

## ¿Qué principio de libertad negativa para nuestras constituciones?

Por Juan Iosa\*

### Resumen

El trabajo inquiriere sobre la existencia, límites y fundamento de un principio moral de no interferencia con la vida privada, tal que requiera sanción constitucional. Sostendré que dicho principio encuentra fundamento en la autonomía personal, que éste es el criterio que nos permite evaluar qué acciones deben quedar excluidas del poder normativo y coactivo del estado. La discusión se traslada entonces a la delimitación del concepto y la determinación del valor de la autonomía personal. Quienes en mayor o menor grado lo nieguen (posiciones perfeccionistas) tendrán, consecuentemente, concepciones deflacionistas de la autonomía como no interferencia. Pero valorar la autonomía personal (cómo hacen las doctrinas liberales) no implica de por sí un único modo de concebir la autonomía como no interferencia. Por el contrario, dónde se considere adecuado trazar el límite dependerá de cómo se piense la autonomía personal. Evaluaré primero la posibilidad de concebirlo en términos de principios antes que de normas, de conceptos antes que de concepciones. Presentaré luego dos concepciones de la autonomía personal de fuerte presencia en el debate contemporáneo: la de Frankfurt/Dworkin por un lado y la de Raz por otro; indicaré las consecuencias que de cada opción se siguen respecto de la delimitación del ámbito de libertad negativa: ofreceré una redacción de la garantía conforme con cada una y la contrastaré con dos casos emblemáticos: la prohibición del regenteo de prostíbulos y del consumo de prostitución.

### Palabras clave:

Autonomía Personal, libertad negativa, autonomía como no interferencia, perfeccionismo, liberalismo.

### 1. Introducción

Todas nuestras democracias constitucionales limitan de algún modo el poder del estado sobre el individuo; establecen, en otras palabras, un ámbito de autonomía como no

interferencia o libertad negativa. Ahora bien, el modo específico de regulación de dicho ámbito varía significativamente de constitución en constitución. Algunas, como la constitución argentina, establecen un principio general que contiene y del cual derivan al menos buena parte de los derechos particulares explícitos (libertad religiosa, de trabajo, de reunión, de asociación, de circulación, derecho de propiedad, a la intimidad etc.)<sup>1</sup> Otras, como las constituciones mexicana, chilena y española, sólo establecen esas libertades particulares; la existencia del referido principio es algo cuya determinación queda librada a la discusión doctrinaria y a las decisiones jurisprudenciales. En todo caso, ¿existe tal principio como cuestión de moralidad política, ie., con independencia de lo que las constituciones particulares digan? ¿Cuál sería su fundamento? De existir parece que sería deseable que las constituciones que sólo lo tienen implícito le den una formulación explícita. En ese caso ¿cómo cabría delimitarlo, ie., qué acciones deberían quedar protegidas por este principio y qué acciones estarían más allá de su alcance? Consecuentemente ¿cómo debería redactarse el texto que lo constitucionalizara?<sup>2</sup>

Estas preguntas también son una guía útil respecto de la correcta interpretación de una redacción específica, positiva, de la garantía. Pensemos en el artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina En su primer párrafo, este artículo establece:

“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.”

¿Cómo debiéramos interpretarlo? Supuesto que el modo correcto de interpretar un artículo semejante pase en parte por dar cuenta de cuál sea su mejor lectura moral, cabría primero identificar el modo moralmente óptimo de concebir el principio y luego precisar la medida en que la práctica interpretativa del derecho en cuestión, en este caso el argentino, permite acercarse a esa concepción.

---

\* UNC, CONICET, Argentina. Director del grupo de investigación *El principio de privacidad en el artículo 19 de la Constitución Nacional*, subsidiado por la Secretaría de Investigación de la US21. Contacto: juanfiosa@gmail.com. Las traducciones son del autor en caso de no citarse traductor.

<sup>1</sup> A favor de la derivación de las libertades particulares a partir de este principio general ver NINO (2007) p. 202.

<sup>2</sup> La cuestión es especialmente relevante para Chile, actualmente embarcado en una discusión colectiva sobre la necesidad de redefinir su pacto constitucional.

Sostendré aquí que el ámbito de no interferencia encuentra su fundamento y alcance en el principio de autonomía personal, que éste es el criterio que nos permite evaluar qué acciones deben quedar excluidas del poder normativo y coactivo del estado.<sup>3</sup> Si éste es el caso la discusión se traslada entonces a la delimitación del concepto y la determinación del valor de la autonomía personal.

## 2. Distinción entre “autonomía como no interferencia” y “autonomía personal”

Para esclarecer la relación entre los conceptos de autonomía personal y autonomía como no interferencia me parece importante recordar la distinción de Feinberg entre cuatro sentidos de la palabra “autonomía” cuando se aplica a individuos: Puede ser un derecho, una capacidad, una condición actual del sujeto o un ideal del carácter.<sup>4</sup>

Con estas nociones en mente retomemos nuestra distinción central. Una persona goza de autonomía personal cuando es autora de su propia vida, decide por sí misma cómo llevar adelante su vida, lleva la vida que quiere llevar.<sup>5</sup> Aquí la idea básica parece ser o bien la autonomía como estado actual o bien como ideal. De hecho, valoramos el derecho y las capacidades necesarias para la autonomía personal porque valoramos el estado de autonomía personal o una situación ideal en que ese estado se desarrolla máximamente. Creo que esta formulación un tanto vaga basta por ahora para distinguir la autonomía personal de la autonomía como no interferencia. La primera es esencialmente positiva, se predica del individuo en tanto toma decisiones que guían su vida o se identifica con ciertos estados y acciones suyas, ie., es una de las formas de concebir el autogobierno. Por su parte, la idea central detrás de la autonomía como no interferencia es la de un derecho del sujeto: un derecho a que otros se abstengan de determinadas acciones. El derecho del agente a no sufrir interferencia no es entonces sino un deber de abstención puesto en cabeza del estado y los demás individuos, ie., un deber negativo. De aquí que sea muy distinto

---

<sup>3</sup> La tesis, por supuesto, no es nueva. Al respecto ver por ejemplo RAZ (1986) pp. 400, 410; NINO (2007) p. 205. Pero si bien es una tesis muy trabajada en el ámbito de la filosofía política, su aplicación y desarrollo en la teoría constitucional es menor. Creo que aquí reside parte del interés que pueda revestir este trabajo.

<sup>4</sup> FEINBERG (1986) p. 28.

<sup>5</sup> Es discutible cómo caracterizar el concepto de autonomía personal de modo tal de luego poder presentar las diversas concepciones como concepciones de ese concepto común. Lo importante en todo caso es destacar que la autonomía personal remite al autogobierno de la propia vida. Para definiciones de la autonomía personal ver RAZ (1986); CHRISTMAN (1988 y 2011); G. DWORKIN, (1988 y 1989).

afirmar que una persona tiene autonomía en el sentido de tener asegurado un espacio de no interferencia estatal, se lo defina como se lo defina, a afirmar que esa misma persona es autora de su propia vida. Una persona que goza de autonomía como no interferencia no necesariamente decide por sí misma qué vida lleva. Puede simplemente derivar por la vida sin tomar decisiones o actuar conforme las decisiones de otro. Pero gozar de un espacio de no interferencia es condición necesaria del ejercicio actual de la autonomía. Podemos referirnos entonces a la autonomía como no interferencia como ‘derecho a la autonomía personal’ y a la autonomía personal como condición actual simplemente como ‘autonomía personal’.

