

Derecho y razonamiento práctico en C. S. Nino

Victoria Roca Pérez

Tesis de Doctorado

Facultad: Derecho

Directores: Dr. Manuel Atienza
Dr. Juan Ruiz Manero

2002

Universidad de Alicante

Facultad de Derecho

BIBLIOTECA VIRTUAL

MIGUEL DE
CERVANTES

DERECHO Y RAZONAMIENTO PRÁCTICO EN
C.S. NINO

Victoria Roca Pérez

Alicante, 2002

*Si aprendí algo, a todos aquellos que a lo largo de
mi vida me lo enseñaron.*

BIBLIOTECA VIRTUAL



ÍNDICE

	Pág.
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO II : LA PLURALIDAD DE CONCEPTOS DE DERECHO.....	55
1. INTRODUCCIÓN.....	55
2. LOS ORÍGENES DE LA POLÉMICA.....	58
3. EL CONCEPTO DE DERECHO Y LA POLÉMICA IUSNATURALISMO VS. POSITIVISMO JURÍDICO.....	74
3.1. El iusnaturalismo y el concepto de Derecho.....	74
3.2. El iuspositivismo y el concepto de Derecho.....	77
3.3. El desafío de Dworkin.....	78
3.3.1. <u>La lectura que hace Nino de las objeciones de Dworkin contra el positivismo y las observaciones críticas de Nino contra esas objeciones.....</u>	79
3.3.2. <u>La reconstrucción que hace Nino de la crítica de Dworkin.....</u>	95
4. CONCEPTO DESCRIPTIVO VS. CONCEPTO NORMATIVO DE DERECHO.....	98
4.1. Consecuencias teóricas de la adopción de un concepto descriptivo o de un concepto normativo.....	99
4.1.1. <u>La cuestión acerca de si los enunciados jurídicos expresan razones autónomas para justificar acciones o decisiones.....</u>	99
4.1.2. <u>La cuestión acerca de si puede haber contradicciones y lagunas en el Derecho.....</u>	100
4.2. El concepto descriptivo de Derecho.....	101
4.2.1. <u>¿Precisa el positivismo un concepto descriptivo de Derecho?....</u>	101
4.2.2. <u>El concepto de Derecho de Hart (la crítica de Nino a la interpretación oxoniense del concepto de Derecho de Hart).....</u>	102
4.3. El concepto normativo de Derecho.....	105
4.3.1. <u>La lectura de Nino del concepto de Derecho de Finnis.....</u>	105
4.3.2. <u>La lectura de Nino del concepto de Derecho de Dworkin.....</u>	110
5. LA TESIS DE LA PLURALIDAD DE CONCEPTOS DE DERECHO DE CARLOS S. NINO.....	113

5.1. Conceptos descriptivos.....	118
5.1.1. <u>Concepto descriptivo realista de Derecho.....</u>	118
5.1.2. <u>Concepto descriptivo sistemático de Derecho.....</u>	118
5.1.3. <u>Concepto descriptivo institucional de Derecho.....</u>	119
5.2. Conceptos normativos.....	120
5.2.1. <u>Concepto de lege ferenda.....</u>	120
5.2.2. <u>Concepto normativo judicial amplio.....</u>	120
5.2.3. <u>Concepto normativo judicial restringido.....</u>	121
5.2.4. <u>Concepto mixto de Derecho.....</u>	121
5.2.5. <u>Concepto normativo hipotético.....</u>	121
6. ALGUNAS CRÍTICAS DIRIGIDAS A LA PROPUESTA DE NINO.....	123
6.1. Las objeciones de Carrió al intento reconciliador de Nino. La réplica de Nino.....	123
6.2. ¿Es Nino coherente con su tesis? Observaciones críticas de Ruiz Miguel.....	133
CAPÍTULO III: NORMAS JURÍDICAS Y RAZONES PARA LA ACCIÓN.....	140
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: EL DEBATE ACERCA DE LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO.....	140
2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PRAXIS HUMANA.....	147
2.1. Apuntes sobre la teoría del Derecho de Nino.....	149
2.2. Aspecto interno y externo de la praxis humana.....	154
2.2.1. <u>En la praxis humana individual.....</u>	154
2.2.2. <u>En la praxis humana colectiva.....</u>	160
2.2.2.1. <u>El fenómeno jurídico.....</u>	161
2.2.2.2. <u>El fenómeno moral.....</u>	165
2.3. La tesis de la prioridad lógica del aspecto interno.....	168
2.3.1. <u>En la praxis humana individual.....</u>	168
2.3.2. <u>En la praxis humana colectiva.....</u>	170
2.4. La "propagación de deseos".....	171
2.4.1. <u>En la praxis humana individual.....</u>	171
2.4.2. <u>La propagación de deseos en la esfera intersubjetiva. Los distintos tipos de discursos.....</u>	174
3. PERO, ¿QUÉ SON LAS RAZONES PARA LA ACCIÓN?.....	177
3.1. Introducción.....	177

