

atribuyen efectos de manera convencional («a los efectos de esta ley, se considera...», «comete delito de robo quien...», «se presume la inocencia mientras no se pruebe lo contrario», etc.). Este modo de proceder resalta el carácter de artefacto, de creación intencional de un instrumento cuya entidad se explica por su función. Pero, por así decir, se queda en la parte visible del signo, en lo tangible, y profundiza menos en lo específicamente jurídico, en el porqué de la obligatoriedad de una norma, en la razón de la relación jurídica que se crea. Así, por ejemplo, si lo jurídico no es la cosa poseída, sino la relación establecida por el poseedor y el propietario y que es reconocida en una concreta sociedad, lo interesante sería ahondar en eso que hace específicamente jurídica la relación y por qué se halla protegida en sociedad. La realidad del Derecho, de manera normal y regular, se mueve y opera en un plano de significado abstracto diferente de lo empírico, pero sin que sea algo metafísico. Eso es lo propio del Derecho, y concebirlo como artefacto, o como artefacto de artefactos, no logra desvelarlo.

En todo caso, la lectura de esta obra y el conocimiento y discusión de las aportaciones de la *Artifactual Theory of Law* no deja de ser relevante como muestra de un empeño de profundizar y aclarar en qué consiste la realidad del Derecho.

Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ

Universidad de Navarra

pablosostiz@unav.es

<https://orcid.org/0000-0003-3461-904X>

DOI 10.15581/011.90.010

Luigi FERRAJOLI

Derecho y moral. A propósito del embrión

Editores descabezados, 2022, 93 pp.

La drástica distinción entre derecho y moral fue durante siglos la enseña del positivismo jurídico, pero no parece que sea esta la principal preocupación del autor al abordar la cuestión del embrión, que cobra en consecuencia más aire de filosofía moral que de filosofía jurídica.

Desde el punto de vista jurídico todo quedaría resuelto por la invocación de la Constitución italiana a la persona como titular del derecho a la vida, criterio que Ferrajoli hace propio. No es este el caso, como es sabido, del texto constitucional español, cuyos padres sustituyeron el «toda persona» de su anteproyecto por un «todos» –de herencia alemana– que no resultó irrelevante a la hora de someterlo a referéndum.

En cualquier caso, la hoy ya atropellada sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional –en una difícil resolución, que exigió la entrada en juego del voto de calidad del presidente– acabó reduciendo al no nacido a bien jurídico constitucionalmente protegido, pero sin reconocerle personalidad propia. En consecuencia, ya desde entonces, en España no todo ser humano es persona.

Aun admitiendo que «el léxico filosófico-jurídico se expresa habitualmente con la fórmula de la separación de derecho y moral, de derecho y religión o de derecho y justicia» (pp. 15-16), lo que va preocupar al autor es «la enseña de nuevas antropologías de la desigualdad, que contradicen los principios de la neutralidad ideológica de las instituciones y la igual dignidad de las personas (p. 11).

Lo haría posible su peculiar concepto de un Estado *laico*, que sería aquél que renuncie a «inmiscuirse en la vida moral privada de los ciudadanos, defendiendo o prohibiendo sus estilos de vida, creencias ideológicas o religiosas, opciones políticas o culturales» (p. 19). Todo ello gracias a una fundamentación moral que considera que de «los juicios de valor –éticos o políticos– no se puede decir que sean verdaderos o falsos, sino solo», en clave positivista, «justos o injustos» (p. 26); siguiendo a Uberto «Escarpelli» (*sic* en el texto, pero corregido en la nota 7), en «*L'ética senza verita [La ética sin verdad]*» (p. 27).

No se trata pues de una «moral expresada por su configuración como sistema de normas objetivas y heterónomas, ya se identifique este sistema con un superior derecho natural, o, peor aún, se le identifique, como en las ideologías ético-legalistas (p. 31); que nos hacen recordar al llamado por Bobbio *positivismo ideológico*.

Se aparta en consecuencia de la idea, a la que confiere una confesionalidad «católica o antilaica» (p. 26), de que como «la supresión de un embrión, como consecuencia de intervenciones abortivas o de experimentaciones médicas, es (considerada) inmoral, entonces debe ser configurada además como un ilícito por parte del derecho (p. 44). La convierte pues en caprichosa, al omitir toda referencia a un bien común que –al margen de credos– tenga al que ver con la justicia.

Partiendo de estos mimbres, abordará «la cuestión moral», es decir, «el significado de ‘persona’ y el papel performativo de la autodeterminación de la maternidad» (pp. 49 y ss.).

Sitúa como punto de arranque que «deducir la prohibición del aborto de la tesis de que la vida precede al nacimiento sea un *non sequitur*, es decir, una implicación indebida en cuanto viciada de la falacia naturalista», porque «una deducción similar supone, subrepticamente, la tesis moral de la calidad de ‘persona’ del feto» (p. 50).

