UCA
Pontificia Universidad Católica Argentina
Biblioteca digital
de la Universidad Catolica Argentina

**Herrera, Daniel Alejandro**

# *El estatuto de la persona humana como centro del actual debate justificatorio de los derechos fundamentales y sus consecuencias*

Vida y Ética. Año 12 Nº 2, Diciembre 2011

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.
La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Herrera, Daniel A. "El estatuto de la persona humana como centro del actual debate justificatorio de los derechos fundamentales y sus consecuencias"[en línea]. Vida y Ética. 12.2 (2011). Disponible en: http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/estatuto-persona-humana-como-centro-debate.pdf [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

# EL ESTATUTO DE LA PERSONA HUMANA COMO CENTRO DEL ACTUAL DEBATE JUSTIFICATORIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS CONSECUENCIAS


## Dr. Daniel Alejandro Herrera

- Doctor en Ciencias Jurídicas
- Profesor Titular Ordinario de Filosofía del Derecho (UCA)



**Palabras clave**

- Estatuto
- Persona humana
- Derechos

**Key words**

- Status
- Human person
- Rights

RESUMEN [1]

**El presente artículo aborda el tema del estatuto de la persona humana desde distintas concepciones: 1) la concepción política del constructivismo contractualista de Rawls; 2) la concepción relacional de la hermenéutica de Kauffmann; 3) la concepción ontológica del iusnaturalismo clásico de Hervada. Una vez analizadas las distintas concepciones aborda cómo se aplica al caso del embrión humano y cuáles son las consecuencias éticas y jurídicas de cada una de estas posiciones.**

ABSTRACT

**This article deals with the topic of the human being statute according to different conceptions: 1) the political conception of Rawls´ contractarianism-constructivism; 2) Kauffmann´s relational conception of hermeneutics; 3) the ontological conception of Hervada´s classical iusnaturalism. Once these different conceptions are analyzed, it addresses to how those are applied to the human embryo and the ethical and juridical consequences brought about by each position.**

## PLANTEO DE LA CUESTIÓN

Como dice Kaufmann (uno de los autores elegidos): "la **verdadera** filosofía del derecho se dirige hacia el problema del **derecho justo** y con ello finalmente hacia la justicia. Se trata, dicho un poco severamente, del problema de la **veracidad de proposiciones normativas**". [2] Dicho de otra manera, la existencia de algún contenido mínimo material de justicia básica que todo orden jurídico que se precie de tal, debe tener y garantizar. En efecto, el fracaso del formalismo positivista que reduce el derecho a un sistema puramente formal que puede tener cualquier contenido en la medida en que tenga la fuerza necesaria para imponerlo, hizo necesario la aparición de justificaciones desde el contenido mismo de las normas o de los sistemas normativos, sobre la justicia o injusticia de las mismas, abordando el tradicional problema de las leyes o normas injustas. Un sistema jurídico puede convivir con ciertos niveles mínimos de injusticia, tolerarlos como cierta imperfección de la propia justicia humana, pero lo que no puede aceptar es la injusticia extrema,

[1] El presente trabajo es una síntesis de la tesis realizada por el autor para obtener el título de Doctor en Ciencias Jurídicas que otorga la Facultad de Derecho de la UCA y que fue aprobada en junio de 2009.
[2] Cfr. KAUFMANN, Arthur, *La Filosofía del Derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Editorial Temis SA, 1998, p. 39.

y menos darle el status de derecho. En otras palabras, como afirma Radbruch, cuando el Estado mismo se convierte en criminal, no es derecho. En suma, es el eterno dilema de si el derecho se define por su relación constitutiva con la justicia, o se trata de un modo de organización de la fuerza por parte del Estado y nada más.

Esta cuestión se circunscribe a saber "si los juicios prácticos o más exactamente los juicios morales y jurídicos entran en la categoría de lo verdadero y lo falso". En la disputa actual entre el no cognitivismo ético (que niegan la posibilidad) y el cognitivismo ético (que la afirma), aparece el constructivismo que tiene un lugar central y gran predicamento en la filosofía moral, política y jurídica contemporánea, especialmente en el pensamiento angloamericano. El constructivismo es "una perspectiva según la cual los principios ético-jurídicos son de algún modo 'construidos', 'inventados' o 'elaborados' por los sujetos a través de un determinado procedimiento de la racionalidad práctica". [3] En consecuencia, la disputa iusfilosófica actual ya no se presenta radicalmente como *iuspositivismo-iusnaturalismo*, sino como *no cognitivismo ético-jurídico* (positivismo residual y algunas formas de constructivismo) frente al *cognitivismo ético-jurídico* (básicamente iusnaturalista, sin perjuicio de algunos intentos constructivistas) según reconozcan o no la posibilidad o aptitud de la inteligencia de poder descubrir o conocer un orden ético (y jurídico) objetivo.

En el centro del debate actual sobre el contenido del derecho y por ende la posibilidad de alcanzar o no una verdad práctica, se encuentra la referida cuestión de los derechos humanos, la de su fundamentación y/o justificación racional. En otras palabras, la existencia de algún sector del derecho preexistente al mero derecho positivo y que éste tiene que reconocer, positivizar y de esta manera tutelar. A su vez, en el núcleo de la misma encontramos el problema del *estatuto de la persona humana*. Si todos los hombres por el sólo hecho de serlo, son personas o si el ser persona responde a otro origen, y por tanto pueden existir seres humanos que a pesar de ello no sean personas. Esto es fundamental *porque el sujeto radical de los derechos humanos es el hombre en tanto persona*. El reconocimiento o desconocimiento de ese status básico refiere a su admisión o no como sujeto de derecho y por tanto titular de los derechos humanos básicos o caso contrario se los priva de ellos.

El positivismo había "resuelto" la cuestión mediante la distinción entre hombre y persona. El primero se refiere al indivi-

[3] MASSINI CORREAS, Carlos I., *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Bs.As., Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999, p. 21.

duo de la especie homo sapiens y se trata de una noción biológica, mientras que el segundo es un concepto normativo creado por el propio orden positivo al referir a la persona (que puede o no coincidir con el ser humano) como un centro de imputación de normas, de acuerdo a la fórmula que propuso Kelsen. [4] Ahora bien, el fracaso del positivismo hace necesario replantear nuevamente la cuestión en los términos ya planteados de la actual disputa entre el no cognitivismo ético-jurídico y el cognitivismo ético-jurídico. Hoy día podemos distinguir, en sentido amplio, claramente dos concepciones de la persona humana: 1) *ontológica*: que identifica la persona humana con el ser humano que subsiste y que constituye el sustrato o soporte ontológico de las funciones vitales que lo manifiestan y por lo tanto también de sus derechos y deberes fundamentales; 2) *funcionalista*: toda concepción que identifica la noción de persona humana con alguna función vital del ser humano, o con alguna forma de consenso que asimismo constituiría la base de sustentación de los derechos y deberes reconocidos públicamente. En consecuencia, para estos últimos la personalidad es un atributo que se adquiere o se pierde con prescindencia del ser humano que subyace.

Al respecto, para la primera parte del trabajo he elegido tres autores (Rawls, Kaufmann y Hervada) como referentes de las distintas líneas de pensamiento a fin de acotar esta tesis que de lo contrario sería materialmente inabarcable dada la amplia gama de pensadores que se han pronunciado en la materia. Sin perjuicio de analizar el contexto del pensamiento integral de cada uno de los autores, lo voy a hacer a fin de resaltar y entender la centralidad de la concepción de la persona en cada uno de ellos. Mientras que la concepción del iusnaturalismo clásico (Hervada) se inclina por el estatuto ontológico de la persona humana; tanto el constructivismo ético-jurídico (Rawls) con su concepción política de la persona, basada en el consenso de sujetos en pleno uso de su conciencia, como la hermenéutica jurídica (Kauffmann) que se inclina por un concepto de la persona como relación, serían expresiones de la concepción funcionalista de la persona humana. En primer lugar voy a analizar la concepción política de Rawls, luego la concepción relacional de Kaufmann y por último la concepción ontológica de Hervada.

En cuanto a la segunda parte abordaré las consecuencias ético-jurídicas de cada una de las posturas respecto al problema del estatuto de la persona humana en el comienzo de la vida. Dicho de otra manera, el estatuto del embrión humano o, mejor dicho, del ser humano en estado embrionario.

[4] Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1960.

## PRIMERA PARTE: CONCEPCIONES DE LA PERSONA HUMANA

### 1. La concepción política de la persona (John Rawls)

No voy a descubrir nada ni a ser original si digo que Rawls es hoy uno de los popes del pensamiento filosófico político contemporáneo. Incluso, respecto a nuestra temática, ha sido uno de los que ha revalorizado a su manera la idea de justicia como contenido necesario de las relaciones humanas en la estructura básica de la sociedad, superando desde los años setenta, con la aparición de su teoría de la justicia, al formalismo puro del positivismo dominante hasta entonces.

Sin perjuicio de ello, su teoría, más allá del pretendido y no siempre bien justificado carácter empirista que él pretende darle, es un constructo artificial de la razón a partir de una hipótesis básica que es la posición original de igualdad que las personas tienen encontrándose bajo un velo de ignorancia sobre cual va a ser la posición que van a tener en la sociedad. Esto los lleva a acordar mediante un *contrato social hipotético* (versión aggiornada del contractualismo moderno) los dos principios de justicia básicos sobre los que se apoya toda la estructura social: 1) iguales libertades para todos, con los mismos derechos y deberes; 2) igualdad de oportunidades y justificación de las diferencias sociales (de riqueza, poder, etc.) en lo que llama el principio de diferencia que las admite en tanto y en cuanto al mismo tiempo redunden en beneficio de los menos aventajados. Incluso entre los principios existe un cierto orden porque el segundo supone la existencia y garantía del primero. Toda la construcción de la estructura social se realiza en cuatro etapas: 1) la ya señalada de los principios de justicia; 2) la etapa constitucional; 3) la etapa legislativa; 4) la etapa de interpretación y aplicación de las leyes. El mismo orden de las etapas está relacionado con el orden de los principios, pues la constitución garantiza las libertades básicas establecidas en el primer principio, mientras que las leyes garantizan la igualdad de oportunidades y el principio de diferencia establecido por el segundo que dependen de decisiones de política legislativa. Por último, la cuarta etapa interpreta y aplica tanto la constitución como las leyes. Asimismo, a medida que se va avanzando en las etapas se va corriendo en forma gradual el velo de ignorancia, y las partes comienzan a conocer las circunstancias particulares que les conciernen.

