

# El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. Nino

## Introducción

El liberalismo de Carlos S. NINO fue el comienzo de una construcción teórica que se inició con sus primeros trabajos (NINO 1980) y se prolongó, incluso, hasta sus últimas obras (NINO 1993a; NINO 1993b). NINO elaboró una serie de conceptos que fueron desarrollándose a partir de determinados ideales políticos liberales. La autonomía personal, su primera construcción liberal fuerte, a mi entender fue estructurada sobre la base de lo que consideraba un rival peligroso y cercano durante los años setenta, el *perfeccionismo moral*. La idea de que un Estado pudiera imponer ciertos comportamientos que consideraba deseables y preferibles moralmente para NINO, era inaceptable. Esta declaración explícitamente *antiperfeccionista* permitía dejar un amplio margen de acción para la autonomía de los individuos y un escudo importante contra los avances estatales totalitarios, contra los que NINO argumentaba en aquél momento.

En este trabajo, quisiera reconstruir esta posición de NINO y presentar dos argumentos centrales: en primer lugar, mostrar que la vinculación entre los resultados lesivos del delito y el liberalismo político que realiza NINO -y también una gran parte del derecho penal moderno- es endeble y por lo tanto discutible; en segundo lugar me interesa mostrar que este ideal antiperfeccionista defendido por NINO en sus comienzos se mantuvo -aunque con matices- inalterado en toda su literatura. Esto, a mi entender, trae aparejada una serie de dificultades para armonizar algunas de sus formulaciones teóricas posteriores. Me enfocaré aquí, puntualmente, en su teoría de la responsabilidad penal y en su teoría de la democracia deliberativa, para mostrar las alteraciones que sufrió su concepción de la autonomía personal y las tensiones que se generan a partir de mantener ese rígido ideal liberal antiperfeccionista.

El texto se estructura de la siguiente forma: en la primera parte muestro cómo el antiperfeccionismo defendido por NINO no se construye en la responsabilidad penal a partir del clásico principio de daño o de un resultado lesivo sino a partir de su concepción de la autonomía personal. (1). Luego me concentro en la evolución de la autonomía personal en la obra de NINO y en la modificaciones que fue introduciendo en su desarrollo (2), para finalmente señalar los problemas que encuentro respecto de la rigidez en su ideal de autonomía para armonizarlo con su teoría de la democracia deliberativa (3).

## 1. La autonomía, el daño y el liberalismo en el derecho penal de NINO

La teoría de la responsabilidad penal de NINO se estructura a partir de diferentes conceptos teóricos y prácticos que se combinan en un sistema único. Quisiera concentrarme aquí en dos aspectos fundamentales de su teoría que se encuentran, a mi juicio, íntimamente vinculados: la responsabilidad por los daños o resultados lesivos y la autonomía personal.

Esta vinculación entre resultados lesivos y autonomía, tiene por objetivo evitar lo que todo buen liberal pretendería de una teoría del castigo: establecer un modelo que impida avances de legislaciones impuestas por el Estado a partir de ideales morales perfeccionistas. De este modo la construcción de NINO diría sencillamente: *sólo serás responsable por los daños causados (resultados), el resto forma parte de tu plan de vida, individual y privado (autonomía)*.

En este apartado planteo dos cuestiones centrales: en primer lugar, quiero señalar la imposibilidad de vincular circunstancias fácticas como la provocación o no de un daño o un resultado lesivo penalmente relevante, con un ideal político como el liberalismo. Entiendo que esta cuestión contingente no puede vincularse directamente con el ideal de NINO de oponerse a una legislación perfeccionista. Probablemente, y esta es la segunda cuestión que quisiera mostrar, su deseo de oponerse al perfeccionismo moral sólo pueda ser justificado desde su concepto de autonomía personal.

### A. La influencia de *Los límites de la responsabilidad penal*

El reconocimiento de NINO como un autor relevante en la filosofía jurídica y en la filosofía política es indiscutido en todo el mundo. Sin embargo, sus primeros trabajos

vinculados con el derecho penal han sido, inmerecidamente, poco discutidos.<sup>1</sup> Su influencia teórica en el derecho penal argentino es prácticamente nula, y el estilo de trabajar cuestiones de filosofía aplicada al derecho penal propuesto en el texto encontró mayor recepción en el extranjero que en su propio país (ver ALEXANDER 1986; SCANLON 1999). Sin embargo, a mi juicio su trabajo en el campo penal, y en particular su tesis doctoral cuya traducción llevó el nombre de *Los límites de la responsabilidad penal* condensa a la perfección los dos tipos de pensamientos que dominan el mundo del Derecho: contiene los elementos filosóficos que caracterizan a los trabajos anglosajones, y estructura su postura a partir de los postulados que surgen de la dogmática penal clásica.

Pese a la limitada influencia en este campo del derecho, existe una construcción tomada de su libro de tesis por la doctrina penal mayoritaria en Argentina. Se trata de la interpretación que hace NINO del artículo 19 de la Constitución Argentina (“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”) y su fundada pretensión liberal, lo que ha sido un punto de partida para que la doctrina penal dominante en Argentina funde a partir de esa argumentación la validez de los llamados *bienes jurídicos*.

La influencia de NINO en concreto, se traduce en que, quien quisiera desarrollar una teoría de la responsabilidad penal *liberal*, debería tener en consideración el principio de autonomía personal establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional -que es lo que concretamente proponía en *Los límites*- y -he aquí el agregado de la doctrina argentina- la aceptación del concepto de bien jurídico, el otro aspecto que estaría regulado en el mismo artículo 19.

