

## ¿EXISTE UN DERECHO CONSTITUCIONAL AL ABORTO?

**Martín D. Farrell**

*La libertad completa consiste en ser capaz de hacer lo que a uno le gusta, siempre que también haga algo que le gusta menos.*

ITALO SVEVO

Zeno's Conscience

1.-

A finales de la década del 80 en el siglo pasado una mujer joven, embarazada a consecuencia de una violación, solicitó a un juez permiso para abortar. El juez tenía varias alternativas para elegir. La primera de ellas consistía en señalar, correctamente, que el Código Penal no exige el consentimiento previo del juez para abortar en esas condiciones: la mujer debe abortar, y si el Estado pretende castigarla, entonces y recién entonces- debe invocarse la defensa prevista en el artículo 86 del Código Penal. El juez no eligió esta alternativa. La segunda de ellas consistía en interpretar, incorrectamente, que el Código Penal no autoriza cualquier aborto que tenga como antecedente una violación, sino que se requiere -además- que se trate de una mujer idiota, o demente. El juez rechazó esta interpretación inadecuada, y entendió que el Código Penal autorizaba el aborto en este tipo de casos. Optó entonces, de manera inesperada, por una tercera alternativa, y declaró inconstitucional esta parte del artículo 86, por entender que vulneraba la protección constitucional del derecho a la vida.(1)

Lejos de entender que podía hablarse de un derecho constitucional al aborto, el juez entendió que existía una prohibición constitucional al aborto. Este es uno de los extremos del segmento que se debe considerar. El otro extremo, por supuesto, está integrado por aquellos que piensan que el derecho a abortar está constitucionalmente protegido de manera irrestricta, y que así debe declararlo la Corte Suprema, independientemente del contenido de la legislación penal en vigencia.

Recurro de manera deliberada a la figura del segmento porque pienso que es bueno recordar

que estas dos posiciones son extremistas, y que en el medio del segmento aparecen otras dos posiciones. Ambas tienen esto en común: las dos creen que -en la mayor parte de los casos, al menos- es el legislador quien debe resolver el problema del aborto. Lo que las separa -obviamente- es esto: mientras una de ellas cree que el legislador debe resolver el problema prohibiendo -al menos en la mayor parte de los casos- el aborto, la otra cree que el legislador -al menos en buena medida de casos- debe permitirlo. Para la posición prohibicionista constituye una tentación imaginar una terminante prohibición constitucional al aborto, y para la posición permisionista constituye una tentación imaginar un derecho constitucional -tal vez sin límites- al aborto, pero ninguna de las dos posiciones, sin embargo, cae en la tentación de preferir alguno de los extremos del segmento.

El propio título de este trabajo permite inferir alguna identificación con la posición permisionista moderada, porque sugiere la posibilidad de que exista un derecho constitucional al aborto, lo que indica -y así ocurrirá- que no voy a considerar como alternativa viable la prohibición constitucional del mismo.

2.-

¿Cree la posición permisionista que el aborto es moralmente bueno?. Ciertamente no: moderada o extrema, la posición permisionista no cree que el aborto sea algo moralmente bueno. Si lo creyera, debería proponerse maximizar el número de abortos, cuando ello fuera posible. Debería, por ejemplo, oponerse al uso de métodos contraceptivos, porque ellos disminuyen la posibilidad de embarazo, y sin embarazo no hay aborto. Debería favorecer que las mujeres se embarazaran para abortar, ofreciendo para ello estímulos, incluso estímulos económicos.

Lo absurdo de esta idea ayuda a entender mejor la posición permisionista. El aborto es -en muchos casos- algo malo, algo moralmente malo. En esos casos hubiera sido mejor poder evitar el aborto, si existiera alguna otra alternativa aceptable. Sin embargo, existen casos en los que no está disponible ninguna alternativa aceptable. En esos casos, la postura permisionista reconoce que existen otros valores en juego, que se oponen al valor de preservar la vida humana. Reconoce también que los valores en conflicto son conmensurables, y -en algunos casos- que el valor que se

opone a la preservación de la vida humana cuenta por más. Entonces -no sin lamentar que deba recurrirse a un aborto- permite que el aborto acontezca.

La diferencia entre las dos posiciones -la prohibicionista y la permisioñista- es entonces muy clara.. Ambas coinciden en que hay vida desde la concepción, y en que es valioso preservar la vida humana. A partir de aquí comienzan las discrepancias, sin embargo. Para el prohibicionismo el valor de preservar la vida humana es absoluto, y no existe ningún valor que pueda entrar en conflicto con él tal que logre desplazarlo. Para el permisioñismo este conflicto puede acontecer.

3.-

Hasta ahora he estado hablando del aborto, en singular, como si pretendiera dar a entender que todos los casos de aborto merecen la misma evaluación moral, y -por lo tanto- el mismo tratamiento legal. La verdad está muy lejos de esto: hablar del aborto en singular, como si todas las instancias del mismo fueran similares desde el punto de vista de su evaluación, revela muy poca sensibilidad moral.

Un aborto realizado en el primer trimestre del embarazo, embarazo que fue resultado de una violación, no puede merecer la misma evaluación moral que un aborto a fines del segundo trimestre, realizado para evitar algún inconveniente laboral menor. El aborto de una estudiante menor de edad, cuyo embarazo podría causar un trastorno psicológico, familiar y social, de cierta magnitud, no puede equipararse al aborto de una mujer adulta realizado para ganar una apuesta.

