

CAPÍTULO PRIMERO

JUSTICIA COMO IMPARCIALIDAD

Desde principios de los setenta, el pensamiento liberal ha mostrado una gran vitalidad que se pone en evidencia no solamente en los campos de la ética y de la economía, sino también, y principalmente, en los de la filosofía política y jurídica. Si bien, en general, el pensamiento liberal parte del reconocimiento del principio de autonomía como fundamento de sus concepciones, no todos la entienden de igual manera.

El liberalismo de algunos utilitaristas se orienta “al incremento de la autonomía global de un grupo como si se tratara de un solo individuo”. El liberalismo conservador de los libertarios pretende “que la autonomía se distribuya espontáneamente” y “dejar intacta la autonomía que cada uno parece (ilusoriamente) haber alcanzado por sí mismo”.¹ Por su parte, el liberalismo perfeccionista considera que la vida autónoma es valiosa si los planes de vida son aceptables y buenos. Finalmente, a partir del pensamiento de John Rawls, el liberalismo igualitario busca maximizar las libertades de cada individuo por separado compatibles con un sistema similar de libertades para todos, y las desigualdades existentes deben estructurarse en beneficio de los menos aventajados. Se trata entonces de una justicia entendida, en términos genéricos, como imparcialidad.

I. ACERCAMIENTO A LAS PROPUESTAS RAWLSIANAS

Para Rawls, la justicia no juega un papel circunstancial o contingente con respecto a las leyes o las instituciones, sino necesario y sustantivo:

No importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad

¹ Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 344.

en conjunto puede atropellar [...] los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales.²

En nuestras sociedades, comprendidas como empresas cooperativas, en las que los individuos buscan obtener ventajas mutuas para solucionar conflictos y asegurar sus intereses, se requieren principios de justicia social (distributiva) que: “proporcionen un modo de asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definan la distribución apropiada de los beneficios y cargas de la cooperación social”.³ Todos están de acuerdo en la necesidad de principios de justicia social y también están de acuerdo en que:

[...] las instituciones son justas cuando no se hacen distinciones arbitrarias entre las personas al asignarles derechos y deberes básicos y cuando las reglas determinan un equilibrio debido entre pretensiones competitivas a las ventajas de la vida social [...] Estos principios especifican qué semejanzas y qué diferencias entre las personas son pertinentes para determinar los deberes y derechos.⁴

Lejos de pretender elaborar un *concepto* de justicia como punto de partida para pasar a la evaluación de alguna *concepción* de la justicia a partir de los diversos criterios de distribución, desprendidos de su factibilidad real, para Rawls deben considerarse también, y de manera relevante, los problemas de eficiencia, coordinación y estabilidad. Una concepción de justicia es preferida a otra cuando sus consecuencias generales son más deseables.⁵ Una suerte de realismo o de test empírico que permite moderar cualquier pretensión deontológica de tipo principialista o fundamentalista.

Rawls elabora su teoría de la justicia como una alternativa viable al intuicionismo y al utilitarismo clásico, doctrinas que en el contexto anglosajón —especialmente la del utilitarismo— han dominado los debates filosóficos. No es el lugar para desarrollar con detalle la crítica de Rawls a estas doctrinas, pero vale la pena señalar en sus líneas generales la crítica al utilitarismo para valorar la fuerza de su apuesta deontológica. Si bien el utilitarismo:

² Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, 2ª ed., México, FCE, 1995, p. 17.

³ *Ibidem*, p. 18.

⁴ *Ibidem*, p. 19.

⁵ *Ibidem*, p. 20.

1. Toma a cada individuo en serio en todos sus deseos y preferencias, lo cierto es que muchas de esas preferencias pueden tener un origen cuestionable, ¿cómo determinar qué preferencias son genuinas y cuáles no?
2. No prejuzga sobre esos deseos y preferencias, lo cierto es que si no lo hace caben también las preferencias o gustos ofensivos.
3. Es igualitario al pretender maximizar el bienestar general bajo un criterio mayoritario, lo cierto es que el bienestar general es criticable como resultado final si no se evalúa la responsabilidad de las personas con respecto a sus propios deseos —“las personas no son portadores pasivos de deseos”—.
4. Acepta la necesidad de hacer un balance costo-beneficio en el que resulta razonable ponderar ciertos sacrificios en aras de mayores beneficios futuros, lo cierto es que parece desproporcionado sacrificar individuos para beneficiar a otros —el utilitarismo no considera la independencia y separabilidad de las personas—. ⁶

La justicia como imparcialidad, o “neocontractualista”, permite dar respuesta a dos preguntas fundamentales, como bien enfatiza Gargarella: ¿qué nos demanda la moral?, y ¿por qué debemos obedecer ciertas reglas? A la primera pregunta el contractualista responde que debemos cumplir aquellas obligaciones fruto de un acuerdo voluntario en el que las partes establecen la autoridad que nos obliga a cumplirlas. A la segunda pregunta se responde que debemos obedecer ciertas reglas porque nos hemos comprometido a ello. Como puede apreciarse, la autoridad es una creación de los propios seres humanos y no se justifica ni religiosa ni metafísicamente, asumiendo una clara secularización de la moral, y el acuerdo que se genera es exclusivamente voluntario. ⁷

Tales condiciones, en apariencia triviales, especialmente para un jurista versado en teoría del contrato, resultan extremadamente poderosas contra cualquier acuerdo de tipo fáctico-hobbesiano en el que imperarían las diferencias por razones de poder, de estatus social, cuestiones genéticas o estados emocionales. De lo que se trata es de llegar a un acuerdo imparcial, bajo condiciones ideales que permitan obviar las diferencias fácticas y hacer viable una intuición básica de acuerdo con nuestro “sentido de justicia”, es decir, “que todos los individuos contamos por igual”, que es tanto

⁶ *Ibidem*, pp. 34 y ss.

⁷ Véase Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona-Buenos Aires, Paidós, 1999, pp. 30 y ss.

como afirmar que cada individuo tiene un valor intrínseco y que, por lo mismo, debemos proteger prioritariamente a los más vulnerables cuando entendemos que las diferencias han sido producto de una “lotería natural”. Ninguna persona se encuentra naturalmente subordinada a las demás y las desigualdades producto de la arbitrariedad deben ser corregidas porque son intrínsecamente injustas.

1. *Concepción de la persona moral*

La posibilidad de llegar a acuerdos imparciales supone una concepción robusta de la persona moral. Con una fuerte inspiración kantiana, Rawls asume abiertamente la segunda formulación del imperativo categórico y la consideración de las personas como fines en sí mismos,⁸ que supone la aceptación de algunas propiedades básicas:

- a) Las personas morales están constituidas por su capacidad de elegir fines, adoptar intereses y formar deseos.
- b) Tal capacidad es previa —supone un sujeto subyacente— a cualquier fin, interés o deseo.
- c) Esta separación de la persona de cualquier fin, interés o deseo permite también aislarla del flujo causal —económico, histórico, político, social— en el que estos últimos, como cualquier fenómeno empírico, están inmersos.
- d) Las personas morales están también separadas entre sí. Esto significa que tienen sistemas separados de fines e intereses y que son centros independientes de elecciones y decisiones.
- e) Como consecuencia de todo lo anterior, si algo es una persona moral, nada que esté compuesto por ella o esté constituido a partir de ella puede ser también persona moral. En particular, las entidades colectivas no son personas morales.⁹

Con respecto a *a)*, resulta evidente que si el propósito de todo discurso contractual es lograr un consenso, debe asumirse que cada sujeto participante es capaz de elegir los principios normativos que guiarán sus acciones sobre la base exclusiva de las razones dadas en el contexto del mismo discurso.

⁸ Véase Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, México, Porrúa, 2010, pp. 37 y ss.

⁹ Véase Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, cit., p. 172.

so. Llamo la atención sobre el hecho de que esta primera característica de la persona moral se refiere al valor de la autonomía personal, entendida como la “capacidad” para elegir fines y no únicamente como el “ejercicio” de tal capacidad. El universo de los sujetos morales susceptibles de intervenir en el contrato no excluye a aquellos que aún no ejercitan sus capacidades, pero podrán hacerlo si los obstáculos que se lo impiden pueden ser removibles.

