

PARMIGIANI, MATÍAS

Intersubjetividad y autorreferencialidad en la teoría ética de C.S. Nino

Diánoia, vol. LVI, núm. 66, mayo, 2011, pp. 105-139

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=58433538005>

# Intersubjetividad y autorreferencialidad en la teoría ética de C.S. Nino

MATÍAS PARMIGIANI

Universidad Nacional de Córdoba

Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET)

matias\_parmigiani@yahoo.com.ar

**Resumen:** En *El constructivismo ético*, C.S. Nino sostuvo que “la discusión y la decisión intersubjetiva es el procedimiento más confiable de acceso a la verdad moral”. Esta tesis epistémica sobre el conocimiento moral posee claramente un costado político: a los fines de atender imparcialmente los intereses de todos los integrantes de una comunidad, “el intercambio de ideas y la necesidad de justificarse frente a los demás” acrecientan las posibilidades de éxito. Por el contrario, bastante menos claro resulta determinar en la obra de Nino las derivaciones de semejante tesis en lo tocante a la dimensión autorreferencial de la moralidad. Intentando llenar este vacío, exploraré en el presente trabajo las relaciones que deberían mediar entre la práctica social del discurso moral y el descubrimiento y la justificación de los ideales de conducta autorreferenciales.

**Palabras clave:** deliberación moral, autonomía, liberalismo, perfeccionismo

**Abstract:** In *El constructivismo ético*, C.S. Nino pointed out that “discussion and inter-subjective decision is the most trustable procedure when trying to arrive to moral truth”. This epistemic thesis about moral knowledge clearly embraces a political assessment: in order to succeed at impartially satisfying the interests of everyone in a community, “the interchange of ideas and each person’s necessity to justify in the face of the others” play a pivotal role. On the contrary, when the task in question is related to the auto-referential dimension of morality, the derivations of that thesis in Nino’s work become certainly unclear. By attempting to overstep this bound, I will explore in the present paper the connection that is supposed to exist between the social practice of moral communication and the discovery and justification of the auto-referential principles of behavior.

**Key words:** moral deliberation, autonomy, liberalism, perfectionism

## 1 . Introducción

Cuando autores como J. Habermas, K.-O. Apel, A. Wellmer, J. Rawls o S. Benhabib afirman que la práctica moral es esencialmente intersubjetiva, a lo que hacen referencia es al hecho de que la discusión y la decisión “entre todos” han devenido, para la razón humana —quizá luego de transitar por senderos que ya ni la memoria colectiva podría rastrear—, en la forma más adecuada de indagar acerca de la pregunta

socrática de cómo vivir (cfr. Williams 1997, p. 15). En *El constructivismo ético*, el renombrado autor argentino C.S. Nino, compartiendo una intuición similar, formuló la siguiente tesis epistémica:

La discusión y la decisión intersubjetiva es el procedimiento más confiable de acceso a la verdad moral, ya que el intercambio de ideas y la necesidad de justificarse frente a los demás no sólo amplía el conocimiento y permite detectar fallas de razonamiento sino que principalmente permite determinar la satisfacción del requisito de atención imparcial de los intereses de todos, bajo el presupuesto de que no hay mejores jueces de los intereses involucrados que los mismos afectados que participan en el proceso colectivo de discusión. (Nino 1989, p. 105)

Para Nino, pues, a fin de “reducir los conflictos entre los individuos y facilitar la cooperación” (Nino 2007a, p. 99), sólo una práctica dirigida “a obtener una convergencia en acciones y actitudes” (Nino 2007a, p. 109) puede resultar fructífera y tal es la función característica del discurso moral y que otras prácticas como el derecho mismo no acierran a cumplir con la contundencia necesaria. ¿Cómo lo logra exactamente? Contesta Nino:

A través de una aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a acciones de otros. Éste es el rasgo de autonomía de la moral, que fue insuperablemente señalado por Kant al sostener que lo que da valor moral a la acción no es el miedo o la inclinación sino el respeto voluntario a la ley, que convierte al agente en su propio legislador. (Nino 2007a, p. 109)

Desde lo que podríamos denominar un punto de vista estrictamente político de la moralidad, resulta bastante claro establecer cuál es el papel insustituible que, para Nino, cumpliría el intercambio discursivo: prescindiendo de él, la imparcialidad permanecería en el horizonte sociohistórico de la modernidad como un ideal quizá válido, pero prácticamente inasequible. Empero, al lado de la dimensión política de la moralidad convive una dimensión autorreferencial, que se relaciona con lo que atañe personalmente a cada uno. En esta dimensión, determinar cuál es el papel exacto que Nino le asigna al intercambio discursivo no parece ser tan simple.

Por lo que sabemos del constructivismo ético que él defiende, la participación en los procesos sociales de intercambio discursivo tendería a ser no sólo la manera más confiable de acceder a la verdad moral relativa a todos nosotros, esto es, aquella que debería gobernar nuestro

comportamiento respecto de los demás, sino también la manera más confiable de acceder a la verdad moral relativa a cada uno de nosotros, la verdad moral autorreferente, la que debería regir el trato con nuestro propio yo (cfr. Nino 1989, p. 110; 1994, p. 176). Dos cosas son, además, bastante claras: por una parte, la preeminencia ontológica que Nino confiere a la práctica social discursiva en relación con los preceptos de la moral positiva; y, por la otra, el orden de prioridad epistémico que le otorga a la reflexión colectiva sobre asuntos morales por encima de la reflexión individual, sin dejar de reconocer la importancia de esta última. Sin embargo, la cuestión de cómo cabría conjugar la práctica social discursiva y la reflexión individual en relación con los preceptos de la moral autorreferente resulta por demás oscura, y sobre ella los escritos de Nino guardan un silencio asombroso.

En su tesis doctoral *Derecho y razonamiento práctico en C.S. Nino*, luego de advertir que “el constructivismo epistémico en la concepción de Nino se limita al ámbito de la moral intersubjetiva”, V. Roca Pérez se refirió a la misma cuestión como un problema abierto:

Viviendo como vivimos los seres humanos en sociedad y teniendo como tienen nuestras acciones y omisiones consecuencias en los planes de vida de otros seres humanos, ¿cuál es el ámbito en el que el sujeto puede desarrollar su plan de vida sin entrar en consideraciones acerca de la aceptación en condiciones de imparcialidad de sus juicios morales? ¿Dónde está, en definitiva, el umbral que separa la moral personal de la moral intersubjetiva? (Roca Pérez 2005, p. 497)

El objetivo principal de este trabajo consistirá en arrojar ciertas pistas que permitan comenzar a zanjar esta cuestión. Como tendremos oportunidad de comprobar acto seguido, existe en Nino una voluntad declarada de resolver el problema planteado por Roca Pérez en un sentido bastante definido. Aunque tal solución dista de ser convincente, no por eso es menos cierta. Tras explorar críticamente la propuesta de Nino, detectando los principales errores en que incurre, realizaré un diagnóstico de los motivos que pueden haberlo impulsado a encaminarse en esa dirección. Hacia el final presentaré un enfoque alternativo que, abreviando en lo que han sostenido algunos autores republicanos como Habermas, Benhabib, Ch. Larmore, y aun el propio Nino, resulte más consistente con respecto al constructivismo ético y a la centralidad otorgada por él a la práctica social del discurso moral.

## 2. Un resultado curioso: el principio de autonomía auténticamente liberal

En “Reconciliación mediante el uso público de la razón”, polemizando con Rawls a propósito de dónde resultaba conveniente establecer las fronteras entre lo público y lo privado, Habermas se manifestó de la siguiente manera:

Trazando semejante frontera *a priori* entre la autonomía privada y la autonomía pública Rawls contradice [...] la experiencia histórica, especialmente la circunstancia de que las variables fronteras entre la esfera privada y la pública siempre han sido problemáticas desde el punto de vista normativo. También en el desarrollo del Estado social se puede observar que las fronteras entre la autonomía privada y la pública de los ciudadanos son fluidas y que el trazado de tales fronteras tiene que estar a disposición de la formación de la voluntad política de los ciudadanos, si es que éstos han de tener la posibilidad de reclamar el “justo valor” de sus libertades subjetivas frente a la justicia y la legislación. (Habermas 1998, pp. 68–69)

Habermas sostiene que “la autonomía privada y la autonomía pública de los ciudadanos se presuponen recíprocamente” (Habermas 1998, p. 70) y que la primera se hace valer fundamentalmente en la esfera pública. Esta es, si se quiere, la premisa central de su republicanismo.

Asimismo, en absoluta consonancia con esta línea, Seyla Benhabib afirmó:

La política democrática cuestiona, redefine y renegocia las divisiones entre lo bueno y lo justo, lo moral y lo legal, lo privado y lo público. Porque estas distinciones, tal como han sido establecidas por los Estados modernos al concluir luchas sociales e históricas, contienen dentro de sí el resultado de compromisos de poder históricos. (Benhabib 2006, p. 117)

Sabemos que Nino le ha adjudicado a la práctica de la moral discursiva un papel central en su teoría (cfr. Nino 1989, p. 110; 1994, p. 176; además, Nino 1997, pp. 160–166).<sup>1</sup> Pues bien, ¿no sería de esperar que también ella fuera la encargada de ir trazando los límites entre lo

<sup>1</sup> Aquí bien vale la aclaración de que los pasajes aludidos representan tan sólo un grupo minúsculo elegido aleatoriamente entre una pluralidad mucho más vasta de pasajes que destacan la centralidad de esta práctica. De hecho, no existe un solo lugar en la obra ética tardía de Nino en el cual no esté por lo menos presupuesta de forma implícita esta centralidad. Una evaluación independiente de la mía, pero con resultados igualmente confirmatorios, podrá hallarse, por ejemplo,

público y lo privado, entre la intersubjetividad y la autorreferencialidad? A pesar de las grandes similitudes que podrían trazarse entre las premisas de las que parte Nino y las premisas de las que parte alguien como Habermas (o Benhabib), las derivaciones que uno y otro infieren de ellas resultan, como veremos, notoriamente disímiles.

En *Ética y derechos humanos*, no obstante haber reafirmado una y otra vez la centralidad que posee esta práctica, Nino viene a postular la existencia de un principio de autonomía de la persona *auténticamente liberal*, el cual, y esto es lo realmente novedoso en el actual contexto, “presupone una distinción entre dos dimensiones o áreas de la moral”:

La moral “auto-referente” que prescribe o prohíbe ciertas acciones y planes de vida por los efectos que ellas tienen en el carácter moral de su propio agente según ciertos modelos de virtud, y la moral social o “intersubjetiva” que prescribe o prohíbe ciertas acciones por sus efectos respecto del bienestar de otros individuos distintos de su agente. (Nino 2007a, p. 229)

El *principio de autonomía liberal* (o PAL, como lo denominaré en adelante) posee dos aspectos. En su aspecto positivo, el principio prescribe “valorar positivamente la autonomía de los individuos en la elección y materialización de planes de vida, o en la adopción de ideales de excelencia que forman parte de la moral auto-referente y que están presupuestados por aquellos planes de vida” (Nino 2007a, p. 229). En su aspecto negativo, en cambio, el principio proscribe “al Estado, y en definitiva a otros individuos, interferir en el ejercicio de esa autonomía” (Nino 2007a, p. 229), esto es, en “la libre elección y materialización de ideales de vida que son parte de la moral autorreferente” (Nino 2007a, pp. 234–235). De forma repentina, el papel que incluso aquí deberían desempeñar naturalmente los otros —o al menos esto es lo que uno estaría inclinado a esperar que Nino dijera— aparece claramente restringido.