Luego de esta distinción conceptual cabe volver sobre la tesis sustantiva: el alcance y los límites de la autonomía como no interferencia, del derecho a la autonomía personal, han de determinarse por un lado, en función de cómo se entienda la autonomía personal y, por otro, en función de cuánto se la valore: deberá haber tanta no interferencia como sea necesaria para asegurar la adecuada satisfacción de este valor (al menos en lo que de la no interferencia ajena dependa). Gozar de un espacio de no interferencia es, en otras palabras, condición necesaria (aunque no suficiente) del ejercicio de la autonomía personal. Analizaré entonces por un lado las ideas de los detractores de la autonomía personal (teorías perfeccionistas) y por otro las ideas de sus abanderados (concepciones liberales). El criterio de distinción, aún si luego del análisis debe ser revisado, puede formularse en los siguientes términos. Hay dos cosas que se pueden considerar que hacen a nuestro bienestar: el actuar bien y el actuar en virtud de nuestras propias decisiones o identificaciones. El perfeccionismo tradicional juzga las acciones (y las vidas a las que las acciones dan forma) por la bondad de su contenido; el que ese curso de acción sea fruto de nuestra libre elección es algo que pasa a un segundo plano. El liberalismo antiperfeccionista valora la libre elección de nuestras acciones autorreferentes por sobre el contenido de esas elecciones (e incluso, en alguna de sus variantes, define la bondad de las acciones autorreferentes en tanto sean producto de nuestra libre elección). El perfeccionismo liberal, por su parte, valora tanto la bondad de la acción como el hecho de que sea producto de nuestra elección. Tiene, por lo tanto, que llegar a algún compromiso entre ambos valores. Pero claro, también cabe que el constituyente deba proteger este valor en términos abstractos, que aun valorando la autonomía deba abstenerse de cualquier compromiso con una concepción

específica, dejando, por el contrario, la determinación precisa de su contenido y alcance al juez, más informado en el caso concreto.

Presentaré primero entonces, aunque de un modo un tanto esquemático, las tesis básicas del perfeccionismo. Revisaré luego la posibilidad de constitucionalizar el derecho a la autonomía en términos de principios y conceptos abstractos (en el sentido de Ronald Dworkin). Reconstruiré por último dos concepciones de la autonomía personal centrales en el debate contemporáneo. Primero una concepción liberal bastante radical, la teoría jerárquica de la autonomía personal de Harry Frankfurt y Gerald Dworkin. Distinguiré dos lecturas posibles de esa propuesta: la concepción empírica y la concepción normativa de las metapreferencias. Esbozaré luego una crítica a la viabilidad de la primera lectura, crítica que nos conducirá al análisis de la última concepción, el perfeccionismo liberal de Raz.

Previa evaluación de las razones a favor y en contra de cada alternativa, el trabajo debiera concluir con la identificación del modo correcto de concebir la autonomía personal y con una afirmación respecto de su peso normativo. Ello permitiría sostener de modo categórico determinada delimitación del ámbito de no interferencia, ie., precisar qué acciones genéricas deben quedar incluidas y cuáles fuera de la potestad coercitiva del estado. Pero tal evaluación equivaldría a dar acabada cuenta del debate entre perfeccionismo y liberalismo, algo que se encuentra más allá de mis actuales posibilidades. Me conformaré entonces con indicar la dirección que debe seguir la indagación; en este sentido mi trabajo tendrá la forma del esbozo de un paisaje teórico antes que la de un argumento acabado.

Pero aún si no puedo ofrecer aquí una evaluación categórica de las credenciales de cada teoría ni determinar cuál deba preferirse, sí indicaré una propuesta de redacción del derecho a la autonomía personal conforme con cada una de ellas. A su vez testearé las consecuencias de estas diversas propuestas de redacción de la garantía constitucional con dos casos problemáticos. Por un lado la prohibición de la instalación de prostíbulos que ha tenido lugar en Córdoba, Argentina, como parte de una ley que declama ser una herramienta en la lucha contra la trata de personas. En segundo lugar, la sanción penal del consumo de prostitución que forma parte de la agenda de diversos grupos activistas y es ley en los países nórdicos.

### 3. Perfeccionismo y autonomía

La concepción perfeccionista de la política afirma que no existe un principio general de moralidad política que prohíba al Estado el promover directamente el bien, aun cuando el bien esté sujeto a un desacuerdo razonable.<sup>6</sup> Para el perfeccionismo “el estado tiene la responsabilidad y el derecho de perseguir el bien, el bienestar, el florecimiento y la excelencia de todos sus ciudadanos y desalentarlos, aun coercitivamente, de al menos algunas de las acciones y disposiciones que los dañarían, degradarían o humillarían, incluso si esas acciones y disposiciones son autorreferentes” (Finnis, 1987, p. 434). Para la discusión que aquí propongo hemos de suponer que estamos hablando de lo que realmente es bueno para la vida de las personas, no de lo que la gente que está en posiciones de poder o la sociedad en general piensa que es bueno. Hemos de partir entonces de lo bueno según una moral crítica y no según la moral positiva. Supuesto esto, cabría distinguir dos tesis típicas del perfeccionismo. Primero, lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses (objetivos) es independiente de sus propios deseos e identificaciones, de su elección de forma de vida, ie., no es definido autónomamente. Segundo, a consecuencia de lo anterior el estado puede, incluso a través de la fuerza, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores. Consecuentemente, aun si una acción es privada en el sentido de no interferir con terceros, el hecho de que implique autodegradación moral constituye una razón suficiente para que el derecho la obstaculice, induciendo así a los hombres y mujeres a adoptar modelos de conducta digna.<sup>7</sup>

Aun cuando el perfeccionismo sea fundamento corriente de gobiernos autoritarios, no debemos creer que esté esencialmente vinculado al autoritarismo ni que deba desecharse como teoría política plausible. Por el contrario, goza de renovada vitalidad y hoy es *la* opción teórico-política al liberalismo.<sup>8</sup> Después de todo, ¿para qué queremos el estado sino porque creemos que es una herramienta que nos puede ayudar a vivir mejor?

Pero también es claro por qué las concepciones perfeccionistas tienden a minimizar el alcance y en última instancia a descartar la existencia de un principio general de no

---

<sup>6</sup> WALL (2012).

<sup>7</sup> NINO (2007) c. V y X.

<sup>8</sup> Cfr. RAZ (1986); HURKA (1993); HAKSAR (1979); WALL (1998).

interferencia del estado con el individuo. Si lo bueno para una persona es definido objetivamente, sin referencia a sus decisiones, no se ve por qué el estado debería autolimitarse y dejar de promover el bien de ese individuo en el ámbito de sus decisiones autorreferentes. Si en ese ámbito elige mal y se equivoca, no hay ninguna razón para no traerlo nuevamente a la buena senda, incluso coactivamente. No habría, en otras palabras, ningún fundamento normativo sólido para tratar de modo diferente los deberes para con uno mismo y los deberes para con los demás. O más aun, no tendría sentido la distinción.

Es por ello que si el perfeccionismo es la teoría política correcta entonces no cabrá establecer en nuestras constituciones ningún principio general de protección de la autonomía personal. Bastará con establecer libertades particulares que protejan estados, acciones y decisiones valiosas según el contenido de la doctrina perfeccionista correcta. Entre ellas cabe esperar que figuren la mayoría de los derechos que pueblan nuestras constituciones: de propiedad, de trabajar, de expresión, de reunión, etc., pero no un principio general del cual éstos se deriven.

