

LIBERALISMO Y LIBERTAD RELIGIOSA
EN EL DEBATE POLITICO SOBRE LA JUSTICIA:
ARGUMENTOS SOBRE EL ABORTO LEGAL*

Cristóbal Orrego Sánchez

Profesor de Filosofía Jurídica y Política
Universidad de los Andes (Chile)

1. EL DERECHO A LA VIDA Y EL LIBERALISMO POLITICO

Uno de los pilares éticos sobre los que se apoyaba hasta hace poco la cultura jurídica y política de la mayor parte del mundo era la aceptación incuestionada del derecho de todo ser humano inocente a la vida. Los “casos difíciles” debatidos –la legítima defensa con resultado de muerte, la guerra justa y la pena capital– eran “difíciles” precisamente porque se sostenía que no hacían excepción al principio. En efecto, el agresor podía considerarse “no inocente”, o bien, en otros casos, podía sostenerse que la muerte era un efecto secundario o indirecto de un acto que directamente tenía otro objeto. Esta situación ha cambiado radicalmente a lo largo del siglo XX, centuria en que la “inocencia” ha dejado de ser relevante en el razonamiento ético. Se habla de “conflicto de bienes jurídicos”, “elegir el mal menor” o “libertad para elegir”, con referencia a cuestiones de vida o muerte. De modo particular, se cree posible justificar la muerte de seres humanos con independencia de su posición moral en cuanto “inocentes”, sólo por su posición física o biológica en relación con otros seres humanos: el deficiente mental, el enfermo terminal incurable, el niño no nacido. La aceptación de la eutanasia activa o directa y del aborto directo como muertes justificadas es –a mi modo de ver– un síntoma de la degradación de la cultura pública a fines del siglo XX. Ahora bien, no se ha llegado a esta situación de un día para otro. El proceso ha sido largo, porque la conciencia humana es un material elástico pero resistente. Este artículo aborda sólo el tema del aborto procurado y cierto tipo de argumentos en favor de su aceptación, a saber, determinadas apelaciones a la libertad religiosa y al pluralismo en la comunidad política.

Los primeros argumentos en favor del aborto se dirigen a confundir la acción homicida (feticida) con alguna de las acciones que la doctrina tradicional consideraba compatibles con “no matar al inocente”. Se dice que el feto no es todavía una “persona” porque le falta alguna propiedad relevante. Se dice que, incluso si fuese una persona, en los casos admisibles de aborto se trataría de un injusto agresor. Los argumentos más evolucionados dejan de lado la cuestión del estatuto ontológico del feto, que no sería absolutamente determinante para una ponderación de bienes de tipo consecuencialista o para una consideración exclu-

* Este artículo forma parte del Proyecto de Investigación Interno DER-002-98 de la Universidad de los Andes (Chile).

siva de la libertad sexual de la mujer, de su derecho sobre el propio cuerpo o, más en general, del conjunto de sus derechos reproductivos.

Todos los argumentos aludidos tienen, sin embargo, algo en común. Se trata de argumentos que consideran la consistencia objetiva del aborto directo y de sus consecuencias respecto de las personas implicadas. Pero hay un modo de argumentar que por su propia naturaleza impide el análisis racional de la acción abortiva, para situarse solamente en el nivel del análisis sobre qué debemos hacer para organizar la política y la legislación. Se trata de los argumentos que apelan a la libertad religiosa y de conciencia.

Los autores del iusnaturalismo moderno (siglo XVII en adelante) sustituyeron la visión medieval de una "república cristiana" gobernada conforme a la "ley evangélica", que incluía la ley moral natural, por la visión típicamente moderna de una sociedad civil dividida desde el punto de vista religioso y regida por una ley básica común, a saber, el derecho natural. "La dolorosa experiencia de las guerras religiosas llevó a muchos espíritus a la búsqueda de unos principios comunes a todos los hombres, independientes de una fe religiosa concreta y en los que encontrar las bases del entendimiento pacífico. Estos principios comunes eran los de derecho natural"¹. A la necesidad práctica de superar de modo pacífico las guerras religiosas se unía la convicción teórica sobre la capacidad de la razón natural —no apoyada en la fe— para descubrir normas morales comunes a todos los hombres. En este sentido, los primeros autores considerados como "liberales" combinan la defensa de la tolerancia religiosa con las exigencias de una ética objetiva y racional capaz de fundamentar la acción política. No es posible, en este contexto, fundar una legislación o una política en la apelación a las convicciones religiosas, pero sí puede arribarse a dicha fundamentación apelando a la ética o al derecho natural (racional). La religión está en el ámbito privado, de lo que divide; la razón ilustrada, en cambio, es pública y compartida.

El proyecto ilustrado de investigación moral perseguía precisamente encontrar los fundamentos puramente racionales de la ética heredada de la tradición cristiana: la ética del matrimonio heterosexual, indisoluble y monógamo; la ética del respeto a toda vida humana inocente; la ética de los derechos naturales; etc. Si bien es cierto que los primeros insnaturalistas modernos fueron incapaces de fundar la indisolubilidad del matrimonio², no es menos cierto que una gran parte de la ética tradicional o acostumbrada fue encajada en los moldes de sistemas aparentemente racionales. Desde esta perspectiva ilustrada, el conflicto religioso se supera mediante la imposición política de una ética racional independiente de la revelación (derecho natural).

A fines del siglo XX, parece claro el fracaso del proyecto ilustrado³. Naturalmente, la idea de que las convicciones religiosas son "privadas" y no pueden fundamentar la legislación ha penetrado a fondo en la cultura. Lo problemático es no extender la misma privatización de la religión a las conclusiones supuestamente racionales de la ética o del derecho natural. En efecto, la sociología de la religión y la sociología moral demuestran que muchas diferencias profundas

¹ Cfr. Javier HERVADA, *Historia de la ciencia del Derecho Natural* (Pamplona, Eunsa, 2ª ed., 1991) 253.

² Cfr. Javier HERVADA, *Escritos de Derecho Natural* (Pamplona, Eunsa, 1986) 36 ss.

³ Cfr. Alasdair MACINTYRE, *After Virtue. A Study in Moral Theory* (London, Duckworth, 1981), traducción castellana de A. Valcárcel, *Tras la Virtud* (Barcelona, Crítica, 1987), capítulos 5 y 6.

sobre la estimación de lo bueno son correlativas a diferencias en convicciones religiosas. Ergo, de religiones privadas resultan también éticas privadas. Así como hubo “guerras de religiones” hay “guerras éticas” entre bandos rivales que disputan sobre los más diversos aspectos de la política, utilizando argumentos morales. ¿Cuánto debe intervenir el estado para proteger a los económicamente débiles, o a los propietarios? ¿Qué tipo de matrimonio ha de reconocer o establecer la legislación? ¿Ha de tolerarse legalmente el aborto?

El “liberalismo político” de fines del siglo XX, representado paradigmáticamente por John Rawls⁴, toma la reducción de lo religioso al ámbito privado y reproduce el mismo proceso referido a todas las convicciones sobre la vida buena. La política y la legislación sólo pueden basarse en “razones públicas”, que son razones mínimas al margen de las convicciones religiosas o filosóficas completas, razones susceptibles de ser compartidas por todos los ciudadanos razonables no obstante sus diferencias en cuanto a creencias morales y religiosas⁵. Lo problemático de este planteamiento filosófico-político es su carácter circular, pues para separar lo público-objetivo de lo meramente privado-subjetivo es necesario un previo criterio objetivo de lo que es una persona razonable, que admitiría las “razones públicas” o los principios de “justicia política”.

Una vez que se ha iniciado el proceso de privatización de las convicciones, sean ellas religiosas o morales, no se ve ninguna razón (ni “pública” ni “privada”) para detener ese proceso en un tipo de razones y denominarlas “públicas”. El punto de detención es arbitrario: hace cincuenta años era obvio que el matrimonio es heterosexual, que los seres humanos no han de ser manipulados, etc.; hoy, para algunos ya no lo es. Tal es el dilema del liberalismo político más o menos “relativista”: ni siquiera el “relativismo” puede examinarse racionalmente, pues un “relativismo” racionalmente fundado exige aceptar una imagen excesivamente optimista de la razón humana. Sólo cabe asumir el relativismo como parte de una cultura compartida y excluir sin diálogo ninguno a los “absolutistas”⁶.

2. FORMULACION DE LOS ARGUMENTOS PARA DESPENALIZAR EL ABORTO

La situación cultural descrita, caracterizada por un desprecio creciente de la vida humana y por la privatización de la religión y de la moral, dota de una fuerza notable a un modo de argumentar en favor de la despenalización o de la legalización de las acciones abortivas directas. En rigor se trata de un modo de

⁴ Sobre el liberalismo o, mejor dicho, los liberalismos, hay un debate tanto conceptual como de fondo que parece interminable. Las relaciones entre diversas concepciones del liberalismo político y la tradición clásica iusnaturalista, en las que hay tanto puntos de contacto como de divergencia, pueden verse en los diversos ensayos de Robert P. GEORGE (ed.), *Natural Law, Liberalism, and Morality* (Oxford, O.U.P., 1996).

⁵ Cfr. especialmente John RAWLS, *Liberalismo Político* (México, FCE, 1996) 125 ss. y 204 ss.

⁶ Rawls considera compatible un liberalismo político con la creencia en la verdad moral y religiosa —con no ser ni indiferente ni escéptico—, pero las verdades “privadas” o “no públicas” parecen irrelevantes. Cfr. J. RAWLS, *Liberalismo Político*, cit., 151 ss. En general, sobre el dilema de la tolerancia relativista, véase Francesco D’AGOSTINO, “En la perspectiva de la filosofía política cristiana: democracia y relativismo ético”, *Revista Chilena de Derecho* 24, 1, 1997, 69-89. Por su parte, el análisis lógico y lingüístico de Vigo demuestra que no tiene sentido la tolerancia sin presuponer la verdad y la existencia de convicciones fuertes. Cfr. Alejandro VIGO, “El Concepto de Tolerancia” (Santiago de Chile, *promanuscrito*) 16-18.

argumentar laicista que puede aplicarse a cualquier cuestión moral controvertida a condición de que alguna religión tradicional sostenga una determinada postura al respecto. El argumento –o una serie de argumentos análogos– no tiene consistencia lógica, si se lo considera como argumento general. Sin embargo, su misma aparente sencillez posee una fuerza de penetración en las conciencias muy difícil de contrarrestar cuando se refiere a un tema aislado del contexto de otras cuestiones moralmente debatidas. Para mostrar la fuerza de estos modos de argumentar vamos a referirnos al caso del aborto, dando por descontado que el mismo discurso posee aún mayor fuerza persuasiva en el caso de privatizar principios éticos menos evidentes que el de protección de la vida (v.gr., la indisolubilidad del matrimonio).