NINO, por su parte, no era particularmente partidario de la teoría del bien jurídico, pero la vinculación con sus ideas se hace tomando en cuenta la asociación que él construye entre la autonomía personal y el resultado, siguiendo la referencia del principio de daño anglosajón (*harm principle*). De este modo, según NINO existía una necesidad de castigar por el daño ocasionado dado que, si esto no ocurriese, se estaría sancionando sólo por el carácter del individuo, lo que supondría considerar ideales retribucionistas e imponiendo ideales estatales perfeccionistas, circunstancias que rechaza rotundamente. Muestro en lo que sigue, cómo se estructuran las teorías

---

<sup>1</sup> En Argentina, curiosamente o no, los comentarios provienen de Jaime Malamud Goti (MALAMUD GOTI 1981; MALAMUD GOTI 2005).

penales liberales a partir de la idea del principio de daño y de la teoría de bien jurídico, y continúo con algunos aspectos del modelo de responsabilidad penal de NINO en donde se puede ver, claramente, cómo consiguen amalgamar perfectamente ambos modelos de responsabilidad.

## B. El significado liberal del bien jurídico y del principio de daño

En las diversas posturas acerca del bien jurídico y del principio de daño, existen ciertas posiciones doctrinarias *e.g.* en Alemania (HASSEMER 1989) o en Argentina (ZAFFARONI 2002), por un lado, y en el ámbito anglosajón (FEINBERG 1984), por el otro, que vinculan directamente este principio como un estandarte de la filosofía del liberalismo político. Joel FEINBERG tomó como punto de partida a John Stuart MILL, un pensador que cimentó las bases del liberalismo político con su obra clásica *On Liberty*, mientras que, por ejemplo, Winfried HASSEMER y E. Raúl ZAFFARONI toman posición a partir de los trabajos de Anselm von FEUERBACH, un reconocido penalista liberal alemán. Sin embargo, sus visiones del liberalismo son trivialmente opuestas, y en algún sentido demasiado estrechas. FEINBERG concibe al liberalismo en un sentido amplio, que le permite entender al daño como un concepto sin moral o pre-moral,<sup>2</sup> que incluye los intereses más variados. En su visión, la función del derecho penal se centra en la prevención de las conductas dañosas. Por otro lado, ZAFFARONI por ejemplo, sólo considera a los daños concretos sobre bienes tutelados constitucionalmente (el llamado “principio de lesividad”) y por su parte, su teoría agnóstica de la pena, cuya máxima se basa en la reducción del poder penal estatal, lejos está de la idea de la prevención de daños. Sin embargo, pese a que surgen de puntos diametralmente opuestos, una concepción pre-moral y una concepción normativa, ambos coinciden en sostener que su posición es la posición liberal. Ambas posturas, siendo las más representativas del derecho continental y del derecho anglosajón, defienden una visión demasiado estrecha del liberalismo. Esto los lleva a considerar que quienes no reconocen al resultado como elemento central para la responsabilidad penal son tributarios de una moral perfeccionista.

En mi opinión NINO parte de un punto de vista similar al de estos autores, siguiendo el camino marcado por el liberalismo clásico en donde los derechos sólo eran pensados a partir de la idea de libertad negativa en el sentido de Isaiah BERLIN, la cual consiste en estar libre de la interferencia de otros para perseguir aquellas actividades que, cualquier individuo es capaz de alcanzar sin la ayuda de

---

<sup>2</sup> Esta crítica también alcanza a aquéllos defensores de las teorías del bien jurídico (véase DUFF 2007: 128).

otros (BERLIN 1969).<sup>3</sup> En esta medida, la estructura que se genera a partir de estos derechos es garantizar que los individuos pueden rechazar los avances estatales con estas armas que le brindan los derechos y poder de esta forma desarrollar de la mejor manera su plan de vida.<sup>4</sup>

En su trabajo de tesis, NINO también realizó una interpretación de *On Liberty*, quizá en algún sentido, similar a la de FEINBERG para fundamentar su posición resultatista y a partir de allí derivar ciertos principios que constituyen su *teoría liberal del delito*. NINO se posiciona en aquél trabajo cercano al prevencionismo-utilitario con una formulación de la pena que establece que su función es evitar la ejecución del daño y disuadir a otros de formar intenciones análogas (NINO 1980: 294 y 335). Posteriormente, en sus últimos textos ratificó esta posición (NINO 1993b) y al analizar la responsabilidad de los comandantes militares durante la última dictadura militar argentina, se manifestó nuevamente en favor de una teoría del castigo preventiva, dado que entiende que esta forma de castigar se vincula perfectamente con dos principios centrales para un sistema liberal: el principio de protección prudencial de la sociedad y el principio de autonomía personal (NINO, 1993b). En este sentido, asocia al liberalismo con tres puntos centrales: a) la utilización de un criterio prevencionista del castigo, el que no será desarrollado aquí; b) su vinculación con la obra de John Stuart MILL y; c) la exigencia de un daño concreto previo al castigo, cuestiones sobre las que haré hincapié, más adelante. Veamos ahora como interpreta NINO a MILL y si esto necesariamente debe vincularse con un resultado concreto en el derecho penal.

