *constitutivas* de los sujetos existentes y sus atributos adventicios o determinaciones *accidentales*. En este sentido, escribe Alejandro Serani Merlo que

En todo individuo natural, vivo o no, es posible discernir una íntima composición ontológica. En efecto, en todo ente natural es posible discernir racionalmente entre aquello que es sujeto y aquello que son sus determinaciones o accidentes. El sujeto es aquello que existe por sí mismo, que a lo largo de toda la existencia de un individuo se encuentra completo, y que permanece inmodificado. Las determinaciones o accidentes son todo aquello que no existe

⁴⁸⁴ Rüpke, G., “Persönlichkeitsrecht und Schwangerschaftsunterbrechung”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Múnich, núm. 7/4, 1974, pp. 73 y ss.

por sí mismo, sino que existe en el sujeto, determinándolo o cualificándolo, y que pueden modificarse, aparecer o desaparecer.⁴⁸⁵

Serani pone a continuación el ejemplo de la extensión, sin la cual no existe cualquier ser material, pero que puede ser modificada sin que cambie su sujeto; en rigor, no existen extensiones sino sujetos dotados de extensión.

Aquí los ejemplos pueden resultar esclarecedores: es posible —y necesario— distinguir entre la forma constitutiva que hace de un caballo lo que es, y su color, alzada o mansedumbre; es posible percibir claramente la diferencia entre lo que constituye una silla: la forma y solidez que la hacen apta para sentarse, y el color con que está pintada, el lugar en que fue colocada o el material con que está construida; finalmente, no tienen la misma índole los caracteres que constituyen un ser humano en cuanto tal, que aquellos que lo determinan accidentalmente, como la estatura, la posición, el lugar, las relaciones con otros o la edad. En el caso especial del sujeto humano, el carácter constitutivo, que lo determina a ser un humano y no otra cosa, se ha denominado, al menos desde el siglo VI por obra de Anicio Boecio, “persona”,⁴⁸⁶ o más propiamente “personeidad”. Por lo tanto, la personeidad es el nombre propio del carácter constitutivo de la humanidad de un sujeto, y se distingue claramente del resto de determinaciones ad-

⁴⁸⁵ Serani Merlo, A., *El viviente humano. Estudios biofilosóficos y antropológicos*, Pamplona, EUNSA, 2000, pp. 80-81. Allí agrega: “Dicho de modo más formal, todo ente natural se compone, desde el punto de vista del ser, de aquello que «es por sí» y que es el sujeto especificador e individualizador, y de aquello que «siendo-en-el-sujeto» constituyen sus determinaciones adventicias. Ciertamente, no existen determinaciones que no estén en un sujeto, como tampoco sujetos que no tengan determinaciones. El sujeto y sus determinaciones se distinguen, no obstante, nocional y realmente, por mucho que ninguno de ellos pueda tener una existencia física separada”. Véase, en este punto, Kalinowski, G., *L'impossible méta-physique*, París, Beauchesne, 1981, pp. 162 y ss.

⁴⁸⁶ En este punto, véase Magnavaca, S., *Léxico técnico de filosofía medieval*, Madrid-Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 2005, pp. 518-519. Véase, también, Corazón González, R., Voz “Persona”, en González, A. L. (ed.), *Diccionario de filosofía*, Pamplona, EUNSA, 2010, pp. 859-867.

venticias que lo modalizan y afectan, como lo son especialmente las relaciones que guarda el sujeto humano con otros sujetos o con animales o cosas.

En otras palabras, corresponde distinguir claramente entre la personabilidad (propiedad de todo sujeto individual de índole racional y, en tanto que racional, libre), es decir, entre los caracteres constitutivos del sujeto como tal, y sus determinaciones accidentales, como su lugar o situación espacial, edad, sexo, color de piel o las diferentes relaciones que lo vinculan con los demás. En especial, es claro que las relaciones categoriales que el sujeto mantiene con otros sujetos: de compraventa, de amistad, de paternidad, de convivencia política, etcétera, determinan en cierta medida al sujeto pero no lo constituyen en cuanto tal, no lo hacen ser eso que efectivamente es y no otra cosa. El sujeto mismo permanece inalterado en cuanto tal a través de todas sus determinaciones adventicias, que si bien suponen una cierta modalización o particularización en su modo de existir, no lo constituyen en cuanto tal sujeto.

