

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

DIREITO, RAZÕES E RACIONALIDADE

A532

Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line]
organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado
Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-764-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5.
Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica.
9. Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de
Janeiro, RJ).

CDU: 34



UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

DIREITO, RAZÕES E RACIONALIDADE

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado “mundo latino”, com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate da racionalidade jurídica, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

Como a quantidade de trabalhos relativos ao grupo Direito, Razões e Racionalidade chegou à casa dos 40, a relatoria foi dividida entre Mariana Isern, professora adjunta de Filosofia do Direito da Universidad Nacional de Rosario e Diego Luna, professor adjunto de Filosofia do Direito e Direito Penal da Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires. Por uma limitação editorial, nesta publicação serão apresentadas apenas as questões e conclusões levantadas pela relatora e pelo relator sobre os trabalhos aprovados para o congresso. As relatorias completas, no entanto, se encontram na íntegra no site do evento com as avaliações pontuais sobre cada um dos artigos apresentados.

Mariana apresenta o seu trabalho em três eixos. O primeiro diz respeito à falta de respostas adequadas para novos problemas. “Al incorporar fenómenos que antes no eran alcanzados por el Derecho, conforme a los paradigmas empleados, se requiere una nueva perspectiva (sea biocéntrica, inclusiva, multicultural, transdisciplinar, etc.). Algunos proponen caminos que se podrían recorrer, otros sugieren el rescate o reinterpretación de autores clásicos, o vuelven a las fuentes, en otros casos; en tanto que hay algunos que alertan sobre las vías inapropiadas para pensar esas alternativas.”. Aqui encontram-se reunidos os trabalhos de

Diego Javier Duquelsky Gómez (Argentina), Jesús Vega López (Espanha), Maria Carolina Rodrigues Freitas (Brasil), Claudio Pedrosa Nunes (Brasil) e Juan Calvillo Hernandez (México).

Resumindo o que relata Mariana Isern, Diego Javier Duquelsky Gómez propõe a construção de um pensamento emancipatório radicalmente alternativo à racionalidade jurídica dominante. Jesús Vega López, sob uma perspectiva pós-positivista procura reconstruir as demarcações do Direito valendo-se das noções de entorno, contorno e dintorno apresentadas por José Ortega y Gasset e Gustavo Bueno. Maria Carolina Rodrigues Freitas aborda obsolescência da teoria do direito moderno na pós-modernidade. Claudio Pedrosa Nunes trabalha temas do direito processual à luz da doutrina medieval-tomista. Juan Calvillo Hernandez procura demonstrar que a metafísica, fortemente criticada por Hans Kelsen, tem sido recuperada pelo positivismo jurídico.

Um segundo eixo traçado por Mariana Isern, na relatoria, é marcado pela busca de opções para se pensar e repensar alternativas aos paradigmas atuais do Direito, sob os parâmetros antropocêntrico e biocêntrico da dignidade e do bem viver. Aqui encontram-se os trabalhos de Wallace Antonio Dias Silva (Brasil), Maren Guimarães Taborda e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (Brasil), Zabalza Alexandre (França), Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa (Brasil), Jesús Ignacio Delgado Rojas (Espanha) e Bruno Rabelo Coutinho Saraiva (Brasil).

Wallace Antonio Dias Silva estabelece uma alternativa integradora do bem viver latino-americano, sob uma perspectiva biocêntrica, propondo o cooperativismo como via superadora do problema da precarização do trabalho. Maren Guimarães Taborda e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, juntas, empregam o conceito de Stammler de um direito objetivamente justo a um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro sobre demarcação de terras indígenas, de forma a indagarem se é tarefa da justiça levar a cabo um ideal e em que grau. Para Alexandre Zabalza, a Terra ficou muito tempo alijada do conhecimento filosófico e demorou muito tempo para que entidades não humanas fossem dotadas de personalidade jurídica. Com base na literatura de Saint Exupéry, mostra que domar a natureza não significa conquistá-la, mas “domesticar”, no sentido de criar vínculos. Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa, no âmbito do “novo constitucionalismo latino-americano”, procura substituir o modelo antropocêntrico constitucional pelo biocêntrico, da dignidade. Jesús Ignacio Delgado Rojas recupera as ideias kantianas de dignidade e autonomia para enfrentar problemas atuais. Bruno Rabelo Coutinho Saraiva discute o Direito Natural, com ênfase na centralidade do ser humano.

No terceiro e último eixo, o relevo encontra-se na argumentação, especialmente, a legislativa. Com uma dose de graça, Mariana Isern destaca dos trabalhos: “Los ciudadanos no dormirían pacíficamente si supieran como se hacen las salchichas y las leyes.(...) Desde entonces, el sistema de producción de embutidos há evolucionado, siendo sometido (al menos en teoria) a estrictos estándares sanitários. La producción de leyes, por outra parte, sigue siendo llevada a cabo sin el método o la organización apropiados.”

Em torno da questão da racionalidade legislativa estão os trabalhos de Mariana Barbosa Cirne (Brasil) em coautoria com Tainá Junquilha (Brasil); de João Aurino de Melo Filho (Brasil); Francesco Ferraro (Itália); José Ribas Vieira em coautoria com Fernanda Lage Alves Dantes (Brasil) e o de José Eduardo Schuh (Brasil).