### C. La posición liberal de Nino: su interpretación de Mill

NINO señala que es bien conocido el alegato de MILL en contra de que el derecho interfiera con actos sobre la mera base de su inmoralidad. MILL exige que dicha interferencia vaya dirigida a proteger a la sociedad para que se encuentre justificada, lo cual implica que el acto en cuestión debe irrogar algún daño a los intereses de terceros. Según NINO, MILL sostiene que el hecho mismo de gozar de los beneficios de la vida en sociedad impone la obligación de no lesionar los intereses de otros miembros de ella, y que la sociedad está facultada, por ejemplo mediante el

---

<sup>3</sup> Una explicación de la distinción realizada por Isaiah Berlin, pueden verse en algunos trabajos recientes (PETTIT 1997; PETTIT 2004; SKINNER 1986).

<sup>4</sup> Esta postura basada en la relevancia de la autonomía personal es defendida fuertemente por Robert ALEX (1985).

empleo de penas, para hacer que se cumpla esa obligación. También en un mismo sentido *milliano*, la sociedad no tiene derecho a interferir con los individuos cuando su conducta no perjudica a terceros (NINO 1980: 271-72).

Es posible señalar que de la interpretación del principio *milliano* de daño que efectúa NINO, se derivan tres premisas sobre las cuales va a construir su teoría de la responsabilidad penal: 1) La intervención estatal sólo debe estar dirigida contra los actos que *causen* algún daño a terceros; 2) Con el fin de asegurar el cumplimiento de la primera premisa (no dañar) el Estado está facultado para imponer penas; 3) Si los actos llevados a cabo no causan un daño a terceros no hay lugar para la aplicación de pena alguna. Estas intervenciones sólo supondrían una invasión a la esfera interna de los individuos (reproche moral).

Básicamente esta es la posición de NINO, la cual deja poco margen de acción en relación a sus propias reglas. Así, si no hay daño, cualquier sanción que se quiera intentar está emparentada con el *perfeccionismo moral*, esto es, una imposición de ciertos comportamientos virtuosos lejanos a los propósitos del liberalismo clásico. NINO pone un énfasis elevado en su consideración del daño como una forma de proteger el aura de autonomía que debe rodear a un ser humano dentro de una sociedad liberal. Para terminar de comprender esta posición es necesario entender cómo presenta su idea del daño.

De este modo, la abstracción respecto de qué entiende NINO por daño, toma contornos más definidos, a la luz de la interpretación que hace del liberalismo y de su asociación con el derecho penal. Dentro de su formulación, implícitamente, el concepto de daño, se materializa en *el resultado concreto* de las acciones, *i.e.* de lo que finalmente ocurrió.<sup>5</sup> En efecto, él sostiene, básicamente, que el derecho penal debería aplicarse de una manera que implicara verificar que *el daño o el peligro* que la ley está destinada a prevenir se hubieran producido en el caso concreto (NINO 1980: 311 y 324). Aquí claramente se encuentra la asociación que pretendo discutir en lo que sigue: la responsabilidad por el daño es la posición del liberalismo y no puede ser otra.

#### D. ¿El daño como base del liberalismo político?

La vinculación necesaria del resultado concreto, *e.g.* la lesión, con una concepción filosófica determinada que realiza NINO y también la mayoría de los estudiosos del derecho penal, es discutible. Es dudoso que pueda realizarse una asociación de este

---

<sup>5</sup> Una crítica a esta posición fue formulada en su tesis doctoral por Marcelo Sancinetti (véase SANCINETTI 1991: 87-89).

tipo, y que una variante que no tome en consideración las consecuencias lesivas, esto es, un hecho absolutamente contingente, sea menos liberal, perfeccionista o autoritaria que otra. De hecho, la vinculación con el liberalismo político depende de numerosos factores, los que no puedo desarrollar aquí. En este sentido, es posible puntualizar que en la literatura anglosajona conviven posturas acerca de la pena que son prevencionistas, retributivas, comunicativas, deliberativas, *sin que pueda decirse que alguna sea más o menos liberal que otra* y que esto implique alguna derivación hacia al autoritarismo o hacia el perfeccionismo moral.

Desde mi perspectiva puede decirse que el concepto de daño que emana de *On Liberty* no está determinado por el propio MILL y tampoco está dirigido hacia el derecho penal en particular. En este sentido tanto la interpretación de NINO como la interpretación contraria, que establece la intención de ocasionar una afectación, más no la afectación concreta (SANCINETTI 1991: 88-89), podrían resultar plausibles. En su texto, MILL no refina tanto este concepto para poder advertir si la lesión debe ser efectiva o si alcanza solamente con una acción intentada. No surge del propio texto que esta cuestión estuviera en las ideas de MILL al formular este principio, por lo tanto las interpretaciones podrían ser diversas.

Por otra parte, lo que se plantea en *On Liberty*, es la necesidad de generar una barrera, un límite contra el avance del Estado, destinada a acotar la discrecionalidad que imperaba en aquél momento: la tendencia del gobierno a invadir la esfera de libertad de los ciudadanos (FARRELL, 1998: 136).<sup>6</sup> La vinculación entre resultados penales y liberalismo político, en la interpretación que hace NINO del texto de MILL, lo lleva hacia consecuencias que, no sólo que no se derivan del texto de MILL, sino que tampoco generan una interpretación unívoca acerca de la relación entre el liberalismo político y el derecho penal, como él pretende mostrar.