El resultado se torna todavía más curioso si tenemos en cuenta que, en referencia al aspecto positivo, Nino dice lo siguiente: “Es fácil advertir que esta autonomía que el principio valora positivamente es parte de la autonomía en el sentido de Kant, y que se manifiesta en la libre en Williams 2004, p. 69, donde, además de volver a subrayarse la centralidad de la práctica social del discurso moral en la obra de Nino, se formula una crítica de la misma. Adicionalmente, trabajos como los de E. Barbarosch, J.J. Moreso, S. Álvarez, M. Iglesias Vila, H. Spector, A. Oquendo o R. Gargarella, aparecidos en el libro *Homenaje a Carlos S. Nino* (Alegre, Gargarella y Rosenkrantz 2008), y una numerosa cantidad de ensayos dispersos sobre el autor resultan por igual confirmatorios al respecto.

elección no sólo de pautas que hacen a la moral auto-referente, sino también de cualquier otra pauta moral, incluyendo las que integran la moral intersubjetiva" (Nino 2007a, p. 230). De estos dos sentidos de autonomía, agrega, el sentido kantiano es el más amplio y abarca o comprende el sentido de PAL. La prioridad otorgada al aspecto positivo del principio, entonces, vuelve a parecer indudable.

Antes de llegar a la formulación de PAL, no hubiera resultado nada fácil detectar en el recorrido intelectual de Nino una alusión tan explícita a la existencia de dos tipos de moralidades. El discurso moral, entendido como "una técnica para convergir en ciertas conductas y en determinadas actitudes" (Nino 2007a, p. 103), según la definición perteneciente a *Ética y derechos humanos*, ese mismo discurso al que en un escrito póstumo se alude como una práctica argumentativa "acoplada a la moral positiva de diversas sociedades de Occidente" y difundida por el Renacimiento y la Ilustración (Nino 1994, p. 49), apareció siempre como una práctica uniformemente crítica, en donde la uniformidad venía dada por el valor de "autonomía electiva".<sup>2</sup> Sólo porque esta práctica social discursiva estaba comprometida como ninguna otra con ese valor era que ella podía desempeñar el papel de evaluar todas las otras prácticas y mantenerse firme en este propósito. ¿Por qué ahora se ve Nino en la obligación de subdividir esta práctica en dos aspectos? Tal vez un somero repaso histórico ayude a obtener una respuesta.

### 3 . *Un criterio hermenéutico para leer a Nino*

Dos compromisos fundamentales, podría decirse, marcaron a fuego la obra de Carlos Nino. Uno de ellos, al que ya me he referido en la introducción, es justamente el que se plasma en el aspecto positivo del principio de autonomía. Temporalmente, se trata de un compromiso más tardío en la carrera de Nino, el cual, si bien aparece enunciado en los primeros trabajos del autor, de marcada orientación penal, se refleja especialmente en los pasajes que tratan sobre la justificación moral del derecho y, en particular, sobre la estructura del razonamiento jurídico que practican los jueces. Posteriormente, ese compromiso se transformaría en el epicentro sobre el que girarán no sólo *El constructivismo ético* y *Ética y derechos humanos*, a mi juicio los dos trabajos centrales de Nino, sino además sus obras póstumas *La constitución de la democracia*

<sup>2</sup> Véase Nino 2007a, p. 222, donde el autor estima más valiosa la "capacidad de optar entre diversos planes de vida" que la "capacidad de satisfacer las preferencias adoptadas".

*deliberativa y Derecho, moral y política.* En todos estos casos, el compromiso asumido parece corresponderse con una adhesión que poseería verdaderos visos ontológicos: todo el orden de las razones morales al que podemos apelar para justificar una acción —viene a constatar Nino asertóricamente— se desprende de lo que cabría denominar la “práctica social del discurso moral”, una instancia que sería tan básica que no parece posible para nadie sustraerse a su dominio.

El otro compromiso, en cambio, cronológicamente más antiguo, fue consolidándose de forma paulatina durante la época en que la mayoría de los trabajos de Nino versaban sobre cuestiones de derecho penal y halló su culminación definitiva, sin duda, en *Los límites de la responsabilidad penal*. Se trata, en resumidas cuentas, de un compromiso de naturaleza ético-política y que debe su origen e inspiración al liberalismo postulado en *On Liberty*, el muy conocido ensayo de J.S. Mill. Por lo mismo, más que visos ontológicos, lo que parece verificarse en él es una adhesión de tipo doctrinal o normativo.

Como todos sabemos, el enemigo acérrimo del liberalismo político suele estar vinculado al denominado perfeccionismo estatal. En *Los límites de la responsabilidad penal*, obra a la que el propio Nino subtitula *Una teoría liberal del delito*, el combate librado contra esa doctrina aparece plasmado explícita o implícitamente en la mayoría de sus páginas. Pero esto no ocurre sólo aquí; también en *Ética y derechos humanos* se constata una lucha sin cuartel. Allí mismo, si vamos al caso, Nino pudo resumir el credo perfeccionista con las siguientes palabras:

Es una misión legítima del Estado hacer que los individuos acepten y materialicen ideales válidos de virtud personal. Según este enfoque, el Estado no puede permanecer neutral respecto de concepciones de lo bueno en la vida y debe adoptar las medidas educativas, punitorias, etc., que sean necesarias para que los individuos ajusten su vida a los verdaderos ideales de virtud y del bien. (Nino 2007a, p. 413)

Contra esta doctrina, el *liberalismo antiperfeccionista* que defendía Nino se apoyaba en el “principio de daño” de J.S. Mill, que estipula “que el único propósito por el cual el poder puede ser legítimamente ejercido contra cualquier individuo de la sociedad civilizada en contra de su voluntad, es el de prevenir el daño a terceros”, y que fuera recogido, por ejemplo, en el artículo 19 de la Constitución de Argentina.<sup>3</sup> Con-

<sup>3</sup> “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.”

forme este principio, afirmaba Nino en *Los límites de la responsabilidad penal*, “el derecho no debe endosar ideales de excelencia humana, discriminando a la gente por su virtud o valor moral o por la calidad de su modo de vida; el derecho debe tratar por igual al moralmente puro y al depravado, juzgándolos sólo por el valor de sus acciones” (Nino 1980, p. 287).<sup>4</sup> Si prestamos atención, este segundo compromiso es el que se manifiesta en el aspecto negativo del principio de autonomía previamente aludido.

Tal como muchos notarán, ni siquiera un criterio hermenéutico tan amplio como éste probablemente esté exento de cierta arbitrariedad. Rastrear semejantes compromisos exige algo más que un análisis por-menorizado caso por caso. Demanda la tarea, parafraseando a Gadamer, de embarcarnos en una ardua espiral hermenéutica que vaya del todo a las partes y de las partes al todo intentando encontrar en cada trayecto el sentido que dé coherencia a una completitud textual. ¿Cómo hacerlo, pues, tratándose en este caso no de un texto, sino de un conjunto de ellos? ¿Y cómo hacerlo, además, si entre la escritura de una obra como *Los límites de la responsabilidad penal* y la de, digamos, *La constitución de la democracia deliberativa*, media una brecha temporal superior a la década?

Por fortuna, la increíble honestidad intelectual del autor obra aquí a nuestro favor. Además de haber sido un hombre de “amplio espectro” (O. Fiss) y un “estadista práctico” (R. Dworkin),<sup>5</sup> como lo catalogaron algunos de sus más respetables colegas, Nino fue, por sobre todas las cosas, un filósofo comprometido como pocos con el valor de la coheren-

<sup>4</sup> En *La política vernácula*, Will Kymlicka ofrece una caracterización del liberalismo anti-perfeccionista que, bajo una mirada desatenta, podría llegar a confundirse con la definición anterior. Según el liberalismo de Kymlicka, entonces, “el Estado no debe justificar sus acciones por referencia a alguna pública jerarquía del valor intrínseco de las diferentes formas de vida (siendo respetuosas con la justicia), ya que no existe jerarquía pública a la que referirse” (Kymlicka 2003, p. 391). Sin embargo, el liberalismo político de Nino pertenece a un tipo muy distinto pues, aun creyendo necesario limitar las funciones del Estado, piensa que lo hará mejor apartándose del escepticismo valorativo y abrazando el valor supremo de la autonomía personal. En más de una ocasión Nino ha insistido, para distanciarse de autores como Kymlicka, que su liberalismo “no es relativista respecto de las concepciones del bien sino que respalda una concepción según la cual la autonomía de elegir y materializar planes de vida es valiosa en sí misma, más allá de cualquier preferencia subjetiva de las personas por tal autonomía” (Nino 2007d, p. 58).

<sup>5</sup> Ambas referencias se hallarán, por ejemplo, en la contratapa de cada uno de los tomos de ensayos que integran la colección “Los escritos de Carlos S. Nino”, publicada recientemente por Editorial Gedisa. Véase, por caso, Nino 2008b.

cia argumentativa, habiéndose alzado con la virtud de repasar en cada uno de los nuevos trabajos que iba publicando los resultados previamente alcanzados. Por encima de la amplitud temática que exhibe su obra, que abarca disciplinas tan diversas como el derecho, la filosofía, la política, la ética y la teoría de la acción, lo que de modo ejemplar se constata en ella es un clamor por la unidad. Así, por retomar el hilo del inicio, al tiempo que en las obras tempranas se advierte cómo habría comenzado a gestarse ingentemente la idea de aquella práctica social que recién más tarde lograría desarrollarse en toda su dimensión, en las obras tardías se verifica un esfuerzo inusitado por justificar, a la luz de los nuevos descubrimientos, el liberalismo político previamente asumido.

Sin embargo, y contrariamente a lo que podrá imaginarse, no creo que Nino haya triunfado en esta cruzada intelectual. Sin importar cuán arduo haya sido su empeño por dotar a su obra de consistencia unitaria, al fin y al cabo, según intentaré mostrar, Nino fracasa. A esto, desde luego, mucho debe haber contribuido la temprana fecha de su muerte. Quizá Nino fue perfectamente consciente de las principales dificultades que estaba enfrentando y algunos pasajes de sus últimos escritos no harían más que confirmarlo. En concreto, lo que llama poderosamente la atención es cómo, a los efectos de superar ciertas objeciones formuladas en contra de su teoría liberal del Estado, sobre todo las provenientes del comunitarismo, se vio obligado a introducir una serie de conceptos de dudosa ascendencia filosófica.<sup>6</sup> Pero en otra oportunidad habrá tiempo de llegar ahí. Por el momento, lo que debe interesarnos es qué valor real está en condiciones de aportar la tan mentada autorreferencialidad de una norma, principio o acción al valor de autonomía ya presupuestado por el propio discurso.

#### *4. Autonomía autorreferencial no restringida*

En una conferencia dictada en 1993 y a la que tituló “Positivismo y comunitarismo: entre los derechos humanos y la democracia”, Nino volvió a insistir sobre el valor de la autonomía autorreferencial que el principio del daño de Mill intentara capturar mucho tiempo antes. Como en trabajos anteriores, esta autonomía aparecía ligada de nuevo al “valor general de la autonomía moral, que se refiere al valor de actuar sobre la base de cualquier principio moral libremente aceptado” (Nino 2007c, p. 177), sólo que con una importante salvedad: lo que antes se había

<sup>6</sup> Idéntica consideración se encuentra en Gargarella 2008, p. 215.

definido como un “valor más específico”, referido meramente al hecho “de actuar sobre la base de principios e ideales morales autorreferenciales” (Nino 2007c, p. 177), ahora aparece caracterizado, además, como un valor “no restringido” (*unrestrained*, en el texto original).<sup>7</sup> Dado que el objetivo primordial sigue siendo allí, aparentemente, el de mantener la vida de las personas al resguardo de la amenaza representada por el demonio perfeccionista, tengo la sospecha de que al caracterizar así el valor de autonomía, *a priori* y como si se tratara de un valor absoluto, Nino sólo puede estar buscando una manera de doblar la apuesta.