Mariana Barbosa Cirne e Tainá Junquilha percebem a crise legislativa como uma oportunidade dada ao jurista para aumentar a racionalidade no processo legislativo. Segundo João Aurino de Melo Filho, a Teoria do Direito falhou ao ignorar o processo legislativo. Francesco Ferraro, ao considerar que o legislador possui, na realidade, uma racionalidade limitada por fatores de ordem pessoal e institucional, explora os conceitos de sub-inclusão e sobre-inclusão de Nino e Nowak, passando por Wróblewski e Wittgenstein. José Ribas Vieira e Fernanda Lage Alves Dantes chamam a atenção para o diálogo entre as teorias jurídicas e as teorias sociológicas, no sentido de que o Direito pode servir de mecanismo para a transformação social. José Eduardo Schuh, segundo Mariana Isern, se propõe a comprovar a possibilidade do emprego de técnicas derivadas dos estudos da Economia do Comportamento na elaboração de normas legais, com o fim de aumentar a efetividade normativa e a eficácia social.

Com relação aos trabalhos sobre racionalidade judicial, a preocupação central está na formação jurídica dos encarregados de aplicar o Direito. Aqui se encontram os trabalhos de Zoraida García Castillo (México), Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba (Equador), Eduardo Ribeiro Moreira (Brasil), Valeria Lopez Vela (México) e Silvia Zorzetto (Itália).

Zoraida García Castillo trata da validade e confiabilidade dos resultados das provas científicas no processo, assim como a responsabilidade epistêmica do julgador ao realizar inferências sobre os fatos. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba trabalha o tema da igualdade, a partir da proporcionalidade e da analogia. Eduardo Ribeiro Moreira defende o direito constitucional comparado como técnica de interpretação. Silvia Zorzetto sustenta que a “pretensão de correção” é uma característica interna da prática jurídica e necessária à sua própria existência. Valeria Lopez Vela analisa a complexidade do conceito de dignidade a partir de sua aplicação pela Suprema Corte de Justiça do México.

Diego Luna, da Universidade de Buenos Aires, é o segundo relator do grupo “Direito, Razões e Racionalidade”. Dos 23 trabalhos que analisou, ele nos diz que:

“Un primer grupo de ponencias pone su atención en la racionalidad judicial, desde marcos teóricos que ponen el acento en los aspectos retóricos de la argumentación jurídica, el razonamiento silogístico, la creación judicial del derecho y un particular ejemplo, en este contexto, de decisiones contradictorias de tribunales superiores. Agrupo acá los trabajos de Elias Canal Freitas (Brasil), Pedro Parini Marques de Lima (Brasil), Maria Lucia de Paula Olivera (Brasil), Guilherme Gomes Vieira (Brasil) e João Paulo Rodrigues de Castro (Brasil). [...]

Otro conjunto de ponencias que aborda también el problema de la creación judicial del derecho, desde la perspectiva de la argumentación jurídica, pone el acento en las nociones de "derrotabilidad" y "derecho discutido" para dar cuenta de situaciones excepcionales para las reglas generales y el problema de su legitimidad, del control público de las decisiones, con una particular referencia al problema de los supuestos de aborto como ejemplo de situaciones semejantes. Reúno acá los trabajos de Claudia Roesler e Isaac Reis; Henrik Lopez Sterup; Mauricio Martins Reis y Alexandre Prevedello; Anizio Pires Gavião Filho y Alexandre Prevedello; y Marcelo Fernández Peralta. [...]

Un tercer conjunto de ponencias puede agruparse en torno de las perspectivas críticas que se ocupan en la teoría general y en la interpretación judicial del denominado giro decolonial, de los problemas de neoconstitucionalismo y el multiculturalismo e interculturalidad en la región latinoamericana, incluso desde perspectivas aparentemente disímiles como la hermenéutica y la filosofía del lenguaje. Se reúnen ahora las ponencias de Diogo Bacha e Silva; María Nazareth Vasques Mota y Carla Thomas; Dulce Alejandra Camacho Ortiz y Rina Pazos. [...]

En cuarto orden, pueden presentarse los trabajos que se estructuran en torno de las nociones de casos fáciles, difíciles y trágicos para presentar a partir de decisiones concretas de tribunales superiores o constitucionales de la región modos problemáticos del razonamiento judicial y los problemas de fundamentación que ellos conllevan cuando se acude a la denominada ponderación de principios y su difícil conciliación con la aplicación de reglas. Son las ponencias de Juan Bautista Etcheverry; Renato Rabbi-BaldiCabanillas y Renato do Espírito Santo Rodrigues y Claudia Toledo. [...]

En un quinto grupo de ponencias reúno cuatro ponencias que recuperan autores clásicos que se enmarcan tanto históricamente, como epistemológicamente en el debate iusnaturalismo vs.

iuspositivismo de mediados del siglo pasado (Ehrlich, Kelsen, Larenz, Radbruch) en el contexto de la segunda Guerra Mundial, el Régimen de la Alemania Nazi y el desafío epistemológico que supuso para la ciencia del derecho el juzgamiento de esos crímenes. Íntimamente relacionado con esa temática, dos ponencias se refieren al problema de la criminalización o la tolerancia de los denominados discursos de odio. Son los trabajos de José Raul Cubas Júnior y José Renato Gaziero Cella; Eduardo Javier Jourdan Markiewicz; Victor Medrado y Rafael Mello Ferreira y Marcelo Campos Galuppo. [...]