Sin perjuicio de esto, según su interpretación del texto de MILL, NINO considera que cualquier posible intromisión dentro del fuero interno de un individuo es un intento perfeccionista e indebido por parte del Estado. Creo que es algo arriesgado este razonamiento y que sólo podría tener efectos en algunos casos en los que la conducta que se quiera sancionar no se haya realizado (el castigo por los meros pensamientos), *e.g.*, rezar todos los días para que acontezca la muerte de mi peor enemigo (aun cuando esto luego ocurriera), o que se trate de una conducta que pese a haberse realizado, quiera sancionarse sin que se encuentre normativamente prevista, *e.g.* una prohibición de comer carne los días martes. Por lo demás, es posible señalar que en el derecho penal

---

<sup>6</sup> Agrega Farrell que la otra cuestión que le preocupaba a Mill, quizá en mayor medida que la problemática señalada, era la tendencia a la uniformidad en las conductas impuestas por la opinión pública.

siempre se efectúa una valoración del carácter (GARDNER 2007) ya sea al sancionar ciertos tipos de delitos, como al momento de imponer una sanción, *i.e.* quien mata a un familiar o a su cónyuge es moralmente peor, en definitiva tiene un carácter que el Estado quiere castigar más severamente que a cualquier otro homicida.

El resultado por sí solo, no puede efectivamente constituir esa muralla necesaria para evitar que el Estado avance contra los individuos como parece insinuar la posición de NINO y de los estudiosos del derecho penal. Es problemático aferrarse a una cuestión fáctica como un daño concreto para fundar una teoría vinculada con el liberalismo. Una sociedad liberal necesariamente debería sancionar delitos como la contaminación ambiental, la evasión de impuestos, por ejemplo y estos no son delitos en los que el daño juegue un rol central al momento de inculpar. No hay razones plausibles para excluir estos delitos del catálogo de una sociedad democrática y liberal. Forman parte de la evolución de la sociedad, como nuevas formas delictivas. A su vez, estos delitos no consideran en algunos casos resultados concretos y por otro lado son perfectamente defendibles desde una perspectiva liberal. Así, no hay invasión a esferas personales cuando se le exige a un individuo que debe abonar una cierta cantidad de dinero para sostener otras instituciones del Estado, a partir de los ingresos que ha obtenido durante un año de trabajo, o pagar tasas arancelarias por productos comprados en el extranjero e ingresados al país, o la obligación de abstenerse a arrojar residuos tóxicos a la cuenca de un río que atraviesa la ciudad. Ninguna de estas conductas y de muchas otras, exigen comportamientos virtuosos o contrarios a nuestros planes de vida.

Por otra parte, y dentro de esta concepción *milliana*, sí parece acertado el razonamiento de NINO pretendiendo limitar la invasión de las esferas individuales para revalorizar el concepto de autonomía personal, el que *sí permitiría* frenar avances estatales ilegítimos. Esta esfera de autonomía que construye, se articula perfectamente con otras garantías constitucionales que permiten a los ciudadanos una amplia estructura de libertad. Es la autonomía personal y no los resultados lesivos lo que puede llegar a establecer un límite con relación a cierta legislación moralizante y en algún sentido perfeccionista. Así, la imposición de ciertos comportamientos vinculados con la vida personal del individuo debe quedar fuera de la legislación penal, lo cual sí puede encontrar su origen en MILL.

Cierro este apartado con la siguiente conclusión parcial. Es absolutamente relevante al momento de pensar una teoría de la responsabilidad penal considerar qué criterios tener en cuenta para poder estructurarla en el marco de una sociedad liberal. Creo, que es posible hacerlo sin depender de circunstancias fácticas contingentes como la exigencia de un resultado o un daño a un bien jurídico; por el contrario esto debería



estructurarse –como bien lo hace NINO- a partir de criterios de filosofía política y la preservación de la esfera privada de los individuos a partir de la autonomía personal. En resumen, creo que NINO puede perfectamente articular una teoría liberal del delito a partir de su concepto *antiperfeccionista* de autonomía; no a partir del daño ocasionado.

Veremos en lo que sigue, como la autonomía - la que considero central para la teoría de la responsabilidad penal de NINO - es absolutamente problemática para su teoría de la democracia. El problema es, a mi entender, no la propia autonomía, sino el enfoque del liberalismo clásico-antiperfeccionista con el que es concebida y el avance de NINO hacia posiciones vinculadas con cierto liberalismo igualitario, algo diferente, según veremos, al liberalismo que propone para su teoría de la responsabilidad penal.

## 2. La estructura y el desarrollo de la autonomía personal

Como señalé en un comienzo, la autonomía personal en NINO, tiene una importancia central en casi todos sus trabajos sobre derecho penal, derechos humanos y teoría democrática. Entiendo que su concepción liberal sobre la autonomía se ha mantenido en forma invariada desde su tesis doctoral, en la que se equilibraba con el principio de daño, tal como hemos visto. Esto se basa en la necesidad de NINO de respetar la autonomía como un elemento característico de una sociedad liberal, cuestión que se mantuvo inalterada en su obra. Lo que ha variado, según veremos, fue el propio contenido del principio de autonomía en su evolución intelectual con el correr de los años y los trabajos.

El concepto de autonomía fue tomando más relevancia en los sucesivos trabajos de NINO, lo que a mi entender resulta problemático para construir su teoría de la democracia deliberativa. Esta situación, como anticipé, se debe a este antiperfeccionismo que impregnaba sus primeras consideraciones respecto de la autonomía y el temor de la imposición de legislaciones tremendamente autoritarias. Su desplazamiento hacia un tipo de liberalismo igualitario requería de alguna alteración en su concepto de autonomía<sup>7</sup> o bien una modificación en su teoría de la responsabilidad penal. Trato de argumentar esta intuición sobre el final del trabajo. Primero, veamos un poco la evolución del concepto de autonomía en sus trabajos.

