

RAWLS Y UNA DISPUTA SOBRE DERECHOS

Francisco J. Urbina

Abstract: *The following article analyzes a possible application of John Rawls's political conception of justice to a contemporary moral and political debate, with the aim of furthering our understanding of the role of that theory as a basis for mutual justification in the public discussion of pluralistic societies. For that purpose, the article addresses the abortion debate, showing how Rawls's theory can present reasonable criteria that can further the normative discussion regarding the moral personality of the unborn and the solution of a possible conflict of interests between it and her mother from the perspective of the basic liberties.*

Sumario: 1. Introducción, 1.1. La discusión, 1.2. El problema de fondo, 2. El aborto en la obra de John Rawls, 2.1. Las palabras de Rawls, 2.2. Una respuesta desde "justice as fairness", 2.3. La personalidad moral en "justice as fairness", 2.3.1. Los criterios: especie, potencialidad e identidad, 2.3.2. La aplicación de los criterios: los argumentos, 2.3.3. La personalidad moral en las obras posteriores, 2.3.4. ¿Política, no metafísica?, 2.4. El esquema de libertades básicas y el aborto, 2.4.1. Las libertades básicas en juego, 2.4.2. En la posición original, 2.4.3. El conflicto de libertades básicas, 3. Conclusión, 4. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

A estas alturas es un lugar común afirmar que la teoría de la justicia elaborada por John Rawls es una de las obras más relevantes de la filosofía moral del siglo XX. Hoy, más de cinco años de su muerte ocurrida en noviembre del 2002, las tesis de Rawls no han perdido su vigencia y despiertan continuas disputas, tantas como hace más de treinta años, cuando su primer libro, *A Theory of Justice* (en adelante, *Theory*), vio la luz por primera vez.

Sin embargo, llama la atención la escasez de análisis académicos en torno a la posible aplicación de la teoría a algunos de los problemas más discutidos actualmente en el ámbito público. La aplicación de la teoría a un problema complejo, me parece, es una tarea ineludible para quien quiera comprender mejor la filosofía política de John Rawls. En efecto, el ejercicio de poner en juego la teoría, una teoría concebida para ser aplicada, permitirá comprender mejor el alcance y pretensiones de muchos de los conceptos mediante los que se articula “justice as fairness”, y medir, en cierto modo, la capacidad de la teoría para cumplir con la tarea de ser una base común de justificación.

En este trabajo intentaremos aplicar la teoría de Rawls a uno de los más álgidos debates contemporáneos: el debate sobre el aborto. Este debate nos ha parecido interesante, pues constituye un buen ejemplo de aquellos problemas de justicia que generan fuertes disensos en las sociedades contemporáneas, disensos que van mucho más allá de una mera discusión de interpretación constitucional. En último término, la diferencia entre los bandos rivales está en su visión del inicio y fin de la persona humana, el sentido de los derechos, el papel del Estado, lo que implica una vida buena, entre otras cosas.

Es por esto que la teoría de Rawls aparece como especialmente pertinente para resolver este problema. Precisamente el esfuerzo central de la obra de Rawls es elaborar una teoría de la justicia que sirva de base común de justificación para la discusión de problemas públicos en una sociedad democrática. De hecho, para Rawls uno de los papeles esenciales que la filosofía política está llamada a desempeñar es el de observar si, pese a la existencia de posturas antagónicas, existe “algún acuerdo filosófico o moral que pueda ser descubierto, o las diferencias acotadas, de tal manera que la cooperación social en un pie de mutuo respeto entre los ciudadanos pueda ser mantenida”¹. Ahora, en una sociedad democrática,

1. RAWLS, J., *Lectures on the History of Political Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 2007, p. 10.

este acuerdo filosófico y moral debe buscarse en las instituciones democráticas que, como tales, son parte de nuestra cultura política. El mismo Rawls comprendía su labor como filósofo político como un esfuerzo por “elaborar concepciones de ideas políticas básicas más profundas e instructivas que nos ayuden a clarificar nuestros juicios sobre las instituciones y políticas de un régimen democrático”². De ahí que para él la labor del filósofo consista, como bien ha dicho Catherine Audard, en “clarificar metodológicamente y reconstruir las ideas normativas más importantes presentes en una cultura política democrática: justicia, igualdad, libertad e imparcialidad [fairness]”³.

El objetivo de este trabajo será analizar el problema del aborto a la luz de la teoría de John Rawls. Para ello, he procurado exponer lo relevante de la teoría atendiendo a su última formulación, tal como puede ser encontrada en *Political Liberalism*⁴ (en adelante *PL*) y fundamentalmente en *Justice as Fairness. A Restatement*⁵ (en adelante *JaF*). Esto con el objetivo de aplicar la teoría de acuerdo con su versión mejor y más completa. En los casos en que he debido recurrir a conceptos de *Theory*, he procurado establecer su compatibilidad con las versiones posteriores. Dado que las conclusiones finales pueden parecer provocativas, he realizado un especial esfuerzo por detectar los pasajes relevantes de la obra de Rawls y contextualizarlos lo mejor posible dentro de la teoría, sus postulados y sus pretensiones, apegándome todo lo posible al texto y sentido de sus escritos.

2. RAWLS, J., *Lectures on the History of Political Philosophy*, pp. 1 y ss.

3. AUDARD, C., *John Rawls*, Acumen, Stocksfield, 2007, p. 14.

4. RAWLS, J., *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1995, lec. VIII.

5. RAWLS, J., *Justice as Fairness. A Restatement*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 2002.

1.1. *La discusión*

Respecto del aborto, existen al menos dos grandes problemas normativos a resolver. Estos son:

A) Cuál es el estatuto moral del no nacido⁶. Este problema se refiere fundamentalmente a la pregunta por la calidad de “persona” del no nacido. Actualmente asumimos que a toda persona se le atribuyen derechos que le aseguran una cierta inviolabilidad. Lo relevante aquí será establecer en qué momento el individuo de la especie humana pasa a tener la categoría moral de “persona” y por lo tanto, es sujeto del derecho a la vida y a la integridad.

No es necesario explicar que en este punto existe una gran variedad de posiciones. Tal vez sea éste uno de los asuntos más controvertidos en el campo de la ética. En el ámbito de la ciencia la visión dominante en la comunidad científica es que en el momento mismo de la fecundación se produce un nuevo individuo humano, el cual ya es un organismo autónomo e independiente, que posee un código genético propio⁷. Sin embargo, esto es sólo un antecedente en la discusión sobre si este nuevo individuo tiene la categoría moral de persona. Aquí la diversidad de posturas es abrumante, permitiendo trazar un amplio arco entre quienes sustentan que se es persona

6. En adelante utilizaremos diversas expresiones para referirnos al “no nacido”. Ahora, si bien es cierto que el producto de la concepción recibe diversos nombres dependiendo de su desarrollo (cigoto, blastocito, embrión, feto, etc.), utilizaremos la expresión “embrión” para referirnos al no nacido en sus primeras etapas de desarrollo (esto es, desde la fecundación en adelante; lo que en ciencia se denomina “cigoto”), en el entendido de que lo que digamos para el embrión, también le será aplicado al producto de la concepción en las etapas siguientes de su desarrollo. Utilizaremos el término “embrión” para no apartarnos de la terminología que tradicionalmente se usa en la discusión ética y jurídica de estos temas.

7. Cfr. SADLER, T.W., *Langman embriología médica: con orientación clínica*, Médica Panamericana, Buenos Aires, 2004, p 3 y HIB, J., *Embriología Médica*, Interamericana-Mc Graw-Hill, México, 1994, p. 8.

desde la fecundación misma⁸, hasta quienes difieren la obtención de personalidad para algún momento después del nacimiento⁹.

B) Si existe o no un “derecho al aborto” o si se justifica la restricción o prohibición de éste. La solución del punto anterior permite varias posibilidades:

(a) Que el embrión tenga el estatuto moral de persona, y por lo tanto sea sujeto de derechos.

(b) Que el embrión no tenga el estatuto moral de persona.

Sin embargo, tanto (a) como (b) dejan abierta la pregunta de cómo deberíamos tratar al que está por nacer. Si bien no es trivial asumir alguna de las dos posturas, y ambas permiten avanzar en la respuesta del problema, ninguna de las dos presenta por sí misma un argumento concluyente en el problema del aborto. Así, frente a (b), se puede decir que de que no sea persona no se sigue que podamos darle cualquier trato: podría ser que consideráramos que debemos mantener un cierto respeto frente a lo que indudablemente está en los orígenes de la vida humana, aunque no lo consideremos aún uno de “nosotros”¹⁰. O tal vez podrían esgrimirse razones de políticas públicas (por ejemplo, una baja natalidad) que pretendan justificar una restricción en este sentido. No digo que estas razones sean correctas. Pero es posible plantearlas y en cierto modo son plausibles. De ahí que se requiera una mayor argumentación para pasar de (b) a la conclusión de que el aborto debería ser permitido o incluso reconocido como un derecho.

De (a) no se sigue necesariamente la prohibición del aborto. Sí se sigue la atribución del derecho a la vida (el cual se atribuye a todas las personas); sin embargo, los títulos que la madre reclama (a

8. Por ejemplo, JUAN PABLO II, *Evangelium Vitae*, §58.

9. Véase, por ejemplo, SANDEL, M., *The Case against Perfection*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 2007, pp. 112-117. SINGER, P., *Rethinking Life and Death*, Oxford University Press, Oxford, 1994, p. 202.

10. Para un argumento de este tipo, aunque con un alcance distinto, véase SANDEL, *The Case against Perfection*, p. 125.

juicio de los defensores del aborto) no se extinguen por ello: sigue teniendo un derecho, por ejemplo, al uso de su cuerpo y a la autonomía¹¹. Lo que debemos dilucidar entonces es cómo se resuelve este conflicto de intereses, pues, para muchos, no es evidente que prime el derecho a la vida del no nacido por sobre los otros derechos eventuales que podría estar ejerciendo la madre en caso de decidir abortarlo¹².

Así, se ha sostenido que aún cuando pudiera justificarse que el no nacido es persona, de ahí no se sigue que no se pueda realizar un aborto. Me parece que la idea del aborto como “derecho de la mujer” es la característica y sello de una postura genuinamente abortista. Tal vez quien mejor ha defendido esta posición, con singular brillantez y originalidad, sea Judith Jarvis Thomson, en dos importantes artículos. En “A Defence of Abortion” plantea el conocido ejemplo del violinista, para ilustrar cómo, aunque aceptáramos que el no nacido es persona, aún así estaríamos de acuerdo en que puede ser abortado. La estrategia argumental de Thomson se basa en el siguiente ejemplo: un violinista padece de una enfermedad mortal y necesita estar conectado algún tiempo a mi organismo. Un grupo de admiradores, de manera subrepticia, lo conectan a mí una noche. ¿Tengo derecho a solicitar que me lo desconecten, aún cuando esto le cause la muerte?

11. Cfr. THOMSON, J. J., *The Realm of Rights*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1990, p. 288. Para los posibles títulos en que se podría justificar un derecho al aborto, véase infra la sección II.4.1. *Las libertades básicas en juego*.

12. Para parte de la doctrina, en realidad no se trataría aquí de un conflicto de derechos, sino simplemente de intereses. En ese sentido, los derechos no “chocarían” unos con otros, sino que tendrían límites intrínsecos, lo que permite “ajustarlos”. El que prevalece al final es el auténtico “derecho”, siendo el otro simplemente “interés”. Véase al respecto SERNA, P. y TOLLER, F., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, La Ley, Buenos Aires, 2000. Aquí utilizaremos el vocabulario de los derechos, pues estamos tratando de caracterizar el estado del debate actual, el cual sí se sirve del lenguaje de los derechos fundamentales.

J.J. Thomson argumenta que todos estaremos de acuerdo en que, si bien sería virtuoso que yo le permitiera seguir conectado a mi organismo, no tengo ninguna obligación de hacerlo. De ahí que nos parezca lícito solicitar la desconexión del desafortunado violinista, aunque de ello se siga su muerte. Para Thomson, lo mismo ocurriría en el caso del aborto, en donde al menos en ciertos casos la madre podría perfectamente exigir que el no nacido fuera removido de su vientre, aunque de ello se siga la muerte de éste¹³⁻¹⁴.

Desde esta perspectiva, una posición firmemente “pro vida” en cambio, partidaria de la prohibición del aborto en todos los casos, deberá presentar argumentos para fundamentar, respecto de A), que el no nacido sí es persona, y respecto de B), que por el hecho de ser persona tiene un derecho a que no se atente contra su integridad, aún mientras está en el vientre materno.

Sin embargo, la postura “pro opción” puede introducir una nueva exigencia, referida al tipo de razones que se dan en la discusión. En un segundo artículo titulado “Abortion: Whoose Right?”, Thomson explora la posibilidad de defender el aborto en base a otro argumento, uno específicamente liberal, en el mismo sentido en que Rawls utilizaría el término. Ella misma resume su argumento en contra de establecer restricciones al “derecho al aborto”, en tres puntos:

Primero, una regulación restrictiva constriñe severamente la libertad de las mujeres. Segundo, no se deben imponer constricciones severas a la libertad en nombre de consideraciones que no sería irrazonable que rechazaran las personas a quienes se imponen

13. THOMSON, J. J., “A Defence of Abortion”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 1, no. 1 (otoño 1971), 47-66.

14. En su réplica al artículo de Thomson, John Finnis sostiene que el violinista (a diferencia del óvulo fecundado, embrión o feto) tiene el “deber” de no estar conectado a mi cuerpo. Ver FINNIS, J., “The Rights and Wrongs of Abortion: A Reply to Judith Thomson”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 2, no. 2 (invierno 1973), 117-45. Para una crítica negando que se pueda desconectar al violinista, al menos en el caso central que plantea Thomson, véase ODERBERG, D., *Applied Ethics*, Blackwell, Oxford, 2000, pp. 26-28.

dichas restricciones. Y tercero, las muchas mujeres que rechazan el aserto de que el feto tiene un derecho a la vida desde el momento de la concepción no son irrazonables al hacerlo¹⁵.