Por último, un par de ponencias relativas a dos asuntos que vinculan política y derecho en el ámbito particular brasileiro, aunque con repercusión regional y mundial: la discusión sobre la legitimidad y constitucionalidad del instituto del impeachment y el modelo de defensa pública gratuita, ambos contemplados en la Constitución de Brasil aunque con diversos recorridos y tradiciones históricas, políticas, jurídicas y filosóficas. Se trata de las ponencias de Margarida Maria Lacombe Camargo (Brasil) y Bernard dos Reis Alo (Brasil).”.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Vinícius Sado Rodrigues

Organizadores

EL DEBATE FINNIS-JARVIS THOMSON. UNA LECTURA DESDE EL REALISMO JURÍDICO CLÁSICO

EL DEBATE FINNIS-JARVIS THOMSON. UNA LECTURA DESDE EL REALISMO JURÍDICO CLÁSICO

Marcelo Fernández Peralta ¹

Resumo

El presente trabajo propone una serie de reflexiones sobre el aborto a partir de un análisis del debate que, sobre el particular, mantuvieron Judith Jarvis Thomson y John Finnis. El mismo no obstante haber transcurrido en la década del 70 del siglo pasado no ha perdido interés ni actualidad. Tras pasar revista a alguno de los fundamentos esgrimidos por ambos autores a favor y en contra de la interrupción voluntaria del embarazo -vinculados a tópicos tales como el momento del inicio de la vida humana, el derecho de disposición sobre el propio cuerpo, el concepto de responsabilidad y la libertad de decidir- se procura establecer cuál de las dos posturas expuestas resulta mejor fundamentada. La conclusión, establecida desde la óptica del iusnaturalismo clásico, es que el aborto no puede ser considerado como contenido válido de derecho alguno en virtud de atentar directamente contra uno de los bienes humanos básicos que, por servir de sustento al ordenamiento jurídico, no pueden nunca ser desconocidos por éste.

Palavras-chave: Aborto, Derechos humanos, Bienes humanos básicos

Abstract/Resumen/Résumé

RESUMEN El presente trabajo propone una serie de reflexiones sobre el aborto a partir de un análisis del debate que, sobre el particular, mantuvieron Judith Jarvis Thomson y John Finnis. El mismo no obstante haber transcurrido en la década del 70 del siglo pasado no ha perdido interés ni actualidad. Tras pasar revista a alguno de los fundamentos esgrimidos por ambos autores a favor y en contra de la interrupción voluntaria del embarazo -vinculados a tópicos tales como el momento del inicio de la vida humana, el derecho de disposición sobre el propio cuerpo, el concepto de responsabilidad y la libertad de decidir- se procura establecer cuál de las dos posturas expuestas resulta mejor fundamentada. La conclusión, establecida desde la óptica del iusnaturalismo clásico, es que el aborto no puede ser considerado como contenido válido de derecho alguno en virtud de atentar directamente contra uno de los bienes humanos básicos que, por servir de sustento al ordenamiento jurídico, no pueden nunca ser desconocidos por éste.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Aborto, Derechos humanos, Bienes humanos básicos

¹ Profesor Introducción y Filosofía del Derecho, UCCuyo, San Juan, Argentina. Doctorando en Derecho, Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina.

1. INTRODUCCIÓN

El valor de la vida humana y su proyección como derecho es el sustento - reconocido o no en su real dimensión- de todo orden jurídico.

La cuestión de la existencia del hombre y del inicio de ésta ha sido y es aún tema de debates en muchos casos apasionados, que sostienen posiciones antagónicas, y en el que no muchas veces se llega a conclusiones que puedan hacer avanzar la discusión hacia un cauce de mayor claridad. Tal es la situación en la República Argentina, país en el cual al momento de escribir estas líneas se discute no sólo sobre la despenalización de todos los casos de aborto sino también sobre la instauración de un régimen de interrupción del embarazo libre, legal y gratuito. Si bien son varios los proyectos existentes, sus disposiciones se pueden resumir en los siguientes puntos principales¹:

- a. Se derogan las penas por el aborto voluntario tanto para la mujer como para el personal sanitario interviniente.
- b. En todos los casos se deberá expresar el consentimiento por escrito, previa información profesional respecto de las características y consecuencias de la intervención.
- b. Se establece que toda mujer mayor de 13 años podrá decidir voluntariamente la interrupción de su embarazo hasta la semana número 14 de gestación. Para el caso de menores de esa edad se requiere la asistencia de quien ostente su cuidado. En caso de violación, riesgo para la vida o salud física de la mujer y también en caso de malformaciones fetales graves el aborto podrá practicarse incluso más allá de las primeras catorce semanas de embarazo.
- c. Se determina que será obligatoria su cobertura por parte del sistema de obras sociales y en el caso de mujeres que no posean tal seguro de salud, lo podrán hacer en los hospitales públicos. En todos los casos se establece un plazo de 5 días desde la manifestación de voluntad de la paciente.
- d. En principio, no se contempla el derecho a la objeción de conciencia para el personal sanitario involucrado.