De un modo más tétrico Anscombe nos pide que supongamos un escenario en el cual los fetos adquieren valor comercial. Una mujer podría quedar embarazada, entonces, y permitir que el feto alcanzara las veintiocho semanas de gestación-puesto que los fetos más pesados se pagan más en el mercado- para abortar luego y vender el feto.(2) ¿Alguien querría otorgar a la mujer el derecho a un aborto de este tipo?. No se trata hoy de una pregunta retórica, puesto que las investigaciones con células madres anticipan que los tejidos del feto tendrán valor, lo cual implica que llegarán a tener valor monetario. La circunstancia de que no aceptaríamos una transacción de este tipo permite descartar desde un comienzo la idea de basar el derecho al aborto en la propiedad de la mujer sobre

su propio cuerpo.(3)

Me parece que este es el defecto que aqueja a las dos posiciones que ocupan los extremos del segmento: ambas ven al aborto en singular. En un caso, permiten cualquier aborto, en cualquier momento; en el otro, prohíben cualquier aborto, en todo momento. Sea producto de la miopía, o del fanatismo, esta falta de sensibilidad moral es poco recomendable. Las posiciones que se encuentran en el medio del segmento tienden a ser más sensibles en este aspecto, y recogen la pluralidad de casos posibles de aborto.

4.-

Veamos ahora cómo puede presentarse un caso en favor de un derecho constitucional al aborto, para lo que voy a considerar como ejemplo la tentativa de Rawls en *Political Liberalism*. El considera allí tres valores que -potencialmente- pueden entrar en conflicto: el respeto a la vida humana, la reproducción ordenada de la sociedad política a través del tiempo, y la igualdad de las mujeres en tanto ciudadanos iguales. Piensa que un balance razonable de estos tres valores le otorga a la mujer un derecho acotado al aborto durante el primer trimestre del embarazo, puesto que durante este período prevalece el valor de la igualdad de las mujeres. Negar a la mujer el derecho a abortar durante el primer trimestre, salvo en casos de violación o incesto, afectaría lo que Rawls denomina una “esencia constitucional”. (4)

La posición de Rawls es extremista en un aspecto, pero no lo es en otro.(5) Por una parte, no distingue entre tipos de aborto, pues está impulsando el aborto a requerimiento, en cualquier caso. Por la otra, acota el derecho constitucional al primer trimestre del embarazo, cuando una posición realmente extremista no hubiera impuesto esta limitación.

¿Es plausible la idea de Rawls?. Resulta interesante mostrar que algunos de sus críticos coinciden con el tipo de aborto que él apoya, pero no lo consideran un derecho constitucional de la mujer, sino solamente un derecho que sería aconsejable que la ley otorgara. Jean Hampton, por ejemplo, se declara “apasionadamente de acuerdo” con la propuesta de Rawls, pero no con su *status* constitucional, puesto que piensa que

*gente que ha razonado acerca de este tema, sinceramente y de buena fe, ha alcanzado, y continuará alcanzando, conclusiones diferentes...y así puede concluir que no debería permitirse el aborto en el primer trimestre. (6)*

Hampton no objeta la solución de Rawls: al contrario, la apoya; lo que objeta es el nivel constitucional que Rawls desea asignarle. Hampton está en el medio del segmento: piensa que el legislador -en una buena medida de casos- debe permitir el aborto, pero no cae en la tentación de creer que el legislador tiene la obligación de hacerlo porque las mujeres, en esos casos, tienen un derecho constitucional al aborto. En realidad, como puede verse, Hampton cree lo contrario: si rechaza consagrar este derecho constitucional tan escueto, casi con seguridad podemos inferir que no cree que la mujer tenga *ningún* derecho constitucional al aborto (aunque podría hacer excepciones para casos como el de violación, por ejemplo.)

Gutmann y Thompson ofrecen una crítica similar. Ellos piensan -al estilo del Rawls de *Political Liberalism*- que la democracia deliberativa impone a los ciudadanos y a los funcionarios justificar las políticas públicas dando razones que puedan ser aceptadas por quienes van a ser obligados por ellas, esto es, razones mutuamente justificables. Esta actitud implica a su vez aceptar el principio de reciprocidad, que consiste en la capacidad de buscar términos equitativos de cooperación, ofreciendo razones que puedan ser aceptadas por los otros. La razón pública que se expresa en esta perspectiva se ofrece como la base moral óptima sobre la cual los ciudadanos que discrepan pueden actuar colectivamente. No obstante, ellos piensan también que muchos desacuerdos políticos no pueden ser resueltos mediante razonamientos que satisfacen el principio de reciprocidad, y uno de estos casos es el aborto. Porque existen controversias en las que se produce un desacuerdo deliberativo, en el cual los ciudadanos difieren acerca de principios morales básicos, incluso cuando buscan una solución que sea mutuamente justificable, y la controversia sobre el aborto es un caso paradigmático de desacuerdo deliberativo. (7) Aunque Gutmann y Thompson ofrecen ciertos principios para acercarse a un acuerdo moral, su descripción de la controversia muestra un claro

escepticismo acerca de la posibilidad de lograr en este tema un acuerdo sobre esencias constitucionales, contra lo que piensa Rawls.

A diferencia de ellos, Freeman cree en el argumento de Rawls, y lo defiende recurriendo a la inversión de la carga de la prueba. Cree que la discusión acerca de si el feto es o no persona no puede resolverse mediante el uso de la razón pública, pero que tampoco es necesario hacerlo para resolver el problema constitucional planteado. Porque, por una parte, no existe ningún argumento que compela a aceptar que el feto es una persona, mientras que, por la otra, no puede discutirse la carga que impone a la mujer la ausencia del derecho a elegir. Entonces, la carga de la prueba debe recaer en los oponentes a la libertad de elegir, quienes deben mostrar que hay razones políticas de importancia para imponer esta carga a las mujeres. Deben mostrar, en otras palabras, que existen razones públicas suficientes como para prohibir todos los abortos en virtud del respeto que se le debe a la vida humana, lo que Freeman cree que los opositores al aborto no están en posición de hacer. (8) Creo, e intentaré mostrarlo más adelante, que el respeto a la vida humana es un valor que puede defenderse sin necesidad de discutir si el feto es o no una persona.