La reciente sentencia del Tribunal Constitucional español 44/2023 hará propia la idea de que solo una «vida», entrecomillada, precede en realidad al nacimiento. No es pues extraño que de ahí acabe derivando el carácter caduco¹ (catorce semanas) de la versión española de un presunto derecho fundamental al aborto, que –como veremos– no suscribirá en directo Ferrajoli; sí brinda a la argumentación de la sentencia que, puesta a autodeterminarse, «son el tiempo necesario y suficiente para que la mujer pueda tomar una decisión (p. 52)

Entrando en materia, para Ferrajoli, «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 aquella es persona». Será su deseo de pensarlo y quererlo como tal el que le hará merecer protección jurídica. Su «decisión moral de que el feto que lleva en su seno es una persona» «hará merecedor de tutela» al «ser nacido o en todo caso destinado por la madre a nacer». Partiendo de ahí, «todos nos oponemos con firmeza a cualquier acto que pueda dañar al *nasciturus*, al que consideramos inviolable» (p. 54).

Depende, por tanto, de la mujer decidir si a la vida, que –obviamente– lleva dentro de sí, la quiere como a un hijo. «Es precisamente ese acto de voluntad, en virtud del cual la madre (acaso solo por ser católica) piensa en el feto como persona» –no deja ser llamativa la fijación de Ferrajoli con lo católico– es «el que según esta tesis le confiere el valor de persona, el que *crea*» –en cursiva en el original– «a la persona» (p. 55).

Solo luego vendrán «las cuestiones jurídicas» y, con ellas, «el problema del aborto (p. 59). Para Ferrajoli, «la penalización del aborto ya no puede ser racionalmente invocada ni siquiera para defender la vida de los fetos. Pues la misma no equivale, por efecto de magia, a la prevención de los abortos, es decir, a la tutela de los embriones, sino al aborto ilegal y masivamente clandestino» (p. 63). Se muestra convencido de que cualesquiera «que sean nuestras opiniones filosófico-jurídicas y filosófico-morales, en materias como estas el derecho, sobre todo el penal, está destinado a ser ignorado y a producir simplemente la inmersión en la clandestinidad de los fenómenos que quiere prohibir o frenar» (p. 88).

No obstante, dando por hecho que «la intervención del derecho es inevitable», sugiere que «será normalmente más apropiada si se da en forma de

¹ Que ya hemos comentado: *Un derecho fundamental de hoja caduca. Comentario a la STC 44/2023, de 9 de mayo de 2023* «De lege ferenda. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada» 2023 (1), pp. 92-97.

juicio que en la de la ley» (p. 90). Consecuente con el individualismo de su planteamiento, ignora olímpicamente la dimensión social normalizadora de conductas inseparable de toda ley.

El hecho de que la legislación italiana estableciera, secundando la doctrina de la Corte Constitucional, que «el derecho de la mujer a la salud, aunque sea solo la psíquica, prevalece sobre el valor de la vida del feto», no justifica –a su modo de ver– que en «el debate público, el derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad» suela ser presentado como «derecho de aborto» (p. 66), como si se tratara de «una libertad positiva (o ‘libertad para’)», lo que es «una libertad negativa (‘libertad de’), o sea, el derecho de la mujer a no ser constreñida a convertirse en madre contra su voluntad» (p. 67).

• Dado que el planteamiento del autor no se circunscribe a los casos de violación, ni admite una inferioridad mental de la mujer, lo que se acaba proponiendo en la sustitución del llamado sexo seguro por la conversión del aborto en rutinario método anticonceptivo, válido *ex post facto* hasta la semana décimocuarta.

Ferrajoli entiende, por el contrario, que con todo ello «cobra relevancia el concurso del acto moral de voluntad de la madre, de acuerdo o no con el del padre, en la procreación responsable, por así decirlo, no solo del cuerpo sino también de la persona que está al fondo su carácter creativo, performativo o constitutivo de la personalidad misma» (p. 84).

Lo más llamativo es que todo ello acabe amparado por el patronazgo del mismísimo Emmanuel Kant. No se está hablando de «un específico derecho de aborto, sino del derecho de la persona sobre sí misma, conforme al cual ninguna persona puede ser tratada como una cosa, de manera que cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del imperativo kantiano según el que ninguna persona puede ser tratada como *medio* –aunque sea de procreación– para fines que no son suyos, sino como fin en sí misma» (pp. 70-71). No oculto mis dudas sobre que el defensor del imperativo categórico pudiese imaginar que su *sapere aude!* acabara llevando a estos extremos.

Ya puesto a ocuparse de embriones, Ferrajoli constata que la maternidad subrogada «plantea problemas tanto morales como jurídicos» (p. 76). Fiel a su planteamiento, no duda en proponer «la exclusión, por nulidad del contrato, de cualquier obligación a cargo de la mujer que lleve adelante la gestación, y con ello la afirmación de su facultad de cambiar de idea y querer el hijo para ella, hasta el momento del parto» (p. 77).

Andrés OLLERO

<https://orcid.org/0000-0001-8099-2879>

PERSONA Y DERECHO

ISSN: 0211-4526

REVISTA DE
FUNDAMENTACIÓN
DE LAS INSTITUCIONES
JURÍDICAS
Y DE DERECHOS
HUMANOS

NÚMERO 90
2024 / 1

REVISTA SEMESTRAL DE LA FACULTAD DE DERECHO /
SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD
DE NAVARRA / PAMPLONA / ESPAÑA



Universidad
de Navarra
