

**POBREZA, CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA:  
APORTES DESDE LA AUTONOMÍA PERSONAL**

**Gustavo Maurino<sup>1</sup>**

***Introducción***

Desde hace varios años y de manera incesante la pobreza estructural se ha extendido sobre millones de hogares en todo nuestro país. El tema ha llegado a la agenda pública y previsiblemente permanecerá en ella en el futuro próximo. De manera inevitable, también ha comenzado a ocupar a los Tribunales, casos sin precedentes se han litigado en distintas parte del país dando lugar a decisiones judiciales ampliamente comentadas, algunas ciertamente llamativas que conmueven las concepciones clásicas sobre el alcance de los derechos, la protección constitucional y el mismo rol del poder judicial<sup>2</sup>.

Este fenómeno, que podemos llamar “judicialización de la pobreza”, resulta todavía incipiente en términos absolutos pero su crecimiento es significativo y estable. Y ello no debería sorprender a la comunidad jurídica nacional, dado que a partir de 1994 nuestra Constitución es la más generosa de Latinoamérica en términos de reconocimiento normativo de derechos. Prácticamente no existe derecho fundamental postulado en el discurso jurídico contemporáneo que no esté consagrado como un derecho de jerarquía constitucional en nuestro país. Lo que resulta llamativo en realidad es la falta de reflexión constitucional sobre la pobreza: “¿dice algo la Constitución sobre la pobreza, o se trata de una cuestión propia de

---

<sup>1</sup> Agradezco a Federico Orlando y Mariela Aisenstein su generosa colaboración en la investigación y análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

<sup>2</sup> Una de las decisiones más heterodoxas que se han conocido fue un fallo dictado en el momento más agudo de la crisis de 2002 por el Juzgado de Menores Nro. 2 de Paraná. En ese precedente se ordenó al Estado provincial la provisión de recursos para asegurar la alimentación adecuada de una familia humilde con hijos menores cuya salud estaba en riesgo; a lo que añadió una medida cautelar por la que se dispuso que un supermercado otorgara a la familia un conjunto de alimentos cuyo precio podía repetirse del Estado provincial, incluso mediante la compensación de sus deudas fiscales en caso de mora de la provincia (“Defensor del Superior Tribunal de Justicia c. Provincia de Entre Ríos”, pub. en LL-2002-E- 271). Recientemente, en Mendoza, se discutió la constitucionalidad de una ordenanza por la cual prohibió la actividad de limpiavidrios de vehículos en calles locales y se autorizó el uso de la fuerza pública para decomisar los elementos utilizados a tal efecto. Los considerandos de la ordenanza se referían a “...una crisis sin precedentes en nuestro país trajo aparejada la profundización y crecimiento de la pobreza, con el aumento acelerado del desempleo; en este marco, la población de adolescentes y jóvenes se presenta con alto grado de vulnerabilidad y exclusión social, manifestándose en dificultades para insertarse en el medio, generando desesperanza frente a las escasas posibilidades que se le presentan. Como uno de los emergentes más claros de lo antedicho se detectan en Mendoza jóvenes y adolescentes que realizan actividad denominada de limpiavidrios como estrategia de sobrevivencia urbana...” (SCMendoza, Sala I, “Curel, Gastón Oscar y otros en Mansilla Cuello, Enrique Ariel y otros c. Municipalidad de la Ciudad de Mendoza” 03/02/2006 pub. en LLGran Cuyo 2006, julio, 736). La Corte Provincial sostuvo la constitucionalidad de la norma.

la política?”, “los derechos constitucionales ¿amparan contra la pobreza y sus manifestaciones típicas?, “y, si lo hacen ¿de qué manera?”. Este tipo de preguntas, y otras semejantes, no han sido aún exploradas en profundidad en nuestro medio académico.

La cuestión es significativa en la medida que atañe el destino de millones de habitantes. Asumiendo, como creo que debe asumirse, que en nuestro país existe una situación de grave injusticia distributiva de tipo estructural, si concluyéramos que la Constitución Nacional consiente tal estado de cosas –o lo que es lo mismo, que nada tiene que decir en contra- sería muy difícil defender la legitimidad moral del estado constitucional que nos gobierna. No sólo viviríamos en una situación general de hecho injusta, sino que nuestra propia Constitución y nuestro sistema jurídico serían también injustos.

En este trabajo analizaré algunas de las cosas que nuestra Constitución tiene para decir, en términos de derechos, sobre la pobreza estructural y sus manifestaciones. Se trata, por lo tanto, de un ejercicio de interpretación.

El ejercicio podría parecer un tanto vano a primera vista en contextos como el argentino, donde es habitual la afirmación de que “el” problema de la falta de vigencia efectiva de los derechos no se vincula con lo que dice o no dice la Constitución, sino con su falta de cumplimiento o aplicación efectiva, con la anomia que caracteriza nuestra vida social. Correlativamente, parecería que las soluciones a problemas relativos a los derechos residen en la remoción de obstáculos “prácticos” o “políticos” (restricciones al acceso a la justicia, prácticas institucionales y sociales anómicas, etc.). El problema sería pues, “político” y “no-jurídico”.

Esta afirmación de sentido común también circula en los ámbitos académicos, en concordancia con dos actitudes típicas que suelen encontrarse en la comunidad jurídica; dos visiones antagónicas que sin embargo conducen a señalar la irrelevancia del derecho para lidiar con la injusticia distributiva, y en general, con los problemas sociales o políticos de la comunidad. Una de estas visiones afirma que el derecho no tiene nada que decir sobre estos problemas porque el derecho no es política, y la otra sostiene la misma inoperancia del derecho precisamente porque éste sería pura política sublimada, un reflejo, una resultante, del juego político establecido, impotente para transformar sus condiciones. Estas posturas constituyen visiones vulgarizadas de importantes corrientes filosóficas importantes del siglo XX. Por un lado “el formalismo” –variante vulgarizada del positivismo-, de sesgo

conservador, sostiene el dogma de que el derecho opera como un sistema cerrado de normas, en el que las despolitizadas teorías dogmáticas agotan el conocimiento legal, sin contaminaciones ni aperturas hacia la discusión moral o política. Por el otro, lo que podríamos llamar el “realismo cínico” –variante vulgarizada las corrientes críticas sobre el derecho-, e inspiración progresista, sostiene el dogma de que “el derecho sólo es superestructura que cristaliza y refleja los resultados contingentes de la lucha de clases”, por lo que carece de toda posibilidad de impulso político constructivo propio. Por supuesto, estas dos actitudes no sólo niegan las posibilidades emancipadoras del derecho, sino que al mismo tiempo soslayan la responsabilidad y el rol de la comunidad jurídica, ya sea para construir “el mejor derecho posible”, o para “consumar su destrucción como herramienta regulatoria”. De este modo vuelven realidad, por izquierda y por derecha, la misma profecía.

Sin embargo, cuando tomamos en cuenta ciertos aspectos del derecho que la filosofía jurídica ha ido reconociendo en las últimas décadas –aspectos tales como “la inevitabilidad de la interpretación”, la “indeterminación de las normas”, la “dimensión constructiva de la práctica jurídica”, etc.- se abre el camino para trabajar sobre las posibilidades y desafíos del derecho. Si tomáramos en serio, como debemos hacerlo, estos aspectos de la práctica jurídica, los operadores legales –jueces, académicos, estudiantes, abogados, asesores, etc.- podemos comprender su potencialidad emancipatoria y asumir cabalmente la responsabilidad de reconstruir, mediante la argumentación, la crítica y el diálogo, un mejor entendimiento para nuestra Constitución, leyes e instituciones; uno que contribuya a reducir las injusticias y fomentar lo que tiene de valioso nuestro sistema jurídico. La legitimidad política también se construye dentro de la práctica institucional. Esta es una tarea moral, política y jurídica, indisolublemente unidas, que interpela a la comunidad legal en cada generación y que tanto la actitud formalista como la cínica fallan en reconocer.

Si tenemos en claro este punto, puede entenderse que el reconocimiento de la existencia de los graves vicios “prácticos” o “políticos” que limitan la efectividad de los derechos en nuestra vida social e institucional no vuelven inútiles los esfuerzos para construir interpretaciones más plausibles y protectorias, particularmente en el caso de la pobreza; más aun cuando tomamos en cuenta que en estos temas los obstáculos prácticos se entrelazan con la inexistencia de acuerdos interpretativos claros y extendidos sobre el alcance de los derechos, o –más lamentable todavía- con la hegemonía de posiciones que avalan desde la

lectura constitucional el estado de cosas existente, o proclaman la no intervención del poder judicial en estos conflictos. Esta falta de acuerdos interpretativos fuertes en la comunidad política nos impide criticar el estado de cosas existente desde un punto de vista constitucional y una perspectiva de derechos, carecemos de un lenguaje para criticar constitucionalmente la grave injusticia distributiva de nuestro país.

Lo que acabamos de expresar nos lleva al propósito de este trabajo, donde quisiera analizar alguna de las alternativas interpretativas de que disponemos para dotar a los textos constitucionales de un contenido protectorio robusto para los más pobres y potenciar su protección jurídica efectiva –o al menos fundamentar una crítica constitucional y no “meramente” política del status quo. En particular, voy a explorar el alcance de una de las herramientas más prometedoras se podrían invocar en defensa de derechos fuertes para los más pobres, en diversos contextos de discurso y fundamentación constitucional: “la autonomía personal”<sup>3</sup>.

En la primera parte analizaré los compromisos y entendimientos que rodearon a la incorporación original de este principio a nuestro pacto constitucional, e identificaré las concepciones interpretativas que se ha propuesto en el seno de la Corte Suprema de los años democráticos para definir su alcance y proyecciones.

En la segunda, voy a considerar las proyecciones teóricas de la concepción más robusta sobre la autonomía constitucional (que denomino, “la concepción emancipatoria”). En este estudio, seguiremos los aportes teóricos de Carlos Nino, quien realizó la más influyente defensa de una concepción de los derechos basada en el principio de la autonomía con un componente emancipatorio.