5.-

Voy a explicar ahora mi propia posición frente a ejemplos del tipo que Rawls proporciona. Ante todo, no creo que el derecho a la privacidad tenga nada que ver con el tema del aborto. Fueron Warren y Brandeis quienes introdujeron el derecho a la privacidad en el sistema jurídico anglosajón, al que concibieron como un derecho del individuo a “ser dejado solo”. Se trataba de un derecho que debía ser protegido respecto de la invasión de una prensa exageradamente activa, y tendía a que la ley protegiera a aquellas personas cuyos asuntos no constituyeran la preocupación legítima de la comunidad, de modo de impedir que ellas fueran arrastradas a una publicidad indeseada e indeseable. (9)

En el año 1965 este derecho tomó un giro inesperado, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucional una ley del estado de Connecticut que castigaba a cualquier persona que empleara cualquier medicamento, artículo medicinal, o instrumento, para impedir la

concepción.(10) El tribunal utilizó como fundamento para la declaración de inconstitucionalidad la idea de que ciertas garantías específicas contenidas en el *bill of rights* tenían zonas de penumbra, y que varias de ellas creaban también zonas de privacidad. (11)

Una vez distorsionada de esta forma la idea original de Warren y Brandeis no sorprende que la Corte se alejara todavía más de ella en el año 1973 y basara el derecho al aborto en la privacidad. (12) Si el derecho a la privacidad realmente fuera el fundamento para permitir el aborto, tal vez debería permitirlo en todos los casos y en cualquier tipo de aborto de que se trate. En efecto: habría que “dejar a la mujer sola” con el feto, y ella podría hacer con él lo que quisiera y cuando quisiera.. No digo que se trate de una consecuencia inevitable del argumento empleado -y la Corte misma limitó el derecho al aborto en su fallo- pero es la consecuencia más natural que parece seguirse de él.

Por fortuna podemos evitar esta dificultad interpretativa, puesto que el derecho a la privacidad es independiente del derecho al aborto. (13) Una mujer puede solicitar que se lleve a cabo un aborto y pedir, al mismo tiempo, que ese aborto se haga público, tal vez como un ejemplo para otras mujeres que se encuentren en su misma condición. Pero, ¿de dónde proviene entonces el derecho al aborto, al menos en los casos en los que se decide permitirlo?. Veámoslo.

6.-

Volvamos para eso al argumento de Rawls. Según su idea -como vimos- en el aborto hay tres derechos en juego, los que están potencialmente en conflicto: ellos son a) el respeto a la vida humana, b) la reproducción ordenada de la sociedad política a través del tiempo, y c) la igualdad de las mujeres en tanto ciudadanos iguales. Voy a disponer primero del derecho mencionado en el acápite b).

A pesar de que Rawls es muy escueto respecto de este tema, la mejor forma de entender este derecho parece ser el concebir que la sociedad debe continuar a lo largo de las generaciones, y que el aborto amenaza esa continuidad. Si todas las mujeres abortaran, parece sugerir el argumento, entonces la sociedad se extinguiría. Pero esta generalización de tipo kantiano es obviamente incorrecta, porque -entendida de este modo- impediría prácticamente todos los planes de vida: yo no

podría estudiar abogacía, porque una sociedad integrada exclusivamente por abogados también se extinguiría.

Es afortunado, entonces, que no todos los individuos deseen estudiar abogacía, y que no todas las mujeres deseen abortar. Puesto que así ocurre en el mundo real, Donald Regan sugiere que la acción correcta depende de mi coordinación con los demás agentes. El presenta la idea de este modo:

*Lo que cada agente debe hacer es cooperar, con cualquier otro que esté cooperando, en la producción de las mejores consecuencias posibles dado el comportamiento de los no cooperadores. (14)*

Si la sociedad no corre el riesgo de extinguirse debido al comportamiento real de sus integrantes, como ocurre en los Estados Unidos y en Argentina, el aborto no afecta la reproducción ordenada a través del tiempo. Esto nos entonces deja entonces con los derechos mencionados en los acápites a) y c).

El derecho mencionado en a) está fuera de discusión: nadie cuestiona, en efecto, que existe vida humana desde la concepción, y que la vida humana merece respeto. Incluso si el feto no es una persona dotada de sus propios derechos, igualmente es una forma de vida humana que merece respeto. (15) Este respeto es enfatizado por aquellos que, como Anscombe, piensan que existe una inexpugnable igualdad de todos los seres humanos, que descansa en la dignidad de ser un ser humano, dignidad que tiene un valor especial. Ella deduce de esto que esta dignidad es violada cuando el feto es deliberadamente muerto en el aborto. (16) Como puede verse, la fuerza que le otorga Anscombe al respeto a la vida humana es mucho mayor que la que le concede Rawls, puesto que para ella se trata de un derecho absoluto, al cual nada puede oponerse, mientras que Rawls opta por efectuar un balance entre éste y otros derechos. Pero, derrotable o no, nadie discutiría que la vida humana merece respeto y está protegida por un derecho. (Quiero señalar con esto que compartir la idea del respeto a la vida humana no compromete como consecuencia a un rechazo a todo tipo de aborto).