Ahora bien, qué haya querido significar exactamente Nino mediante la alusión a un valor como éste resulta una cuestión por demás oscura y difícil de desentrañar, habida cuenta no sólo de la insuficiente evidencia que ofrecen sus textos, sino también porque la bibliografía general disponible sobre la materia tampoco resulta especialmente clara ni abundante. En una conferencia dictada en 1992, sin embargo, Nino pareció haber hecho un esfuerzo por despejar las dudas. Entre otras cosas, distinguió allí entre (a) el “principio general de autonomía moral”, (b) un derivado de él, al que denomina “principio más restrictivo de autonomía personal” y que no sería otra cosa que una cláusula que “autoriza a restringir la elección de ciertos modelos morales cuando su adopción tenga consecuencias que afecten a elecciones similares de otra gente” (Nino 2008b, p. 87), y, ahora sí, nuevamente, (c) “el principio no restringido de la autonomía personal”, sobre el cual sólo dice “que *prohibe interferir en las elecciones de ideales personales* del resto de la gente” (Nino 2008b, p. 87).

Dos acotaciones merecen formularse acerca de este pasaje, una formal y otra sustantiva. Lo primero que debe decirse es que no resulta en absoluto transparente el significado de los términos “interferir” y “restringir” empleados en las fórmulas, ni tampoco si, para empezar, ellos son intercambiables. Suponiendo que éste fuera efectivamente el caso,

<sup>7</sup> Al respecto, véase también Nino 2008b, p. 87. Con fundada preocupación, uno de los dictaminadores de este trabajo me hizo notar que la idea de que la autonomía en el ámbito de la moral autorreferente representa un valor no restringido es una idea cuyo significado todavía requeriría una explicación. En lo que a mí respecta, comparto esta apreciación. Desafortunadamente, dado que es justamente Nino —y no yo— quien alude a este valor sin formular aclaraciones adicionales sobre su significado, no hay demasiado que pueda hacer al respecto más allá de presumir el motivo que pudo haberlo movido a recurrir a él. No obstante, puesto que se trata de un punto que juzgo crucial en la teoría ética de Nino, he intentado articular, si bien a tientas, una suposición de lo que este valor podría llegar a significar. A todo aquél que comparta la preocupación de mi dictaminador espero que puedan serle de utilidad las disquisiciones que paso a desarrollar a continuación.

como una lectura apresurada permitiría vislumbrar, entonces parecería desprenderse que la definición de la “autonomía no restringida” tal como figura en (c) pecaría de ser claramente circular (en efecto, pasaría a definirse la autonomía no restringida como aquélla que, prohibición mediante, no puede ser restringida). En cambio, si los términos no fueran intercambiables —única alternativa en la que podría sustentarse una defensa consistente de Nino—, lo que por lo menos se requerirá es una explicación de qué debemos entender por “interferencia”, tema sobre el que ya volveré un poco más adelante.

Lo importante ahora es que detrás de esta primera cuestión, más bien semántica y no por eso menor, se esconde una cuestión netamente sustantiva, relacionada con el modo tan peculiar de concebir la moralidad que Nino deja entrever. Esta cuestión es tan crucial que prescindir de su tratamiento puede impedir que comprendamos el modo como Nino terminará por resolver la otra. En el ámbito jurídico, por obra de Binding y Kelsen sabemos que una ley penal consta de dos partes: 1) una disposición legal (o norma primaria, según la notación de Kelsen) que prescribe una pena para una conducta y que por lo mismo se halla dirigida a los órganos aplicadores del derecho; y 2) una norma que prohíbe la conducta en cuestión (o norma presupuesta, según Kelsen) pero que, por lo general, no está legislada explícitamente: esta norma está dirigida a los ciudadanos en general y su transgresión es la que fija la condición de aplicación de las sanciones jurídicas. Pues bien, lo que deseo mostrar ahora es que si tomamos la precaución de leer el extracto de la conferencia de Nino anteriormente citado con la ayuda de este esquema, hay una conclusión que se desprende como un corolario natural: el autor se habría valido de la analogía jurídica para explicar lo que acontece en el ámbito moral.<sup>8</sup> Vistas las cosas de esta manera, no puede ser casual que Nino haya elegido para redactar la cláusula de autorización contenida en el principio general (b) una fórmula con similitudes tan notables con la disposición legal o norma primaria tal como fueron concebidas por Binding y Kelsen, ni que para redactar el

<sup>8</sup> Que Nino era consciente de la relevancia de estas teorías se pone especialmente de manifiesto, por un lado, en Nino 1980, p. 47, donde alude a la llamada “teoría de las normas” de Binding y formula una explicación de la misma; y también más adelante, cuando confiesa su inclinación “a adoptar una manera de hablar que rescata algunas ventajas pragmáticas que se presentan en el lenguaje continental de la antijuridicidad desde que Binding propuso su ‘teoría de las normas’, desechando al mismo tiempo la metafísica que se esconde tras ese lenguaje” (Nino 1980, p. 328). Por otro lado, sobre la referencia no menos concesiva a la teoría kelseniana y a su particular modo de presentar las normas como directivas orientadas a los jueces, véase especialmente Nino 2008c (ensayo escrito en 1969).

principio no restringido de autonomía (c) haya utilizado un lenguaje cuya coloratura gramatical sea exactamente la misma que la que marca a la norma presupuesta.

Una vez que llegamos a percibir la presencia de esta analogía en el escrito de Nino, la pregunta que deberá responderse prioritariamente es qué sentido puede tener concebir un principio tan básico de la moralidad como si se tratara de una cláusula de autorización capaz de conferir ciertas facultades (de interferencia) a posibles aplicadores o, yendo al caso del principio no restringido, como si consistiera en una medida coactiva dirigida preventivamente a un grupo de destinatarios (ciudadanía). En otras palabras, ¿tiene sentido hablar como si el modelo del derecho fuera trasladable sin solución de continuidad al ámbito moral? ¿Es acaso posible imaginar que en el ámbito de la moralidad haya aplicadores y coaccionados de un mandato en el mismo sentido en que los hay en el ámbito jurídico? Según una opinión bastante consolidada, no hay lugar para el optimismo.<sup>9</sup> Al igual que la coacción jurídica, la coacción moral también suele estar referida a las actitudes o acciones de otros seres humanos, especialmente si adopta la forma de la censura, la alabanza o la exhortación. Pero el castigo típicamente moral es el que procede por el “reproche de conciencia” y aquí el rendimiento que la analogía jurídica podría llegar a aportarnos en la comprensión del fenómeno moral se torna más bien limitado.

Ya de vuelta a la primera acotación, sería interesante comprobar, aún ciñendo el análisis al reducido marco jurídico (y, repito, no creo que ésta fuera la intención de la teoría ética de Nino), qué tipos de “interferencia” o “restricción” sobre los sujetos deberíamos desechar de antemano por considerarlos teóricamente implausibles. Según mi modesto entender, hace ya tiempo que se ha demostrado por qué mal podría pretenderse todavía que conceptos de esta naturaleza se pusieran en funcionamiento con base en el modelo un tanto simplista fundamentado en la idea de una coacción estatal irrebatible. Numerosos trabajos de autores como Foucault, Pettit o Skinner han generado un saludable proceso de disociación de ciertos vocablos políticos tradicionales, ayudándonos a ver, entre otras cosas, que las relaciones de poder (entre las que siempre se verifica una forma de interferencia de una instancia sobre otra: Estado-individuo, Estado-Estado, individuo-individuo, sociedad civil-Estado, sociedad civil-individuo, etc., pero una forma caracterizada por la reversibilidad) no necesariamente nos retrotraen a

<sup>9</sup> Posiblemente quien más haya hecho por consolidar esta opinión es H.L.A. Hart. Véase al respecto Hart 1977a, pp. 32-33.

las típicas relaciones de dominación de raigambre totalitaria (en las que las interferencias se han cosificado, sin ser capaces de experimentar cambio alguno),<sup>10</sup> o que, para emplear las palabras elegidas por MacIntyre para caracterizar la ética de Hegel, “lo que la libertad es en cada tiempo y lugar se define por las limitaciones específicas y las metas características de ese tiempo y lugar” (MacIntyre 1994, p. 198).<sup>11</sup> También en este marco teórico, una prohibición de interferir coactivamente cuando no se constata daño sobre un tercero seguirá siendo una medida loable, y más cuando la instancia que realiza la intervención involucra nada menos que el aparato del Estado. Sin embargo, como Mill lo percibiera en *Sobre la libertad*, no suena creíble que algo así como una prohibición *tout court* de interferir aún se considere una premisa capaz de comunicarnos algún valor moral reconocible.<sup>12</sup>

Por consiguiente, si preservamos también a Nino de cometer este absurdo, lo que todavía quedará pendiente es determinar si su principio (c) ha reservado lugar para todos los tipos de interferencia a que los hombres puedan hallarse virtualmente sometidos o sólo para algunos. Y éste parece ser el *quid* del asunto. Porque hasta que no conozcamos el o los diferentes tipos de interferencia a los que nuestra autonomía llegaría a enfrentar (interferencia física o discursiva, amistosa o amenazante, individual o colectiva, etc.), tampoco sabremos a ciencia cierta cuál es la parte de ella (si efectivamente existe alguna) que podría verse seriamente comprometida. Desde luego, es verdad que Nino trata extensamente el concepto de “interferencia” en los últimos tres capítulos de *Ética y derechos humanos*; sin embargo, este tratamiento sólo se

<sup>10</sup> Al respecto, véase Foucault 1996, pp. 120–121; Pettit 2002, y Skinner 2004.

<sup>11</sup> El sociólogo francés Philippe Corcuff se ha referido a estos “conceptos tan abarcadores que terminan aplanando la complejidad de lo social” con el nombre de “conceptos bulldozer” (Illouz 2010, p. 15). Curiosamente, parece que Corcuff le endilga a Foucault el haber hecho de ellos un uso excesivo (cfr. Illouz 2010, p. 15).

<sup>12</sup> “Una persona que demuestra precipitación, obstinación, suficiencia —que no puede vivir con los recursos ordinarios, que no puede privarse de satisfacciones perniciosas, que persigue los placeres bajos a expensas de los del sentimiento y la inteligencia— debe prepararse a que se le ningunee en la opinión de los demás y a tener una parte menor de sus sentimientos favorables; pero de esto no tiene derecho a quejarse [...]” (Mill 2006, pp. 130–131). Ampliando la explicación de Mill, podríamos decir que el derecho a quejarse de una persona así se ve superado por el derecho de otras a mostrarse decepcionadas o dolidas por sus actitudes menesterosas. En cualquier caso, lo importante seguiría siendo que “manifestar decepción”, “inmiscuirnos en asuntos ajenos” y muchas otras actividades, permisibles desde la óptica de Mill, deban considerarse, a no dudarlo, verdaderas formas de interferencia: muchas de ellas, es claro, son formas de interferencia *no violenta*, pero formas de interferencia al fin.

refiere a la *interferencia estatal* y descuida los distintos tipos de interferencia que deberían considerarse relevantes para efectuar un planteamiento moral más pretencioso que cubra especialmente el problema de las actividades autorreferenciales.<sup>13</sup>

### 5. Autonomía autorreferencial y ámbito público

Con el objeto de que veamos de modo más claro por qué el intento de definir no restrictivamente (o de modo apriorístico, o con arreglo a una fórmula como c) un principio moral autorreferencial ni siquiera resultaría posible respecto de las desideratas que por lo común consideramos más tradicionales, como el valor de la libre disponibilidad del propio cuerpo —que se refleja tanto en la integridad corporal y psíquica cuanto en la libertad de movimientos (cfr. Nino 2005, p. 165)—, propongo que analicemos un exponente típico de esos ejemplos a los que los filósofos suelen aludir con el nombre de “despertadores de intuición”.