En la tercera parte del trabajo, abordaré un problema que una concepción maximalista de los derechos basados en la autonomía emancipatoria debe enfrentar en el marco de un sistema institucional que –como el nuestro, a partir de 1983- se ha comprometido a combinar los derechos constitucionales con la legitimidad política democrática; la “tensión democrática de los derechos”. Cualquier concepción especialmente robusta de los derechos, en la medida en que su contenido no admita limitaciones o definiciones resultantes de la práctica

---

<sup>3</sup> En otro trabajo analicé algunas de las potencialidades de la igualdad, en su aspecto antidiscriminatorio, para la misma empresa interpretativa, ver “Pobreza y discriminación: La protección constitucional para los más humildes”, en ALEGRE M. y GARGARELLA R. (coord.), *El derecho a la igualdad - Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Bs. As., 2007.

democrática, y los considere como superiores a ella<sup>4</sup>, restringe desmedidamente el ámbito de autogobierno político. Y correlativamente, la sacralización de las decisiones democráticas y su blindaje frente a reclamos de quienes se ven afectados por tales decisiones, pone en riesgo la supremacía de los compromisos constitucionales que sostienen la autoridad política.

Mediante el análisis de algunas distinciones realizadas por Carlos Nino en sus últimos trabajos veremos una propuesta de armonización, que intenta mantener un compromiso significativamente fuerte, al menos con algunos derechos -especialmente para los más pobres-, a la vez que preserve la dignidad de la práctica democrática.

## PRIMERA PARTE. LA AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL. HISTORIA Y CONTEXTO INTERPRETATIVO ACTUAL

### *1. El compromiso con la autonomía en nuestra fundación constitucional*

Los antecedentes constitucionales argentinos contienen una rareza en latinoamérica: un compromiso inequívocamente liberal con la garantía de un ámbito de soberanía exclusiva para el individuo, exento de la injerencia social y estatal: la garantía constitucional de la libre determinación de los individuos en su vida personal, consagrado definitivamente en el art. 19 CN. Allí reside uno de los núcleos centrales de la autonomía individual.

La historia y sentido de este compromiso ha sido muy poco explorada en la doctrina constitucional –acaso porque durante largos períodos de nuestra historia fue avasallado, desnaturalizado y olvidado. Una notable excepción, que seguiremos en esta parte, es la famosa conferencia dictada por Arturo Sampay en 1955, en oportunidad de cumplirse 150 años de la primera aparición en un documento constitucional de la fórmula que quedaría plasmada en el art. 19 CN -concretamente en el Estatuto Provisional de 1815<sup>5</sup>.

En ese trabajo Sampay analiza la historia de la cláusula y plantea una teoría interpretativa sobre su alcance. En relación con la secuencia histórica de la constitucionalización, destaca la influencia del art. 5 de la declaración francesa de los

---

<sup>4</sup> Es decir, en la medida en que entendemos a los derechos de la manera en que el liberalismo constitucional los entiende clásicamente; como “cartas de triunfo” en términos de Dworkin, o como “restricciones laterales”, a la Nozick, frente a las decisiones democráticas.

derechos del hombre -“la ley no tiene derecho a prohibir más acciones que las nocivas a la sociedad” en el origen de la formulación consagrada en el Estatuto Provisional, donde se expresaba: “las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofenden al orden público, ni perjudican a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”. El mismo texto fue incluido en la constitución de 1819 y en la de 1826, e inspiró también diversos ensayos constitucionales provinciales de esas décadas<sup>6</sup>.

En la convención constituyente de 1853 el convencional Pedro Ferré –correntino, radicado en Entre Ríos, pero representante por Catamarca<sup>7</sup>- propuso que en vez de referirse al “al orden público” el texto comprendiera también a “la moral” (a secas), y –en consecuencia- limitara la garantía de no-interferencia estatal a las acciones que no ofendieran “a la moral y al orden público”. La Convención aceptó incluir una referencia a la moral en la fórmula, pero con un alcance muy diferente a la propuesta por Ferré, en tanto dicha referencia fue afinada para comprender sólo el aspecto público de la moral. Así, de “la moral y el orden público” propuesto por Ferré, se pasó “al orden y a la moral pública”, consagrada en la Constitución.

Sampay reconstruye esta última modificación de la siguiente manera: “...con [ella] se corrigió una impropiedad filosófica, porque es imposible someter al juzgamiento de los magistrados la infracción de todas las leyes morales, pues éstas rigen, según ya advertimos, los actos humanos tanto internos como externos, mientras que sólo es posible poner bajo la jurisdicción de los magistrados la violación de la moral referida a las acciones públicas de los hombres, es decir, a aquéllas que pueden desordenar la pacífica convivencia de la población”.

Cuando dicho compromiso se analiza en comparación con las constituciones de la época, su inspiración liberal se agiganta. El panorama constitucional de la época estaba marcado por conocidos -y políticamente exitosos- ensayos conservadores, como el de la constitución chilena de 1823 o la ecuatoriana de 1833, que adjudicaban al estado la atribución

---

<sup>5</sup> La conferencia se publicó luego en el ensayo “La filosofía jurídica del Art. 19 de la Constitución Nacional”, Bibliográfica Omega, Buenos Aires, 1956.

<sup>6</sup> El Reglamento Provisorio de Córdoba de 1821, el Estatuto Provisorio Constitucional de Entre Ríos, de 1822, El proyecto de Constitución para Buenos Aires de 1833 y la Constitución de Buenos Aires de 1854. La primera constitución de Uruguay (1830) incluye un artículo que también reproduce esta fórmula y la unifica en un sólo artículo con lo que luego será la segunda parte nuestro Art. 19, que en los ensayos constitucionales anteriores era siempre incluía en una norma separada.

<sup>7</sup> En el conocido trabajo de José María Rosa (h.) sobre la Convención Constituyente “Nos, los Representantes del Pueblo”, se narra lo siguiente: “El general Pedro Ferré, se hallaba bien inspirado pero poseía un carácter poco fácil de llevar. Opuesto a la Constitución y contrario a la ‘libertad de cultos’, se enfurruñó y no quiso hablar más, para acabar siendo expulsado del Congreso por negarse a votar los Tratados de San José de Flores, que a nombre de la ‘libertad de los ríos’ implicaban la renuncia de la soberanía argentina sobre ellos” cfme. Revista del Instituto de Investigaciones Históricas Juan Manuel de Rosas - Número 10 - Julio-agosto de 1942

y la responsabilidad de establecer un modelo de virtud moral en la vida privada de los ciudadanos<sup>8</sup>.

La comunidad constitucional argentina estuvo pues comprometida desde su origen con la idea de que el Estado no debía condicionar o limitar el desarrollo de la vida personal de los individuos; su intervención sólo encontraba fundamento cuando aspectos significativos de la vida social -la moral relativa a la convivencia social, el orden público, la violación de derechos ajenos- se vieran afectados.

## *2. Las interpretaciones sobre la autonomía en nuestra práctica constitucional-democrática reciente*

A lo largo del siglo XX las interpretaciones dominantes sobre la cláusula del art. 19 CN, consolidadas en épocas de cortes nombradas por gobiernos de facto, pero proyectadas también a los intervalos democráticos, tuvieron un grave sesgo conservador y totalitario. De hecho, en los casos más extremos redujeron su ámbito de aplicación a la tutela de “la interioridad” de las personas, de aquellas acciones que de ninguna manera trascendieran a conocimiento de terceros<sup>9</sup>. Desde la llegada de la democracia prácticamente nadie discute seriamente que la tesis de las cortes de facto no tiene bases serias como una interpretación razonable de la Constitución. El sesgo totalitario de la interpretación es tan grosero que resulta imposible su encaje en la estructura de una democracia constitucional moderna.

Incidentalmente –o no tanto- creo oportuno señalar que en el marco de nuestra práctica constitucional actual los operadores del derecho deberían minimizar la relevancia interpretativa de la jurisprudencia emanada durante gobiernos inconstitucionales, particularmente de aquellas relativas al entendimiento de los compromisos básicos de nuestra identidad constitucional. Existen razones de principio para considerar que tales actos institucionales carecen de valor o autoridad moral para influir en nuestras reconstrucciones

---

<sup>8</sup> Roberto Gargarella realizó valiosos estudios sobre el periodo fundacional del constitucionalismo latinoamericano. Un análisis del modelo “conservador” expresado en los ejemplos mencionados puede encontrarse en GARGARELLA, R., “Towards a Typology of Latin American Constitutionalism, 1810-60”, publicado en *Latin American Research Review*, Vol. 39, No. 2. (2004), pp. 141-153. Un estudio en castellano sobre el tema fue publicado en GARGARELLA, R., “El periodo fundacional del constitucionalismo sudamericano (1810-1860)”, en *Desarrollo Económico*, Vol. 43, No. 170 (Jul. - Sep., 2003), pp. 305-328

<sup>9</sup> Ver, por ejemplo, “Carrizo Coito, Sergio” (Fallos 302:604, de 1980), donde se afirma: “Las acciones privadas de los hombres (art. 19 de la Constitución Nacional) son las que arraigan y permanecen en la interioridad de la conciencia de las personas y sólo a ellas conciernen, escapando a la regulación de la ley positiva y a la autoridad de los magistrados, pues no se concretan en actos exteriores”.

interpretativas, más allá de que en años pasados puedan haber existido razones prudenciales para reconocerles el carácter de “sentencias con autoridad jurídica”. Su impacto en nuestra práctica de dar sentido a la Constitución Política de la república debería ser reducido al límite, pues los presupuestos totalitarios y antidemocráticos que los animan son inconsistentes con nuestro pacto constitucional. Los precedentes dictados por Cortes constitucionales merecen respeto, discusión, análisis de buena fe y un esfuerzo destinado a darles el mejor sentido constitucional posible; los otros deberían considerarse, a lo sumo, meros hallazgos arqueológicos en el museo de la accidentada práctica constitucional argentina.

Lo cierto es que, como dijimos, desde 1984 la Corte Suprema ha venido construyendo el camino interpretativo que afirma que nuestra Constitución Nacional consagra la protección de un ámbito significativo de privacidad para los individuos, sustraído a la interferencia estatal. El contenido, fundamentos y alcance de esta tutela han generado diversas interpretaciones y no pocas discusiones en el seno del tribunal y la comunidad jurídica, más allá de que ciertos contenidos aparezcan ya como sólidamente establecidos.