En el presente trabajo y como un aporte más, se comentarán algunos aspectos del debate que mantuvieron Judith Jarvis Thomson, prestigiosa profesora del Instituto

¹ Vid. http://www.parlamentario.com/db/000/000597_proyecto_ive_2018.pdf. Fecha de consulta: 20 de mayo de 2018.

de Tecnología de Massachusetts y el catedrático de Oxford John Finnis; el cual, no obstante tener más de 40 años, no ha perdido actualidad dada la coyuntura y el nivel intelectual de los contendientes.

El mismo se originó con un artículo de Thomson, que fue replicado por Finnis y que a la vez tuvo su contrarréplica; dichas intervenciones en su conjunto formaron un diálogo sin dudas enriquecedor, que aun hoy permite extraer nuevas conclusiones y fundamentalmente, nuevos interrogantes. Tal es el objetivo de este escrito en el cual, tras efectuar una acotada síntesis de sus posturas, se presentará nuestra visión expuesta desde la óptica del realismo jurídico clásico de raigambre aristotélico tomista.

2. SOBRE LOS AUTORES

Si bien en un trabajo de tan corta extensión no se justificaría en principio brindar datos biográficos de los autores sobre los cuales se expone, en este caso particular resulta de singular importancia.

Ello porque la primera es una reconocida activista de la denominada “filosofía feminista” y su crítico uno de los más grandes exponentes del iusnaturalismo clásico del siglo XX. Y porque resulta particularmente esclarecedor conocer sus contextos para comprender sus concepciones sobre el tema en debate.

2.1. Judith Jarvis Thomson² y su artículo “A defense of Abortion”

Hija de padre judío y madre católica, Judith Jarvis Thomson es una filósofa estadounidense nacida en New York en 1929 que alcanzó su mayor notoriedad con un ensayo publicado en 1971 denominado “A defense of abortion”³ que es el que se comentará en este artículo. En él la autora analiza el hipotético caso de una persona que ha sido raptada y drogada por una Sociedad de Amantes de la Música; y que al volver en sí descubre que sus riñones han sido artificialmente conectados con los de un famoso violinista que necesita por unos meses de esta conexión para sobrevivir dado que padece una enfermedad renal mortal. De esa manera efectúa

² Vid. <http://web.mit.edu/philosophy/thomson.html>, consultada el 20 de mayo de 2018.

³ Publicado en *Philosophy and Public Affairs* 1. No. 1 (Fall 1971), Princeton University Press. Se cita por la traducción al castellano contenida en AA.VV. *Debate Sobre el Aborto, Cinco Ensayos de Filosofía Moral*, CÁTEDRA, Colección Teorema, Madrid, 1974 págs. 9 a 32.

la comparación con el aborto: compara la situación hipotética del secuestrado con aquella en la que se encuentra la mujer que tiene un embarazo que no desea continuar; se trataría, expone, de dos situaciones similares en el sentido de que ambas exhiben una vinculación corporal indeseada.

Thomson ha dedicado toda su vida a estudios de Filosofía Moral, revistiendo en la actualidad como profesora emérita del MIT.

2.2. John Finnis

John Finnis nació en Adelaida, Australia, en el año 1940. Realizó sus estudios de doctorado bajo la supervisión de H.L.A. Hart hasta completar su tesis doctoral titulada *The Idea of Judicial Power* (1965). A partir de entonces Oxford ha sido su hogar académico, además de haber enseñado en numerosas otras universidades de gran jerarquía como Berkley, Boston y Notre Dame. Católico practicante confeso, es autor de numerosas obras sobre Derecho Natural, Filosofía Moral y Filosofía del Derecho, entre las que destaca su obra cumbre *Natural Law and Natural Rights*, en la que aborda analíticamente temas como las formas básicas del bien, las exigencias básicas de la razonabilidad práctica, la justicia, los derechos, la obligación, la autoridad, las leyes injustas y hasta la naturaleza y Dios⁴.

En lo que a este trabajo atañe, Finnis responde los argumentos expuestos por la Profesora Thomson. Dicha respuesta fue publicada en su artículo “*The Rights and Wrongs of Abortion*”⁵.

3. EL ABORTO COMO HECHO DEFENDIBLE

3.1. Planteo del problema

Lo original del pensamiento de Thomson es que, a diferencia de una corriente prominente del espectro abortista, ella no propone como eje de la discusión si el feto reviste calidad de persona y por ende sujeto de derecho. Más allá de que no

⁴ Véase Estudio Preliminar a cargo de Cristóbal Orrego S., en FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980, p. 9-32.

⁵ P & PA 2, no. 2 (Winter 1973). Se cita por la traducción al castellano contenida en AA.VV. Debate Sobre el Aborto, Cinco Ensayos de Filosofía Moral, Madrid, CATEDRA, Colección Teorema, 1983, págs. 108 a 142.

está de acuerdo con la idea de que lo es desde el momento de la concepción, concede que efectivamente lo es desde “bastante antes del nacimiento”⁶. También expresa que se inclina “a estar de acuerdo con que la perspectiva de «trazar una línea» en el desarrollo del feto es bastante turbia”⁷ y expone una serie de características humanas que el feto adquiere desde muy temprano tiempo de gestación.

Al menos, en esta última afirmación, resulta irresistible. Es que efectivamente, tomar cualquier parámetro que no sea la concepción como determinante del inicio de la condición de humanidad sería arbitrario. Por el contrario, los estudios genéticos, en particular los de la línea del ADN han reforzado que “desde la singamia, existe ya un ser humano con prescindencia de los accidentes que lo distinguen”⁸.