Imaginemos un escenario al estilo del planeta desértico y diminuto que describe *El principito* de Saint-Exupéry. A diferencia de lo que ocurre en este planeta, poblado por un solo habitante, el nuestro está integrado por toda una comunidad de personas, las cuales, a los efectos de proveerse de los alimentos necesarios para subsistir, se ven compelidas a viajar a una región espacial situada en la galaxia contigua. Como datos relevantes nos interesan especialmente dos: por un lado, la comunidad ha adquirido un grado de sofisticación técnica tan elevado

<sup>13</sup> Los tres capítulos a los que hago referencia llevan por título: “Justificación de la interferencia estatal. Democracia y obligación de obedecer el derecho” (cap. IX), “Los límites de la interferencia estatal: el perfeccionismo” (cap. X) y “Los límites de la interferencia estatal: la pena de muerte” (cap. XI) (Nino 2007a). Aunque a lo largo de esos capítulos Nino alude en numerosas ocasiones a J.S. Mill (véase, por ejemplo, la discusión en torno a qué resulta autodegradante y qué afecta a terceros, iniciada en la p. 436 del cap. X), no hace lo que hubiéramos deseado en esta situación: que trajera a colación lo que dice Mill sobre las distintas modalidades que puede adoptar el trato que un sujeto instaura con su sociedad. Entre las que menciona Mill en *Sobre la libertad* están, por ejemplo, la discusión, el razonamiento, la persuasión o la súplica (cfr. Mill 2006, p. 30), muchas de las cuales apuntan precisamente hacia una formación personal del sujeto. Sin embargo, más que en los trabajos de Mill, donde deberían abreviar quienes estuvieran realmente interesados en obtener una panorama más amplio sobre la hermenéutica de las relaciones sociales y su vinculación con la construcción de identidades personales, es en la obra de M. Foucault (véase al respecto, por ejemplo, Foucault 2009). Al lado del extensísimo universo de técnicas y prácticas que describe Foucault en sus textos, la fenomenología de las relaciones sociales que presenta Mill, extraída del sentido común, luce fragmentaria y minúscula.

que viajar por el espacio no constituye realmente un impedimento; por el otro, y he aquí el nudo del dilema, ninguno de los integrantes de esta comunidad excepto uno, a quien llamaremos *S*, goza de la salud física que le permita realizar viajes de elevada altitud —todos padecen, digamos, de un tipo crónico de asma que torna desaconsejable someter el cuerpo a elevadas presiones atmosféricas—. ¿Qué deben hacer los habitantes desprotegidos del planeta?<sup>14</sup>

Supongamos que uno de estos habitantes se las ha ingeniado para fabricar un efectivo mecanismo o chip —de naturaleza similar al “pequeño molino del ocaso” que introdujera la ficción de Maximiliano Mariotti— y que se implanta vía suero en la base de la corteza cerebral; el dispositivo, una vez activado, genera una embolia cerebral inmediata que acaba con la vida de su detentor. Tras tomar debida nota del increíble adelanto científico, el consejo gobernante del planeta decide implantar estos chips en las cabezas de todos los individuos dotados de ciertas capacidades especiales y de cuyo diferenciado ejercicio cooperativo depende el sustento de los demás. Quien se niegue a cooperar al servicio de todos, entonces, estará seriamente amenazado. ¿Resulta moralmente justificado implantar el dispositivo en *S* y obligarlo así a regresar de sus viajes interestelares en tiempo y forma?

Mi respuesta tentativa es decididamente *afirmativa*: la libertad de *S*, el grado de disponibilidad de su propio cuerpo, *puede ser* restringida en beneficio del resto, con la sola condición de que no medien alternativas moralmente menos dañosas para prevenir el mal esperado (un robot debidamente capacitado, de existir, podría realizar los viajes y suplir el sacrificio innecesario de un ser humano) —condición de economía, en la jerga de Nino— y sin descartar por esto la deseabilidad de que la colaboración de *S* también consiga incentivarse en virtud de medidas un poco menos drásticas (todo dependerá, cabe convenir, del grado de solidaridad que manifieste dicho individuo).

Desde luego, alguien replicará que para no ignorar todos los problemas de racionalidad estratégica que naturalmente surgirán sobre la

<sup>14</sup> Otras descripciones un poco menos fantásticas servirían al mismo propósito. Por ejemplo, podríamos imaginar una comunidad que vive en una isla igualmente desierta e inmersa en un mar de oleaje muy embravecido. Esta gente no puede proveerse de alimentos, a no ser que cruce a la isla vecina situada a varios kilómetros de distancia. Datos relevantes: existen botes pero ninguno de los habitantes excepto uno tiene estómago suficiente como para soportar semejante viaje (o tal vez todos se parecen al protagonista de *The Truman Show*). ¿Qué deben hacer los habitantes desprotegidos de la isla? Estas descripciones son tan sólo variantes de dilemas como el de los exploradores de la caverna y otros similares.

marcha, el ejemplo debería tender a complejizarse. Si bien por el lado de la comunidad resultaría ilógico no pensar que el asesinato de *S* equivaldría a un suicidio colectivo, por el lado de *S*, resultaría ilógico no imaginar que la asunción de una estrategia no cooperativa implicaría contraer un riesgo de muerte ciertamente elevado. Pero las cosas no terminan aquí. Dado que *S* se sabe demasiado importante, él podría juzgar adecuada cualquiera de las siguientes estrategias: aplazar su retorno durante el mayor tiempo posible y obligar al resto de la comunidad a mostrarse más benevolente con él, o quizás no retornar hasta que el último de los habitantes hubiera fallecido de inanición. Consciente a todas luces de esta alternativa, el mismo consejo gobernante también ha podido tener la precaución de convocar al científico que diseñara el chip original e instruirlo para que el invento fuera dotado adicionalmente de la capacidad de infligir una descarga eléctrica más leve que, sin llegar a producir la muerte de sus portadores, por lo menos consiga producirles sensaciones terribles y paralizantes. En vista de ello, *S* no puede querer esa alternativa. Como podemos verificar, a final de cuentas los tantos vuelven a equiparse y la pregunta continúa siendo la misma.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Debo confesar que para confeccionar este ejemplo me he inspirado en algunos pasajes de *The Varieties of Goodness*, el magnífico trabajo de G.H. von Wright. Una comunidad moral, dirá von Wright allí, sólo se sostiene sobre la constatación del hecho de que, entre los hombres, reina cierta inequidad básica (de bienes y capacidades). Conscientes en alguna medida de esta inequidad, los hombres llegan —aunque no se sabe muy bien si entre todos ellos o de forma independiente— a un acuerdo común: cada uno tendría más para ganar del hecho de nunca ser dañado por nadie que del hecho de dañar a alguien ocasionalmente (cfr. Wright 1996, p. 202). Por eso von Wright ejemplifica luego: “si existiera un gigante entre los hombres que pudiera tratar al resto de la humanidad como gusanos insignificantes, no pudiendo ésta, a su vez, hacer nada para dañarlo, entonces este hombre no pertenecería a la comunidad moral tal cual ella viene determinada por la inequidad básica” (Wright 1996, p. 213; la traducción es mía). Asimismo, los deberes de cooperación esenciales también constituirían un derivado natural de esta constatación. Tales reflexiones creo que podrían ser útiles para mitigar el escepticismo de todos aquellos que todavía albergan dudas acerca de si puede tener sentido preguntarse por la *justificabilidad moral* de restringir la libertad de alguien como *S*: puesto que aquí lidiamos con una pregunta que se formula en un contexto comunitario caracterizado por una inequidad básica de capacidades, y no por una *absoluta* (como sería el caso de una comunidad habitada por el gigante del ejemplo), sucede que la pregunta constituye una verdadera pregunta moral que exige, claro está, una respuesta de esta misma clase. Por otro lado, si la pregunta obtiene una respuesta afirmativa, como la que yo he dado, esto sucede porque, tanto para la moral como para el derecho, la cuestión prioritaria no puede ser otra que la de la *supervivencia humana*, garantía fundamental de cualquier pretensión normativa. Volveré posteriormente a este asunto (véase *infra*, sección 6, inciso A; también la nota 26, donde aludo

Tras las elucubraciones anteriores subyacen tanto un compromiso teórico como una moraleja. El gran penalista alemán G. Jakobs solía repetir que el propósito del derecho no sólo debía consistir en estudiar situaciones sociales que hayan existido históricamente, sino “una sociedad que pueda ser imaginada como sociedad en funcionamiento” (Jakobs 1996, p. 79). Éste es el compromiso teórico. La moraleja, por su parte, lejos de lo que muchos creerán, no expresa que la autonomía personal no sea un valor importante. Como lo vio Nino, el valor de autonomía podría generar la razón justificante más importante de todas; lo que sucede es que, al constituir una razón *pro tanto*, otras consideraciones morales más rigurosas podrían oportunamente llegar a derrotarla.<sup>16</sup> Tampoco es el caso que el valor más específico de la autonomía personal, “que se refiere al valor de actuar sobre la base de principios e ideales morales autorreferenciales”, no pueda ser restringido bajo ningún concepto. Lo sería si y sólo si hubiéramos de tener éxito en definir exhaustivamente y *a priori* qué entendemos por autorreferencialidad; pero, dado que somos seres humanos y no dioses, como dice Hart, y que de ninguna manera

podríamos considerar deseable, ni aún como ideal, la concepción de una regla tan detallada que la cuestión sobre si ella se aplica o no a un caso particular estuviera siempre resuelta de antemano y nunca exigiera, en el momento de aplicación efectiva, una nueva elección entre alternativas abiertas (Hart 1977b, p. 160),

es casi tan vacío afirmar sin más, subestimando aclaraciones adicionales, la existencia de un principio de autonomía no restringido como no afirmar nada. Siendo la autorreferencialidad de una conducta una cuestión estrictamente semántica, la pretensión de satisfacer aquella condición desde un punto de vista lógico o estipulativo estará condenada inexorablemente al fracaso.

Bastaría nomás con remontarse a la historia reciente de la filosofía a fin de comprobar cómo se han construido contraejemplos similares para derrotar el carácter taxativo que supo separar no sólo lo público de lo

tácitamente a la cuestión de la supervivencia humana valiéndome de terminología acuñada por O. Höffe).

<sup>16</sup> Una confirmación de este veredicto podrá hallarse en Farrell 2004. Farrell cree que la teoría ética de Nino está lejos de constituir una teoría deontológica y que su principio de autonomía permite deducir, a lo sumo, lo que él denomina “razones agencialmente relativas”, esto es, razones que fundamentalmente actúan limitando el cálculo consecuencialista de un sistema social.

privado, sino también lo personal de lo impersonal, lo subjetivo de lo objetivo, lo analítico de lo sintético, lo constitutivo de lo regulativo, lo racional de lo meramente motivacional, lo fenoménico de lo *nouménico* y tantos otros *relata* que podrían engrosar la lista. Para el caso que nos concierne de momento, lo que el despertador de intuición ha querido demostrar es que aquello que en una tradición o época pudo considerarse autorreferencial (como la libre disponibilidad del propio cuerpo), analizado a la luz de cierto contexto comienza a perder vigor o fuerza expresiva. En algunos casos sería natural que adquiriera una extensión considerable; en otros, lo natural sería que ocurriera exactamente lo inverso, más o menos aquello que de forma algo tosca y rudimentaria he intentado reproducir aquí. De cualquier modo, al ser el concepto de autorreferencialidad relativo a un contexto específico, y al estar sujeto a redefiniciones continuas, ni el principio de autonomía más específico al que refiere Nino ni el principio del daño postulado por Mill estarían en condiciones de hacer demasiado, ni mucho menos de servir a los pretenciosos objetivos que han sabido trazarse. Si la autorreferencialidad se redefine constantemente y, por ende, puede restringirse (o interferirse), también se restringirá el principio de autonomía personal autorreferencial. O, como correctamente lo ha puesto K.A. Appiah aludiendo a la postura de J. Raz: “Si perjudicar a alguien equivale a disminuir su autonomía, y esa autonomía está apuntalada, *inter alia*, por formas sociales, el principio del daño se transforma en un obstáculo más bien pequeño: sin duda, demasiado pequeño” (Appiah 2006, p. 247).