El argumento para despenalizar o legalizar el aborto procurado, apelando a la libertad religiosa y al pluralismo político, admite una gran variedad de formulaciones complementarias.

2.1. *El laicismo primitivo: apelación exclusiva a la libertad religiosa*

El laicismo primitivo –como hemos dicho– apela exclusivamente a la libertad religiosa, pues reconoce la capacidad de la razón para conocer principios morales objetivos. En la perspectiva de quien admite una ética objetiva, pero desea que la política esté libre de injerencias religiosas, puede argumentarse como sigue:

Las convicciones religiosas no deben imponerse coactivamente; la prohibición absoluta del aborto directo es una convicción religiosa (católica); luego, no debe imponerse coactivamente, mediante la ley penal, la prohibición absoluta del aborto directo.

2.2. *El laicismo evolucionado o “liberalismo político” contemporáneo: apelación al pluralismo ético*

El laicismo evolucionado, de formas menos hostiles a la religión, aspira, no obstante, a excluir del ámbito público no solamente las religiones –que son “privadas” por definición, como para el laicismo primitivo– sino también las convicciones morales consideradas “privadas”, que no son “todas” ellas. El laicismo evolucionado está implícito en el liberalismo político representado por Rawls, que procura escindir las razones morales en razones “públicas” y razones “privadas”. Desde el punto de vista de este “liberalismo político” evolucionado, que afirma la así llamada –algo equívocamente– “primacía de lo justo sobre lo bueno”, se razona de la siguiente manera.

El estado liberal –se dice– ha de regirse por los principios públicos de la justicia como equidad, que es neutral entre las diversas concepciones sobre la vida humana. El estado liberal no es neutral en cuestiones de justicia o de derechos, por lo cual protege el derecho de libertad religiosa, garantizado, por ejemplo, en la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos; pero es neutral respecto de las creencias particulares sobre qué modo de obrar convierte en buena o valiosa una vida humana⁷. Por la misma razón que el estado

⁷ Puede verse la exposición del liberalismo contemporáneo –centrado en Rawls– y de algunas críticas etiquetadas como “comunitaristas”, en Stephen MULHALL y Adam SWIFT, *El individuo frente a la comunidad. El debate entre liberales y comunitaristas* (Madrid, Temas de Hoy, 1996), especialmente 61 ss. acerca de la neutralidad del estado liberal.

liberal no trata igual al asesino y al ciudadano pacífico, tampoco trata igual al liberal laico que apoya la estricta separación de la Iglesia y el estado y al fundamentalista religioso.

De este modo, la neutralidad del estado liberal sólo impone la “ética pública” o los derechos y principios de justicia, fundados en razones públicas, y no se pronuncia sobre las cuestiones debatidas acerca de la vida buena. Este “liberalismo político” se sitúa al margen –ni a favor ni en contra– de toda teoría ética y religiosa más completa, haciendo posible el pluralismo moral y ético en una sociedad democrática. Este es el pluralismo razonable –religioso, moral, político, etc.– en la sociedad democrática. En consecuencia, la coacción sólo ha de ejercerse en conformidad con una Constitución cuyos elementos esenciales quepa esperar que sean aprobados por todos los ciudadanos razonables. Aunque todos los ciudadanos se basen en sus concepciones completas sobre el bien, sólo pueden imponer coactivamente desde la política y la legislación lo que quede cubierto por un consenso político por superposición. Para imponer la coacción no es legítimo apelar a razones religiosas o morales particulares, sino sólo a valores que todos compartan o puedan compartir⁸.

En el contexto de esta filosofía política es fácil ver que el principio de la libertad religiosa, la separación de las iglesias y el estado y la posibilidad de promover diversos y contrapuestos criterios morales y de conducir la propia vida conforme a ellos, son auténticos derechos o exigencias de la justicia liberal. Han de ser protegidos coactivamente por el estado. Ahora bien, son cuestiones filosóficas y moralmente muy controvertidas –absolutamente alejadas de un consenso por superposición– la del estatuto ontológico del embrión o del feto y la de si el aborto es o no lícito en determinadas circunstancias, especialmente cuando las mujeres reivindican un estilo de vida basado en la libertad sexual y en el control del propio cuerpo. Por eso, es una exigencia del liberalismo político que el estado no intervenga coactivamente en esta cuestión –cualquiera sea la opinión moral privada de los funcionarios de turno– y permita el aborto libre por lo menos dentro de los tres primeros meses⁹. Cualquier otra opción, como la penalización del aborto, equivale a imponer una sola de las posiciones morales en disputa como si fuera la verdad pública, negándose así el pluralismo moral y político en una sociedad democrática.

La argumentación precedente puede exponerse de modo sintético así:

El estado liberal y democrático sólo ha de imponer coactivamente los principios más básicos de justicia política, compatibles con el respeto a la pluralidad de visiones sobre lo bueno que coexisten razonablemente en la sociedad. La cuestión de la moralidad o inmoralidad del aborto recibe soluciones diversas y contradictorias que dependen de la diversidad de visiones sobre lo bueno sustentadas por ciudadanos razonables. Luego, el estado liberal y democrático no ha de intervenir coactivamente en el tema del aborto, lo cual exige despenalizarlo o legalizarlo.

2.3. *Apelación simultánea a la libertad religiosa y al pluralismo ético*

Si bien es cierto que cabe distinguir entre la “libertad religiosa”, referida a la inmunidad de coacción en relación con el culto religioso, y la “libertad de

⁸ Cfr. J. RAWLS, *Liberalismo político*, cit., 137 ss, 171 ss y 204 ss.

⁹ Cfr. J. RAWLS, *Liberalismo político*, cit., 230-231 y MULHALL - SWIFT, *op. cit.*, 306.

conciencia" (o, con mayor precisión histórica, la "libertad de las conciencias"), referida a las convicciones morales y al derecho de no ser coaccionado para obrar contra ellas, y la libertad de pensamiento sobre cualesquiera temas filosóficos y científicos¹⁰, no es menos cierto que los textos internacionales y constitucionales utilizan diversas expresiones breves para referirse de una sola vez a las libertades de conciencia, de religión y de pensamiento¹¹. En este sentido, la apelación al pluralismo ético puede reconducirse, cuando se toca un tema como el del aborto, a la cuestión de la libertad religiosa. Es decir, puede sostenerse que la protección jurídica de la libertad de religión incluye implícitamente la protección de la libertad de conciencia sobre cuestiones morales, aun cuando no se refieran al culto ni a Dios. Un argumento en esta línea ha sido desarrollado por Ronald Dworkin.

Incidentalmente, hay que decir que Dworkin no apoya su argumento en la separación entre ética y política; por el contrario, considera que la libertad religiosa y la libertad de conciencia, que exigirían la abstención del estado en materias como el aborto, no se fundan en ninguna teoría acerca del carácter "privado" y mucho menos "subjetivo" de la ética. Según Dworkin, la política liberal que él preconiza —inclusiva del derecho al aborto— está en continuidad con un modelo ético. En este escrito no consideramos esta tesis, sino solamente sus argumentos concretos para defender el aborto apelando a la libertad religiosa y de conciencia¹². Veamos, pues, la argumentación de Dworkin sobre el aborto y la libertad religiosa.

"Por todo el mundo occidental, incluso allí donde la Iglesia y el Estado están normalmente separados, la batalla del aborto ha tenido frecuentemente el carácter de un conflicto entre confesiones religiosas. En Estados Unidos, las opiniones sobre el aborto guardan una estrecha relación con las creencias religiosas. [...]"¹³. "El movimiento contrario al aborto está dirigido por grupos religiosos, utiliza un lenguaje religioso, invoca a Dios constantemente y a menudo solicita que se reze"¹⁴. Sin embargo, las mismas religiones discrepan entre sí acerca del grado de exclusión del aborto y de los fundamentos de que sea pecado¹⁵.

"La primera enmienda prohíbe a los gobiernos imponer alguna religión y garantiza a los ciudadanos el libre ejercicio de su propia religión. La decimocuarta enmienda, que complementa a la primera, impone la misma prohibición y la misma responsabilidad a los estados. Estas disposiciones también garantizan el derecho a la autonomía procreativa [...]. La defensa del derecho al aborto que

¹⁰ Sobre estas distinciones, cfr. Javier HERVADA, *Escritos de Derecho Natural* (Pamplona, Eunsa, 1986) 345 ss y 544-571.

¹¹ Cfr., por ejemplo, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948), artículos 2 y 3; *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948), artículo 18 —que claramente distingue "la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión"—; *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (1950), artículo 9 —que recoge la triple distinción—; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966), artículo 18 —también recoge la triple distinción—; *Convención Americana de Derechos Humanos* (1969), artículo 12.

¹² Sobre la tesis general de la continuidad entre la política liberal y la moral, cfr. Ronald DWORKIN, *Ética privada e igualitarismo político* (Barcelona, Paidós-ICE/UAB, 1993) y mi crítica en Cristóbal ORREGO, "El liberalismo de Ronald Dworkin. A propósito de Ética privada e igualitarismo político", *Persona y Derecho* 36, 1997, 233-268.

¹³ Ronald DWORKIN, *El Dominio de la Vida* (Barcelona, Ariel, 1994) 51.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Cfr. *ibid.* 52-59.

invoca la primera enmienda [...], es una defensa natural e ilumina una dimensión importante del debate nacional acerca del aborto”¹⁶. “Localizar la controversia sobre el aborto en la primera enmienda, parecerá natural a las personas que perciban instintivamente que la controversia principal es religiosa”¹⁷.

Dworkin no acepta el argumento antiguo de que la mera discrepancia religiosa sobre el tema del aborto, unida a la separación Iglesia-Estado, exigiría la abstención del estado. En efecto, el estado no tiene por qué abdicar de una cuestión sólo porque una religión también se interese por ella¹⁸. Además, si el feto fuese una persona humana –como sostiene la Iglesia Católica–, la prohibición del aborto sería evidentemente constitucional “porque el derecho al libre ejercicio de la religión no incluye el permiso para matar a una persona”¹⁹.