---

<sup>7</sup> Esto no es percibido así por Gustavo Maurino quien afirma que existe una evolución en el concepto de autonomía de Nino, a la par de su giro hacia el liberalismo igualitario. Mi percepción es absolutamente contraria. Creo que Nino quedó anclado en ciertos aspectos de su posición antiperfeccionista de sus primeros trabajos, lo cual entra en tensión o al menos limita en alguna medida sus concepciones igualitarias (véase MAURINO 2008).

## A. La autonomía en *Ética y Derechos Humanos* (1989)

En la versión de 1989 de “*Ética y Derechos Humanos*”, NINO comienza estructurando su principio de autonomía sobre la misma base que había sentado a partir de su tesis doctoral. Así, señala que el reconocimiento de derechos básicos esenciales dentro del liberalismo está integrado por una variada cantidad de libertades para hacer ciertas cosas, como por ejemplo: profesar ideas de diferente índole, elegir prácticas sexuales, profesar o no un culto religioso, entre otras. Agrega que estos derechos a realizar ciertas conductas son especialmente amplios y que derivan de un principio general que veda la interferencia en cualquier actividad que no cause perjuicio concreto a terceros, señalado en apoyo al art. 19 de la Constitución Nacional argentina (NINO 1989a: 201).

NINO enuncia el principio de autonomía de la persona señalando que “*siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de la virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución*” (NINO 1989a: 205). Señala también que este principio subyace al principio más específico y menos fundamental que veda la interferencia estatal con conductas que no perjudican a terceros. Agrega que tal interferencia es objetable en tanto y en cuanto ella puede implicar abandonar la neutralidad respecto de los planes de vida y las concepciones de excelencia personal de los individuos (NINO 1989a: 205).

Es posible notar aquí un cambio, pero siempre con una misma orientación que intenta evitar la imposición de cierto tipo de moral. El concepto de preservar una esfera de resguardo respecto del individuo y la no punición de actos que no afecten concretamente a terceros, se amplió y se transformó en una formulación más amplia que se engloba en un concepto de filosofía política. NINO trata de presentar aquí un programa que tiene pretensión de ser aplicado a una estructura más amplia que la responsabilidad penal y que tiene que ver con el Estado como conjunto. La autonomía, ahora, es presentada como un principio que se complementa con otros que también desarrolla en la misma obra: el principio de inviolabilidad de la persona y el principio de dignidad de la persona. Sin embargo, su postura respecto de *los fines de la autonomía*, no ha dado pasos hacia adelante, sino hacia sus extremos, siendo ahora más *amplia* (NINO 1989a: cap. VI-VII).

Por otra parte, mientras la autonomía se hace más *robusta* pero se *entumece*, empiezan a aparecer las primeras bases de la deliberación pública que luego será

central en su teoría de la democracia. Así, NINO señala que la regla básica del discurso moral, que constituye el acuerdo mínimo que suscribimos en forma tácita cuando participamos sinceramente en él, podría expresarse de este modo: “Es deseable que la gente determine su conducta sólo por la libre adopción de los principios morales que, luego de suficiente reflexión y deliberación, juzgue válidos” (NINO 1989a: 230). NINO afirma que si nuestros interlocutores comparten con nosotros la adhesión a la regla básica señalada, esto da sentido a nuestra preocupación por convencerlos de la validez de ciertos principios morales. Asimismo, si ellos no estuvieran dispuestos a guiar su conducta y actitudes por los principios que consideren válidos sino por otros factores, o si no estuvieran dispuestos a reflexionar sobre qué principios fueran plenamente racionales, tuvieran en cuenta por igual y en forma separada los intereses de todos los individuos afectados, etc., el diálogo con ellos sería superfluo y por otro lado, también ineficaz como técnica dirigida a coordinar acciones y actitudes (NINO 1989a: 230-1).

Existe por otra parte, un atisbo del liberalismo igualitario que sostendría en otros trabajos posteriores, construyendo una crítica a prominentes defensores del liberalismo clásico como Ronald DWORKIN, John RAWLS o Bruce ACKERMAN, señalando que la capacidad de satisfacer los planes de vida elegidos posee un valor endosado por el principio de autonomía, siendo esto más valioso, dada la capacidad de optar entre diversos planes de vida. En este sentido, agrega que si bien es justo que los recursos no utilizados por los individuos con preferencias más económicas sean, no desperdiciados sino usados para satisfacer las preferencias más caras de otros individuos, esta asignación debe ser provisional y revertirse tan pronto se da un cambio en las preferencias de los primeros (NINO 1989a: 222). Pese a esta afirmación, NINO decide no avanzar más allá. Cierra la cuestión sosteniendo que esta formulación del principio de autonomía es todavía considerablemente vaga, aunque permite identificar, aquellos bienes sobre los que versan los derechos, cuya función es “protegerlos” contra medidas que persigan el beneficio de otros o del conjunto social o de entidades supraindividuales (NINO 1989a: 223).

