

SOBRE EL EMBRIÓN HUMANO Y LA CUESTIÓN DE LA PERSONEIDAD
Un argumento de Luigi Ferrajoli y su discusión
On the Human Embryo and the Question on Personhood.
An Argument of L. Ferrajoli and Discussion

Carlos I. Massini-Correas*

Resumen: El texto analiza las afirmaciones defendidas sobre el 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, defensor de lo que puede denominarse el bioderecho “liberal”, con una posición decisivamente tomada en favor de la eticidad del aborto. Se advierte que cada uno de sus argumentos parte de una premisa: considerar las afirmaciones de la Iglesia Católica como inexorablemente erróneas, especialmente en lo atinente a la relación entre moral y derecho. La consecuencia más grave de este tipo de argumentación es la deriva anti-humanista del pensamiento contemporáneo con la consiguiente pérdida de toda racionalidad lógica.

Palabras clave: Aborto - L. Ferrajoli - Bioderecho liberal - Derecho y moral - Argumentación jurídica objetiva - Personidad - Anti-humanismo.

Abstract: The text analyzes the claims defended entitative on the issue of status of the embryo and ethical solution to the question of the legitimacy of abortion, in a work of Italian jurist and thinker Luigi Ferrajoli defender of what may be called the biolaw “liberal” decisively taken a position in favor of the morality of abortion. It is noted that each of their arguments are based on one premise: to consider the claims of the Catholic Church as inexorably wrong, especially with regard to the relationship between morality and law. The most serious consequence of this type of argument is the anti-humanist drift of contemporary thought with the loss of all logic rationality.

Key-words: Abortion - L. Ferrajoli - Liberalism - Law and moral - Legal argument objectively - Anti-humanism.

* Doctor en Derecho y en Filosofía. Profesor Titular Ordinario de Filosofía del Derecho e Investigador Superior en la Universidad de Mendoza; Profesor de los Doctorados de la Universidad Austral (Buenos Aires) y Panamericana (México); Director del Doctorado en Derecho de la Universidad Católica de Santa Fe.

1. La cuestión por 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 semejantes¹, está caracterizado 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 por 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.

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, es 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 racionales². En lo que sigue, se expondrán brevemente sus argumentos principales, para pasar después a una discusión sucinta de estas afirmaciones.

2. 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

¹ Sobre esta problemática, véase: MACKINNON, B., *Ethics. Theory and contemporary issues*, Stamford-USA, Wadsworth/Thomson Learning, 2001, pág. 163 y sigs. y ZAMBRANO, P. & SACRISTÁN, E., “El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia estadounidense y argentina”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 134, México DF, 2012, págs. 715-759.

² FERRAJOLI, L., “La cuestión del embrión entre el derecho y la moral”, en *Democracia y garantismo*, trad. P.A. Ibáñez, Madrid, Trotta, 2008, págs. 153-172 (en adelante, EDM).

afirmaciones de la Iglesia Católica son inexorablemente erróneas. Por ello comienza su argumentación presentando esa posición del siguiente modo: “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”³. 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 solo 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 Católica⁴. 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 expresa que “puede identificarse con un postulado del liberalismo” y 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”⁵, todos ellos objetivos de innegable valor ético y que en su mayoría no suponen un daño directo a terceros.

Ahora bien, entrando ya al tema 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 solo 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, un implicación indebida en cuanto viciada de la falacia naturalista. En efecto –concluye– una deducción similar supone, subrepticamente, la tesis moral de la calidad

³ EDM, págs. 153-154.

⁴ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 96, a. 2 y 3. *Catecismo de la Iglesia Católica*, N° 1931.

⁵ EDM, pág. 154.

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 uno⁶.

Y un poco más adelante precisa y desarrolla esta argumentación, expresando 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”⁷. Y en este punto agrega que este tipo de proposiciones *morales*, si bien no son verdaderas ni falsas, pueden algunas de ellas ser “más razonables” que otras y resultar “incompatibles” entre sí⁸. 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 solo establecer una convención que, respetando el pluralismo moral [...], defina los presupuestos en presencia de los cuales la cuestión deja de ser solamente moral”⁹, y pone como ejemplo de esto 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 “solo 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 solo 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, es decir, por el sujeto que está en condiciones de hacerlo nacer como tal”¹⁰.

De lo expuesto hasta ahora acerca de las ideas de Luigi Ferrajoli referidas a la “personidad”¹¹ del embrión humano y la licitud o ilicitud moral del aborto, es posible

⁶ EDM, pág. 156.

⁷ EDM, págs. 156-157.

⁸ EDM, pág. 159.

⁹ EDM, pág. 157.

¹⁰ EDM, págs. 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.