Como él mismo sostiene esta concepción no es original, sino que está construida sobre la matriz kantiana donde los principios de justicia operan al modo de imperativos categóricos. No porque sea una interpretación rawlsiana del pensamiento de Kant, sino más bien como él mismo dice porque se trata de una interpretación kantiana de su teoría de la jus-

ticia como imparcialidad o equidad, que tal como la propone sería una primera parte de una teoría moral integral que él denominaría rectitud como imparcialidad o equidad.

Con el correr del tiempo y respondiendo a las distintas e importantes objeciones, va a modificar partes sustanciales de su Teoría convirtiendo su interpretación kantiana de la justicia como parte de una concepción moral integral en una concepción política, no metafísica de la justicia como neutralidad, especialmente a partir de su segunda gran obra *liberalismo político* y que va a plasmarse en la reformulación final de su Teoría. Los principales cambios son que se va a sustituir la concepción kantiana común a todas las partes en la Teoría original por un nuevo punto de partida a partir de un pluralismo razonable (que sólo excluye los extremismos y fundamentalismos) en el cual el kantismo es una concepción más pero no la única y donde se busca alcanzar un consenso entrecruzado entre las distintas concepciones razonables. Consenso que sería político y por ende neutral respecto de las distintas concepciones razonables que lo componen. Sin perjuicio de ello, lo llamativo es que a pesar de la mencionada neutralidad política, las partes que celebran el contrato hipotético a través del consenso traslapado o entrecruzado llegan a los mismos principios de matriz kantiana que tenía la Teoría en su versión original. Esto se ve más claro en la versión internacionalista de su teoría, que se refiere al derecho de gentes y que se inspira en la noción de paz perpetua de Kant.

Ahora bien, el concepto clave para la construcción de toda su teoría es la concepción de persona, pues hay una *directa relación entre ésta, los principios de justicia y el procedimiento de su construcción*. En su teoría original concordantemente la interpretación kantiana de *la justicia como imparcialidad*, se funda también en una interpretación kantiana de la persona como sujeto moral autónomo que constituye un fin en sí mismo y nunca puede ser tratado como medio. Esta concepción kantiana de la persona conforme a su teoría epistemológica es puramente formal, limitándose a la autonomía que surge de su racionalidad, sin un contenido real o ideal previo que responda a una naturaleza humana. En el caso de *la justicia como imparcialidad,* la *concepción ideal parcial de la persona* es una traducción de la concepción kantiana basada en las nociones de reino de los fines, de autonomía y del imperativo categórico, pero de carácter *intersubjetivo*, por eso para Rawls la elección del individuo es una elección colectiva, esto significa que todos han de consentir en estos principios.

De la misma manera, toda la concepción política de la justicia construida por Rawls descansa sobre la también política concepción de la persona. Bajo ningún aspecto puede considerarse una *concepción*

*política de la persona* (como la propuesta por Rawls), como una concepción metafísica u ontológica, sino más bien debe entenderse *como una concepción fundada en lo que la razón pública (el consenso) entiende como persona*. En suma, la concepción política de la persona más que fundarse en el ser del hombre o en alguna dimensión del mismo, se basa en el reconocimiento público e intersubjetivo de su carácter de sujeto moral y autónomo. Así, Rawls, al igual que Kelsen, distingue entre el concepto descriptivo de ser humano propio de la Biología o la Psicología, y el concepto normativo o prescriptivo de persona como sujeto autónomo, que como tal es *construido* por el pensamiento y la práctica moral y política. En otras palabras, *no todo ser humano necesariamente es persona*, sino solamente el que como tal es reconocido por la razón pública expresada en los textos fundamentales, como portador de personalidad, como sujeto de derecho en tanto ciudadano libre e igual. [5]

En realidad, no hay una total oposición entre la concepción política e ideal de la persona, como tampoco la hay entre la concepción política de la justicia y la interpretación kantiana de la justicia en la teoría original. En última instancia, la concepción de la persona que políticamente tiene que ser públicamente reconocida responde al paradigma ideológico liberal socialdemócrata y kantiano de Rawls.

Ahora bien, aquí es importante resaltar la objeción de Habermas (dentro del mismo pensamiento posmetafísico) que se centra en la cuestión de la fundamentación o justificación racional de la teoría, o sea, respecto a su valor epistemológico. Habermas opone el carácter veritativo del consenso frente a la neutralidad propia de la noción de razonabilidad rawlsiana. En otras palabras, mientras que para Habermas la verdad es el resultado del consenso, el constructivismo rawlsiano no sería una teoría epistemológica que se perfecciona alcanzando la verdad, sino que más bien es una concepción política que partiendo de la noción fundamental de neutralidad alcanza, no una *verdad* consensuada, sino un mero acuerdo *razonable* sobre los principios que deben regir las instituciones sociales básicas. El consenso no es un criterio veritativo, sino más bien un criterio de razonabilidad práctica que las partes reconocen públicamente. Así, las personas en la posición original serían un mecanismo de representación destinado a formular una *conjetura*, o sea, que los principios de justicia establecidos en el contrato social hipoté-

[5] Cfr. RAWLS, John, *Justicia como equidad: una reformulación*, edición a cargo de Erin Kelly, Barcelona, Paidós, 2002, p. 49.

tico son razonables, en tanto y en cuanto constituyen una conjetura que desde luego puede ser incorrecta. A diferencia de la situación ideal del discurso de Habermas que es un mecanismo analítico que da cuenta de la verdad o validez de los juicios tanto de la razón teórica como de la razón práctica. [6] En consecuencia podemos ubicar a Rawls entre los no cognitivistas aunque reconoce que la ética y el derecho no pueden tener cualquier contenido como sostenía el positivismo sino que éste tiene que ser razonable.

## 2. La concepción relacional de la persona (Kaufmann)

A diferencia de Rawls, la concepción de Kaufmann la podemos enrolar en un cognitivismo ético-jurídico, pero alejado de todo ontologismo, pues mantiene las reglas del pensamiento procesal aunque impuro al reconocer elementos de carácter material en el proceso de construcción. El derecho, por ejemplo, no resulta ni de una naturaleza (como en el iusnaturalismo), ni de la formulación general abstracta de la ley (como en el positivismo). Estos son, en cierta forma, sólo materia prima, de la cual, en un *acto de formación procesal* (la jurisprudencia y, en general, la actividad jurídica), debe surgir el *derecho concreto*. Para él, el derecho no es existencia (*parágrafos*) ni estado (*naturaleza*), sino *acto* y por ello no puede ser *objeto* independiente del conocimiento de un sujeto. Así, no puede darse una *precisión objetiva del derecho por fuera del proceso de creación jurídica*. Ahora bien, a diferencia de los procesalistas puros, para él el derecho si tiene un objeto, un tema, cuyo contenido material es obtenido de la realidad mediante la experiencia, evitando caer así en la falacia procedimentalista que él mismo denunció como un intento de obtener los contenidos materiales sólo desde la forma del discurso. [7]

Dentro del conocimiento práctico normativo, Kaufmann distingue dos teorías extremas de la verdad: **la teoría de la correspondencia** y **las teorías consensuales**. Ante lo que él considera insuficiencia de ambas teorías, le contrapone lo que llama **la teoría de la convergencia** que se coloca en un punto intermedio entre ambas teorías extremas:

1) **La teoría de la correspondencia**: es la clásica teoría de la verdad que se alcanza por la correspondencia o adecuación entre la cosa y la inteligencia que la capta (*veritatis est adaequatio intellectus et rei*). Ahora bien, esta teoría es criticada en el pensamiento moderno como válida en el campo del conocimiento práctico (sólo podría aceptarse reducida

[6] HABERMAS, Jürgen y RAWLS, John, *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, Paidós, 2000, pp. 84-85.
[7] Cfr. KAUFMANN, Arthur, *La Filosofía del Derecho en...*, op. cit., pp. 42-43.

en el caso del conocimiento empírico fenoménico de carácter descriptivo que se expresa mediante juicios de hecho o de realidad). Habermas, por ejemplo, sostiene que la teoría de la correspondencia contiene una auto-contradicción, pues la verdad se apoyaría en algo que en realidad todavía no existe, pues el conocimiento práctico normativo es el resultado de un proceso de creación.

2) **Las teorías consensuales**: son aquellas en las cuales la verdad surge de la relación coherente de enunciados sobre los que hay consenso. En otras palabras, la verdad no surge de la correspondencia objetiva con la realidad, sino de la conformidad intersubjetiva alcanzada por el consenso y de la coherencia lógica de los enunciados sobre los que hay acuerdo. El problema para él, es que el error, lo mismo que la verdad, puede serlo sólo sobre algo (el contenido de los enunciados no puede surgir solamente desde la forma a través del proceso de creación del consenso, lo que sería lógicamente una falacia), haciendo necesaria una referencia objetiva en el conocimiento, lo que pretende superar con su teoría de la convergencia. [8]

3) **La teoría de la convergencia**: se ubica en un punto intermedio entre la teoría de la correspondencia de la *ontología sustancial* propia tanto del pensamiento iusnaturalista que atribuyó contenido absoluto al derecho, como del positivismo legalista que identificó al derecho con la ley positiva dada como algo enteramente objetivo [9] y la teoría consensual del *funcionalismo* propio del pensamiento constructivista procesal puro, tanto en el modelo del contrato (Rawls) como el del discurso (Habermas), con la fallida pretensión denunciada por el mismo Kaufmann de obtener contenidos desde la pura forma del razonamiento o discurso. [10] Atento a que proclama que no se puede ir más atrás de Kant y de su pensamiento procesal, inspirándose en él, plantea una superación del esquema sujeto-objeto. En la verdad que consistiría en la perfección del acto de conocimiento, podemos distinguir un aspecto o momento objetivo que proviene del mismo objeto común y un aspecto o momento subjetivo, que se refiere a los juicios provenientes de distintos sujetos, pero que convergen sobre el objeto o tema común. En este sentido, la teoría de la convergencia de la verdad (que no es ni sólo objetiva, ni sólo subjetiva, sino subjetiva-objetiva) que no es sólo un término medio entre la teoría de la correspondencia y la del consenso, sino su síntesis, complementación y superación.