Sin embargo, afirma Dworkin, un gobierno secular decidió en los Estados Unidos que el feto no es persona en sentido constitucional (*Roe vs. Wade*)²⁰. Ahora lo que se discute es cuál es el respeto requerido para valorar intrínsecamente la vida humana²¹. Sobre esta cuestión controvertida gira el debate sobre el aborto, y no sobre la cuestión de si el feto tiene derechos o intereses. En este sentido, la permisión legal del aborto –descartada la cuestión de los derechos del feto– es “congruente con la gran tradición de libertad de conciencia de las modernas democracias pluralistas”²². En efecto, “no es de la incumbencia del Gobierno dictar lo que sus ciudadanos deben pensar acerca de los valores éticos y espirituales, y, especialmente, de valores religiosos [...]. Es una forma terrible de tiranía, destructora de la responsabilidad moral, que la comunidad imponga a los individuos artículos de fe espiritual o de convicción. Si las grandes batallas del aborto y la eutanasia se producen realmente por causa del valor intrínseco y cósmico de una vida humana, como sostenemos, entonces, esas batallas tienen al menos una naturaleza cuasi religiosa, y apenas debe sorprendernos que muchas personas crean que el aborto y la eutanasia son profundamente inmorales pero que no es de la incumbencia del Gobierno intentar etiquetarlos a través de la ley penal”²³. Así, Dworkin defiende “un argumento que muchos juristas han encontrado intuitivamente atractivo, pero jurídicamente infundado: que la libertad de elección en materia de aborto es una consecuencia necesaria de la libertad religiosa garantizada en la primera enmienda, y que, por lo tanto, las mujeres tienen derecho a tal libertad por esta razón, aunque también lo tienen por otras”²⁴.

Cuando el estado prohíbe el aborto está resolviendo “una cuestión controvertida acerca del respeto que se requiere para valorar intrínsecamente la vida humana”²⁵. Dworkin sostiene que “es uno de los deberes fundamentales del Gobierno, reconocido ampliamente en las democracias de Occidente desde el siglo XVIII, el de asegurar a la gente el derecho de vivir de acuerdo con sus

¹⁶ *Ibid.* 209.

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ Cfr. *ibid.* 209-210.

¹⁹ *Ibid.* 211.

²⁰ *Ibid.* 210.

²¹ *Ibidem.*

²² *Ibid.* 24.

²³ *Ibid.* 25.

²⁴ *Ibid.* 38-39. Aunque Dworkin se centra en la Constitución de Estados Unidos, observa que se trata de una tesis de moralidad política más universal, aplicable al menos “en la cultura política occidental” (p. 217; cfr. p. 39).

²⁵ *Ibid.* 210.

propias convicciones religiosas”²⁶. De ahí su “opinión de que la primera enmienda prohíbe que los estados fueren a las personas a conformarse a una estimación acerca de lo que requiere la santidad de la vida humana”²⁷.

Como hemos observado, la argumentación de Dworkin apela a la libertad religiosa y al pluralismo moral excluyendo la tesis de la personalidad del feto. Según Dworkin, si el feto fuese persona no podría permitirse su muerte por pretexto de libertad de conciencia. “Pero un feto no es una persona constitucional. Si las convicciones de la gente acerca de lo que requiere la protección del valor inherente de la vida humana son convicciones religiosas, la demanda de que un gobierno se atenga a ellas equivaldría a imponer una religión colectiva”²⁸. En tal caso, “el Gobierno apoya a una de las partes en una controversia acerca de una cuestión esencialmente religiosa”²⁹. Una legislación así —es decir, que penaliza el aborto— “daña la libertad religiosa de cada individuo”³⁰ y viola la primera enmienda.

Las creencias sobre el aborto, o sobre lo que exige “la santidad de la vida humana”, son “religiosas” porque, para los efectos de la protección de la libertad religiosa, no se habla de convicciones que presupongan la creencia en un dios personal. En efecto, según la interpretación de Dworkin de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, una creencia puede ser considerada “religiosa” porque su contenido “se refiere a aspectos que la comunidad identifica como distintivamente religiosos”³¹, aunque quien defienda tal creencia lo haga no sobre la base de su creencia en un dios personal (v.gr., un ateo o un agnóstico), sino “sobre la base de principios éticos generales”³².

En este sentido, “una creencia en el objetivo y la importancia intrínseca de la vida humana tiene un contenido distintivamente religioso. Las convicciones que sostienen la importancia objetiva de la vida humana conducen a las mismas cuestiones —esto es acerca del lugar de una vida humana individual en un universo impersonal e infinito— a las que son conducidos los que adoptan convicciones religiosas ortodoxas”³³.

Según Dworkin, cualquier test sobre el contenido religioso ha de distinguir entre las creencias religiosas y las convicciones no religiosas (políticas o morales)³⁴. Precisamente la “creencia en la importancia objetiva e intrínseca de la vida [...] difiere de las opiniones acerca de la honestidad política o de la distribución justa de recursos económicos o de otro tipo”³⁵. Así, Dworkin afirma: “No puedo pensar en ninguna explicación plausible acerca de qué contenido tiene que tener una creencia para ser considerada religiosa, y que pueda excluir las convicciones acerca de por qué y cómo la vida humana tiene una importancia objetiva intrínseca, con excepción de la noción abandonada de que la creencia religiosa

²⁶ *Ibid.* 210 - 211.

²⁷ *Ibid.* 211.

²⁸ *Ibid.* 212.

²⁹ *Ibid.* 211.

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibid.* 212. Es decir, “una convicción es religiosa si responde a las mismas cuestiones que la religión ortodoxa responde en un creyente” (*ibid.* 212-213).

³² *Ibidem.*

³³ *Ibid.* 213.

³⁴ Cfr. *ibidem.*

³⁵ *Ibid.* 213-214.

debe presuponer un dios³⁶. “Por eso la opinión popular de que la cuestión del aborto es fundamentalmente religiosa, y la opinión de muchos juristas de que, por lo tanto, rebasa los límites estrictos de la acción del Estado, son finalmente correctas, aunque por razones más complejas de lo que se supone a menudo. Descansan en una natural e irresistible comprensión de la primera enmienda: que un estado carece, en ese ámbito, de la facultad de injerencia, esto es, no puede prescribir lo que la gente debería pensar acerca de la finalidad última y del valor de la vida humana, acerca de por qué la vida tiene importancia intrínseca y acerca de cómo es respetado o deshonrado ese valor en diferentes circunstancias³⁷.”

Aunque no toda mujer que decide abortar medita antes sobre estas cuestiones últimas, muchas mujeres “actúan sobre la base de convicciones que [...] presuponen puntos de vista acerca de cuestiones esencialmente religiosas y, por lo tanto, un gobierno que criminaliza el aborto niega el libre ejercicio de la religión tanto a estas mujeres como a las que, conscientemente, extraen sus opiniones acerca del aborto de la fe religiosa³⁸.”

La primera enmienda “garantiza su derecho a decidir³⁹ también a las mujeres que de hecho deciden abortar por cualesquiera otras razones, incluso “por miedo a las presiones de otros⁴⁰, “porque cualquier gobierno que prohíbe el aborto se compromete a sí mismo con una interpretación controvertida de la santidad de la vida y, por lo tanto, limita la libertad al imponer una posición esencialmente religiosa sobre otras posibles, lo que está prohibido por la primera enmienda⁴¹. Por lo tanto, “el derecho a una autonomía procreativa, del cual se sigue el derecho al aborto, está bien fundamentado en la primera enmienda⁴².”

Puede observarse que la argumentación se refiere sobre todo a la libertad religiosa, pero, como la libertad religiosa incluye convicciones compatibles con “una creencia no teísta⁴³ o basadas en “principios éticos generales⁴⁴, de hecho se trata de una argumentación general que se refiere a la vez tanto a la libertad religiosa como a la autonomía moral. Por eso, Dworkin trasciende el ámbito constitucional norteamericano para sostener que su argumentación en favor de la despenalización o legalización del aborto es válida en toda democracia.

“El derecho a la autonomía procreativa ocupa un lugar importante no sólo en la estructura de la Constitución estadounidense, sino en general en la cultura política occidental. El rasgo más relevante de esa cultura es la creencia en la dignidad humana individual: esto es, que las personas tienen el derecho y la responsabilidad moral de enfrentarse, por sí mismas, a las cuestiones fundamentales acerca del significado y valor de sus propias vidas, respondiendo a sus propias conciencias y convicciones. Por ejemplo, esta presunción fue el motor de la emancipación y de la igualdad racial. Los argumentos más poderosos en

³⁶ *Ibid.* 213.

³⁷ *Ibid.* 215.

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² *Ibid.* 216.

⁴³ *Ibid.* 214.

⁴⁴ *Ibid.* 212.

contra de la esclavitud anteriores a la Guerra Civil, y posteriormente, en favor de la igualdad de protección, fueron elaborados en el lenguaje de la dignidad: tanto para los abolicionistas laicos como para los religiosos, uno de los aspectos más crueles de la esclavitud era su negativa a reconocer el derecho de un esclavo a decidir por sí mismo cuestiones centrales de valor. Ciertamente, la premisa fundamental de la democracia occidental de que el gobierno sea republicano y no despótico, expresa un compromiso con esa concepción de la dignidad. El principio de autonomía procreativa, en sentido amplio, está incorporado, por lo tanto, a cualquier cultura genuinamente democrática⁴⁵.

Dworkin toma como *punto de partida* argumental la primera enmienda de la Constitución Norteamericana, que explícitamente se refiere sólo a la prohibición de establecer una religión oficial del estado, es decir, a una fórmula jurídica de protección de la libertad religiosa⁴⁶. Sin embargo, el punto de llegada es que cualquier convicción ética suficientemente vinculada –por una analogía de contenido– con las cuestiones religiosas, aunque no haya creencia en un dios, ha de estar protegida y al mismo tiempo excluida de ser impuesta oficialmente por la ley, en virtud no solamente de una exigencia constitucional norteamericana, sino también en virtud de una exigencia universal de la dignidad humana según la concepción propia de cualquier democracia occidental.

En consecuencia, Dworkin ha elaborado un argumento en el que la libertad religiosa exige un respeto por el pluralismo ético en un sentido más amplio que el estrictamente religioso. Dworkin no se opone a que las personas, actuando en el ámbito privado, se interesen con un “compromiso”⁴⁷ y “con un interés apasionado”⁴⁸, por las vidas que se pierden en los abortos y que procuren apartar a otros de esas conductas. Tratándose de una acción e interés personales, basados en convicciones religiosas, “los liberales que consideran a esas personas como entrometidos desquiciados son insensibles y están equivocados”⁴⁹. Mas este apasionado interés de los provida y esa insensibilidad y equivocación de algunos liberales no sirven para definir el criterio político de acción en el sentido de castigar el aborto. Dworkin, tras reconocer su derecho a los que se interesan en la santidad de la vida y fustigar el error de esos liberales, añade:

⁴⁵ *Ibid.* 217-218.