También Martín Farrell ha notado la vaguedad característica del principio del daño, siendo éste, además, un rasgo que ya habrían advertido los mismos contemporáneos de Mill. Farrell cita a Feinberg, para quien “el principio del daño es demasiado vago como para ser potencialmente útil: claramente, no todo tipo de acto que cause un daño a otros puede ser prohibido, sino sólo aquel que causa un daño evitable y sustancial” (Farrell 1998, p. 146). A mi juicio, sin embargo, en lo que no repara suficientemente Farrell es en la vaguedad relativa, no ya al tipo de perjuicio que una acción puede ocasionar en terceras personas, sino a la variabilidad a que el contexto somete constantemente la definición de “autorreferencialidad” propiciada por el mismo principio. Esto, desde luego, no debe ser motivo para actuar como Hobhouse y rehusarnos a aplicar la distinción de Mill entre acciones autorreferentes y acciones referidas a terceros (cfr. Farrell 1998, p. 146). Como todos sabemos, el hecho de que la autorreferencialidad de una acción se redefina constantemente y de que por momentos parezca una cuestión arbitraria detectar dónde termina y dónde comienza la intersubjetividad, no tiene

por qué invalidar la distinción o restarle importancia moral. Si vamos al caso, “el trazado de la línea divisoria entre enunciados analíticos y sintéticos en una ciencia” también es hasta cierto punto arbitrario y esto no lo transforma, como en *Análisis lógico y derecho* sugieren Alchourrón y Bulygin, en “un argumento en contra de la importancia de la distinción misma” (Alchourrón y Bulygin 1991, p. 459). El valor que representa preservar las acciones autorreferentes en la tarea de velar por la autorrealización ética de cada uno de los miembros de una comunidad en general resultará de importancia crucial para un Estado, independientemente de cuán reducido sea el universo constituido por tales acciones. Tal cosa, vale la pena destacar, es lo que tanto Nino como Mill habrían alcanzado a vislumbrar más allá de las sombras que por momentos se proyectan sobre sus planteamientos.

Siguiendo a Habermas y Benhabib, antes intenté anticipar de qué manera la práctica social discursiva de la moral ideal no constituiría sólo la primera y última instancia a la que por autonomía deberíamos apelar a fin de conocer y validar cómo obrar, sino también aquella a la que debiéramos recurrir cuando de lo que se trata es de justificar los preceptos destinados a regir el trato con nosotros mismos. En este sentido, pues, y para ser consecuentes con este planteamiento, lo lógico sería que incluso la dimensión extensional que habrían de adoptar los principios de una moral autorreferente o, mejor dicho, *fundamentalmente* esta dimensión —pues las cuestiones semánticas no versan sobre otra cosa—, viniera a determinarse *de cara a los otros* y no en la reflexión individual o al modo de una práctica de laboratorio integrada por expertos ávidos de decretar de una vez y para siempre su significado concreto. La apuesta de Nino, sin embargo, no parece estar más lejos de la opción sugerida.<sup>17</sup> Abundan en ella, para citar a Hegel, “la tonalidad de los grises” y un desinterés absoluto por cualquier sentido institucional histórico. En otras palabras, nos revela a alguien que intenta engañárselas para asignar un valor incommensurable, digamos, al goce que produce la vida hogareña o a la opción de un individuo por esa vida, sin haberse detenido previamente a preguntar muy bien en qué consiste. Pero una cosa, convengamos, no puede prescindir de la otra. De ahí que, al final, llamar no restringida a una autonomía personal autorreferencial omitiendo efectuar una reconstrucción de los

<sup>17</sup> Como sostuvo J. Montero en un interesante artículo, por momentos Nino cae en una suerte de elitismo epistemológico muy similar a aquél en el que habría incurrido J. Rawls y que se manifiesta especialmente en el modo que tiene de derivar los derechos de bienestar como precondiciones de la democracia (cfr. Montero 2006, p. 328).

caracteres salientes que protege encerrará la misma paradoja que pretender entregarle una suma exorbitante de dinero a un arquitecto para que confeccione una vivienda fastuosa a sabiendas de que sus planos no considerarán las divisiones internas de las habitaciones.

## *6. Dos libertades finalmente irreconciliables*

### A) A modo de interludio: ética y vulnerabilidad

En última instancia, ¿qué es un código moral sino, como dice Habermas, un catálogo de sugerencias “acerca del mejor modo de comportarnos para contrarrestar mediante la consideración y el respeto la extrema vulnerabilidad de las personas” (Habermas 1991, p. 105)? En *Escritos sobre moralidad y eticidad* y una innumerable cantidad de trabajos, Habermas ha sabido sacar partido ejemplarmente tanto de la naturaleza binaria que poseen nuestros conceptos normativos básicos (otros ejemplos son salud y enfermedad, orden y anarquía, progreso y retroceso, equilibrio y desequilibrio, etc.) como de la necesidad de efectuar una aproximación antropológica a los problemas morales. De esta manera, viene a corroborar tal perspectiva el hecho de que un principio como el de autonomía esté llamado a cumplir un papel tan determinante en nuestros sistemas sociales, y sólo podría deberse a que su cometido cobra verdadero sentido en un contexto donde lo que prima es la vulnerabilidad y la dependencia humanas. A mi modo de ver, toda aproximación normativa al fenómeno de la moralidad debería discurrir por itinerarios semejantes.

Con todo, creo que todavía hay algo en el planteamiento de Habermas que merece una observación crítica. En el mismo texto, Habermas afirma que “desde un punto de vista antropológico, la moral puede entenderse como un mecanismo protector que sirve de compensación a la vulnerabilidad estructuralmente inscrita en las formas de vida socioculturales” (Habermas 1991, p. 105). Repárese en la alusión final: la “vulnerabilidad de sujetos socializados” —acotará Habermas más adelante confirmando esto— se deriva en última instancia de la “interacción lingüísticamente mediada” (cfr. Habermas 1991, p. 110). Según me parece, precisamente en este lugar se constata una distorsión del fenómeno de partida. Comprendidas la vulnerabilidad y dependencia humanas en su faceta lingüístico-cultural, resulta poco menos que evidente el hecho de que el antídoto para derrotar la dominación y la interferencia estuviera contenido en una libertad presupuesta por el propio discurso y generada en la misma dinámica de los procesos sociales de interacción.

¿Pero qué sucede cuando “la capacidad de cuestionar cualquier consenso dado desde un punto de vista principista” (Benhabib 2006, p. 130) que uno supone presente en los sujetos autónomos, por parafrasear una expresión de Cohen, no se verifica en la práctica? ¿Cómo deberíamos actuar respecto de un infante o un discapacitado? ¿Habríamos de tratarlos, como dice Benhabib, presuponiendo contrafácticamente que ellos poseen necesidades e intenciones plenamente desarrolladas? (cfr. Benhabib 2006, p. 75). En mi opinión, afirmar algo así equivale a permanecer de brazos cruzados frente a la realidad adversa que afronta cierta gente.

Con la finalidad de tornar disponible la alteridad del otro, del que no se identifica con nosotros, debe comprenderse que no siempre bastará con apelar al lenguaje y a su potencial virtualmente liberador. Nietzsche, primero, y Adorno y Horkheimer, después, vieron esto mejor que nadie. Entre otros méritos que cabría atribuirles se encuentra que ellos tuvieron el ingenio de reconocer que detrás y en la base de la interacción lingüísticamente mediada, sea que se la mida sobre criterios históricos o hermenéuticos, pervive lo que podríamos denominar, parafraseando a B. Williams, una dimensión naturalista de la moralidad cuya lógica discurre en términos de “conservación de la vida”, “super-vivencia” y “florecimiento” (cfr. Williams 2006, caps. 2 y 3). En el planteamiento de Habermas, pues, esta dimensión es lo que uno echa de menos a la hora de obtener una aproximación cabal a los problemas de la vulnerabilidad y dependencia humanas. Prescindiendo de la dimensión naturalista de la moralidad y el lenguaje —ésa que nos obliga a preguntarnos por las distintas clases de dominación que tanto la naturaleza como la sociedad pueden imponer a los seres humanos—, tengo la impresión de que nunca seremos capaces de justipreciar la ventaja real que comporta para los seres humanos la participación de la práctica social del discurso o la posesión de un código ético tendiente a dirimir las disputas argumentativas.

### B) De vuelta a Nino

*Mutatis mutandis*, todo lo que he dicho de la ética discursiva habermasiana tendría que poder aplicarse a la teoría ética de Nino. Dado que por el momento no veo una salida que le permita a Nino escapar del callejón al que ha arribado, lo que por lo menos espero hacer en el espacio que me resta es despejar la oscuridad que allí reina ofreciendo lo que pretende ser el esbozo de un diagnóstico. Como hemos visto, Nino concibió el principio de autonomía como uno solo y el mismo, el

cual constaba de dos aspectos distintos. Pues bien, en mi opinión, el error radica justamente aquí. En contra de la interpretación literal de Nino, lo que debe notarse es que mientras el constructivismo ético y su teoría de la democracia deliberativa se hallan fundados, ambos, sobre la institución de la práctica social del discurso moral y un principio de autonomía endógeno a ese discurso (aspecto positivo del principio), por lo demás, condición de su propio funcionamiento, el liberalismo político que moldea principalmente su teoría penal se apoya, en cambio, sobre un principio de autonomía que es, en rigor, exógeno al mismo discurso (aspecto negativo del principio) y que, justamente por tal motivo, conceptualmente tenía que hallarse sobredeterminado a desconocer la faceta lingüístico-cultural que presenta la moralidad. Si vamos al caso, no es otra la razón que induce a Nino a prescindir de la noción de merecimiento en la elaboración de su teoría penal.<sup>18</sup> El liberalismo político, tal como lo comprendía Nino, sentaba un límite infranqueable a las pretensiones moralizadoras del Estado y esto tornaba inadmisible introducir en la sanción cualquier elemento de reproche ni nada que ejerciera algo así como una influencia reformadora en el carácter personal de la ciudadanía.

El principio de autonomía, en su aspecto negativo, y a diferencia de lo que el propio Nino habría alcanzado a imaginar, no se infiere de la práctica social del discurso moral, al menos no tal como pudo vislumbrarse en los orígenes de la tradición republicano-liberal de pensamiento político y que cuenta entre sus filas con representantes ilustres del renombre de John Locke.<sup>19</sup> Quizá sea necesario retrotraerse hasta Kant, como dice Nino, para rememorar el surgimiento del rasgo de autonomía de la moralidad con antelación a que cobrara la especial relevancia con que hoy lo conocemos luego del giro lingüístico experimentado por la filosofía. De cualquier manera, no sería precisamente éste el rasgo que destacaríamos si hubiéramos de referirnos al hecho de estar protegidos frente a amenazas de terceros en la elección y materialización de ideales personales autorreferentes como un hecho que refleja un valor importante. Dondequiera que tal libertad se valore y,

<sup>18</sup> Un repaso y una crítica de la concepción penal de Nino en cuanto que es reacia a “la noción de culpabilidad —entendida como inculpación o reproche del autor o su acto—” podrán hallarse en Malamud Goti 2005, pp. 89–106.