Revisemos las consecuencias de esta doctrina para nuestros casos testigo: la prohibición de la instalación de prostíbulos por un lado y de la oferta y demanda de sexo, por otro. Supongamos que acordamos que es inmoral, que no hace bien consumir prostitución, aun frente a una persona que consiente. Que también es inmoral ofrecer sexo a cambio de dinero: la persona que así actúa, es posible argumentar, no se respeta adecuadamente a sí misma en tanto, en nuestras sociedades al menos, la sexualidad es parte central de la subjetividad y por lo tanto el cuidado de sí requiere que la vida sexual no ingrese al comercio (un perfeccionista podría decir que estas acciones son contrarias al perfeccionamiento del ser). Pues bien, supuesto que hay buenas razones morales para no consumir ni ofrecer sexo a cambio de dinero, el perfeccionista no ve por qué no se habrían de inhibir coactivamente estas conductas. El consentimiento de los involucrados no cambia en absoluto la calificación moral de las conductas, el hecho de que realizarlas es algo que nos degrada. Por lo tanto no es óbice a su prohibición estatal. De aquí que también esté permitido al estado prohibir los prostíbulos y el proxenetismo.

#### 4. Liberalismo y autonomía

La doctrina liberal ha evolucionado desde sus defensores clásicos (Locke, Kant, Mill,) a los contemporáneos (Dworkin, Rawls, Nino y muchos otros). En todo caso, si hay algo que comparten estos autores es la creencia en que toda restricción a la libertad individual debe estar justificada.<sup>9</sup> Un gobierno es legítimo entonces sólo si respeta ciertos límites en relación a los individuos sometidos a su poder. Particularmente el liberalismo entiende que el gobierno no está para promover el bien de las personas (especialmente no si esto implica ir más allá de su consentimiento) sino para evitar que éstas, al perseguir su propio bien en los términos que ellas mismas lo conciben, se interfieran mutuamente.<sup>10</sup> Este principio de neutralidad estatal implica, como puede verse, una clara distinción entre el ámbito público, donde hay espacio para la intervención legítima del poder estatal, y el ámbito privado en que las personas persiguen su propio bien. En este último, en tanto esa búsqueda no afecte a terceros, dicha intervención está proscripta.

Para el liberalismo entonces, en tanto no dañen a terceros, las acciones y estados que sean fruto de la identificación del agente con un modo de vida, (ie., en tanto esa vida sea de su elección, en tanto él o ella pueda considerarse su autor o autora), están exentos de la autoridad de los magistrados: no hay ninguna razón que pueda justificar la injerencia estatal. Pero hay diversos modos de concebir lo que significa que una persona sea autora de su vida y diversas redacciones posibles para un principio protector de ese valor. Veamos primero una redacción suficientemente amplia que, valorando la autonomía, no se comprometa con ninguna concepción específica.

#### 4.1. Derecho a la autonomía como principio/concepto.

Suponiendo entonces que valoramos la autonomía, nos preguntemos ahora si la mejor versión de un artículo que constitucionalizara ese derecho podría ser una que redacte la garantía en términos muy abstractos, tales que no evidencien un compromiso estricto con ninguna justificación específica ni delimiten muy claramente los casos incluidos en su

---

<sup>9</sup> GAUS (2011).

<sup>10</sup> QUONG (2011) p. 1. Recordemos que para el liberalismo los intereses y fines de los individuos son anteriores al estado. El estado justamente surge para evitar que los individuos, al perseguir cada uno su propio interés, se obstruyan y dañen mutuamente. Si éste es el caso, mal podría el estado imponerles intereses y fines.



alcance sino que dejen esta tarea a los jueces. Una redacción semejante invitaría a pensar el estándar en cuestión en términos de principios antes que de normas, de conceptos antes que de concepciones, en el sentido de Ronald Dworkin.

Para Dworkin las normas, cuando son válidas y aplicables a los hechos del caso, determinan la solución. Los principios, por el contrario, cuentan a favor de determinada solución, inciden en ese sentido, pero no necesariamente la determinan. En segundo lugar los principios tienen una dimensión de peso carente en las normas, es decir, cuando hay un conflicto de principios la cuestión se resuelve por el peso relativo de los principios mientras que los conflictos normativos se resuelven por un estándar externo a las normas en conflicto tal como *lex superior*, *posterior*, etc. (Dworkin, 1993: 75- 78) Es debatida cuál sea la mejor forma de dar cuenta de esta distinción. Particularmente me gusta la idea de ver en los principios razones de primer orden y en las normas razones protegidas, en el sentido de Raz (Raz, 1991: 238). Las razones de primer orden son razones a favor o en contra de realizar determinada acción. Las razones protegidas son una combinación sistemática de una razón de primer orden para realizar determinada acción (la ordenada por la norma) y una razón excluyente, de segundo orden, para no tener en cuenta determinadas razones (las incluidas en el balance realizado por el legislador) en contra de realizar la acción requerida por la razón de primer orden. Cuando el constituyente legisla mediante principios está diciendo que hay buenas razones para seguir determinado curso de acción, está, en otras palabras, consagrado constitucionalmente un valor, por ejemplo la libertad de expresión. Pero este valor puede entrar en conflicto, y eventualmente ceder, frente a otro valor, por ejemplo, el derecho a la intimidad. De aquí que un principio anuncie una ponderación. Cuando dicta una norma, en cambio, el legislador ya ha realizado el balance de razones de primer orden y decidido qué razón tiene mayor peso, excluyendo las demás. En este caso el juez no tiene que hacer ningún balance.<sup>11</sup>

Veamos ahora a la distinción entre concepto y concepción. Según Dworkin tiene que ver con un contraste entre niveles de abstracción en los que puede ser estudiado determinado objeto de interpretación, un texto, una práctica, etc. (Dworkin, 1986: 70 - 71) Parafraseando a Dworkin (Dworkin, 1993:214 - 215) supongamos que un grupo comparte

---

<sup>11</sup> En este sentido Atria, 2012.

la idea de que las decisiones, los actos y las vidas de las personas pueden gozar o carecer de una propiedad moral que ellos llaman autonomía personal, que consiste en que las personas que la poseen deciden por sí mismas sus acciones y en general el curso de sus vidas; son, en buena medida, sus autoras, mientras que las vidas que carecen de esta propiedad son principalmente producto de la voluntad de alguien que no es su titular. Gracias a ello están de acuerdo en muchos casos de autonomía y en muchos de falta de autonomía; también lo están respecto de calificar a ciertos actos, propios o ajenos, como dañosos para la autonomía de una persona. En este caso el grupo tiene un concepto de autonomía personal. Pero, más allá de este núcleo de consenso, el grupo puede disentir respecto de otros casos de modo tal que un observador podría pensar que tienen diferentes teorías de bajo qué condiciones una determinada acción es consistente o contradictoria con la autonomía. Es decir, pueden diferir respecto de los principios más fundamentales que justifican calificar de respetuosa de la autonomía a determinada acción. En este caso los miembros del grupo tienen diversas concepciones de la autonomía.