⁴⁶ La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos dice: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances”. En consecuencia, por lo que nos concierne en este artículo, la Constitución contiene dos aspectos: garantiza que ninguna ley podrá prohibir el libre ejercicio de la religión (libertad religiosa) y que ninguna ley impondrá una religión oficial del estado (aconfesionalidad). Sobre las relaciones entre confesionalidad del estado y libertad religiosa ha de tenerse en cuenta que la libertad religiosa es compatible con un régimen confesional –como el de Argentina o el Reino Unido– tanto como con un régimen no confesional, aunque la fórmula jurídica de la separación entre la Iglesia y el estado se haya visto con frecuencia conveniente un medio para asegurar la efectiva libertad en los países de mayor pluralidad religiosa. Cfr. Javier HERVADA, “Pensamientos sobre sociedad plural y dimensión religiosa”, en *Vetera et Nova* (Pamplona, Servicio de Publicaciones Universidad de Navarra, 1991) 777-796, especialmente 786-789. Trato con más detención este punto en el apartado 3 de este trabajo.

⁴⁷ R. DWORKIN, *op. cit.*, 218.

⁴⁸ *Ibidem.*

⁴⁹ *Ibidem.*

“Sin embargo, debemos insistir en la tolerancia religiosa en este tema tanto como en otros, respecto a los que la gente alguna vez se preocupó con igual pasión y de tal manera que consideró suficientemente importantes no sólo para hacer una sentada de protesta, sino también para ir a la guerra. La tolerancia es el costo que debemos pagar por nuestra aventura de la libertad. Estamos comprometidos, por nuestro amor a la libertad y a la dignidad, a vivir en comunidades donde se piense que ningún grupo es suficientemente inteligente, espiritual o numeroso como para decidir por todos los demás en asuntos esencialmente religiosos. Si nos preocupa genuinamente la vida que llevan los demás, aceptemos también que ninguna vida es buena cuando se la conduce en contra de las propias convicciones, y que no constituye ayuda alguna a la vida de otra persona, sino que la envenena, imponerle valores que no puede aceptar y a los que sólo puede someterse por miedo o por prudencia”⁵⁰.

Aunque hemos expuesto lo medular del argumento de Dworkin basado en la libertad religiosa, con el fin de que se advierta la fuerza persuasiva de su opinión vamos a considerar otras alusiones. Según Dworkin, que se remite al famoso caso *Casey* que reafirmó en 1992 lo decidido en *Roe vs. Wade*⁵¹, “la cuestión central del aborto es la misma idea de libertad. Es absolutamente crucial [...] la cuestión de hasta qué punto un gobierno puede imponer legítimamente sobre ciudadanos individuales juicios colectivos que conciernen a temas espirituales”⁵². La decisión de *Roe vs. Wade* es una defensa de la libertad individual en un caso que trata “sobre la conciencia y lo sagrado”⁵³. Por eso, si fuese dejada sin efecto, “[É]se sería un día desolador en la historia constitucional norteamericana porque podría significar que los ciudadanos de este país ya no tendrían asegurada su libertad para seguir sus propias y reflexivas convicciones en las decisiones más personales, de carácter más religioso, más conducidas por la conciencia, que muchos de ellos tendrán que realizar alguna vez”⁵⁴.

El argumento de Ronald Dworkin puede sintetizarse así:

La democracia occidental protege la libertad religiosa; el ejercicio de la libertad religiosa incluye la libertad de decisión sobre las cuestiones fundamentales relativas al valor sagrado de la vida humana, aunque la decisión se funde en convicciones éticas generales desvinculadas de la fe en un dios personal; la decisión de una mujer sobre abortar o no abortar, puesto que el feto humano no es una persona constitucional, es un tipo de decisión protegida por la libertad religiosa; por lo tanto, la legislación no puede castigar a una mujer coaccionándola para que no aborte o para que aborte. Debe haber libertad para elegir.

⁵⁰ *Ibid.* 218-219.

⁵¹ Sobre la progresiva decadencia de la protección del derecho a la vida en los Estados Unidos, a pesar de la encomiable resistencia de sectores activos en esa sociedad, cfr. Carl A. ANDERSON, “The Right to Life in the American Legal System”, en Card. Alphonsus López Trujillo et al. (eds.), “*Evangelium Vitae*” and Law. *Acta Symposii Internationalis in Civitate Vaticana Celebrati 23-25 Maii 1996* (Ciudad del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1997) 279-287.

⁵² R. DWORKIN, *op. cit.*, 224.

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ *Ibidem.*

3. DERECHO NATURAL, LIBERTAD RELIGIOSA Y LEGISLACIÓN SOBRE EL ABORTO

Después de la exposición de los argumentos vamos a sostener la tesis de que el pretexto de la libertad religiosa para despenalizar el aborto no lleva a la simple laicidad o no confesionalidad del estado, que sería compatible con el respeto público de todas las religiones que a su vez fuesen compatibles con la moral y el orden público, sino que conduce indefectiblemente al laicismo estatal, es decir, a una forma de confesionalidad del estado que impone una transformación radical del orden público al admitir una conducta radicalmente injusta.

Los argumentos para despenalizar o legalizar el aborto, basados en la apelación a la libertad religiosa, presuponen una concepción particular muy discutible sobre la libertad religiosa y la laicidad del estado. De hecho, se trata de una concepción que no puede ser compartida racionalmente por todos los ciudadanos razonables que adhieren a diversas religiones. Con otras palabras, la concepción de la libertad religiosa y de la laicidad del estado defendida por los liberales partidarios del aborto no es capaz de superar el test liberal de la razón pública. Por este motivo, antes de refutar cada una de las versiones del argumento basado en la libertad religiosa, vamos a exponer algunas ideas básicas sobre la libertad religiosa y la laicidad del estado desde el punto de vista de la concepción clásica del derecho natural.

3.1. *La libertad religiosa y el estado no confesional*

La afirmación de que “el Estado pluralista debe tener como regla de su actitud ante el fenómeno religioso –como regla de las relaciones entre la Iglesia y el Estado– la libertad religiosa”⁵⁵, es “sustancialmente verdadera”⁵⁶; pero, como se ha visto, puede comprenderse de diversos modos. Su adecuada comprensión requiere una serie de matices.

La libertad religiosa, derecho natural de la persona humana y de las comunidades de carácter religioso, consiste esencialmente en una “inmunidad de coacción en materia religiosa”, en virtud de la cual no es lícito coaccionar a una persona para que adhiera a una determinada fe religiosa, a los actos de culto, etc., ni tampoco para que se abstenga de ejercer su religión en público o en privado. La libertad religiosa protege a todas las personas, sea que decidan dar culto a Dios o que decidan no hacerlo (v.gr., por ser agnósticos o ateos). Al mismo tiempo, la libertad religiosa incluye el derecho de adherir a las enseñanzas morales de una religión. Sin embargo, el derecho de libertad religiosa, no obstante su conexión con creencias morales religiosamente fundadas, tiene límites en el orden público y en la moral pública. Por eso, la sociedad tiene derecho a impedir las conductas exteriores –aunque se funden en una íntima convicción religiosa– que sean contrarias a la justicia (v.gr., los sacrificios humanos). De lo dicho se desprende que el respeto a la libertad religiosa es compatible con la confesionalidad del estado, en aquellas circunstancias históricas y políticas en que la comunidad política en cuanto tal decidiera reconocer oficialmente una religión y a la vez respetar la libertad de quienes desearan adherir a otra o a ninguna. Naturalmente, no parecería justo el reconocimiento oficial de una reli-

⁵⁵ J. HERVADA, “Pensamientos sobre sociedad plural y dimensión religiosa”, cit., 779.

⁵⁶ *Ibidem*.

gión minoritaria en un sistema político basado en la participación de todos los ciudadanos.

La alternativa al estado confesional es el estado no confesional: “ninguna religión concreta es asumida como parte o factor integrante de la estructura estatal”⁵⁷. El estado no confesional no asume ninguna posición religiosa en cuanto tal, lo cual no significa que los principios éticos en que basa su legislación no coincidan con los de ninguna religión concreta. En efecto, como todas las religiones profesan códigos morales sobre una gran variedad de materias, muchas de ellas de relevancia pública, es imposible organizar la convivencia humana sin regular en un sentido u otro esas materias: el respeto a la vida, la libertad, la honra y la propiedad, etc. Si un estado quisiera excluir de su legislación un principio por el solo hecho de que también lo defendiese una religión, terminaría acogiendo el principio opuesto aceptado por una religión diversa. Por eso, de este aparente callejón sin salida sólo se puede escapar aceptando la tesis clásica de la validez pública de un derecho “natural” (moral o pre-positivo): cada cuestión de relevancia pública ha de decidirse conforme al mérito de los argumentos racionales que avalen las diversas soluciones, con independencia de que la solución finalmente adoptada sea o no compartida por una determinada religión.

3.2. *El mito del estado neutro o “laico”: la confesionalidad laicista del estado*

No es racionalmente sustentable la asimilación del “estado no confesional” al “estado neutro o laico”. Este error, que procede del modo laicista de entender la libertad, lleva a una polarización injusta en la sociedad. Parece que hay que elegir entre una comunidad política que oficialmente profese una religión –alternativa compatible con la libertad religiosa, pero que puede ser imprudente políticamente o injusta por razones contingentes– y una comunidad política que oficialmente dificulte la práctica religiosa o la vida moral conforme a una religión.

“¿Qué es el Estado neutro o laico? Tal como históricamente se ha dado, el estado neutro o laico es aquel Estado que funda sus relaciones con las comunidades religiosas sobre el principio del desconocimiento, por parte del Estado, de la religión en cuanto tal”⁵⁸. A mi modo de ver, la historia del debate político –especialmente en países latinos como Chile, España y Francia– demuestra que la fórmula jurídica de la “separación entre Iglesia y estado” ha sido entendida de maneras diversas. Naturalmente la mayoría católica y sus pastores la han entendido en el sentido de establecer un estado no confesional, pero abierto a reconocer el valor positivo de la religión de sus ciudadanos y, en cualquier caso, no contrario a los principios morales sustentados por la religión católica. En cambio, algunos sectores laicistas –una minoría que no incluye a todos los agnósticos y ateos, ni mucho menos a los que profesan una religión no católica– han asumido el mito del estado laico, del estado que “desconoce –y por consiguiente rechaza– la dimensión religiosa como valor relevante en la conformación de la vida social, limitándose a dejar en libertad a los ciudadanos –como personas privadas– para vivir religiosamente”⁵⁹.

⁵⁷ *Ibid.* 787.

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ *Ibid.* 787-788.