<sup>19</sup> Cfr. Larmore 2008, p. 186. Según Larmore, no existe oposición alguna entre una idea republicana de la libertad y una teoría liberal de la asociación política. El *Segundo tratado sobre el gobierno civil* de Locke constituiría la confirmación más palmaria de la posibilidad de concebir una idea al mismo tiempo republicana y liberal de libertad.

más aún, dondequiera que tal libertad se haya valorado alguna vez, como suponemos que sucedió en las ciudades renacentistas del norte de Italia o en la Inglaterra de la guerra civil de las que habla P. Pettit (cfr. Pettit 2006, p. 269), la explicación estará obligada a echar mano de principios sustantivos de otra envergadura. Hoy, por ejemplo, si las cosas fueran como Nino dice que son, difícil sería que sintiéramos culpa por dar muerte a quienes siempre tendrán vedado el acceso al discurso, como ciertos animales no humanos, los discapacitados, los marginados sociales o simplemente los que cometan adrede inconsistencias pragmáticas y así se autoexcluyan de los beneficios de la práctica de dar y recibir razones.

Siguiendo la terminología de Charles Larmore, un interesante ejercicio filosófico podría derivarse de contraponer la “moral de la autonomía” con lo que él llama, inspirándose en Platón, la “autonomía de la moral”. En el ensayo *The Autonomy of Morality*, Larmore se ha referido a la concepción kantiana de la moralidad como una distorsión:

La moralidad no es en última instancia un conjunto de obligaciones de las que cada uno sea propietario en cuanto ser racional o reflexivo, tal que (como Korsgaard parafrasea esa concepción) “valorarse a sí mismo justo como un ser humano equivalga a tener identidad moral”. Nuestra identidad moral no consiste en valorar nuestra propia humanidad y de este modo determinar que debemos valorar la de otros, sino en reconocer directamente la razón que existe para valorar la humanidad en cualquier persona que pueda salir a nuestro encuentro. (Larmore 2008, p. 122; la traducción es mía.)

Para Larmore, nuestra racionalidad es, antes que nada, un cúmulo receptivo de razones que existen con independencia de nuestro pensamiento y que poseen una “autoridad intrínseca” (Larmore 2008, p. 88). Nosotros no inventamos las razones que deben guiar la acción, no las “instituimos”, empleando una expresión que bien serviría para proyectar el mundo propiciado por el perspectivismo nietzscheano (cfr. Larmore 2008, p. 244). Tampoco es cierto que accedamos a ellas en virtud de un punto de vista privilegiado que se coloque por fuera de la moralidad, como la “posición original” de Rawls y otras construcciones semejantes quisieron hacernos creer. Las razones hablan y se nos descubren por sí mismas a través de los procedimientos más variados, y “el punto de vista moral —dice Larmore— consiste en realidad en interesarse por el bien del otro de una manera tan directa e independiente de consideraciones ulteriores, como cuando de manera natural nos interesamos por el nuestro” (Larmore 2008, p. 89). La fórmula “Ama a tu vecino

como a ti mismo” que encontramos en el Levítico y otros libros bíblicos simboliza precisamente el modo que un pueblo entero encontró en la Antigüedad de capturar la fuerza independiente con que de ordinario suele imponérsenos la moralidad más allá de cualquier artificio racionalista.<sup>20</sup>

En este mismo ensayo, Larmore también pudo referirse a los filósofos que, de modo similar a Nino, hacen de la práctica social discursiva el núcleo central de sus teorías morales. Esto dijo de ellos:

Algunos filósofos sostienen que las únicas razones que tenemos son aquellas que descubriríamos si fuéramos realmente capaces de deliberar sobre la base de nuestros deseos y creencias. Las razones que pueden adjudicársenos son siempre, sostienen ellos, internas en este sentido a nuestras motivaciones existentes. La tesis es insostenible, ya que las razones para creer y actuar pueden, y algunas veces deben, impresionarnos ellas mismas por canales distintos a la deliberación. Incluso cuando fuéramos incapaces de descubrirlas razonando desde el lugar donde nos situamos, podríamos acceder a ellas por otros medios y no sólo a través del tipo de experiencias de conversión en las que repentinamente vemos el mundo bajo una luz enteramente nueva. Está el proceso más común de entrenamiento, y no hay duda de que es por medio del aprendizaje y el disciplinamiento, y no de la deliberación, como llegamos a apreciar el valor de ciertos modos básicos en que nos comportamos. (Larmore 2008, pp. 125–126)

Ninguno de los procesos que menciona Larmore, vale aclarar, habrá de contar con la garantía de la transparencia absoluta. Entre la pluralidad de factores que pueden conspirar en contra de ella está, sin lugar a dudas, la posibilidad innegable de que los individuos decidan desvincularse de sus decisiones pasadas o aquella otra que mantiene en vilo a Nino y a los liberales en general, esto es, la de que ciertas instancias, pero especialmente el Estado con su inmenso poder de coacción, comiencen a desempeñar su parte y a interferir con éticas personales ya validadas por el mismo proceso reflexivo de la moralidad. Quizá porque Nino era consciente de la falta de garantías ínsitas en el proceso del discurso moral es que se vio en la necesidad de recubrir el principio de autonomía kantiano con un manto adicional milliano como el que recoge el aspecto negativo. Pero éstas son especulaciones gratuitas que habré de confirmar en otro momento. Lo que ahora deseo enfatizar es que la

<sup>20</sup> Para la misma opinión, véase Guariglia 1998, pp. 168–169: “con relación a las reglas morales, constituye un hallazgo histórico el descubrimiento de dichas reglas, de un modo similar al descubrimiento de leyes matemáticas o lógicas, pero no hay que confundir descubrimiento con invención”.

incoherencia que Nino habría advertido entre su constructivismo ético y su liberalismo político sólo puede corregirse al precio de oscurecer gran parte de lo que sucede en el interior de la institución que mayores frutos le rindió a su teoría y a la que ubicó como el pivote sobre el que gira toda su obra: la práctica social del discurso moral.

### *7. Hacia una justificación moral intersubjetiva*

En el ensayo “Intersubjetividad y razón”, Albrecht Wellmer se atrevió a decir: “Hablar y argumentar *con* los otros, tratar de entenderlos y tratar de darnos a entender, es la única manera de poner a prueba nuestras afirmaciones de verdad en contraposición a la impredecible pluralidad de diferentes ‘puntos de vista’” (Wellmer 1988, p. 259). Creo que Wellmer tiene razón. Por consiguiente, me parece que, a fin de consolidar la importancia otorgada en su obra a la práctica social del discurso, lo que Nino debería admitir es que ni siquiera los preceptos de la moral personal están exentos de la obligación de validarse en el ámbito público. Aunque yo pueda vivir mi vida eligiendo mantener en la oscuridad ciertos aspectos de mi personalidad que no quiero dar a conocer, esto no desestima el cargo de que cuando, por las circunstancias que fueran, dichos aspectos hubieran de salir a la luz, yo haya de verme en la necesidad de tener que justificarlos públicamente.<sup>21</sup> En palabras de Charles Taylor:

Algunas cosas no dichas o llevadas con discreción pueden tolerarse, pero al hacerse públicas, hay que responder de ellas. El paso del para-ti-y-paramí al para-nosotros, el paso al espacio público, es una de las cosas más importantes que ocasionamos en el lenguaje y cualquier teoría del lenguaje debe tenerlo en cuenta. (Taylor 1997, p. 250)

<sup>21</sup> Esto sucede con relativa frecuencia, por ejemplo, en los conflictos penales, en los cuales ciertos propósitos probatorios suelen tornar necesario indagar en aspectos de la vida privada de los acusados. Casualmente, no sería otra la temática que aborda *Der Vorleser* [El lector], la novela de Bernhard Schlink: presa de la vergüenza, la acusada Hannah Schmitz opta por la condena cuando para librarse de ella sólo hubiera bastado que confesara su analfabetismo al tribunal que la juzga. Desde el corpus conceptual propuesto por la teoría consensual de la pena que defendiera Nino, no es fácil tomar debidamente nota de este fenómeno. Según Nino, una pena se justifica cuando, además de proseguir un propósito de protección social, logra distribuirla de acuerdo al consentimiento del delincuente (cf. Nino 1980, p. 255). Esta forma de justificar el infligir un mal sobre un individuo está basada en el derecho contractual, que valida la aplicación de una cláusula perjudicial para una de las partes contrayentes bajo la condición de que ésta la haya

Y aun cuando sería irrisorio que uno debiera someterse a un castigo en razón, por ejemplo, del carácter repulsivo de sus actos, como dice Nussbaum (cfr. 2006), o, más aún, justamente en virtud de que no hallara un modo apropiado de justificarse de cara al resto (después de todo, la falta de justificación no tiene por qué ser motivo de sanción), esto no nos otorga un manto de inmunidad contra ciertas demandas sociales de explicación, las cuales, aunque no lo queramos, tarde o temprano habrán de caer sobre nosotros.<sup>22</sup> Si bien algunos reprobarán mi con-

aceptado libremente. Análogamente al caso de quien *al tomar* un producto de la góndola de un supermercado *se compromete* a pagarla, el individuo que delinque asume *mediante su acción* que caigan sobre él las consecuencias previstas por la ley (cfr. Nino 1980, p. 231). Siendo concesivos con la teoría consensual, podríamos llegar a admitir que la comisión de un delito implique la asunción de perder la inmunidad previa de que gozábamos contra la interferencia estatal. Sin embargo, cuando el acusado no es quien ha delinquido —esto es, no es alguien que *haya hecho* nada *por lo que* deba rendir cuentas— y se torna necesario para él exponer algunos aspectos de su vida privada a fin de librarse de una falsa acusación, tal vez no sea demasiado lo que pueda aportar la teoría consensual para justificar el inicio de un proceso que indudablemente lo perjudicará. Por otra parte, creo que si nuestros sistemas penales se creyeran en la obligación de solicitar, como paso previo al procesamiento de cualquier individuo, un consentimiento de este tipo a fin de despejar toda sospecha *razonable* —y suponiendo, desde luego, que ellos les asegurarán a quienes se vieran obligados injustamente a exponer su intimidad que van a ser debidamente resarcidos—, entonces ya no habría forma de garantizar con efectividad que las investigaciones jurídicas consigan arribar a buen puerto. Desde luego, esto no demuestra que la idea de consenso no pueda desempeñar un papel importante en el entramado de un sistema penal; simplemente demuestra que no siempre lo hace y que, por tal motivo, cualquier justificación consensual en materia penal debería conformarse con tener un alcance más bien limitado —en especial, cuando son consideraciones de racionalidad ético-políticas las que se imponen—. Para una crítica a la teoría consensual desde un punto de vista similar, véase por ejemplo Malamud Goti 2008, pp. 227–255.