En el caso de la propuesta de Ferrajoli, según la cual la personabilidad de un no nacido sería un atributo que se otorga y se quita a través de un acto —siempre revisable— de la voluntad de la madre gestante, queda en evidencia el olvido, la preterición o el desconocimiento de esta distinción básica y radical, al suponer que el carácter raigal o constitutivo del sujeto no nacido puede radicar en una relación —siempre accidental, accesoria y eventual— entre la madre y el nonato (resulta difícil hablar aquí de “hijo”, toda vez que sólo lo es propiamente una persona humana, que —en esta opinión— podría serlo o no según el estado ocasional de la voluntad de la madre). Esta relación, que no es recíproca, sino unidireccional, está claro que no puede modificar raigalmente la índole misma del sujeto nonato, que vendría a ser sólo el término de una relación accidental y tan variable como pueden serlo los estados de ánimo de la madre gestante.⁴⁸⁷ Un

⁴⁸⁷ Sobre la noción de “relación” y sus tipos, véase Hood, P. M., *Aristotle*

sujeto humano que lo sería un rato sí y un rato no, según el humor, las pulsiones u opiniones ocasionales de otro sujeto, no sería propiamente un sujeto existencialmente autónomo, sino el mero término material de una relación afectiva del otro sujeto. Pensar que la personidad-humanidad puede atribuirse o quitarse a voluntad significa confundir lo que es claramente distinto e ignorar lo que aparece como evidente.

V. LAS CONSECUENCIAS DE LA PERSONEIDAD “ATRIBUIDA VOLUNTARIAMENTE”

Pero la equiparación del carácter personal-humano con una determinación de carácter adventicio —en este caso una relación afectiva— no sólo resulta contraintuitiva y desconcertante, sino que además supone la aceptación de una serie de consecuencias necesarias que resultan difíciles —si no imposibles— de aceptar. La primera de ellas es la que se refiere a que Ferrajoli aplica su criterio de “personidad atribuida” sólo al embrión-feto pero no al resto de los seres humanos, en especial a la madre gestante, que no sólo sería persona *per se*, sino que estaría dotada del poder de otorgar la personidad al embrión-feto que está gestando. Aquí el autor italiano no aclara quién ha otorgado o atribuido la personidad a la madre, quien la tendría por causas diversas a la atribución, que quedan lamentablemente inespecificadas. Rüpke, en el artículo citado, otorga esa facultad a la sociedad como un todo, adoptando una deriva claramente totalitaria, pero no es el caso de Ferrajoli, que guarda en este punto un silencio ominoso. Dicho de otro modo, se da la paradoja de un sujeto —la madre— que puede otorgar —o no— la personidad a quien está gestando, pero a quien nadie se la habría otorgado, sin que se sepa bien en razón de qué se le considera persona.

on the Category of Relation, Lanham-Boulder-Nueva York-Toronto-Oxford, University Press of America, 2004, y Ferrer Arellano, J., *Metafísica de la relación y de la alteridad. Persona y relación*, Pamplona, EUNSA, 1998.

Pero, además, esa doctrina del carácter atributivo de la personería tiene como consecuencia directa la difuminación y —en definitiva— la abolición de la noción de derechos humanos. En efecto, tal como lo sostiene Robert Spaemann:

La independencia de la persona depende de que a ningún hombre le corresponda juzgar si otro hombre posee o no los rasgos fundamentales de la personalidad [personería]. Los derechos humanos dependen del hecho de que nadie tiene la prerrogativa de definir el círculo de aquellos a quienes corresponden o dejan de corresponder. Esto significa que, aunque se fundamenten en el carácter de persona del ser humano, se deben reconocer para todo ser que descienda del hombre y a partir del primer momento de su existencia natural, sin que sea lícito añadir cualquier criterio adicional.⁴⁸⁸

Cualquier criterio que se agregue a la pertenencia a la especie humana, resultaría fatal para los derechos humanos, ya que quedarían librados a la voluntad de poder y a las veleidades de los poderosos ocasionales.

Y eso es casualmente lo que ocurre en el criterio defendido por Ferrajoli: el derecho a la vida del no nacido depende absolutamente de la voluntad ocasional de la madre gestante, que es quien detenta el poder fáctico de eliminarlo o perdonarle la vida.⁴⁸⁹ Es por eso que el mismo Spaemann concluye que “un derecho que puede ser anulado en cualquier momento por aquellos para los que ese derecho es fuente de obligaciones, no merecería en absoluto el nombre de derechos. Los derechos humanos, entendidos de modo positivista, no son otra cosa que edictos de to-

⁴⁸⁸ Spaemann, R., *Lo natural y lo racional*, trad. de D. Innerarity y J. Olmo, Madrid, Rialp, 1989, pp. 49 y 50.

⁴⁸⁹ Corresponde hacer notar que Ferrajoli consigna expresamente esta idea, al referirse a que la calidad de persona del no nacido “resulta decidida por la madre, por el sujeto que está en condiciones de hacerlo nacer como tal”, es decir, por quien está en una posición de poder ilimitado fácticamente; EDM, p. 159.

lerancia revocables”.⁴⁹⁰ Pero esta conclusión necesaria es bastante más de lo que un jurista experimentado como Ferrajoli sería capaz de sostener y defender expresa y claramente.