#### B. La autonomía en *La Constitución de la Democracia Deliberativa* (1993)

Estamos ante la obra final de NINO, y ante un texto vanguardista desde el punto de vista de la democracia deliberativa y su justificación epistémica. Encontramos aquí, posiblemente, al NINO más alejado de los principios liberales tradicionales que rigieron sus comienzos, como hemos visto, desde el derecho penal. Sus ideas

se encuentran claramente en un ideario liberal igualitario. Es difícil a esta altura poder establecer si esta era su postura definitiva o si sus ideales igualitarios podían llegar más allá. A mi juicio es irrelevante considerar si esto era sólo una primera aproximación a un cambio radical, y un distanciamiento concreto de sus antiguas posiciones, para especular con *lo que hubiera dicho*. Es interesante ver este recorrido a través de los textos y quedarnos sólo con esto, con lo que fue escrito, lo demás no deja de parecerse a una hipótesis o a un deseo.<sup>8</sup>

Lo cierto es que su acercamiento al liberalismo igualitario lo llevó a reflexionar sobre ciertos problemas que tenía el liberalismo clásico en sus posiciones respecto de la autonomía.<sup>9</sup> En este sentido, y en algunos trabajos previos también, señaló el problema de los bienes escasos, sosteniendo la falta de sentido de elegir planes de vida que no se pueden materializar, dado que no tiene valor, en el contexto de una concepción liberal de la sociedad, materializar planes de vida que uno no ha elegido libremente. Sin embargo, frente a este razonamiento destaca que debemos tener en cuenta el dato de la escasez de bienes (NINO 1990b).

NINO señala que lo único que debe tomar en cuenta el Estado en sus medidas y acciones es el aspecto externo de las preferencias, que dependen de las presuntas razones que subyacen a ellas. Si lo único que debe tomar en cuenta el Estado en sus medidas y acciones es el aspecto externo de las preferencias, tales medidas no deben variar sino en función de ese aspecto externo, por ejemplo, tomando en cuenta la intensidad con que se tiene la preferencia. Esto implicaría que la acción estatal al ser ciega, en relación a la validez de la concepción del bien que subyace a las preferencias, debe ser insensible al costo de su satisfacción y distribuir recursos tomando sólo en cuenta el hecho de que los individuos tienen preferencias de grados equivalentes de intensidad, lo que llevaría a la consecuencia de que los recursos deben ser distribuidos *igualitariamente* (NINO 1990b: 30). Señala reforzando esta afirmación que el objeto de valoración es el acto mental de elegir un plan de vida y se pretende proteger esa elección individual prometiendo al individuo que, cualquiera que ella sea *alcanzará igual grado de satisfacción*. Lo que es propio del individuo es el acto de elección de un cierto plan de vida, dado que una vez que se da esa elección su concreción es algo que involucra a todos, al comprometer la contribución de todos

---

<sup>8</sup> Un camino diferente es el que recorre Roberto Gargarella, quien ve una vinculación entre las ideas penales y las democráticas en Nino. (NINO 1989b). Veo esto algo diferente, la vinculación es parcial, y Nino en el texto no pretende armonizar ambas concepciones. Por lo demás, los últimos trabajos de Nino sobre el derecho penal, refirman el punto de vista que aquí expongo (véase también GARGARELLA 2008 y 2016).

<sup>9</sup> En este sentido, Nino distingue entre dos formas claras y opuestas de pensar el liberalismo (véase NINO, 1990a).

en la provisión de los recursos para que el individuo alcance el mismo grado éxito o de goce que el resto (NINO 1990b: 31).<sup>10</sup> NINO expresamente decide no involucrar a la autonomía dentro de su propuesta vinculada con las necesidades básicas. Afirma que si se adoptara el principio de igualdad en el ejercicio de la autonomía, o sea, en el grado de satisfacción de preferencias personales, cada individuo sufriría en su propia vida el impacto de las preferencias personales de otros individuos.

Pero dejemos de lado estos textos posteriores a “*Ética y Derechos Humanos*” que marcaban claramente un cambio y volvamos ahora a “*La Constitución de la Democracia Deliberativa*” en donde NINO señala el presupuesto general del valor de la autonomía moral del que podemos derivar el principio liberal específico de la *autonomía personal, el cual proscribire la interferencia con la libre elección de ideales de excelencia personal*. Agrega que el intento de imponer ideales personales es autofrustrante y, por ende, irracional. La discusión y la decisión democrática que legitiman una imposición coercitiva, no tienen ningún *valor* epistémico cuando se refieren a ideales personales, porque el requerimiento de imparcialidad sobre el cual ese valor epistémico está basado, no es relevante para su validez (NINO 1993a: 48-9).

Pese a darle un enfoque algo diferente, incorporando también sus propias ideas sobre democracia, NINO *refirma su ideal de autonomía personal* en un sentido similar al de su obra inicial. Explica que el reconocimiento de este principio de autonomía personal, es una característica distintiva de la concepción liberal de la sociedad, que excluye el perfeccionismo, posición de acuerdo con la cual es legítima la acción del Estado que impone ideales de virtud personal (NINO 1993a: 49). Aquí es posible ver claramente, cómo pese a efectuar un desplazamiento en su pensamiento hacia una teoría liberal igualitaria, no hay ninguna modificación en la autonomía personal. Veamos ahora que otras alteraciones se producen al ingresar en este nuevo universo marcado por la democracia deliberativa.