Tras esta discrepancia no hay necesariamente una mala voluntad o animadversión hacia el fenómeno religioso, aunque puede haberla y a veces se nota, en algunos liberales laicistas, por la ira o por el sarcasmo que emplean en sus escritos. Sí hay, necesariamente, una concepción diversa sobre la naturaleza pública o privada de la religión. La separación Iglesia-estado propia del estado "neutro" o "laico" "se basa en una ideología y en una forma de pensar sobre la dimensión religiosa. No se la reconoce como integrante de la vida social y pública, sino solamente como un derecho del ciudadano en lo que atañe a su esfera privada. Obedece, pues, a una toma de posición sobre la religión. En otras palabras, es una forma de confesionalidad: la confesionalidad laicista. El estado neutro o laico no profesa una religión, porque profesa una ideología que postula una vida social y pública desvinculada del factor religioso. Es un tipo de confesionalidad ideológica: la agnóstica o laicista"⁶⁰. El estado neutro o laico, por su tipo de confesionalidad religiosa, podría ser compatible con el respeto formal de la libertad religiosa si la mayoría de la población fuese atea o agnóstica. En cambio, en los países donde la mayoría de los ciudadanos profese una o varias religiones, sólo se puede llegar al estado laico como fruto de la imposición de la confesionalidad ideológica de una minoría. Esta imposición se logra mediante argumentos como los que hemos visto en relación al aborto, argumentos que interpretan el derecho de libertad religiosa o el principio de tolerancia de una manera reductiva y falaz para "neutralizar a los convencidos"⁶¹. O sea, se dice: "Tú, como tienes esta convicción por motivos religiosos, no puedes imponérmela a mí; yo, como soy agnóstico o ateo, puedo imponerte a ti mis convicciones". Naturalmente, este modo de argumentar siempre lleva a que, en un debate sobre la justicia, sobre si una acción es o no justa y si se puede o debe castigar en caso de ser injusta, triunfe la posición permisiva, que viene a decir: "Discrepamos; luego, yo tengo la razón".

3.3. *Derecho natural y democracia liberal*

Si la libertad religiosa es un derecho humano —un derecho natural, moral, prepositivo o como se le quiera llamar— debe respetarse respecto de todos los ciudadanos: de los creyentes, para protegerlos de toda coacción contraria al fenómeno religioso, incluida la que procede del estado laicista, y de los no creyentes, que no pueden ser coaccionados para obligarles a aceptar una fe religiosa. El estado no tiene competencia directa en materia religiosa y ha de respetar el fenómeno religioso personal y social. La participación democrática en la política sólo puede llevar a un estado laico o neutro —en el sentido laicista mencionado— si los ciudadanos asumen esa ideología agnóstica y a menudo relativista; pero la verdadera democracia, en que el estado respeta las convicciones de los ciudadanos, no puede terminar en una imposición del laicismo desde el estado⁶². "Lo que pide la democracia es el Estado posibilitador de la libertad y el Estado abierto a la realidad social"⁶³.

⁶⁰ *Ibid.* 788.

⁶¹ Cfr. Andrés OLLERO, "Tolerancia y verdad". *Revista Chilena de Derecho* 24, 1, 1997, 113 ss.

⁶² Cfr. Javier HERVADA, "Derecho natural, democracia y cultura", en *Escritos de Derecho Natural* (Pamplona, Eunsa, 1986) 347 ss.

⁶³ *Ibid.* 348.

No cabe invocar la libertad y la democracia contra un principio de justicia (“derecho natural” en la terminología clásica), pues la misma forma de gobierno democrática se funda en el respeto a los derechos humanos, a la dignidad de la persona, a las reglas básicas de justicia. Por esta razón, no se puede apelar a la dignidad de la persona ni a su libertad en el sistema democrático para coonestar una acción injusta. Del mismo modo, ni las convicciones religiosas más íntimas justifican que el estado renuncie a los principios de justicia. La libertad religiosa es un derecho de todos que está limitado por la justicia, el orden público, etc. Naturalmente, esto no nos dispensa de razonar respecto de cada problema político, para ver si las exigencias de una u otra religión son compatibles con la justicia y el orden público y caen bajo la protección de la libertad religiosa, o, por el contrario, si son injustas, y no deben recibir ni el reconocimiento ni la protección de la legislación estatal. Luego, en la discusión sobre el aborto es muy poco relevante si la convicción de una persona –a favor o en contra– se funda o no en sus otras convicciones éticas o religiosas. Lo más relevante es si la acción del aborto directo es o no justa.

4. REFUTACION DE LOS ARGUMENTOS ABORTISTAS QUE APELAN A LA LIBERTAD RELIGIOSA

El problema general de los argumentos abortistas que apelan a la libertad religiosa y de conciencia es que presuponen una concepción no compartida públicamente sobre el sentido y alcance de la misma libertad religiosa y de conciencia. Se trata, por tanto, como hemos dicho, de argumentos que fallan según el criterio que ellos mismos defienden como criterio político, a saber, que las decisiones públicas sólo deben basarse en “razones públicas” que todos puedan razonablemente compartir. Evidentemente, las personas razonables convencidas de que el aborto es un asesinato no pueden compartir un criterio de “libertad de conciencia” que permita a alguien cometer abortos –o asesinatos de cualquier tipo– por motivos de conciencia. Del mismo modo, una persona religiosa (v.gr., judía, cristiana o musulmana) no puede razonablemente aceptar un concepto de libertad religiosa que implique adoptar como “confesión estatal” el agnosticismo o el ateísmo, posturas que excluyen los criterios religiosos de la vida pública. Esta refutación general se adapta a las diversas formas del argumento de la manera que exponemos a continuación.

4.1. *Refutación del laicismo primitivo por el liberalismo contemporáneo*

El laicismo primitivo pretende quitar vigencia pública a algunos imperativos morales por el mero hecho de que formen parte de una tradición religiosa. Habitualmente, además, esas convicciones forman parte de la tradición religiosa mayoritariamente aceptada por la población de la respectiva comunidad política. Se trata, como hemos dicho, de la imposición de un confesionalismo laicista, normalmente contra las convicciones más íntimas del pueblo, convenientemente neutralizadas en la arena pública. El laicismo primitivo puede refutarse mediante las siguientes consideraciones:

- a) Es verdad que no deben imponerse coactivamente las convicciones religiosas, porque, como se reconoce desde la perspectiva de una filosofía cristia-

na, el acto de fe es esencialmente libre: “La fe brota de la libertad”⁶⁴. Sin embargo, hay que distinguir entre “convicciones *puramente* religiosas”, como la fe en la Trinidad o la aceptación del deber de asistir a Misa, y “convicciones también religiosas pero no exclusivamente religiosas”, que versan sobre realidades o sobre principios morales que forman parte de las enseñanzas de una religión –y, con frecuencia, de varias– y que al mismo tiempo pueden fundamentarse racionalmente.

Tratándose de convicciones morales religiosas, pero no sólo religiosas, también podría decirse que no es lícito imponer coactivamente las convicciones. Con todo, las conductas libres externas, que afectan la justicia, pueden en principio imponerse coactivamente con independencia de que una o más religiones apoyen esa imposición. De lo contrario se llegaría al absurdo de que las exigencias públicas de justicia dejarían de serlo por el solo hecho de que las religiones tradicionales las apoyaran.

El liberalismo contemporáneo ha refutado ese laicismo primitivo. Dworkin afirma:

“Algunos críticos podrían temer, sin embargo, que tratamos de revivir un viejo argumento, ahora rechazado incluso por aquellos que alguna vez lo apoyaron. Este argumento sostiene que, a causa de que la moralidad del aborto es una cuestión controvertida entre algunos grupos religiosos –porque es considerado un pecado en algunas religiones ortodoxas, como es el caso claro de la Iglesia Católica Romana, pero es permisible para otras–, la separación del Estado y la Iglesia implica que el Gobierno debe apartarse de la cuestión del aborto”⁶⁵.

Dworkin rechaza este “viejo argumento” porque “la cuestión acerca de si un feto es una persona con derechos e intereses” la tiene que decidir “un gobierno secular”⁶⁷. Sabemos que la decidió en sentido negativo, pero no porque el estado fuera incompetente sobre la cuestión. Así, tiene razón Dworkin:

“El gobierno no tiene razón para abdicar de esa responsabilidad sólo porque una religión organizada también se interese por ese tema. Las congregaciones o grupos religiosos se encontraban entre los opositores más fuertes a la esclavitud, y por siglos buscaron la justicia social, la erradicación de los sufrimientos y las enfermedades, y una vasta variedad de otras aspiraciones humanitarias. Si la distinción entre Iglesia y Estado limitara al Gobierno para encargarse de esas causas, entonces esa doctrina podría paralizarlo totalmente”⁶⁸.

- b) La posición laicista elige *arbitrariamente*, de entre las exigencias de justicia apoyadas por las religiones tradicionales, algunas que sigue calificando como “laicas” y que impone a todos (v.gr., la prohibición del robo y de la evasión tributaria, dos pecados prohibidos también por la Iglesia), y elige

⁶⁴ Josef PIEPER, *Las virtudes fundamentales* (Madrid, Rialp, 2ª ed., 1980) 331 ss.

⁶⁵ R. DWORKIN, *op. cit.*, 209-210.

⁶⁶ *Ibid.* 210.

⁶⁷ *Ibidem.*

⁶⁸ *Ibidem.*

también arbitrariamente otras exigencias que califica como “religiosas” y excluye de la ley y de la política. Así, por ejemplo, en una época se consagraron la indisolubilidad matrimonial y la monogamia, y con mayor razón el castigo del aborto y de la eutanasia, como exigencias “laicas” de justicia. En cambio, hoy se utiliza la misma distinción para imponer legislaciones permisivas del divorcio y del aborto. Con otras palabras, tras la apelación del liberalismo laicista a la libertad de conciencia se enmascara un intento –más o menos sutil según la fuerza que lo apoya– de imponer una delimitación arbitraria –no justificada– del orden público laico.

- c) Es verdad que la prohibición absoluta del aborto directo es una convicción religiosa católica, como lo es la defensa de la moral natural en general, es decir, de los principios éticos comunes a todos los seres humanos y cognoscibles racionalmente⁶⁹. Los católicos sostenemos que estas verdades morales racionalmente cognoscibles pueden fundamentar la imposición coactiva de algunas normas, especialmente cuando se trata de castigar las injusticias más graves, como sucede en el caso del aborto. La mayoría de los que han reflexionado sobre estos temas concuerdan con la tesis de que las exigencias de justicia pueden y a veces deben ser impuestas coactivamente, prescindiendo del hecho de que alguna o algunas religiones refuercen esas mismas exigencias –como, por lo demás, es deseable y habitual– con su doctrina y con su acción.