### 2.1. El Artículo 19 y la tutela de un ámbito *material* de Intimidad

El contenido mínimo que se le ha asignado a la tutela del Art. 19 se asocia con el resguardo de un ámbito material de privacidad, entendido como la intimidad de la vida personal y familiar. La primera manifestación de este entendimiento puede encontrarse ciertos pasajes del célebre caso “Ponzetti de Balbín”, el primero en el que la Corte de la democracia ejerció la interpretación del Art. 19 CN. Como es sabido, en ese caso, los demandados habían incurrido en una grave intromisión de la intimidad de la víctima, publicando fotografías de las condiciones en que estaba internada con una seria enfermedad. La Corte asoció allí la tutela constitucional de las acciones privadas con el “right to privacy” del derecho constitucional norteamericano, en su contenido relativo a la protección de un ámbito material en el cual ser “ser dejado en soledad”, sin interferencias.

En los años posteriores esta dimensión del concepto constitucional de “acciones privadas”, este entendimiento del derecho a la privacidad como intimidad fue sostenida por

varios jueces en otros casos vinculados con la difusión de información privada<sup>10</sup>, en las primeras sentencias de Habeas Data y derecho a la verdad<sup>11</sup>, y en otros supuestos de intromisiones materiales o físicas en el ámbito de reserva de las personas<sup>12</sup>.

## 2.2. El Artículo 19 y la Inmunidad *sustantiva* de ciertas acciones

Una segunda dimensión de la tutela constitucional –que se añade a la anterior– se ha venido desarrollando también en la doctrina de la Corte en las últimas décadas. En un sentido más próximo al espíritu originario que fuera expresado en la cláusula constitucional, ésta fue entendida como amparando un ámbito sustantivo de acción individual, y no sólo el ámbito material tutelado por la privacidad como intimidad.

Esta dimensión sustantiva de la privacidad la asocia con el libre desarrollo de la personalidad, con las acciones que involucran cuestiones de moral individual, no social o intersubjetiva, con la libertad de los individuos para elegir y perseguir los planes de vida y los ideales de morales o de virtud personal sin interferencias externas; en particular, sin que el estado obligue, prohíba o condicione tales elecciones, o las acciones que los llevan a cabo.

En el ámbito de la dogmática constitucional, Germán Bidart Campos sintetizaba esta dimensión sustantiva de la privacidad, a la que incluso llamaba “libertad de intimidad”, de la siguiente manera: “En la libertad de intimidad subyace un principio filosófico harto importante, conforme al cual ni el Estado ni los particulares pueden interferir en un ámbito de privacidad que tiene, por lo menos, dos campos afines: a) el de las actividades o abstenciones del sujeto que no perjudican a terceros y cuyos efectos recaen solamente en la propia persona; b) el de la moral personal o autorreferente, que no se proyecta simultáneamente a la moral interpersonal, o intersubjetiva, o social...”<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Ver fallos “Costa” (LL-1987-B-269), “Vago” (LL-1992-B-367), “Gutheim” (Fallos 316:703), “Menem” (Fallos 324:2895), “R., S.J.” (LL-2004-A-392), donde distintos jueces acudieron a esta interpretación de la privacidad.

<sup>11</sup> Ver fallos “Urteaga” (LL-1998-F-237), “Ganora” (LL-2000-A-355), sobre habeas data; “Suárez Mason” (Fallos 321:2031) sobre derecho a la verdad respecto del destino de personas desaparecidas.

<sup>12</sup> Ver “B.,R.E.” (LL-1997-D-253) y “S/N” (DT-1997-B-1780) relativas a realización de exámenes de VIH sin consentimiento del interesado; “Muller” (Fallos 313:1113), “H., G.S. (LL-1997-C-376), “Guarino” (Fallos 319-3370) y “Vázquez Ferrá” (LL-2003-F-970) relativos a la realización compulsiva de análisis genéticos para comprobar la identidad de personas, en las que algunos jueces formularon argumentos de privacidad asociados a la preservación de un ámbito material de intimidad.

<sup>13</sup> Cfme. BIDART CAMPOS, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. 1, Bs. As., Ed. Ediar, 1985. pp. 283-4. También resulta interesante recordar la enunciación que el autor realizaba acerca de “la variedad de contenidos que integran la libertad jurídica”, y que es particularmente gráfica sobre este ámbito de protección a las acciones autorreferentes. Dicha libertad comprende: a la “posibilidad de elegir para sí la propia forma de vida sin perjuicio de terceros... maximizar la

Este entendimiento sustantivo de las “acciones privadas”, de la privacidad, se puede apreciar en una larga línea de precedentes significativos de los últimos veinticinco años. Entre ellos, se destacan los votos mayoritarios de los célebres “Bazterrica” (Fallos 308:1392), “Portillo” (LL-1989-C-405) y “Sejean” (LL-1986-E—648); los precedentes “Villacampa” (LL-1989-D-176) y “Sisto” (Fallos 321:92), relativos a la conexión entre privacidad y libertad religiosa y de conciencia; la reciente sentencia de “ALITT” (LL-2006-F- 730), vinculada con la autodeterminación sexual y la libertad de asociación, en donde se deja sin efecto la doctrina mayoritaria del precedente “CHA” (LL-1991-E-679), y se reivindican los votos disidentes en ese fallo. Varios votos concurrentes de “Bahamondez” (LL-1993-D-130) también adoptaron este punto de vista sustantivo sobre la autonomía.

Sin embargo, la vinculación interpretativa del Art. 19 CN con la tutela de la autonomía personal ha suscitado importantes desacuerdos interpretativos acerca de su alcance; en particular, frente a normas estatales inspiradas en las convicciones morales dominantes en la sociedad. En términos de dogmática constitucional, la controversia se proyecta al concepto de “moral pública” que ha sido establecido como límite para la protección constitucional. La raíz del desacuerdo no se refiere a la cuestión relativa a si las valoraciones morales existentes en la sociedad debieran ser tenidas en cuenta por los legisladores a la hora de sancionar leyes o por los tribunales a la hora de interpretar el derecho, o la Constitución; nadie duda de que tal cosa es algo razonable y necesario en una comunidad basada en el autogobierno democrático<sup>14</sup>. Asimismo las posiciones contrapuestas reconocen que la Constitución está comprometida con la tutela de un ámbito sustantivo de acciones individuales en el cual el estado sólo puede entrometerse en circunstancias particulares

La controversia ideológica que divide las aguas interpretativas se refiere al tipo de pautas morales que la Constitución permitiría que se traduzcan a las regulaciones legales, como contenidos de deberes, prohibiciones o permisiones jurídicas para los habitantes. En

---

capacidad de elegir la propia vida sin perjuicio de tercero, con la respectiva prohibición de intervenir, y a veces, con la obligación de facilitar la maximización...liberarse de interferencia en la moral personal (o autorreferente) que no afecta la moral intersubjetiva (o social)”, etc. . Ibid. p. 267.

<sup>14</sup> Ver, entre otros, los casos “Santa Coloma” (Fallos: 308:1160) y “Sejean”, como ejemplos en los cuales distintos jueces que suscribieron tesis antiperfeccionistas acerca de la autonomía personal -como Petracchi, Fayt, Belluscio, entre otros- consideraron la relevancia jurídica de las convicciones morales dominantes en la comunidad en el marco de la interpretación de los principios constitucionales. En el primero de estos precedentes, se afirmó: “no [se] concibe que los jueces se guíen, al determinar el derecho, por patrones de moralidad que excedan los habitualmente admitidos por el sentimiento medio, pues, como lo señala Cardozo, ‘los jueces deben dar vigor con sus sentencia a la moralidad corriente de hombres y mujeres de conciencia recta’...” (cons. 8).

términos generales las posiciones contrapuestas pueden presentarse en dos posiciones, que denominaré respectivamente como la tesis “antiperfeccionista” y “perfeccionista”.

### 2.2.1. La tesis “antiperfeccionista”

Limita las pautas morales que pueden imponerse jurídicamente por el estado a las que se refieran a cuestiones morales intersubjetivas. El carácter de “pública” de cierta cuestión o directiva moral, que habilita la interferencia estatal, se relaciona exclusivamente con su contenido, que debe ser intersubjetivo, relativo a lo que nos debemos mutuamente para la convivencia social. Para esta tesis, existe una división fundamental en las cuestiones, juicios y pautas morales, entre “moral pública” (intersubjetiva) y “moral privada” (subjetiva, autorreferente), tal que las primeras pueden proyectarse a las normas del estado, pero respecto de las segundas el estado debe permanecer neutral. En consecuencia, la existencia de un extendido consenso social sobre cuestiones de moral privada resulta irrelevante para justificar alguna clase de limitación a lo que los individuos puedan o no hacer -por ejemplo, si la sociedad mayoritariamente desapruueba o rechaza ciertas prácticas sexuales de los individuos, ello no justifica la intromisión estatal-; y correlativamente, principios morales sobre materias intersubjetivas pueden fundar límites jurídicos a la conducta individual con independencia del grado de consenso social que exista sobre ellas -si la sociedad mayoritariamente rechaza que los miembros de ciertas minorías tengan iguales derechos que la mayoría, ello no impide que la igualdad de derechos sea establecida constitucional, legal o jurisprudencialmente<sup>15</sup>.

### 2.2.2.- Para la tesis “perfeccionista”:

El aspecto público de la moral se refiere a su representatividad de las convicciones, sentimientos o ideales socialmente aceptados -o aceptables a juicio del intérprete-, sin que el contenido de la cuestión -subjetivo o intersubjetivo- sea relevante. Para esta posición, la inmunidad de las acciones privadas no se proyecta para blindarlas a las valoraciones morales

---

<sup>15</sup> Una de las enunciaciones más claras de esta posición puede encontrarse en el voto de los jueces Belluscio y Petracchi en “Bahamondez”: “El art. 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de tercero...tal principio resulta de particular aplicación al presente caso, en el que se encuentran comprometidas, precisamente, las creencias religiosas, la salud, la personalidad espiritual y física y la integridad corporal...La libertad de una persona adulta de tomar decisiones fundamentales que le

–correctas- que anidan en la sociedad. Esto no quiere decir que cualquier intromisión estatal sea permisible, si se funda en las convicciones morales socialmente extendidas; la Constitución prohíbe regulaciones arbitrarias e injustamente persecutorias. Pero tales prohibiciones no son una manifestación del compromiso con la privacidad sino del principio de razonabilidad que se proyecta a toda legislación estatal. Las acciones que contradicen la moral pública (así entendida) no pierden toda protección constitucional –siguen teniendo la que surge de la igualdad ante la ley y la razonabilidad-, pero sí pierden la inmunidad, el blindaje constitucional contra la intromisión que el Art. 19 garantiza para las acciones privadas<sup>16</sup>.