Ahora bien, al dar instrucciones o directivas relativas a la autonomía los legisladores de esta comunidad pueden o bien apelar a conceptos o bien a concepciones. Si hacen lo primero entonces delegan en los jueces la responsabilidad de desarrollar y aplicar su propia concepción de la autonomía para los casos controvertidos. Y las concepciones son defendibles sobre la base de razones de modo que se supone que hay concepciones mejores que otras. El punto es que quien legisla mediante conceptos está dispuesto a admitir que un caso que según su propia y contingente concepción quedaba dentro del alcance de su instrucción en realidad no lo estaba, en tanto alguien le muestre una concepción superadora que lo excluya. Por lo tanto cuando cambia su teoría, su concepción, no cambia su estándar. Si por el contrario, el legislador dictó la instrucción con ánimo de formular determinada concepción de la autonomía, si quiso que la cuestión se regule de acuerdo a los principios fundamentales que tenía en mente y que no abarque más ni menos casos que los alcanzados por esos principios, el aplicador deber atenerse a esa concepción, no hay nada delegado a su discernimiento.

A mi entender un poder constituyente que quisiera establecer el derecho a la autonomía personal como un principio antes que como una norma, como un concepto antes que como una concepción debería dictar una directiva del siguiente tono:

“Esta constitución garantiza el derecho a la autonomía personal en tanto su ejercicio no afecte un ejercicio equivalente del mismo derecho por parte de terceros.”

Un texto de este tipo afirma que existe un derecho moral a gozar de un espacio de no interferencia y lo constitucionaliza. Un derecho moral es, de nuevo siguiendo a Dworkin, un triunfo contra las mayorías, un derecho contra el estado. De modo que si el estado reconoce este derecho no podrá dejarlo de lado sobre la base de una ley votada por mayorías circunstanciales. Pero un derecho moral redactado en estos términos tiene al menos otras dos propiedades que debemos atender. Primero, puede ceder frente al derecho moral de un tercero, un derecho concurrente. Segundo, está redactado en términos tales que su contenido específico, su alcance, debe ser determinado por el juez sobre la base de su específica concepción de la autonomía personal. Esto tiene consecuencias tanto positivas como negativas.

Por un lado nos permite dar cuenta de nuestras intuiciones contrarias a una definición muy estricta del derecho a la autonomía personal tal que si alguna acción es una instancia de ejercicio de la autonomía y no afecta la autonomía de terceros entonces inmediatamente está protegida y es inatacable. Estoy pensando en casos como los contratos Shylock y las exhibiciones obscenas.

En los contratos Shylock una persona contrae una deuda con otra bajo la condición de que si no paga en tiempo entonces deberá entregarle un órgano u otra parte de su cuerpo. Este contrato puede ser firmado en condiciones de autonomía plena, como sucede en *El mercader de Venecia*. Una lectura estricta del artículo 19 de la constitución argentina, como si estipulara una norma bajo una concepción liberal radical (véase más adelante) llevaría a declararlo válido. Sin embargo contratos de este tipo, aun si firmados autónomamente y respetuosos del orden y la moral pública en el sentido del referido artículo bajo esa concepción (ie., los deberes para con los demás), nos parecen inmorales en un sentido más amplio, independiente del consentimiento del afectado; de hecho creo que

los jueces argentinos los declararían inválidos por esa razón. Por el contrario, si concebimos el estándar como un principio, bien puede el juez decir que aquí hay otro principio en juego, un derecho concurrente, el derecho a la integridad corporal por ejemplo, y fallar sin mayor problema en contra de la validez del contrato. Y ello sin negar que, prima facie, quedaba protegido por la garantía.

El caso de las exhibiciones obscenas, supuesto que nuestras intuiciones morales sean favorables a su punición, nos permite pasar de las ventajas de legislar este derecho en términos de principios a las ventajas de hacerlo en términos de conceptos. Supongamos que el artículo 19 de la constitución argentina deba ser leído como expresión de una concepción tal que afirma que sólo puede sancionarse una acción privada cuando causa daño a otro y a su vez define ‘daño’ en un sentido muy estricto, tal que no incluye las ofensas al sentido moral, al pudor de los demás, como buena parte de la doctrina liberal sostiene que debe ser el caso si la noción de daño ha de funcionar como límite al poder coercitivo del estado y de las mayorías morales. Pues bien, así las cosas, la penalización de las exhibiciones obscenas es inconstitucional. Si, en cambio, entendemos que el artículo impone un concepto de autonomía personal, el juez tiene espacio para desarrollar la concepción que considere correcta, una que, por ejemplo, conciba las ofensas como daño, de modo tal que le permita excluir las exhibiciones obscenas del alcance de la garantía.

Pero estas conclusiones también pueden ser leídas como razones en contra de redactar la garantía en términos de principios y conceptos en lugar de normas y concepciones. Pues al estar redactada como un principio y no como una norma, aun de aceptar que el caso queda protegido por el principio, eso no nos asegura una decisión favorable. Como en los contratos Shylock, puede haber otro principio que en el caso tenga mayor peso y que incline la balanza en contra de su protección. Y al estar redactada en términos de conceptos, no podremos determinar por la mera lectura del texto constitucional si determinada acción está protegida o no por la garantía. En este sentido el texto deja de instaurar una garantía en sentido estricto: no podríamos saber antes de la decisión del juez si el acto en cuestión está o no incluido en su alcance. Específicamente, deberemos esperar a conocer cuál es la concepción que el juez considera correcta, ie., se expida sobre la validez de la norma dictada por el legislador (la que prohíbe, por ejemplo, las exhibiciones obscenas).

De hecho esto es lo que sucederá con nuestros casos testigo: la prohibición de los prostíbulos y del consumo de prostitución. Respecto de este último, por ejemplo, tanto el legislador como el juez podrían tener una concepción tan exigente del consentimiento requerido para que una decisión cuente como propia, como autónoma, tal que nunca pueda haber ejercicio consentido de la prostitución. De aquí que la garantía redactada en los términos arriba sugeridos no serviría como límite a la sanción legal y judicial de su ejercicio ni su consumo. El problema es que no nos enteraríamos de su alcance hasta la decisión del juez. Esto por supuesto, amenaza la autonomía personal, justamente el valor que se declama proteger. Pues si no podemos saber ex ante cómo debe decidir el juez, no podemos planificar y decidir nuestras acciones teniendo en cuenta sus consecuencias (Cfr. Bayón, 1996:42).

Este no es en absoluto un argumento concluyente en contra de redactar la garantía en términos amplios. Pero sí indica que deben balancearse sus costos y beneficios contra los que tendría una redacción más estricta. Pasemos entonces al análisis y evaluación de las concepciones particulares de la autonomía personal, que podrían justificar tal redacción.

#### 4.2.La teoría jerárquica de la autonomía: Frankfurt/Dworkin

Las personas gozan de autonomía personal si eligen por sí mismas su plan de vida. Una forma de dar cuenta de esta idea es la siguiente. Un sujeto autónomo es “guiado por consideraciones, deseos, condiciones y características que no le son impuestas externamente, sino que son parte de lo que puede considerar... como (su) propio y auténtico yo” (Christman, 2011, 2). La noción de deseo auténtico está vinculada a la distinción, introducida por Frankfurt y Dworkin, entre deseos de primer y segundo orden. Un deseo auténtico es aquel con el que el yo se identifica, ie., un deseo que el agente quiere (según un deseo de segundo orden) tener. De lo contrario su deseo es inauténtico, en cierta forma no es suyo. Así, puede tener el deseo de primer orden de fumar y el deseo de segundo orden de no ser un fumador: desear no desear fumar. Ahora bien, no se trata sólo de que el yo hoy puede identificarse o no con un deseo actual. También puede identificarse o rechazar sus deseos e intereses (ie., deseos a largo plazo) futuros. En tanto la persona puede definirse, al menos en parte, como un haz de deseos e intereses proyectados en el

tiempo, podemos considerar que goza de autonomía personal aquel que haciendo uso de su capacidad de considerar y proyectar qué clase de persona quiere ser, elige por sí mismo el propio plan de vida ie., se identifica con algunos de sus deseos e intereses futuros.<sup>12</sup>

Haré foco aquí en las ideas de Dworkin donde el problema que quiero presentar está más claro. Mostraré que hay dos lecturas posibles de sus ideas: la concepción empírica y la concepción normativa de las metapreferencias. Argumentaré que la concepción empírica, compatible con un liberalismo radical en el sentido de una prohibición absoluta de la interferencia estatal en la elección autónoma de planes de vida, debe ser rechazada. Por el contrario, hay buenas razones para decantarse por la concepción normativa.<sup>13</sup> A su vez esta concepción apunta en la dirección de un liberalismo perfeccionista como el de Raz.