La característica *b)* se refiere a la identidad de las personas morales. Debemos excluir la posibilidad de hallar alguna propiedad primitiva y absoluta de la persona que defina su identidad. Por el contrario, como afirma Derek Parfit, para referirnos a una continuidad del sujeto debemos apelar a un punto de vista “complejo” de la persona, que supone considerar todo el conjunto de fenómenos psíquicos —recuerdos, valoraciones, actitudes, creencias— concatenados causalmente.¹⁰ Desde este punto de vista, la identidad de la persona moral no se presenta bajo el tipo de “todo o nada”, sino desde una perspectiva gradual, que implica la posibilidad de concebir una pérdida de identidad personal o su desvanecimiento en una misma vida biológica.

Por lo que hace a *c)*, hay que reiterar que la concepción de la persona que se pretende caracterizar no es la de la persona empírica inmersa en el flujo causal y sujeta a todas las contingencias sociales, históricas y políticas, sino a la persona moral precisamente abstraída de tales contingencias. Esta concepción normativa de la persona, que supone el valor de la autonomía personal, dista mucho de identificarse —como veremos al tratar a los libertarios— con una visión individualista de tipo atomista.

La característica *d)* hace referencia a la separabilidad e independencia de las personas, como propiedades que impiden que el individuo —al menos en la versión más cruda del utilitarismo en la llamada tesis de la “monstruosidad moral”— sea sacrificado en beneficio de otros o violado en su integridad física y mental.

Por último, la característica *e)* excluye el estatus de persona moral a las comunidades en general. Las concepciones extremas de la sociedad, colectivistas u holistas en general, terminan subordinando la identidad del individuo a la existencia e identidad de la propia comunidad. Desde un punto de vista liberal, las entidades colectivas —comunidad, nación, Estado, etcétera— no tienen los atributos de individualidad, autonomía y dignidad que caracterizan a la persona moral, y extrapolarlos gratuitamente a las entidades colectivas es un claro ejemplo de antropomorfización indebida.

¹⁰ Parfit, Derek, *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, 1984, tercera parte.

2. Rasgos distintivos del contrato hipotético

Con base en tal concepción de la persona moral, el objeto último del contrato es la construcción y establecimiento de ciertos principios de justicia. Pero antes de su formulación, Rawls señala cuáles son algunos de los límites en la aplicación de los mismos:

1. Estos principios no se orientan a resolver casos particulares, individuales o familiares. No son principios para normar relaciones interpersonales, ni organizaciones civiles: empresas, comunidades religiosas, organizaciones no gubernamentales, universidades o medios masivos. Tampoco están pensados para normar las relaciones entre Estados: no pretenden ser principios de justicia internacional. Están destinados más bien a aplicarse a la *estructura básica de la sociedad*, a sistemas e instituciones sociales, que tiene que ver con el modo en que las instituciones más importantes —la Constitución política, las principales disposiciones económicas y sociales— distribuyen los derechos y los deberes, las cargas y los beneficios.
2. Se aplican a *sociedades bien ordenadas*, es decir, sociedades donde prevalecen las circunstancias de la justicia; donde las personas son más o menos iguales entre sí y son tratadas como iguales. Quedan excluidas, por supuesto, las sociedades dictatoriales, tiránicas, demagógicas, aquellas donde sistemáticamente son violados los derechos humanos, o las extremadamente pobres y desiguales en recursos. Rawls tiene en mente las sociedades liberales democráticas o aquellas que se acercan a este modelo.
3. Si bien no podemos poner de acuerdo a todos los individuos respecto a qué sea lo justo hacer, a partir de alguna visión comprensiva de la justicia, sí hay procedimientos —como se verá enseguida— que nos pueden ayudar a llegar a resultados razonablemente equitativos: a una justicia como imparcialidad o *fairness*.

Fijadas las condiciones de aplicación de los principios, Rawls pretende llevar la teoría contractual a un “nivel más alto de abstracción” con respecto a aquella que propusieron los clásicos —Locke, Rousseau, Kant— y postula una situación hipotética, a partir de una *posición original*. En dicho escenario, como sugiere Richard Hare, los POP (*People in Original Position*) se darán a la tarea de construir los principios para los POL (*People in Ordinary Life*).¹¹ Tal posición correspondería al estado de naturaleza en la teoría tra-

¹¹ Véase Hare, Richard, “Rawls’ *Theory of Justice*”, en Daniels, Norman (ed.), *Reading Rawls: Critical Studies on Rawls’ “A Theory of Justice”*, Nueva York, Basic Books, 1975, pp. 81y ss.

dicional, por tanto, no se trata de un momento histórico real ni tampoco de una situación primitiva. Tiene que ver, más bien, con un ejercicio metodológico en el que lo relevante es hacer explícitas las reglas procesales del discurso moral-político.

¿Quiénes integran los POP? Este ha sido uno de los temas más debatidos en la propuesta rawlsiana, y no han faltado los reproches con respecto a las omisiones de grupos desaventajados, de minorías relevantes, y la crítica a privilegiar esquemas institucionales de tipo conservador. Lo cierto es que la teoría de Rawls pretende ser incluyente, más allá de algunos ejemplos poco afortunados o de las limitantes propias de la época en que escribe su *Teoría de la justicia*. La fuerza heurística de su teoría pretende dar cuenta de todos los grupos discriminados.

Asimismo, los POP se encuentran bajo lo que Rawls llama un *velo de ignorancia*: ignoran el lugar que ocupan en la sociedad, su posición de clase, su suerte en la distribución de talentos naturales, datos particulares de su plan racional de vida y rasgos propios de su psicología, así como ciertas condiciones especiales de su propia sociedad. Pero tal ignorancia no es absoluta, pues no ignoran que una sociedad está sujeta a las “circunstancias de justicia” (Hume y Hart) tanto subjetivas —aproximación similar en cuanto a las capacidades físicas y mentales, vulnerabilidad a los ataques de los demás— como objetivas —territorio geográfico limitado y recursos naturales escasos—, ni tampoco ignoran, por una suerte de sentido común o “sentimiento moral” (Adam Smith), los hechos generales y los principios básicos de organización social, de economía política, leyes básicas de la psicología humana o “todo aquello que afecte o pueda afectar una adecuada toma de decisión o elección de los principios”. El velo, como se puede apreciar, no resulta ser tan espeso que impida incluso la capacidad de aproximación empática y deliberativa de los participantes.

Los POP deben “jugar”. Para Rawls, la justicia como imparcialidad termina siendo un caso muy particular de la teoría de la elección racional. Por tanto, se trata de un juego con n jugadores: cooperativos, dado que todos prefieren llegar a un acuerdo antes que vivir en un estado de naturaleza; con plena libertad para lograr tales acuerdos, sin coerciones ni manipulaciones; son agentes racionales autointeresados, capaces de apreciar las consecuencias de sus acciones; no son envidiosos porque aceptan que otros individuos puedan —como resultado final— llegar a estar en una situación más ventajosa, si con ello mejora su propia situación (de acuerdo con el principio Pareto); y son aversivos al riesgo en situación de incertidumbre, es decir, procuran obtener lo mejor en la peor situación concebible (regla *maximin*). El juego termina cuando se alcanza el consenso sobre los principios.

Ahora bien, de acuerdo con la filosofía moral que Rawls propone:

[...] la justicia como imparcialidad es la hipótesis de que los principios que serían escogidos en la posición original son idénticos a aquellos que corresponden a nuestros juicios madurados y que por tanto estos principios describen nuestro sentido de justicia [...] la mejor explicación del sentido de la justicia de una persona no es aquella que se adapte a los juicios formulados antes de examinar cualquier concepción de justicia, sino más bien aquella otra que corresponda a sus juicios tras un equilibrio reflexivo. [...] este estado se alcanza después de que una persona ha sopesado varias concepciones propuestas, y/o bien ha revisado sus juicios de acuerdo con una de ellas, o bien se ha mantenido fiel a sus convicciones iniciales (y a la concepción correspondiente).¹²

Un ir y venir de las convicciones a las concepciones de justicia, compararlas y sopesarlas; corregir, adaptar y adecuar convicciones personales y principios hasta alcanzar un *equilibrio reflexivo*, un juicio madurado:

Yendo hacia atrás y hacia adelante, unas veces alterando las condiciones de las circunstancias contractuales, y otras retirando nuestros juicios y conformándolos a los principios, supongo que acabaremos por encontrar una descripción de la situación inicial que a la vez exprese condiciones razonables, y produzca principios que correspondan a nuestros juicios debidamente retocados y adaptados.¹³

Cada uno de los supuestos mencionados ha sido cuestionado, desde el haber tomado como punto de partida la teoría del *rational choice*, hasta hacer descansar su propuesta en el principio Pareto, en la regla *maximin* y en un sentido de justicia a partir del equilibrio reflexivo. No podemos restar importancia a ninguna de las críticas, como veremos a lo largo del libro —y el primero que las confrontó y autocrítico fue el propio Rawls—, pero lo que no podemos perder de vista es el ejercicio mismo procedimental hipotético y deliberativo, que lo que pretende es asegurar la construcción de principios abstrayéndose de aquellas condiciones fácticas que viciarían de origen cualquier pretensión de imparcialidad.