Por supuesto que esta posición no debe interpretarse en términos meramente conceptuales, sino de manera contextualizada. En el ambiente histórico, social y cultural argentino, el punto de descanso de “la moral pública” en la posición perfeccionista está dado por el cuerpo doctrinario de la moral cristiana en general, y su vertiente católica en particular. Si bien en términos puramente teóricos podría concebirse una posición perfeccionista secularizada o laica, ella no ha sido articulada consistentemente en términos constitucionales; donde posiciones perfeccionistas han acudido incluso de manera expresa a referencias de tipo religioso<sup>17</sup>.

---

conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés...” (cons. 8 a 10)

<sup>16</sup> La posición perfeccionista no suele postularse abiertamente, sino mediante argumentos de deferencia a las decisiones estatales o de la mayoría. Los siguientes pasajes del voto del Juez Boggiano en “CHA” son tal vez la expresión más fuerte de esta manera de entender los límites que la moral pública –bajo esta interpretación- puede imponer a las acciones privadas: “... la Cámara fundó su decisión, sin arbitrariedad, en principios morales que no pueden considerarse vigentes sólo para los fieles de religión determinada alguna, ni siquiera exclusivamente para personas adherentes a una fe ...La Corte Suprema de los Estados Unidos ...juzgó que una ley de Georgia es constitucional en cuanto pena los actos homosexuales privados consentidos entre adultos...El ‘Chief Justice Burger’ fundó su voto en ‘milenios de enseñanza moral’ al caracterizar la sodomía ‘como un delito de ‘honda maldad’ (...) cuya sola mención es una desgracia para la naturaleza humana’...Como observa la Corte, las proscripciones de la sodomía tienen muy ‘antiguas raíces’. Las decisiones de los individuos relativas a conductas homosexuales han sido sujetas a la intervención estatal a lo largo de la historia de la civilización occidental. La condena de tales prácticas está firmemente arraigada en la moral y pautas éticas judeo-cristianas’... Que la pública defensa de la homosexualidad con vistas a su aceptación social resulta reñida con razonables valoraciones, apreciaciones y distinciones morales y jurídicas... Toda defensa social de la homosexualidad ofende la moral pública y el bien común, cuya tutela la Constitución impone a los poderes constituidos, y de modo eminente a esta Corte, para garantizar la dignidad de la persona humana creada a imagen y semejanza de Dios, fuente de toda razón y justicia (Preámbulo, Invocación Final, y arts. 2º y 19 de la Constitución Nacional)...”.

<sup>17</sup> En el ámbito de la doctrina constitucional, la impronta perfeccionista cristiana puede apreciarse en las opiniones de Pablo Ramella, uno de los más destacados constitucionalistas del peronismo social-cristiano. Este autor afirmaba: “Ahora bien, ¿cuál es esa moral pública? Aunque el legislador se quiera evadir del problema, ella no puede ser otra que la moral cristiana, de modo que en el hecho se reconoce una preponderancia a los principios cristianos...”. Y, en relación con la libertad de cultos, agregaba: “Como toda libertad, la de cultos está condicionada al respeto de la mentalidad ambiente en nuestro país. No serían tolerables cultos o propaganda religiosa que tuvieran el designio preconcebido de desintegrar la unión espiritual de los argentinos. Si una cantidad considerable de ciudadanos, por razones de conciencia, quisiera eludir el servicio militar, ¿no se conspiraría contra la defensa de la Nación?...”. Cfme. RAMELLA, P., *Derecho Constitucional*, 3º edición, Bs. As. Depalma, 1986.

La discusión entre las posiciones perfeccionistas y antiperfeccionistas es crucial en la arquitectura constitucional. La hegemonía de una u otra tesis determina visiones significativamente diferentes de nuestra comunidad política, y de la relación entre los individuos, la sociedad y el estado y por eso ha merecido tanta atención de los autores.

En los últimos años la orientación “antiperfeccionista” de la Corte se ha comenzado a marcar con bastante nitidez. Probablemente el fallo que mejor expresa esta visión sea el dictado en “ALITT”. En este precedente la Corte dejó sin efecto la doctrina mayoritaria del caso “CHA”, de 1991 y retomó la doctrina de las disidencias de aquel precedente, a la vez se reivindicó expresamente la doctrina de los votos que formaron la mayoría de “Portillo”<sup>18</sup>, acerca del compromiso constitucional con el pluralismo en temas de ideales éticos, el disenso, el respeto por los planes de vida socialmente heterodoxos.

Si bien la exploración filosófica sobre esta discusión excede los límites de este trabajo, no caben dudas de que la posición antiperfeccionista es la que cuenta con una articulación interpretativa y filosófica más sofisticada y convincente en términos de principios<sup>19</sup>, a la vez que honra de mejor manera los compromisos constitucionales que inspiraron originalmente la garantía constitucional<sup>20</sup>.

Ahora bien, más allá del alcance que corresponda asignar a este aspecto sustantivo de la privacidad o autonomía, su relación y relevancia para las esperanzas constitucionales de los más humildes parece mínima, o más aún, directamente inexistente. Las concepciones de la autonomía reseñadas hasta ahora tienen en común el hecho de blindar al individuo frente al estado, operan como un escudo, en particular frente a acciones invasivas (ya sea en términos

---

<sup>18</sup> Allí se sostuvo: “...en un sistema democrático como el nuestro, se impone al Estado una actitud imparcial frente a los gobernados, aun cuando éstos profesen cultos que la mayoría rechace. Ello está instituido por el art. 19 de nuestra Ley Fundamental, en el sentido que le dieron los constituyentes...El art. 19 establece la esfera en la que el Estado no puede intervenir. La combinación de este artículo con los vinculados a la libertad de cultos y a la libertad de conciencia no permiten dudar respecto del cuidado que los constituyente pusieron en respetar la diversidad de pensamientos y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no se condice con la filosofía liberal que orienta a nuestra normas fundamental...” (cons. 10 y 12).

<sup>19</sup> El núcleo de esta concepción está conformado por los ideales de dignidad y libertad individual, el rechazo a la instrumentalización de los seres humanos o su subordinación a los intereses de otros y la idea de que el estado debe ser neutral acerca de los planes de vida que elijan las personas. El cuerpo filosófico de estos ideales constituye uno de los aportes fundamentales del liberalismo político, con Kant, Rawls y Habermas como sus exponentes más renombrados. El socialismo contemporáneo también sostiene el compromiso con la autonomía individual, a la que complementa con la postulación de prácticas políticas que refuercen el ideal moderno de la fraternidad. Las visiones perfeccionistas resultan incompatibles con los ideales liberales y socialistas, y remiten de manera inseparable a concepciones de sesgo holista, que postulan una uniformidad moral y de estilos de vida propia de sociedades cerradas, no pluralistas, y visiones autoritarias y totalizadoras.

<sup>20</sup> La tesis perfeccionista, previsiblemente, guarda vinculación con la propuesta original de Ferré, de incluir a la moral –a secas– como vehículo justificante de la interferencia estatal. Esa visión fue descartada, como explicara acertadamente

materiales o sustantivos), y de este modo se limita claramente su potencialidad protectoria de la calidad de vida de los más pobres. Ello es así, por cuanto, en el mejor de los casos, el amparo constitucional que sostienen las dimensiones analizadas opera frente a un tipo de intervenciones disruptivas de la autodeterminación individual que no son especialmente relevantes para la mejora en sus condiciones de vida -las intromisiones perfeccionistas.

Es claro que la pobreza condiciona severamente las posibilidades de autodeterminación individual significativa de las personas; pero si la construcción del ideal de la autonomía se proyecta sólo hacia la intimidad y el blindaje antiperfeccionista, resultaría estéril para fundar el tipo de reclamos jurídicos que los pobres necesitan. De hecho, resulta perfectamente posible imaginar un estado que cumpla el mandato anti-perfeccionista y consienta la existencia de extendidos niveles de indignidad y pobreza, en la medida en que ello no sea resultado de acciones u omisiones perfeccionistas de su parte<sup>21</sup>.

Afortunadamente, el compromiso constitucional con la autonomía tiene otra dimensión más, todavía incipientemente estudiada, pero prometedora.

### 2.3. La dimensión emancipatoria de la Autonomía

El compromiso liberal del “antiperfeccionismo” es insuficiente para garantizar un ámbito de protección hacia los más humildes bajo el paraguas de la autonomía o la privacidad. Se requiere una fundamentación que vaya más allá de ese aspecto y comprenda deberes estatales de garantizar el acceso a ciertas condiciones -materiales e inmateriales- necesarias para que la autodeterminación moral individual sea ejercida de manera significativa, es decir, que no sea la resultante de meras preferencias adaptativas de personas que carecen de opciones reales para elegir su destino. Se requiere de una fundamentación constitucional que establezca las bases para fundar reclamos de derechos cuando tales condiciones no están presentes.

---

Sampay, al explicitarse el calificativo de “pública” a la moral, que remitía a la regulación de la convivencia social, a lo intersubjetivo.

<sup>21</sup> Al analizar el alcance con que el principio de autonomía personal habilitaría el control judicial del obrar estatal, en *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelonon Gedisa, 1997- Carlos Nino afirmaba que, en términos de límites a la intervención estatal que debían ser conjurados por el poder judicial “el valor de la autonomía personal no protege acciones particulares, sino que simplemente previene que esas acciones sean interferidas sobre la base de ciertas razones...La razón para no seguir los mandatos de una legislación perfeccionista es que su fundamento real es la imposición de un ideal de excelencia humana...por este motivo es esencial considerar las razones genuinas de las normas jurídicas, dado que ellas determinan la razonabilidad de su aplicación y su constitucionalidad. ...” (p. 279)

Este aspecto de la autonomía, que llamaré “emancipatorio” ha sido identificado y reconocido en algunos precedentes dictados por la CSJN en los últimos años, a veces de manera expresa y en otras ocasiones implícitamente. Así puede apreciarse en algunas decisiones que reconocieron el derecho a obtener ciertas prestaciones médicas<sup>22</sup>, alimentarias<sup>23</sup>, en el marco de programas establecidos por diversos actos estatales; o incluso reclamos indemnizatorios patrimoniales<sup>24</sup>. Finalmente, algunos magistrados han vinculado expresamente la autonomía personal, en este aspecto emancipatorio, con la propiedad y las libertades contractuales<sup>25</sup>.