El derecho mencionado en c) es más difícil de interpretar: ¿qué quiere decir -exactamente-



que las mujeres son iguales en tanto ciudadanos iguales?. La mejor interpretación posible, a mi juicio, es aquella que entiende que las mujeres tienen tanto derecho como los hombres a reforzar su individualidad y a llevar a cabo planes de vida, esto es, a lo que usualmente denominamos la autonomía de los individuos. El aborto envuelve una elección íntima y personal que es decisiva para la autonomía, en el sentido que -famosamente- la asignara John Stuart Mill en *On Liberty*, donde recordó que

*la humanidad no es infalible; que sus verdades, en su mayor parte, son sólo verdades a medias; que la unidad de opinión, a menos que resulte de la más amplia y libre comparación de opiniones opuestas, no es deseable, y que diversidad no es un mal, sino un bien.* (17)

Alguien podría objetar que esta es una idea moral de la autonomía, que no tiene lugar dentro de una teoría del liberalismo político, (18) pero no se trata de un inconveniente insalvable, por cierto, ya que el propio Rawls emplea la palabra *autonomía* para referirse a un concepto político: la independencia jurídica e integridad que le es asegurada a los ciudadanos, así como el compartir igualmente con otros el ejercicio del poder político.(19)

La autonomía se encuentra constitucionalmente protegida en los Estados Unidos por la referencia a la libertad formulada en la enmienda XIV, y en Argentina por la referencia a los derechos no enumerados que realiza el artículo 33 de la Constitución; es, a la vez, el sustento actual del derecho al aborto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos desde el año 1992. (20) La autonomía de la mujer puede oponerse a veces con éxito al respeto usualmente debido a la vida humana.. (Quiero señalar con esto que compartir la idea de la autonomía de la mujer no compromete como consecuencia a la aceptación de todo tipo de aborto).

De modo que sugiero que analicemos la posición de Rawls desde la perspectiva de que en el aborto se enfrentan dos derechos: el respeto a la vida humana, por una parte, y la autonomía de la mujer, por la otra. Estos dos valores son aceptados prácticamente por todos los participantes en la discusión, y están incorporados en todas las constituciones occidentales, lo cual -sin embargo- no

contribuye a aproximar a las partes en disputa. El problema no consiste en aceptarlos como valores sino en determinar el peso de cada uno de ellos cuando aparecen enfrentados.

Cuando se enfrentan dos valores, como en este caso, la teoría que los postula es dualista y -desde luego- tiene el problema de que ambos valores podrían no ser comparables, pero -como ya anticipé- voy a suponer aquí que lo son. De toda forma, elegir entre ellos requiere apelar parcialmente a nuestras intuiciones, por lo que no puede esperarse que los argumentos que expondré enseguida sean muy rigurosos. Con esta advertencia, entonces, ¿qué se sigue de esta idea en materia constitucional?.

7.-

Ante todo, parece claro que la fuerza de esos derechos puede variar con el transcurso del tiempo: la vida, en sus comienzos, va adquiriendo más valor -por ejemplo- a medida que el tiempo pasa.. Abandonemos por un instante el caso del aborto y supongamos que una mujer pierde un embarazo de un mes. Se trata de un suceso triste, sin duda, pero que no alcanza la categoría de dramático. Si ella pierde un embarazo de seis meses y medio, el dolor es más grande, pero el drama todavía está ausente (estoy imaginando, desde luego, que la mujer puede quedar nuevamente embarazada sin problemas). Si pierde un hijo de un año estamos ya en presencia de un drama, lo que muestra que -en sus comienzos- la vida humana incrementa su valor con el paso del tiempo.

Este no es un argumento novedoso, por cierto, y recuerda a uno de los que Dworkin expuso en *Life's Dominion*. Pero lo más importantes es que no parece un argumento que traiga problemas para la sugerencia constitucional rawlsiana, porque Rawls sólo sugiere el aborto a requerimiento en el primer trimestre del embarazo, y -seguramente- este es el trimestre en el cual la vida del feto tiene menos valor. No voy a discutir esta afirmación, pero -aún así- creo que el respeto a la vida humana impide la existencia de un derecho constitucional al aborto a requerimiento, y es lo que trataré de mostrar.

No estoy sosteniendo que el feto sea una persona en el primer trimestre del embarazo, por la simple razón que no voy a sostener que sea una persona en ninguno de los trimestres. El concepto de

*persona* no es útil para resolver el problema del aborto porque es un concepto normativo: quien lo emplea decide primero qué casos de aborto va a tolerar, y después hace coincidir la intolerancia con la aparición de la persona.. Lo que sostengo es que el respeto por la vida humana siempre cuenta, sea o no persona el feto.

¿Cuál es el peso de la autonomía de la mujer en el primer trimestre del embarazo frente al peso del respeto a la vida?. (Recordemos que el peso de la autonomía disminuye a medida que aumenta el valor de la vida humana: la autonomía, por ejemplo, no alcanzaría para justificar un infanticidio). Mayor, sin duda, que el que mostraría la concesión del derecho al aborto sólo en casos de violación e incesto, como ejemplifica Rawls. En realidad creo que el aborto en casos de embarazo resultantes de una violación ya no presenta un problema moral, y voy a considerar decisivo para esta conclusión al ejemplo de Judith Thomson de la persona que es forzada a conectarse mediante un tubo a un famoso violinista, y debe permanecer en ese estado durante nueve meses, porque en caso de desconectarse el violinista moriría. Thomson cree que sería un acto de gran bondad permanecer conectada, pero -a la vez- que sería ultrajante ser obligada a permanecer en ese estado. (21)

El caso del incesto es más complejo, y creo que habría que distinguir los incestos entre padres e hijos de los incestos entre hermanos. En los primeros, el elemento -implícito o explícito- de autoridad paternal permite asimilarlos a una violación. En los segundos ese elemento está ausente, y no creo que Rawls pretenda recurrir al argumento eugenésico de la mejora de la raza humana. Si pretendiera hacerlo, en todo caso, el aborto sólo sería permisible en aquellos casos de embarazo provenientes de incesto en los que se acreditara una deficiencia física del feto. No obstante, el tabú social frente al incesto es tan grande que la vergüenza derivada de un embarazo en esas circunstancias es igualmente grande, y perturbaría de un modo decisivo el plan de vida de la mujer, por lo que voy a aceptar que los dos casos que Rawls propone como ejemplo constituyen casos de un derecho constitucional al aborto. En ambos la autonomía de la mujer supera al respeto por la vida humana.