El punto central de este argumento está en el concepto de “irrazonable”¹⁶. Lo que pretende esta posición es restringir el tipo de razones que se dan para imponer coacción. Las razones deben ser de aquellas que las personas a quienes se impone dicha coacción no serían irrazonables en aceptar; más adelante ahondaremos en la explicación de este asunto a la luz de las teorías de Rawls.

Naturalmente, ésta posición tiene abundantes detractores¹⁷. Sin embargo excede los propósitos de este trabajo el presentar una revisión completa de la discusión en este tema. Con lo dicho bastará para adentrarnos en el análisis de estos conceptos en la teoría de Rawls y cómo influyen en la discusión sobre el estatuto moral del no nacido y en la discusión sobre el aborto.

1.2. *El problema de fondo*

Para el liberalismo político el derecho a la libertad parece ser de una enorme amplitud, y por lo tanto, el desafío está en encontrar

15. THOMSON, J. J., “Abortion: Whoose Right?”, *Boston Review*, 20:3 [Verano 1995], disponible en <<http://bostonreview.net/BR20.3/thomson.html>>.

16. Traducimos “unreasonable” por “irrazonable”, palabra que si bien existe en castellano, no es muy utilizada. Sin embargo, no se puede traducir como “irracional”. Esto porque en el liberalismo político de Rawls, presumiblemente seguido por Thomson en este artículo, se distingue entre lo “racional” y lo “razonable”, aplicándose sólo éste último al asunto que trata Thomson en su artículo. Para la diferencia entre lo “racional” y lo “razonable” en Rawls, véase por ejemplo, *PL*, pp. 299ss., *JaF*, pp. 18 y 19 e infra II.3.3. *La personalidad moral en las obras posteriores*.

17. A esta postura se le pueden hacer las mismas críticas que se le han hecho al liberalismo político de Rawls en general. Por ejemplo, en SANDEL, M., “Review of *Political Liberalism*”, *Harvard Law Review*, 107 (1994), pp. 1765-1794); GEORGE, Robert P., “Public Morality, Public Reason”, *First Things* (noviembre 2006), disponible en <http://www.firstthings.com/article.php3?id_article=5344>; y ID., *In Defence of Natural Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 196-227.

los contornos de la libertad protegida. Esto dependerá de si en los distintos casos se le pueden oponer razones lo suficientemente graves como para limitarlo. Tal es el caso de las lesiones, homicidio, etc. Es decir, en general se considera que no se deben restringir los actos libres de las personas, salvo cuando tengamos una razón suficiente para hacerlo. En este sentido, podríamos decir que tenemos un derecho "prima facie" a la autonomía, el cual puede ceder en determinados casos en que puedan presentarse razones lo suficientemente fuertes para su limitación.

Desde la perspectiva del liberalismo, el desafío en el caso del aborto estaría entonces en establecer si existen razones que justifiquen una limitación del derecho general de la madre a su libertad en el sentido que se requeriría para limitar o prohibir el aborto.

Sin embargo, desde la óptica liberal, dichas razones deben cumplir con un requisito adicional. Además de ser lo suficientemente graves, deben ser tales que las personas a quienes se dirija la prohibición del aborto no sean "irrazonables" en no cumplirla. Ésta sería la única manera de superar las condiciones establecidas por Thomson. Aquí el concepto de "razonable" se debe tomar en su acepción política liberal: los ciudadanos son razonables cuando están en condiciones de ofrecer términos de cooperación equitativos, y los términos serán "equitativos" en la medida en que quienes los ofrecen puedan "razonablemente pensar que aquellos a quienes se ofrecen esos términos pueden también razonablemente aceptarlos"¹⁸.

Estas ideas nos reconducen a un problema esencial en Rawls: "¿A la luz de qué principios e ideales debemos ejercer tal poder [el poder político] si el hacerlo debe ser justificable para otros vistos como libres e iguales? A esta pregunta el liberalismo político responde: nuestro ejercicio del poder político es adecuado, y por lo tanto justificado, sólo cuando es ejercido en conformidad con una constitución cuyas partes esenciales pueda esperarse razonable-

18. *PL*, p. xlii

mente que todos los ciudadanos aprueben a la luz de principios e ideales que les sean aceptables en tanto razonables y racionales”¹⁹.

Éste es el llamado “principio de legitimidad liberal”, con el cual deberá cumplir cualquier esfuerzo por fundamentar una restricción al aborto, al menos en la visión liberal de Rawls y Thomson.

Precisamente “justice as fairness” se presenta como una teoría capaz de “resolver el impasse en la tradición democrática respecto de la forma en que se deben organizar las instituciones sociales de manera de que esta organización sea coherente con la libertad e igualdad de los ciudadanos como personas morales”²⁰ y en ese sentido, como una teoría que puede presentar razones que cumplan con el principio de legitimidad liberal (el cual emana precisamente de la idea de ciudadanos libres e iguales en tanto personas morales). De ahí que el objetivo fundamental de dicha teoría sea “descubrir las condiciones de posibilidad de una base razonable de justificación pública en asuntos políticos fundamentales”²¹. Una base razonable de justificación tal será la concepción política de la justicia que encarna “justice as fairness”. Por eso resulta interesante revisar la teoría de Rawls en torno a este problema, ya que tal vez en ella podamos encontrar criterios aceptables para todos, o al menos para quienes sustentan coherentemente las tesis liberales.

2. EL ABORTO EN LA OBRA DE JOHN RAWLS

2.1. *Las palabras de Rawls*

No hay un tratamiento sistemático del aborto en la obra de John Rawls. Tal vez su expresión más comprometida la podamos encontrar en una nota a pie de página en la edición original de *PL*, en VI,

19. *PL*, p. 217, y 136ss.

20. *PL*, p. 338.

21. *PL*, p. xix.

§7. 2 a propósito de la razón pública, la cual conviene reproducir completa.

Para ilustrar, consideremos el complejo problema del aborto. Supongamos primero que la sociedad en cuestión es una sociedad bien ordenada, y que estamos tratando con el caso normal de mujeres adultas y maduras. Es mejor aclarar este caso idealizado primero; pues una vez que tengamos claridad respecto de él, tendremos una guía que nos ayudará a reflexionar sobre otros casos, lo que nos obligará a considerar circunstancias excepcionales. Supongamos además que consideramos el asunto en términos de estos tres importantes valores políticos: el debido respeto por la vida humana, la reproducción ordenada de la sociedad política a través del tiempo, incluyendo la familia en alguna forma, y finalmente la igualdad de las mujeres como ciudadanos iguales. (Por supuesto, hay otros valores políticos importantes aparte de estos). Ahora, creo que cualquier ponderación razonable de estos tres valores dará a la mujer un derecho debidamente calificado a decidir si terminar o no su embarazo durante el primer trimestre. La razón de esto es porque en esta etapa temprana del embarazo el valor político de la igualdad de la mujer sobrepasa a los demás, y este derecho se requiere para darle sustancia y fuerza. Incluir otros valores, creo, no alteraría esta conclusión. Una ponderación razonable podría permitirle un derecho que fuera más allá que éste, al menos en ciertas circunstancias. Sin embargo, no discutiré esta cuestión en general aquí, pues simplemente quiero ilustrar lo que estaba explicando en el texto, diciendo que cualquier doctrina comprensiva que lleve a una ponderación de valores políticos que excluya ese derecho debidamente calificado en el primer trimestre, es, en ese respecto, irrazonable; y dependiendo de los detalles de su formulación, puede ser también cruel y opresiva; por ejemplo, si niega completamente ese derecho, salvo en los casos de violación e incesto. Por lo tanto, asumiendo que el asunto es un aspecto constitucional esencial, o una materia de justicia básica, atentáramos contra el ideal de la razón pública si votáramos desde una doctrina comprensiva que negara ese derecho (ver §2.4). No

obstante, una doctrina comprensiva, en cuanto tal, no es irrazonable porque lleve a una conclusión irrazonable en uno o varios casos. Aún así puede ser razonable la mayoría del tiempo²².

Cabe notar que en este punto Rawls no pretende presentar una defensa del aborto, como el mismo señalara después. La cita pretende ilustrar cómo opera la razón pública en discusiones polémicas como ésta, descartando ciertas visiones que no encuentran asidero en la concepción política de la justicia. Rawls clarifica el asunto en la introducción a la edición rústica de *PL* de 1995 y en el artículo "The Idea of Public Reason Revisited", de 1997:

Algunos, naturalmente, han leído la nota al pie (243n) como un argumento a favor del derecho al aborto durante el primer trimestre. No era ésa mi intención. (Sí expresa mi opinión al respecto, pero una opinión no es un argumento). Fue un error mío el dejar en duda que el objetivo de la nota al pie era sólo ilustrar y confirmar el siguiente aserto del texto en que la nota iba adjunta: "Las únicas doctrinas comprensivas que entran en conflicto con la razón pública son aquellas que no pueden servir de apoyo a una ponderación (u orden) razonable de valores políticos (en el asunto en discusión)." Para tratar de explicar lo que quería decir, usé tres valores políticos (obviamente, hay más), para el problemático asunto del derecho al aborto, al cual incluso parece improbable que se puedan aplicar valores políticos. Creo que una interpretación más detallada de esos valores, desarrollada adecuadamente en la razón pública, podría producir un argumento razonable. No digo que el argumento más razonable o decisivo; no sé cuál sería, o si incluso existe. (Para un ejemplo de esa interpretación más detallada, véase el artículo de Judith Jarvis Thomson "Abortion: Whoose Right?" *Boston Review* 20:3 [Verano 1995]; aunque me gustaría agregar varias cosas a él). Supongamos ahora, para ilustrar, que hay un argumento razonable en la razón pública para el derecho al aborto, pero que no hay una ponderación u orden de los valores políticos en la razón pública que argumente en contra de ese derecho. Entonces en este caso, pero sólo en este tipo de caso, una doctrina

22. *PL*, p. 243 n. 32.

comprensiva que niegue el derecho al aborto entra en conflicto con la razón pública²³.

Esta nueva aclaración permite mostrar las pretensiones de Rawls respecto de su teoría en el problema del aborto. Éstas se pueden resumir en los siguientes puntos:

- a) En primer lugar, Rawls es conciente de que, como se dijo, el aborto es precisamente de aquellos problemas que generan fuertes disensos en las sociedades democráticas, y por lo tanto se requiere para su solución de una concepción política de la justicia que pueda presentar argumentos que sean válidos para todos, también para personas que sostienen visiones comprensivas irreconciliables en este punto. Es por esto que hace bien en ejemplificar el uso de la razón pública precisamente con este debate, aunque su solución haya parecido caprichosa a la luz de la primera nota al pie citada.
- b) Sea cual sea la solución al problema del aborto, ésta debe cumplir con los requisitos que plantea el principio de legitimidad liberal. Por lo tanto, no pueden imponerse restricciones al aborto a menos que se puedan presentar razones lo suficientemente fuertes desde la razón pública. Esto excluiría argumentos en contra del aborto fundados en creencias religiosas o incluso en doctrinas generales no religiosas pero que descansan en fundamentos no compartidos por todos, como sería el utilitarismo o el liberalismo comprensivo.

En este sentido, no es extraño que Rawls mencione el argumento de J.J. Thomson que vimos más arriba. En efecto, el argumento de Thomson precisamente es la aplicación de B) al problema del aborto; un argumento fuertemente rawlsiano y coherente con la explicación general de *PL*. La conclusión: no existen razones

23. *PL*, pp. liii y liv n.31 y RAWLS, J., "The Idea of Public Reason Revisited", *Chicago Law Review*, 64(3) (Verano 1997) (en adelante *TIPRR*). Citado de *PL*, p. 479, n. 80.

que cumplan con el principio de legitimidad liberal que sean lo suficientemente fuertes para oponerse al derecho de la mujer a disponer de su cuerpo y, en ese sentido, a realizarse un aborto. Nótese que desde la perspectiva de este argumento, lo que se debe probar es si las razones para oponerse al aborto son coherentes con el principio de legitimidad liberal, y no si las razones a favor del aborto cumplen dicho requisito. En caso de un "empate", en que ninguna de las partes pudiera conseguir que sus argumentos cumplan con el principio de legitimidad liberal, en la forma planteada por Thomson, la opción que prevalecería sería la "pro opción" de la mujer a realizarse un aborto. Esto, según Thomson, porque "lo que los partidarios [de restringir el aborto] quieren es un permiso para imponer coacción; lo que los detractores quieren es un permiso para ser libres. Es la primera la que necesita de justificación"²⁴.

2.2. Una respuesta desde "justice as fairness"

Precisamente para encontrar razones que permitan resolver estos asuntos tan discutidos relativos a la estructura básica de la sociedad, y que a la vez puedan cumplir con el principio de legitimidad liberal, es que nace "justice as fairness", presentada en *PL* como una concepción política de la justicia, es decir, independiente de las distintas doctrinas comprensivas, y fundada en ciertos elementos implícitos en la cultura de una sociedad democrática²⁵. En este sentido, "justice as fairness", pretende ser capaz de otorgar argumentos que uno razonablemente pueda esperar que los demás acepten razonablemente²⁶.

Que Rawls no haya dado una respuesta definitiva al problema del aborto no quiere decir que éste no pueda resolverse utilizando los elementos que presenta su teoría. Es más, de los párrafos citados se

24. THOMSON, *Abortion*.

25. *PL*, pp. 13 y 14.