Sin embargo, tal como la lectura de los fallos lo revela, el desarrollo argumental de esta interpretación es todavía incipiente en la jurisprudencia. Los precedentes citados no expresan una tesis completa sobre el punto, más allá de que en los hechos establezcan la vinculación constitucional entre el principio de autonomía y el derecho de reclamar al estado el acceso a bienes fundamentales para su ejercicio.

Pero, afortunadamente, tenemos a disposición la más sofisticada y robusta fundamentación filosófica que se haya elaborado en hispanoamérica sobre el tema. Me refiero a la teoría de fundamentación de los derechos humanos articulada por Carlos Nino precisamente sobre una concepción de la autonomía personal que comprende una clara

---

<sup>22</sup> Ver “Asociación Benghalensis” (Fallos 323:1339), “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta” (Fallos 326:4931), “Barria” (Fallos 329:1226), “Reynoso” (Fallos 329:1638), “Floreanci” (fallos 329:2552), “Mosqueda” (LL, 18/12/06), “María” (LL-15/11/07). En este último precedente, la Corte sostuvo: “Este Tribunal afirmado que el derecho a la salud – especialmente cuando se trata de enfermedades graves (y en el caso se ha acompañado un certificado nacional en el que consta que la actora padece discapacidad de naturaleza motora, mental, visceral y sensorial grave)- está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida” (cons. 4). En los últimos cuatro casos, las demandantes acreditaron su imposibilidad económica de costear las prestaciones reclamadas

<sup>23</sup> Ver “E., R.” (LL,26/06/2006, 9), “Rodríguez” (LL-2006-D-231), “Quiñone” (LL-2006-E-149). Estos casos dieron lugar a medidas cautelares de la Corte, quien se declaró incompetente para entender en el fondo de la cuestión, por lo que el desarrollo argumental es mínimo, aunque su impronta protectoria resulta manifiesto.

<sup>24</sup> Ver “Milone” (Fallos 327:4607) y “Díaz” (Fallos 329:47), relativos a indemnizaciones por accidentes laborales. En “Milone”, donde se cuestionaba la constitucionalidad del sistema indemnizatorio de la Ley de Riesgos de Trabajo, la Corte afirmó “...una discapacidad, sobre todo de las comprendidas por el art. 14.2.b, repercutirá no sólo en la esfera económica de la víctima, sino también en diversos aspectos de su personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural y social, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida... Un trance de tamaña gravedad, por ende, llevará seguramente al trabajador -y, en su caso, a la familia de éste- a una profunda reformulación de su proyecto de vida, para lo cual la indemnización a la que tenga derecho se presentará como un dato de importancia inocultable por mayúsculo... que la reparación dineraria sea satisfecha mediante una renta periódica [en estos casos]... reduce drásticamente el universo de opciones que le permitirían al trabajador reformular dicho proyecto...mortifica el ámbito de libertad resultante de la autonomía del sujeto para elaborar su proyecto de vida...” (cons. 7 y 9).

<sup>25</sup> Ver el voto del Juez Lorenzetti en “Masa” (LL-2007-A-316, cons. 25 y 29). Allí se expresó: “el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino...Esta tutela comprende... la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 Constitución Nacional)... Es un principio que todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, y que esta Corte debe tutelar...”. Ver también el voto conjunto de Lorenzetti y Zaffaroni en “Rinaldi” (LL, 20/03/07, cons. 15) con una argumentación similar.

dimensión emancipatoria. La segunda parte de este trabajo estará dedicada a reseñar brevemente los alcances de este magistral desarrollo filosófico, que ha influido notablemente en el universo doctrinario y jurisprudencial de nuestro país y la región en las últimas dos décadas.

## SEGUNDA PARTE: UNA TEORÍA ROBUSTA DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y SU DIMENSIÓN EMANCIPATORIA

### *3. El proyecto de Carlos Nino*

Lo primero que debemos hacer al recorrer la construcción teórica de Nino es aclarar cuál es el nivel de argumentación en el que este autor ha trabajado en los textos que analizaremos.

Su ensayo de fundamentación de una concepción robusta de los derechos basados en el ideal de autonomía fue principalmente expuesto en sus obras “Ética y derechos Humanos” (en adelante EDH) y “La Constitución de la Democracia Deliberativa” (en adelante CDD). En ambos trabajos, su aproximación es meta-constitucional. Más allá de que dedique algunos pasajes a mostrar que propuesta encaja con diversas soluciones constitucionales argentinas - en particular en lo que se refiere al art. 19 CN en EDH- o norteamericanas -como cuando explica su teoría del control de constitucionalidad y su aplicación a casos relevantes de la Corte Suprema de ese país, en CDD-, su teoría está anclada en un nivel de abstracción mayor al de la práctica constitucional argentina, y su discusión debe hacerse en esos términos.

Por otro lado, también se debe señalar que la posición teórica de nuestro autor recibió variaciones significativas en el transcurso de su prolífica contribución intelectual. En particular relación con el tema que motiva nuestro estudio, tendremos oportunidad de advertir algunos ajustes y afinaciones importantes introducidos por el autor a su teoría, particularmente con respecto a la relación entre los derechos y la democracia. De hecho, en este trabajo vamos a apoyarnos en gran medida en esos ajustes -o al menos en nuestra interpretación sobre ellos- a la hora de enfrentar y resolver lo que llamaremos “la tensión democrática de las concepciones maximalistas de los derechos”.

Finalmente, también debe aclararse cuál es el nivel en el que opera la “autonomía” en este esquema argumental. Ella constituye un principio de fundamentación y justificación de derechos de los individuos, límites y mandatos al estado. No es un derecho, sino un principio que fundamenta derechos<sup>26</sup> (así la ha entendido también la CSJN en los precedentes que acabamos de citar). Si bien no es este el lugar de explicar detalladamente el rol de los principios en el razonamiento jurídico, y su operación como criterios de interpretación y definitorios del contenido y alcance de los derechos<sup>27</sup>; quiero resaltar que este emplazamiento de la autonomía en el nivel de los principios resulta especialmente apropiado para nuestra estructura constitucional actual. Es que, si bien no existirían obstáculos conceptuales para justificar la existencia de un hipotético derecho constitucional a la autonomía que comprendiera lo que hemos llamado su dimensión emancipatoria, una interpretación de este tipo tendría dificultades para adaptarse a las normas constitucionales constitucionales: por un lado, nuestra Constitución carece de una referencia textual tan amplia a la autonomía emancipatoria -como sí cuenta, como vimos, con una relativa a su dimensión antiperfeccionista-, y por el otro, esta especie de “super-derecho” a la autonomía, terminaría comprendiendo y absorbiendo en su contenido a prácticamente todos los derechos listados en los distintos instrumentos constitucionales y de jerarquía constitucional -la vida, la integridad corporal, los derechos sociales, etc.- pues ellos amparan los bienes fundamentales para esa autonomía. De este modo, tales derechos se volverían superfluos en el discurso constitucional y jurídico, o serían meras reiteraciones parciales del “super-derecho”, lo que no constituye una buena tesis interpretativa.

El hecho de que la CSJN haya afirmado ya la consistencia entre nuestra Constitución y la afirmación de una dimensión emancipatoria de la autonomía es un dato relevante para considerar que esfuerzos teóricos como el de Nino exceden el interés académico, y pueden marcar el camino hacia un entendimiento constitucional más desarrollado en su compromiso con los derechos de los grupos más desaventajados. La apretada síntesis que seguidamente

---

<sup>26</sup> Ciertamente, a la hora de enumerar los derechos que derivan del principio de autonomía, Nino identificará como “el bien más genérico que está protegido pro el principio de autonomía [a] la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros. Esta es la libertad...recogida...en el artículo 19 de la Constitución Argentina” (EDH 223). Como se ve, este derecho se solapa prácticamente con el núcleo antiperfeccionista

<sup>27</sup> Para una fundamentación del derecho como una práctica conformada no sólo por normas o reglas sociales sino también por controvertidos principios morales o políticos abiertos a la interpretación, y sus consecuencias filosóficas, constitucionales e interpretativas en nuestro sistema jurídico, ver LORENZETTI, R; *Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho*; Bs, As., Rubinzal-Culzoni editores, 2006.

formulamos es sobre todo una invitación a profundizar en el conocimiento del gran aporte realizado por este autor.

### 3.1. Una reseña de la teoría. De la práctica del discurso moral moderno a los derechos humanos. El puente de la Autonomía

Carlos Nino publicó tres ediciones de su obra filosófica sobre los derechos humanos. La primera “Ética y Derechos Humanos” (1984)<sup>28</sup> se basaba fuertemente en el constructivismo rawlsiano de “Una Teoría de la Justicia”, el enfoque conceptual sobre los derechos desarrollado por Ronald Dworkin en “Los Derechos en Serio”, y una concepción de la democracia liberal relativamente clásica, que reservaba su operación para ámbitos morales no cubiertos por el contenido de los derechos -más allá de que su presentación tenía notable sofisticación intelectual, al proponerla como un caso de “justicia procesal pura imperfecta”, también en términos de ciertas distinciones rawlsianas.

Estas bases teóricas fueron sustantivamente ajustadas en la segunda edición, llamada “Ética y Derechos Humanos – Un ensayo de Fundamentación” (1989)<sup>29</sup>. En términos metaéticos, el constructivismo originario se enriqueció y afinó notablemente por la influencia de Habermas -en un artículo de 1988 Nino llamó a su posición “constructivismo epistemológico”-, y se alimentó con una correlativa evolución de su teoría de la democracia -llamada por su autor “concepción epistémica”- basada en la potencialidad de la deliberación pública para identificar las mejores respuestas a cuestiones morales intersubjetivas, incluso las relativas a los derechos. Esas transformaciones impactaron también en la conceptualización de los derechos, mediante una paulatina atenuación del carácter supra-democrático que originariamente les había asignado siguiendo a Dworkin. Esta será la edición definitiva en castellano.