[8] Ibíd., p. 60. Cfr. del mismo autor: *Filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado Colombia, 1999, p. 494.
[9] Cfr. KAUFMANN, Arthur, *La Filosofía del Derecho en...*, op. cit., p. 41.
[10] Ibíd., p. 46 y ss.

Por lo tanto:"Necesitamos un fenómeno que es al mismo tiempo **ontológico y procesal**. Lo que se busca sólo puede ser el hombre, pero no el hombre puramente empírico, ni tampoco el hombre meramente como ***noumeno***, sino el hombre como persona, es decir, como el conjunto de relaciones en que se encuentra el hombre con los otros hombres o con las cosas" [11] (...) "Pero entiéndase bien: persona no es sustancia, persona es **relación**, más exactamente: la unidad estructural de ***relatio*** y ***relata***. En este sentido es persona el cómo y el qué, sujeto y objeto del discurso normativo en uno, tanto dentro como fuera de ese proceso discursivo". [12]. En este sentido agrega, que la persona abarca tanto el *sujeto* como el *objeto* del discurso normativo, el cómo y el qué del razonamiento práctico. En otras palabras, la persona no se refiere solamente al sujeto que constituye el término de la relación (*relata*), sino al objeto que sería la relación misma (*relatio*). De esta manera, la persona no es algo temporalmente estático, ni tampoco discrecionalmente disponible. Dicho de otra manera, aunque no podamos identificar la persona de manera absoluta, porque la persona es relación, más bien el conjunto de las relaciones dinámicas y cambiantes, esto no quiere decir que podamos disponer discrecionalmente de ella, pues como tal requiere reconocimiento y respeto.

## 3. La concepción ontológica de la persona (Hervada)

Como filósofo del derecho, Hervada va a llegar a la concepción ontológica de la persona, a partir de la concepción del derecho y del hombre como sujeto de derecho, titular de derechos y deberes. Por tanto, en primer lugar va a definir al derecho y a partir de allí va a ir al sujeto del mismo. Para él, la palabra derecho es polisémica, pero no es ni equívoca, ni metafórica, sino *análoga,* porque si bien se aplica a realidades distintas, entre sí son semejantes. En segundo lugar, las tres acepciones principales serían: *la cosa debida* (derecho objetivo)*, la facultad o potestad subjetiva* (derecho subjetivo) *y la ley* (derecho normativo). Entre las tres significaciones señala que la cosa debida a otro conforme a una relación de igualdad (*res iusta*) sería el derecho en sentido propio o estricto, mientras que la ley en tanto razón del derecho (*ratio iuris*) y la potestad o facultad del sujeto como consecuencia de lo justo serían acepciones derivadas. En consecuencia, algo es justo y, por lo tanto, es debido para uno y suyo o exigido para el otro, en virtud de un título que surge de un hecho o acto anterior al que la ley (natural o positiva) le otorga consecuencias jurídicas, simultáneamente imponiendo al sujeto del deber el débito y atribuyendo al sujeto del derecho el crédito correspondiente.

[11] Ibíd., p. 67. Cfr. del mismo autor, *Filosofía del Derecho*, op. cit, p. 508.
[12] Ídem.

En cuanto al origen de esta imposición-atribución, ni el derecho natural, ni el derecho positivo son dos órdenes separados y completos en sí mismos, sino que constituyen dos aspectos de un único orden jurídico. Así como el derecho natural es el *núcleo de juridicidad natural*, que está en la base y constituye el fundamento de *validez* de todo el orden jurídico, el derecho positivo, a través de la positivación, le da *vigencia histórica* y por medio de la formalización lo integra en el procedimiento de *tecnificación* del derecho. Por eso, tanto pretender establecer un sistema de derecho natural completo y autosuficiente (como algunos sistemas del derecho natural racionalista), como un sistema jurídico solamente integrado por el derecho positivo (como sostiene el positivismo) es absurdo. Por un lado, el derecho natural necesita ser positivado y formalizado y, por otro, el derecho positivo necesita el fundamento de validez que le da el derecho natural.

Ahora bien, se pregunta Hervada ¿dónde inhiere el núcleo natural de juridicidad? Sin duda, el derecho natural inhiere en el hombre, en virtud de su condición de persona, en la que radica su dignidad, no como una mera cualidad sino como un *estatuto ontológico*, en una intensidad de ser que constituye al hombre en un orden y ser distinto del resto. Por eso "el derecho natural es el núcleo natural de juridicidad que es propio de la dignidad de la persona humana, esto es, el núcleo jurídico del orden del deber-ser que es inherente al estatuto ontológico o dignidad del hombre (...) En conclusión, el derecho natural no es un orden jurídico abstracto, sino un núcleo de derecho concreto inherente a la persona humana, a todas y a cada una de las personas humanas en virtud de su dignidad". [13]

Ahora bien, el pensamiento de Hervada encuentra su eje o centro en el estatuto de la persona, en el hombre como persona. Etimológicamente persona significa *máscara,* o sea, no se refiere al ser subsistente que se oculta detrás de la misma sino, más bien, al personaje que representa la máscara. De allí, se deriva la concepción antigua (jurídica) de persona, que más que designar al hombre *simpliciter*, está referida al *status o rol social* (con sus deberes y facultades) que cada hombre tenía dentro del todo social. Va a ser recién con el cristianismo, donde se va a conformar una noción filosófica u ontológica de persona a raíz de los dogmas cristianos de la Santísima Trinidad (tres personas y un solo Dios) y del Verbo Encarnado (una sola persona y dos naturalezas).

En suma, en sentido propio llamamos persona al "sujeto que subsiste en el género de substancia racional", o sea, al *suppositum* de naturaleza racional, o

[13] HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 515-518.

como dice Boecio: "*Persona proprie dicitur naturae rationalis individua substantia*". Ahora bien, el término y la noción de persona, al igual que la de Ser, es análoga, correspondiendo a Dios en tanto *ipsum Esse Subsistens,* en sentido propio y estricto, siendo primer y principal analogado y analogante en la analogía de la persona, mientras que el hombre en tanto su ser subsistente racional lo tiene en sí pero por participación de Dios, es persona también por participación (por la cual según la Revelación es imagen y semejanza de Dios) y, por tanto, aquí persona es entendida como analogado derivado del principal. Al respecto distingue bien Hervada: "Claro está que el sentido filosófico de persona, al igual que ocurre con otros términos filosóficos como el de ser, resulta ser analógico, ya que en Dios las subsistencias personales son relaciones (relaciones subsistentes), mientras que en el hombre lo subsistente como persona es la sustancia". [14]

Si dejáramos por un momento la persona en su acepción principal como Persona Divina y nos concentráramos en la Persona humana participada en todos y cada uno de los hombres y mujeres concretos, se nos plantea la cuestión, de sí los términos *persona humana* y *ser humano*, son equivalentes y pueden ser usados como sinónimos. En otras palabras, si todos y cada uno de los hombres por el sólo hecho de serlo son personas humanas o si hay algunos seres humanos que no son personas, por tratarse de realidades y nociones (aunque relacionadas) distintas. A su vez, esto nos lleva a la cuestión de si todos los seres humanos por el sólo hecho de serlos son sujetos de derecho (persona en sentido jurídico), o si hay algunos seres humanos que no se le reconoce el *status de sujeto de derecho*. Esto nos obliga a considerar si el carácter de persona (jurídica), el hombre lo recibe de las leyes positivas que se lo atribuyen, o más bien, éstas lo reconocen porque el hombre es *per se* persona. En otras palabras, si el hombre es persona porque la ley lo dice, o la ley lo dice porque el hombre es (per se) persona.

Al respecto Hervada señala que cada ser humano es único e irrepetible y, por lo tanto, *incomunicable* en su ser y no intercambiable con ningún otro, lo que lo convierte en un ser ontológicamente cerrado en sí mismo. Ahora bien, sin perjuicio de la *incomunicabilidad* radical de su ser, la persona humana es, sin embargo, bajo otro aspecto, un ser abierto al mundo y al otro, pero en tanto otro, o sea, manteniendo la *alteridad*. Por lo tanto, así como la incomunicabilidad radical de su

[14] Cfr. HERVADA Javier, *Lecciones propedéuticas*..., op. cit., p. 429.

ser se funda en la ontología de la persona, la comunicabilidad con el mundo y los demás también se funda en la misma ontología, en tanto constituye una perfección accidental (relacional) de su sustancialidad individual.

Como bien dice Hervada, la persona humana justamente por ser persona posee un ser inferior *pero semejante* al ser en acto puro: es el ser *debido* o, en otras palabras *exigitivo*. El ser de la persona implica inherentemente, intrínsecamente, el deber ser. Se observa que aquí se entrecruzan dos cosas: la Ética y el Derecho. Hay un *deber ser moral*, que se plasma en que el hombre debe vivir según su condición de persona. Y hay un *deber ser jurídico* de los demás respecto de la persona. [15]

Al respecto concluye nuestro autor: "Todo sistema jurídico positivo se basa, al menos, en la **juridicidad natural** de los hombres, esto es, en que por naturaleza existe la capacidad y tendencia de relacionarse jurídicamente. La condición de sujeto de derecho -como la condición de sujeto de la comunicación oral- no es cultural sino natural. (...) **Ser persona no es de origen positivo sino natural**, porque los hombres, por naturaleza, son sujetos de derecho (.....) la condición ontológica de persona incluye la subjetividad jurídica, de modo que el concepto jurídico de persona no puede ser otra cosa que el concepto mismo de persona en sentido ontológico, reducido a los términos de la ciencia jurídica. Dicho en otros términos, el concepto jurídico de persona no es más que aquel concepto que manifiesta **lo jurídico de la persona o ser humano**". [16]

En suma, por un lado Hervada distingue la concepción *jurídica* de persona que refleja al hombre según su rol o estado en el marco social, de la *filosófica,* que es la *ontológica* como sustancia individual de naturaleza racional. Sin perjuicio de ello, afirma que ambas nociones no se contraponen, pues la existencia de distintos *status* con sus respectivos derechos y deberes, en el plexo de relaciones jurídicas que existen dentro de la comunidad política, supone un *status* básico común que es la condición humana y que coincide con la concepción ontológica de la persona (con su incomunicabilidad radical y su comunicabilidad intencional). Ésta, por ser más amplia y genérica, incluye a la jurídica como más especial y específica, dado que la juridicidad surge de la sociabilidad y ésta de la racionalidad que constituye al *suppositum* individual de naturaleza racional (*la persona humana).* [17]

[15] HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas*..., op. cit., p. 460.
[16] HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, op. cit., pp. 119-122.
[17] Cfr. HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas*..., op. cit., p. 467.