26. Ver *supra* nota 19.

desprende que Rawls sí cree que se puede dar una “interpretación más detallada” de su teoría en este punto y que, por lo tanto, desde la razón pública se puede construir un argumento razonable para el caso del aborto. Y la pregunta que queda abierta es si podemos dar una respuesta definitiva. Sin embargo, considerando la pretensión de la teoría de Rawls en cuanto a presentarse precisamente como una concepción política de la justicia capaz de dar respuesta a estos problemas, entonces podemos reformular la pregunta: ¿existe la posibilidad de resolver el problema desde “justice as fairness”? Es decir, supuesto que “justice as fairness” fuera la concepción política de la justicia más razonable ¿podríamos encontrar en ella una respuesta al problema del aborto?

Comencemos por la base de la teoría: “justice as fairness” es una concepción de la justicia elaborada en base a un mecanismo conceptual, un dispositivo capaz de mostrar cuáles serían los principios de justicia más aptos para una sociedad democrática. Este mecanismo es el de la posición original, que ilustra los principios de justicia que serían aceptados por los representantes de ciudadanos libres e iguales, puestos a deliberar tras el velo de la ignorancia²⁷.

En la posición original los representantes elegirían estos dos principios de justicia:

- a) Cada persona tiene el mismo derecho a reclamar un esquema completamente adecuado de iguales libertades básicas, que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos; y
- b) Las diferencias sociales y económicas deben cumplir dos condiciones: primero, deben estar referidas a cargos y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades; y segundo, deben ser para beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (el principio de diferencia)²⁸

27. Cfr. *PL*, pp. 304ss.

28. *JaF*, pp. 42 y 43. Una formulación similar, salvo leves ajustes en el primer principio, en *PL*, p. 291.

Así quedan trazados los dos principios, teniendo el primero prioridad respecto del segundo. Esto implica que al aplicar el segundo principio, se asume que el principio anterior ya ha sido plenamente cumplido; es decir, primero se deben asegurar las libertades básicas, para luego buscar un sistema de distribución de cargas y beneficios que, respetando las libertades establecidas en el primer principio, dé cumplimiento al segundo²⁹. “La prioridad excluye la posibilidad de realizar intercambios (‘trade-offs,’ como dicen los economistas) entre libertades básicas cubiertas por el primer principio y las ventajas sociales y económicas cubiertas por el principio de diferencia”³⁰.

El problema del aborto se encuentra radicado en a). Así como vimos que el problema general del aborto requería una respuesta a la pregunta por cuál es el estatuto moral del no nacido y si se justifica una restricción al aborto, en “justice as fairness” el problema del aborto requerirá resolver:

- i) Respecto de si el que está por nacer tiene “las iguales libertades básicas”.
- ii) Si el esquema adecuado de libertades básicas permite justificar o no la restricción del aborto, y en qué medida.

Antes de analizar estos puntos, debemos hacer notar que en la teoría de Rawls, parte importante de la especificación de las iguales libertades básicas queda entregada a etapas posteriores a la posición original (de convención constitucional, legislación y aplicación de las normas). Se podría decir que el problema del aborto requiere de cierta especificación de las libertades que debiera tratarse en las distintas etapas posteriores. Sin embargo, hay ciertos elementos que quedan resueltos en la posición original, y la correcta aplicación de “justice as fairness” depende de que sepamos distinguir cuáles son esos elementos y qué prescriben, para respetarlo en las etapas posteriores³¹.

29. Cfr. *JaF*, p. 43.

30. *JaF*, p. 47.

31. Cfr. *PL*, pp. 336 y 337.

Para ello, debemos distinguir entre los dos puntos mencionados en el párrafo anterior.

2.3. *La personalidad moral en "justice as fairness"*³²

2.3.1. *Los criterios: especie, potencialidad e identidad*

En la posición original *debe* resolverse el problema de la personalidad moral. Me parece que uno de los problemas centrales que las partes enfrentan en la posición original es decidir a quiénes se les reconocerán los derechos y libertades básicas, y si todos tendrán los mismos o no. En "justice as fairness" la respuesta al primer problema se resuelve de modo inequívoco: "todas las personas" son titulares de las libertades básicas, de acuerdo al primer principio de justicia.

Ahora, con esto no habremos avanzado mucho hasta que definamos quiénes son personas. ¿Es "persona" el que está por nacer?

Aquí se abren dos posibilidades de interpretación:

- I) No existe en la teoría de Rawls respuesta al problema de "quiénes son personas", y por lo tanto, el asunto debería resolverse fuera de la posición original. El mecanismo de la posición original nos diría sólo cómo debemos tratar a las personas, una vez que resolvamos por otros medios quiénes ostentan dicha categoría.
- II) Sí existen en "justice as fairness" elementos para dilucidar quiénes son personas.

La opción II) me parece sugestiva, pues es difícil aceptar que una teoría como la de Rawls no contenga ningún criterio de personalidad. Dadas las pretensiones de la teoría, el que ésta no contuviera un criterio de personalidad implicaría sostener que, de ser la

32. Agradezco a León Izquierdo sus valiosos comentarios y consejos respecto de los temas que trataré en este capítulo.

teoría correcta, entonces no existe en nuestra cultura política democrática elementos que permitan fundamentar recíprocamente, por ejemplo, la igualdad de derechos entre las razas o entre hombres y mujeres. ¿Sería aceptable dicha visión para la teoría de Rawls? ¿Tendría “justice as fairness” razones en contra que ofrecer?

Al parecer Rawls era consciente de este problema de atribución de las libertades básicas y abordó explícitamente el problema de la personalidad moral en *Theory* §77. El objetivo de esa sección de *Theory* es analizar qué es lo que justifica la aplicación de los principios de justicia a ciertos seres y no a otros (animales, por ejemplo). La pregunta que se plantea es ¿a qué tipo de seres se les deben aquellas cosas que garantiza la justicia? “La respuesta natural parece ser que son precisamente las personas morales las que tienen derecho a la igual justicia”³³. ¿Y quiénes son las personas morales? “Las personas morales se distinguen por dos características: primero, son capaces de tener (y se asume que tienen) una concepción del bien (expresada por un plan de vida razonable); y en segundo lugar, son capaces de tener (y se asume que tienen) un sentido de la justicia, un deseo normalmente efectivo de aplicar y actuar en conformidad con los principios de la justicia, al menos en un grado mínimo”³⁴.

Hasta aquí, las nociones de Rawls sobre la personalidad no son novedosas. Sin embargo, a continuación comienza a mostrar las implicancias de sus definiciones:

Se debe observar que la personalidad moral aquí resulta definida como una potencialidad que es ordinariamente realizada con el tiempo. Es esta potencialidad la que pone los reclamos de justicia en juego³⁵.

Es decir, los principios de justicia se aplican (y deben) a quienes tienen personalidad moral, y ésta es caracterizada como una potencialidad: la capacidad de tener lo que posteriormente Rawls elabo-

33. *Theory*, p. 442.

34. *Ibid.*

35. *Ibid.*

rará como los dos poderes morales de los ciudadanos: la capacidad de tener una concepción del bien y la capacidad de tener un sentido de la justicia³⁶⁻³⁷.

Ésta sería al menos una condición suficiente, si bien tal vez ni siquiera necesaria para obtener la personalidad moral. Rawls no ahonda en el problema de si es también una condición necesaria pues asume que éste no es un problema que tenga muchas implicancias prácticas, dado que “la capacidad para tener un sentido de la justicia es algo que posee la inmensa mayoría de la *humanidad*”³⁸.

En este punto, el esquema de Rawls parece orientarse a encontrar un criterio que permita abarcar a todos los seres humanos, sin importar si *actualmente* están en condiciones de ejercer los poderes morales o de otras circunstancias. Más abajo ahonda en el asunto:

Se debe enfatizar que la condición suficiente para la igual justicia, la capacidad de tener personalidad moral, no es en absoluto estricta. Cuando alguien carece de la potencialidad requerida, sea por nacimiento o por accidente, esto se considera como defecto o privación. No hay una raza o grupo reconocible de *seres humanos* que carezca de este atributo³⁹.

En este sentido, la búsqueda del criterio para atribuir la protección de los principios de justicia parece estar motivado por el esfuerzo de encontrar uno que permita otorgar dicha protección a

36. Véase *JaF*, pp. 18 y 19 e infla II.3.3. *La personalidad moral en las obras posteriores*.

37. Es por esto que en adelante Rawls hablará de “personalidad moral” o “capacidad de tener una personalidad moral”. La terminología es confusa, pues la personalidad moral se entiende como una potencialidad, y por lo tanto la capacidad de tener una personalidad moral sería algo así como la “potencialidad de una potencialidad”. Creo que una interpretación así de estricta sería rebuscada. Los textos de *Theory* que citaremos a continuación permiten suponer que para Rawls ambos términos son equivalentes.

38. *Theory*, p. 443.

39. *Ibid.*

toda la “humanidad”. Esto es notorio en las frases de *Theory* anteriormente citadas en las que se destacaron las palabras “humanidad” y “seres humanos”. En ellos Rawls no argumenta por qué el criterio que propone debería ser el definitivo. Simplemente muestra cómo el criterio de la “capacidad de tener personalidad moral” es el que permitiría incorporar a todos los seres humanos (y excluir a otras especies). En ese sentido, Rawls pareciera suponer a la hora de construir su teoría que la personalidad moral va de la mano con la pertenencia a la especie humana.

Me parece que en Rawls hay a lo menos tres criterios para resolver quiénes son persona y quiénes no. El primero, a la luz de los textos que hemos revisado, es el de la pertenencia a la especie. Así, pareciera ser que para Rawls los individuos que son parte de la especie humana tienen personalidad moral.

Este énfasis ayuda a instalar la discusión sobre el estatuto moral de los embriones humanos en el llamado “argumento de la especie”, que se puede resumir en lo siguiente:

- 1) Todo miembro de la especie humana es persona.
 - 2) Todo embrión humano es miembro de la especie humana.
- Por lo tanto, 3) Todo embrión es persona⁴⁰.

De ser cierto esto, entonces de acuerdo a la teoría de Rawls a los embriones humanos se les deberían atribuir los derechos que le corresponden en atención a los principios de justicia. Lo notable es que el punto 1) es concedido por Rawls en los párrafos citados, y el punto 2) no es especialmente controvertido (dado que los embriones humanos tienen una procedencia humana y estructura genética humana; viniendo de padre y madre humanos, no podrían ser de otra especie). Afirmando 1) y 2), se sigue necesariamente 3), la conclusión de que los embriones serían personas. Por ahora nos interesa dejar establecido sólo el criterio (1): todo ser humano es persona.

40. Cfr. DAMSCHEN, G. y SCHOENECKER, D., *Der moralische Status menschlicher Embryonen*, Walter de Gruyter, Berlin, 2002, p. 2 con ligeras modificaciones.

El segundo criterio está dado por la potencialidad. Esto implica reconocer personalidad a aquellos que “llegarán a ser” personas normales, en el sentido de que ejercen actualmente los poderes morales. En este sentido, Rawls afirma:

He dicho que los requisitos mínimos para definir la personalidad moral se refieren a una capacidad, y no a la realización de ella. Un ser que tiene esta capacidad, la haya desarrollado o no, ha de recibir la protección completa de los principios de la justicia. Ya que se piensa que los infantes y niños tienen los derechos básicos (normalmente ejercidos a su nombre por sus padres y guardadores), esta interpretación de las condiciones requeridas parece necesaria para coincidir con nuestros juicios madurados. Más aún, considerar la potencialidad como suficiente armoniza con la naturaleza hipotética de la posición original y con la idea de que, tanto como sea posible, la elección de los principios no debería estar influenciada por contingencias arbitrarias⁴¹.

De este texto parece desprenderse que en Rawls la idea central es que los principios de justicia son atribuidos a todos quienes tienen la “potencialidad” de poder desarrollar los poderes morales, aun cuando dicha potencialidad no se haya desarrollado todavía, o no se pueda desarrollar correctamente sea por nacimiento o por accidente⁴².

Frente a la pregunta planteada inicialmente respecto de si los embriones (y en general los individuos humanos no nacidos) son personas y por lo tanto tienen la protección de los principios de justicia, lo afirmado por Rawls parece sustentar otro criterio, el de la potencialidad, dejando la discusión sobre el estatuto moral del embrión en el llamado “argumento de la potencialidad”, que puede ser resumido en lo siguiente:

- 1) Todo ser humano que “potencialmente” tiene X, es persona
 - 2) Los embriones humanos son seres que potencialmente tienen X.
- Por lo tanto, 3) Los embriones humanos son personas⁴³.

41. *Theory*, pp. 445 y 446.

42. Respecto de esto, veáse también *supra* n. 36.

43. DAMSCHEN y SCHOENECKER, *Der moralische Status menschlicher Embryonen*, p. 5.

En el caso de “justice as fairness”, el criterio de personalidad (1)) se acepta, bastando con reemplazar X por “personalidad moral”, entendida como la capacidad de desarrollar los poderes morales. Así, todos los que potencialmente tienen la capacidad de desarrollar los poderes morales, son persona.

Esta forma de ver la personalidad parece ser especialmente cercana a los argumentos que respaldan posturas “pro-vida” orientados a establecer la personalidad del no nacido desde la concepción⁴⁴. El argumento sería: si el criterio para aceptar que algo sea persona y por lo tanto tenga la protección de los principios de justicia es la “potencialidad”, que se desarrollará “ordinariamente con el tiempo”, de ejercer los poderes morales, entonces los embriones humanos también cumplen con dicho criterio, lo que no ocurre con los animales o con otros organismos humanos (tales como el espermio o el óvulo, que aún en condiciones normales no llegarán a ejercer los poderes morales)⁴⁵.