<sup>22</sup> Para un análisis de la separación entre lo público y lo privado en relación con la vida de los funcionarios públicos, véase Thompson 1999, pp. 185–221. Thompson juzga ciertamente plausible el principio de reducción de la intimidad para el cual, expuesto a grandes rasgos, el grado de intimidad del que puede gozar un funcionario depende tanto de la función política o administrativa que tiene asignada como de los efectos directos o indirectos que su vida privada es susceptible de ocasionar en el cargo que desempeña. Thompson cita el caso de las campañas electorales estadounidenses y el embarazoso escrutinio al que la prensa suele someter la vida privada de los candidatos. “Sin embargo —acota Thompson—, cuando el candidato convierte la vida familiar en uno de los eslóganes de campaña (describiéndose como un ‘padre y esposo ejemplar’), da pie para que el público se entrometa en un ámbito que, de haber actuado de otro modo, seguiría siendo privado. El candidato no se puede quejar entonces si la prensa se inmiscuye en su vida hogareña con

ducta por hallarla inapropiada, vergonzante o repulsiva, muchos otros se interesarán honestamente por mi *modus vivendi* y me consultarán sobre las razones que lo apoyan a fin de averiguar si mi vida o ciertos patrones de conducta característicos de ella son dignos de imitación. Hablando conmigo y yo con ella, intercambiando argumentos y puntos de vista, la gente puede llegar a saber mucho sobre mi personalidad y yo sobre la de ella. Dialogando juntos, podemos aprender a valorar aspectos de nuestras costumbres que antes no comprendíamos e incluso podemos llegar a percarnos de que ciertas acciones o prácticas, antes desconsideradas, poseían un condimento capaz de otorgarle a nuestras vidas una dignidad auténtica. Fundamentalmente porque existe gente como ésta, debería poder acogerse con los brazos abiertos el compromiso público con la justificación de principios autorreferentes.<sup>23</sup>

En *Fundamentos de derecho constitucional*, posiblemente preocupado por menguar algunas de las consecuencias más contraintuitivas a que conducía su posición, Nino se creyó en la obligación de formular la siguiente aclaración:

Los ideales de excelencia humana o de bien personal no se refieren centralmente a la composición de intereses de diferentes individuos y, en consecuencia, su validez no está asociada con su aceptabilidad en condiciones de imparcialidad. Esto hace que, aun cuando la discusión colectiva puede ayudar a esclarecer la posición de cada individuo respecto de estos ideales, la decisión mayoritaria no tiene valor epistémico.<sup>24</sup>

Adelantando esta misma línea de razonamiento, unos años antes, en *Ética y derechos humanos*, Nino ya había alcanzado a distinguir hasta cierto punto entre el descubrimiento, la justificación y la materialización en decisiones de principios morales intersubjetivos y/o ideales de virtud autorreferenciales (cfr. Nino 2007a, p. 234). En la tarea de *descubrir* principios —o de inventarlos, si ése fuera el caso—, sin importar de qué tipos se traten, Nino atribuye al intercambio discursivo una primacía tal que no cabría concebir a nadie con la capacidad de sustraerse

el propósito de verificar sus jactancias” (Thompson 1999, p. 99). Éste es un claro ejemplo de pérdida de inmunidad justificada. Sobre lo mismo, véase Nino 2005, pp. 327–335.

<sup>23</sup> Una posición similar aparece en Sandel 2000, p. 214.

<sup>24</sup> Nino 2005, p. 209. La misma idea se halla en Nino 2006, p. 230, con el siguiente agregado: “También en cuestiones filosóficas, científicas o puramente fácticas, la mayoría no tiene más título para acceder al conocimiento que cualquier individuo aislado”.

a su influencia. En este sentido, el proceso de descubrir principios morales intersubjetivos compartiría con el proceso de descubrir principios autorreferenciales características muy similares. Por el contrario, cuando optamos por situarnos frente a la *materialización* concreta de un principio moral y al reclamo de *justificación* que toda decisión suele traer aparejada, la libertad que el aspecto negativo del principio de autonomía parece valorar sólo es vindicada en relación con las acciones autorreferentes, no con las que tienen repercusiones intersubjetivas.

De lo que se trata ahora, en consecuencia, es de desentrañar esta suerte de enmarañada fenomenología de la justificación epistémica que se trasluce aquí. Nino da muestras de una transparencia destacable al descubrir una cara de la moneda: para que una decisión intersubjetiva resulte moralmente justificada, dice, su validez debe descansar estrictamente en razones públicamente aceptadas en condiciones de imparcialidad. Sin embargo, no bien damos vuelta a la hoja, constatamos una palmaria indefinición, pues no hay nada que permita responder a las preguntas sobre cómo se valida una decisión autorreferente o sobre qué tipos de razones podrían llegar a justificarla.

Tejiendo elucubraciones, dos alternativas acuden a nuestras manos. Por un lado, podríamos suponer que, de acuerdo con Nino, las decisiones que consideramos autorreferentes no necesitan recibir justificación alguna o son incapaces de hacerlo. Somos perfectamente conscientes de la existencia de tipos de actividades cuya fisonomía y cuyo éxito dependen precisamente de que los motivos que las sostienen se mantengan al resguardo del dominio público, actividades tan íntimas como las vinculadas al sexo o a las emociones. También están los clásicos ejemplos del psicoanálisis, esto es, casos que involucran a individuos que materializan cursos de acciones apoyándose en motivos que les son absolutamente desconocidos. No obstante, el problema que plantea esta alternativa es que no logra explicar a ciencia cierta qué hacemos cuando nos disponemos a evaluar una decisión, ¿o no convendremos todos que aun quien evalúa su propia vida en su fuero interno intenta *justificarse* a la luz de su propia conciencia? Además, incluso aquí, como acota Guariglia, uno razona “desde el punto de vista imparcial de una persona ajena a mí, que representa, frente a mí, al conjunto de la comunidad como portadora del sistema de la moralidad” (Guariglia 1996, p. 264). De existir, la justificación, externa o interna, siempre será de cara a los otros.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> La imagen del juez interior que censura nuestras faltas, incluso ante la absoluta ausencia de extraños que pudieran llegar a presenciarlas, ha acompañado los orígenes mismos de la conciencia moral. Esta imagen, como observa Mondolfo, no sólo

Por otra parte, la segunda alternativa podría consistir en presuponer que las decisiones autorreferentes sí se justifican, pero que esta justificación procede de un modo peculiar o *sui generis*, distinto del modo implicado en los procesos de legitimación de las acciones intersubjetivas. Uno aduce una razón validadora de una decisión autorreferente no remitiéndose a un contexto de aceptación imparcial, sino exhibiendo de qué manera ese curso de acción logra materializar cierto plan de vida o ideal de virtud personal, el cual, como sabemos, no requiere la validación general. En tal caso, sin embargo, permanecería en pie la objeción de que, como a menudo sucede, el consejo de los otros podría resultar sumamente relevante al objeto de aumentar la satisfacción personal o disminuir el riesgo de error. Muchas actividades suelen requerir la intervención de verdaderos conocimientos especiales reservados para unos pocos. Para traer a cuenta un ejemplo conocido, en las distintas regulaciones a que el Estado somete ciertos cursos de acción o elementos considerados indispensables para el ejercicio de actividades como las recreativas (deportes de riesgo, prácticas sexuales, etc.) se advertirían claramente indicios de este fenómeno. Otorgando licencias de instrucción profesional o estableciendo controles de calidad sobre productos industriales es la manera, muchas veces altamente efectiva, que los funcionarios públicos han encontrado de sugerir cómo conducirnos a nivel privado si deseamos preservar al mismo tiempo algunos de los aspectos más caros que conforman nuestra integridad personal.

A grandes rasgos, podría afirmarse que Nino destinó la mayor parte de su obra a satisfacer una sola preocupación: cómo sentar límites precisos al fenómeno de la coacción estatal. De manera que si nos empeñamos en comprender en ése y no en otro sentido el significado del pasaje anterior, tengo la sensación de que comenzaremos a despejar una serie considerable de malentendidos. Guiado por idéntico motivo, y también en *Fundamentos de derecho constitucional*, Nino había dado a entender que si “la discusión y decisión democrática [...] no tiene valor epistémico cuando se refiere a estos ideales personales, respecto de los que no es relevante la exigencia de imparcialidad que funda tal valor epistémico”, eso sucede porque la legitimidad de los ideales personales es de un tipo distinto del de la legitimidad reclamada por “toda imposición coactiva” (Nino 2005, p. 165). Lamentablemente, según hemos podido constatar, no hay nada allí, ningún indicio cierto que dirima de forma precisa en qué consiste esta legitimidad. Y aun cuando lo hubie-

habría sido adoptada por Platón en su *República* (basta con recordar las reflexiones en torno al anillo de Giges), sino también por Hesíodo, Esquilo, Demócrito, Epicuro y otros tantos moralistas de la antigua Grecia (véase Mondolfo 1996).

ra, una cosa parecería segura: al precluir de antemano la posibilidad de concebir un Estado perfeccionista que opere mediante métodos no coercitivos, como los utilizados en la regulación de las actividades recreativas, Nino se ve obligado a contraponer exageradamente, sin solución de continuidad, las medidas *públicas* con las decisiones autorreferentes y *privadas*, rechazando cualquier alternativa intermedia. Sin embargo, por obvio que parezca, haríamos bien en no olvidar que la demanda de contar con una razón genuinamente democrática que respalde una decisión distará de responder siempre a una necesidad coercitiva.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Respecto de la tesis que supedita la legitimidad de la coacción a la satisfacción del ideal democrático, véase Larmore 2008, p. 86. Según el “principio liberal de legitimidad” formulado por este autor, todos los principios políticos, para gozar de autoridad política, deben haberlos construido o autorizado los mismos ciudadanos. Para una crítica a la idea según la cual “una coerción es legítima sólo en caso de que los sometidos a la coerción puedan declarar su consentimiento” (Höffe 2008, p. 168), anclada en la denominada “concepción distributiva de la justicia”, véase precisamente Höffe 2008, pp. 157–182. La pregunta que, en opinión de Höffe, no alcanzaría a responder esta concepción, a la que estaría ligada también la propia teoría penal de Nino, es la de “por qué habríamos de dar nuestro consentimiento” (Höffe 2008, p. 169), o bien, formulada de otro modo, “qué clase de argumentos merece el consentimiento de cada uno” (Höffe 2008, p. 100). Por contrapartida, la concepción de la “justicia como intercambio” que propone Höffe, al partir de los grupos o subsistemas sociales coordinados que preceden al Estado y en los cuales ya se verifica un verdadero intercambio tanto positivo como negativo de aportes y abstenciones, pretende ingeníárselas mejor para salirle al paso: a fin de verse legitimada, la coerción debe representar un papel meramente subsidiario en relación con la consolidación de ventajas preexistentes y con la “constitución intersubjetiva del sujeto práctico”, pero un papel que, en rigor, no podría ser desempeñado por ningún otro artilugio humano. Además, no cualquier intercambio de intereses está en condiciones de reclamar legítimamente un reaseguramiento coercitivo, sino sólo aquel que desde el punto de vista lógico sea el antecedente de todo intercambio posible. Dado que en él lo que se dirime es la satisfacción de intereses de rango superior (la integridad física y de vida y la libertad de opinión), Höffe lo llamará “intercambio trascendental”. En consecuencia, si después de todo lo visto volvemos a preguntar “por qué habríamos de dar nuestro consentimiento” a una medida coercitiva, la respuesta que se desprende ahora es: porque sin ella corremos el riesgo de tornar irreconocible la misma noción de sujeto práctico, presupuesto básico de todo intercambio. La coerción, entonces, al ser subsidiariamente constitutiva de las prácticas trascendentales de intercambio de intereses, si se me permite esta licencia terminológica, también sería constitutiva del sujeto práctico mismo. Sólo por eso se entiende que Höffe diga que su noción de “justicia”, a diferencia de la de Habermas, “sostiene que la legitimación de la coerción social ni le precede ni le sigue al intercambio” (Höffe 2008, p. 99).