8.-

Pero esta concesión no nos lleva muy lejos, porque lo que Rawls dice es que una legislación que autorice estos tipos de aborto -y solamente estos- durante el primer trimestre del embarazo, sería inconstitucional. Coincido con esta afirmación pero discrepo -sin embargo- con la idea de Rawls en mejorarla mediante la concesión del aborto a requerimiento. Me parece que la pregunta relevante aquí es esta: ¿qué más hay que conceder a la mujer durante el primer trimestre para que la legislación no sea inconstitucional?. Y no creo que la respuesta adecuada sea: todo.

Vayamos por parte. Ante todo, la mujer tiene un derecho constitucional al aborto cuando el embarazo pone en peligro su vida: la autonomía de la mujer queda destruida si su vida concluye, de donde en este caso ella podría justificar el aborto invocando la legítima defensa.. (22) Asimismo, puede construirse un argumento similar en caso de peligro para la salud de la madre, y la salud debe interpretarse al menos en dos dimensiones, física y síquica. Aunque en estos casos la autonomía de la mujer no se destruya, quedaría severamente dañada, y el valor de la vida del feto en su primer trimestre no alcanza a compensar el daño a la madre, de donde la autonomía triunfa sobre el respeto a la vida humana..(23)

Acepto todo esto, y ni siquiera pienso que necesite una argumentación más extensa. Los casos de violación y peligro para la vida de la madre están contemplados en el Código Penal, sancionado en 1921, y nunca provocaron controversia doctrinaria hasta que los fundamentalismos religiosos actualmente de moda enturbiaron el debate de la legislación penal. Una interpretación amplia del peligro para la vida de la madre incluye el peligro para la salud, y una interpretación amplia del peligro para la salud, a su vez, incluye la salud síquica. No estoy diciendo, nótese bien, que la legislación argentina no requiere ninguna modificación en este aspecto a fin de convertirla en constitucional. Estoy diciendo que necesita modificaciones mínimas, que podrían incluso considerarse una interpretación posible de la legislación actual.

Pero, ¿se requiere conceder algo más que esto? Sí, hay al menos una concesión adicional, y ella tal vez no puede considerarse una interpretación extensiva de la legislación actual. Porque hay otra forma de dañar de manera grave la autonomía de la mujer, y consiste en perjudicarla seriamente

en sus condiciones socio-económicas (no estoy pensando, desde luego, en una reducción no significativa del nivel de vida de una mujer, reducción que puede ser la consecuencia de la mayoría de los embarazos). Frente a casos de este tipo, nuevamente la autonomía prima frente al derecho a la vida en el primer trimestre del embarazo, y la Constitución está comprometida a respetar la autonomía de la mujer en el mismo grado en que respeta la del hombre. Pero, en rigor, este caso puede considerarse parte del permiso otorgado al aborto en caso de peligro para la salud de la madre, puesto que la Organización Mundial de la Salud define la *salud* como un estado de bienestar físico, mental y social. Finalmente, en los dos primeros trimestres del embarazo la mujer tiene también un derecho constitucional al aborto en caso de comprobarse una grave deficiencia física del feto, por dos razones: a) el daño a la autonomía de la madre sería mayor, y b) el valor de la vida humana, incluso para el feto, es menor.

9.-

Resumamos. En el primer trimestre del embarazo, basándose en su autonomía, la mujer tiene un derecho constitucional al aborto en casos de embarazos surgidos de violación o incesto, en casos de embarazos que pongan en peligro su vida o su salud, física o síquica, y en casos de embarazos que pongan en peligro grave su nivel socio-económico. Lo más importante de esta conclusión es que, en todos estos casos, la mujer tiene que probar el motivo que invoca. Esto es lo que separa a la conclusión de mi argumento de la conclusión de Rawls: para Rawls la mujer no tiene nada que probar, sino que simplemente solicita que se le practique el aborto.

¿Existe un derecho constitucional al aborto a requerimiento durante el primer trimestre del embarazo?. Mi respuesta es negativa: el derecho constitucional de la mujer se agota en los casos que he considerado. No es tan complicado fundamentar esta respuesta. Cuando Mill defendió la autonomía personal puso siempre un límite para ella: no podía aceptarse en un plan de vida que incluyera el daño a terceros sin su consentimiento. Lo que recoge el principio del respeto a la vida humana es exactamente esto: el aborto daña al feto, y esta circunstancia indica que la mujer tiene que probar que su autonomía es más valiosa que el daño que el aborto está causando.

Como puede verse, no comparto el argumento de Freeman respecto de la inversión de la carga de la prueba, tema acerca del cual yo observo una absoluta neutralidad: ambas partes en conflicto deben probar lo que sostienen, por lo que quien se opone al aborto debe probar el peso del respeto a la vida humana en ese caso, y quien lo pretende debe probar el peso de la autonomía en ese caso. Si una mujer adulta desea seguir una carrera determinada, o casarse o no con determinada persona, de cualquier sexo, no tiene nada que probar: le basta con invocar su autonomía. Pero si desea abortar tiene algo que probar, porque incluso para un liberal, como observa Dworkin, rige el siguiente principio:

*El aborto nunca es permisible por una razón trivial o frívola; nunca es justificable excepto para prevenir un daño serio de algún tipo. (24)*

Lo que digo, entonces, es que los dos valores en juego *siempre* cuentan: la autonomía de la mujer cuenta, pero siempre se enfrenta al valor de la vida humana, y siempre ella debe mostrar que la autonomía prevalece en ese caso (salvo que una mayoría de sus conciudadanos coincidiera en que la legislación debe eximirla de hacerlo). Si se opta por el aborto a requerimiento, en cambio, en esos casos el valor de la vida humana directamente no se computa.