De tal forma, el único instante indubitable, determinable con absoluta precisión como de creación propiamente dicha y entendida como inicio de una realidad óptica diferente de la madre es el momento de la concepción. La autora utiliza una metáfora que se sigue usando como slogan publicitario de las campañas abortistas, comparando una bellota con el cigoto y diciendo que ni aquella es un roble ni éste una persona. Lo cierto es que el cigoto contiene todos los elementos constitutivos de la persona humana, su línea de ADN lo configura como un ser independiente y distinto de su madre. Sólo necesita de dos cosas que justamente ésta le puede proveer: alimento y el tiempo necesario hasta que se pueda desprender de su seno. El caso de la bellota es bien diferente ya que dicho fruto no posee una especial vinculación con el árbol del cual surge. Finnis lo explica de la siguiente manera: “Dos células sexuales, cada una con sólo veintitrés cromosomas, se unen y de forma más o menos inmediata se funden para convertirse en una nueva célula con cuarenta y seis cromosomas, que dan lugar a una constitución genética única”⁹. Se trata de la conformación, ab initio, de un

⁶ Op. cit. nota 3, p. 10.

⁷ Ídem.

⁸ RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, La experimentación en seres humanos. Reflexiones a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina, en RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato et al, Los derechos de la persona en el nuevo Código Civil y Comercial, Buenos Aires, La Ley, p. 98.

⁹ Op. cit. nota 3, p. 141

nuevo ser, distinto de su madre y por lo tanto, merecedor de respeto por sus bienes básicos.

3.2. La relevancia del consentimiento

Otorgado por Thomson que el feto es persona antes de nacimiento, su línea argumental pasa por el consentimiento. Dice: “Creo que podemos tomar como dato que en el caso de embarazo debido a violación, la madre no ha concedido a la persona no nacida el derecho al uso de su cuerpo. A decir verdad, ¿en qué embarazo puede suponerse que la madre ha otorgado a la persona no nacida tal derecho? No es como si hubiera personas no nacidas flotando a la deriva por el mundo, a quienes la mujer que desea un niño les dijera «Te invito a pasar»”¹⁰.

Se observa un concepto muy particular de consentimiento en esta afirmación. Porque dada nuestra natural sociabilidad, todas nuestras acciones tienen consecuencias que involucran a los demás en mayor o menor medida.

Además, como se puede advertir, si de simple consentimiento se tratara tampoco tendría derecho la madre a disponer del cuerpo del hijo, quien nunca se lo prestaría para dañarlo. Planteado en esos términos el conflicto no tiene solución.

El concepto de concesión de derecho aludido por la autora merecería un desarrollo que excede en mucho la extensión de estas páginas. Pero resulta menester dejar sentada nuestra convicción en el sentido de que los derechos como el de disposición sobre el propio cuerpo al cual la propia Thomson alude son de orden natural y por lo tanto no dependen de su reconocimiento por norma positiva alguna. Se tienen por el sólo hecho de ser persona dado que protegen lo que Finnis denomina bienes humanos básicos. De manera que tanto la mujer como el niño que alberga en su vientre disponen de ellos. La diferencia es que el nasciturus no los puede ejercer per se; lo que en modo alguno debilita su postura, sino que por el contrario exige de la ley una mayor protección; la mayor protección que merecen todas las criaturas que se encuentran en posiciones débiles y/o desventajadas. Podemos acá establecer otro ítem de discusión. En efecto, uno de los argumentos más utilizados por las posturas abortistas es que las mujeres más afectadas son las de condición más humilde, que en muchas ocasiones mueren por

¹⁰ Op.cit. nota 2, p.22.

tener que abortar en condiciones precarias a diferencia de aquellas que pueden pagar una clínica. Se alude así a la debilidad en que se encuentran estas mujeres y derivan de allí una especial necesidad de protección. Entendemos que si de debilidad se trata, nadie más débil que el niño por nacer, quien depende absolutamente de su madre para todo ya que naturalmente debe pasar los primeros meses de su vida unido a ella en todo momento para sobrevivir. Siguiendo el mismo razonamiento, merece también una especial protección por parte del orden jurídico. De manera que, desde esta óptica, tampoco se puede optar por alguno de los derechos en juego.

3. 3. El concepto de responsabilidad

En otro párrafo dice Thomson: “Si unos padres no evitan el embarazo, no llevan a cabo un aborto, y, cuando el niño nace, no lo dejan a disposición de unos adoptantes, sino que se lo llevan a casa, entonces han asumido la responsabilidad, le han concedido derechos, y ahora no pueden retirarle la atención a costa de su vida simplemente porque les resulte difícil dedicársela. En cambio, si ellos han tomado todas las precauciones razonables para evitar un niño, no tienen una especial responsabilidad hacia él sólo en virtud de la relación biológica que les une al niño que han concebido. Puede que quieran asumir esa responsabilidad, pero puede que no quieran. Lo que intento decir, es que si la asunción de responsabilidad les exige un gran sacrificio pueden rechazarla.”¹¹

La autora bajo comentario es muy afín a plantear ejemplos bastante originales y atractivos (como el ya citado de la bellota que no es roble, o el de la caricia de Henry Fonda que resulta un paliativo para un mal de salud de una enferma terminal, entre otros). Con el primero quiere decir que de la misma forma que la bellota no es un roble, el cigoto no es una persona. Con el segundo, que Henry Fonda no tendría la obligación de cruzar todo Estados Unidos para tocar la mejilla de una mujer enferma terminalmente de cáncer sólo para provocarle una mejoría. Empero, opino que no resultan aplicables porque en el embarazo se plantea una cuestión de responsabilidad que no existe en sus comparaciones; se trata de una

¹¹ Op. cit. nota 2, p. 31.

responsabilidad objetiva de orden natural que se tiene independientemente del consentimiento.