Ahora, se puede saber quienes tienen la potencialidad por referencia a quienes actualmente ejercen los poderes morales. Los seres humanos desarrollados y sanos pueden ejercer los poderes morales. Sabemos entonces que los individuos normales de la especie, una vez alcanzada cierta etapa de su desarrollo, y mientras no sufran alguna enfermedad o accidente, serán capaces de ejercer los poderes morales. Por lo tanto, un embrión normal, tiene la *capacidad* de desarrollar los poderes morales, independiente de que la esté ejerciendo actualmente o no. Para Rawls, basta sólo dicha capacidad para tener la personalidad moral y tener la protección de los principios de justicia.

44. Cfr. EVERS, Williamson M., “Rawls and Children”, *Journal of Libertarian Studies*, vol. 2, no. 2 (1978), pp. 110 y 111. Me parece acercada la posición de Evers en cuanto a identificar el estatuto moral de los no nacidos en *Theory* con las posturas tradicionalmente sostenidas para defender la personalidad moral del que está por nacer. Sin embargo, creo que de ahí no se sigue la prohibición general del aborto bajo el esquema de Rawls por las razones que da Evers, especialmente atendiendo a los desarrollos posteriores al artículo que sufrió la teoría.

45. Respecto de este punto véase, GÓMEZ-LOBO, A., “Aristóteles y una disputa de bioética”, *Estudios Públicos*, 102 (otoño 2006), p. 41.

Esto último calza muy bien con la teoría de Rawls y da paso al tercer criterio: el criterio de la identidad. Considerar la potencialidad como suficiente “armoniza con la naturaleza hipotética de la posición original y con la idea de que, tanto como sea posible, la elección de los principios no debería estar influenciada por contingencias arbitrarias”⁴⁶. Precisamente el mecanismo de la posición original, mediante el velo de la ignorancia, pretende que las partes no puedan decidir en base a la actual situación de sus representados (por ejemplo, ya nacido, desarrollado, sano, todas “contingencias arbitrarias”). Las partes no saben las circunstancias en que sus representados tendrán que crecer y desarrollarse, y sin embargo no les pueden ser indiferentes si realmente quieren maximizar sus intereses. Y entonces lo racional es que estipulen en su favor las distintas libertades básicas desde un momento muy temprano de su desarrollo. De hecho, lo racional sería atribuirles las libertades desde “el primer momento”.

La pregunta entonces es cuál es “el primer momento” de los representados. Este problema instala la discusión en el llamado “argumento de la identidad”:

1) Todo ser X, es persona.

2.1) Adultos, que actualmente son X, son idénticos desde una perspectiva moralmente relevante, con embriones.

Y también, 2.2) Los embriones a los que son idénticos, son personas.

Y también 2.3) Si un embrión es persona, entonces todos deben serlo.

Por lo tanto 3) Los embriones son personas⁴⁷

El desafío está en establecer una relación de identidad con el embrión que uno *fue*. Por supuesto, lo que le interesa a las partes

46. *Theory*, pp. 445 y 446.

47. Cfr. DAMSCHEN y SCHOENECKER, *Der moralische Status menschlicher Embryonen*, p. 4. con ligeras modificaciones.

no es establecer la identidad de los embriones con los representados para proteger a los primeros *en base al principio de igualdad* (puntos 2.3 y 3). Lo propio de las partes en la posición original es el esfuerzo por maximizar los intereses de los representados, no hacer justicia. Sin embargo, las restricciones que encuentran en la posición original es la que los fuerza a elegir principios que son justos, pero que se eligen por conveniencia tras el velo de la ignorancia. En el caso que tratamos, si el argumento de la identidad tiene razón en que existe una relación de identidad entre un embrión y un adulto, entonces las partes deberían considerar este punto pues los representados comenzarían como embriones (2.2) por lo que sí tendrían una poderosa razón para atribuir la protección a los embriones, no por aplicación del principio de igualdad, sino para proteger a las partes “cuando sean embriones” o, lo que es lo mismo “protegerlas desde su primer momento de existencia”. Si tal argumento es correcto, o posible de sostener desde la teoría de Rawls, es algo que conviene ver en mayor detalle a continuación.

2.3.2. *La aplicación de los criterios: los argumentos*

Hasta aquí quedan enunciados los criterios y su validez en “justice as fairness”. También hemos esbozado cómo cada uno de los criterios permitiría esbozar un argumento a favor de la atribución de personalidad a los embriones humanos. Ahora corresponde resolver un nuevo problema: si los distintos criterios que postulamos como aceptables para probar el estatuto moral de persona del embrión humano en “justice as fairness” cumplen con el requisito de poder ser aplicados al caso del embrión humano con la información disponible tras el velo de la ignorancia. Hemos visto que desde distintos elementos de la teoría de Rawls estos criterios están contemplados en la posición original. La pregunta es si tras el velo de la ignorancia se pueden probar los argumentos que respaldarían la aplicación de dichos criterios al caso concreto del embrión humano.

Se debe aclarar en este punto la terminología que utilizamos y distinguir los *criterios* que serían aceptables en la posición original de los *argumentos* que se pueden dar en la posición original. Los criterios serían las pautas que seguirían las partes para saber si alguien es o no persona. Los argumentos están orientados a demostrar que, aplicando dichas pautas a un ente concreto, éste sería persona.

El problema que abordaremos ahora respecto del velo de la ignorancia no está en los criterios mismos sino en su aplicación al caso del embrión humano, es decir, en los argumentos.

El caso de los argumentos de la especie y de la potencialidad no me parece problemático. Para poder demostrar que los criterios de la especie y de la potencialidad permiten atribuir personalidad moral al embrión, se requiere sólo el conocimiento de “las conclusiones no controvertidas de la ciencia”, las cuales sí son conocidas por las partes tras el velo de la ignorancia⁴⁸. En efecto, una vez aceptado el criterio de la especie, su aplicación al caso del embrión humano requiere de sólo saber si el embrión humano es un nuevo individuo de la especie humana o lo es de otra especie. Este punto es relativamente pacífico al interior de la comunidad científica: el embrión humano sí es un nuevo individuo (no es ni la madre ni el padre, y tiene un código genético propio que, entre otras cosas permite distinguirlo claramente de ambos) y sí es de la especie humana (no podría ser de otra, si tiene padres humanos)⁴⁹. Con ese conocimiento, ya puede concluirse por aplicación del criterio de la especie que el embrión es persona.

48. Cfr. *JaF*, pp. 89 y 90.

49. Véase SADLER, T.W., *Langman embriología médica: con orientación clínica*, p. 3. Nótese que para plantear el argumento sólo se debe identificar al embrión como “individuo humano”; ni siquiera es necesario demostrar que en su estructura ya están todos los elementos que permiten identificarlo con el adulto que será después. Esto es necesario para trazar la relación de identidad, pero no la de pertenencia a la especie.

Con el argumento de la potencialidad ocurre lo mismo. Si bien existe una discusión normativa respecto de cuándo podemos decir que nos hallamos ante una "persona", no existe una discusión en el plano descriptivo de las ciencias particulares respecto del desarrollo del embrión humano. Hay acuerdo en que dicho ser en condiciones normales se desarrollará a través de un proceso continuo hasta convertirse en una persona paradigmática⁵⁰, es decir, desde la perspectiva de "justice as fairness", en alguien que posee el ejercicio actual de los dos poderes morales. Ahora, lo que exige "justice as fairness" es la *capacidad* (entendida, según vimos, como potencialidad) de ejercer dichos poderes, no su realización⁵¹. En este sentido, no es forzado decir que en el embrión humano está la potencialidad de realizar el ejercicio de los poderes morales, al menos tanto como en un niño en los primeros días después de nacido. Nótese que esto ocurre sólo a partir de la fecundación. No se puede decir lo mismo del espermio o del óvulo. Ninguno de los dos por separado, bajo condiciones normales, llegará a desarrollar ningún poder moral.

El caso del argumento de la identidad requiere mayor análisis. ¿Qué conocimientos se requieren para probar que existe una relación de identidad entre un embrión y uno de los representados?

Creo que desde la teoría de Rawls se puede probar el argumento, aunque de manera provisoria. El desafío en este punto será establecer si hay identidad entre una persona paradigmática (entendida también desde la perspectiva de "justice as fairness", es decir, como un individuo humano que ejerce plenamente los dos poderes morales), y un embrión.

50. Tomo el concepto "persona paradigmática" de Gómez-Lobo, quien entiende por personas paradigmáticas "a los individuos humanos que ejercen plenamente las facultades humanas" Véase *Aristóteles y una disputa de bioética*, p. 29. En este punto hemos adaptando la definición a los términos de la teoría de Rawls, considerando como "las facultades humanas" los dos poderes morales.

51. Cfr. *Theory*, pp. 445 y 446.

En la teoría de Rawls se presupone que existe la relación de identidad entre una persona paradigmática y el niño que fue⁵²; también existe relación de identidad entre un ciudadano que se encuentra sano y el mismo ciudadano una vez que por enfermedad o accidente no puede ejercer los poderes morales⁵³. En ese sentido, lo que caracterizaría la relación de identidad no es la permanencia de una conciencia o la capacidad actual de ejercer los poderes morales, sino la identidad física, es decir, el ser el mismo organismo⁵⁴. Ahora, es un aspecto no controvertido que es el mismo *organismo* vivo el que pasa por las distintas etapas desde la fecundación, instancia en la que forma un organismo completo y distinto que tiene un código genético propio, distinto al de sus progenitores, hasta el nacimiento. De ahí que podría trazarse una relación de identidad entre un embrión y una persona paradigmática, con lo cual se establecería el estatus moral de persona del embrión.

Éste argumento es provisorio en el sentido de que puede ser desacreditado si encontramos un momento posterior a la fecundación que nos permita trazar una línea que “quiebre” la relación de identidad. Es decir, encontrar un punto desde el cual se pueda afirmar correctamente que “después de esto, es el mismo representado, pero antes, otra cosa”. Ahora, la carga de la prueba recae en quién pretenda trazar dicha línea. Sin embargo, tendrá una dificultad adicional, pues dicha línea debe ser trazada utilizando los elementos que provee “justice as fairness” y respetando las restricciones que esta presenta. Por ejemplo, una forma posible de trazar dicha línea es reemplazando la concepción de identidad que utilizamos en el párrafo anterior, de manera tal que ésta ya no se refiera al “mismo organis-

52. Cfr. *Theory*, pp. 218 y 219.

53. Esto parece estar supuesto en las reflexiones de Rawls que mostraremos en la sección siguiente.

54. Para una contraposición detallada entre ambas concepciones de identidad, puede verse WIGGINS, D., *Sameness and Substance Renewed*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, capítulo 7.

mo” sino a la identidad dada por algún otro elemento que permita excluir al embrión; por ejemplo, la identidad de un sujeto consciente durante todo el tiempo en que ejerce los poderes morales. Sin embargo, una concepción tal de identidad parece estar expresamente descartada por la teoría, como vimos en los párrafos anteriores. Como sea, quien pretenda cambiar la concepción de identidad deberá demostrar por qué esa concepción de la identidad es la que debería adoptarse desde la perspectiva de “justice as fairness” y de qué manera sería coherente con el resto de la teoría, en particular con los conceptos presentes en los textos que hemos presentado más arriba. Lo mismo ocurre para cualquier argumento destinado a trazar una línea de quiebre en la relación de identidad: quien pretenda esgrimir un argumento de este tipo deberá demostrar su argumento sin recurrir a elementos que las partes no podrían conocer tras el velo de la ignorancia y sin pugnar con los demás aspectos de la teoría.

Ahora, este carácter de provisorio del argumento de la identidad en “justice as fairness” no lo comparten los otros dos argumentos vistos. Esto no ocurre ni con el argumento de la potencialidad (el embrión tiene aquí y ahora la capacidad de llegar a un estado en que pueda ejercer los poderes morales, independiente de lo que se pueda demostrar que ocurre en las etapas posteriores) ni con el de la especie (el embrión es parte de la especie humana, independiente de lo que se pueda demostrar que ocurre en las etapas posteriores de su desarrollo).

Cabe hacer notar a modo de conclusión que el debate sobre lo que es o no conocido en la posición original es relevante para la fundamentación sólo de lo que hemos denominado *argumentos*, pero no parece relacionarse con los *criterios*. Los criterios no necesitan de información especial para ser acordados por las partes. Hemos visto cómo la teoría de Rawls parece o postularlos en la elaboración de la teoría con el objeto de que ésta arribe a resultados aceptables (criterio de la especie y potencialidad) o deducirlos como una consecuencia de la misma y de la preocupación racional de las partes por establecer una protección integral de los princi-

pios de justicia para los representados durante todo su desarrollo (criterio de la identidad).

Ahora, firmes los criterios, ¿qué ocurre si no se pudieran probar los argumentos en la posición original? Es decir, ¿qué ocurre si, pese a tener claridad sobre los criterios que permitirán discriminar entre quienes son o no son personas, las restricciones a la información que tienen las partes en la posición original no les permitieran resolver si los embriones tienen o no dicho estatuto moral?

El asunto ahora es suponer qué ocurriría si se considera (erradamente, a mi juicio) que estos argumentos no son suficientes o no pueden ser planteados con las restricciones a la información que poseen las partes en la posición original. En este caso, se debe considerar que fuera de la posición original debemos aplicar los principios de justicia acordados en ella. Una vez levantado el velo se debe seguir honrando lo acordado tras el velo de la ignorancia y cumplir los principios prescritos en la posición original. De esta manera, por ejemplo, no se puede resolver en la posición original el detalle del sistema electoral, o a qué personas concretas les corresponderá desempeñar los cargos públicos más relevantes. Pero sí se puede establecer en la posición original los criterios y pautas que se deben cumplir: por ejemplo, respetar las libertades políticas, es decir, que las personas sean elegidas democráticamente en un proceso abierto a todos, etc. Estos criterios deben ser satisfechos en las etapas posteriores a la posición original y regulan la discusión en esas etapas al establecer qué es lo que debe probarse y discutirse, en atención a los principios de justicia cuando son aplicables⁵⁵ (dichos principios no son aplicables a todo problema humano, sino sólo a la estructura básica de la sociedad). El problema se resolverá en base a argumentos presentados por distintas disciplinas con el conocimiento que tienen quienes deciden en las etapas posteriores, que siempre es mayor que el de las partes en la posición original; pero dichos argumentos deberán estar orientados a discutir lo que los criterios señalen.