3. *Los principios de justicia*

¿Cómo formula Rawls los principios de justicia acordados por los POP?:

¹² Rawls, John, *Teoría de la justicia*, cit., p. 57.

¹³ *Ibidem*, p. 32.

Primer principio

Cada persona ha de tener un derecho igual al más extenso sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos.

Segundo principio

Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para:

- a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo [principio de diferencia], y
- b) unidos a los cargos y las funciones asequibles a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades.¹⁴

El primer principio asume que todo individuo, libre y racionalmente, organiza su plan de vida, y que para hacerlo viable requiere de ciertos bienes primarios —derechos y libertades, oportunidades y poderes, ingresos y riquezas— que constituyen “las bases sociales de la dignidad”. El principio de libertad tiene una relación de prioridad lexicográfica con respecto al segundo principio, que es tanto como decir que en una sociedad que haya adquirido un mínimo de desarrollo social —de lo contrario no se podría hablar de justicia—, la libertad solo puede ser limitada por la libertad.

Hay que destacar que entre la lista de libertades básicas que propone Rawls no se encuentra el derecho a poseer ciertos tipos de propiedad sobre los medios de producción, ni tampoco se halla la misma libertad contractual en términos de un *laissez faire*. Tales libertades son secundarias o derivadas. El elenco que propone Rawls contempla la libertad política, la libertad de expresión y reunión, de conciencia y de pensamiento, la libertad frente a la opresión psicológica, la agresión física y el desmembramiento —integridad de la persona—, el derecho a la propiedad personal, y la libertad frente al arresto y la detención arbitraria. Todas estas libertades garantizadas en la misma Constitución, y no en estatutos secundarios.

Con respecto a la igualdad de oportunidades, Rawls parte de una distinción dentro de la misma justicia procesal, entre aquella que supone un criterio independiente para determinar el resultado del proceso; o bien, aquella que no lo necesita. En esta última, un resultado, sea cual sea, siempre será justo o imparcial si se atiene a las reglas del procedimiento. Lo que se intentaría es que el sistema de cooperación alcance el grado de justicia puramente procesal: asegurar que todos tengan las condiciones básicas satisfechas en el punto de partida. A su vez, la justicia procesal, que requiere de un criterio independiente, podrá ser perfecta o imperfecta. En esta úl-

¹⁴ *Ibidem*, pp. 280-281, también en pp. 67-68.

tima, aun cumpliendo con todos los procedimientos, se puede alcanzar un resultado erróneo, por ejemplo, declarar a un individuo culpable o inocente en el ámbito penal. De acuerdo con Rawls, la igualdad de oportunidades es anterior —tiene una precedencia lexicográfica— al principio de diferencia.

El principio de diferencia, en términos paretianos —una situación S (una asignación de recursos) es superior a otra situación S' si al menos una persona está mejor y ninguna está peor en S que en S' —, justifica la desigualdad real entre los individuos siempre que se estructuren en beneficio de los menos aventajados. Nadie tiene un merecimiento por situaciones que corresponden a una lotería natural, y entre estas no solo deben incluirse las correspondientes al nacimiento o a características no intencionales como el color de piel o la diferenciación sexual, sino también a las mismas capacidades mentales que en buena medida están condicionadas por el origen genético y el entorno social. Si aun asegurada la igualdad de oportunidades en el acceso y en el punto de partida dejamos abierta la diferenciación a los talentos naturales, los resultados desiguales serían injustificables. Por ello, la respuesta de Rawls, bajo el principio de diferencia, es que las desigualdades son aceptables si los más aventajados mejoran la situación de los más necesitados, vulnerables o menos aventajados.¹⁵

4. *Apunte en torno al segundo principio y los deberes positivos del Estado*

El segundo principio rawlsiano parece ser una vía apropiada para salir al encuentro de la crítica frecuentemente formulada al liberalismo, en el sentido de que la defensa de la autonomía personal es antagónica con exigencias de apoyo solidario a los más necesitados.

No existe tal antagonismo si se entiende que tal principio justifica el fin deseable de una “sociedad homogénea” y la exigencia de deberes positivos por parte del Estado para promover la autodeterminación de los menos aventajados.

Una sociedad es homogénea cuando todos sus miembros tienen la posibilidad de ejercer los derechos vinculados con la satisfacción de sus bienes primarios o necesidades básicas. Estos son los necesarios para la realización

¹⁵ Remito a dos fallos judiciales en épocas diversas, 1954 y 2000, que pueden leerse bajo la óptica rawlsiana en línea con un liberalismo igualitario: el paradigmático Corte Suprema de Estados Unidos, *Oliver Brown, et al. vs. Board of Education of Topeka et al.*, 347 U.S. 483, 74 S. Ct. 686, 98 L. Ed. 873, 1954, y *Corte Constitucional de Sudáfrica, Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others*, CCT11/00 [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169, 4 de octubre de 2000.

de todo plan de vida, y junto con los derechos a los que se hallan vinculados conforman lo que Garzón Valdés ha llamado con una feliz expresión: “coto vedado”.¹⁶

En esta concepción resulta importante comprender que ninguna cuestión concerniente a bienes primarios puede decidirse de acuerdo con la regla de la mayoría. Por tanto, el “coto vedado” se constituye como un prerrequisito para cualquier tipo de consenso, es decir, no es susceptible de negociación alguna. En palabras de Rawls:

[...] en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se dan por establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales.¹⁷

La regla de la mayoría se aplica para resolver problemas prácticos vinculados con los deseos secundarios de los miembros de la comunidad, pero nunca con respecto a los primarios. Por ello se comprende que la estrategia de negociación y del compromiso en la persecución de los intereses secundarios —propios o ajenos— solo es éticamente aceptable en el contexto de una sociedad homogénea que asegure una verdadera igualdad de oportunidades sin las arbitrariedades propias de una lotería natural.

La protección de la libertad e igualdad del individuo y la satisfacción de los bienes primarios que se requieren para su desarrollo exigen la imposición de deberes positivos. Para proteger y desarrollar la autonomía de los individuos y contribuir a la igualdad de oportunidades, entendida no solo como igualdad de acceso bajo reglas procesales imparciales, sino sobre todo como igualdad de oportunidades sustantiva, es decir, en el punto de partida, el Estado tiene que intervenir en la equitativa distribución de los bienes básicos. Esto significa instrumentar políticas redistributivas agresivas en términos de impuestos progresivos y exigencias a la misma sociedad civil y a los propios individuos en términos de deberes positivos, no solo especiales, sino también generales, más allá del altruismo o de la beneficencia.

¿Hasta dónde las exigencias rawlsianas, con su principio de diferencia, dejan un margen para la responsabilidad personal y los propios méritos del individuo? Esta ha sido una de las críticas que se enmarcan dentro del llamado “déficit de responsabilidad”. Varios liberales igualitarios han llamado la atención sobre este déficit en la propuesta de Rawls, como se verá en el

¹⁶ Véase Garzón Valdés, Ernesto, “Representación y democracia”, en *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993, pp. 641 y ss.