#### 4.2.1. Concepción empírica de las metapreferencias:

Hay dos elementos centrales en la teoría jerárquica de la autonomía de G. Dworkin tal como aparecía en sus primeras versiones.<sup>14</sup> Por un lado la relación entre deseos de primer y segundo orden, que cuando es de identificación es uno de los elementos de la autonomía. Por otro, la independencia procesal idea referida al modo en que se ha llegado a tener la relación entre deseos de diferente orden que se tiene, ie., a cómo hemos llegado a identificarnos con nuestras consideraciones de primer orden o cómo hemos llegado a aborrecerlas. Al respecto Dworkin afirma que "...la identificación con sus motivaciones, o la elección del tipo de persona que quiere ser, pueden ser resultado de la manipulación, el engaño, el ocultamiento de información relevante o cosas semejantes. El agente puede haberse visto influenciado de modo decisivo por otros de modo tal que no estemos

---

<sup>12</sup> LAPORTA (2007) pp. 31 – 32.

<sup>13</sup> La concepción empírica es en buena medida equivalente a lo que Nino denomina enfoque externo de las preferencias como meros hechos psicológicos. La concepción normativa lo es respecto del enfoque interno, en el que lo que se prefiere, se prefiere sobre la base de razones en las que se cree y que se está dispuesto a abandonar cuando se muestren equivocadas. Aquí ofrezco un argumento, espero más preciso que el de Nino, para la misma conclusión: la concepción empírica, el enfoque externo en sus términos, es autofrustrante. Al respecto ver NINO, 2007:211 – 219.

<sup>14</sup> Posteriormente Dworkin abandonó el elemento 'identificación' como parte del concepto de autonomía personal. Pasó a sostener que lo que importa no es la identificación sino la capacidad de identificarse, es decir, la capacidad de reflexionar acerca de con cuál de mis deseos he de identificarme. Sobre el punto ver G. DWORKIN (1988) p. 15. De todos modos mostrar su posición temprana es útil a los fines de mostrar porqué debemos decantarnos por una concepción normativa de las metapreferencias. Por otra parte, como bien señala Raz, la capacidad de identificarse (la concepción por la que terminó decantándose Dworkin) no es autonomía sino una de las condiciones de la autonomía.

dispuestos a pensar de ellas como fruto de su propia elección” (G. Dworkin, 1976, 25). Si no hubo influencias indebidas y la persona se identifica con sus preferencias, entonces es, en principio, autónoma. Si estas influencias tuvieron lugar, aun cuando se identifique, no lo es.

Consecuentemente, sobre la base de que la autonomía se ubica al nivel de las consideraciones de segundo orden, Dworkin nos ofrece la fórmula que sirve de base a su análisis: autonomía = autenticidad + independencia procesal.

Centrémonos en la idea de independencia procesal. ¿Cómo debemos entenderla? Analicemos el siguiente párrafo:

“La autonomía no puede ubicarse en el nivel de las consideraciones de primer orden, sino en el de las consideraciones de segundo orden. Aún si el hombre autónomo no puede adoptar sus motivaciones de cero, bien puede juzgarlas cuando las tiene. El individuo autónomo es capaz de dar un paso atrás y formular una actitud hacia los factores que influyen en su comportamiento” (G. Dworkin, 1976: 24).

Como puede deducirse de la lectura de este párrafo, respecto de aquello que resguarda la independencia procesal no está claro si Dworkin se refiere a la posibilidad del agente de hacer un juicio en sentido estricto, es decir una evaluación del valor de sus consideraciones de primer orden (en este caso las metapreferencias serán producto antes que condición de posibilidad de la reflexión) o si lo que importa es que el individuo autónomo sea capaz de tener una *actitud* de segundo orden sobre sus consideraciones (básicamente creencias y deseos) de primer orden. Por supuesto, podemos pensar que una actitud de segundo orden supone –y está determinada por- un juicio de segundo orden (un juicio, ie., una creencia, sobre qué tipo de creencias y deseos es deseable tener). O a la inversa, podemos reducir la idea de juicio a la idea de actitud, de preferencia. Así, mi preferencia de segundo orden (preferencia que simplemente me puede suceder tener, sin que la haya elegido ni que sea producto de una evaluación) puede servirme como criterio con el cual *juzgar* mis preferencias de primer orden (aquí por ‘juzgar’ ha de entenderse ‘prefiero o me identifico con el deseo X y no con el deseo Y’). La opción dependerá, por

supuesto, de nuestras posiciones metaéticas. Pero si mantenemos separadas las ideas de *actitud* y de *juicio*, mientras la actitud de segundo orden no supone más que un estado interno del sujeto, un hecho psicológico en términos de Nino, el juicio parece suponer, tal como argumentaré más adelante, un criterio objetivo, racional, como condición de su realización.

Preguntemos entonces nuevamente. ¿Qué resguarda la independencia procesal? ¿La formación de juicios o de actitudes? Supongamos que nos decantamos por la idea de actitud. Lo que importa sería que el agente forme sus propias actitudes hacia sus preferencias de primer orden. ¿Pero cómo se forma esa actitud si no depende de un juicio en sentido estricto? Sin la idea de juicio es difícil ver cómo una actitud se formaría a partir de una preferencia de primer orden que se asume como dada. Por el contrario, habría que asumir una de dos posibilidades: O bien que tenemos al mismo tiempo deseos de diferente nivel. Tengo el deseo de fumar y el deseo de no desear fumar, sin que uno se derive del otro. O bien que las metapreferencias son causalmente producidas a partir de las preferencias. Pero si nuestras metapreferencias son producto de relaciones causales no habrá razón para preferir unas a otras ni para preferir ciertos procesos causales de formación de metapreferencias por sobre otros (deberíamos contar con un tercer criterio que a su vez no sea producto de relaciones causales). Ahora bien, quien haya llegado a tener una metapreferencia, tendrá necesariamente una actitud hacia sus preferencias de orden más bajo, ambas ideas están conceptualmente vinculadas. Pero una metapreferencia, salvo por su nivel, tiene exactamente la misma naturaleza que una preferencia: ambas son hechos. A su vez, si entendemos la idea de metapreferencia como un hecho, entonces parece que la idea independencia procedimental carece de sentido, se puede prescindir de ella. Pues no hay procesos causales preferibles por sobre otros sin no hay criterios externos que nos permitan valorar unos por sobre otros. Así todo el espacio de la autonomía estaría ocupado por la idea de autenticidad o identificación: soy autónomo cuando tengo los deseos (de primer orden) que deseo (en el segundo orden) tener. Llamemos a ésta ‘concepción empírica de las metapreferencias’.