## SEGUNDA PARTE: CONSECUENCIAS ÉTICO-JURÍDICAS RESPECTO AL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA

### 4. El estatuto del embrión humano

Ahora bien, en principio nadie negaría el estatuto de persona al ser humano en la plenitud de su vida consciente, por tanto esta cuestión se recrudece especialmente cuando se refiere al comienzo y al final de la vida humana. Al estatuto del ser humano en estado embrionario y al estatuto del ser humano en estado terminal o con pérdida de la conciencia. En esta tesis abordaré el problema del estatuto del embrión humano, quedando las otras cuestiones pendientes para un futuro abordaje.

#### *4.1. El estatuto biológico del embrión humano*

El comienzo de la vida del ser humano no depende de la determinación arbitraria ni de la moral, ni del derecho. Es una realidad biológica y, por tanto, es competencia de la Biología (*bio* significa vida) conocer cuál es ese momento. La Ética y el Derecho se tienen que fundar sobre el dato biológico de la existencia de una vida humana. Ahora bien, biológicamente hay vida humana, y por ende un nuevo ser humano distinto de sus progenitores, desde el mismo instante de la concepción, o sea, desde el momento que el espermatozoide penetra en el óvulo, en el cual queda constituido el embrión unicelular o cigoto.

Como dicen Serra y Colombo, el nivel fundamental de organización de la naturaleza viviente es la célula. Ésta constituye el elemento más simple pero esencial del viviente, es la unidad biológica de estructura, función y reproducción. Esta forma individual se denomina **organismo**. Es la forma de vida que representa la integración, la coordinación y la expresión última (fenotipo) de las estructuras y de las funciones del ser viviente, y que lo hace un ser singular y no otro de su especie. Aunque la forma plenamente desarrollada de un organismo (adulto) se completa únicamente en la fase madura de su ciclo vital, sin embargo, ésta ya existe desde el inicio del propio ciclo (generación) y constituye la base de la unidad de cada ser viviente para toda su vida. Cada organismo multicelular que se reproduce sexualmente inicia su ciclo vital como un organismo constituido temporalmente por una única célula (embrión unicelular o cigoto) y posteriormente por más células (embrión multicelular). Pero su estructura biológica, aparentemente simple, no confina al embrión unicelular como equivalente a ninguna de las células del cuerpo humano tomadas singularmente, ni al embrión multicelular como equivalente a algún grupo o masa de células. Desde el principio se trata ya de un **organismo** -y no de una célula o masa de células- por su incipiente ciclo vital que

representa la expresión definida, en el espacio y en el tiempo, de la integración y de la coordinación de todas sus células, en diferentes niveles de progresiva organización morfo-funcional (células, tejidos, órganos y aparatos). [18] La fecundación (y lo que acontece a partir de ella) es un acontecimiento que puede ser verificado empíricamente por la ciencia moderna.

En efecto, es pacíficamente aceptado en Biología que a partir de la fecundación del óvulo comienza el ciclo vital de un nuevo organismo que responde a los caracteres genéticos y morfológicos de un ser humano y se desarrolla por medio de un proceso continuo, donde cada etapa es necesaria, no pudiéndose prescindir de ninguna. Así, por ejemplo, es reconocido incluso por el célebre informe *Warnock* dictado en 1984 en el Reino Unido por el Comité sobre fertilización humana y embriología, [19] que sin perjuicio de ello y con opiniones divididas, determina arbitrariamente la legitimidad de la investigación con embriones humanos a los que denomina preembriones hasta el día 14 en que aproximadamente se produce la implantación y hasta el cual puede dividirse en dos embriones (el caso de los gemelos monocigóticos).

Al respecto, podemos decir que mediante el recurso de no nombrar a las cosas por su nombre, *embrión humano,* o más bien, *ser humano en estado embrionario*, se inventa una palabra (*preembrión*) que por una parte no dice nada, ni especifica el estatuto biológico del viviente que designa, y por otra oculta la verdadera entidad biológica del nuevo ser humano y de su estado. La localización del embrión al implantarse en el útero no modifica biológicamente su naturaleza y por tanto es idéntico al embrión preimplantado. Por otro lado, en cuanto al caso de los gemelos monocigóticos, el hecho de que un individuo se vaya a dividir más adelante en otros dos individuos, que se vaya a duplicar, no obsta para que antes de dividirse sea un único individuo. De acuerdo con las afirmaciones de los genetistas pueden existir dos sistemas alternativos de generación de la vida humana que no se excluyen mutuamente: 1) desde el mismo instante de unión del óvulo y el espermatozoide en los supuestos normales: *ontogénesis*; 2) en los casos extraordinarios de gemelos monocigóticos comienza la vida humana para la segunda mitad, a partir de la escisión del producto de la concepción: *mitosis*. [20]

[18] SERRA, Angelo y COLOMBO, Roberto, "Identidad y estatuto del embrión humano-la contribución de la biología", publicado en el libro *Identidad y estatuto del embrión humano*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2000, p. 112.
[19] DEPARTAMENT OF HEALTH AND SOCIAL SECURITY, *Report of the Commitee of Inquiry into Human Fertilization and Embriology,* Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1984, p. 65; citado por SERRA, Angelo y COLOMBO, Roberto en *Identidad y estatuto...*, op. cit. p. 151.
[20] VILA-CORO, María Isabel, *Introducción a la bíojurídica*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1995, p. 43.

Por lo tanto, en la fusión cromosómica de los gametos comienza a operar como una unidad, una nueva célula humana (cigoto), dotada de una nueva y exclusiva estructura informacional que constituye la base de su desarrollo posterior. Desde ese mismo instante, simultáneamente, queda constituido el código genético (genotipo) y comienza el ciclo vital con la interacción del genotipo con el ambiente físico, químico y biológico (fenotipo). Todo lo que sucede a partir de ese instante es parte del desarrollo de un único e idéntico ser. En consecuencia, no se puede distinguir entre individualidad genética estática e individualidad fenotípica o de desarrollo, pues necesariamente van juntas, siendo justamente la *forma dinámica diacrónica* o fenotipo (que se deriva y contiene al genotipo como *forma estática sincrónica*) lo que constituye la individualidad, o sea, la existencia de un nuevo individuo de la especie humana (*homo sapiens)* con su propia identidad biológica.

Ahora bien, no podemos pedirle a la Biología que tenga una respuesta a todos los problemas que surgen a partir de esta constatación, pues hay determinados elementos del estatuto del embrión humano (por ejemplo, la presencia de un alma espiritual) que no pueden ser verificados empíricamente por las ciencias positivas como la Biología, por no formar parte de su objeto, ni ser accesible a su método. Por otra parte, tampoco es comprobable por las mismas ciencias positivas (por idénticas razones) la inexistencia de un alma espiritual. En consecuencia, es competencia de la Filosofía (y la Teología) discernir a partir del dato biológico, cual es el estatuto ontológico del embrión humano y desde cuando podemos hablar en el nuevo ser humano de la presencia de un alma espiritual.

Tampoco es competencia de la Biología determinar si el embrión humano es persona, cuya respuesta en el plano ontológico, como vimos, es requerida a la Filosofía, sin perjuicio de su consideración moral y jurídica. En efecto, así como la Filosofía considera este estatuto en el plano del ser, por el cual el hombre es persona en tanto es una sustancia individual de naturaleza racional (según la clásica definición de Boecio), la Moral y el Derecho lo consideran en el plano del deber ser en que se dan ambas ciencias prácticas y así determinan como debe ser tratado y reconocido moral y jurídicamente el hombre.

### *4.2. El estatuto antropológico ¿y personal? del embrión humano*

Al respecto, la respuesta varía según cual sea la concepción del hombre y de la persona. Una cosa es si la abordamos desde la concepción clásica de *corpus et anima unus*, de unidad sustancial de cuerpo y alma, por la cual definimos al

hombre como animal (género) racional (diferencia específica), y otra si lo hacemos desde otras concepciones ya sean espiritualistas al considerar que el hombre se identifica con su alma espiritual unida accidentalmente a un cuerpo, o materialistas que no distinguen una diferencia cualitativa u ontológica entre los animales y el hombre, sino más bien una diferencia de grado o cantidad. [21] De la misma manera variará la respuesta si sostenemos una concepción ontológica sustancial de la persona humana que generalmente va unida con la concepción clásica de hombre o si sostenemos una concepción funcional relacionada con las otras concepciones, ya sea identificándola con la aparición de la actividad racional o de cierto desarrollo de la materia constitutiva del cuerpo humano.

Así para los funcionalistas, el *status de persona* como sujeto de derecho (titular de derechos y deberes) no se funda en el ser del hombre, en su naturaleza, sino en el consenso o en el discurso normativo, por el cual no se reconoce la personalidad a todos los seres humanos, sino a los que reúnan determinadas características o alcancen a desarrollar determinadas funciones (conciencia, relación, etc.). Si bien Rawls no aborda la cuestión de los embriones humanos cuando distingue entre hombre (concepto descriptivo biológico) y persona (concepto normativo construido por la moral y el derecho), para otros autores como por ejemplo, Engelhardt, los embriones, los fetos, los neonatos, los deficientes mentales profundos y los enfermos comatosos no son personas y, por tanto, no serían sujetos de derecho. Lo mismo sucede con Singer, que además le reconoce personalidad a ciertos animales (monos superiores), al igual que Tooley. A diferencia de estos, Kaufmann reconoce que el embrión humano es un hombre en potencia y, por tanto, merece respeto aunque admite excepciones.