¹⁷ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, cit., p. 17.

capítulo sexto. Por lo pronto, una distinción útil sería la que propone Carlos Nino entre la *formación* de autonomía y su *ejercicio*. A diferencia del segundo, la primera no depende de los deseos o preferencias de las personas, por tanto, la precedencia de necesidades sobre deseos puede sostenerse sobre la base del principio liberal de la autonomía, si esta se entiende como autonomía de formación:

Esta concepción (la de la autonomía de formación o de creación) no es otra que la vieja noción de *autorrealización*, que se relaciona con la alusión que hace Frankfurt al florecimiento [...] En el centro de esta concepción del bien personal está la idea de capacidades rescatada por Amartya Sen. El individuo se autorrealiza en la medida en que actualiza en forma plena y equilibrada sus diversas capacidades [...] Esta articulación todavía bastante impresionista del valor de autonomía en el marco de una concepción más amplia del bien personal sugiere que, efectivamente, debemos igualar a los individuos en la dimensión de sus capacidades, lo que implica satisfacer ciertas necesidades básicas.¹⁸

Para formar y desarrollar la autonomía personal es necesario que el Estado cumpla con los deberes positivos. En este sentido, como bien ha señalado Ackerman: “No es tarea del Estado responder a las cuestiones fundamentales de la vida sino equipar a todos los individuos con las herramientas necesarias para responsabilizarse por sus propias respuestas”.¹⁹

5. *La secuencia de cuatro etapas*²⁰

Una vez escogidos los principios de justicia (primera etapa), las partes retornan a su posición en la sociedad, juzgando sus demandas al sistema social mediante estos principios. Los principios de justicia constituirían algo así como las condiciones normativas *a priori* de posibilidad para la comprensión y justificación de una democracia constitucional. El modelo que tiene en mente Rawls es el de la Constitución estadounidense, y la historia misma de su gestación.

¹⁸ Nino, Carlos S., “Autonomía y necesidades básicas”, en *Doxa*, Universidad de Alicante, núm. 7, 1990, p. 22.

¹⁹ Ackerman, Bruce, *The Future of Liberal Revolution*, New Haven-Londres, Yale University Press, 1992, pp. 23-24.

²⁰ Véase Rawls, John, *Teoría de la justicia*, *cit.*, pp. 187 y ss.

El velo de la ignorancia se irá levantando poco a poco, y el primer paso tiene que ver con la realización de un Congreso constituyente encargado de elaborar la Constitución (segunda etapa). Los delegados ante el Congreso, aun desconociendo la información sobre su situación particular, pero sabiendo con qué recursos se cuenta y cuáles son los principios básicos de teoría social y desarrollo económico, determinan cuáles son los derechos de los individuos —civiles y políticos— y cómo deben organizarse los poderes, sus facultades, relaciones y límites. La justicia política en una democracia constitucional supone que cada ciudadano ha de tener un acceso igual al poder público, y los propios partidos políticos deben ser independientes de los intereses económicos; deben ser autónomos frente a las demandas privadas: representan a la nación, no a intereses corporativos.²¹

La tercera etapa corresponde a la actividad legislativa, estatutaria: la justicia de las leyes y de los programas políticos, que se juzgarán desde el legislador representativo. De acuerdo con una adecuada división del trabajo en etapas, el primer principio de justicia justificaría la igual libertad de los individuos que corresponde determinar al Congreso constituyente, mientras que el segundo principio, que justificaría los derechos y programas sociales, intervendría en la etapa legislativa. La precedencia responde al mismo orden lexicográfico de los principios. Para Rawls, y de acuerdo con la propia Constitución estadounidense, la existencia y aplicabilidad de los derechos sociales se resuelve en sede legislativa, en ley secundaria. La carga presupuestal que suponen estos derechos es una facultad privativa del Congreso, quien tiene la última palabra.

Finalmente, la cuarta etapa corresponde a la aplicación de las reglas a los casos particulares, a cargo del poder judicial y del administrativo. Diríamos que se ha llegado a la concreción de la norma en sentencias, actos administrativos y contratos para y entre los individuos en sus situaciones particularizadas. En este punto, el velo se ha levantado totalmente.

II. IMPORTANCIA DEL LIBERALISMO IGUALITARIO

En términos generales, la propuesta liberal de Rawls entiende al liberalismo no en un sentido libertario que aboga por las libertades a ultranza, sino igualitario, para el cual las libertades individuales son frágiles y vacías si no se logra igualar a las personas en la satisfacción de sus necesidades básicas y, por tanto, en el abatimiento de la pobreza y la cada vez más aguda

²¹ *Ibidem*, p. 214.

polarización social. Este liberalismo se compromete con una defensa de los derechos humanos entendidos no solo como derechos negativos, protegidos por un Estado mínimo y gendarme, sino que amplía el horizonte de su comprensión hacia la satisfacción de los bienes primarios con una decidida intervención del Estado para su protección y garantía.

Si la justicia consiste en una distribución igualitaria de la libertad bajo el criterio de que las diferencias de autonomía entre los individuos pueden estar justificadas si la mayor libertad de algunos sirve para incrementar la de los menos aventajados, se sigue que para promover la autonomía de estos últimos son exigibles deberes positivos por parte del Estado. Por tanto, para el liberalismo igualitario, los derechos sociales y culturales —como los derechos a la salud, a una vivienda digna, a la seguridad social, a un salario justo, a la educación, al acceso al patrimonio cultural, etcétera— son una condición necesaria para el desarrollo de los derechos individuales. Sería inconsistente reconocer derechos referidos a la vida, a la integridad física o a las libertades y no admitir que los mismos resultan violados cuando se omite otorgar los medios necesarios para su goce y ejercicio.

La crítica al liberalismo en el sentido de que atenta contra la igualdad se ha apoyado en la idea de que frente a la tensión entre los valores de libertad e igualdad, el liberalismo otorga prioridad al primero argumentando que la idea de autonomía personal es antagónica con exigencias de apoyo solidario a los más necesitados. La respuesta a esta crítica consiste en mostrar que no existe una tensión entre libertad e igualdad, si se reconoce que ambos valores responden a estructuras diferentes pero complementarias. La libertad es un valor sustantivo cuya extensión no depende de cómo está distribuido entre diversos individuos, ni incluye *a priori* un criterio de distribución. En cambio, la igualdad es en sí misma un valor adjetivo que se refiere a la distribución de algún otro valor. La igualdad no es valiosa si no se predica de alguna situación o propiedad que es en sí misma valiosa: la propia libertad y dignidad de las personas.

Liberalismo igualitario y laicidad

Finalmente, un liberalismo igualitario es un liberalismo laico. Esto significa, entre otras cosas, que el ámbito propio de las convicciones religiosas es el privado y que una creencia religiosa nunca puede servir de premisa para una deliberación pública en la que se pretenda construir normas con carácter coercitivo. El Estado debe mantenerse imparcial con respecto a las creencias religiosas o las convicciones metafísicas y no pronunciarse siquiera

sobre si es bueno tener o no una religión: el no creyente tiene tanto derecho a participar en la vida democrática como el creyente. Lo que sí corresponde al Estado es promover la convivencia pacífica y favorecer, en el ámbito público, el avance y el progreso de la ciencia y de la educación en aras del propio bienestar del individuo y de los colectivos más discriminados.

Para un liberal igualitario, defender la laicidad significa que: las creencias religiosas o metafísicas, su transmisión y enseñanza se localizan en el ámbito privado y, en tanto expresión de un derecho individual, el Estado debe proteger la libertad ideológica, que se manifiesta también en la no profesión de creencia religiosa alguna, así como las ideas antirreligiosas o antimetafísicas.

Con respecto a lo público y lo privado, debe aclararse que si bien el ámbito primordial de las creencias religiosas es el privado, la libertad religiosa comprende también el derecho a expresar e intentar expandir las propias creencias en el ámbito público: “desde la construcción de lugares de culto y de enseñanza religiosa hasta las procesiones y el proselitismo casa por casa”. Lo que importa entender es que el perímetro correcto del ejercicio de esos derechos debe situarse estrictamente dentro de la sociedad civil y no traspasar a la utilización del Estado.²² Este debe mantener una posición de imparcialidad frente a todos los cultos, sin privilegiar alguna confesión religiosa por encima de las demás.