Finalmente, una especie de tercera versión fue publicada en inglés, con el título “The Ethics of Human Rights” (1991)<sup>30</sup>. Allí son afinadas algunas de las tesis y se mejoran algunos argumentos de la edición castellana. En particular se modifica sustantivamente la discusión sobre el alcance de los derechos y –más importante aún- la relación entre los derechos y la

---

<sup>28</sup> NINO, C., *Ética y Derechos Humanos*, Bs. As., Paidós, 1984.

<sup>29</sup> NINO, C., *Ética y Derechos Humanos – Un ensayo de Fundamentación*, Bs. As., Astrea, 1989.

<sup>30</sup> NINO, C., *The Ethics of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1991.

democracia, en una transición hacia la reformulación sistemática de este problema, que llegaría en “La Constitución de la Democracia Deliberativa”. A los fines de esta presentación vamos referir el pensamiento del autor a la segunda edición castellana –y de allí son las citas que formulamos-, con alguna aclaración eventual a la edición inglesa cuando resulte necesaria.

En este monumental trabajo, Nino anuncia su propósito de presentar y discutir “tres principios...que... constituyen la base de una concepción liberal de la sociedad y de cuya combinación se deriva un conjunto plausible de derechos individuales básicos” (EDH 200).

Claro que su recorrido se inicia a un nivel mucho más abstracto, en el que despeja diversas cuestiones conceptuales o analíticas sobre los derechos, y aborda las discusiones metaéticas de la época - relativas al sentido de los juicios morales, en las que formula su justificación del constructivismo moral. Sentadas las bases conceptuales y metaéticas de su proyecto, Nino desarrolla su propuesta sobre los derechos humanos, cuyo primer paso consiste en aislar e identificar el “principio de autonomía de la persona” (en adelante PA).

Este principio prescribe que “siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución” (EDH 204).

Así presentado, el principio tiene dos aspectos claramente identificables que se proyectan a la relación entre el estado y los individuos: (a) la prohibición de interferencia estatal en la elección y adopción de ideales personales, y (b) el deber del estado de facilitar institucionalmente la persecución y satisfacción de los ideales personales de vida. Si relacionamos esta formulación con las interpretaciones constitucionales analizadas en la sección anteriores, se puede identificar claramente la relación entre el primer aspecto señalado y la “dimensión antiperfeccionista” de la privacidad, y la conexión entre el segundo aspecto y la dimensión “emancipatoria”.

Entrando ahora a la definición de los bienes protegidos por los derechos fundamentales, el valor de la autonomía “implica ciertos parámetros objetivos que permiten la identificación y jeraquización de bienes instrumentales...” que serán el contenido de los

derechos; ellos son “la frecuencia con que se presenta un bien como componente esencial de los planes de vida que la gente suele adoptar”, y el “grado de necesidad con que un bien es requerido por algunos planes de vida” (EDH 217 y 219).

En base a estos criterios, Nino realiza una enunciación de los bienes “indispensables para la elección y materialización de los planes de vida que los individuos pudieran proponerse, y que conforman el “...contenido de al menos algunos derechos individuales básicos...” (EDH 223). En esta lista, “el bien más genérico...es la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros”. La lista, enunciativa, sigue con bienes tales como: “la vida consiente”, “la integridad corporal y psíquica”, “libertades frente a posible obstáculos externos[al] buen funcionamiento [del cuerpo y la psique]”, “la educación ...liberal”, la “libertad de expresión de ideas y actitudes religiosas, científicas, artísticas y políticas”, “libertad en el desarrollo de [la] vida privada”, “libertad de asociación”, “control de ciertos recursos materiales”, “libertad para realizar trabajos significativos”, “para contar con períodos de ocio”, “seguridad personal” (EDU 223/228). De este modo, queda configurada la proyección “emancipatoria” de la autonomía, con un conjunto de bienes básicos instrumentales para “elegir y materializar planes de vida”, a la que todos los individuos tienen derecho<sup>31</sup>.

Como es sabido, la fundamentación articulada por nuestro autor no termina en la autonomía. Nino identifica que este principio tiene un carácter agregativo –según el cual se recomendaría la maximización del nivel de autonomía agregada, habilitando compensaciones interpersonales que nuestras intuiciones morales rechazarían- y otro dos principios vienen a cerrar el círculo de fundamentación: el Principio de Inviolabilidad (en adelante PI) y el Principio de Dignidad, que operan como principios de distribución de la autonomía (el primero prohíbe la explotación de algunos individuos para aumentar la autonomía de otros, y el segundo prescribe que debe asignarse relevancia a las decisiones voluntarias de los individuos en el intercambio de autonomía)

Por supuesto, una vez que repasamos el contenido de la lista de derechos fundados por la autonomía emancipatoria, se abre el interrogante relativo a su alcance y contenido, así

---

<sup>31</sup> La mayoría de estos bienes son, como se advierte, el contenido protegido por los derechos sociales tal como han sido formulados en las últimas décadas, vinculados con la garantía de “un nivel de vida adecuado” para “el libre desarrollo de la personalidad”. La dimensión emancipatoria de la autonomía captura este compromiso.

como respecto a las formas de articular conflictos entre derechos tan robustos (EDH 228), donde el PI se volverá definitorio.

Nino explora ambas cuestiones en el Capítulo VIII de su libro. En relación con el alcance de los derechos, argumenta larga y convincentemente por un entendimiento robusto de su contenido, en contra de las posiciones conservadoras que sostenían que los derechos fundamentales sólo generan obligaciones negativas, que pueden violarse sólo por conductas positivas (acciones, no omisiones), y que por lo tanto sólo dejaban espacio para los derechos “clásicos”, con exclusión de los “nuevos derechos” (económicos, sociales y culturales). La clave argumental para definir el alcance de los derechos estará dada por el ajuste al que llega, entre la maximización del goce de los bienes instrumentales de la autonomía y el respeto por el PI que prohíbe instrumentalizar a individuos como medios para el beneficio de otros.

En su formulación final, el PI prescribe que la maximización de la autonomía debe hacerse en relación con cada individuo por separado y “en la medida en que ello no implique poner en situación de menor autonomía comparativa a otros individuos...”. Esto genera, según Nino, una directiva de expandir siempre la autonomía de aquéllos cuya capacidad para elegir y materializar planes de vida esté más restringida...” (EDH 345). Así, el liberalismo igualitario al que adscribe el autor conduce “a reconocer un alcance de los derechos tal que permita la expansión de la autonomía de los individuos que no se haga a costa de una menor autonomía de otros” (EDH 348).

Por ello esta concepción “tiende... a la igualdad en la posesión de recursos que se empleen en la satisfacción de las preferencias personales... el acceso a ciertos bienes no sólo debe estar expedito de obstáculos sino también facilitarse positivamente. Ello hace que casi todos los derechos tengan un componente negativo y otro positivo. El derecho a la vida y a la integridad corporal, por ejemplo, no sólo comprende el verse libre de actos que pueden involucrar muerte o lesiones sino también el contar con los beneficios de una medicina preventiva y curativa adecuada, con albergue, abrigo y posibilidades de descanso satisfactorio, etcétera...De este modo, son los mismos principios que justifican los derechos clásicos los que sirven también de fundamento a los nuevos derechos humanos; es inconsistente reconocer unos y desconocer los otros. En realidad, unos y otros derechos humanos no son sino aspectos de los mismos derechos, que en un caso se satisfacen por acción y en otro por omisión” (EDH 349).

### 3.2. Las Dificultades de una Concepción Maximalista sobre los derechos (la tensión democrática)

Es difícil imaginar un esquema de derechos más ambicioso y robusto -en términos de autonomía emancipatoria- que éste al cual parece llegar la teoría analizada<sup>32</sup>. El ideal de la autonomía parece una vía prometedora para el desarrollo de una protección constitucional intensa para los más pobres, en el sentido en que los precedentes recientes de la CSJN parecen comenzar a recorrer. Sin embargo el camino es menos sencillo de lo que parece, en virtud de dos asuntos que toda teoría de los derechos debe abordar, y que son tanto más complicados cuanto más robusta o densa sea dicha teoría.

Si se analizan los casos resueltos por la Corte con invocación de la autonomía en su dimensión emancipatoria se puede apreciar que en la gran mayoría de ellos se dan las siguientes circunstancias: (a) existían decisiones democráticas explícitas que ordenaban cierta prestación que no se estaban recibiendo -asistencia a personas infectadas con VIH, programas alimentarios, etc.), o un estado de hecho que no había sido validado democráticamente de manera intensa; y (b) salvo en el caso “Rinaldi”, en ninguno de los casos, ni siquiera en los que se analizó la constitucionalidad de decisiones o normas jurídicas, la Corte entendió que la resolución del caso demandaba sopesar el bien instrumental a la autonomía (salud, educación, etc.) de los demandantes, frente a otros bienes instrumentales de otros sujetos. Los casos no fueron planteados como un conflicto de derechos entre sujetos, ni como una controversia entre los principios constitucionales y las decisiones que expresaran un extendido acuerdo democrático.

La teoría de la autonomía que hasta ahora hemos revisado, y la concepción robusta de los derechos que fundamenta funciona muy bien para identificar los derechos y configurar su alcance en términos generales. Pero la cuestión se oscurece bastante cuando aparecen los conflictos entre derechos de distintos sujetos que amparan bienes instrumentales a la autonomía emancipatoria y las previsibles tensiones entre una concepción robusta de los

---

<sup>32</sup> Un dato interesante ilustra la dimensión radicalmente igualitaria de la propuesta de Nino. En la segunda edición de EDH, Nino afirma que su directiva se encontraría implícita en el principio de diferencia de Rawls (p. 345). Pero su tesis es cuestión es mucho más redistributiva en realidad, y el propio autor lo advierte al modificar esa cita en la edición inglesa, en la que afirma “This seems to be equivalent to Rawls’s difference principle and perhaps to the combination of his two principles, if the second is interpreted as determining the value of that liberty which is the object of the first (p. 215).

derechos y la defensa de una concepción también robusta de la legitimidad democrática, que justifica la deferencia a sus decisiones<sup>33</sup>.