NINO efectúa, según mi visión, una reducción en relación con la amplitud de la autonomía señalando que determina el contenido de los derechos individuales básicos, ya que de allí podemos inferir los bienes que esos derechos protegen. Esos bienes son las condiciones necesarias para la elección y realización de ideales personales y planes de vida basados en esos ideales. Estos incluyen: una vida psicobiológica, integridad corporal y psicológica, y libertad de movimientos, libertad

---

<sup>10</sup> Previamente, sin ahondar demasiado en la cuestión expresó limitándose en su afirmación que “...aquí sólo quiero decir que el principio de autonomía no permite asignar el mismo valor a la sola vida vegetativa. Alguien que se encuentra, en un estado de coma irreversible, ha perdido su capacidad potencial para elegir y satisfacer sus planes de vida, aún cuando su supervivencia sea relevante para los planes de vida de otros individuos”. (NINO 1989c: 171).

de expresión, acceso a recursos materiales, libertad de asociación, libertad de trabajo, posibilidad de tener tiempo libre y libertad de prácticas religiosas (NINO 1993a: 49).

NINO pretende aclarar respecto de esta cuestión, que el valor de la autonomía personal es, si se lo toma en forma aislada, un valor agregativo. Esto significa que cuando hay más autonomía en un grupo social aumenta el valor de éste sin tener en cuenta cómo esa autonomía es distribuida. Esto podría dar lugar a una visión contraria al liberalismo, dado que una elite podría gozar de mayor autonomía y someter al resto de una población a la esclavitud. Es aquí donde NINO introduce el principio de inviolabilidad de la persona, que funciona como un límite a la autonomía personal, para poder así alcanzar, como único propósito, el *incremento de la autonomía* de la que gozan otros individuos (NINO 1993a: 52).

Hasta aquí podemos observar una diferenciación, algo marcada desde sus principios hasta esta última obra. El principio de autonomía se reduce y se limita a partir del principio de inviolabilidad de las personas pese a que mantiene su carácter *antiperfeccionista* histórico, según la confirmación que realiza previo a introducir estos cambios. Este es el punto en el que NINO no cede y lo lleva a permanecer inmóvil ante un sistema que le exige una modificación. Es claro que la autonomía se complementa a partir del principio de inviolabilidad pero no excluye al antiperfeccionismo clásico. Veremos a continuación qué inconvenientes pueden observarse en esta formulación y de qué manera esto repercute o debería hacerlo, según mi opinión en su teoría del castigo penal.

### C. Los costos de la democracia deliberativa

Es difícil poder ingresar en alguna consideración en detalle sobre la teoría democrática de NINO sin analizarla ampliamente. Mi objetivo aquí es más modesto. Me interesa remarcar algunas cuestiones que resultan difíciles de resolver desde la democracia deliberativa planteada por NINO. Me refiero en concreto a poder armonizar el peso fuerte que tiene (y debería tener) la autonomía en su teoría de la responsabilidad penal con el valor que debería asignarle en una teoría de la democracia deliberativa.

En primer lugar, quiero poner en duda la intangibilidad del principio de autonomía en una democracia deliberativa. En este aspecto, desde una óptica igualitarista como hemos visto, NINO pretende un piso mínimo de igualdad como un prerrequisito suficiente para la discusión pública, abierta, que construya el proceso de deliberación democrática. Sin embargo, creo que este ideal de dar y

recibir razones imparcialmente requiere de un igualitarismo algo más fuerte al que plantea. El pre compromiso que requiere una teoría de la democracia de las dimensiones que plantea su trabajo, exige mayores grados de igualdad para asegurar una participación amplia. En este sentido, un mínimo de recursos para quien se encuentra sumergido en la pobreza más profunda, podría resultar un paliativo que no alcance para estar en condiciones de enfrentar una discusión abierta acerca de cuestiones relevantes dentro de un sistema democrático. Sería difícil exigirle a quien carece de condiciones de vida al menos, confortables, que deje de lado sus propias necesidades para debatir sobre cuestiones más generales y de alcance más amplio.<sup>11</sup>

Un mínimo de igualdad no alcanza para afianzar un sistema como el predicado por NINO, es necesario un piso de igualdad bastante más amplio, para desarrollar la autonomía de estos individuos pertenecientes a los estratos más desaventajados de la sociedad. El cumplimiento de las necesidades básicas de comida y salud para un individuo no presuponen que sea posible su participación en el debate público. Quien debe recurrir a medios excesivamente onerosos para obtener la información deseada para debatir, también estará excluido. Con un ejemplo: quien quisiera conocer las posiciones sobre un debate “X” en el que quisiera participar, debería tener acceso a algún medio de comunicación, en algunos casos incluso a más de uno, lo cual no siempre es posible.<sup>12</sup>

Pero volviendo a la cuestión de la igualdad resultaría difícil mantener este ideal de igualdad pensando en la autonomía como antiperfeccionismo, esto es, la idea de autonomía como prohibición de interferencia estatal a menos que haya un daño. En ese punto es donde la equiparación entre las acciones y omisiones deberían tomar más cuerpo, lo que debería llevar a NINO a un concepto más amplio de autonomía que considere las ausencias de acciones estatales como relevantes.<sup>13</sup>

La autonomía se construye con la necesidad de evitar que el Estado me imponga planes de vida, pero también se conforma con su ayuda para desarrollar mi propio

---

<sup>11</sup> Acerca de esta cuestión, no puedo efectuar una separación tan clara a partir de la distinción entre “derechos a priori” y “derechos a posteriori” (NINO 1989a: 406) como la que efectúa en algunos trabajos para compatibilizar una teoría robusta de los derechos y una teoría deliberativa de la democracia (MAURINO 2008). Creo que este ajuste, como lo llama Maurino, no resuelve la cuestión de la tensión entre derechos y democracia, la que por otra parte, no será tratada aquí.