Por eso, la justicia, que exige la defensa de las personas no nacidas, es un límite a la libre manifestación de creencias religiosas o morales. De ahí que, si el feto es persona, no se puede invocar la libertad religiosa para que se permita matarlo. “Por supuesto, si al feto se le considera una persona constitucional, con intereses que el Gobierno estuviera obligado y autorizado a proteger, entonces la legislación que proscribiera el aborto se situaría en la primera de estas categorías [una acción de gobierno “con el propósito secular de tratar de servir y proteger los intereses ordinarios de la gente”], aun cuando las convicciones de mucha gente que permiten o exigen el aborto fueran genuinamente religiosas. Las normas serían evidentemente constitucionales porque el derecho al libre ejercicio de la religión no incluye el permiso para matar a una persona; no se extiende, por ejemplo, al sacrificio humano en un ritual religioso”⁷⁰. De ahí el interés apremiante de Dworkin por demostrar que el debate sobre el aborto no versa sobre la cuestión de la personalidad del feto: “un feto no es una persona constitucional”⁷¹.

Se ha de notar que gran parte de la fuerza retórica del libro descansa en las pocas páginas donde Dworkin da por sentada la decisión constitucional sobre la personalidad del feto (o su carencia de personalidad constitucional). A esta presuposición se ha de responder que, desde el punto de vista de muchos

⁶⁹ Aunque cierto discurso teológico ha procurado desdibujar esta verdad, la posición oficial del Magisterio de la Iglesia Católica –bien lo ha visto Dworkin– no admite ni la sombra de una duda. Cfr. *Catecismo de la Iglesia Católica* nn. 2259 ss. y 2270 ss. y Juan Pablo II, Litt. Enc. *Evangelium Vitae* (25 - III - 1995) nn. 58 ss. y especialmente N° 62, donde queda claro que se trata de una verdad moral enseñada de modo solemne y reiterado por el Magisterio de la Iglesia.

⁷⁰ R. DWORKIN, *op. cit.*, 211-212.

⁷¹ *Ibidem*.

ordenamientos jurídicos, avalados por buenas razones filosóficas, el feto sí es persona humana y es muy probable que lo sea desde el mismo momento de la concepción⁷². Por lo tanto, las afirmaciones de Dworkin, tomadas en serio, habrían de llevar a proteger a todo ser humano ya concebido. Todavía más: si los derechos de una persona inocente e indefensa no se toman en serio⁷³, decaen las razones morales y políticas para tomarse en serio prácticamente todos los otros derechos fundamentales inherentes a la dignidad de la persona humana.

4.2. Refutación del "liberalismo político" contemporáneo (laicismo evolucionado)

La discusión sobre el "liberalismo político" contemporáneo, considerada globalmente, parece inacabable por múltiples razones: la diversidad de los presupuestos implícitos, el desorden en que parece hallarse nuestro lenguaje, la multiplicación de tesis "liberales" que van desde la limitación del poder —compartida por Tomás de Aquino—⁷⁴ hasta la defensa del aborto. En este momento, por lo tanto, nos ocupamos sólo de la ampliación del "liberalismo" hasta incluir la permisón legal del aborto. Naturalmente, cualesquiera sean los méritos del "liberalismo" y su compatibilidad con la tradición iusnaturalista en otros aspectos, lo cierto es que el aborto no puede considerarse como una de las pretensiones compatibles con la comprensión tradicional del derecho a la vida y de la libertad.

Autores como Rawls defienden la tesis de que la determinación de lo justo político puede hacerse —y debe hacerse en una sociedad liberal— apelando a razones públicas, independientes por definición de las diversas e incompatibles

⁷² En cuanto al reconocimiento de la personalidad del feto, hay ambigüedad en el caso del derecho español —aunque el Tribunal Constitucional y el Nuevo Código Penal niegan la personalidad del feto, a la par que reconocen el valor de su vida— y un claro reconocimiento en el caso del Derecho Constitucional alemán (desde 1993, a pesar de la ambigüedad en 1975) y argentino, y en el derecho internacional. Cfr. Richard STITH, "El feto en la jurisprudencia constitucional occidental", *Revista Chilena de Derecho* 16, 1989, 367-372; Andrés OLLERO, "«Todos tienen derecho a la vida». ¿Hacia un concepto constitucional de persona?", en C.I. Massini y P. Serna (eds.), *El derecho a la vida* (Pamplona, Eunsa, 1998) 245-293; Heinhart STEIGER, "Recht auf Leben im deutschen Verfassungssystem", en A. López Trujillo et al., *op. cit.*, 289-317; Jorge Oscar PERRINO et al., "La persona y el derecho a la vida en la legislación argentina", en *ibíd.* 371-385; Consuelo GARCÍA et al., "El reconocimiento del derecho a la vida en la cultura jurídica argentina", en *ibíd.* 349-369 y Ronald MINNERATH, "Le rôle des traditions juridiques dans les débats internationaux sur le droit à la vie", en *ibíd.* 267-278. Sobre la distinción entre ser considerado como "persona" para efectos meramente civiles y para efectos mas amplios (constitucionales, penales, etc.), y las relaciones entre el concepto jurídico de persona y el concepto filosófico de persona, cfr. Ilva-Myriam HOYOS, *El concepto jurídico de persona* (Pamplona, Eunsa, 1989) *passim*; y, en referencia al estatuto jurídico del embrión humano, ver especialmente Patricio ZAPATA, "Persona y embrión humano. Nuevos problemas legales y su solución en el derecho chileno", *Revista Chilena de Derecho* 15, 1988, 375-391. Sobre la doctrina católica, apoyada en la fe y en la razón natural, cfr. Juan Pablo II, Litt. Enc. *Evangelium Vitae* nn. 58-62.

⁷³ La fórmula es de Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (London, Duckworth, 2ª ed., 1978).

⁷⁴ Cfr. la tesis de la compatibilidad entre algunos principios "liberales" y el derecho natural clásico, derivada de la presente ambigüedad del término "liberal", en John FINNIS, "Liberalism and Natural Law Theory", *Mercer Law Review* 45, 1994, 687-704, y, del mismo autor, "Is Natural Law Theory Compatible with Limited Government?", en Robert P. GEORGE (ed.), *Natural Law, Liberalism and Morality. Contemporary Essays* (Oxford, O.U.P., 1996) 1-26.

concepciones globales sobre la vida buena. Esto no quiere decir que estas concepciones globales no puedan coincidir, en determinados casos, con las conclusiones de la razón pública; por el contrario, lo deseable es que la mayor cantidad de concepciones éticas y religiosas globales apoyen las conclusiones de la razón pública. Pero esta es independiente de aquellas. En caso de conflicto, priman las razones públicas (lo justo) por encima de las conclusiones preconizadas por una determinada visión global de la ética o de la religión (lo bueno). Esta así llamada “primacía de lo justo (o correcto) sobre lo bueno” es una falacia, o, más bien, una tesis ambigua. Podría entenderse en un sentido compatible con la ética clásica que afirmaba que las exigencias de justicia son sólo un sector de la moral y que, para el bien común político, no se debe exigir la práctica de todo el bien moral sino sólo la abstención de los actos injustos más graves y el cumplimiento de las exigencias fundamentales de la justicia. Así, en el ámbito político tienen primacía las exigencias de la justicia por sobre las exigencias morales no incluidas en la justicia⁷⁵. Sin embargo, el “liberalismo político” contemporáneo al estilo Rawls entiende la tesis en el sentido de la separación entre ética y política. Cree que los criterios de justicia pueden encontrarse sin atender o con independencia de los criterios éticos o metafísicos “globales” o más amplios⁷⁶. Esta tesis es falaz porque la justicia es uno de los géneros del bien moral y no puede determinarse con independencia de la visión global sobre la ética⁷⁷.

La falacia de la tesis liberal, especialmente por lo que se refiere al tema del aborto, puede descubrirse a la luz de las siguientes consideraciones.

- a) La evidencia empírica sobre el debate político en los países más diversos –incluidos los Estados Unidos, España y Chile– demuestra que las discrepancias sobre alternativas de legislación en muchos temas públicos (económicos, militares, relaciones Iglesia-estado, lucha antiterrorista, salud pública, etc.) son dependientes de visiones morales –e incluso religiosas– más amplias. Como en todos los asuntos humanos, la dependencia no es exactamente igual en los diversos lugares, pero en términos probabilísticos puede afirmarse que personas con una visión católica de la vida diferirán de personas con una visión atea más frecuentemente en cuestiones de justicia. Del mismo modo, las personas con un modo de vivir que incluya el uso frecuente de drogas duras o de alcohol en altas dosis tenderán a sostener opiniones diferentes de las del resto en temas de justicia, como el cobro de impuestos por el consumo de alcohol o la persecución policial del tráfico de drogas⁷⁸.
- b) El mismo caso del debate sobre el aborto demuestra la falacia del liberalismo político permisivista. En efecto, se sostiene que las personas razonables discrepan sobre la moralidad del aborto y sobre el estatuto ontológico del

⁷⁵ Digo esto sin prejuicio de que la justicia puede exigir los actos de las demás virtudes, como al soldado exige valentía, o sobriedad al conductor de un vehículo. Cfr. Tomás DE AQUINO, *Suma Teológica*, I - II, q. 96, a.3.

⁷⁶ Cfr. J. RAWLS, *Liberalismo político*, cit., 101 ss.

⁷⁷ Cfr. J. FINNIS, “Is Natural Law Theory Compatible with Limited Government?”, cit., 9-10.

⁷⁸ Sin negar, por supuesto, que también hay posiciones divergentes en estas materias por causa de genuinos desacuerdos teóricos, por ejemplo, de política económica o tributaria, no conectados con la diversidad de actitudes morales de los que intervienen en la discusión.

feto (si es o no “persona”). Pero las personas razonables están de acuerdo en los principios de justicia, pues tales principios son los que pueden ser aceptados por personas razonables. Luego –se concluye–, la discrepancia no se refiere a una cuestión de justicia, sino a un asunto meramente moral o religioso.

La petición de principio es, a nuestro modo de ver, evidente. En efecto, si la decisión sobre abortar o no está fuera del ámbito de la justicia, entonces la discrepancia al respecto es meramente moral y podría decirse que las discrepancias morales no afectan al consenso razonable sobre cuestiones de justicia. Pero si, por el contrario, la cuestión del aborto está en el ámbito de la justicia, y la discrepancia a su respecto se debe a las diversas posiciones morales globales (o incluso religiosas), habría que concluir que las conclusiones sobre lo justo dependen intrínsecamente –al menos en algunos casos– de las visiones globales sobre la moral.