Si esto es así, entonces todo sujeto que se identifique con sus deseos de primer orden, cualquiera sea su contenido, es autónomo y debe ser respetado en sus elecciones. Congruentemente con esta lectura, la autonomía personal suele pensarse como una



concepción formal e inmanente del valor: son valiosos y respetables los planes de vida de las personas en tanto éstas los hayan elegido libremente, ie., se identifiquen con ellos, independientemente de su contenido. De aquí el carácter radicalmente antiperfeccionista de las construcciones basadas en esta concepción de la autonomía, construcciones que prescriben que el estado nunca debe interferir en la libre elección individual de planes de vida, cualquiera sea su contenido. El análisis de Dworkin del caso del adicto a las drogas da una clave de lectura de su teoría en el sentido de la concepción empírica aquí sugerida.

“¿Qué pasa con el hombre que es un adicto a las drogas, que no puede renunciar a su compulsión por la droga pero que, sin embargo, quiere estar en las garras de su compulsión? En mi opinión, este agente es autónomo. Él, como el esclavo, no es libre, ya que tomará la droga independientemente de si desea ser motivado de esta manera. Pero, importante como este hecho es, hay otro hecho que también es cierto y también es importante. El hecho de que se identifica con su adicción. Y es esta identificación lo que estoy designando como autenticidad” (G. Dworkin, 1976, p. 25).

¿Cómo debería redactarse el principio constitucional si fuera cierta la teoría de la autonomía personal a la que da cuerpo la concepción empírica de las metapreferencias? Pues se debería imponer un límite muy estricto a la intromisión del estado en las acciones autorreferentes. Una posibilidad sería la siguiente:

“Los deberes de las personas para consigo mismas no son exigibles jurídicamente. Sus acciones, en tanto no dañen a terceros, están exentas de la autoridad de los magistrados.”

Revisemos cómo se llevan nuestros ejemplos con esta concepción de la autonomía personal como autenticidad. Sin dudas hay (o puede haber) prostitutas que se ven a sí

mismas como tales, que no se sienten enajenadas y que frente a otros trabajos en igualdad de condiciones prefieren el ejercicio de la prostitución. Estas prostitutas son autónomas en este sentido, no solo que consienten cada acto de prostitución sino que, más generalmente, se identifican con su actividad y la ven como un modo adecuado de ganarse la vida. Igualmente sucede con los consumidores de prostitución. Muchos consienten cada acto y además no tienen ningún problema con verse a sí mismos como frequentadores habituales de estos servicios. Se identifican con esta actividad y bien podemos decir que, en este sentido, son autónomos. Si son autónomos, estos planes de vida merecen respeto: el hecho de que estas personas los hayan elegido es lo que les confiere valor, no hay ningún criterio externo que pueda negarlo. El estado debe evitar entrometerse en la persecución individual de estos planes y bien haría en legislar un principio general que prohíba semejante intromisión.

Pero claro, esta lectura sólo es viable si podemos reducir la idea de reflexión a la de “tener una actitud” hacia las preferencias de nivel inferior. Pero entonces la formación de deseos de segundo orden no será producto de la reflexión: que haya coincidencia o no entre nuestros deseos de diverso orden será un hecho que nos sucede, no una situación producto de un esfuerzo derivado de una toma de conciencia sobre la naturaleza de nuestros deseos.

#### 4.2.2. Concepción normativa de las metapreferencias

Contra la concepción empírica, la concepción normativa de las metapreferencias concibe los deseos de segundo orden como *producto* de la reflexión; afirma que ésta es la lectura correcta de la idea de autonomía personal en las teorías de Frankfurt y Dworkin. Ahora bien, si aceptamos que no se puede concebir la idea de autonomía personal sin acudir a la idea de reflexión caben dos observaciones. Primero, debemos preguntarnos sobre qué versará esta reflexión. Y todo parece indicar que lo que buscará determinar es qué tan deseables son nuestros deseos. Pero no parece posible reflexionar sobre la deseabilidad de nuestros deseos sin contar con criterios con los cuales evaluarlos. Si aceptamos que esos criterios son necesarios entonces podemos preguntarnos cuál es su fuente. Si no son subjetivos (recordemos que las preferencias son el objeto de la evaluación y en esta lectura las metapreferencias son el producto de la reflexión por lo que no pueden

funcionar como criterios ex ante) entonces o bien nos vienen dados en virtud de la existencia de un orden normativo independiente (y se asume un compromiso con doctrinas como el iusnaturalismo o realismo moral cuyo vínculo con el perfeccionismo no es incidental) o bien emanan de nuestra autonomía moral en tanto que sujetos racionales. En este último caso no podemos despegar la idea de un sujeto autónomo de la de un sujeto reflexivo. Ahora bien, si no se goza de autonomía personal sin ejercer la reflexión entonces el estado tiene el derecho y el deber tanto de obstaculizar aquellos planes de vida que tiendan a horadar nuestra capacidad de reflexión así como de favorecer la elección de aquellos planes que nos vuelvan más reflexivos. En este sentido apunta el perfeccionismo liberal de Raz.

##### 5. Libertad negativa y autonomía personal en Joseph Raz

Según Raz la persona autónoma es (en parte) autora de su propia vida. El ideal de la autonomía personal es la visión de las personas controlando, en algún grado, su propio destino, dándole forma mediante decisiones sucesivas a lo largo de sus vidas.<sup>15</sup> Se opone a una vida de elecciones tomadas bajo coerción. También a una vida sin elecciones, o de mero derivar por la vida sin ejercitar la propia capacidad de elección.<sup>16</sup>

Para llevar una vida autónoma es preciso que se den ciertas condiciones cuyo valor es derivado del valor de una vida autónoma, llamémosle con Raz ‘condiciones de la autonomía’. Son tres:<sup>17</sup>

- Apropriadas capacidades.
- Contar tanto con un adecuado rango de opciones (desde opciones triviales a centrales) como con una adecuada variedad de opciones (pues quien tiene muy restringidas las opciones disponibles no puede elegir en sentido estricto). Además al menos algunas opciones disponibles deben ser moralmente valiosas, pues quien tiene sólo malas opciones a su alcance no goza de autonomía.

---

<sup>15</sup> RAZ (1986) p. 369.

<sup>16</sup> RAZ (1986) p. 371.

<sup>17</sup> RAZ (1986) pp. 372 - 3.

- Independencia: sus opciones deben ser libres de coerción y manipulación ajena. La coerción y la manipulación sujetan la voluntad de una persona a la de otra y, en este sentido, invaden su autonomía.

Al poner en ejercicio las capacidades y condiciones de la autonomía, es decir, al adoptar fines y proyectos, al comprometernos en relaciones y vínculos, dotamos de valor a nuestra vida, de valores con que nuestra vida no contaba antes de esas decisiones e identificaciones. Creamos, en otras palabras, razones independientes de las razones que teníamos para asumir esos compromisos, fines y proyectos. Es así que nuestra vida se vuelve en parte nuestra propia creación: los valores y razones que, entre otras cosas, le dan forma son en alguna medida fruto de nuestros propios actos de creación normativa. En tanto que la autonomía nos permite cargar de valor nuestra vida bien podemos decir que ella misma es valiosa.<sup>18</sup>

El que la autonomía personal sea moralmente valiosa es una razón para que todos llevemos vidas autónomas. Pero no es posible hacer autónomos a otros, el ejercicio de la autonomía está sobre los hombros de cada quién. Claro que los demás, particularmente el estado, puedan ayudar y estimular la adopción y el desarrollo de modos autónomos de vida. Pero su ayuda está limitada a asegurar las condiciones de la autonomía.<sup>19</sup>

De aquí que del valor de la autonomía se deriven ciertos deberes, principalmente en cabeza del estado:

- 1) Ayudar a crear las capacidades internas requeridas para llevar una vida autónoma: capacidades cognitivas o reflexivas, volitivas, emocionales, físicas, etc.
- 2) Crear o asegurar un adecuado rango y variedad de opciones moralmente valiosas sobre el cual sea posible a los individuos ejercer sus capacidades de elección.
- 3) Abstenerse de la coacción y la manipulación (condición de independencia).
- 4) Evitar la coacción y la manipulación por parte de terceros.