También conviene aclarar que imparcialidad no es sinónimo de neutralidad entendida como inacción. A este respecto, en un amparo directo en revisión, a través de un voto concurrente, el ministro José Ramón Cossío llega a la siguiente conclusión:

Mantener que la neutralidad estatal frente a las variadas creencias de los ciudadanos exige al Estado no actuar o no pronunciarse es olvidar que, en una gran cantidad de ocasiones, esa abstención no hace sino convalidar un estado de cosas profundamente asimétrico desde el punto de vista de los derechos y libertades de las partes. [...] lo que la Constitución exige fundamentalmente es imparcialidad, no inacción, y que el principio de separación entre las Iglesias y el Estado consagrado en el artículo 130 de la Constitución federal no exime en muchos casos a los órganos estatales del deber de regular en distintos niveles (legislación, reglamentación, aplicación judicial) cuestiones que se relacionan con la vida religiosa de las personas.²³

²² Véase Ruiz Miguel, Alfonso, “Laicidad, laicismo, relativismo y democracia”, en Vázquez, Rodolfo (ed.), *Laicidad. Una asignatura pendiente*, México, Coyoacán, 2007, pp. 159 y ss.

²³ SCJN, Primera Sala, amparo directo en revisión 502/2007, 28 de noviembre de 2007, voto concurrente del ministro José Ramón Cossío. También en “Laicidad del Estado y libertad religiosa: cómo armonizarlas”, en *Letras Libres*, núm. 112, abril de 2008, pp. 64-65.

Esta laicidad “activa”, en términos de imparcialidad y no de neutralidad, debe distinguirse de la idea de la laicidad “positiva”. Esta última, en términos de uno de sus críticos, es “aquella fórmula institucional que respeta la libertad de creer o no creer (en dogmas religiosos, claro) porque ya no hay más remedio, pero considera que las creencias religiosas no solo no son dañinas sino beneficiosas social y sobre todo moralmente”.²⁴

Así entendida, la laicidad supone el debate público, es decir, se debe privilegiar el criterio de argumentación, deliberación y consentimiento de los individuos frente a la pretensión de la custodia de verdades reveladas por la divinidad o de convicciones metafísicas a través de sacerdotes y jerarquías eclesíásticas o comunidades fundamentalistas.²⁵

III. ALGUNAS CRÍTICAS INTERNAS

En los capítulos siguientes de este libro irán apareciendo algunas críticas a la teoría rawlsiana de la justicia, tanto por lo que hace a las críticas externas desde el comunitarismo, el multiculturalismo o el republicanismo, por ejemplo, las que derivan de una crítica interna desde lo que, con mucho acierto, Roberto Gargarella ha ubicado entre los que consideran la postura de Rawls como “insuficientemente liberal” (libertarios) o “insuficientemente igualitaria” (igualitarios).²⁶ Añadiremos también a aquellos que la consideran insuficientemente democrática. Me limito a enunciar ahora algunas críticas orquestadas desde la propuesta de una justicia como imparcialidad, dentro de la familia rawlsiana, que resultan muy pertinentes en una primera aproximación a su pensamiento.

En su libro *Justicia como imparcialidad*,²⁷ Brian Barry critica aquellas posiciones que ven en la propuesta de Rawls una teoría racionalista, abstracta y deductivista. Nada más lejos de ello. Los que así la visualizan terminan haciendo una “parodia del método de Rawls”:

Rawls y quienes (como yo mismo) seguimos sus pasos cumplimos este requisito [la justicia se debe formular según formas comunes de pensar acerca

²⁴ Savater, Fernando, “Siempre negativa, nunca positiva”, en *El País*, Madrid, 16 de octubre de 2008, pp. 31-32.

²⁵ Véase Ruiz Miguel, Alfonso, “Laicidad, laicismo, relativismo y democracia”, *cit.*, p. 160.

²⁶ Véase Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, *cit.*, caps. 2 y 3.

²⁷ Barry, Brian, *Justicia como imparcialidad*, trad. de José Pedro Tosaus Abadía, Barcelona, Paidós, 1997.

de la justicia] gracias a la conexión que establecemos entre el contenido de la justicia y los términos de un acuerdo razonable. [...] Por lo que respecta al llamamiento a la razón, este se tergiversa completamente si se entiende como una pura referencia a la deducción lógica. [...] En este contexto, “razón” significa argumento razonado, a partir de premisas que en principio son aceptables para todo mundo. [...] A una teoría sobre la justicia que consiguiera sentar las bases de un acuerdo razonable yo la llamo teoría de la justicia como imparcialidad.²⁸

Los principios son imparciales porque satisfacen condiciones de igualdad, si bien dejan abierta la “posibilidad de legitimar desigualdades”. Sin embargo, lo que se excluye de manera inmediata es que se justifiquen reclamaciones basadas “en la alta cuna, la etnia o la raza”, por ejemplo. Estas reclamaciones de ventajas especiales terminan siendo demasiado interesadas para constituir una base de acuerdo razonable sobre las que se pueda pedir la adhesión de las demás personas. Lo cierto es que, así presentada, la teoría de Rawls, según Barry, deja al concepto de lo razonable “mucho trabajo por hacer”, por lo que su teoría se presenta más como una “teoría de la justicia como equidad” que como imparcialidad, que resulta más genérica. La gran genialidad de Rawls, dice Barry, es haber desarrollado la idea de una posición original “y la persistencia con que ha intentado hacerla funcionar”, pero “al final esta falla”.

En la posición original, Rawls no rechaza que la gente deba estar informada, pero ¿qué tipo de imparcialidad requerimos para que las creencias y prejuicios no incidan de tal forma que los acuerdos razonables nunca se puedan dar *de facto* y debemos conceder a los particularistas, interpretativistas, que el procedimiento está condenado a fracasar en su noble propósito de construir los principios de justicia?

Para responder a tal cuestionamiento, Barry cree necesario distinguir entre una “imparcialidad de segundo orden”, que requiere de principios y reglas que constituyan la base del libre acuerdo; y una imparcialidad de primer orden, en una suerte de sentido común. La primera está más ligada a la idea de una imparcialidad desapasionada, tecnócrata o burocrática, en el sentido weberiano; la segunda tiene su morada en una moralidad que se construye a partir del afecto espontáneo, de una sensibilidad atenta a las desigualdades concretas. Aceptada esta diferencia, sostiene Barry, resulta erróneo pensar que la primera es una imparcialidad propia de lo público, mientras que la segunda lo es del ámbito privado. Y esta distinción parece

²⁸ *Ibidem*, pp. 28-29.

permear la teoría de Rawls, a tal punto que se ve en la necesidad de excluir de una teoría de la justicia todo el mundo de lo privado, como si en este fuera imposible exigir imparcialidad. El problema ha sido, por una parte, no distinguir entre una imparcialidad de primer orden, posiblemente más cercana a una idea de justicia como neutralidad y reciprocidad, y una imparcialidad de segundo orden, más cercana a una idea de justicia como equidad y, por otra parte, ser omiso con respecto a una moralidad del sentido común que se movería quizás en una zona intermedia entre el universalismo y el particularismo.

Más específicamente, con respecto a la posición original, Barry se cuestiona con razón que si se parte de una teoría de la elección racional, los POP perseguirían su propia concepción del bien de manera interesada, pero si nos quedáramos aquí no iríamos más allá de una teoría de la justicia como reciprocidad. Es verdad que el motivo para respetar los principios de justicia sería la equidad, pero si los principios surgen del provecho mutuo, lo que reflejarán es más bien el poder de negociación de las partes. Ahora bien, si de acuerdo con Rawls, los POP se hallan bajo un velo de ignorancia en la que se ignoran los diversos fines contrapuestos de las partes, ¿qué se negocia? Barry cita a Hart al decir que: “dentro del sistema de Rawls, nos ocupamos de aquello con lo que ninguna persona racional que negocie con otro en pie de desigualdad podría estar de acuerdo”.²⁹ En la posición original de Rawls no queda espacio alguno para la negociación. Esta se convierte en inaplicable si no diferenciamos fines, por lo que, como dice Barry:

[...] la elección de principios se reduce a una elección realizada por cualquiera situado en la posición original y tomado al azar. [...] este desplazamiento del acuerdo colectivo al cálculo individual tiene serias repercusiones, porque significa que la idea misma de un resultado que proteja los intereses vitales de cada una de las partes está en peligro.³⁰

En tales circunstancias, resulta totalmente gratuito partir del supuesto de que los POP se moverán bajo el principio *maximin*, como aversivos al riesgo; ¿por qué no *maximax*? Por otra parte, se pregunta Barry, si Rawls asume, desde una perspectiva kantiana liberal, la independencia y separabilidad de las personas, estas propiedades no pueden determinarse si no es asumiendo aquello que es propio y característico de cada individuo: la separabilidad de cada individuo depende de sus notas distintivas. Todo esto abona más en la

²⁹ *Ibidem*, p. 93.