Nótese bien el alcance de mi argumento. No estoy diciendo que el legislador no puede (ni siquiera que no debe) conceder el aborto a requerimiento durante el primer trimestre del embarazo. Tal vez deba hacerlo, por ejemplo, por razones de eficiencia, si la prueba del motivo de la mujer para abortar es compleja y costosa. Lo que estoy diciendo es que el legislador no está constitucionalmente obligado a hacerlo, y esto me convierte en un permissionista moderado. Moderado, además, en otro sentido: ya he dicho que la vida -en sus comienzos- aumenta progresivamente de valor, y ello indica que sería inconstitucional conceder por vía legislativa el aborto a requerimiento durante el tercer trimestre del embarazo (salvo, obviamente, peligro para la vida de la madre).

10.-

Puesto que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos sobre el aborto es bien conocida pienso que es más útil examinar un caso decidido por la Corte Suprema de Canadá, el caso

*Morgentaler.* (25) El Acta de Canadá de 1982 establece en su artículo 7 que “todos tienen el derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona y el derecho de no ser privados de ellos excepto de acuerdo con los principios fundamentales de justicia”. El artículo 251 del Código Penal canadiense, a su vez, castiga el aborto, excepto en ciertas circunstancias, y la cuestión a decidir consistía en determinar si las exigencias de la legislación penal contravenían el artículo 7 del Acta.

Los actores sostenían que la seguridad de la persona, protegida por el Acta, era un derecho explícito al control del propio cuerpo, y de adoptar decisiones fundamentales respecto de nuestra propia vida. El presidente de la Corte, por su parte, entendió que este era el derecho que estaba en juego en el caso, y que la exigencia de obtener una autorización médica para poder practicar el aborto afectaba a la mujer en un sentido físico, entre otras cosas por la tensión emocional que provenía de no saber si el aborto sería o no autorizado. Consideró también que cualquier demora innecesaria podía tener consecuencias profundas en el bienestar síquico y emocional de la mujer. En efecto: pocos hospitales en Canadá estaban autorizados a participar en el procedimiento previo necesario para el aborto, por carecer de la acreditación necesaria, y muchos de ellos no habían creado el “comité de aborto terapéutico”.

El presidente concluyó que los procedimientos establecidos en el artículo 251 del Código Penal demoraban significativamente el acceso de la mujer al tratamiento médico necesario para el aborto, lo que ocasionaba un daño a su salud y la privaba del derecho a la seguridad de su persona.. Pero aunque consideró que el artículo en cuestión era inconstitucional, la opinión del presidente no puede ser considerada como una vía libre para el aborto a requerimiento, puesto que él reconoció asimismo que “la protección de los intereses del feto por el Parlamento es también un objetivo gubernamental válido”: un procedimiento previo que no afectara la seguridad de la persona sería aceptable entonces para él. Incluso uno de los jueces de la Corte que disintió con la solución elegida señaló críticamente que lo que los apelantes pretendían era el aborto a requerimiento. Otro de los jueces, sí, se pronunció en favor del aborto a requerimiento. Entendió que el derecho a la libertad concedido en el artículo 7 de la Carta garantizaba a cada individuo un grado de autonomía personal

sobre cuestiones importantes que afectaran su vida privada. Se preguntó entonces si la decisión de una mujer de concluir su embarazo se encontraba dentro de la clase de las decisiones protegidas, y respondió que no tenía dudas de que así se encontraba. En este caso, el respeto a la vida del feto nunca cuenta si debe enfrentar a la autonomía de la mujer.

Con este argumento yo discrepo, y la mayoría de los jueces de la Corte canadiense también. Lo que la Corte exigió es que el procedimiento médico previo fuera fácilmente accesible a las mujeres, y lo suficientemente rápido como para no producir daño a su salud. Y no debe caerse tampoco en la confusión de creer que la solución del conflicto puede variar según sea que el derecho invocado en favor de la mujer sea el de la libertad o el de la seguridad de la persona, donde el primero autorizaría el aborto a requerimiento y el segundo no lo haría. Sea cual fuere el derecho invocado, él habrá de confrontar con el respeto de que goza la vida del feto.

Por último, algunos autores en Canadá han cuestionado que los médicos tengan una restricción irrestricta para decidir estos temas (26), pero no veo cómo podría ser de otro modo. Si el aborto está autorizado en casos de peligro para la vida o la salud de la madre, ¿qué otra persona que un médico podría expresar una opinión autorizada?.

11.-

Lo que acabo de decir en las secciones anteriores constituye un ejemplo de las profundas discrepancias que envuelven al tema del aborto. No sólo existen discrepancias acerca de las soluciones adecuadas sino -y esto es más importante- sobre el *status* legal de las soluciones adecuadas. Supongamos, por caso, que dos personas coincidan respecto de las ventajas del aborto a requerimiento durante el primer trimestre del embarazo. Esta coincidencia podría, sin embargo, ocultar una discrepancia más profunda: una de ellas cree que el aborto a requerimiento le es debido a la mujer como un derecho constitucional, mientras que la otra está dispuesta a otorgarle a la mujer este derecho sólo si la mayoría de los ciudadanos, por medio de sus representantes en la legislatura, se lo le conceden, puesto que se trataría de un derecho legal, y no constitucional.

Es por este motivo que, en temas como el del aborto, creo que algunos autores que se han



referido al pensamiento de Rawls han exhibido un optimismo exagerado. Baier, por ejemplo, piensa que existe un “consenso constitucional”, no acerca de la solución sustantiva de un caso sino acerca de la forma de decidirlo; se trata, como puede verse, de un consenso procesal (aunque Baier cree que se trata de algo más que de esto). (27)

No niego que en los países moderadamente bien organizados existe un consenso procesal acerca de la forma de resolución de los conflictos: en cuestiones constitucionales, por caso, creemos que la Corte Suprema es la que debe decidir las. Pero el problema que subyace a la cuestión del aborto es mucho más profundo que esto: no estamos de acuerdo sobre el alcance mismo de la cuestión constitucional en juego, y no estamos dispuestos a aceptar que la Corte decida de un modo contrario a nuestras convicciones. Baier piensa que el consenso constitucional permite alcanzar una unidad política estable, pero esto únicamente puede ocurrir si el consenso comprende el *status* legal de la cuestión que estamos debatiendo.