---

<sup>18</sup> RAZ (1986) p. 387.

<sup>19</sup> RAZ (1986) p. 407.

Los dos primeros deberes en cabeza del estado justifican políticas activas y van en contra de lecturas liberales tipo estado gendarme. El cuarto es un deber positivo (tendiente a justificar políticas penales, por ejemplo) pero destinado a lograr que los terceros se abstengan de violar la condición de independencia. El tercer deber sí es, claramente, un deber de abstención y justifica un ámbito de autonomía como no interferencia o libertad negativa. Lo que queda claro es que la libertad negativa, la libertad de coerción ajena, es valiosa en tanto sirve a la autonomía personal.

¿Cómo es que la coerción y la manipulación afectan la autonomía y cómo es que un espacio libre de ellas la resguarda? Raz entiende que el manipular o coaccionar a otro puede expresar desprecio o falta de respeto por su autonomía. Además obstaculizan el desarrollo de las referidas capacidades internas y pueden degradar el rango y reducir la variedad de las opciones significativas y moralmente valiosas que los demás tienen a su disposición.

Ahora bien, la doctrina de la libertad negativa con base en la autonomía tiene, entiende Raz, límites claros.

Primero, mientras la autonomía requiere la disponibilidad de un adecuado rango de opciones valiosas y significativas, no requiere la presencia de ninguna opción en particular. Salvo que alguien haya adoptado una opción (en ese caso eliminarla frustraría sus proyectos y decisiones y sería, consecuentemente, un ataque a su autonomía) una persona o un gobierno pueden tomar medidas para excluirla del rango de opciones disponibles sin merma para la autonomía.<sup>20</sup>

Segundo, el deber de asegurar un adecuado rango de opciones no se extiende a las opciones moralmente malas o repugnantes. En términos de Raz:

“Dado que la autonomía es valiosa sólo si tiene por objeto lo bueno, no confiere ninguna razón para proveer ni para proteger opciones malas y disvaliosas. Sin duda la autonomía es ciega a la calidad de las opciones elegidas. Una persona es autónoma incluso si elige mal. La autonomía es incluso parcialmente ciega a la calidad de las opciones disponibles. La persona es autónoma... sólo si persigue lo bueno tal como ella lo capta.

---

<sup>20</sup> RAZ (1986) pp. 410 – 411.

[Ahora bien], solo puede ser autónoma si cree que tiene opciones valiosas entre las cuales elegir. Esto es consistente con que varias de las opciones sean de hecho malas. Pero... las malas opciones no contribuyen en nada al valor de la autonomía. De hecho, elegir autónomamente lo malo hace la propia vida peor que lo que sería comparativamente una vida no autónoma. Dado que nuestra preocupación por la autonomía es una preocupación por capacitar a la gente a llevar una vida buena esto implica que tenemos razón para asegurar una autonomía tal que pueda ser buena. Y proveer, preservar o proteger opciones malas no nos capacita para disfrutar de una autonomía valiosa” (Raz, 1986, p. 411).

No es hora de evaluar ni la coherencia ni la corrección de esta doctrina. Lo que nos importa es determinar si implica un permiso al estado para disuadir a las personas de elegir opciones malas, aun si son autorreferentes. ¿Es el principio raziano de autonomía y su modo de delimitar el espacio de no intervención consistente con la sanción legal de la moral privada? Si el estado puede eliminar coactivamente opciones inmorales, entonces éste pareciera ser el caso. Sin embargo las cosas son más complejas. Según Raz hay que distinguir entre opciones inmorales susceptibles y opciones inmorales no susceptibles de coerción legal. El criterio de distinción es si la inmoralidad en cuestión produce un daño a la autonomía. De hecho, Raz entiende que “el principio de libertad con base en la autonomía... provee los fundamentos morales al principio de daño” (Raz, 1986, p. 400). La intervención entonces está habilitada cuando se dan conjuntamente la inmoralidad y el daño a la autonomía.

Ahora bien, Raz, contra Mill, entiende que el daño que habilita la intervención no es solo el daño a los demás sino también el daño que uno se pueda infringir a sí mismo. “Daño” es daño a la autonomía; que la autonomía en cuestión sea la propia o la de los demás es irrelevante.<sup>21</sup>

Es evidente que hay una conexión entre la autonomía y el principio de daño.<sup>22</sup> Tanto cuando afectamos la capacidad de elegir de las personas (cuando, por ejemplo,

---

<sup>21</sup> RAZ (1986) p. 413.

<sup>22</sup> En el mismo sentido NINO (2007) p. 205.

manipulemos o dañamos sus capacidades reflexivas, volitivas, físicas, etc.) como cuando eliminamos opciones que podrían haber elegido o frustramos la persecución y el logro de proyectos, fines e incluso medios que ya han adoptado (cuando privamos a alguien de su propiedad, por ejemplo, impidiéndole el goce de las posibilidades que ese bien abría), les hacemos daño al disminuir su autonomía.<sup>23</sup> Pero también es claro que si autorizamos al estado a intervenir cuando el agente va contra sí mismo, desdibujamos el sentido en que el principio de daño es un límite. Se requiere un alto esfuerzo teórico que otorgue precisión esa nueva demarcación.

Hay, sin embargo, un tipo de intervención que esta nueva formulación del principio tajantemente excluye: el uso de la coerción para desalentar la adopción de decisiones inmorales pero no dañosas.

Precisemos el sentido de la anterior afirmación. Primero hay que tener en cuenta que la persecución de lo moralmente repugnante no puede ser defendida de la interferencia coercitiva sobre la base de que el hecho de que sea una elección autónoma le otorga valor. Con razón, Raz entiende que no lo hace.<sup>24</sup> Lo que hace que las acciones inmorales pero no dañosas ni para sí mismos ni para los demás no puedan ser objeto de coerción estatal es, nuevamente, el valor de la autonomía. Primero, esas acciones no dañan la autonomía. Si hubiera una justificación para someterlas a coerción debería derivarse de otros valores. Segundo, al perseguirlas coercitivamente agraviamos la autonomía de la persona en cuestión. Por una parte la coerción viola la condición de independencia y expresa generalmente falta de respeto para con el individuo a ella sometido. Además la coerción (sobre todo la ejercitada mediante sanciones penales pero también otras formas menos severas) es una invasión de la autonomía global e indiscriminada. Encarcelar una persona le impide la persecución de casi todos sus proyectos autónomos. No hay modo de interferir sólo con las elecciones moralmente repugnantes, necesariamente se interferirá con otras opciones.<sup>25</sup>

¿Cómo debería redactarse el principio constitucional si la teoría de Raz fuera verdadera? He aquí una propuesta sumamente tentativa:

---

<sup>23</sup> Disminuir la autonomía es una forma de hacer daño. Es menos obvio que todo daño sea daño a la autonomía.