Respecto a las distintas variantes del funcionalismo, por el cual se define el estatuto de la persona humana a partir de alguna función vital como ser la conciencia (Rawls, Engelhardt) o la capacidad de sufrir o tener un interés (Singer) o la relación (Kaufmann), podemos decir junto a Possenti: "En esta posición se hace lugar a un equívoco filosófico muy notable, que consiste en la disolución de la sustancia (y de su realidad) y en su concomitante transformación en el concepto de función u operación (...)El equívoco al que aludimos consiste fundamentalmente en identificar el orden del ser con el orden del obrar, disolviendo totalmente el primero en el segundo. De esta manera, la sustancia no tiene su raíz en el acto de ser, sino en el proceso de capacitación operativa... La filosofía del ser advierte que el orden del obrar depende del orden del ser (***ope-***

[21] Cfr. TORRALBA, ROSELLO, FRANCESE, *¿Qué es la dignidad humana?,* Barcelona, Herder, 2005, p.102.

*rari sequitur esse*) -de manera que para el análisis del primero sea útil conocer algo del segundo-, y que en los entes finitos los dos órdenes no se identifican". [22]

Por eso, de conformidad a lo afirmado por Karol Wojtyla, el sujeto o *suppositum* humano que tiene el acto (*primero*) de ser a través de su alma como forma substancial, es *persona*, y como tal es sujeto de todo el actuar, de todo el operar y de todo lo que le ocurre o le acontece (tanto en su dimensión corporal como espiritual) a lo largo de su vida. [23] En consecuencia, el estatuto de persona no se define por la función vital o el *obrar* que se sigue de ella, sino por la sustancia como el *suppositum* que la soporta, como la *hipóstasis* portadora de la esencia u *ousia,* o sea por el *ser* (*esse*). Ahora bien, al afirmar esto estamos en la concepción ontológica clásica.

No hay ninguna duda cuando aplicamos esta concepción sustancial de persona al ser humano ya desarrollado, pero cuando queremos hacerlo con el embrión humano surge la cuestión de si a partir de los conocimientos científicos de la embriología moderna, podemos realizar la correspondiente reflexión filosófica a fin de tratar de responder si el embrión humano unicelular (cigoto) es ya un cuerpo organizado, proporcionado al alma humana que lo informa (*animación inmediata*), o si por el contrario, todavía no lo es, sino que lo va a ser en algún momento posterior (*animación retardada*).

El Magisterio de la Iglesia no aborda explícitamente la cuestión teórica (filosófico-teológica) sobre el momento de la animación, ni toma posición a favor de una u otra postura. Sobre el tema sólo afirma que los conocimientos científicos sobre el embrión humano "ofrecen una indicación preciosa para discernir racionalmente una presencia personal desde este primer surgir de la vida humana", [24] aportan indicios importantes, pero no certezas absolutas. Por eso, concluye el planteo con una tesis problemática y, por tanto, todavía abierta: "¿Cómo un individuo humano podría no ser persona humana?". [25] En otras palabras, no define la cuestión dogmáticamente (dejando en libertad al filósofo y al teólogo), aunque deja marcada una preferencia (fundada en los indicios proporcionados por la ciencia) por la animación inmediata. A partir de allí, deja de lado la cues-

[22] POSSENTI, V, "¿Es el embrión persona? Sobre el estatuto ontológico del embrión humano", integrante del libro *El derecho a la vida*, edición a cargo de MASSINI, C. I. y SERNA, P., Navarra, Eunsa, 1998, pp. 127-128.
[23] Cfr. WOJTYLA, Karol, *Persona y acción*, Madrid, BAC, 1982, p. 90.
[24] Cfr. CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción Donum vitae*, Ciudad del Vaticano, febrero 1987, 1.1 y JUAN PABLO II, *Carta encíclica Evangelium vitae*, Ciudad del Vaticano, marzo 1995, 60.
[25] Ídem.

tión teórica ontológica y se aboca al problema práctico moral, afirmando que la sola probabilidad de la existencia de una persona desde el primer surgir de la vida humana genera la obligación moral por la cual "el ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción". [26] En consecuencia, "repite de modo constante la condena moral de cualquier tipo de aborto procurado. Esta enseñanza permanece inmutada y es inmutable". [27]

Recientemente en la última Instrucción *Dignitas personae*, aún sin definir la cuestión del estatuto ontológico, avanza un poco más en la misma dirección al señalar que "esta afirmación de carácter ético, que la misma razón puede conocer como verdadera y conforme a la ley natural, debería estar en los fundamentos de todo el orden jurídico. Presupone, en efecto, una verdad de carácter ontológico, en virtud de cuanto la mencionada instrucción ha puesto en evidencia acerca de la continuidad del desarrollo del ser humano, teniendo en cuenta los sólidos aportes del campo científico. Si la Instrucción *Donum vitae* no definió que el embrión es una persona, lo hizo para no pronunciarse explícitamente sobre una cuestión de índole filosófica. Sin embargo, puso de relieve que existe un nexo intrínseco entre la dimensión ontológica y el valor específico de todo ser humano y que la realidad del ser humano, a través de toda su vida, antes y después del nacimiento, no permite que se le atribuya ni un cambio de naturaleza, ni de gradación de valor moral, pues muestra una plena cualificación antropológica y ética. El embrión humano, por lo tanto, tiene (no dice solamente que se le debe) desde el principio la dignidad propia de la persona. [28]

Entre los fundamentos filosóficos se encuentra el de la proporcionalidad entre el coprincipio material y el coprincipio formal que constituyen la unidad del compuesto (*sinolo*) y cuya validez todos reconocen. Mientras que entre los fundamentos teológicos podemos citar la creación directa del alma por Dios en cada hombre y, por ende, la oposición a la hipótesis traducianista, tanto material (que el alma al igual que el cuerpo se encuentra virtualmente en el semen y por ende se trasmite por vía seminal), como espiritual (Dios crea directamente el alma del primer hombre y a partir de allí era trasmitida a sus descendientes por una fuerza formativa contenida en la propia alma del generante). El tema del traducianismo actualmente se encuentra superado en el pensamiento católico por la afirmación del dogma de la creación directa por Dios

[26] JUAN PABLO II, *Carta encíclica Evangelium vitae*, op. cit., 60.
[27] CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción Donum vitae*, op.cit, 1.1.
[28] CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción Dignitas personae*, 5.

del alma de cada hombre, tal como lo reafirmara Pío XII en *Humani Generis*. Por tanto, no hay necesidad de separar los momentos de la generación del cuerpo por transmisión seminal y de animación humana por creación del alma. Si, a pesar de ello, se encuentran separados, tiene que responder a otros fundamentos.

Ahora bien, los que sostienen la tesis de la animación sucesiva o retardada se basan en la autoridad misma de santo Tomás que, a su vez, se remonta a Aristóteles. Siguiendo el razonamiento del padre Valvuena sobre la postura del aquinate podemos plantearla de esta manera: *la premisa mayor* (filosófica): cada forma substancial reclama en la materia que ha de informarse una disposición y organización apropiadas, sin las cuales la forma nunca se une terminantemente a dicha materia. *La premisa menor* (científica): tal disposición y organización no existen en el embrión humano para recibir el alma racional hasta cierto tiempo después de la concepción. *La conclusión* (filosófica y científica): luego el embrión vitalmente humano no es informado por el alma racional hasta cierto tiempo.

Mientras que la premisa mayor es un principio fundamental de la filosofía hilemorfista, de validez universal y que nadie discute, la premisa menor fue tomada de la ciencia de su tiempo, hoy ya superada, por lo tanto la conclusión de naturaleza filosófico-científica es una inferencia necesaria de ambas. Ahora bien, comprobada la veracidad de la mayor, la discusión se circunscribe a la validez de la menor. En otras palabras, si tomando en cuenta los avances científicos de la actualidad, el embrión humano puede considerarse o no un cuerpo organizado y como tal materia dispuesta para recibir la forma substancial definitiva. Según cual sea la respuesta que se le dé a esta cuestión, será la conclusión a la que arribemos sobre el momento de la animación.

Sin perjuicio de que la embriología medieval que tomó en cuenta santo Tomás (por ejemplo confundía el semen separado con el embrión, al considerar al semen masculino como el principio activo de la fecundación, mientras que el principio femenino era pasivo al proporcionar solamente la materia) no disponía de los conocimientos científicos que nos proporciona la embriología contemporánea, y esto es un dato importante para tener en cuenta, no puede descalificarse sin más por ese sólo motivo toda la construcción elaborada por el aquinate principalmente sobre la base de sólidos principios filosóficos y teológicos. Por otro lado, algunos tomistas intentan demostrar la compatibilidad de los datos proporcionados por la ciencia moderna con la concepción tomista de la animación retardada.

Ahora bien, según vimos al considerar el estatuto biológico del embrión humano, hay vida humana y, por ende, un

nuevo ser humano distinto de sus progenitores desde el mismo instante de la concepción, o sea, desde el momento en que el espermatozoide penetra en el óvulo. En consecuencia, si ahora pasamos, en nuestro análisis, del plano **fenoménico-biológico** al **ontológico-metafísico**, tenemos que considerar cuál es la entidad y grado de ser que posee el embrión unicelular en el instante mismo de la **fecundación-concepción**. Efectivamente, si el cigoto es biológicamente un nuevo ser de la especie humana, único e irrepetible, distinto de sus progenitores, necesariamente tiene que tener un acto de ser (*esse*) propio (*per se*), aunque participado (*a se*) como sucede con todas las creaturas, y forzosamente tiene que ser acto de una esencia (*actus essendi*), que solamente es (y puede ser) humana.

Entonces, si en el hombre, como en cualquier ser compuesto (de materia y forma), su acto de ser le viene a través de su forma substancial (alma), que actualiza (en tanto acto) una potencia (cuerpo) y al mismo tiempo informa (en tanto forma) una cuerpo (materia), actualizando de esta manera una esencia humana y constituyéndola en su intrínseca y substancial unidad de materia y forma, o de cuerpo y alma (sinolo). Entonces, en el caso del embrión unicelular también tendría que suceder lo mismo, o sea, que su acto de ser tiene que provenir de su alma (forma substancial), como acto primero de su cuerpo, por el cual el nuevo ser es ontológicamente cerrado en sí mismo y como consecuencia de ello tiene una incomunicabilidad radical.