<sup>12</sup> Su acercamiento a la aceptación de los derechos sociales, constituye un nuevo punto de separación de sus orígenes en el liberalismo clásico y una forma de refirmar su condición de liberal igualitario (NINO 1993c). Este acercamiento fue por demás provisional, pero lo comienza a construir a partir de su equiparación entre acciones y omisiones que pensara originariamente para el derecho penal (NINO 1979).

<sup>13</sup> En este sentido, es posible notar que aquella primera formulación de NINO en el derecho penal que vinculaba al daño con la autonomía ya no puede ser defendida de la misma manera. Es por ello, según entiendo, Nino altera el orden de importancia y se centra en la autonomía relegando al daño concreto.

plan de vida. En este punto, la autonomía debería ser más extensa si mi participación es indispensable como parte de un modelo democrático como el propuesto por NINO. Sin embargo, es aquí en donde la tensión entre las dos teorías que he mostrado se hace más evidente. A esta exigencia de mayor igualdad que expone NINO, necesaria para fundar su teoría de la democracia deliberativa habría que agregarle mayor igualdad también a su tesis de la responsabilidad penal. Quizá esta pudiera ser la cuenta pendiente de aquéllos quienes se encuentran comprometidos con ciertos ideales igualitarios y su vínculo con el castigo penal. Trato de dar algunos argumentos más en la siguiente sección.

### 3 ¿El liberalismo sólo como antiperfeccionismo?

Creo que la cuestión central está en plantear que no es posible afirmar que la autonomía, pensada sólo como una herramienta antiperfeccionista, puede fundar tanto una teoría de la democracia deliberativa como una teoría de la responsabilidad penal o al menos, no en la dirección en que lo hace NINO. El problema con esta formulación es que en un comienzo, su definición de autonomía aparece como un derivado del principio de daño. Sin embargo, según hemos visto, NINO se ve obligado a cambiar porque el principio de daño primero tiene que tener una previa delimitación de derechos de la persona. Es decir, no es que el principio de daño es el reflejo de la autonomía, sino que la autonomía es un presupuesto del daño.<sup>14</sup>

Entiendo que fue esta preocupación de evitar el perfeccionismo moral que hizo que NINO se viera decidido a construir su pensamiento a partir de esta premisa a la que pretendió enfrentar. En este sentido, tal como lo señalé previamente, quizá debería haber una ampliación de la autonomía para lograr una revitalización de la igualdad y así fundar de forma plausible su teoría de la democracia deliberativa. Esto es, debe haber una igualdad determinada como prerequisite de una autonomía personal. Se trata de intentar balancear la suerte constitutiva (NAGEL, 1976) o los resultados de la lotería natural (RAWLS, 1971) de algunos individuos como para poder asegurarles la posibilidad de elegir su plan de vida de acuerdo a sus verdaderos sentimientos, con un criterio intersubjetivo. Sin embargo este ajuste también requeriría una modificación en la concepción de autonomía que presentó en su teoría de la responsabilidad penal. Allí, las bases igualitarias, que propone NINO en su teoría democrática, tendrían que jugar un rol relevante que en el derecho penal actual no tienen. En general, y hasta

---

<sup>14</sup> Debo esta aclaración a Santiago Roldán.



“La Constitución de la Democracia Deliberativa”, el orden de prioridades en NINO siempre fue *autonomía* → *igualdad*. Recién en este último paso, los pone en un pié de igualdad y establece una regla *autonomía* ↔ *igualdad*. Esto coincide con su decisión de abandonar cierto liberalismo clásico y adoptar una posición liberal igualitaria.

Más allá de mi propias especulaciones acerca de lo que debió hacer o pensar NINO, lo cierto es que la comparación entre ambas teorías es posible hacerlas en paralelo a partir de que sus últimos dos libros se refieren a estos dos temas (NINO 1993a; NINO 1993b). Allí, NINO, evoluciona hacia la democracia deliberativa y el liberalismo igualitario, pero deja latente el antiperfeccionismo original, tanto en su teoría democrática como en su nueva formulación acerca del castigo penal.

Hasta aquí mis dudas respecto de la autonomía como elemento central de la teoría de NINO. En resumen, creo que la reducción que realiza NINO está relacionada íntimamente con su acercamiento al liberalismo igualitario. Sin embargo, su ideario de que la igualdad esté dado por ciertos bienes básicos y su inclinación por mantener a la autonomía como un símbolo del no perfeccionismo, dificultan la posibilidad de entender el sistema como una formulación sin puntos débiles. En este sentido, su vehemencia en rechazar cualquier intromisión estatal en la formación de planes de vida como base de la autonomía personal, no han sido compensados con las acciones positivas que deben realizar los Estados para lograr un piso de igualdad tal que la discusión democrática sea abierta y fructífera.

Tal como lo anticipé, mi interés era poder ver la evolución en su pensamiento en relación a la autonomía personal, y observar que este concepto ha quedado más o menos anclado, pese a su expansión posterior, a sus primeras ideas en relación con el liberalismo clásico-antiperfeccionista que supo sostener desde sus primeras producciones académicas. Mi intención fue además presentar apenas una muestra de la riqueza de la obra de NINO. Habría mucho que decir sobre las relaciones entre su pensamiento respecto del castigo penal y la democracia, por ejemplo con relación a su *teoría consensual de la pena*. Hemos podido ver también que su escasa influencia en el campo del derecho penal, no se debe a las limitaciones de sus propuestas o a su falta de profundidad, sino, por el contrario a nuestras propias carencias.