¹¹ 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 las modalidades psicológicas y morales de cada persona particular; véase: ZUBIRI, X., *Sobre el hombre*, Madrid, Alianza, 1986, pág. 113 y pássim). También véase: BALLESTEROS, J., “El estatuto ontológico del embrión”, en AA VV, *Vida humana y aborto*.

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 “personabilidad” o “no-personabilidad” de un ente no revestirían carácter teórico-descriptivo, sino solo práctico-moral, y en consecuencia –siempre según Ferrajoli– no puede atribuírseles 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 voluntad de la madre gestante, considerada ella sí *persona*, aunque en este caso sin necesidad de atribución alguna.

3. Cuestiones preliminares

Estas tesis defendidas –y no solo en el lugar citado¹² por Luigi Ferrajoli aparecidas *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 respecto¹³, 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 jurídico¹⁴.

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 ana-

Ciencia, filosofía, bioética y derecho, Coord. V.M. Montoya Rivero & D. Ortiz Trujillo, México DF, Porrúa, 2009, págs. 99-113; y ALTIERI, S., *El estatuto jurídico del cigoto*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2010, *pássim*.

¹² Véase: MASSINI-CORREAS, C. I., “El fundamento de los derechos humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi Ferrajoli”, en *Persona y Derecho*, N° 61, Pamplona, 2009, págs. 227-247.

¹³ Véase: MASSINI-CORREAS, C. I., *La falacia de la “falacia naturalista”*, Mendoza-Argentina, EDIUM, 1995, págs. 33-56 y *pássim*, así como la bibliografía allí citada.

¹⁴ 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 planteo epistémico de la cuestión, puede verse: FINNIS, J. M., *Natural law and natural rights*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, págs. 3-22 y *pássim*.

lizar las 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”) solo se logra a través de una remisión a los valores de la igualdad, la democracia sustancial, la paz y la “ley del más débil”¹⁵.

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 solo establecer una convención”¹⁶, 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 “convención” en ningún sentido inteligible¹⁷. En otras palabras, hablar de convenciones, acuerdo o pactos supone valoraciones y principios de carácter práctico-moral sin los 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 solo 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”¹⁸. 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 lógica¹⁹, con el título de

¹⁵ FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. P. Andrés et alii, Madrid, Trotta, 2007, págs. 315-317 y pássim.

¹⁶ EDM, pág. 157.

¹⁷ Véase en este punto: FINNIS, J., *Natural law...*, ob. cit., págs. 3-22.

¹⁸ EDM, pág. 159.

¹⁹ Véase: BOCHENSKI, I. M., *Historia de la lógica formal*, trad. M. Bravo Lozano, Madrid, Gredos, 1976, en especial págs. 69-75 y 333-348.

“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 solo 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 sí²⁰.

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-cognitvismo ético²¹, 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 auto refutatorio²². 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 solo “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.

4. 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 solo de tres tipos²³: 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 imperativos (¡haz *x*!). Por el contrario, las proposiciones teoréticas son aquellas que expresan un estado de cosas, como

²⁰ Véase: ZIEMBINSKII, Z., *Practical logic*, Dordrecht-Boston-Warsawa, D. Reidel Publishing Company-Polish Scientific Publishers, 1976, págs. 211-217; y DOMÍNGUEZ PRIETO, P., *Lógica. La ciencia del logos*, Madrid, BAC, 2010, págs. 165-180.

²¹ En este punto véase: MACINTYRE, A., *After virtue. A study in moral theory*, Notre Dame-Indiana, University of Notre Dame Press, 2010, págs. 6-35; y también: CANTO-SPERBER, M., *La philosophie morale britannique*, Paris, PUF, 1994, pág. 51 y sigs. y BOURKE, V. J., *History of ethics*, Vol. 2 (Modern and Contemporary Ethics), Mount Jackson, Axios Press, pág. 207 y sigs.

²² Véase: FINNIS, J., “Natural law theories”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/>, pág. 20.

²³ Sobre este tema: KALINOWSKI, G., *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, trad. E. Mari, Buenos Aires, EUDEBA, 1979, pág. 101 y sigs.

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, etc. Desde este punto de vista, resulta claro que la proposición “todo ser humano es persona” tiene innegablemente carácter descriptivo o asertórico y no moral²⁴.

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 moral²⁵. 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, so pena de caer en la llamada “falacia normativista”²⁶, la contracara de la “falacia naturalista”, según la cual un razonamiento práctico correcto ha de incluir al menos una proposición práctico-moral para alcanzar una conclusión normativa concreta y operante. En el caso de la “falacia normativista”, un razonamiento integrado solo de proposiciones normativas –y en general, prácticas– que no se integrara con referencias asertóricas 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”²⁷ 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 “personidad”– le es atribuido al embrión o al feto por un acto de mera voluntad de la madre gestante, quien decide llevar el

²⁴ Véase: TUGENDHAT, E. & WOLF, U., *Propedéutica lógico-semántica*, trad. G. Hoyos, Barcelona, Anthropos, 1997, pág. 26 y pássim.