³⁰ *Idem*.

dirección de construir una justicia como reciprocidad que como equidad. Pero es claro que tratándose de personas minusválidas congénitas, su cooperación productiva es muy limitada y no puede considerárseles responsables de tal falta. Las desigualdades irrumpen por las particularidades de los propios individuos, por lo que una teoría de la justicia en una sociedad de “cooperación mutua” resulta a todas luces insuficiente. El punto de partida de Rawls resulta inapropiado para dar cuenta de una justicia como equidad que contemple, por ejemplo, las desigualdades de origen, digamos, por discapacidades naturales.

Por último, con respecto a la secuencia en cuatro etapas, no resulta nada fácil explicar que la justicia como imparcialidad proceda enteramente de arriba hacia abajo haciendo cada vez menos denso el velo de la ignorancia. Las constituciones, piensa Barry, no podemos decir que sigan ese procedimiento: “no podemos esperar ser capaces de especificar las características de una constitución justa desde la pura perspectiva del procedimiento”, pues también “debemos ocuparnos de la justicia real de las leyes políticas gubernamentales en el marco que la constitución proporciona para la toma colectiva de decisiones”.³¹ Es verdad que algunas demandas genuinas de justicia se prestan para ser incorporadas en la Constitución, pero nada impide que algún derecho quede mejor protegido en “la masa entera de las leyes”, de una manera más precisa y acotada, lo que, entre otras cosas, haría imposible cualquier “intervención judicial perversa”.

Para Barry, la disyuntiva de si una regla justa “potencialmente judicializable se debe incorporar o no a una constitución es una cuestión de estrategia y no de principios fundamentales”, como se desprende de la teoría verticalista de Rawls. Por lo mismo, y con mayor razón, a la pregunta de ¿qué podrían hacer los tribunales para promover las causas de la justicia social, es decir, la justicia de las instituciones económicas y sociales básicas de la sociedad?, la respuesta de Barry, en línea con Rawls, es claramente negativa: “los tribunales son completamente inadecuados para los tipos de juicio que se necesitan”. Estas cuestiones se resuelven estrictamente en el ámbito político: “el principio de diferencia no puede ni debe incorporarse realmente a una constitución como una verdadera regla”.

Si en Rawls, a partir del principio de libertad y de acuerdo con un orden lexicográfico, los derechos individuales debían ser atrincherados en la Constitución, mientras que correspondía al legislador determinar los derechos sociales, dado su carácter político, para Barry, aun las mismas libertades podrían responder a un cálculo prudencial. Lo que debe evitarse a toda

³¹ *Ibidem*, p. 140.

costa es un empoderamiento discrecional de los jueces por la vía de una constitucionalidad de los derechos, que no se justifica desde ningún principio de justicia.

IV. *EXCURSUS*. LOS FILÓSOFOS DE LA TERCERA VÍA: EQUILIBRIO REFLEXIVO Y DERECHO

Con la expresión “filósofo de la tercera vía” no quiero insinuar ningún compromiso de la ética con propuestas políticas de moda, ni tampoco intentar jugar el papel de mediador. Por lo general, este último no deja satisfecho a nadie y tiende a ser confuso en sus conclusiones. La idea de una tercera vía me fue sugerida en un texto de Norman Daniels,³² en el que este autor manifestaba su asombro ante la riqueza de la disputa en el terreno de la bioética en torno a las teorías morales, los principios, las reglas y los juicios y acciones particulares. Después de haber trabajado durante los años setenta en los problemas de una teoría general de la justicia y en el desarrollo de una concepción amplia del equilibrio reflexivo, a partir de una revisión de las ideas de John Rawls, Daniels concluye que con relación a los problemas de medicina y salud, no es apropiado aplicar sin más la teoría general y resolver los casos como si se tratara de un ejercicio deductivo.

Los principios de justicia en Rawls fueron construidos a partir de un supuesto idealizado: personas capaces que especificarían los principios de justicia en el marco de una cooperación imparcial. Nadie se encontraba en situación de desventaja por razones de enfermedad o incapacidades físicas. Pero entonces, ¿debía añadir la teoría de Rawls otro bien primario: la salud? ¿Qué debía entenderse por “aplicar” los principios de una teoría general?³³ Daniels se figura el debate como si se encontrara en un campo de batalla en el que como corresponsal realiza “un breve reporte desde la zona de guerra en la tierra de Bioética” (*The Land of Bioethics*). El campo de batalla está seccionado en diferentes niveles: se ubican en las zonas altas los “Uplanders”, bandas protegidas en torno a las teorías generales; abajo en el valle se encuentran los “Lowlanders”, contextualistas y casuísticos, que desconfían de los lugares altos y se deleitan sintiendo el polvo y el pasto bajo sus pies; y en un lugar intermedio, en una serie de colinas fortificadas con

³² Daniels, Norman, “Wide Reflective Equilibrium in Practice”, en Sumner, Wayne y Boyle, Joseph (eds.), en *Philosophical Perspectives on Bioethics*, University of Toronto Press, 1996, pp. 96 y ss.

³³ *Ibidem*, pp. 107-108.

principios y reglas, se encuentran los habitantes de “Middle Kingdom”. Es a los habitantes de este reino intermedio a los que, con fortuna o no, he llamado “filósofos de la tercera vía”: una zona de principios y reglas ubicada entre las teorías generales y las teorías particularistas. ¿Qué proponen los defensores de esta postura?

Comenzaré por exponer brevemente la teoría de Tom Beauchamp y James Childress. Para ello distinguiré tres momentos sucesivos en el planteamiento de las tesis de estos autores:

- a) Una teoría principialista, general y rígida que, con más o menos diferencias, se desarrolla en las cuatro primeras ediciones de su libro clásico (1979, 1983, 1989 y 1994).³⁴
- b) Una propuesta moderada en la línea de un “equilibrio reflexivo” presentada por Tom Beauchamp.³⁵
- c) Una reestructuración del capitulado del libro en la última edición (2001) que incluye nociones tales como “moralidad común” (*common morality*), “especificación” (*specification*) y “ponderación” (*balancing*), así como la presentación de otras teorías éticas, además del utilitarismo y del kantismo, como el individualismo liberal, el comunitarismo y la ética del cuidado. Enseguida analizaré la contribución de Dan Brock,³⁶ para concluir con la exposición y comentarios a un trabajo de Manuel Atienza.³⁷

Con algunas divergencias menores y algún añadido adelante mi acuerdo con esta tercera posición (Rawls-Daniels-Brock) y en especial con la propuesta de Atienza.

Como es sabido entre los bioeticistas, la teoría de Beauchamp y Childress, hasta la cuarta edición de su libro, se estructura a partir de un orden jerárquico de justificación que va desde las teorías éticas generales hasta los juicios particulares, pasando por los principios y las reglas. El orden del capitulado sigue el mismo orden jerárquico de justificación. Después de una exposición de las diversas teorías generales, que en último término pueden

³⁴ Beauchamp, Tom y Childress, James, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, 1979.

³⁵ Beauchamp, Tom, “The Role of Principles in Practical Ethics”, en Sumner, Wayne y Boyle, Joseph (ed.), *Philosophical Perspectives on Bioethics*, cit., pp. 79 y ss.

³⁶ Brock, Dan, “Public moral discourse”, en Sumner, Wayne y Boyle, Joseph, *Philosophical Perspectives on Bioethics*, cit.

³⁷ Atienza, Manuel, “Juridificar la bioética”, en Vázquez, Rodolfo, *Bioética y derecho*, México, FCE-ITAM, 1999.

reducirse a las consecuencialistas y a las deontológicas, el desarrollo principal recae sobre los principios; enseguida se dedica un capítulo a las reglas derivadas de las relaciones médico-paciente y, finalmente, concluyen con otro capítulo dedicado a una dimensión de la ética que tiene que ver con los ideales y las virtudes relacionadas con el carácter moral.