Por otra parte, la opinión analizada supone un criterio *discriminatorio* indudable,⁴⁹¹ toda vez que —según esta opinión— ciertos sujetos pertenecientes a una generación posterior a la de otros gozan de un poder absoluto sobre la existencia de los segundos, sin ningún criterio objetivo propuesto, como no sea la voluntad libérrima de un individuo del primer grupo. Para Spaemann, una tesis de este tipo “termina equivaliendo a que quienes hayan avanzado bastante en ese despliegue [de la vida] tienen derecho, con el fin de [facilitar] su ulterior despliegue, a parar en seco ya los primeros pasos que den por ese camino quienes aún no hayan avanzado tanto”.⁴⁹² En otras palabras, esto significa, lisa y llanamente, una tiranía sin límites de los adultos mayores, capaces y sanos, sobre los que aún no han llegado a ese estatus, en especial, sobre los que se encuentran en las primeras etapas del proceso de maduración vital humana. De hecho, estos integrantes de la especie humana se ven reducidos a meras *cosas*, de las que se puede disponer a voluntad (aunque Ferrajoli no acepta esta conclusión⁴⁹³), y sujetos a la mayor de las discriminaciones, la que se vincula con la supervivencia, y según un criterio meramente temporal, un accidente —el tiempo— que transforma en legítima la eliminación del sujeto subsistente.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 90. Véase, también, Spaemann, R., “Is Every Human Being a Person?”, *The Thomist*, Washington, núm. 60, 1966, pp. 463-474.

⁴⁹¹ Sobre el concepto de “discriminación”, véase Massini-Correas, C. I., “Algunas precisiones semánticas sobre la noción jurídica de «discriminación»”, *El Derecho*, Buenos Aires, t. 189, 2000, pp. 689-695.

⁴⁹² Spaemann, R., *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, trad. de J. Fernández y J. Mardomingo, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2003, p. 352.

⁴⁹³ EDM, p. 158.

VI. CONCLUSIONES: EL OLVIDO DE LA HUMANIDAD

Llegado el momento de extraer las correspondientes conclusiones de los desarrollos anteriores, es posible reducirlas a las siguientes:

- a) La propuesta de Ferrajoli del carácter meramente atribuido —por la madre— de la personabilidad del embrión-feto humano, está desarrollada en un contexto de desconocimiento —o preterición— general de los debates ético-jurídicos contemporáneos, asumiendo como verdades inconcusas afirmaciones que han sido y son objeto de intensos debates y matizaciones. Estos debates han tenido lugar aún en el marco de las doctrinas iuspositivistas, que es en el que se ubica a sí mismo el autor italiano, por lo que no parece razonable que las desconozca. Es posible colegir, por lo tanto, que ha preferido menospreciarlas o ignorarlas.
- b) La doctrina propuesta por Luigi Ferrajoli acerca de la “atribución” del carácter de persona, no respeta un dato de experiencia tan evidente como la diferencia entre las cualidades constitutivas y las determinaciones adventicias de las cosas; a partir de este desconocimiento extrae una serie de consecuencias: que la personabilidad es una cualidad accidental, que puede ser otorgada por un mero acto de voluntad de la madre gestante, que la relación —de carácter afectivo— entre la madre y el nonato es causa suficiente de la personabilidad de este último, que el acto de voluntad de la madre quitándole la personabilidad autoriza moralmente a matarlo, y otras más. Y se ha mostrado que ese desconocimiento de la experiencia y esa asunción de consecuencias no alcanzan una justificación racional pertinente y suficiente.
- c) Que de esta insuficiencia argumentativa, así como del tono general del trabajo, se infiere fácilmente que todos los desarrollos allí incluidos no son sino instrumentales para una

- posición moral y jurídica adoptada de antemano: la de la legitimidad moral y legalidad jurídica del aborto provocado.
- d) Finalmente, resulta claro que los argumentos propuestos por Ferrajoli para justificar sus afirmaciones morales y jurídicas acerca del aborto provocado, ponen en evidencia una vez más la deriva anti-humanista de buena parte del pensamiento contemporáneo que, olvidada de nociones centrales para la inteligencia occidental como la dignidad de la persona, la proscripción del homicidio como principio básico de la sociedad, la indisponibilidad por parte de la comunidad y de cualquier individuo del carácter personal de los sujetos y de sus derechos humanos, el estado de derecho como garantía racional de los derechos en la vida social, y la vida como bien humano básico y fundamento de principios éticos centrales, no duda en instrumentalizar al hombre, su vida y sus derechos en homenaje al placer inmediato, riqueza sin límites razonables y la nuda voluntad de poder.