En el primer caso, la pregunta es: ¿cómo resolver desde la teoría de la autonomía, los permanentes conflictos que deben esperarse en el seno de una concepción tan generosa en el alcance de los derechos, como la que surge prima facie de fundamentaciones como la que analizamos, y en particular, con la incorporación de los derechos sociales o de bienestar?. ¿Qué respuesta debe darse a los conflictos entre el derecho a la vivienda de personas de bajos recursos que ocupan terrenos privados improductivos y el derecho de dominio que ostentan los titulares legales de la propiedad de tales terrenos a la luz del entendimiento que la autonomía emancipatoria reclama para los derechos?, ¿Cómo balancear los derechos de los pueblos aborígenes relativos a su subsistencia y la preservación de sus modos de vida frente a la realización de obras de infraestructuras -gasoductos que atraviezan las regiones habitadas por estas comunidades, por ejemplo- tendientes a mejorar la oferta de servicios públicos y el libre comercio, o al desmonte de bosques que realizan sus titulares a fin de llevar adelante empresas productivas y el ejercicio de sus industrias lícitas?, etc..

En relación con el segundo tema: ¿Qué margen queda para la democracia y la política, cuando los derechos pasan a ocupar prácticamente todo el espacio intersubjetivo, cuando toda decisión pierde su carácter político para transformarse en una cuestión “jurídica”?; y recíprocamente ¿qué margen queda para los derechos si defendemos una concepción de la democracia que implique asignarle a las decisiones deliberativas una autoridad o legitimidad prácticamente incontrovertible, como sostienen las visiones populistas y también las visiones deliberativas de la democracia (como la que el propio Nino articulara magistralmente en su último libro)?

Previsiblemente, cuanto más desarrolle el aspecto emancipatorio de la autonomía, más habituales y graves resultarán estas tensiones, en especial las relativas a la tensión democrática, si es que el experimento democrático argentino se fortalece y legitima, y por ello vale la pena analizar la manera en que estas tensiones desafían la teoría, y demandan ajustes y

---

<sup>33</sup> En este trabajo nos ocupamos de los problemas que afronta una teoría robusta o maximalista en particular –la de Carlos Nino- pero el mismo tipo de problemas deben ser afrontado por cualquier concepción maximalista de los derechos, tales como las que enfatizan el contenido de los derechos sociales, el igualitarismo, las perspectivas críticas que reivindican la situación de grupos tradicionalmente postergados, etc.

calificaciones que mantengan sus ventajas y minimicen sus problemas. Esto es, precisamente lo que fue haciendo Carlos Nino en las sucesivas ediciones de EDH y en CDD.

Ya anticipamos que el problema del conflicto de derechos -junto con el su alcance- fue considerado con detalle en EDH, y que la tensión democrática fue uno de los temas centrales en CDD. Pero lo más interesante del esfuerzo teórico de Nino reside en su intento por armonizar la robusta teoría de los derechos humanos como la ensayada en EDH y la defensa de una concepción igualmente robusta de la democracia, articulada en CDD, de una manera tal que el problema de los conflictos entre derechos quedó prácticamente absorbido, redefinido y prácticamente disuelto por la forma en que el autor abordó el problema de la tensión entre derechos y democracia.

Este deslizamiento de una cuestión hacia la otra se produce como resultado de la redefinición teórica del valor de la democracia que Nino fue desarrollando a través de los años, para concluir en su sofisticada defensa de la democracia sobre la base de la autoridad epistémica del proceso deliberativo para arribar a soluciones y decisiones imparciales para las cuestiones intersubjetivas. Precisamente, entre las cuestiones sobre las que la democracia resulta el mejor procedimiento para tomar decisiones se encuentra la relativa a la definición, alcance y acomodamiento recíproco de los derechos y deberes.

En consecuencia, y dado que en la versión epistemológica del constructivismo los distintos procedimientos relativos al conocimiento moral tienen potencialidad epistemológica y no constitutiva de la respuesta correcta, el principal desafío de los sistemas políticos y constitucionales -y el aporte de la filosofía política- consiste en la asignación de autoritatividad epistémica entre los distintos arreglos para la toma de decisiones de que dispone el sistema, antes que en la construcción de respuestas definitivas a las cuestiones controvertidas. En otras palabras, la discusión acerca del alcance y conflictos de derecho, queda reconducida hacia otra, diferente, relativa a cuáles son las autoridades epistémicas más adecuadas para definir tales cuestiones.

Las preguntas relevantes no se refieren ya a la ontología de los derechos, sino a las reglas y principios que permitan adjudicar quiénes y cómo deben definirlos -por ejemplo: deben ser los órganos democráticamente elegidos, el poder judicial o la ciudadanía en forma directa; deben resolverse centralizada o descentralizadamente en un sistema federal; qué nivel

y qué estándares de revisión debe admitirse para el poder judicial frente a las decisiones democráticas, etc.

Volviendo a la autonomía emancipatoria y los robustos derechos que fundamenta, resulta claro que, una vez admitida la supremacía epistémica de la democracia, una teoría valiosa debe construir distinciones y clasificaciones que permitan mantener y preservar lo mejor de los dos mundos: los derechos más extensos posibles, consistentes con la afirmación del autogobierno democrático. No se trata de un desafío menor. Demasiados derechos (establecidos o impuestos contra-democráticamente) jaquea el ideal democrático, y demasiada deferencia a las decisiones democráticas (a la voluntad de la mayoría, aún con garantías procedimentales para las minorías) debilita el carácter protectorio de los derechos, amenaza con poner la autonomía de algunos en manos de otros, y blindar el sistema institucional frente los reclamos de quienes se llevan la peor parte de las decisiones y políticas públicas<sup>34</sup>.

Veamos, pues, la manera en que Nino articuló esta tensión, y dónde nos deja su esfuerzo a la hora de buscar un núcleo constitucional de protección de la autonomía emancipatoria para los más humildes.

### TERCERA PARTE: UNA TEORÍA ROBUSTA DE LOS DERECHOS COMPATIBLE CON LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

#### ***4. El ajuste conceptual entre los Derechos y la Democracia***

La tensión democrática que enfrenta toda concepción robusta de los derechos es presentada por Nino de la siguiente manera: “Cuando introducimos derechos positivos en nuestro espacio moral, este espacio crece enormemente. Una gran cantidad de acciones y omisiones de la gente tienen significancia intersubjetiva ya que ellas afectan a otras personas... Además, la moral interpersonal adquiere un enorme alcance y los derechos ocupan la mayor parte de éste... debemos enfrentar el problema de que una teoría robusta de los derechos... empuja el procedimiento democrático fuera del dominio de la moral” (CDD 96/7).

Una primera respuesta frente a esta tensión consiste en negarla, redefiniendo la relación entre derechos y democracia. Esto es sugerido por Nino al afirmar que bajo la visión deliberativa de la democracia “no hay una tensión entre el reconocimiento de los derechos y el funcionamiento del proceso democrático, dado que el valor de éste reside en su capacidad para poder decidir asuntos morales como lo es el contenido, alcance y jerarquía de los derechos...” (CDD 190). Nino lleva esta redefinición hasta un punto extremo cuando afirma: “La discusión de los derechos en el capítulo 3 [donde resume su teoría de los principios liberales y los derechos que fundamentan, que reproduce la tesis desarrollada en EDH] debería tomarse como una mera propuesta para ser considerada dentro del debate democrático...el intento de excluir algunos derechos básicos del proceso democrático no parece estar permitido...” (CDD 191)<sup>35</sup>.

Por esta vía, los derechos transforman su carácter contra o suprademocráticos. La idea dworkiniana de los derechos como límites, vallas o cartas de triunfo frente a las decisiones democráticas -que inspiraba las primeras ediciones de EDH- resulta ahora rechazada y descartada, en virtud de la afirmación del valor epistémico de la democracia.

Nino lo dice expresamente al considerar las concepciones clásicas sobre el control judicial de constitucionalidad: “A menudo se dice que el proceso democrático no puede ser el último recurso en la protección de los derechos individuales, dado que la principal función de los derechos es contener las decisiones mayoritarias y proteger los intereses de los individuos aislados y de las minorías”. Sin embargo, “...la visión de los derechos como límites a la democracia –en un sentido lógico- no es plausible. Desde el punto de vista conceptual, los derechos protegen explícitamente intereses individuales, poniendo barreras contra las consideraciones basadas en los intereses de otros o la sociedad como un todo...Pero de esta proposición no podemos inferir que los derechos sean barreras contra todas las decisiones mayoritarias. No sería una inconsistencia lógica sostener que la única autoridad competente para reconocer y poner en vigencia los derechos es la autoridad basada en su origen mayoritario...” (CDD 269/70).

---

<sup>34</sup> Una lúcida presentación de las concepciones típicas que controvierten sobre la manera de articular estas tensiones entre derechos y democracia puede encontrarse en ACKERMAN, B. – ROSENKRANTZ, C. “Tres concepciones de la democracia constitucional”; en *Fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad*; Madrid, CEC, 1991.

<sup>35</sup> En seguida veremos que el matiz radical de esta afirmación se verá atenuado con la distinción entre derechos “a priori” y “a posteriori” que el autor introduce.

Tenemos así la primera afinación teórica que nos permitiría hacer compatible la teoría robusta de los derechos con la teoría deliberativa de la democracia; ella consiste en modificar la conceptualización tradicional de los derechos como vallas frente a la democracia. Sin embargo, si este salto radical de los derechos hacia la democracia -esta democratización de los derechos- fuera total, las posibilidades protectorias de los derechos se verían demasiado debilitadas, pues cualquier cosa que la democracia decidiera sobre ellos resultaría prácticamente inatacable; el sistema carecería de herramientas o agencias de control y protección efectivas para los derechos por fuera de los órganos políticos.