Ahora bien, la cuestión de si un ser es o no “persona” y si tiene o no “derechos” es la “cuestión previa” en el caso del aborto. Y si una cuestión acerca de cómo tratar a otro ser humano posible o “eventual” –esto es lo debatido– no es “de justicia”, entonces ninguna otra cuestión puede serlo. En síntesis, puesto que el debate sobre el aborto presupone la cuestión de justicia sobre la personalidad del feto humano y se afirma, al mismo tiempo, que la discrepancia en el debate se debe a razones morales o religiosas “globales”, de ahí se sigue que los principios de justicia no pueden ser enteramente independiente de tales visiones. La tesis de la primacía de lo justo sobre las concepciones de lo bueno es una falacia que no supera el test del debate sobre el aborto.

- c) El liberal político, so pretexto de que nadie debe imponer “su ética privada” a los demás, termina imponiendo su propia visión del mundo –global y determinante de sus principios de justicia– a toda la sociedad, incluso a una mayoría con otra visión del mundo adecuadamente neutralizada. El liberal político puede ser un recién llegado a una sociedad mayoritariamente religiosa (judía, católica o musulmana), que grita a cada uno de sus interlocutores: “¡tú no debes imponerme tus convicciones sobre el aborto!” Una vez que neutraliza a los convencidos⁷⁹, sólo subsiste como visión pública de “lo debido” la que se basa en las convicciones del liberal. Como hemos observado, esto equivale a decir: “tú no puedes imponerme tus convicciones...: ¡yo impondré las mías!”.

Ante ese modo de argumentar, que apela a la libertad individual para imponer a sociedades enteras unos estilos de vida permisivos y amorales, la única respuesta posible es resistir diciendo: “Sí puedo imponer las conductas externas basadas en mis convicciones sobre el aborto, aunque estas sean también religiosas, porque no son exclusivamente religiosas, sino también la defensa justa de los más débiles contra el arbitrio de los más fuertes”.

⁷⁹ Cfr. Andrés OLLERO, “Tolerancia y verdad”, cit., 113 ss.

4.3. Refutación de la apelación simultánea a la libertad religiosa y al pluralismo ético

En esta sección procuramos refutar la posición que apela simultáneamente a la libertad religiosa y al pluralismo ético, representada por Ronald Dworkin⁸⁰. La defensa del derecho al aborto basada en que se trata de una cuestión ética vinculada a la libertad religiosa, protegida por la Constitución, incurre en algunas confusiones.

- a) Una confusión antropológica radical subyace al intento de Dworkin de replantear los términos del debate. En efecto, él pretende que si el debate realmente se refiere a lo que exige el respeto al carácter sagrado e inviolable de la vida humana, entonces deja de ser un debate sobre los derechos e intereses de la persona humana (o de la posible persona humana que los provide ven en el feto). Como se ha decidido ya que el feto no es persona, el debate abierto es sobre el carácter sagrado de la vida humana: un debate esencialmente religioso. Pues bien, contra esta distinción de cuestiones hay que reafirmar las tesis clásicas de que para los vivientes es lo mismo vivir que ser y de que la persona humana es la totalidad del individuo humano corpóreo-espiritual⁸¹. En consecuencia, donde hay vida humana hay un individuo de la especie humana y, por lo tanto, un ser humano, una persona. No puede haber vida humana "sagrada" e "inviolable" si no hay un sujeto que recibe y realiza ese acto de vivir. De aquí la importancia de las investigaciones biológicas que demuestran cuándo hay vida humana genéticamente individualizada⁸². Se trata de argumentos científicos sobre el comienzo de la vida humana sagrada e inviolable, que no puede ser pensada lógicamente sin un sujeto humano que posee esa vida. No hay vida humana sin ser humano o persona, sagrada e inviolable.
- b) La verdad de la "naturaleza cuasi religiosa"⁸³ del debate sobre el aborto es absolutamente irrelevante para determinar si la ley ha de prohibir o no esa conducta. En efecto, la clave de toda la cuestión está en si el feto es o no un ser humano y desde qué momento es probable que lo sea. La sola probabilidad de que una acción directamente querida sea homicida⁸⁴ basta para evitar

⁸⁰ Véase sección 2.3 de este trabajo.

⁸¹ Cfr. Jorge VICENTE Y Jacinto CHOZA, *Filosofía del Hombre* (Madrid, Rialp, 2ª ed., 1992) 81 ss. y 421 ss.

⁸² Cfr. sobre estos datos científicos, Jérôme Lejeune, "El principio del ser humano" y "Los médicos desnaturalizados", ambos en A.A.V.V., *Dejadlos Vivir* (Madrid, Rialp, 1980) 17-29 y 30-45; Juan JIMÉNEZ VARGAS y Guillermo LÓPEZ GARCÍA, *Aborto y contraceptivos* (Pamplona, Eunsa, 4ª ed., 1983) 15-37; Francisco Javier LARRAÍN, "El embrión ¿quién es?", *Temas de Derecho* 9, 1, 1994, 11-19, y Alejandro SERANI M., "El estatuto antropológico y ético del embrión humano", *Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte. Sede Coquimbo* 1997, 35-45. En cuanto al debate sobre la "hominización retardada" del embrión, cfr. "On 'Delayed Hominization': Some Thoughts on the Blendind of New Science and Ancient Fallacies", en Russell E. SMITH (ed), *The Interaction of Catholic Bioethics and Secular Society* (Braintree, Mass., Pope John XXIII Center, 1992) 143-162 y Benedict ASHLEY, "Delayed Hominization Catholic Theological Perspective", en *ibid.* 163-179.

⁸³ R. DWORKIN, *op. cit.*, 25.

⁸⁴ No sucede así cuando se trata de acciones que tienen otro objeto directo, pero que conllevan un riesgo de daño o de muerte (v.gr., conducir automóviles o escalar montañas). En efecto, una cosa es que exista la probabilidad de que una conducta sea un homicidio directo y otra cosa es que, como consecuencia de una conducta *ciertamente no homicida* —no es en sí misma homicidio, sino una acción con un objeto bueno—, exista la probabilidad de que se produzca una muerte, como de hecho existe por volar en aviones, conducir automóviles o comer ostras.

absolutamente dicha acción. En consecuencia, la clave de una argumentación como la de Dworkin está en hacernos creer que realmente no estamos discutiendo acerca de lo que hasta ahora creemos que estamos discutiendo, a saber, acerca del derecho a la vida. ¿Y si realmente no estuviésemos hablando del derecho a la vida de seres humanos? Entonces Dworkin tendría razón en que, si no hay un problema de justicia⁸⁵, la ley no debería prohibir esa conducta.

Pero en tal caso también sería irrelevante la cuestión de la naturaleza religiosa del debate, porque si una conducta no es en sí misma injusta —no daña ni los derechos de una persona ni el bien común— queda amparada por la libertad general de todos los seres humanos, cualesquiera sean los motivos que muevan a realizarla (religiosos o simplemente caprichosos, estéticos, deportivos, comerciales, etc.)⁸⁶. En consecuencia, los que participan en el debate sobre la (in)justicia del aborto o sobre el derecho a la vida de los no nacidos —con independencia de que también consideren que la vida es “sagrada” e “inviolable”— no pueden invocar la libertad religiosa y de conciencia para justificar los abortos, ni tampoco —en los casos en que no justifican el aborto— para justificar su despenalización o declarar inconstitucional su castigo o proclamar un derecho a elegirlo.

- c) Las leyes que prohíben el aborto y que, por su gravedad, lo castigan penalmente, estrictamente hablando no imponen convicciones sino que imponen determinada conducta externa: la abstención de matar al feto humano. El hecho de que esta prohibición sea recogida en las leyes positivas se explica, naturalmente, por las convicciones de quienes legislan; pero esto es así en el caso de todas las leyes más debatidas en el ámbito político. Por lo tanto, si “imponer convicciones” significa simplemente legislar conforme a las propias convicciones de quienes legislan, la actividad política y jurídica consiste en “imponer convicciones”. Por cierto, una persona puede mantener sus convicciones incluso si se le impide obrar externamente conforme a ellas. Se trata de un conflicto de convicciones entre los legisladores y los que discrepan, que se ha de resolver conforme a las reglas del juego político. Sería muy injusto que se resolviera siempre en el sentido que preconiza una sola persona so pretexto de respetar la libertad de su conciencia, que tiene límites.
- d) Puesto que Dworkin tiene razón en lo que afirma sobre el respeto a las personas —que exigiría la prohibición del aborto, si el feto fuese persona— su argumentación sobre el “derecho a una autonomía procreativa [...] fundamentado en la primera enmienda”⁸⁷ (libertad religiosa) sólo tendría alguna

⁸⁵ No puedo referirme aquí a la injusticia implicada en la anticoncepción, que existiría incluso si el aborto no fuese un asesinato. Cfr. al respecto José Miguel PERO-SANZ, “La juridicidad de la contracepción”, en Crescente Donoso (ed.): *La vida ante el derecho. VI Jornadas Chilenas de Derecho Natural* (Santiago, Red Internacional del Libro, 1996) 183-192.

⁸⁶ No me refiero aquí a la cuestión, más discutible, acerca de si conviene o no analizar este problema de justicia en el lenguaje y con las categorías conceptuales de los “derechos subjetivos”. Lo que importa es la realidad de la conducta justa o injusta, que en un segundo momento puede expresarse en términos de derechos. Cfr. John FINNIS, “The Rights and Wrongs of Abortion: A Reply to Judith Thomson”, en R.M. Dworkin (ed.), *The Philosophy of Law* (Oxford, O.U.P., 1977) 129-152, en 133-141.

⁸⁷ R. DWORKIN, *op. cit.*, 215.

plausibilidad en los Estados Unidos, si se da por sentada la negación de la personalidad del feto. Pero no se puede reconocer tal derecho “en general en la cultura política occidental”⁸⁸ o en “cualquier cultura genuinamente democrática”⁸⁹. En efecto, son perfectamente democráticos en su estructura política una serie de países que reconocen la personalidad del feto⁹⁰, incluso cuando terminen admitiendo la despenalización del aborto basados en argumentos que Dworkin refutaría porque simplemente autorizan a matar a una persona. Con estos sistemas jurídicos concuerda el Derecho Internacional. En este contexto democrático internacional (no norteamericano) se utilizan argumentos favorables a la despenalización del aborto que este trabajo no aborda, pero que, evidentemente, no pueden apelar a la libertad de conciencia, limitada por los derechos de las personas. Todos ellos, sin embargo, implican lo que según Dworkin no se puede admitir: que el estado incumpla su deber de proteger los derechos de determinados sujetos jurídicamente reconocidos como personas con iguales derechos fundamentales que los demás⁹¹. Como se ve, el planteamiento de Ronald Dworkin podría servir para fundamentar la penalización del aborto en los países que reconocen la personalidad del *nasciturus*.