¿A qué se debe, pues, que en general demandemos de las decisiones con poder de coerción dimanantes del Estado una justificación amparada en razones democráti-

### 8. *Conclusión*

En este recorrido partimos de la centralidad que Nino confirió a la práctica social discursiva, dotada *a priori* con el potencial de intervenir en el desarrollo de *cualquier* principio moral, para arribar finalmente a la constatación de que esta práctica, cuando se la concibe en función de los principios de la moral autorreferencial, es relegada lisa y llanamente a la intrascendencia. Como intenté dilucidarlo, tres serían las razones principales que explican este vuelco paradójico: en primer lugar, el compromiso temprano que Nino contrajo con el liberalismo político y que, no obstante los avatares adversos al mismo por los que fue transitando su filosofía, ya no fue capaz de abandonar (secciones 3 y 6, inciso B); en segundo lugar, el acercamiento por lo menos peculiar a nociones centrales de la filosofía política y moral, como las de “restricción” e “interferencia”, y el infructuoso intento de ponerlas en funcionamiento mediante un modelo teórico que le otorga al poder coercitivo del Estado un papel excluyente (secciones 4 y 5); y, finalmente, la concepción de la justificación epistémica excesivamente política que sostiene, acotada

camiente legitimadas? De acuerdo con Höffe, tal vez a un error. Si, según su postura, las verdaderas necesidades coercitivas se constatan cuando lo que está en juego es la coordinación de intercambios relativos a intereses trascendentales situados más allá de las valoraciones efectivas de los ciudadanos, la legitimación democrática de una decisión coercitiva se considerará absolutamente prescindente. Cuando de lo que se trate sea, en cambio, de preservar espacios de intercambios recíprocamente ventajosos relativos a cualquier otra clase de prestaciones socialmente valoradas, serán más bien necesidades meramente regulativas las que podrían llegar a constatarse, las cuales se satisfarán de múltiples formas, como por ejemplo mediante la entrega de subsidios especiales o la implementación de campañas propagandísticas o antidiscriminatorias. La legitimación democrática en estos casos sí resulta apremiante, pero fundamentalmente porque son los no beneficiados con una medida los que, ejerciendo su derecho de protesta, le exigirán al Estado una explicación tendiente a exhibir qué ganan ellos a cambio. Desde luego, para todas aquellas medidas coercitivas que no tienen por función proteger intereses trascendentales será preponderante la justificación democrática. Sin embargo, esto sólo demuestra el papel derivado que desempeña el consentimiento en un sistema de derecho y por qué el ideal democrático mal puede estar llamado a ocupar siempre el lugar de mayor privilegio en una teoría justificatoria de la decisión jurídica. Dicho a la manera de Raz, aprenderemos la función específica que cumple la coerción no apelando al consenso ni al ideal democrático, sino a razones específicas que pueden o no tener que ver con ellos; en este contexto, el consentimiento representaría “únicamente un extremo del espectro en la mirada de procesos y acciones que conducen a la formación” de una “actitud de confianza” en las instituciones públicas, el cual “no puede tener más que un papel ceremonial marginal, al igual que auxiliar y derivado” (Raz 2001, p. 394).

restrictivamente a discusiones sobre la imparcialidad de las decisiones intersubjetivas (sección 7).

Si a fin de cuentas la teoría ética de Nino, que puedepreciarse de ser una pieza robusta desde el punto de vista principista, a la larga se muestra carente de contacto con la realidad, esto sólo sucede porque la práctica social de la discusión moral en la que ella se sustenta termina por tener, a mi juicio, menos de *práctica* que de *discursiva*. Volviendo al planteamiento de Larmore que se rescató en la sección 6, la importancia otorgada al discurso no debe ir aparejada a un sobredimensionamiento del mismo, como quizás se infiera de los trabajos de Nino. Así, el hecho de que la inmensa mayoría de los procesos cognoscitivos fiables sea de naturaleza discursiva —o deliberativa— no debe impedirnos reconocer que existen procesos como el disciplinamiento o el aprendizaje mismos a los que aludía Larmore (*cfr. supra*), además de otros cuya articulación lingüística es casi inexistente (pensemos, por ejemplo, en el entrenamiento físico, en la meditación oriental o en las experiencias artísticas pictóricas o musicales), que nos proporcionan experiencias vivenciales irreemplazables sin cuyo auxilio nuestro acceso a determinados principios morales, sean éstos intersubjetivos o autorreferenciales, se vería seriamente comprometido.<sup>27</sup>

Por otro lado, al decir esto, no me refiero sólo a que muchas de las prácticas o técnicas mediante las cuales tendríamos garantizado un acceso a la verdad moral no estén signadas por la dimensión discursiva. Me refiero también a que, como dice Larmore, muchas de estas prácticas parecen operar exitosamente con independencia de que presupongamos la validez del principio de autonomía tal como lo entiende Nino. Sin embargo, incluso siendo así, la plausibilidad relativamente alta con que el principio de autonomía liberal (PAL) desempeña aún hoy un rol exitoso en los procesos democráticos mediante los cuales la ciudadanía reunida le cede sus facultades coercitivas al Estado —otorgándole legitimidad de origen— debería considerarse todavía una evidencia favorable al planteamiento de Nino. Menos seguro, en cambio, se muestra el valor de este principio cuando la tarea que acude a nuestras manos es la de determinar frente a cualquier persona “quién ser” o “qué hacer” y de justificar “por qué somos quienes somos” o “hacemos lo que hacemos”. En estas instancias, y por más que a veces nos duela, necesariamente habrá una parte de nosotros mismos que siempre será de los otros.

<sup>27</sup> Debo la versión final de este pasaje a una valiosa sugerencia formulada por uno de los dictaminadores de este trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alchourrón, C. y E. Bulygin, 1991, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Alegre, M., R. Gargarella y C.F. Rosenkrantz (comps.), 2008, *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, Buenos Aires.
- Appiah, K.A., 1996, *La ética de la identidad*, trad. Lilia Mosconi, Katz, Buenos Aires.
- Benhabib, S., 2006, *El ser y el otro en la ética contemporánea*, trad. Gabriel Zadunaisky, Gedisa, Barcelona.
- Farrell, M., 2004, “Autonomía y consecuencias”, en Hongju Koh y Slye 2004, pp. 79–88.
- \_\_\_\_\_, 1998, *El derecho liberal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Foucault, M., 2009, *La hermenéutica del sujeto*, trad. Horacio Pons, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- \_\_\_\_\_, 1996, “La ética del cuidado de uno mismo como práctica de la libertad”, en *La hermenéutica del sujeto*, trad. Fernando Álvarez Uría, Altamira, La Plata, pp. 93–125.
- Gargarella, R., 2008, “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: el ‘constitucionalismo popular’ frente a la teoría de Carlos Nino”, en Alegre, Gargarella y Rosenkrantz 2008, pp. 203–218.
- Guariglia, O., 1996, *Moralidad. Ética universalista y sujeto moral*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- Habermas, J., 1998, “Reconciliación mediante el uso público de la razón”, en J. Habermas y J. Rawls, *Debate sobre el liberalismo político*, trad. Gerard Vilar Roca, Paidós, Barcelona, pp. 41–71.
- \_\_\_\_\_, 1991, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Paidós, Barcelona.
- Hart, H.L.A., 1977a, *Obligación jurídica y obligación moral*, trad. Javier Esquivel y L. Alfonso Ortiz, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, México (Cuadernos de Crítica, 3).
- \_\_\_\_\_, 1977b, *El concepto de derecho*, 2a. ed., trad. Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Höffe, O., 2008, *El proyecto político de la modernidad*, trad. P.S. Diller, Fondo de Cultura Económica, México.
- Hongju Koh, H. y R.C. Slye (comps.), 2004, *Democracia deliberativa y derechos humanos*, trad. Paola Bergallo y Marcelo Alegre, Gedisa, Barcelona.
- Illouz, E., 2010, *La salvación del alma moderna*, trad. Santiago Llach, Katz, Buenos Aires.
- Jakobs, G., 1996, “El concepto jurídico-penal de acción”, trad. Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año II, nos. 1–2, pp. 71–119.
- Kymlicka, W., 2003, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, trad. Tomás Fernández Aúz y Beatriz Equíbar, Paidós Ibérica, Barcelona.

- Larmore, Ch., 2008, *The Autonomy of Morality*, Cambridge University Press, Nueva York.
- MacIntyre, A., 1994, *Historia de la ética*, trad. Roberto Juan Walton, Paidós, Barcelona.
- Malamud Goti, J., 2008, *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, Hammurabi, Buenos Aires.
- , 2005, “Carlos S. Nino y la justificación del castigo”, *Programma. Controversias en Derecho Penal*, no. 1, pp. 89–106.
- Mill, J.S., 2006, *Ensayo sobre la libertad*, trad. M.A. Lavilla Navarro, Mestas Ediciones, Madrid.
- Mondolfo, R., 1996, *La conciencia moral de Homero a Demócrito y Epicuro*, 3a. ed., trad. Oberdan Caletti, Eudeba, Buenos Aires.
- Montero, J., 2006, “La concepción de la democracia deliberativa de C. Nino: ¿populismo moral o elitismo epistemológico?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, no. 29, pp. 319–331.
- Nino, C.S., 2008a, *Fundamentos de derecho penal*, comp. Gustavo Maurino, Gedisa, Buenos Aires (Los Escritos de Carlos S. Nino).
- , 2008b, “Subjetivismo y objetivismo en el derecho penal”, en Nino 2008a, pp. 65–97.
- , 2008c, “La definición de delito”, en Nino 2008a, pp. 187–204.
- , 2007a, *Ética y derechos humanos*, 2a. ed., Astrea, Buenos Aires.
- , 2007b, *Derecho, moral y política II*, Gedisa, Barcelona (Los Escritos de Carlos S. Nino).
- , 2007c, “Positivismo y communitarismo: entre los derechos humanos y la democracia”, en Nino 2007b, pp. 155–184.
- , 2007d, “Libertad, igualdad y causalidad”, en Nino 2007b, pp. 52–67.
- , 2006, *Juicio al mal absoluto*, Ariel, Buenos Aires.
- , 2005, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires.
- , 1997, *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. Roberto P. Saba, Gedisa, Barcelona.
- , 1994, *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona.
- , 1989, *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- , 1980, *Los límites de la responsabilidad penal*, trad. Guillermo Rafael Navarro, Astrea, Buenos Aires.
- Nussbaum, M., 2006, *El ocultamiento de lo humano*, trad. Gabriel Zadunaisky, Katz, Buenos Aires.
- Pettit, P., 2006, *Una teoría de la libertad*, trad. Gregorio Cantera, Losada, Madrid.
- , 2002, “Keeping Republican Freedom Simple. On a Difference with Quentin Skinner”, *Political Theory*, vol. 30, no. 3, pp. 339–356.
- Raz, J., 2001, *La ética en el ámbito público*, trad. María Luz Melón, Gedisa, Barcelona.
- Roca Pérez, V., 2005, *Derecho y razonamiento práctico en Carlos S. Nino*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

- Sandel, M., 2000, *El liberalismo y los límites de la justicia*, trad. María Luz Melón, Gedisa, Barcelona.
- Skinner, Q., 2004, *La libertad antes del liberalismo*, trad. Fernando Escalante, Taurus, México.
- Taylor, Ch., 1997, *Argumentos filosóficos*, trad. Fina Birulés, Paidós, Barcelona.
- Thompson, Dennis, 1999, *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, trad. Gabriela Ventureira, Gedisa, Barcelona.
- Wellmer, Albrecht, 1988, “Intersubjetividad y razón”, en León Olivé (comp.), *Racionalidad*, Siglo XXI Editores, México, pp. 225–266.
- Williams, B., 2006, *Verdad y veracidad*, trad. Alberto Enrique Álvarez y Rocío Orsi, Tusquets, Barcelona.
- \_\_\_\_\_, 2004, “En el comienzo era el acto”, en Hongju Koh y Slye 2004, pp. 65–77.
- \_\_\_\_\_, 1997, *La ética y los límites de la filosofía*, trad. Luis Castro Leiva, Monte Ávila Editores, Caracas.
- Wright, Georg Henrik von, 1996, *The Varieties of Goodness*, Thoemmes Press, Bristol.

*Recibido el 26 de junio de 2009; aceptado el 15 de agosto de 2010.*