55. Cfr. *PL*, pp. 336 y 337.

2.3.3. *La personalidad moral en las obras posteriores*

Un problema que debemos resolver respecto de la personalidad moral de los embriones humanos en “justice as fairness” es si las conclusiones a que hemos llegado hasta ahora respecto de los criterios para establecer la personalidad serían coherentes con el desarrollo de las tesis de Rawls posterior a *Theory*, fundamentalmente después del tratamiento del concepto de “persona” en *PL*, el cual es seguido también en *JaF*.

En *PL* no se plantea el problema de la personalidad moral en el mismo sentido que en *Theory*. Como vimos, en §77 de este último libro, la idea central era tratar de establecer a quiénes se aplican los principios de justicia. En *PL* en cambio, el objetivo hacia el cual tiende el desarrollo de Rawls del concepto de persona es establecer el significado focal de dicho concepto con el objeto de precisar una de las ideas fundamentales desde las que se estructura su teoría:

Las instituciones principales de una sociedad y sus formas de interpretación aceptadas son vistas como un fondo [fund] de ideas y principios implícitamente compartidos.

Así, “justice as fairness” comienza desde dentro de una cierta tradición política y toma como su idea fundamental la de la sociedad como un sistema de cooperación justa a través del tiempo, de una generación a la otra (§3). Esta idea organizativa central se desarrolla en conjunto con dos ideas fundamentales acompañantes: una es la idea de los ciudadanos (aquellos comprometidos en la cooperación) como personas iguales y libres (§§3.3 y 5); la otra es la idea de una sociedad bien ordenada como una sociedad regulada efectivamente por una concepción política de la justicia (§6)⁵⁶.

De este modo, la pretensión de Rawls es identificar y precisar estas ideas fundamentales (dentro de la cual está la idea de persona

56. *PL*, p. 14.

como ciudadano libre e igual), que él asume como implícitas en la cultura política de una sociedad democrática. Así, la concepción de persona “se elabora a partir de la forma en que los ciudadanos son considerados en la cultura política pública de una sociedad democrática, en sus textos políticos básicos (constituciones y declaraciones de derechos humanos) y en la tradición histórica de interpretación de esos textos”⁵⁷. El propósito es elaborar a partir de estas ideas ampliamente compartidas una concepción política de la justicia que sirva de base razonable de justificación, y que por lo tanto “pueda ganar el apoyo de un consenso superpuesto”⁵⁸, en una sociedad en donde distintas personas adhieren a distintas doctrinas comprensivas.

No podemos aquí detallar cómo se lleva a cabo dicha empresa, ni evaluar su corrección. Simplemente nos interesa constatar la pretensión de Rawls a la hora de introducir una determinada concepción de persona en este punto; a saber, elaborar a partir de ahí una concepción de la justicia. Al respecto Rawls señalará en *PL* VIII §3:

Considérese primero la concepción de la persona: hay muchos aspectos diferentes de nuestra naturaleza que puede señalarse que son particularmente significativos dependiendo de nuestro objetivo y punto de vista. Este hecho se nota en el uso de expresiones tales como *Homo politicus*, *Homo oeconomicus*, y *Homo faber*. En “justice as fairness” el objetivo es elaborar una concepción de la justicia política y social que sea propicia a las convicciones y tradiciones más asentadas en un estado democrático moderno. La razón de esto es para ver si podemos resolver el impasse de nuestra historia política reciente, a saber, que no existe un acuerdo respecto de la forma en que las instituciones sociales básicas deben estructurarse si han de ajustarse a la libertad e igualdad de los ciudadanos como personas. Así, desde el principio se considera la concepción de la persona como parte de una concepción de la justicia política y social. Esto es, caracteriza cómo

57. *JaF*, p. 19.

58. Véase, *PL*, p. 15.

los ciudadanos han de considerarse a sí mismos y unos a otros en sus relaciones políticas y sociales, al ser especificadas por la estructura básica. Esta concepción no debe ser confundida con un ideal de vida personal (por ejemplo, el ideal de la amistad), ni como un ideal para miembros de una asociación, mucho menos con un ideal moral, como el ideal estoico del hombre sabio⁵⁹.

Ahora, como el objetivo es adoptar una concepción de persona que permita elaborar la concepción política de la justicia (y que en este sentido, es parte de ella), se deben tomar las características humanas que se relacionan con este objetivo. De ahí que la concepción de persona deba ser la de un ciudadano (normal), con las características que una cultura democrática asume que estos tienen. Dichas características permiten a Rawls vincular la idea de persona con la noción de cooperación social. Éstas características son los poderes morales, a los que nos referiremos a continuación.

“Justice as fairness” considera a los ciudadanos como partícipes de la cooperación social, y por lo tanto, como totalmente capaces de realizar esta cooperación, y de realizarla durante toda su vida. Las personas así consideradas tienen lo que podríamos llamar “los dos poderes morales”, que se explican como sigue:

- (i) Uno de esos poderes es la capacidad para un sentido de la justicia: es la capacidad de comprender, aplicar y actuar por (y no sólo en concordancia con) los principios de justicia política que especifican los términos de cooperación social justos.
- (ii) El otro poder moral es la capacidad para tener una concepción del bien: es la capacidad de tener, de revisar, y de perseguir racionalmente una concepción del bien. Tal concepción es una familia ordenada de fines últimos y objetivos que especifican la concepción de una persona sobre lo que es de valor en una vida humana o de lo que se consi-

59. *PL*, p. 300. También véase *PL*, p. 18 y TIPRR, en *PL* p. 481.

dera como una vida que valga la pena completamente. Los elementos de una concepción tal normalmente son puestos desde, e interpretados por, alguna doctrina comprensiva religiosa, filosófica, o moral a la luz de la cual los varios fines y objetivos son ordenados y entendidos⁶⁰

El punto esencial que queremos mostrar con estos párrafos es que Rawls al introducir el concepto de persona en *PL* y en *JaF*, no pretende elaborar una concepción de la personalidad con el propósito de analizar a qué entes concretos se les debe el respeto que dicho estatuto moral implica. Su objetivo será más bien tematizar una noción que considera implícita en nuestra cultura política con el propósito de construir sobre dicha noción (y otras nociones fundamentales dadas) una concepción política de la justicia que permita entregar soluciones coherentes a problemas sociales básicos y controvertidos, a la que todos quienes comparten dichas nociones presupuestas puedan adherir.

En este sentido, aunque la noción de persona que sirve de base a “justice as fairness” es la de un individuo que posee los dos poderes morales, no debe considerarse que desde una interpretación coherente de las tesis de Rawls sólo quienes están en *actual* posesión de dichos poderes deban ser considerados personas y por lo tanto, sólo ellos tengan la protección de los principios de la justicia. La introducción del concepto de persona en las obras posteriores a *Theory* se hace con una pretensión distinta⁶¹: caracterizar “cómo los ciudadanos han de considerarse a sí mismos y unos a otros en sus relaciones políticas y sociales, al ser especificadas por la estructura básica”. Pero esto sólo nos dice cómo se “consideran” los ciudadanos, pero no “quiénes” son personas y por lo tanto se les debe el respeto a los principios de justicia. Por otro lado, de que lo propio de las personas sea el tener ciertos poderes morales no se

60. *JaF*, pp. 18 y 19.

61. Véase también, aparte de los textos citados, *JaF*, p. 24.

sigue que para ser persona se deba tener el ejercicio *actual* de tales poderes. Como vimos en la sección anterior, Rawls vincula la idea de personalidad moral con la de potencialidad, lo que excluye esta visión. Esto coincide con lo sostenido por muchos teóricos pro vida que sostienen la dignidad especial del ser humano por referencia a ciertos atributos que le son propios, como por ejemplo, la racionalidad, extendiendo dicha dignidad a todos quienes son partes de una misma especie, cuya naturaleza es racional⁶². Lo que se exige es ser parte de la especie que tiene estas características, no estar en posesión actual de las características en cuestión.

Obviamente, con esto no se ha demostrado si ésta es la postura correcta a la pregunta por cuál es el criterio con el que establecemos quienes son o no son personas. Simplemente interesa constatar que de la concepción de persona que aparece en *PL* y *JaF* no se siguen tesis actualistas que, por lo tanto, impliquen un cambio a los criterios que creemos que desde *Theory* se podría fundamentar que se deberían aplicar al debate sobre quiénes son personas.

Estas impresiones aparecen reforzadas por los planteamientos de Rawls respecto del sistema de salud (*health care*). En este punto Rawls discute, a propósito del listado de bienes primarios, cuál debería ser el trato de aquellos que no tienen los poderes morales en un nivel suficiente como para ser miembros capaces de cooperar en la sociedad (que, como vimos, es el estándar según el cual se define el caso central de persona en *PL* y las obras siguientes). Una tesis actualista debería sostener que quienes caen bajo el mínimo no son personas desde la perspectiva de "justice as fairness" y por lo tanto no se les debe la protección de los principios de justicia. Si esto fuera cierto, no se presentaría el problema de establecer si el listado de bienes primarios es adecuado para ellos en atención a sus mayores necesidades: simplemente no contarían a la hora de asig-

62. Para un desarrollo completo de dicha postura, véase, GEORGE, R. P. y LEE, P., "Acorns and Embryos", *New Atlantis* 7 (Otoño 2004/Invierno 2005), pp. 90-100, disponible en <http://www.thenewatlantis.com/archive/7/georgelee.htm>.

nar bienes de ningún tipo, y por lo tanto no sería necesario revisar si los bienes primarios les serán suficientes.

Sin embargo, el enfoque de Rawls parece suponer precisamente lo contrario: quienes están bajo la línea requieren de mayores cuidados; son personas y operan respecto de ellos los principios de justicia. En su exposición del problema, Rawls distingue entre quienes están sobre la línea, y por lo tanto son miembros que tienen el ejercicio de sus poderes morales y son capaces de cooperar en la sociedad, aunque en distinto grado, y el de aquellos que están bajo la línea. Respecto de estos últimos señala:

El segundo caso involucra a aquellos que por enfermedad o accidente caen por un tiempo bajo el mínimo esencial. [...] Aquí será importante el uso de la concepción de ciudadano como un miembro de la sociedad capaz de cooperar con ella a través de una vida completa, lo que nos permite ignorar las diferencias en capacidades y talentos sobre el mínimo. Tal concepción nos dirige a restaurar, o de una manera adecuada, a mejorar, nuestras capacidades cuando por enfermedad o accidente caemos bajo el mínimo y no somos capaces de desempeñar nuestro papel en sociedad⁶³.

En el mismo sentido en *PL* sostiene que

“Las variaciones que ponen a algunos *ciudadanos bajo la línea* como resultado de enfermedad o accidente [...] pueden ser resueltas, creo, en la etapa legislativa, cuando la extensión y naturaleza de estas desgracias son conocidas y el costo total de su tratamiento puede ser establecido y ponderado con el gasto total del gobierno. El objetivo es restaurar a la gente a través del sistema de salud [health care] de manera tal que puedan ser nuevamente miembros completamente capaces de cooperar con la sociedad” (énfasis agregado)⁶⁴.

Lo que pretendemos ilustrar con estas citas es que para Rawls, si bien la concepción focal de persona es la de un ciudadano en

63. *JaF*, p. 175.

64. *PL*, p. 184.

ejercicio de sus poderes morales, ello no implica para su teoría que quienes por alguna razón (en los ejemplos de Rawls, enfermedad o accidente) no puedan ejercer sus poderes, no sean personas y por lo tanto no merezcan el respeto de los principios de justicia. De hecho, de acuerdo al tenor literal de la última cita, siguen siendo considerados “ciudadanos”. En ambos párrafos sus necesidades siguen siendo consideradas y la pregunta en ese punto es cuál es la manera más adecuada de hacerlo.

2.3.4. *¿Política, no metafísica?*

Una última cuestión es si los criterios para establecer la personalidad moral presentados en *Theory* implicaban alguna visión “metafísica” de la persona, del tipo que Rawls quiere evitar en su teoría, a la cual considera “política, y no metafísica”.

No me parece. Lo “metafísico” y lo “político” se caracterizan en Rawls por el origen con el que se presentan los conceptos, y no por su contenido. Así, aquello que es presentado como basado en una visión de lo que las cosas “son en realidad”, es caracterizado como “metafísico”. Lo que es presentado como construido “sólo a partir de ideas intuitivas básicas que están incorporadas en las instituciones políticas de un régimen democrático constitucional y en las tradiciones públicas de su interpretación”⁶⁵, es caracterizado como “político”⁶⁶.

Si se revisa con atención los criterios de personalidad presentados en *Theory*, ellos no son deducidos a partir de las convicciones de Rawls sobre lo que es la persona en realidad. En este tema su método es el mismo que en las obras posteriores: los distintos criterios pretenden reflejar visiones que implícita o explícitamente forman parte de las convicciones ampliamente compartidas en una

65. RAWLS, J., “Justice as Fairness: Political not Metaphysical (1985)”, en *Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge Mass.: 1999, p. 390.

66. Cfr. RAWLS, J., *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, p. 394.

democracia, y supuestas en muchas de sus instituciones respecto de a quiénes se les debe el cumplimiento de las obligaciones establecidas por principios de justicia. De esta manera Rawls postula distintos criterios que cree necesarios para que la teoría sea coherente con dichas convicciones y que va deduciendo a partir de las mismas. Se puede observar ese proceso en cada uno de los criterios que mostramos anteriormente. De ahí que el tratamiento de la personalidad moral en *Theory* no sea contradictorio con las exigencias de las obras posteriores en el sentido de construir una concepción “política” de la justicia.