Con cierto optimismo, Raz piensa que cuando existe un desacuerdo respecto de los principios hay también un buen grado de acuerdo, y que el acuerdo puede comprender la manera correcta de enfrentar el desacuerdo. Pero también reconoce que este tipo de desacuerdos, cuando son profundos y abarcan a muchas personas, muestran que cualquier intento de imponer un principio disputado encontrará una seria oposición y producirá consecuencias no deseadas.(28) El aborto es un buen ejemplo de desacuerdo profundo que abarca a muchas personas. Imponer un principio sobre este tema contra la voluntad de la mayoría -otorgándole jerarquía constitucional, por ejemplo- producirá necesariamente serios efectos marginales. Esto, a su vez, obliga a ser muy cauteloso cuando se propicia el alcance del derecho constitucional al aborto. Como el acuerdo no está cercano, lo mejor que puede hacerse ahora es...seguir debatiendo.

#### NOTAS

(1) Fallo del juez Remigio González Moreno en la causa 28991, del 2 de junio de 1989.

(2) G. E. M.. ANSCOMBE, *Human Life, Action and Ethics*, Exeter, Imprint Academic, 2005, pags.68/69.

(3) Locke fue quien enunció con mayor énfasis y decisión la propiedad de los seres humanos sobre su propio cuerpo (aunque es interesante advertir que sólo atribuyó a *los hombres* esa propiedad). Expresó la idea de este modo: “Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores son comunes a todos los hombres, sin embargo cada hombre tiene una propiedad respecto de su propia persona; a esto nadie tiene derecho sino él mismo. Podemos decir que el trabajo de su cuerpo y de sus manos esa adecuadamente suyo”. De aquí deriva Locke la consecuencia de que si el hombre remueve algo del estado en que la naturaleza lo concibió, y mezcla su trabajo con ello, al unirlo a algo que ya era suyo lo convierte mediante ese trabajo en su propiedad. (JOHN LOCKE, *Two Treatises of Government*, New York, Hafner Press, 1947, pag.134.)

Tomemos como ejemplo una porción de tierra para apreciar como funciona el argumento:

a) Soy propietario de mi cuerpo y de mi trabajo. b) Si mezclo mi trabajo, que es mío, con la tierra, soy propietario de la tierra. c) Si soy propietario de la tierra soy propietario de los frutos que la tierra produce. Asumamos que si alguien en el siglo XXI acepta la premisa de que el hombre es propietario de su cuerpo acepta automáticamente la premisa de que la mujer también es propietaria de su cuerpo, lo cual constituye una ampliación ineludible de la teoría lockeana. Si la mujer es propietaria de su cuerpo, *a fortiori* es propietaria de su útero. Entendamos a la actividad sexual como un trabajo y la mujer se convierte entonces en propietaria del fruto de su útero, esto es, del feto.

Pero, ¿es la mujer propietaria del feto? Todo depende del alcance que se asigne a este derecho de propiedad. Si se lo entiende del modo amplio en que lo concebía Locke no, porque ningún sistema legal estaría dispuesto a concederle a la mujer el derecho de concebir fetos para venderlos en el mercado, sencillamente porque nadie postularía un derecho moral en tal sentido. Pero si el derecho de propiedad que se concede en estos casos se encuentra fuertemente limitado, bien podría la mujer terminar con menos alternativas disponibles de las que disfrutaría si el derecho al aborto se sustenta de otra manera, como enseguida trataré de mostrar; el recurrir a la propiedad terminaría restringiendo las opciones de la mujer. De modo que la propiedad de la

mujer respecto de su útero no es un buen comienzo para justificar el aborto porque: a) si se pretende justificar un derecho de amplio alcance, entonces la réplica inmediata sería que no puede poseerse vida humana con ese alcance, y b) si se pretende un derecho más acotado, puede sustentarse mejor -y con más amplitud- si se recurre a otros valores, como veremos. En rigor, apelar al derecho de propiedad en el tema del aborto produciría consecuencias paradójicas más generales. Las personas que defienden un derecho de propiedad irrestricto son usualmente personas de una ideología de derecha, que se oponen a su vez al aborto, el cual deberían aceptar -sin embargo- si su fundamento fuera realmente el derecho de propiedad. Y, por el otro lado, las personas que más desean restringir el alcance del derecho de propiedad son usualmente personas con una ideología de izquierda, que defienden a su vez el aborto, el cual deberían rechazar -sin embargo- si su fundamento fuera realmente el derecho de propiedad. Ambas partes en conflicto -pues- tienen buenas razones para mantenerse alejadas del derecho de propiedad.

(4) JOHN RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, pags.243/244 (nota).

(5) Estoy examinando la idea de Rawls tal como la expuso en *Political Liberalism*.

Posteriormente él sostuvo que “cuando surgen cuestiones fuertemente disputadas, tal como la del aborto, las que pueden conducir a un estancamiento entre diferentes concepciones políticas, los ciudadanos deben votar acerca de la cuestión de acuerdo a su orden completo de valores políticos”, y agrega luego que algunas personas “de modo completamente natural leyeron la nota de pié de página en *Political Liberalism*...como un argumento en favor del derecho al aborto en el primer trimestre. No intenté que lo fuera.”( JOHN RAWLS, “The Idea of Public Reason Revisited”, en *Collected Papers* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999, pag.605.) Rawls se revela aquí como un permissionista moderado, que cree que el tema del aborto se debe resolver a nivel legislativo. Dworkin lo ha criticado por este cambio de posición, sosteniendo que no hay razón para pensar que un compromiso político pudiera identificar -adecuada o razonablemente- las libertades básicas que están aquí en juego. (RONALD DWORKIN, *Justice*

*in Robes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2006, pag.258). Para complicar todavía más la exégesis del pensamiento de Rawls, en un trabajo posterior él dijo que si el aborto “es o no una esencia constitucional puede no ser claro, pero ciertamente está en la frontera de serlo”.(JOHN RAWLS, *Justice as Fairness. A Restatement*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2001, pag.117). Prescindo en mi análisis de estos dos trabajos de Rawls.