Sin embargo, la teoría de Nino tiene una distinción crucial entre los derechos que nos permitirá aislar a algunos de ellos de la contingencia deliberativa, y ubicarlos en conceptualmente en un ámbito diferente. Se trata de la distinción entre “derechos a priori” y derechos “a posteriori”. Los primeros son, según Nino, prerequisites para la autoritatividad epistémica de la deliberación (de manera tal que la democracia no goza de valor epistemológico si no los respeta), mientras que los derechos “a posteriori” son establecidos por el procedimiento deliberativo mismo, son resultado de éste<sup>36</sup>. En sus propias palabras, los derechos a priori “son condiciones de validez del proceso democrático y su valor no se encuentra determinado por ese proceso sino que está presupuesto por éste. Estos derechos a priori deberían ser, así, respetados por el proceso democrático como prerequisites de su validez. Es misión de los jueces garantizar ese respeto” (CDD 275).

#### 4.1. EL contenido de los Derechos a priori. Un Núcleo de Autonomía como precondition de la democracia

Como se puede apreciar, la construcción teórica de Nino se desplaza hacia los fundamentos de la democracia, y desde allí aísla una clase privilegiada de derechos, que considera sus pre-requisitos. A primera vista, podría suponerse que dicha clase, vinculada con la autoridad epistémica de la democracia, estaría compuesta por los llamados derechos políticos, pues ellos son los que amparan los bienes centrales para el ejercicio de la

---

36 Esta distinción fue introducida por primera vez en un artículo de 1986, (Ver, NINO, C., “la justificación de la democracia: entre la negación de la justificación y la restricción de la democracia”, en *Los Escritos de Carlos S. Nino*, Vol. 2, Barcelona, Gedisa, 2007 p. 195). También había sido anunciada en EDH, en los siguientes términos: los derechos “a priori” son “condición necesaria para el desarrollo del mismo discurso moral o de su sucedáneo, el procedimientos democrático –como el derecho a la vida o a la libertad de expresión”. Los derechos “a posteriori” “no son condición del discurso moral y del

participación política, al menos como se la entiende clásicamente. Y efectivamente, Nino incluye a ciertos derechos políticos como los casos más obvios de “derechos a priori”: “los derechos políticos activos y pasivos o la libertad de expresión son claramente centrales para un contenido mínimo del sistema democrático. Pero estos derechos presuponen otros que son incluso más básicos, incluyendo la protección contra agresiones y las restricciones políticas de la libertad de movimiento...” (CDD 275).

Si la fundamentación de derechos a priori se agotara aquí, nuestras esperanzas para fundar en esta concepción los posibles reclamos de derechos en beneficio de los más humildes se verían frustradas. Ni el “antiperfeccionismo”, ni las “precondiciones de la democracia, en términos de los derechos políticos clásicos” amparan el tipo de bienes y reclamos que estamos necesitando.

Pero Nino no se detiene en los derechos políticos a la hora de fundamentar los presupuestos de la concepción deliberativa de la democracia. Sigamos sus pasos: “Existen otros derechos que podrían generar más debate acerca de si gozan o no de una naturaleza a priori. Sostuve...que estos derechos no son antagónicos con los derechos individuales clásicos sino que son su extensión natural. Un derecho individual clásico, como el derecho a la vida, resulta violado por acciones positivas pero también por fallar al proveer de los recursos necesarios para proteger esos derechos, tal como el derecho a la atención médica, a la alimentación y a la vivienda...Si alguien se está muriendo de inanición, o se encuentra muy enfermo y privado de atención médica, o carece de toda posibilidad de expresar sus ideas a través de los medios de prensa, el sistema democrático se vería dañado del mismo modo que lo sería si ese individuo estuviera privado de sus derechos [políticos]...(CDD 200/01<sup>37</sup>)”

De este modo, la compatibilización de los derechos y la democracia, en el marco de los prerequisites del valor deliberativo del procedimiento democrático, fundamenta un núcleo de autonomía personal emancipatoria como parte de los derechos a priori, tal que posibilite efectivamente el funcionamiento de los individuos como agentes morales relevantes del

---

procedimientos democrático, sino que se derivan de principios que resultan aceptables en condiciones de imparcialidad” (EDH p. 406).

<sup>37</sup> “disenfranchised”, en la edición en inglés. En NINO, C., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Bs. As., Astrea, 1992, pp. 208-9 expresaba: “...por cierto que la línea divisoria...es compleja y vaga: el derecho a la vida parece ser a priori...lo mismo ocurre con la libertad de expresión,...la igualdad en el goce de derechos electorales; también es evidente que el derecho a la educación debe ser un derecho a priori...la línea se hace confusa cuando pensamos en derechos como el derecho a la salud o a ciertos bienes y recursos económicos: alguna satisfacción de estos derechos es necesaria para que se pueda

diálogo democrático; un núcleo que actualice en los individuos su capacidad de ser fuente significativa de argumentas en la vida pública, en el diálogo público de razones.

Bajo esta conceptualización los derechos a priori incluyen, además de los derechos políticos, una protección robusta frente a la necesidad económica estructural (y sus consecuencias), la falta de acceso a la educación y la información, la falta de atención a la salud ante enfermedades graves. Estos derechos no están sujetos a definición, discusión o negociación democráticas. Se imponen incluso frente –y en contra– de la voluntad mayoritaria, deben ser efectivizados incluso por el poder judicial cuando su afectación se reclama. Este núcleo de autonomía emancipatoria justifica una intervención activa del poder judicial, que no es contraria al ideal democrático, en tanto se orienta a asegurar sus prerequisites.

## 5. Conclusiones

Finalizamos aquí nuestro recorrido por la teoría más sofisticada que se ha presentado en nuestra cultura jurídica, sobre la autonomía, los derechos fundamentales y la democracia. Una teoría relativamente robusta de los derechos basada en los aspectos antiperfeccionista y emancipatorio de la autonomía, afinada y matizada con distinciones significativas que le permiten encajar con el ideal democrático más ambicioso de la actualidad (la democracia deliberativa).

Vale la pena considerar con mayor detalle la medida en que esta teoría constituye una herramienta valiosa para la tutela constitucional de los más pobres. Al respecto quisiera considerar un par de críticas posibles, y ensayar una breve respuesta.

Una primera crítica apuntaría que la teoría finaliza con una significativa indefinición o indeterminación sobre el universo de derechos “a priori”, especialmente en relación con los bienes o derechos vinculados al bienestar socioeconómico o a condiciones de vida digna, tal como reconoce Nino en los pasajes citados más arriba. Esta indefinición podría llevar a que el esfuerzo teórico analizado termine garantizando menos de lo que parecía prometer inicialmente, y que estas herramientas conceptuales no nos proporcionen un marco operativo y claro de protección.

---

participar en relativa igualdad de condiciones en el proceso democrático, pero el alcance preciso de estos derechos, que

Ahora bien, es claro que cierto margen de vaguedad conceptual permanece abierto y sujeto a controversia. Pero me parece que ello resulta inerradicable en campos de conocimiento intrínsecamente difusos como el de la filosofía política y la teoría constitucional. En el estudio de la política no deberíamos aspirar al tipo de precisión analítica de las ciencias exactas. El objeto de estudio y las herramientas de que disponemos tienen limitaciones propias al respecto. En todo caso, lo que debemos analizar es si la distinción tiene sentido en términos conceptuales, si ilumina intuiciones que nos parecen importantes, si abren un camino de avance en la discusión; y el aporte de Nino es ejemplar en este sentido.

Una segunda crítica, más interesante, y que se refiere a la sustancia de las respuestas brindadas por Nino, no a su forma, sería la siguiente: Dado que el autor identificó como a los derechos sociales como los casos problemáticos de derechos a priori, o incluso sugirió que en cierta medida buena parte de su contenido debería considerarse como derechos “a posteriori”, uno podría legítimamente preguntarse si al final del día la teoría de Nino no conduce, por otro camino, a la misma distinción entre derechos civiles y políticos por un lado y derechos sociales por el otro, que el liberalismo conservador sostenía y que creíamos haber derrotado en la nueva concepción –robusta- de los derechos.

A mi juicio, tal conclusión sería equivocada. El movimiento argumental de Nino no se recorta conceptualmente por sobre el mapa de esa distinción clásica. En primer lugar, la eventual caída del paraíso de los derechos a priori no es algo que sólo enfrentan algunos elementos de los llamados derechos sociales, sino que ocurre lo mismo con la mayoría de los “derechos civiles” (la propiedad, las llamadas libertades económicas, etc.). No existe una supremacía de estos por sobre los “derechos sociales”. Aquellos derechos civiles que tengan una impronta política fuerte para la deliberación pública (como el derecho de asociación con fines útiles) podrían considerarse derechos a priori, tanto como los contenidos de derechos sociales relevantes para funcionar efectivamente como un agente moral autónomo. Creo que esta es una interpretación razonable de la distinción propuesta por Nino, dado que el fundamento definitivo de los “derechos a priori” no consiste en la preservación de bienes instrumentales a la autonomía personal (donde los derechos civiles son claramente valiosos) sino en el aseguramiento de los prerrequisitos para el valor epistémico de la democracia.

---

generalmente entran en agudo conflicto con otros, parece que tiene que ser objeto del mismo proceso democrático...”

Pero, más importante aún, vale la pena tomarse seriamente la idea de que el núcleo de derechos a priori se integra con el derecho a contar con un mínimo de recursos o bienes materiales que deben asegurarse a todos como pre-requisitos de una ciudadanía democrática. Parece claro que para la teoría que analizamos la pobreza extrema y sus consecuencia en el goce de bienes como educación, salud, etc. es una violación de derechos a priori, que debe ser remediada, más allá de lo que pueda resolver (por acción u omisión) la política democrática. La teoría de los derechos analizada justifica así, de manera suficiente un derecho humano incondicional al goce efectivo de las capacidades de funcionar efectivamente como sujeto moral, y en este sentido vinculado al ideal de la dignidad humana o moral.

La teoría analizada, mantiene un compromiso central con la dimensión emancipatoria de la autonomía, a la vez que limita sus defectos maximalistas a fin de preservar la consistencia con el ideal democrático.

En relación con la pobreza y los derechos, esta teoría fundamenta el reconocimiento -a priori e incondicional- de un núcleo de derechos entre los que está comprendido el acceso a una base de recursos que amparen a los individuos de privaciones materiales extremas, y provee una fundamentación para avanzar en su desarrollo frente a invocaciones conflictivas de derechos de otros sujetos (como la propiedad, las libertades económicas u otros derechos sociales) y por sobre las políticas democráticamente legitimadas que los menoscaben, olviden o nieguen.