Una última objeción relacionada se podría plantear a la luz de los comentarios de Samuel Freeman sobre este problema: la concepción del feto como posible persona, si bien es sostenible, no sería “política” ya que lo que consta en la concepción política de la justicia es que nos entendemos como iguales todos los que tenemos los poderes morales, lo que excluiría a los no nacidos, pues no es parte de la cultura política democrática el asumir que estos tengan dichos poderes morales⁶⁷. De ahí que sería falaz afirmar, frente al aserto de que la personalidad moral del feto no puede ser establecida respetando las restricciones de la razón pública, que en ese caso “justice as fairness” asumiría un costo muy alto al no contemplar un criterio para establecer quiénes son personas y quienes no, pues no podría refutar, por ejemplo, a quienes sostienen que los miembros de ciertas razas no son personas. La refutación sería falaz, porque sí es parte de la concepción política de la justicia el hecho de que consideremos a los miembros de todas las razas como personas, dado que nos consta que tienen los poderes morales⁶⁸.

Pero las observaciones de Freeman soslayan un punto importante. El esfuerzo de “justice as fairness” no consiste sólo en replicar convicciones ampliamente sostenidas en sociedades democráticas,

67. Cfr. FREEMAN, S., *Rawls*, Routledge, Londres-Nueva York, 2007, pp.407 y 408.

68. FREEMAN, S., *Rawls*, p. 512, n. 25.

sino en tomar dichas convicciones y articularlas de forma coherente como una teoría de la justicia de las instituciones. Para articular las convicciones debe ser capaz de identificar los principios subyacentes a ellas mismas y así, armonizando estos principios entre sí, estructurar una teoría coherente que permita dar luz sobre aspectos ampliamente disputados de una sociedad.

En ese sentido, el hecho de que exista la convicción ampliamente compartida de que los individuos de todas las razas son políticamente iguales no es el final del proceso. Es el dato desde el que comenzamos nuestra búsqueda por el criterio según el cual identificamos quiénes son sujetos de derechos y quiénes no. Asimismo, incorporaremos otras convicciones: por ejemplo, que miremos como personas también a quienes no ejercen los poderes morales actualmente: ancianos, dementes, niños, gente durmiendo, etc. Desde esas convicciones (y otras referidas al mismo problema de establecer la personalidad moral) se debe buscar una respuesta a los casos controvertidos, por la vía de hallar los principios subyacentes a este aspecto de nuestra "cultura política", articularlos y luego aplicarlos al problema.

Éste parece ser el método de Rawls también en la citada § 77 de *Theory* (a la cual se refiere en *JaF* 7.3), en la que aborda el problema de la personalidad moral. En este punto Rawls busca criterios para establecer la personalidad moral, principios que puedan normar el problema, y que sean consistentes con nuestras convicciones como sociedad. Mi posición respecto a cuáles son estos criterios y las conclusiones que arrojan respecto de la personalidad moral del no nacido constan más arriba.

En todo caso, se debe recordar que el asunto no es tan simple como lo presenta Freeman: de afirmar que tienen la igual personalidad moral todos los que tenemos los poderes morales, no se sigue necesariamente que los no nacidos no sean personas. La discusión es qué se entiende por "tener" los poderes morales. Naturalmente si se entiende que se deben tener "actualmente", esto excluiría a los embriones. También a los niños hasta cierta edad, y a muchos

dementes, enfermos y ancianos. Sin embargo esa no es la opción de Rawls (ni de las sociedades democráticas en general). Como vimos, para Rawls la personalidad moral es una capacidad que implica una potencialidad de ejercer dichos poderes morales; y en esto su teoría es consecuente con las convicciones subyacentes a una cultura política democrática. Es precisamente ese punto el que admite una argumentación a favor de la personalidad moral del embrión. Freeman simplemente despacha el asunto con demasiada celeridad.

* * *

Así, en conclusión, las tesis de Rawls permiten iluminar el debate sobre el estatuto moral del embrión humano, presentando tres criterios respecto de su estatuto moral (criterio de la especie, de la potencialidad y de la identidad). Estos criterios pueden ser satisfechos por argumentos orientados a demostrar que el embrión es persona desde la perspectiva de cada uno de los criterios. Los argumentos de la especie y de la potencialidad requieren para su formulación del uso de información que está disponible a las partes en la posición original y por lo tanto se pueden plantear pese a las restricciones a la argumentación que la teoría plantea. El argumento de la identidad requiere estructurar una concepción de identidad que sea coherente con "justice as fairness". Desde la concepción de identidad que formulamos, el argumento puede ser establecido con la información disponible en la posición original, al menos provisoriamente, es decir, bajo la condición de que no se pueda trazar una línea divisoria que rompa la relación de identidad, cumpliendo con las restricciones que la teoría plantea.

2.4. *El esquema de libertades básicas y el aborto*

Si es cierto que desde la perspectiva de "justice as fairness" se puede afirmar que los embriones humanos son personas, entonces, para la misma teoría, se seguiría que se les aplican los principios

de justicia y que por lo tanto serían también titulares de las iguales libertades básicas.

Sin embargo, las posiciones más fuertes en favor de la legitimidad del aborto son aquellas que, desde la lógica de los derechos subjetivos, afirman que con independencia de que se pueda justificar que el embrión o feto sea persona (y por lo tanto titular de derechos) o no, el aborto debería estar permitido. Generalmente posturas como estas respaldan el aborto en un supuesto derecho de la mujer a su libertad o a la propiedad sobre su propio cuerpo⁶⁹.

En este sentido, Judith Jarvis Thomson ha precisado el punto, afirmando:

Aún sosteniendo que el embrión tenga un derecho de reclamo [claim]⁷⁰ contra la mujer para que ésta no termine su embarazo, no se sigue que ella no pueda terminarlo. Ni siquiera se sigue que ella no pueda terminar su embarazo por alguna razón menos grave que la amenaza a su vida o su salud. Espero que estemos de acuerdo en que no todo derecho de reclamo es absoluto. Para ir de la premisa de que el embrión tiene el derecho de reclamo a la conclusión sobre lo que la mujer puede hacer, se deben presentar más argumentos, tal vez argumentos que permitan establecer que, si bien no todos los derechos de reclamo son absolutos, éste sí lo es, o quizá en vez, argumentos que permitan establecer que, si bien este derecho de reclamo no es absoluto, aún así las circunstancias nunca son tales que permitan que la mujer lo infrinja, o son tales que sólo permiten que la mujer lo infrinja cuando constituye una amenaza para su vida o salud⁷¹.

69. THOMSON, *The Realm of Rights*, p. 288.

70. En el tradicional esquema de Hohfeld, A tiene un *derecho de reclamo* (claim right) para que B haga X, si y sólo si B tiene un *deber* con A de hacer X. Para esta enunciación véase FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Law Series, 1980, p. 199. Véase también, HOHFELD, W.N., "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal*, 23 (1913), p. 32. También puede verse del mismo autor "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal*, 26 (1917), pp. 710ss. Esta terminología es la seguida por Thomson; véase, *The Realm of Rights*, pp. 40ss.

71. THOMSON, *The Realm of Rights*, p. 289.

Lo que se debe justificar entonces es una restricción a un pretendido derecho de la mujer. Si este derecho que reclama la mujer en ejercicio del cual podría hacerse un aborto, es una “libertad básica” en el esquema de Rawls, entonces la justificación de una restricción tendría que apoyarse en una libertad básica de otra persona, dada la prioridad que tienen las libertades básicas en “justice as fairness”, lo que implica en la práctica que “una libertad básica puede ser limitada o negada sólo en favor de una o más de las otras libertades básicas, y nunca, como ya he afirmado, por razones de bien público o valores perfeccionistas”⁷². La cuestión a resolver es si se puede dar desde “justice as fairness” una justificación suficiente para la prohibición del aborto, es decir, una justificación orientada a fundamentar un derecho de reclamo absoluto del embrión frente a cualquier persona de no atentar contra su vida⁷³.

De ahí que el problema deba resolverse en dos gradas. Primero, debemos establecer si tanto la mujer que desea realizarse un aborto como el no nacido al que desea abortar tienen libertades básicas que puedan respaldar sus intereses en ese caso concreto. Segundo, en caso de que ambas partes tengan iguales libertades básicas, y considerando que en “justice as fairness” ninguna de las libertades es absoluta⁷⁴, la respuesta definitiva dependerá entonces de la for-

72. *PL*, p. 295. También en *JaF*, p. 111.

73. Otra manera de plantear el problema sería fundamentar el principio general de que “nunca se puede matar a un inocente voluntariamente” y luego ver si se justifica hacer una excepción en el caso del aborto. Para una argumentación de este tipo, véase GÓMEZ-LOBO, A., *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*, Mediterráneo, Santiago, 2006, pp. 111ss. No seguiremos este camino sino más bien enfocaremos el asunto desde la perspectiva y con el lenguaje de los derechos subjetivos (libertades básicas) ya que ésta es la perspectiva y lenguaje que se adopta en la obra de Rawls.

74. No son absolutas, ya que “pueden ser limitadas cuando entran en conflicto unas con otras”. *JaF*, p. 111. Nótese que en este punto la libertad básica es entendida en general, y no se refiere a la posibilidad de que en ciertos casos concretos sí se pueda establecer un derecho de reclamo absoluto en ejercicio de esa libertad. Por ejemplo, las libertades que resguardan el Estado de Derecho

ma en que dichas libertades se ordenen en caso de conflicto entre ellas. Abordaremos a continuación los problemas que presenta la primera grada.

2.4.1. *Las libertades básicas en juego*

La pregunta en este punto es cuáles serían las libertades básicas que podrían esgrimir en su favor las distintas partes. Para eso, conviene tener en cuenta primero la lista de libertades básicas que presenta Rawls.

Las iguales libertades básicas [...] están especificadas por la siguiente lista: libertad de pensamiento y libertad de conciencia; libertades políticas (por ejemplo, el derecho a votar y a participar en política) y libertad de asociación, así como también los derechos y libertades especificados por la libertad e integridad (física y psicológica) de la persona; y finalmente, los derechos y libertades que abarca el Estado de Derecho⁷⁵.

Partamos por el embrión. ¿Qué libertad básica tiene en su favor que le permita defenderse de un aborto? La respuesta tradicional es que el embrión es titular del derecho a la vida e integridad, en

(Rule of Law, véase *infra* n. 76) pueden ceder en determinados casos frente a otras libertades de manera de otorgar el esquema adecuado de libertades básicas que establece el primer principio (tal vez la "prerrogativa" de Locke podría ser un ejemplo de esto; *Second Treatise of Government*, §§ 159 a 168); sin embargo, difícilmente podría justificarse que el esquema total de libertades básicas pudiera contemplar la posibilidad de que en algún caso alguien pudiera ser juzgado en un juicio penal sin que se respetara su derecho a la defensa. Es decir, si bien las libertades básicas (en este caso, las libertades vinculadas al Estado de Derecho) no son absolutas porque deben ser ajustadas unas con otras, sí se puede afirmar que, una vez ajustadas, otorgarán ciertos derechos de reclamo absolutos. O que se puede prever que no existirá una justificación desde la perspectiva de las demás libertades que permita desvirtuar dicho derecho de reclamo.

75. *JaF*, p. 44. También en *PL*, p. 291, aunque con menor precisión, como indicaremos *infra* n. 83.

virtud del cual puede exigir que nadie atente físicamente contra él causándole la muerte o algún otro daño en su cuerpo.

Me parece que es razonable suponer que el derecho a la vida está protegido en "justice as fairness". Esto por distintas razones. La primera es que sería absurdo que las partes en la posición original quisieran precaverse de cualquier amenaza que les impidiera desarrollar sus poderes morales estableciendo un esquema de libertades básicas cuya protección tuviera prioridad sobre cualquier otra consideración, pero "olvidaran" resguardarse de los atentados que por definición les harían imposible cualquier desarrollo de los poderes morales: los atentados a su vida.

La segunda razón es de texto. En *The Law of Peoples*, Rawls muestra ciertos principios de justicia que resultarán familiares y tradicionalmente aceptados en los pueblos libres y democráticos. El sexto principio consiste en que "los pueblos deben honrar los derechos humanos"⁷⁶, principio que para Rawls es casi "superfluo" en una sociedad bien ordenada, pues se asume que en ésta se respetan⁷⁷. Luego, para referirse a los pueblos que, aún no siendo "liberales", son "sociedades jerárquicas decentes"⁷⁸, establece que estos pueblos han de cumplir con dos criterios; uno de los cuales implica que "su sistema jurídico [...] asegure para todos los miembros del pueblo lo que se ha llegado a llamar derechos humanos." Entre estos derechos humanos "han de estar el derecho a la vida (a los medios para la subsistencia y seguridad)", junto con otros⁷⁹.

Ahora, estos derechos humanos que deberían ser respetados aún en ciertas sociedades jerárquicas, se considera que son un "subconjunto adecuado de los derechos que los ciudadanos poseen en un

76. RAWLS, J., *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1999, p. 37.

77. *Ibid.*

78. Para esta clasificación, véase *The Law of Peoples*, pp. 4 y 63.

79. *The Law of Peoples*, p. 65.

régimen de democracia constitucional liberal”⁸⁰. Es decir, Rawls supone que estos derechos también están garantizados en las sociedades en las que imperan los principios de justicia que él mismo ha delineado a través de “justice as fairness”. De ahí que pueda considerarse seguro atribuir el derecho a la vida a todas las personas según esta teoría.

Es por esto que parece adecuado subsumir el derecho a la vida en alguna de las libertades básicas que postula el mismo Rawls. Creo que no es forzado, dados los antecedentes anteriores, incluirlo en “los derechos y libertades especificados por la libertad e integridad (física y psicológica) de la persona”⁸¹⁻⁸².