Para la autora ser responsable implica tan sólo “tomar todas las precauciones razonables para evitar un niño”¹² de manera que parecería ser que eso es suficiente para evitar cualquier consecuencia indeseada. En otras palabras, aquella pareja que no desea concebir y que ha tomado las precauciones de control de natalidad, y aun así concibe (por cualquier circunstancia) resultaría liberada para abortar. El razonamiento es tan liviano como pueril desde el doble prisma del derecho y de la moral: desde el primero porque el orden jurídico impone responsabilidades para una gran cantidad de actos que se han efectuado en forma involuntaria y desde el segundo porque, concedido por la propia autora que el embrión es persona, merece por tal condición el máximo respeto que su dignidad impone.

Razonar como Jarvis Thomson sería como liberar de responsabilidad al conductor que tomó todas las precauciones en el sistema de frenos de su vehículo y no obstante ello mató a un peatón porque los mismos fallaron. Es verdad que no hubo intención de matar. Es verdad que tomó todas las precauciones. Pero de ello no se deriva que no deba responder.

Asimismo, es muy importante resaltar que no resulta optativo al obligado cumplir o no cumplir una obligación. La existencia de la obligación implica la necesidad de cumplirla. La posibilidad de no hacerlo tiene que ver con la esfera de decisión de la persona –y obviamente, con la concepción de hombre que tengamos- pero no se encuentra intrínseca en la obligación misma. Porque todo lo que es, tiende a ser, a su realización. Las obligaciones, están para cumplirse, no para no cumplirse. En el ejemplo propuesto por Thomson los padres que han concebido al niño sin querer no tienen realmente la opción de incumplir su obligación de llevar el embarazo adelante sólo “porque tomaron las precauciones necesarias para evitarlo”¹³.

4. RÉPLICA DE JOHN FINNIS

¹² Ídem.

¹³ Ídem

4.1. Algunas contestaciones.

En su artículo “Pros y contras del aborto”¹⁴, John Finnis dice: “Las reflexiones de Thomson sobre los derechos ... indica[n], con bastante menos claridad, una serie de problemas sobre la fuente de los derechos; en concreto sugiere que, dentro de un amplio abanico (que no especifica) de tipos de derechos, una persona sólo tiene derecho a lo que se le otorga por alguna donación, concesión u ofrecimiento por parte de otra persona”¹⁵. Pero, continúa diciendo “...algunos derechos implícitos..., no se adquieren por cesión del que los tiene”¹⁶.

Explica Finnis que todo el argumento de Thomson está basado en que no tenemos ninguna responsabilidad especial por la vida o el bienestar de los otros, “si no la hemos asumido explícita o implícitamente”¹⁷. Coincidimos con Finnis en que esto es un error.

Las responsabilidades emergentes de nuestros actos no dependen de nuestra voluntad. Por lo menos no siempre y no en toda su extensión. Mucho menos en lo que tiene que ver con la vida y la existencia de una persona distinta de nosotros, que constituye una unidad existencial distinta y que no nos pidió ser concebida. Continúa Finnis: “Lo que carece de adecuada atención por parte de Thomson, entonces, es la afirmación (una de las afirmaciones implícitas, en mi opinión, en la retórica conservadora y papal sobre los derechos) de que el deber de la madre de no abortar no es que parte de ninguna responsabilidad especial que ella tenga hacia el niño, sino parte clarísima de un deber común que todos tenemos hacia el prójimo”¹⁸.

La crítica de Finnis parte del supuesto de que el aborto no puede ser justificado jurídicamente porque va en contra de uno de los bienes básicos que en su opinión no pueden dejar de ser reconocidos y protegidos por cualquier orden jurídico que se precie de tal.

¹⁴ Op. cit. nota 4, p. 108.

¹⁵ Op. cit. nota 4, p. 109.

¹⁶ Op. cit. nota 4, p. 113.

¹⁷ Op. cit. nota 4, p. 114.

¹⁸ Op. cit. nota 4, p. 116.

“...Las consecuencias globales, previsibles, de una acción no ofrecen suficiente base para tomar una decisión que no puede verse más que como una elección contra un valor básico (aunque ese valor básico que se espera se consiga finalmente en las consecuencias), ya que no se puede valorar esas consecuencias de forma suficientemente razonable y definitiva para ser la medida decisiva de nuestra reacción ante los valores humanos, mientras que una elección directa que vaya verdaderamente contra un bien básico proporciona, por el contrario, su propia valoración definitiva”¹⁹.