²⁵ Véase: BLANCHÉ, R., *Le raisonnement*, Paris, PUF, 1973.

²⁶ En este punto, consúltese: HÖFFE, O., “Derecho natural sin falacia naturalista: un programa ius-filosófico”, en *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, trad. J. M. Seña, Barcelona, Alfa, 1988, pág. 127; allí escribe: “[...] donde falta la premisa 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 solo 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”.

²⁷ 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. & WOLF, U., *Propedéutica lógico-semántica*, ob. cit., pág. 39 y sigs.

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 solo 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*²⁸, 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 solo en virtud de “expectativas y estimaciones sociales de valor” respecto del no nacido, especialmente de las que provienen de la madre. Solo la impronta social es capaz de otorgar personería a un ser humano, lo que ocurre –sostiene Rüpke– 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 por sí mismo, sino que existe en el sujeto, determinándolo o cualificándolo, y que pueden modificarse, aparecer o desaparecer”²⁹. Serani pone a continuación el ejemplo de la extensión, sin la cual no existe ningún ser material, pero que puede ser modificada sin que cambie su sujeto; en rigor, no existen extensiones sino sujetos dotado 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 espe-

²⁸ RÜPKE, G., “Persönlichkeitsrecht und Schwangerschaftsunterbrechung”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, N° 7/4, München, 1974, pág. 73 y sigs.

²⁹ SERANI MERLO, A., *El viviente humano. Estudios biofilosóficos y antropológicos*, Pamplona, EUNSA, 2000, págs. 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, notional y realmente, por mucho que ninguno de ellos pueda tener una existencia física separada”. Véase en este punto: KALINOWSKI, G., *L'impossible métaphysique*, Paris, Beauchesne, 1981, pág. 162 y sigs.

cial 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”³⁰, 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 adventicias 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 personeidad (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, etc., 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 personeidad 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 solo 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 solo el término de una relación accidental y tan variable como pueden serlo los estados de ánimo de la madre gestante³¹. Un 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 personeidad-humanidad puede atribuirse o quitarse a voluntad significa confundir lo que es claramente distinto e ignorar lo que aparece como evidente.

³⁰ En este punto, véase: MAGNAVACA, S., *Léxico técnico de filosofía medieval*, Madrid-Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 2005, págs. 518-519. Véase también: CORAZÓN GONZÁLEZ, R., Voz “Persona”, en *Diccionario de filosofía*, Ed. A.L. González, Pamplona, EUNSA, 2010, págs. 859-867.

³¹ Sobre la noción de “relación” y sus tipos, véase: HOOD, P. M., *Aristotle on the category of relation*, Lanham-Boulder-New 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.

5. 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 solo resulta conraintuitiva y desconcertante, sino que además supone la aceptación de una serie de consecuencias necesarias que resultan difíciles –sino imposibles– de aceptar. La primera de ellas es la que se refiere a que Ferrajoli aplica su criterio de “personeidad atribuida” solo al embrión-feto pero no al resto de los seres humanos, en especial a la madre gestante, que no solo sería persona *per se*, sino que estaría dotada del poder de otorgar la personeidad al embrión-feto que está gestando. Aquí el autor italiano no aclara quién ha otorgado o atribuido la personeidad 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 personeidad a quien está gestando, pero a quien nadie se la habría otorgado, sin que se sepa bien en razón de qué se la considera persona.

Pero además, esa doctrina del carácter atributivo de la personeidad 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 [personeidad]. 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”³². 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 vida³³. 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 tolerancia revocables”³⁴. Pero esta

³² SPAEMANN, R., *Lo natural y lo racional*, trad. D. Innerarity & J. Olmo, Madrid, Rialp, 1989, págs. 49-50.

³³ 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, pág. 159.

³⁴ Ídem, pág. 90. Véase también: SPAEMANN, R., “Is every human being a person?”, en *The Thomist*, N° 60, Washington, 1966, págs. 463-474.

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* indudable³⁵, 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”³⁶. 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 conclusión³⁷), 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.

6. 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 personidad 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 personidad es una cualidad accidental, que puede ser otorgada

³⁵ Sobre el concepto de “discriminación”, véase: MASSINI-CORREAS, C. I., “Algunas precisiones semánticas sobre la noción jurídica de ‘discriminación’”, en *El Derecho*, Tº 189, Buenos Aires, 2000, págs. 689-695.

³⁶ SPAEMANN, R., *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, trad. J. Fernández & J. Mardomingo, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2003, pág. 352.

³⁷ EDM, pág. 158.

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.