Mayores dificultades presentan las presuntas libertades básicas que podría tener la madre para justificar un aborto, o, mejor dicho, oponerse a una restricción⁸³. En “justice as fairness” las libertades básicas están establecidas en una lista: no se atribuye una primacía a la “libertad como tal”, sino a ciertas libertades concretas. Aún cuando haya “una presunción general contra la imposición de restricciones sin las razones suficientes”, esta presunción general no

80. *The Law of Peoples*, p. 81. La misma idea se encuentra también en p. 68.

81. *JaF*, p. 44.

82. Es por esto que nos parece más precisa la enumeración de las libertades básicas contenida en *JaF* que la de *PL*. En *PL* se mencionan las “libertades especificadas por la libertad e integridad de la persona”, mientras que en *JaF* se agrega, como hemos visto, la expresión “los derechos” al inicio de la enunciación de dichas libertades básicas. Esto tiene particular relevancia frente al derecho a la vida, que difícilmente puede ser visto como una “libertad”. Cfr. *JaF*, p. 44 y *PL*, p. 291.

83. Samuel Freeman asume a propósito del aborto que “el derecho a controlar la propia procreación está entre las libertades básicas de la persona; ni el estado ni cualquier persona o institución pueden forzar a una persona a tener un niño o prohibirle a ella (o a él) tenerlo”. Cfr. *Rawls*, p. 84. Es curioso como Freeman soslaya los problemas éticos y jurídicos que presenta específicamente el aborto, dentro de todos los posibles “medios para controlar la procreación”. Me parece que la conclusión es un poco rápida. El asunto es más problemático y requiere de mayor fundamentación, como explicaremos en las líneas que siguen.

atribuye prioridad a ninguna libertad en concreto⁸⁴. Ahora, lo relevante para esta discusión es precisamente la “prioridad”, en el sentido en que Rawls la entiende. Que las libertades básicas tengan prioridad significa que tienen un “peso absoluto”, una preponderancia frente a consideraciones de bien público y valores perfeccionistas, y por lo tanto sólo pueden ser limitadas en beneficio de otra libertad básica⁸⁵. De ahí que si cualquiera de las partes en la discusión sobre el aborto logra demostrar que su posición está respaldada por una libertad básica, y la del contrario no, entonces podría imponer legítimamente el respeto a su postura. Por lo tanto, aunque en Rawls haya algo así como una “presunción en favor de la libertad”, lo decisivo para resolver el asunto es constatar si las pretensiones de las partes están protegidas por una libertad básica que, en cuanto tal, tiene prioridad. La pregunta a resolver es si la realización de un aborto está protegida por alguna de las libertades básicas que el mismo Rawls enumera.

Existen dos alternativas para justificar la realización del aborto como un acto en ejercicio de las libertades básicas: la primera, es que se pueda encontrar en la teoría de Rawls específicamente la libertad básica de realizarse un aborto. Dado que el aborto no aparece en ninguna de las enunciaciones de libertades básicas ni de derechos humanos que hemos visto, debemos rechazar esta posibilidad.

Más plausible resulta la segunda alternativa: que se pueda justificar un derecho al aborto de la mujer en alguna de las libertades básicas más amplias que enumera Rawls.

Una manera tradicional de justificar el derecho al aborto ha consistido en demostrar que el aborto es un acto que se realiza en ejercicio de otros derechos que nos parecen menos controversiales. Para nuestros propósitos, creo que podemos dar una respuesta

84. Cfr. *PL*, p. 292 y *JaF* pp. 44 y 45.

85. Cfr. *PL*, pp. 294ss.

satisfactoria al problema de si la realización de un aborto es un acto protegido por las libertades básicas si logramos demostrar que alguno de los derechos que tradicionalmente se entiende que justifican un aborto están protegidos por las libertades básicas, en la forma en que deben ser entendidos para poder servir de justificación al aborto, o no. Esta prueba indirecta permitirá establecer con mayor precisión la valoración del aborto en el esquema de libertades de "justice as fairness".

Me parece que una forma razonable de abordar el problema sería tomar tres derechos putativos que permitirían justificar algún tipo de derecho de la mujer a realizarse un aborto. Estos tres derechos podemos obtenerlos de la defensa de Thomson y del mismo Rawls del derecho de la mujer a decidir si desea realizarse un aborto o no:

Los derechos serían:

- 1) Derecho de la mujer a su libertad o autonomía⁸⁶.
- 2) Derecho de la mujer a la propiedad sobre su propio cuerpo⁸⁷.
- 3) Derecho a la igualdad de trato como ciudadano igual⁸⁸.

Comencemos por 3). Ninguna de las libertades básicas otorga este derecho en la forma en que tendría que entenderse para permitir la realización de un aborto. Si bien la igualdad de todos los ciudadanos es un supuesto de la teoría de Rawls (por el papel que cumple la concepción de la persona como ciudadano libre e igual en la elaboración de la concepción política de la justicia)⁸⁹ de ahí no se desprende necesariamente que exista una libertad básica a la igualdad en la forma en que debería ser entendida para incluir el aborto. Sí se sigue la igual atribución de libertades básicas. Por ejemplo, las libertades vinculadas con el Estado de Derecho asegurarán a la mujer un igual acceso a la justicia, pero de ahí no se sigue una igualdad de "trato" que permita realizarse un aborto.

86. Cfr. THOMSON, *The Realm of Rights*, p. 288.

87. *Ibid.*

88. Cfr. *PL*, p. 243 n. 32.

89. Véase, supra la sección *La personalidad moral en las obras posteriores*.

La libertad de conciencia y las demás libertades serán atribuidas igualmente a todos, sin embargo de esta igualdad tampoco se sigue el derecho estipulado en 3) en la forma en que tendría que ser interpretado para permitir un aborto. Probablemente el fracaso de esta posición consista en que *sólo* del valor político de la igual consideración a la mujer (la que se termina manifestando en el hecho de que tenga el mismo esquema de libertades de los hombres) no se sigue un derecho de ésta a abortar. En este punto simplemente falta argumentación de Rawls, como éste bien lo reconoció⁹⁰.

En el caso de 2), un primer punto a resolver es si el derecho de propiedad es una libertad básica o no en "justice as fairness". Si bien no aparece mencionado expresamente en la lista de libertades básicas que Rawls señala tanto en *PL* como en *JaF*, sí da a entender que "entre las libertades básicas también está el derecho a detentar y tener el uso exclusivo de propiedad privada"⁹¹. Su inclusión en la lista de libertades básicas estaría justificada por el papel que cumple en "permitir que haya una base material suficiente para el sentimiento de independencia personal y el amor propio [self-respect], ambos necesarios para el desarrollo y ejercicio de los poderes morales"⁹².

Ahora, ¿tiene el derecho de propiedad en Rawls la amplitud suficiente para incluir algo así como el derecho de propiedad sobre el propio cuerpo? ¿Existe algo así como el derecho de propiedad sobre el cuerpo? Aunque nuestra impresión es que la elaboración del concepto de derecho de propiedad, tal como ha sido entendido tradicionalmente en la evolución del derecho, no resulta aplicable a

90. Véase *PL*, pp. liii y liv n.31, y RAWLS, J., "The Idea of Public Reason Revisited", *Chicago Law Review* 64(3) (Verano 1997) (en adelante *TIPRR*). Citado de *PL*, p. 479 n.80. Nótese que la "opinión" que había entregada Rawls al respecto en *PL*, 243n.32, no utiliza ni se sigue de los conceptos fundantes de su teoría, ni armoniza con ellos. Precisamente es esto lo que obligó a Rawls a aclarar el punto y reconocer que se trataba sólo de un ejemplo hipotético.

91. *PL*, p. 298.

92. *Ibid.*

nuestro propio cuerpo, no es este trabajo el lugar para profundizar en ese punto. Baste con constatar que el “derecho de propiedad sobre el propio cuerpo” tiene una estructura distinta al derecho de propiedad a secas. El derecho de propiedad se refiere tradicionalmente siempre a una relación con cosas externas a nosotros. De ahí las distintas protecciones que otorgan tradicionalmente los distintos ordenamientos jurídicos y que constituyen el derecho de propiedad: la facultad de reclamar la cosa de manos de quién la tenga, la prohibición de otro de tomarla sin permiso del dueño, etc. La expresión “derecho de propiedad sobre el cuerpo” en ese sentido implica algo distinto: ya no se refiere a una relación con otra cosa, sino más bien a cierta inviolabilidad y libertad que tenemos frente a atentados que otros puedan realizar en nuestro cuerpo⁹³. Pero no implica lo mismo que el “derecho de propiedad” a secas. No ahondaremos más: como dijimos, basta con establecer que ambos conceptos se refieren a cosas distintas, y que la consagración de uno no implica la consagración del otro. En el caso de la teoría de Rawls, esta diferencia se nota en el hecho de que la justificación del derecho de propiedad diga relación con el permitir “una base material suficiente”, lo cual es armónico con la concepción tradicional del derecho de propiedad; sin embargo, no se ve cómo desde ese fundamento se daría pie al tipo de derecho que implica “la propiedad sobre el cuerpo”. De ahí que la inclusión del derecho de propiedad a secas en la lista de libertades básicas no implique a 2).

El caso de 1) es más interesante. En principio, la realización de un aborto parecería estar incluida en “las libertades especificadas por la libertad de la persona”⁹⁴. Intuitivamente nos parece que puede ser incluida porque la enunciación de esta libertad pareciera incluir *cualquier* acto libre. Y sin embargo ¿cómo entender enton-

93. Se podría argumentar que dicha inviolabilidad y libertad podrían formar parte de los derechos y libertades relacionados con la integridad y libertad de la persona. Abordaremos esto más abajo.

94. Cfr. *JaF*. 44 y *PL* 291.

ces la aclaración de Rawls en el sentido de que la sola libertad, como tal, no constituye una libertad básica y, por lo tanto, no tiene una prioridad especial?⁹⁵. Éste problema no es un asunto de mera especificación de la libertad. Implica resolver en qué consiste la libertad misma que Rawls menciona en el listado bajo el rótulo de “libertades especificadas por la libertad de la persona”, de manera tal de establecer a qué tipo de actos se refiere, es decir, cuáles actos están protegidos por ella y cuáles no. La elección de las libertades mismas es un asunto que se resuelve en la posición original⁹⁶. La estrategia que utilizaremos en concreto para abordar este problema en relación al tema del aborto consistirá en averiguar si las partes estarían dispuestas a estipular en la posición original que la posibilidad de realización voluntaria de un aborto debería estar protegida por alguna libertad básica. Si somos capaces de demostrar que no es así, que sería irracional que las partes tomaran esta opción, entonces sabremos que cualquiera que sea la definición que se dé de “libertades especificadas por la libertad de la persona”, asumiendo que no puede referirse a la “libertad en general”, ésta no incluirá la realización de un aborto.

2.4.2. *En la posición original*

Las partes en la posición original son caracterizadas como entes ficticios puramente “racionales” (como opuesto a “razonable”)⁹⁷, esto es, “capaces de jerarquizar sus objetivos finales consistentemente; ellos deliberan guiados por principios tales como: adoptar los medios más efectivos para alcanzar tales objetivos; seleccionar las alternativas que más probablemente permitirán avanzar en la consecución de esos objetivos; agendar las actividades de forma tal

95. Cfr. *PL*, p. 292 y *JaF* pp. 44 y 45.

96. Cfr. *PL*, pp. 292 y 293.

97. Cfr. *JaF*, pp. 6 y 7, y *PL*, pp. 48-54.

que, *ceteris paribus*, la mayor cantidad posible de dichos objetivos sean alcanzados⁹⁸.

En este sentido, las partes son racionales de la manera en que usualmente se entiende en la teoría económica⁹⁹. De ahí que, en la posición original, el esfuerzo de sus deliberaciones estará orientado exclusivamente a obtener el mayor beneficio posible para sus representados.

Como se sabe, en "justice as fairness" las partes quedan situadas tras el velo de la ignorancia, lo que impide que tengan cualquier conocimiento de las circunstancias concretas y contingentes de cada uno de sus representados¹⁰⁰. Así, deben acordar principios de justicia para la estructura básica de la sociedad, sin saber si sus representados quedarán en la mejor posición social que dichos principios de justicia permiten, o en la peor.

De ahí que para la fundamentación de los principios de justicia, en particular del primero, tenga tanta importancia la regla maximin (*maximum minimorum*), "que nos dice que identifiquemos el peor resultado de cada alternativa disponible y después adoptemos la alternativa cuyo peor resultado sea mejor que los peores resultados de todas las demás alternativas"¹⁰¹. Como para Rawls es esta regla la que en definitiva explica que las partes acuerden el principio de iguales libertades básicas y su respectiva prioridad, realizaremos un análisis desde la regla maximin al problema del aborto y su eventual protección como libertad básica. En efecto, si precisamente las libertades básicas se justifican por su referencia con la regla maximin, entonces si alguna de ellas resultaría excluida aplicando dicha regla no debería formar parte del esquema total de libertades básicas¹⁰².

98. *JaF*, p. 87.

99. Cfr. *ibid.*

100. Cfr. *JaF*, p. 15 y *PL*, pp. 24 y 25.

101. *JaF*, p. 97.

102. Otra posible estrategia sería demostrar que en realidad dicha libertad no colabora con el ejercicio de ninguno de los poderes morales, que es en último tér-

En este punto suponemos que una eventual libertad para abortar afecta fundamentalmente a dos partes. Una de ellas es el no nacido, que suponemos en base a lo visto en la primera parte de este trabajo que sí posee personalidad moral y por lo tanto, que está representado en la posición original. La otra es la madre.