Si esto es así, parecería que la cuestión estaría resuelta a favor de la animación inmediata, pero la cosa no es tan sencilla. No es un dato menor que el propio santo Tomás, que es el mentor de esta doble relación entre el acto y la potencia (como materia y forma, y como esencia y acto de ser), no puede negar que el embrión exista (aunque como consecuencia de los conocimientos científicos de su época, no distinga adecuadamente entre el semen separado y el embrión propiamente dicho); sin embargo, a pesar de ello y con pleno conocimiento de la cuestión metafísica implicada, se inclina por la animación sucesiva o retardada, por la cual el acto de ser del embrión proviene de una sucesión de almas intermedias que se generan y corrompen, hasta la aparición del alma espiritual como forma substancial definitiva, que a diferencia de las anteriores no proviene por generación, ni educción de la materia, sino por creación directa de Dios, cuando la materia esté debidamente dispuesta, o sea, el cuerpo adecuadamente organizado.

Ahora bien, esto no quiere decir que para santo Tomás el embrión sea primeramente una planta, luego un animal y finalmente un hombre, pues, "no es, por otra parte posible que una forma numéricamente idéntica pertenezca a diversas

especies" [29] En el hombre (completo) hay, numéricamente, una sola alma como forma substancial, siendo al mismo tiempo vegetativo, sensitivo y racional. Por eso, siempre y en todo momento de la generación, para él estamos en presencia de un hombre, de un ser humano, pero no perfecto, o en acto, sino *imperfecto* o *en potencia*.

Llegado a este punto, es pertinente la distinción propuesta por Lucas Lucas, siguiendo a Berti, entre *potencia activa* (en cuanto tiene una relación con el acto) y *ser en potencia* (entendida como mera posibilidad de ser). También, siguiendo más el lenguaje de santo Tomás, podemos hacer la misma distinción, pero entre el *ser en potencia* (el ser que ya es en acto, pero a su vez está en potencia u ordenado a un acto posterior), y *ser posible* (que todavía no es, aunque puede llegar a ser). En realidad, cuando el aquinate habla de hombre imperfecto o en potencia, se refiere, no a lo que Lucas Lucas denomina ser en potencia como mera posibilidad de ser, pero que todavía no es, sino más bien, a lo que él llama potencia activa, entendida como aquel ser en acto que se encuentra ordenado o en potencia a una actualidad o perfección superior. Por eso, -según dice Berti- "si el embrión está ya en potencia, debe poseer en acto, como **acto primero**, el alma que es propia de la especie humana, aunque no esté en condiciones de ejercitar rápidamente todas las facultades". [30]

Por otro lado, es apropiada la conocida distinción que hace Zubiri entre *personeidad* y *personalidad*, [31] o entre persona y personalidad como hace Possenti. [32] Mientras la *personeidad* se refiere al sustrato ontológico portador de la naturaleza racional humana, o sea, a la sustancia (o ser subsistente) individual de naturaleza racional. La *personalidad* está referida a los dinamismos responsables de actos y conductas. En otras palabras, mientras que el primero en tanto que concepto antropológico es al mismo tiempo un concepto ontológico, el segundo, por su parte se trata de un concepto psicológico y por tanto funcional operativo. En consecuencia, a modo de conclusión para Zubiri el embrión humano tendría *personeidad* aunque todavía tenga que desarrollar su *personalidad.* En el caso del embrión humano, como diría Hervada aplicando lo que dice res-

[29] TOMÁS DE AQUINO, *S. Th*, 1 q. 118, a. 2.
[30] BERTI, E, "Quando esiste l'uomo in potenza? La tesi di Aristotele", en BIOLO, S., *Nascita e morte dell'uomo,* Genova, Marietti, 1993, p. 121.
[31] Cfr. BLANCO, Guillermo, *Curso de Antropología Fiolosófica*, Buenos Aires, Educa, 2002, p. 540.
[32] POSSENTI, V, "¿Es el embrión persona? Sobre el estatuto ontológico del embrión humano", en: *El derecho a la vida*, edición a cargo de MASSINI, C. I. y SERNA, P., Navarra, Eunsa, 1998, p. 134.

pecto a la persona humana ya se encontraría la incomunicabilidad radical de su acto de ser propio y el soporte o sujeto del mismo que al mismo tiempo es sujeto o soporte de la comunicabilidad intencional aunque todavía no la hubiera desarrollado.

Planteado de esta manera, llegamos al núcleo de la cuestión: ¿el embrión humano unicelular es un cuerpo organizado, materialmente dispuesto y proporcionalmente ordenado al alma espiritual como forma substancial del hombre, o es necesaria una *preparatio materiae* previa que disponga la misma orgánicamente para poder ser informada por el alma espiritual definitiva? No habría ninguna duda que se trata de un alma humana y no del alma de una planta, porque el alma vegetativa de una semilla está biológica y ontológicamente ordenada a ser una planta, en cambio, el alma de un embrión humano, no está ordenada a ser una planta, sino un hombre.

Ahora bien, aceptada la humanidad del alma, como perteneciente a un individuo de la especie humana, la cuestión queda acotada a determinar *si es un alma solamente vegetativa o es ya el alma espiritual definitiva del hombre.* Por otro lado, si definimos al hombre como *animal* (género) *racional* (diferencia específica), ¿podemos hablar de un hombre que sea sólo vegetativo y no naturalmente racional, aunque lo sea, sólo potencialmente? Creo que no, porque el hombre es siempre naturalmente racional (porque está dispuesto biológica y ontológicamente naturalmente a la racionalidad), aunque su acto (estado) sea solamente vegetativo y su racionalidad no se encuentre en acto, sino sólo en potencia. Entendemos que ésta es también la postura de santo Tomás, cuando habla de hombre imperfecto o en potencia.

Entonces, ¿cuál sería el momento de la creación directa del alma humana por Dios y de su infusión en el cuerpo? ¿Sería *ab-initio* de la generación, o *ab-término* de la misma? Creo que el momento de la creación del alma roza el misterio mismo de Dios y también lo que de misterio hay en el hombre, por eso, cuando más nos acercamos a él, más se nos aleja, pues como dijimos no puede verificarse empíricamente por la ciencia (ni la existencia, ni la inexistencia de un alma espiritual), y también hace titubear a la propia reflexión filosófica más elevada y elaborada como la tomista, común a ambas posturas.

En suma, a lo que sí podemos arribar es que independientemente del problema cronológico de la infusión del alma en el embrión humano, lo más importante es la determinación del principio ontológico de la unión del alma creada por Dios con el cuerpo generado por los progenitores como causa segunda, que como tal reconoce, la causa primera en el mismo Dios. En virtud de esto podemos afirmar, si-

multáneamente, que *los padres generan a todo el hombre* porque el cuerpo está constitutivamente ordenado al alma creada por Dios para cada uno y *Dios crea a todo el hombre*, aunque para hacerlo utilice a los padres como causa segunda en la generación del cuerpo y en la transmisión de la vida. Por eso, se trate de un hombre en potencia, o un hombre en acto con facultades en potencia, es un ser humano (biológica y ontológicamente) y tiene la dignidad de persona humana, debiendo ser respetado (moral y jurídicamente) como tal, *porque el hombre=la persona humana es la única criatura en la tierra que Dios ha "querido por sí misma"*, [33] desde la eternidad, en el tiempo y para la eternidad.

### *4.3. El estatuto moral y jurídico del embrión humano*

En la cuestión del estatuto de la persona, podemos distinguir un aspecto teórico y un aspecto práctico. Desde un punto de vista *teórico* la concepción tradicional del *iusnaturalismo clásico* (Hervada) considera que *todo hombre es persona* (humana), en tanto es una sustancia individual de naturaleza racional (concepción ontológica), sin perjuicio de la discusión acerca del momento de la animación espiritual (inmediata o retardada), o si se trata de un ser humano en acto o en potencia; mientras que para el *constructivismo* (Rawls) y la *hermenéutica* (Kaufmann), *no todo hombre sería persona*, pues la concepción de la persona no sería ontológica (sustancial), sino política (consensual) o funcional (conciencia, relación, etc.) lo que nos acercaría más a una concepción práctica (ético-jurídica) que teórica (filosófica). En cambio, justamente desde un punto de vista *práctico* (*ético-jurídico*), en la concepción tradicional del *iusnaturalismo clásico* (más allá de las diferencias apuntadas) todos coinciden en que el ser humano debe ser respetado y tratado como persona, mientras que para el *constructivismo* y la *hermenéutica*, sólo aquellos seres humanos que son reconocidos consensualmente como personas, en virtud de alguna función vital en pleno ejercicio (conciencia, relación, etc.), deben ser respetados y tratados como tales, marginando a los otros seres humanos que no reúnen esas características (que varían según los autores, abarcando según los casos desde embriones, fetos y neonatos, hasta discapacitados mentales, enfermos comatosos, etc.).

#### *4.3.1. Constructivismo*

Todo su razonamiento se basa en la distinción entre persona (concepto construido moral y jurídicamente) y ser humano (concepto descriptivo biológico). Por ejemplo, según Engelhardt o Harris (Rawls no aborda el tema) el argumento

[33] CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción Donum vitae*, op.cit., 1.1.

sería el siguiente: dado que desde una perspectiva moral secular (o más bien secularista) el embrión o el feto, aunque son seres humanos (algunos como Thompson o Tooley incluso lo niegan), no son personas en tanto no son agentes morales, tampoco serían sujetos de derecho, ni titulares de los derechos fundamentales, incluyendo el derecho básico a la vida. En consecuencia, no hay ningún impedimento ético o jurídico respecto tanto de la experimentación con embriones, como de la procreación asistida, de la crioconservación como el descarte de embriones, salvo aquellos que surjan de la consideración que tengan respecto de ellos las personas en sentido estricto, y como consecuencia de ella se transformen en personas en sentido social. Por eso, desde esta perspectiva, para poder disponer de los embriones o fetos es necesario el consentimiento de la persona o las personas que los producen, lo que transforma a los mismos en un objeto de dominio. En el fondo de la argumentación se encuentra toda una concepción antropológica que considera al embrión humano un objeto, un algo y no un sujeto, una persona, y en consecuencia, puede ser pasible de ser considerado propiedad de otra persona, lo que constituiría una afrenta a su dignidad humana, a través de formas modernas y sofisticadas de poder y de "esclavitud".