- e) No es necesario negar que “las convicciones acerca de por qué y cómo la vida humana tiene una importancia objetiva intrínseca”⁹² tienen un contenido en cierta forma religioso, protegido por la libertad de conciencia. Tampoco es necesario negar que la garantía jurídica de la libertad de conciencia incluye la protección de las personas que sustentan convicciones contrarias a la idea de un dios personal, como el ateísmo o el agnosticismo⁹³. Sin embargo, esta extensión de la libertad religiosa y de conciencia, aunque puede ser compatible con la tolerancia de algunas conductas contrarias de manera

⁸⁸ *Ibid.* 217.

⁸⁹ *Ibid.* 218.

⁹⁰ Así, Alemania, Chile y Argentina, por ejemplo. Cfr. Richard STITH, “El feto en la jurisprudencia constitucional occidental”, cit., *passim*; Heinhard STEIGER, “Recht auf Leben im deutschen Verfassungssystem”, cit., 289-317; Jorge Oscar PERRINO *et al.*, “La persona y el derecho a la vida en la legislación Argentina”, cit., y especialmente Patricio Zapata, “Persona y embrión humano. Nuevos problemas legales y su solución en el derecho chileno”, cit., *passim*.

⁹¹ En este trabajo analizo una argumentación laicista que apela, de una u otra forma, a la libertad religiosa y/o de conciencia. Por eso, no me refiero a otras cuestiones debatidas, que son muy importantes, aunque en el ámbito anglosajón aparecen menos. En concreto, no tomo en cuenta la distinción entre “despenalizar” el aborto -que seguiría siendo “antijurídico” y podría ser atacado por medios legales no punitivos- y “legalizarlo” -considerando que existe un derecho a abortar-, porque, de hecho, el paso desde la “despenalización” a la consideración del “derecho al aborto” es muy fácil y ha sido automático en algunas partes (como en los Estados Unidos, donde se habla del derecho a elegir el aborto). Sobre la difusa frontera entre despenalizar y legalizar, véase Andrés OLLERO, “«Todos tienen derecho a la vida» ¿Hacia un concepto constitucional de persona?”, cit., 272-280. Tampoco me refiero a los argumentos favorables “sólo a despenalizar”, reconociendo la antijuridicidad general del aborto, basados en consideraciones de política criminal. Naturalmente la decisión de penar o no penar una injusticia tiene algo de prudencial -como reconoce la filosofía clásica del derecho natural- y las consideraciones de política criminal son relevantes respecto de esta decisión prudencial, pero no son decisivas absolutamente. Aquí estamos hablando de una de las injusticias más graves, el homicidio, y de la igual protección de la ley -también de la ley penal- a todos los seres humanos.

⁹² R. DWORKIN. *op. cit.*, 213.

⁹³ En el propio terreno de las confesiones religiosas esta idea es compartida por la Iglesia católica. Cfr. Concilio Vaticano II, Decreto *Dignitatis Humanae*, Nº 2. En este artículo usamos la edición *Documentos del Vaticano II* (Madrid, B.A.C., 1972).

indirecta a la vida⁹⁴, no ha de traspasar los límites de orden público de la libertad religiosa. En efecto, tanto las fuentes jurídicas nacionales e internacionales como la Iglesia católica configuran el derecho de libertad religiosa y de conciencia como sometido a limitaciones.

El Concilio Vaticano II, por ejemplo, afirma: “El derecho a la libertad en materia religiosa se ejerce en la sociedad humana, y por ello su uso está sometido a ciertas normas reguladoras [...] la sociedad civil tiene derecho a protegerse contra los abusos que puedan darse so pretexto de libertad religiosa”⁹⁵. El mismo documento, a la par que defiende la libertad incluso de quienes no aceptan ninguna verdad religiosa, afirma que “no puede impedirse su libre ejercicio *con tal de que se respete el justo orden público*”⁹⁶. Y más adelante explica que “en la noción de orden público” se comprenden, entre otras cosas, “la custodia de la moralidad pública”, “la verdadera justicia”, la “honesta paz pública” y “la tutela eficaz” de los derechos de todos⁹⁷. En definitiva, el derecho a la libertad religiosa no es ni ilimitado “ni limitado solamente por un ‘orden público’ concebido de manera positivista o naturalista”⁹⁸.

Por su parte, los textos jurídicos nacionales e internacionales para la protección de los derechos humanos introducen las mismas cláusulas limitativas, sin las cuales la mera apelación a la libertad de conciencia serviría para cohonestar los peores crímenes⁹⁹.

- f) La apelación de Dworkin a “la creencia en la dignidad humana individual”¹⁰⁰, y su relación con la emancipación y la igualdad racial y “los argumentos más poderosos en contra de la esclavitud”¹⁰¹, es sustancialmente correcta, aunque incompleta. Es correcta porque la igualdad esencial de la dignidad de todos los hombres –incluidos los esclavos negros– exigía esa liberación. Es incompleta porque define la dignidad personal de un modo reductivo y excluyente.

En efecto, Dworkin define la dignidad en el sentido de “que las personas tienen el derecho y la responsabilidad moral de enfrentarse, por sí mismas, a las cuestiones fundamentales acerca del significado y valor de sus propias vidas,

⁹⁴ Así, por ejemplo, nos parece que es lícito tolerar que un paciente acepte morir antes que recibir un tratamiento objetivamente lícito, como la transfusión de sangre, cuando el paciente cree que el tratamiento es inmoral. Cfr. Javier HERVADA, “Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica”, en *Escritos de Derecho Natural* (Pamplona, Eunsa, 1986) 535-590.

⁹⁵ *Dignitatis Humanae* n. 7.

⁹⁶ *Ibid.* n. 2. Énfasis añadido.

⁹⁷ *Ibid.* n. 7.

⁹⁸ *Catecismo de la Iglesia Católica* N° 2109. Tomo como punto de referencia a la Iglesia católica siguiendo a Ronald Dworkin, quien identifica correctamente cuál es el punto de referencia contemporáneo más importante de la posición provida. Cfr. R. DWORKIN, *op. cit.*, 55ss.

⁹⁹ Cfr., por ejemplo, *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (Francia, 1789), artículo 10; y *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948), artículos 18 y 29.2. Sobre las variaciones en América, cfr. Víctor Oscar URRESTARAZU VILLARROEL, *La libertad religiosa en las constituciones americanas* (Roma, Pontificium Atheneum Sanctae Crucis, 1997) 89ss (sobre las declaraciones de derechos humanos) y 101ss (sobre las diversas fórmulas jurídicas en las constituciones).

¹⁰⁰ R. DWORKIN, *op. cit.*, 217.

¹⁰¹ *Ibidem*.

respondiendo a sus propias conciencias y convicciones”¹⁰². La definición es reductiva porque reduce la dignidad a una sola de sus exigencias, a saber, la del respeto a la libertad de la persona para obrar en conciencia y no bajo presión de la mera coacción externa¹⁰³. Pero la dignidad exige también, al mismo sujeto digno, obrar voluntariamente conforme al orden moral y a la justicia, y, en el caso de comportamientos injustos, la dignidad de los afectados –de los que sufren la injusticia– exige que se limite la libertad de quienes los agreden, aunque estos lo hagan por motivos de conciencia sinceros. Además, la definición de dignidad que da Dworkin es excluyente, porque, al centrarse en la capacidad actual de decidir, no sería atribuible a muchos seres humanos más o menos privados de su capacidad de elegir. Quedan excluidos desde el inicio los no nacidos –incluso los niños pequeños– y los enfermos inconscientes. Naturalmente, aparte de ser injusto, es lógicamente inconsistente definir la dignidad de tal manera que por definición quedan excluidos precisamente los sujetos que Dworkin quiere excluir: los sujetos pasivos del aborto y de la eutanasia.

Finalmente hay que decir que la visión de Dworkin sobre la dignidad humana conculcada en el caso de la esclavitud de los negros adolece de falta de perspectiva histórico-jurídica. En efecto, la dignidad-libertad de que habla Dworkin debía reconocerse a los negros como consecuencia de un reconocimiento previo fundamental: su dignidad de ser personas. La esclavitud como institución –tanto antigua como moderna– tiene en su raíz la exclusión de determinados seres humanos de la categoría de “personas” en sentido jurídico, por lo cual pueden ser tratados como “objetos” –se les puede usar, transferir y matar– sin que ninguna ley lo impida y, todavía más, con la ley protegiendo el derecho de las personas-dueñas.

Resulta evidente, entonces, que actualmente se trata a los niños no nacidos igual o peor que antes a los esclavos. No se les reconoce su dignidad de personas. Los “argumentos [...] elaborados en el lenguaje de la dignidad”¹⁰⁴ deberían llevar a proteger a los niños desde la concepción igual que llevaron a emancipar a los esclavos.

Precisamente “nuestro amor a la libertad y a la dignidad”¹⁰⁵ y la idea de que “ningún grupo es suficientemente inteligente, espiritual o numeroso como para decidir por los demás en asuntos esencialmente religiosos”¹⁰⁶ han de llevarnos a restringir la libertad de algunos para decidir poner término definitivo a la libertad más básica de un grupo cada vez más numeroso: la libertad para nacer¹⁰⁷.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Exigencia reconocida también por la Iglesia católica: cfr. Concilio Vaticano II, *Gaudium et Spes* N° 17.

¹⁰⁴ R. DWORKIN, *op. cit.*, 217.

¹⁰⁵ *Ibid.* 219.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Una crítica más detallada de los argumentos de Dworkin, y de su tesis central sobre la “inviolabilidad” de la vida humana, puede verse en Richard STITH, “On Death and Dworkin: A Critique of His Theory of Inviolability”, *Maryland Law Review* 56,2, 1997, 289-383. Cfr., además, Hernán CORRAL TALCIANI, “Sobre la fundamentación de la protección jurídica en la vida humana. El “valor sagrado” de la vida en Dworkin y en la encíclica *Evangelium Vitae*”, en cit. A. LÓPEZ TRUJILLO *et al.*, *op. cit.*, 541-567, y Alejandro VIGO-Hernán CORRAL, “Recensión de El Dominio de la Vida”, *Revista Chilena de Derecho* 21, 2, 1994, 431-440.