Los principios, afirman estos autores, son más generales que las reglas y sirven para justificarlas. Las reglas están especificadas en los contextos y son más restrictivas en su alcance. Beauchamp y Childress parten del enunciado de cuatro principios fundamentales: autonomía o respeto a las personas, a sus opiniones y a elegir y realizar acciones basadas en los valores y creencias personales; no maleficencia, que obliga a no causar daño a otro; beneficencia, que exige prevenir o eliminar el daño y promover el bien, y justicia en el tratamiento igual de las personas, a menos que entre ellas se dé una diferencia relevante. Por lo que hace a las reglas, pueden justificarse en un solo principio o en la combinación de varios. Estas son las reglas de veracidad, privacidad, confidencialidad y fidelidad.

Lo relevante para nuestros propósitos es que para Beauchamp y Childress, los principios deben entenderse *prima facie* y no como absolutos, es decir, obligan siempre y cuando no entren en conflicto entre sí. Si resulta un conflicto, se deben jerarquizar considerando la situación concreta. No existen criterios para determinar la prioridad de un principio sobre otro, por tanto, el recurso final debe ser un consenso entre todos los integrantes, por ejemplo, de un comité decisorio. Dígase lo mismo de las reglas en tanto dependientes de los principios, con la diferencia de que así como los principios no pueden eludir cierta preferencia débil con respecto a alguna de las dos grandes teorías éticas —consecuencialista o deontológica—, las reglas no pueden obviar ciertas disposiciones de carácter, ideales morales y virtudes personales en las relaciones médico-paciente, lo que las acerca a las teorías particularistas. Entre otras virtudes, se analizan la compasión, el discernimiento, la confiabilidad, la integridad y la generosidad.

En un artículo ya citado de Tom Beauchamp, este autor rechaza lo que él ha llamado una concepción “robusta” de los principios para adherir a una concepción *prima facie*. Lo que no es admisible en la concepción robusta, piensa este autor, es el carácter no exceptuable y fundacional de los principios, y opone a estos lo que con Rawls llama “juicios considerados”, ponderados o razonables. Un juicio es considerado si cumple con las siguientes condiciones: 1) que exista un *juicio* moral; 2) que se mantenga *imparcial*; 3) que la persona que realiza el juicio sea *competente*; 4) que el juicio sea *genera-*

lizable a todos los casos similares, y 5) que sea *coherente* en tanto refleje una rica historia de adaptación a la experiencia moral generando credibilidad y confianza entre los individuos.

Tales condiciones no son privativas de los principios ni de las reglas. Los juicios pueden darse en cualquier nivel de generalidad, aun en los juicios sobre los casos concretos. Lo que se requiere es que a partir de su formulación se realice un proceso de ida y regreso, de abajo hacia arriba, y a la inversa, hasta encontrar un punto de equilibrio. Si este, por ejemplo, se ha alcanzado en un nivel muy particular, es suficiente, sin necesidad de tener que buscar algún principio más general justificatorio. Así, por ejemplo, el juicio “los jueces no deben ser influenciados durante sus deliberaciones”, en tanto reúne las cinco condiciones señaladas más arriba, resulta un buen candidato para un juicio ponderado, sin necesidad de recurrir o hacerlo descansar en algún principio ulterior de justificación o en alguna teoría general comprensiva.

Con tal procedimiento, piensa el autor, se evitan los dos problemas más recurrentes que presenta la concepción robusta: el deductivismo y el distanciamiento de la moralidad común. La concepción *prima facie*, enfáticamente afirma Beauchamp, es enemiga, no amiga del deductivismo. Los principios *prima facie* no son instrumentos para deducir reglas o juicios no exceptuables. No existe ya una relación de dependencia sino de *interdependencia* entre las proposiciones. Más aún, los juicios ponderados, tal como se presentan de acuerdo con el método del equilibrio reflexivo, son compatibles con la casuística y su tesis de los “casos paradigmáticos”. Para que un caso pueda ser comparado y “transportado” a otro caso, hasta dar con el caso paradigmático, es necesario algún nivel de generalidad y de imparcialidad y, en este sentido, la misma idea de “paradigma” contiene ya la de principio *prima facie*.

En la quinta edición de su libro (2001), Beauchamp y Childress introducen algunas categorías epistemológicas y morales. Esta introducción significó la necesidad de reestructurar el contenido del libro, tal como indiqué más arriba. Con respecto a la idea de “equilibrio reflexivo” y las nociones de “especificación” y “ponderación”, buena parte de la reflexión retoma lo dicho por Beauchamp, y no es necesario reiterar lo ya expresado. Quiero concentrar ahora mi atención en una de las nociones que creo resulta novedosa en el planteamiento de los autores: la idea de “moralidad común”. Según estos autores, todas las personas que se toman en serio el vivir una vida moral parecen compartir un núcleo de moralidad: saben que no hay que mentir o robar una propiedad, que hay que mantener las promesas y

respetar los derechos de otros, que no hay que matar o causar daño a personas inocentes, y así por el estilo. Esta moralidad común es compartida por todas las personas en cualquier lugar; y si bien es cierto que en el discurso público este núcleo de moralidad se ha representado a partir de la noción de derechos humanos, no menos cierto es que tal núcleo se integra también por las obligaciones y las virtudes morales.³⁸

¿Qué caracteriza a esta “moralidad común”? En primer lugar, no se trata de una *teoría* más, sino de *todas* las teorías de la moralidad común, por ejemplo, las propuestas por Frankena y Ross³⁹ descansan en creencias morales ordinarias y compartidas sobre los contenidos básicos, que no requieren apelar a la pura razón, a la ley natural o a un sentido común especial; en segundo lugar, todas las teorías de la moralidad común que no resulten consistentes con estos juicios morales de sentido común preteóricos (*pretheoretical commonsense moral judgements*) caen bajo sospecha, y en tercer lugar, todas las teorías de la moralidad común son pluralistas, es decir, el nivel normativo general lo constituyen una serie de principios *prima facie* que los autores sintetizan en los cuatro ya conocidos: autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia. Asimismo, la teoría de la moralidad común que proponen Beauchamp y Childress no supone que todas las *costumbres* morales califican como parte de la misma. Más bien, la normatividad general contenida en la moralidad común constituye la base para una evaluación y crítica de grupos y comunidades cuyas costumbres son deficientes en algún sentido. En síntesis, tal normatividad trasciende las costumbres locales y sirve de parámetro crítico para las mismas.⁴⁰

En la misma dirección epistemológica y moral del “equilibrio reflexivo” se encuentra Dan Brock, quizás uno de los teóricos contemporáneos más importantes en el campo de la bioética. Brock comienza criticando tanto las posiciones generalistas como las particularistas. Las primeras por su deductivismo y las segundas por su rechazo de algún criterio racional e imparcial que permita dirimir los conflictos concretos. No me detendré en estas críticas. Más interesante es su defensa de un equilibrio reflexivo en términos de “consistencia” del propio razonamiento moral.

Si bien es inaceptable partir de una teoría general independiente y establecida como la única verdadera, que mecánicamente se aplica para la resolución de los casos concretos, piensa Brock, lo cierto es que cualquier razonamiento en torno a dichos casos supone, implícita o explícitamente,

³⁸ Véase Beauchamp, Tom y Childress, James, *Principles of Biomedical Ethics*, cit., p. 3.

³⁹ *Ibidem*, pp. 401-403.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 403.

fragmentos o partes de teorías generales. Precisamente, la consistencia en el razonamiento moral significa aceptar las implicaciones de las razones o principios a los que uno apela en la resolución de los casos particulares. Sucede con mucha frecuencia que las convicciones más profundas tienen que ver no con un juicio o situación determinada, sino con principios generales y con ciertas teorías implícitas. Así, por ejemplo, el principio de igualdad de oportunidades, característico de una teoría liberal, y de la moral y cultura política estadounidense, en particular, ha sido usado para decidir sobre problemas concretos de inequidad en el acceso a los servicios de salud. Esta es sin duda una concesión que debe hacerse a las teorías generalistas. Pero es cierto también que tales convicciones pueden entrar en conflicto con otras convicciones igualmente generales, o bien, con juicios morales sobre casos particulares, y aun con la apreciación sobre los hechos empíricos, con respecto a los cuales tampoco hay consenso. Lo que se requiere entonces es alcanzar un equilibrio reflexivo en el que la revisión de los principios o de las convicciones individuales debe ser tal que permita al individuo conservar el máximo de convicción posible.