La regla maximin nos hace preguntarnos por el peor situado en ambos escenarios: en uno en que se establece la libertad básica de abortar y en otro en que no. En el primero el peor situado es el no nacido que se encuentra en el vientre de una mujer que desea abortar. En el segundo, es la mujer que desea abortar un hijo pero no puede hacerlo dado que está prohibido¹⁰³.

Dado que las partes no saben cuál será la posición de sus representados, lo racional es que sigan la regla maximin y formulen los principios de justicia de manera tal de evitar la peor de las posiciones. En el caso del aborto, me parece evidente que la peor de las posiciones es la del representado que es abortado: es peor morir que estar obligada a dar a luz a un niño no deseado. De ahí que lo racional sería que las partes en la posición original no acordaran la libertad básica de abortar.

Naturalmente, el argumento que hemos seguido para establecer que *no* se aceptaría proteger el aborto mediante una libertad básica en la posición original, no permitiría deducir qué libertades y derechos *sí* se aceptaría reconocer como libertades básicas en la posición original. Para ello se debe recurrir a otros argumentos¹⁰⁴. Sin

mino la razón de ser de las libertades básicas. Cfr. *JaF*, p. 102 y 104. Abordaremos el problema de las libertades en relación con el ejercicio de los poderes morales en la sección siguiente. Una última alternativa, consistiría en explorar los requisitos que debe tener una libertad para ser considerada básica. Si bien muy interesante, no consideraremos aquí esta vía, dado que no es ese el camino seguido por Rawls.

103. Debemos suponer que de no estar protegido el aborto por una libertad básica éste estaría prohibido, dado que en todo caso el que está por nacer tiene el derecho a la vida, el cual sí está protegido por una libertad básica, como vimos anteriormente.

104. Véase *JaF*, p. 44.

embargo, en lo que respecta a los objetivos de este trabajo, basta sólo con establecer que las partes no estarían dispuestas a acordar una libertad básica que permitiera acabar con la vida del que está por nacer.

2.4.3. *El conflicto de libertades básicas*

Hasta ahora hemos establecido que la vida del que está por nacer está protegida por el primer principio de justicia. Y hemos negado que exista en “justice as fairness” algo así como un “derecho al aborto”. Sin embargo, si existiera, se trataría un conflicto de libertades básicas. Un último punto que nos parece de interés tratar sería la eventual resolución del conflicto a la luz de los últimos escritos de Rawls.

La necesidad de armonizar las libertades básicas de una manera coherente es uno de los problemas que plantea el primer principio de justicia, ya en su primera formulación en *Theory*. Sin embargo, la formulación del principio y los criterios presentados por Rawls para armonizar las distintas libertades en caso de conflicto en esa obra son algunas de las partes de la teoría de Rawls que mayores cambios sufrieron en las obras posteriores a *Theory*, fundamentalmente debido a las fuertes críticas de H.L.A. Hart en este punto¹⁰⁵.

En *PL* Rawls replantea el problema proponiendo una nueva solución a los conflictos de libertades. El esquema de libertades debe ser armonizado y especificado por referencia a la *relevancia* (“significance”) de las distintas libertades. La relevancia de las libertades puede ser explicada de la siguiente manera:

“Una libertad es más o menos relevante dependiendo de si está más o menos involucrada esencialmente, o si es más o menos un me-

105. HART, H.L.A., “Rawls on Liberty and Its Priority”, *University of Chicago Law Review*, 40(3) (Primavera 1973), 534-55.

dio institucional necesario para la protección, el pleno e informado y efectivo ejercicio de los poderes morales en uno (o ambos) de los dos *casos fundamentales*”¹⁰⁶ (énfasis agregado).

Una libertad es “relevante” en la medida en que permita el adecuado ejercicio de los poderes morales en los “casos fundamentales”. Estos casos fundamentales son los siguientes:

“(a) El primer caso fundamental está conectado con la capacidad para un sentido de la justicia y se refiere a la aplicación de los principios de justicia a la estructura básica y sus políticas sociales. [...].

(b) El segundo caso fundamental está conectado con la capacidad para una concepción (completa) del bien (normalmente asociada a una doctrina comprensiva religiosa, filosófica o moral), y se refiere al ejercicio por parte de los ciudadanos de los poderes de la razón práctica en la formación, revisión, y la persecución racional de una tal concepción a lo largo de toda una vida.”¹⁰⁷

Cada una de las libertades está destinada a la promoción de alguno de los poderes morales en alguno de los dos casos. Así, las libertades políticas y la libertad de pensamiento, por ejemplo, se refieren a la promoción de los poderes morales en el primer caso. La libertad de conciencia y la libertad de asociación, al segundo¹⁰⁸. Las demás libertades (como la “libertad e integridad de la persona” y los derechos que abarca el Estado de Derecho) “se pueden conectar con los dos casos fundamentales al notar que son necesarios si las libertades anteriormente mencionadas han de estar garantizadas adecuadamente”¹⁰⁹.

De ahí que el peso de los distintos reclamos de libertad deba ser juzgado por referencia al criterio de relevancia y por lo tanto

106. *PL*, p. 335. También en *JaF*, p. 113.

107. *JaF*, pp. 112 y 113. También en *PL*, p. 332.

108. *Ibid.*

109. *JaF*, p. 113 y *PL*, p. 335.

ajustados unos con otros en relación a la mayor o menor relevancia que tengan en la realización de los poderes morales en los casos fundamentales.

Ahora, para efectos del argumento, supongamos que se pudiera establecer que el aborto puede ser incluido dentro de "las libertades especificadas por la libertad de la persona". En este caso, tendríamos entonces que por un lado el no nacido reclamará el respeto a su vida, protegido como libertad básica; y por otro lado la mujer reclamará su derecho a realizarse un aborto, protegido, hipotéticamente, también por una libertad básica. ¿Cuál habría de primar?

Es obvio que el pleno respeto al derecho a la vida resulta esencial para *toda* forma de ejercicio de los poderes morales en ambos casos fundamentales.

Más discutible en cambio resulta el caso del aborto. No parece tener ninguna relación con el primero de los casos fundamentales, es decir, con la aplicación de los principios de justicia a la estructura básica de la sociedad y a las políticas sociales. En el segundo de los casos fundamentales no tiene una relevancia evidente: habría que demostrar que el *solo* hecho de interrumpir el embarazo causando la muerte del que está en el vientre materno es un acto que está vinculado con la capacidad de formar, revisar y perseguir racionalmente una concepción del bien. Naturalmente siempre se puede decir que todo acto libre es un acto que se hace en ejercicio de cierta concepción del bien, pues si quien lo realiza no lo pensara como bueno, simplemente no lo realizaría. Pero una interpretación así de amplia, nuevamente, haría trivial el criterio de Rawls de establecer la relevancia de las libertades por referencia a la promoción de los poderes morales en los casos fundamentales. Simplemente todo reclamo de libertad sería "relevante". Creo que lo más razonable es interpretar la teoría suponiendo que el segundo caso fundamental no se refiere a cualquier acto libre, sino a los que de alguna manera influyen directamente en lo que intuitivamente entendemos como esencial para dirigir nuestra vida de acuerdo a una determinada concepción del bien; buenos ejemplos de esto son

los provistos por Rawls: la libertad de conciencia y de asociación. En efecto, el derecho a elegir nuestras convicciones más profundas parece estar en la base de la posibilidad de poder dirigir nuestra vida de acuerdo precisamente con lo que dichas convicciones nos señalan como una concepción correcta del bien. Por otro lado, generalmente dicha concepción del bien no se puede alcanzar solo: en la mayoría de los casos la concepción del bien establecerá un sistema de fines de los cuales una cantidad importante sólo se podrá alcanzar asociado a otro en distintas organizaciones como iglesias, universidades, organizaciones de voluntariado, equipos de fútbol y un largo etcétera.

Sin embargo, la libertad de realizarse un aborto no parece tener el mismo impacto en la realización de los poderes morales en el segundo de los casos fundamentales. El sólo hecho de llevar a término un embarazo y dar a luz un hijo no deseado no perjudica necesariamente las posibilidades de vivir de acuerdo a una cierta concepción del bien. En todo caso, de existir algunos casos en que pudiera establecerse esto claramente, habría que ver si la afectación a la realización de los poderes morales es tan intensa como la que sufre el no nacido al ser privado de su vida.

3. CONCLUSIÓN

De lo dicho se puede concluir que si se asume consistentemente "justice as fairness", con sus supuestos y conclusiones, se pueden formular en el contexto de la teoría varios de los argumentos más robustos a favor de una prohibición del aborto. Esto por cuanto la teoría de Rawls permitiría atribuirle al no nacido el estatuto moral de persona y por lo tanto la protección de los principios de justicia. De acuerdo al primer principio de justicia entonces, el no nacido sería titular de las iguales libertades básicas, entre las que se cuenta la protección del derecho a la vida. Ésta protección sólo podría ceder cuando se le opusiera otra libertad básica que fuera más re-

levante en el caso concreto. Hemos planteado que tal otra libertad básica no existe (por lo menos en los casos centrales de aborto) y que si existiera, sería menos relevante que la que protege la vida del que está por nacer.

Esto de alguna manera sorprendería a quienes como Freeman o Thomson sostienen que el argumento "pro vida" no puede ser planteado desde una concepción política de la justicia. Siempre me ha parecido que esa conclusión es un poco apresurada y en último término pasa por no tomarse en serio los argumentos más fuertes en contra del aborto. En este trabajo demostramos precisamente que muchos de dichos argumentos (o una versión similar de ellos) pueden ser esgrimidos desde una concepción política de la justicia como la de John Rawls, tanto para demostrar la personalidad moral del no nacido como su inviolabilidad en los casos centrales.

A decir verdad, no me ha sorprendido mucho encontrar en "justice as fairness" la posibilidad de formular argumentos contrarios al aborto. La teoría de Rawls siempre se presentó como un esfuerzo por armonizar ciertas convicciones que están implícitas en una cultura política democrática las cuales son supuestas por sus instituciones y su interpretación. Este esfuerzo por descubrir y construir a partir de un material dado, y no de lo que el mismo Rawls consideraba correcto, es una de las características más sobresalientes y originales de su trabajo. Pues bien, para muchos de nosotros estas ideas implícitas en nuestra cultura democrática necesariamente implican la extensión de la personalidad moral a todos los individuos humanos y la inviolabilidad de todos ellos. No demostraré aquí este aserto. Simplemente me interesa constatar que si ello fuera cierto (como muchos demócratas "pro vida" sinceramente creen), entonces no es improbable que el viejo profesor de Harvard, en un esfuerzo por retratar fielmente ciertas instituciones y articularlas correctamente, haya elaborado una teoría que favorecería en el plano político ideas que él personalmente no compartía en el plano metafísico.

4. BIBLIOGRAFÍA

- AUDARD, Catherine, *John Rawls*, Acumen, Stocksfield, 2007.
- DAMSCHEN, Gregor y SCHOENECKER, Dieter, *Der moralische Status menschlicher Embryonen*, Walter de Gruyter, Berlin 2002.
- EVERS, Williamson M., "Rawls and Children", *Journal of Libertarian Studies*, vol. 2, no. 2 (1978), pp. 109-114.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford 1980.
- "The Rights and Wrongs of Abortion: A Reply to Judith Thomson", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 2, no. 2 (invierno 1973), 117-45.
- FREEMAN, Samuel, *Rawls*, Routledge, Londres-Nueva York 2007.
- GEORGE, Robert P., "Public Morality, Public Reason", *First Things* (noviembre 2006), disponible en http://www.firstthings.com/article.php3?id_article=5344.
- *In Defence of Natural Law*, Oxford University Press, Oxford 2001.
- GEORGE, Robert P.; LEE, Patrick, "Acorns and Embryos", *New Atlantis* 7 (otoño 2004-invierno 2005), pp. 90-100, disponible en <http://www.thenewatlantis.com/archive/7/georgelee.htm>.
- GÓMEZ-LOBO, Alfonso, "Aristóteles y una disputa de bioética", *Estudios Públicos*, 102 (otoño 2006), pp. 27-42.
- *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*, Mediterraneo, Santiago 2006.
- HART, H.L.A., "Rawls on Liberty and Its Priority", *University of Chicago Law Review* 40(3) (primavera 1973), 534-55.
- HIB, J., *Embriología Médica*, Interamericana Mc Graw-Hill, México 1994.
- HOHFELD, W.N., "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal*, 23 (1913).
- HOHFELD, W.N., "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal*, 26 (1917).
- JUAN PABLO II, *Evangelium Vitae*.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Maynez, Imprenta Universitaria, México 1949.
- ODERBERG, David, *Applied Ethics*, Blackwell, Oxford 2000.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1971, edición revisada de 1999.

- *Justice as Fairness. A Restatement*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 2002.
- *Lectures on the History of Political Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 2007.
- *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York 1995.
- “Justice as Fairness: Political not Metaphysical (1985)”, en *Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1999.
- “The Idea of Public Reason Revisited”, *Chicago Law Review*, 64(3) (verano 1997).
- *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1999.
- SADLER, T.W., *Langman embriología médica: con orientación clínica*, Médica Panamericana, Buenos Aires 2004.
- SANDEL, Michael, “Review of Political Liberalism”, *Harvard Law Review*, 107 (1994), pp. 1765-1794.
- *The Case against Perfection*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 2007.
- SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, La Ley, Buenos Aires 2000.
- SINGER, Peter, *Rethinking Life and Death*, Oxford University Press, Oxford 1994.
- THOMSON, Judith Jarvis, “A Defence of Abortion”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 1, n. 1 (otoño 1971), pp. 47-66.
- “Abortion: Whose Right?” *Boston Review*, 20:3 [verano 1995], disponible en <http://bostonreview.net/BR20.3/thomson.html>.
- *The Realm of Rights*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1990.
- WIGGINS, David, *Sameness and Substance Renewed*, Cambridge University Press, Cambridge 2001.

Copyright of *Persona y Derecho* is the property of Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.