(6) JEAN HAMPTON, *The Intrinsic Worth of Persons*, Cambridge University Press, 2007, pag.177.

(7) AMY GUTMANN & DENNIS THOMPSON, *Democracy and Disagreement*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996, pags.52/53, 67, 69 y 73/74.

(8) SAMUEL FREEMAN, *Rawls*, London, Routledge, 2007, pags.407/408.

(9) SAMUEL WARREN & LOUIS BRANDEIS, “The right to privacy”, en Ferdinand D.Schoeman (ed.), *Philosophical Dimensions of Privacy*, Cambridge University Press, 1984, pags.75 y 87.

(10) *Griswold v.State of Connecticut*, 381 US 479 (1965).

(11) Gross criticó vigorosamente la decisión del tribunal. Señaló que en *Griswold* había existido un intento del gobierno de regular cuestiones personales, y no de familiarizarse con ellas, por lo que se trataba de una cuestión que concernía a la autonomía, y no a la privacidad. Consideró también que la opinión de la Corte no aclaraba el tema de los límites adecuados para el ejercicio del poder legislativo, el cual constituía precisamente el punto central del caso. Más aún: consideró que no sólo la Corte había fracasado en entenderse con el tema de manera directa sino que había promovido la confusión en el derecho respecto de la cuestión de la privacidad, desviando el enfoque intelectual con el que se lo había tratado en el derecho constitucional y en la responsabilidad extracontractual. HYMAN GROSS, “Privacy and Autonomy”, en Joel Feinberg & Hyman Gross(eds.), *Philosophy of Law*, Brelmont, Cal., Wadsworth Publishing Co., 1975, pag.190.

(12) *Roe v.Wade*, 410 US 113 (1973). Otro de los defectos de *Roe* consistió en especificar

detalladamente los obstáculos que podían permisiblemente ser opuestos a la decisión de la mujer de obtener el aborto, tarea que -en rigor- corresponde a la legislatura, y no a la Corte.(Cfr. En este aspecto la opinión de CASS R. SUNSTEIN en Jack M.Bolkin (ed.), *What Roe v. Wade Should Have Said*, New York University Press, 2005, pag.150.

(13) Digo que me parece afortunado que se pueda prescindir de la privacidad para sustentar el derecho al aborto porque el artículo 19 de la Constitución argentina es especialmente oscuro. La referencia a la “moral pública” efectuada en el artículo parece entenderse como una referencia a la moral positiva. Pero la moral positiva es la moral que detenta la mayoría de la población, por lo que el derecho a la privacidad terminaría dependiendo de la voluntad de la mayoría, mientras los derechos constitucionales se entienden, por supuesto, como derechos contra-mayoritarios. La referencia a Dios en el artículo citado -en cambio- es más clara: una conducta puede ser aceptable para la moral positiva, pero la moral positiva en cuestión puede discrepar con los preceptos de alguna moral religiosa, de donde Dios podría condenar lo que la moral positiva acepta.

(14) DONALD H. REGAN, *Utilitarianism and Co-operation*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pag.124.

(15) FREEMAN, cit., pag.84.

(16) ANSCOMBE, cit., pags. 68/69.

(17) JOHN STUART MILL, “On Liberty”, en *Three Essays*, Oxford University Press, 1975, pag.70.

(18) Cfr. GERALD F. GAUS, *Contemporary Theories of Liberalism*, London, DSAGRE Publications, 2003, pag. 189.

(19) JOHN RAWLS, “The Idea of a Public reason Revisited”, cit., pag.586. Rawls piensa que la autonomía política es un valor político.

(20) *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al v. Robert P. Casey*, 112 Sct. 2791 (1992).

- (21) JUDITH J. THOMSON, “A Defense of Abortion”, en James Rachels (ed.), *Moral Problems*, New York, Harper and Row, 1979, pag.132.
- (22) Cfr. MARTIN DIEGO FARRELL, *La ética del aborto y la eutanasia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985, pag.26.
- (23) Si el peligro afecta la vida de la madre, creo -por supuesto- que el aborto es un derecho constitucional en cualquier etapa del embarazo, y no solamente durante el primer trimestre del mismo.
- (24) RONALD DWORKIN, *Life 's Dominion*, New York, Alfred A.Knopf, 1993, pag.33. En la misma línea de argumentación, Balkin sostiene que “el derecho constitucional de una mujer a obtener un aborto está sujeto a una regulación razonable...no es ilimitado. El estado tiene un interés legítimo en la vida humana potencial”. JACK M.BALKIN, *What Roe v.Wade Should Have Said*, cit., pag.52.
- (25) *Morgentaler, Smolling and Scott v.The Queen* (1998) 1 SCR 30.
- (26) Cfr. LORRAINE WEINRIB, “The Morgentaler Judgment: Constitutional Rights, Legislative Intention, and Institutional Design”, en David Dyzenhaus & Arthur Ripstein (eds.), *Law and Morality*, University of Toronto Press, 2003, pag.1022.
- (27) KURT BAIER, “Justice and the Aims of Political Philosophy”, *Ethics*, vol.99, number 4, pags.775/776.
- (28) J. RAZ, “Disagreement in Politics”, *American Journal of Jurisprudence*, vol.43 (1998), pags. 48 y 50.