Las palabras de Finnis muestran como en el tema en estudio, la doctrina consecuencialista a la cual Jarvis Thomson pareciera adherir resulta particularmente criticable. Porque el atentado directo contra un bien básico resulta contundente e indefectiblemente calificable como negativo, independientemente de sus consecuencias.

El hecho insoslayable de que los abortos clandestinos provocan en muchos casos la muerte de la mujer por falta de asepsia, resulta ser quizás el argumento más frecuentemente aludido por las posturas abortistas. Pero tales formas de pensar soslayan el valor de la vida del no nacido, creando de esa manera una jerarquía de valores entre las vidas en juego; sin proponérselo, caen en una discriminación tan aberrante como la que critican, porque dicen que con el aborto ilegal mueren mujeres pobres que no pueden pagar por clínicas costosas que trabajan en la clandestinidad. Sin embargo, no mencionan que en el aborto, sea legal o ilegal, lo que seguro sucede es que quien muere es el nasciturus. En otras palabras: con el aborto ilegal la vida de la mujer corre mayor riesgo de muerte; pero independientemente de su legalidad o ilegalidad quien indefectiblemente muere es el nasciturus. Así las cosas, la relación más clara del aborto con la muerte no se da en la madre, sino en el niño por nacer.

Volviendo al tema de la prioridad sobre el cuerpo, se dijo que tanto la madre como el niño la tienen, de manera que no podría ser usada como parámetro de justificación.

¹⁹ Op. cit. nota 4, p. 121

“...El niño, como su madre, tiene una «justa prioridad sobre su cuerpo» y el aborto significa poner las manos encima de, manipular, ese cuerpo. Y aquí tenemos, tal vez, la razón decisiva de que el aborto no se pueda asimilar al terreno de los problemas del samaritano y de que la localización que Thomson hace de ellos en ese caso sea una mera originalidad”²⁰. Se refiere Finnis a las menciones que como estándares de comportamiento Thomson propone aludiendo a la figura bíblica del buen samaritano a las que agrega el espléndido samaritano y el samaritano mínimamente decente. Para ella sólo sería moralmente exigible para la mujer éste último.

En otro ingenioso ejemplo, la Prof. Thomson asemeja el feto no deseado a un ladrón que permanece en una casa ajena sin permiso de su dueño. Finnis responde que -a diferencia del ladrón que permanece en una casa ajena a la que entró sin permiso- el niño no rompe ningún deber al estar dentro de su madre. Thomson no ofrece ningún argumento en favor de que el niño rompa un deber al estar presente (aunque sus contra ejemplos indican que lo supone tácitamente)²¹. El niño no entró voluntariamente al cuerpo de la madre, como sí lo hizo el ladrón en el hogar ajeno. Por ello el ejemplo no resulta acertado.

Estimamos que, como advierte Finnis, Thomson no argumenta contra esta última afirmación no porque lo haya obviado, sino porque tendría que admitir que, en torno a ella sus conceptos de derecho y responsabilidad son contradictorios: el niño por nacer surge y se desarrolla naturalmente en el cuerpo de su madre; a diferencia del caso del ladrón, no existe voluntad de violentar ningún bien ajeno.

5. NUESTRO PUNTO DE VISTA

5.1. Planteo del problema

Dice Finnis “Creo que aquellos a quienes Aristóteles llama sabios pueden tener opiniones claras sobre la mayoría de los problemas de aborto, opiniones que no coincidirán con las de Thomson”²².

²⁰ Op. cit. nota 4, p. 137.

²¹ Op. cit. nota 4, p. 138.

²² Op. cit. nota 4, p. 140

La intuición finnisiiana expone que cualquier persona común sin formación académica de ningún tipo tiene formado un claro concepto del supremo valor de la vida.

En nuestra opinión efectuar un análisis del aborto, tomando como punto de partida la determinación de un momento hasta el cual se pueda abortar lícitamente sería un error. En eso existe coincidencia incluso con Jarvis Thomson. Pero también resulta un error, establecer la condición de permanencia o no del feto en el útero de la madre en la exclusiva voluntad de ésta.

Si admitimos como cierto, y Jarvis Thomson lo hace, que existe vida desde el momento mismo de la concepción, no hay razones para elegir entre la vida de la madre y la del niño. No por lo menos que dependan de la voluntad de la madre que es quien puede actuar sobre el cuerpo y la vida del no nacido.

5.2.No se trata de un conflicto de derechos

Afirmamos categóricamente que no se trata de un conflicto de derechos. No se trata de elegir, como afirman varias corrientes favorables a la completa despenalización del aborto, entre los derechos de la madre y los del niño. Porque si bien podemos tener por cierto que sobre el cuerpo de la madre decide ella, podemos válidamente preguntarnos ¿sobre el cuerpo del pequeño ser que alberga en su vientre quién decide? La única forma de eludir esta respuesta es quitándole entidad al feto, sacándolo de su lugar de titular de derechos o poniéndolo en una especie de categoría subhumana. Y tal aserto es no sólo carente de sustento científico sino fundamentalmente arbitrario y por ende antijurídico. El hecho de que sea precisamente la madre quien deba decidir por la vida de su hijo es el hecho generador de la responsabilidad que Thomson niega.

Enseña Jacques Maritain que “el hombre es un individuo que se sostiene a sí mismo por la inteligencia y la voluntad; no existe solamente de una manera física; hay en él una existencia más rica y más elevada, sobre existe espiritualmente en conocimiento y en amor... es un universo en sí mismo...”²³.