Solamente se reconoce el derecho a la vida en las *personas,* en cambio las *prepersonas* (cigotos, embriones y fetos) no tienen *per se* dicho derecho, aunque no se desprenda que se lo pueda tratar de cualquier manera. En consecuencia, tanto los beneficios como los perjuicios sobre una *prepersona* son beneficios o perjuicios considerados a futuro respecto a la persona que será. Ahora bien, en caso que el perjuicio sea la muerte (como sucede en el aborto) no se considera un daño a la persona que será porque esa persona no existe y nunca existirá. En cambio, si se lo daña pero no se lo mata, ese daño a futuro es injusto porque afecta a una persona futura. Esto significa una grave incongruencia, pues mientras que es reprobada una conducta menos grave, no lo es la más grave. Por lo tanto, se da la paradoja, que en caso de que se produzca el daño, es preferible matar al embrión o feto (que no es persona), que dejarlo nacer y que de esta manera se consolide el daño en una persona en sentido estricto. Esta conclusión es reprochable tanto ética como jurídicamente por su evidente desprotección de la vida humana anterior a la etapa conciente.

Por otra parte, el planteo de Singer a favor de la aceptación del aborto, a diferencia de los abortistas que discuten si el embrión es un ser humano -cosa que él reconoce sin lugar a dudas-, se basa en el rechazo de que toda vida humana por ser humana es sagrada, dado que desde su igualitarismo biológico el derecho a la vida no se funda en la condición de ser humano, sino en la capacidad de sufrir y

de tener intereses y por tanto ser reconocido persona, circunstancia que puede faltar en algunos seres humanos (embriones o fetos) y que puede existir en algunos animales superiores (monos). Por eso, sin que se justifique hacer cualquier cosa con el embrión, para él es moralmente más reprochable matar a un chimpancé que sí puede sufrir y tener intereses y al que podemos extender el status de persona que a un embrión que no puede sufrir, ni tiene intereses, ni es persona. En realidad, el igualitarismo biológico por él propuesto no está científicamente demostrado, ni es una inferencia necesaria del evolucionismo darwiniano del que parte (Darwin no realizaba esta igualación sino que más bien distinguía, más allá de familiaridades y parentescos al hombre como un eslabón superior de la cadena evolutiva), por lo que su ataque a la sacralidad de la vida humana sería infundado.

Un caso especial lo constituye Ronald Dworkin que, a diferencia de Singer, parte de la consideración de la sacralidad de la vida humana, lo que hace lamentable que una vida humana, una vez empezada, termine prematuramente (argumento autónomo), y descarta el planteo de la determinación previa del status de persona deducido del status biológico humano para justificar o no el aborto (argumento derivado), pues independientemente de la respuesta a la cuestión del estatuto del embrión-feto (que para él no tendría ninguna incidencia en el debate sobre el aborto), la vida humana en cualquier estado tendría un valor intrínseco, consistiendo el debate en la distinta interpretación que cada persona, grupo o religión tiene respecto a este valor. Como hay diferencias de interpretación sobre el valor intrínseco que todos le reconocen a la vida humana, el principio aplicable es que la decisión que se tome debe ser personal (no debiendo el Estado interferir y mucho menos penalmente) fundada en la libertad de conciencia y la consecuente responsabilidad.

Respecto a su respuesta sobre el argumento derivado, podemos decir que es cierto que la cuestión sobre si el feto es persona y concomitantemente sujeto de derecho es moral y jurídica y no biológica (sin perjuicio de la cuestión ontológica del embrión humano a considerar por la Filosofía y que expresamente Dworkin no aborda por su posición antimetafísica). Ahora bien, a pesar de esto, la determinación del status moral y jurídico del embrión humano supone el dato sobre el estatuto biológico del mismo, lo que no significa que se deduzca lógicamente de él como si fuera la conclusión de un silogismo por el cual se infiera indebidamente el deber ser a partir del ser entendido como hecho o fenómeno (conocido modernamente como Principio o Ley de Hume). Por el contrario, más bien se refiere a que la constatación de la existencia de una vida biológicamente humana, hace evidente la existencia de un ser humano portador de esa vida y también se

manifiesta en forma evidente que la conservación de la misma es un bien para dicho ser y como tal debe ser respetada.

Por su parte, respecto a su respuesta al *argumento autónomo*, podemos decir que: afirmar por un lado el valor intrínseco de la vida humana y que sea lamentable que ésta, una vez empezada, termine prematuramente, pero por otro lado dejar librada a la libertad de conciencia de cada uno la decisión sobre dicho valor, hace que el mismo, más allá de la cuestión teórica, en la práctica sea puramente subjetivo haciendo prevalecer la libertad de conciencia de uno (la madre) por sobre el derecho a la vida del otro (el hijo). Particularmente en el caso del aborto, quedaría exclusivamente en poder de la mujer decidirlo (al no reconocer status moral y jurídico de persona al embrión), reduciendo en este supuesto la protección de la vida a una cuestión privada, sin incidencia ni interferencia pública. Esto hace que, en última instancia, el argumento coincida con el vertido por el juez Blackmun en el famoso fallo *Roe vs. Wade* por el que declaró que una mujer embarazada tiene un derecho constitucional a la privacidad en materia de procreación, y que este derecho general incluye el derecho al aborto si ella y el médico deciden a favor del mismo. Añadió que las razones que pueda tener un estado para anular este derecho criminalizando el aborto, no constituían razones imperativas durante los dos primeros trimestres de embarazo, y concluyó que un Estado no podía prohibir el aborto durante ese período. [34]

El argumento es falaz, lo que no significa negar un derecho a la privacidad -en cuanto tiene que existir una esfera íntima de la persona que esté fuera del alcance de la regulación del Estado y especialmente en materia penal- sino más bien, lo que se afirma es que en este caso no se da porque además de la privacidad de la mujer, se encuentra involucrada la vida y los derechos de otro ser humano. Por eso, si bien es cierto que el derecho no abarca toda la amplitud del campo moral y las acciones privadas tienen que estar exentas del juicio de los magistrados (como señala el principio de reserva establecido por el art. 19 de nuestra Constitución Nacional), también lo es que el derecho sería más bien un mínimo de ética exigible públicamente según un criterio de justicia y que sin lugar a dudas, la protección de la vida humana en cualquiera de sus manifestaciones y estados es parte nuclear de dicho mínimo.

### *4.3.2. La hermenéutica*

A diferencia de los constructivistas, Kaufmann reconoce que el embrión hu-

[34] Cfr. DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 140.

mano es un hombre en potencia que tiene derecho a la vida y por tanto merece respeto, aunque admite excepciones. Al respecto, reflota la teoría del *espacio libre de Derecho* que *no* significa *jurídicamente no regulado*, sino *jurídicamente no valorado.* Se trata de acciones relevantes, que pese a ello no pueden ser valoradas pertinentemente, ni en cuanto conformes a derecho, ni en tanto antijurídicas. El espacio libre de derecho se relaciona con los casos de necesidad (estado de necesidad, interrupción del embarazo, participación en el suicidio). Su regulación jurídica estriba en que la conducta correspondiente, conforme a la ley penal, bajo determinados supuestos, se *declara "no punible".* [35] Por su parte, respecto a la aplicación de esta doctrina al caso puntual del aborto agrega: "Para la realización del modelo '**no prohibido-no permitido**' se requiere tan sólo un pequeño detalle: tolerancia. En primer lugar y, ante todo, tolerancia frente a la mujer embarazada, a la que no se puede tildar por decidir de manera diferente a lo que uno mismo crea correcto. Pero también es necesaria la tolerancia frente al niño concebido y no nacido, que tiene un derecho a la vida. Finalmente, se debe ejercer, asimismo, tolerancia frente a los partidarios y a los enemigos del aborto. Jamás se podrán colocar todos en forma satisfactoria bajo una misma postura. Pero actuar responsablemente significa que todos estos puntos de vista han de ser tenidos en cuenta seriamente para la decisión". [36]

Ahora bien, *lo que en teoría puede ser neutro, en la práctica no lo es.* Así, podríamos contestar a la aparente neutralidad de la teoría del espacio libre de derecho (penal) con la creación de la categoría *no prohibido-no permitido*, o sea, *no valorado jurídicamente*, porque si en definitiva lo que prima es la decisión de la mujer embarazada que hay que respetar y tolerar aunque no la compartamos, en la práctica la teoría "*no prohibido-no permitido*" se transforma en "*no prohibido-permitido*" y no se diferencia del argumento que ya analizamos basado en la libre decisión de la mujer en el marco del derecho a la intimidad, tal como fuera resaltado en el fallo *Roe vs. Wade* que en los efectos prácticos serían aplicables también en este caso. En el supuesto que la mujer decida realizarse el aborto ¿en qué queda la tolerancia al derecho a la vida del *concebido, no nacido* a que hace referencia el autor?: *tolerancia en los papeles, intolerancia en la realidad.*

Por otra parte, en su análisis de la Bioética, parte de la consideración de la sociedad actual como una sociedad abierta, compleja, pluralista y de riesgo, en la cual la tolerancia es el principio li-

[35] Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 408.
[36] KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 417.

minar que la rige. Sólo el tolerante puede conducirse adecuadamente en la complejidad, dado que es abierto frente a situaciones abiertas, admite que otros puedan tener mejor información que él, reconoce que nuevas situaciones exigen nuevas interpretaciones. De esta manera, para él, la tolerancia fijaría los límites de lo que se puede admitir o no en los progresos científicos en una sociedad de riesgo como la moderna y, al mismo tiempo, permitiría armonizar distintas concepciones dentro de una sociedad libre y pluralista.