Brock se anticipa a una posible crítica. Tomar las convicciones como punto de partida para el equilibrio reflexivo, sean en un dominio particular o más general, que impliquen los valores de una comunidad y de una cultura determinada, ¿no conduciría a un conservadurismo moral, a un reforzamiento del *statu quo*? ¿No estamos finalmente en presencia de un subjetivismo relativista? De ninguna manera, piensa el autor, ya que en el proceso de revisión de las convicciones deben considerarse por igual, y críticamente, las mismas alternativas, por más radicales o aberrantes que estas fuesen. Si al término de este ejercicio crítico se concluye la incompatibilidad de dos juicios morales, entonces sin duda debe asumirse una posición relativista, pero un relativismo que Brock denomina “justificadorio”. El debate entre subjetivistas y objetivistas termina resolviéndose finalmente en favor del primero, si se comprende que al término del proceso deliberativo, las teorías, principios y reglas dependerán de lo que cada individuo esté dispuesto a asumir e incorporar libremente en su vida. La elección de alguno de los dos juicios incompatibles es sin duda subjetiva, pero no arbitraria, sino justificada en una deliberación moral pública.

En un ensayo multicitado en el contexto de la discusión sobre bioética en habla castellana, Manuel Atienza ofrece una de las contribuciones más lúcidas en el debate que nos ocupa. “Juridificar la bioética” no es, de acuerdo con el autor, el título de un artículo que pretenda “una vuelta a la deontología médica tradicional, esto es, a la concepción de la ética médica —y,

por extensión, de la bioética— como un código único de preceptos y obligaciones aplicados según procedimientos burocráticos y respaldados coactivamente”; de lo que se trata más bien es de “sostener que hay un tipo de conflicto jurídico cuya resolución consiste justamente en «ponderar» principios contrapuestos y que, para tratar con esos casos, se ha ido desarrollando una metodología que podría resultar de utilidad también para la aplicación de los casos concretos de los principios de la bioética”.

Atienza propone cuatro principios normativos: autonomía, dignidad, igualdad e información. Estos principios responden a las siguientes preguntas: “a) ¿quién debe decidir (el enfermo, el médico, los familiares, el investigador)?; b) ¿qué daño y qué beneficio se puede (o se debe) causar?; c) ¿cómo debe tratarse a un individuo en relación con los demás?, y d) ¿qué se debe decir y a quién?” Estos cuatro principios serían suficientes para resolver los “casos fáciles”, pero son insuficientes para los “casos difíciles”. Para estos se requeriría de principios secundarios que derivaran de los primarios, de modo tal que ante la insuficiencia del principio de autonomía se apelara al principio de paternalismo justificado; de la insuficiencia del de dignidad al de utilitarismo restringido; del de igualdad al de trato diferenciado, y del de información al de secreto. En el discurso práctico —por ejemplo, en un comité de ética— se podría establecer

[...] una cierta prioridad en favor de los primeros, que podría adoptar la forma de una regla de carga de la argumentación: quien pretenda utilizar, para la resolución de un caso, uno de estos últimos principios (por ejemplo, el de paternalismo frente al de autonomía, etcétera) asume la carga de la prueba, en el sentido de que es él quien tiene que probar que, efectivamente, se dan las circunstancias de aplicación de ese principio [...].⁴¹

El enunciado de los principios secundarios que Atienza propone sería como sigue:

Principio de paternalismo justificado: Es [i]lícito tomar una decisión que afecta a la vida o salud de otro si:

- a) este último está en situación de incompetencia básica;
- b) la medida supone un beneficio objetivo para él, y
- c) se puede presumir racionalmente que consentiría si cesara la situación de incompetencia.

⁴¹ Atienza, Manuel, “Juridificar la bioética”, *op. cit.*, pp. 83 y ss.

Principio de utilitarismo restringido: Es lícito emprender una acción que no supone un beneficio para una persona (o incluso que no le supone un daño), si con ella:

- a) se produce (o es racional pensar que podría producirse) un beneficio apreciable para otro u otros;
- b) se cuenta con el consentimiento del afectado (o se puede presumir racionalmente que consentiría), y
- c) se trata de una medida no degradante.

Principio de trato diferenciado: Es lícito tratar a una persona de manera distinta que otra si:

- a) la diferencia de trato se basa en una circunstancia que sea universalizable;
- b) produce un beneficio apreciable en otra u otras, y
- c) se puede presumir racionalmente que el perjudicado consentiría si pudiera decidir en circunstancias de imparcialidad.⁴²

Atienza enuncia un cuarto principio secundario —el del secreto— que correspondería al principio primario de información. Creo que este par de principios podrían subsumirse adecuadamente en el principio de autonomía personal y de paternalismo justificado, respectivamente. Parece claro que para que un individuo pueda decidir con respecto a aquello que afecte a su salud, es una condición necesaria que se encuentre debidamente informado. La doctrina del “consentimiento informado”, tan desarrollada en el contexto anglosajón, es una prolongación natural del debido respeto a la autonomía de cada individuo.

Con todo, sea mediante principios primarios o secundarios, por su carácter de “inconcluyentes”, no sería posible aún resolver definitivamente un caso. Por tanto, además de principios, son necesarias las reglas; es decir, “un conjunto de pautas específicas que resulten coherentes con ellos y que permitan resolver los problemas prácticos que se plantean y para los que no existe, en principio, consenso”. El problema fundamental de la bioética no sería otro, en definitiva, que el de pasar del nivel de los principios al de las reglas. Este tránsito de niveles puede ilustrarse con varios ejemplos:

- a) Ante el caso controvertido de la transfusión sanguínea a un niño Testigo de Jehová, el principio primario de autonomía personal de los padres debe ceder ante el principio secundario de paternalismo jus-

⁴² *Idem.*

tificado que sustenta la regla: “un padre no puede impedir que a su hijo se le trasfunda en caso de necesidad”.

- b) Ante la situación concreta de un paciente en estado terminal vegetativo, irreversible, el posible principio primario de dignidad personal debe ceder ante el principio secundario del utilitarismo restringido que justifica la regla: “es lícita la eutanasia activa para evitar un mayor daño a los familiares y beneficiar a terceros con los recursos hospitalarios”.
- c) Ante la escasez de órganos y la creciente demanda de los mismos, el principio primario de igualdad debe ceder ante el principio secundario de trato diferenciado que justifica la regla: “Es lícito preferir para un trasplante (en igualdad de otras condiciones) al enfermo que pueda pronosticarse una mayor cantidad y calidad de vida”.

La propuesta de Atienza se inscribe así en una concepción propia de las filosofías de la “tercera vía” o del equilibrio reflexivo, que se aparta de esquemas rígidamente absolutistas, en la medida en que los principios por él enunciados se caracterizan por ser *prima facie*, y también de posiciones escépticas que hacen del balance de principios una actividad radicalmente subjetiva, resultado de un juicio de valor del intérprete y, por tanto, no sujeta a un control racional.

Para Atienza, la ponderación de principios constituiría un paso previo a la “subsunción”, es decir, en casos conflictivos donde colisionan dos principios, la ponderación de los mismos es necesaria para que, de acuerdo con ciertos criterios racionales, se proceda a mostrar que el caso individual de referencia no es otra cosa que “una instancia de un caso genérico al que una norma jurídica aplicable correlaciona con una consecuencia normativa”. En una colisión de principios, las condiciones bajo las cuales un principio *precede* a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente. En el ejemplo de niño Testigo de Jehová, el principio de paternalismo justificado *precede* al de autonomía personal si se cumplen para el caso individual sus condiciones de aplicación: se trata de un incompetente básico, la medida supone un beneficio objetivo para él y podría presumirse *racionalmente* que consentiría el acto si cesara la situación de incompetencia. Estas condiciones de aplicación constituyen, a su vez, el *supuesto de hecho* de una regla que se enunciaría: “un padre no debe impedir que a su hijo menor de edad se le trasfunda en caso de necesidad”.