²³ MARITAIN, Jaques, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Biblioteca Nueva, Colección Orfeo, 1956, pág.12

Con esta cita, cuyas palabras nos parecen de una notable inspiración, queremos expresar lo majestuoso de la humanidad y el respeto que le es debido. Estimamos que el debate sobre el aborto debería asumirse siempre desde el valor ineludible que tienen las dos vidas en juego. De otra forma resulta parcial y por lo tanto injusta.

5.3.No se trata de derechos disponibles

Afirmamos también la ilegitimidad del aborto porque la mujer no puede válidamente disponer de una vida que le es ajena.

Los ejemplos aludidos por Jarvis Thomson, como bien lo demuestra Finnis, en poco la ayudan. Porque la vida del feto es una vida diferente de la madre. Es la vida de un ser que no pidió venir a la existencia. Y que, por circunstancias naturales, es decir simplemente porque es así y no de otra forma, anida en su inicio en el cuerpo de otro ser.

Pero tal vínculo, que Jarvis Thomson pareciera tratar como un contrato cuando dice que tiene derecho a expulsarlo si el entró sin consentimiento, no tiene naturaleza contractual. Ni mucho menos unilateral, por lo que no se trata de un derecho libremente disponible por la madre. El argumento esgrimido nos resulta vinculado con el propuesto por Ferrajoli, quien afirma que la voluntad de la madre tiene carácter performativo de la vida del hijo con estas palabras “...un derecho-poder de generar, es decir, de pensar y querer al embrión como persona, que es un poder por así decirlo constituyente, creativo de la personalidad del nasciturus no menos que de su cuerpo, expresión de una potencia natural inherente únicamente a la diferencia femenina”²⁴. Tal temperamento confunde dos cosas bien distintas: la condición de humanidad con la existencia propiamente dicha. Afirmar que la condición de humanidad del feto depende de la voluntad performativa de la madre, sería tanto como afirmarlo respecto de la que posee la víctima de un atraco a mano armada; lo que depende de la madre en un caso y del atracador en el otro, no es la condición de humanidad del no nacido y de la víctima respectivamente, sino la existencia misma. Así las cosas, si logramos establecer esa diferencia se aclara la

²⁴ Tal su afirmación en la Jornada académica llevada a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 19 de abril de 2018. El desarrollo de su postura puede leerse en FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris*, Tomo 2. Teoría de la Democracia, Madrid, Trotta, 2007, p. 230 y subs.

cuestión: la voluntad no otorga la condición de hominidad al nasciturus, pero sí su mantenimiento con vida. Si lo aborta, lo mata, le quita la vida a un ser cuya condición de humanidad ya existía independientemente de cualquier acto de la madre.

5.4.El aborto es un asesinato agravado

No obstante la diferente tipificación que el aborto tiene respecto del homicidio - hecho que agudamente puntualiza Roberto Saba²⁵ - entendemos, a diferencia de él, que el aborto es un asesinato liso y llano porque existe persona desde el momento mismo de la concepción. De tal forma constituye, en palabras de Finnis, un atentado grave contra uno de los bienes humanos básicos. La fijación de cualquier otro momento para determinar tal inicio de la condición de humanidad se ha establecido como arbitrario a la luz de los avances científicos en la materia.

Además, sostenemos que es un asesinato agravado por dos razones que estimamos ostensibles.

La primera es el vínculo. La propia madre es la que pone fin a la vida de su hijo, se desprende de él como lo hace con cualquier otra cosa que le molesta.

La segunda es el estado de indefensión de la víctima. El niño, que permanece arropado en el tibio seno de su madre nutriéndose de su savia, no espera de ella más que protección. No puede hacer nada más que esperar a crecer para salir a la vida extrauterina al momento oportuno. Y sin embargo ese momento no llegará.

6. CONCLUSIÓN.

6.1.El aborto no puede ser el contenido de un derecho por ir contra un bien básico digno de protección.

La corta exposición efectuada permite concluir que el aborto es un hecho indefendible. No se trata de un derecho de la madre en virtud de atentar contra uno de los bienes humanos básicos. No se trata del ejercicio de una porción de libertad, de un acto de disposición sobre el propio cuerpo porque en dicho acto se involucra el cuerpo de otro ser. No se trata de rechazar invasiones de espacios para

²⁵ SABA, Roberto, El aborto y la Constitución, Buenos Aires, Diario Clarín, 29/05/2018, p. 29.

las cuales no se ha dado permiso dado que el nasciturus no ha invadido voluntariamente espacio alguno. No se trata de suprimir un derecho de inferior jerarquía por otro de una superior dado que ambos seres poseen igual dignidad y por lo tanto igual derecho sobre su integridad física.

Se trata simplemente de un acto criminal, de un acto injusto, cuya antijuridicidad no cambiaría en caso de ser despenalizada su práctica, lo cual no solo no implicaría un avance en materia de derechos sino por el contrario, un evidente retroceso.

Una humanidad que desconozca su radical finitud y su necesidad de humanizarse continuamente es una humanidad que no llegará a buen rumbo.

Una humanidad que siga buscando justificativos para el aborto, será una humanidad que el día que los encuentre, habrá encontrado el punto de partida que lo lleva a su destrucción definitiva.