Por eso, en cuanto a la experimentación embrionaria y a las técnicas de fertilización asistida, Kaufmann no está de acuerdo ni con una primacía de la ciencia y la técnica sobre la ética que la torne superflua, ni un predominio de la ética sobre la ciencia y la tecnología que impida su avance. Propone una *interdependencia entre ambas,* donde, por un lado el científico debe respetar los límites éticos inherentes a los valores del cuerpo, la vida, la autodeterminación y dignidad del hombre, que se dan tanto en la aplicación tecnológica, como en la investigación básica [37] y, por el otro, el eticista so pretexto de limitar, no debe poner vallas y prohibiciones que impidan el progreso de la investigación científica. En otras palabras, no es posible emitir un juicio antes de probar lo que es técnicamente posible, asumiendo los riesgos de la situación con responsabilidad, lo que se parece más a un planteo en el marco de una ética de la responsabilidad de matriz consecuencialista, que al de una ética de la convicción de matriz principista (conforme a la clásica división de la ética propuesta por Max Weber), aunque él presenta ambos modelos éticos como absolutos en términos de todo o nada y, por lo tanto, inviables. [38] Por eso, propone una vía intermedia presentando a la responsabilidad como un principio que se complementa con el principio de tolerancia. [39]

Su postura epistemológica frente al problema de la verdad, lo lleva a negar tanto una verdad objetiva, que captamos por correspondencia, como una verdad puramente subjetiva o intersubjetiva formal elaborada procedimentalmente por consenso; y en su lugar afirmar que la verdad es objetiva-subjetiva, pues se alcanza por la convergencia de distintas perspectivas (con su precomprensión hermenéutica incluida) sobre el mismo objeto. Por eso, no acepta ni que la ética deba acomodarse a un consenso científico sobre la viabilidad de lo técnicamente posible, ni que la técnica deba subordi-

[37] Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho,* op. cit., p. 539.
[38] Ibíd., p. 542.
[39] Ídem.

narse a una ética objetiva sustentada en el ser del hombre como es ,por ejemplo, la que propone la Instrucción *Donum vitae* que el cuestiona. Para él, la Bioética "tiene que ser **ética de futuro**, ética de responsabilidad futura, tal como Hans Jonas ha deducido del imperativo categórico: 'Actúa de tal manera que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de vida genuina sobre la tierra'". [40]

En consecuencia, para él no se puede emitir juicio ético o jurídico sobre la licitud o ilicitud de los métodos de experimentación humana y reproducción asistida, sin "fundamento en el objeto concreto", [41] tomando en cuenta las circunstancias que lo rodean, especialmente respecto a alcanzar los fines positivos y evitar las consecuencias negativas. Por eso, más allá de su proclamación de una postura equidistante entre una ética de la convicción de tipo principista y una ética de la responsabilidad de tipo consecuencialista, se encuentra más cerca de esta segunda, que de la primera.

Es cierto que para las sociedades modernas la tolerancia es un valor que se ha convertido en un principio liminar de la convivencia social, pero la tolerancia por sí sola no es suficiente si no está subordinada a un orden moral y social objetivo. En otras palabras, frente al desarrollo de la razón instrumental como factor de dominación de la naturaleza y, en algunos casos, del propio hombre, la tolerancia no es suficiente para limitar su poderío, sino que es necesario fijar límites claros, fundados en la naturaleza misma de las cosas, que encauce todo el poder de la actividad humana en orden al bien del hombre. Como afirma Guardini: "El problema central, en torno al cual va a girar la tarea cultural del futuro y de cuya solución dependerá todo, no solamente el bienestar o la miseria, sino la vida o la muerte, es el problema del poder. No el de su aumento, que se opera por sí solo, sino el de su sujeción, el de su recto uso". [42]

*4.3.3. El iusnaturalismo*

Para el *iusnaturalismo clásico* el estatuto biológico y antropológico del ser humano en estado embrionario es fundamento de la eticidad y juridicidad con que tiene que ser reconocido y tutelado. El *estatuto ético-jurídico* del ser humano como persona contempla tanto al sujeto moral y jurídico, titular de derechos y deberes, como a su dignidad por la que es merecedor de consideración y respeto por parte de los demás. Por eso, en el caso del embrión humano, se trate de un hombre en potencia, o un hombre en acto con

[40] KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 543.
[41] Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 545
[42] GUARDINI, Romano, *El ocaso de la Edad moderna*, Madrid, Ediciones Cristiandad, 1981, p. 101.

facultades en potencia, es un ser humano (ontológicamente) y debe ser respetado (ética y jurídicamente) como una persona humana desde el primer instante de su existencia. Por eso, más allá de las diferencias apuntadas en el plano teórico, hay una coincidencia absoluta en el plano práctico.

Por tanto, *vida humana* (en sentido biológico), *ser humano* (en sentido antropológico) y *persona humana* (tanto en sentido ontológico como moral y jurídico), a pesar de la distintas perspectivas epistemológicas a partir de la cual son captados (*biológica, filosófica, ética y jurídica*) son términos equivalentes y connotados en el mismo ente y por tanto no se deriva uno de otro en forma deductiva. Por tanto, como dice Hervada "son rechazables las distinciones entre 'vida humana', 'ser humano o de la especie humana' y 'persona humana'. Puesto que la vida no es otra cosa que el ser del viviente, si hay vida humana o ser humano hay individuo humano y, en consecuencia, persona humana. Si no hay persona humana, ni hay ser humano, ni vida humana (repetimos: la vida no es nada distinto del mismo ser del viviente)". [43] Aquí se funda el rechazo total a todo tipo de aborto procurado, doctrina que en sí permanece inmutable.

Por su parte, respecto a la cuestión de la experimentación con embriones y las técnicas de fertilización asistida, actualmente podemos distinguir distintas posiciones posibles: *primacía de la ciencia respecto de la ética* y *primacía de la ética respecto de la ciencia* o *interdependencia de ambas*. El iusnaturalismo clásico se inscribe en la segunda (primacía de la ética respecto a la ciencia), dado que todo obrar humano (entre el que se encuentra el científico) es moral, sin perjuicio de una cierta interdependencia (que no reemplaza la subordinación de lo científico y técnico a la ética). La ciencia por sí misma no puede responder a estos interrogantes. La ciencia no puede crear su propia ética, ni declararse neutral frente al problema ético que genera su avance. *La ciencia sin la conciencia no conduce sino a la ruina del hombre*. [44] Pero, por otra parte, la Ética y el Derecho, para poder emitir su juicio y fijar los justos límites a la investigación científica y al desarrollo tecnológico, tienen que conocer los hechos sobre los que van a juzgar, apoyarse en conocimientos científicos objetivos y serios que le permitan conocer la realidad física, química, biológica, etc., a fin de poder discernir qué es lo que se puede permitir y qué no. Caso contrario, su juicio también estaría infundado por ignorancia supina de la verdad científica.

[43] HERVADA Javier, *Lecciones propedéuticas*..., op. cit., p. 436.
[44] Cfr. CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción Donum vita*e...op. cit., Introducción.

En consecuencia, para eso es imprescindible un auténtico diálogo con las ciencias que estudian el cuerpo humano (la Biología, la Medicina, la Genética, etc.), sin perder de vista que el cuerpo humano no es un simple objeto, que no es solamente materia, sino que como tal (como cuerpo) solamente puede ser considerado en su unión con el alma como su principio vital y acto primero que lo hace justamente cuerpo y de cuya unión sustancial se constituye el hombre. La clave para que ese diálogo entre diferentes disciplinas sea fecundo es, por una parte, distinguir a partir de los distintos objetos formales (y los métodos que surgen de los mismos), tanto de las diferentes ciencias, como de la Filosofía (especialmente la Ética) y la Teología, y, por otra parte, respetar la legítima autonomía de cada una de las ciencias, que no es ni separación, ni oposición, sino más bien integración, subalternación y complementación. En otras palabras, distinguir entre la razón científica de cada una de las ciencias particulares y la razón filosófica como ciencia (en sentido clásico) universal. Asimismo, distinguir entre la razón (científica y filosófica) y la Fe que da origen a la ciencia también racional y universal de la Teología.

En esta cuestión, el principio liminar sería: *lo que es técnicamente posible no es, por esa sola razón, moralmente admisible*. La reflexión racional (basada en conocimiento científico seguro) sobre la vida y el ser o naturaleza del hombre, en última instancia sobre y desde su ley natural es indispensable para formular un juicio moral acerca de las intervenciones científicas y técnicas que involucran al propio hombre.

La valoración moral y jurídica contraria al aborto se debe aplicar también a las recientes formas de intervención sobre los embriones humanos que, aun buscando fines en sí mismos legítimos, comportan inevitablemente su destrucción como sucede con el descarte de embriones sobrantes o atenten contra su dignidad, como pasa con la crioconservación de embriones humanos (que en muchos casos también terminan muriendo). En cambio, sí serían lícitas las intervenciones sobre el embrión humano que tengan como fin su curación o, al menos, la mejora de su salud o su supervivencia, en tanto respeten su vida y su integridad y no lo expongan a riesgos desproporcionados.

También se debe afirmar que el uso de embriones o fetos humanos como objeto de experimentación constituye un atentado, en consideración, a su dignidad de seres humanos, que tienen derecho al mismo respeto debido al niño ya nacido y a toda persona. La misma condena moral y jurídica concierne también al procedimiento que utiliza los embriones y fetos humanos todavía vivos (a veces producidos expresamente para este fin mediante la fecundación in vitro) sea como material biológico para ser utilizado, o como abas-

tecedores de órganos o tejidos para trasplantar en el tratamiento de algunas enfermedades. En verdad, la eliminación de criaturas humanas inocentes, aun cuando beneficie a otras, constituye un acto absolutamente inaceptable.

Una atención especial merece la valoración moral de las técnicas de diagnóstico prenatal, que permiten identificar precozmente eventuales anomalías del niño por nacer. Estas técnicas son moralmente lícitas cuando están exentas de riesgos desproporcionados para el niño o la madre, y están orientadas a posibilitar una terapia precoz o también a favorecer una consciente aceptación del niño por nacer a pesar de su enfermedad. En cambio, son ilícitas cuando se las utiliza con fines eugenésicos que acepta el aborto selectivo para impedir el nacimiento de niños afectados por varios tipos de anomalías. [45]

## 5. CONCLUSIÓN

A diferencia del constructivismo que sostiene que el estatuto de persona surge del consenso social y de la hermenéutica jurídica como la de Kaufmann, con su concepción relacional de la persona humana que lo lleva a un cierto relativismo moral moderado, sólo desde el iusnaturalismo inspirado en la filosofía realista clásica, se puede defender la vida humana, al ser humano portador de esa vida y a la persona humana que se identifica con ese ser humano, desde el primer instante de su concepción y hasta el último de su muerte. Esto es posible porque esta concepción filosófica tiene sólidos fundamentos: 1) **metafísicos** en el ser como realidad básica y fundante; 2) **antropológicos** en el ser humano como unidad sustancial de cuerpo y alma; 3) **éticos** en la ley natural por la que conocemos los primeros principios evidentes del obrar humano y en la dignidad humana; 4) **jurídicos** en la persona humana como sujeto radical del derecho y de los derechos en tanto especificidad jurídica de su concepción ontológica.

[45] JUAN PABLO II, *Carta encíclica Evangelium vitae*..., op. cit., 63.