<sup>24</sup> RAZ (1986) p. 418.

<sup>25</sup> RAZ (1986) pp. 418 - 19.

“En tanto no impliquen daño a la autonomía propia o de terceros, las acciones de las personas, aun si inmorales, están exentas de la autoridad de los magistrados”

Suponiendo que esta formulación identificara adecuadamente el principio de no interferencia que estamos buscando, ¿cómo funcionaría? ¿Qué casos quedarían por él protegidos? En virtud del principio de daño definido sobre la base del principio de autonomía resulta que hay claras opciones autorreferentes que son, sin embargo, pasibles de disuasión por vía de coerción. El sujeto puede ser coercitivamente disuadido de ciertas opciones autónomas si dichas opciones han de dañar su capacidad futura de decidir autónomamente. De aquí que, a diferencia de principio derivado de la concepción empírica de las metapreferencias, no parezca del todo excluida la posibilidad de castigar el consumo de ciertas drogas de probado efecto incapacitante. Pero testeemos el criterio de Raz con nuestros casos testigo.

Revisemos primero la legitimidad de la norma que impone la clausura de los prostíbulos en Córdoba. Bien puede ponerse en cuestión que la elección de la prostitución como modo de vida sea una opción moralmente rechazable. Pero supongamos, *argüendo*, que lo es. Raz nos dice que las condiciones de la autonomía se satisfacen en la medida en que las personas gozan de un adecuado rango de opciones. Pero ninguna opción en particular es requerida, menos las opciones malas. Pareciera entonces que el estado está autorizado a encarar una política de sustitución de la prostitución por otros trabajos moralmente inobjetables: si facilitase a las prostitutas la obtención de trabajos dignos y suficientes para sostener un nivel de vida medio entonces no estaría infringiendo su autonomía. Lo que no puede hacer el estado es prohibir y sancionar coercitivamente el ejercicio de la prostitución. Pues la prostitución, aun si inmoral, no es dañosa ni para terceros ni para la prostituta. No lo es en el sentido relevante de daño: privación de un adecuado rango y variedad de opciones, de la habilidad de usarlas y frustración de la persecución y el logro de los proyectos en que el agente ya está embarcado. Claramente al cerrar sus lugares de trabajo se les generan a las prostitutas obstáculos que dificultan el



logro de sus fines y proyectos autónomamente elegidos. De ser correcta la teoría de Raz, la prohibición en cuestión resultaría moralmente ilegítima. De sancionarse constitucionalmente un principio como el propuesto, dicha prohibición devendría inconstitucional. En el caso del derecho argentino, también sería ese el caso si ésta fuera la lectura correcta del artículo 19 de su constitución.

Respecto de la penalización del consumo de prostitución adulta y consentida sucede más o menos lo mismo. Pues el uso de la coerción sólo está permitido cuando se daña a otros o a uno mismo. Por más inmoral que nos pueda parecer la utilización del sexo de otra persona como bien de uso disponible en el mercado, no parece que se satisfagan las condiciones expuestas y por lo tanto la coerción no está justificada para estos casos. Al menos si la teoría de la autonomía de Raz es adecuada.

## 6. Bibliografía

- 1) ATRIA, Fernando (2012): “Lo que importa sobre los principios”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N°. 25, 2012, pp. 72-83.
- 2) BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos (1996): “Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional”, *Jueces para la democracia*, N° 27, pp. 41-49.
- 3) CHRISTMAN, John (1998): “Constructing the Inner Citadel: Recent Work on the Concept of Autonomy”, *Ethics* 99, pp. 109-124.
- 4) CHRISTMAN, John (2011): "Autonomy in Moral and Political Philosophy", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/autonomy-moral/>
- 5) DEVLIN, Patrick (1965): *The Enforcement of Morals* (Oxford, Oxford University Press). Hay versión castellana en DEVLIN, Patrick (2010): *La Imposición de la Moral* (traducción de Miguel Ángel Ramiro, Andrea Rodríguez Liboreiro y Marta Sosa, Madrid, Dykinson) por donde se cita.
- 6) DWORKIN, Gerald, (1976): “Autonomy and Behavior Control”, en *The Hastings Center Report*, Vol. 6, N° 1, pp. 23-28.

- 7) DWORKIN, Gerald, (1988): *Theory and Practice of Autonomy* (New York, Cambridge University Press).
- 8) DWORKIN, Gerald (1989): "The Concept of Autonomy", en John Christman (Ed.), *The Inner Citadel. Essays on Individual Autonomy* (New York, Oxford, Oxford University Press) pp. 54 - 62.
- 9) DWORKIN, Ronald, (1993), *Los Derechos en Serio*, trad. de Marta Guastavino, (Buenos Aires, Planeta Agostini).
- 10) DWORKIN, Ronald, (1986), *Law's Empire*, (Cambridge, Harvard University Press).
- 11) FINNIS, John (1987): "Legal Enforcement of 'Duties to Oneself': Kant v. Neo-Kantians", *Columbia Law Review* 87, pp. 433 – 456.
- 12) FEINBERG, Joel (1986): *Harm to Self*, (New York, Oxford University Press).
- 13) FRANKFURT, Harry (1971): "Freedom of the Will and the Concept of a Person", *The Journal of Philosophy*, Vol. 68, No. 1, pp. 5-20
- 14) GAUS, Gerald (2011): "Liberalism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.); URL = <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/liberalism/>
- 15) HAKSAR, Vinit (1979): *Equality, Liberty and Perfectionism*, (New York, Oxford University Press).
- 16) HART, Herbert (1963): *Law, Liberty and Morality* (Oxford, Oxford University Press). Hay versión castellana en HART, Herbert (2006): *Derecho, Libertad, Moralidad* (traducción de Miguel Ángel Ramiro Avilés, Madrid, Dykinson) por donde se cita.
- 17) HOLTUG, Nils (2002): "The Harm Principle", *Ethical theory and Moral Practice*, Vol. 5, No. 4, pp. 357 – 389.
- 18) HURKA, Thomas (1993): *Perfectionism* (Nueva York, Oxford University Press).
- 19) IOSA, Juan, "Autonomía Personal y Reflexión. Un Análisis de las Ideas de Harry Frankfurt y Gerald Dworkin"; de próxima aparición.
- 20) KANT, Inmanuel (2004): "Teoría y Práctica", en *¿Qué es la Ilustración?*, (trad. de Roberto Aramayo, Madrid, Alianza).
- 21) LAPORTA, Francisco (2007): *El Imperio de la Ley, Una Visión Actual* (Madrid, Trotta).

- 22) MILL, John (1984): *Sobre la Libertad* (Madrid, Sarpe).
- 23) NINO, Carlos (2007) *Ética y Derechos Humanos* (Buenos Aires, Astrea).
- 24) QUONG, Jonathan (2011): *Liberalism without Perfection* (New York, Oxford University Press).
- 25) RAZ, Joseph (1986): *The Morality of Freedom* (Oxford, Clarendon Press).
- 26) RAZ, Joseph (1991): *Razón Práctica y Normas* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- 27) STEPHEN, James (1991): *Liberty, Equality, Fraternity*, (Chicago, University of Chicago Press).
- 28) WALDRON, Jeremy (2005): “Moral Autonomy and Personal Autonomy”, en Christman, J. y Anderson, J., (Eds.), *Autonomy and the challenges to Liberalism* (New York, Cambridge University Press).
- 29) WALL, Stephen (1998): *Liberalism, Perfectionism and Restraint* (Cambridge, Cambridge University Press).