3.2. Razones explicativas, subjetivas o motivos.....	184
3.3. Razones justificativas u objetivas. El concepto de razones para la acción en Nino.....	188
3.3.1. <u>La reconstrucción de la noción de razones justificativas a partir de su papel en el razonamiento práctico</u>	188
3.3.2. <u>Rasgos que caracterizan a las razones justificativas</u>	192
3.3.3. <u>Algunas observaciones sobre el concepto de razones para la acción y su papel en el razonamiento práctico según Nino</u>	194
4. LAS NORMAS JURÍDICAS EN EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO.....	201
4.1. Introducción.....	201
4.2. Los distintos conceptos de norma jurídica de acuerdo con Nino.....	203
4.3. Las normas jurídicas como razones para actuar.....	211
4.3.1. <u>Las normas jurídicas como razones para actuar en la concepción de Raz</u>	211
4.3.2. <u>Las normas jurídicas como razones para actuar en la concepción de Nino</u>	216
4.3.2.1. Juicios de valor vs. normas jurídicas como prescripciones. La presuposición de razones y la constitución de razones para la acción.....	216
4.3.2.2. Tipos de normas jurídicas y tipos de razones para actuar.....	227
4.3.2.3. ¿Son las normas jurídicas razones autónomas para actuar?.....	230
4.3.2.4. Las normas jurídicas de origen democrático como razones para creer en la existencia de razones para actuar.....	234
CAPÍTULO IV: ACERCA DE LA VALIDEZ DEL DERECHO.....	240
1. INTRODUCCIÓN.....	240
2. DISTINTOS CONCEPTOS DE VALIDEZ.....	244
3. UN SENTIDO DESCRIPTIVO DE VALIDEZ: VALIDEZ COMO PERTENENCIA.....	247
3.1. Introducción.....	247
3.2. La pertenencia al sistema de las normas derivadas.....	248
3.3. La pertenencia al sistema de las normas no derivadas.....	249
3.3.1. <u>El criterio de la norma fundamental</u>	250
3.3.2. <u>El criterio basado en la regla de reconocimiento</u>	251
3.3.3. <u>El criterio basado en el reconocimiento de los órganos</u>	

primarios.....	257
3.3.4. <u>El criterio de pertenencia de Nino</u>	261
4.EL CONCEPTO NORMATIVO DE VALIDEZ: REVISIÓN DE LA VALIDEZ EN KELSEN	271
4.1. Introducción	271
4.2. La reconstrucción de Nino del concepto de validez kelseniano	275
5. EL CONCEPTO DE VALIDEZ EN CARLOS S. NINO	291
5.1. Introducción	291
5.2. Análisis de distintos problemas que superan el marco jurídico	294
5.2.1. <u>El problema de la competencia del constituyente originario y el de la validez de las normas originarias del sistema. La individualización del orden jurídico a través del tiempo</u>	294
5.2.1.1. La cuestión acerca de la competencia originaria.....	294
5.2.1.2. "Todas las normas de este código son modificables por el procedimiento P": la cuestión de la autorreferencia en la predicación de validez de las normas primitivas del sistema.....	302
5.2.2. <u>La validez de las normas jurídicas en Carlos S. Nino: la cuestión acerca de la validez de las normas de facto</u>	323
5.2.2.1. Introducción: algunas delimitaciones conceptuales acerca de la distinción entre normas <i>de iure</i> y normas <i>de facto</i>	323
5.2.2.2. Algunas consideraciones generales sobre la validez de las normas jurídicas.....	328
5.2.2.3. El valor de las normas <i>de facto</i> en el razonamiento práctico.....	334
5.2.2.3.1. <i>La cuestión acerca del valor justificativo de las normas 'de facto' y la responsabilidad moral de los jueces bajo regímenes dictatoriales</i>	334
5.2.2.3.2. <i>La transición hacia la democracia: el valor de las normas dictadas por el gobierno 'de facto' anterior</i>	338
a) La protección de las expectativas creadas por las normas <i>de facto</i>	338
b) Órganos competentes de la revisión de las normas <i>de facto</i>	340
c) La cuestión acerca del valor justificativo de las normas <i>de facto</i> que pretendieron amparar violaciones de derechos humanos fundamentales Algunas consideraciones acerca del análisis de Nino.....	344
5.3. La justificación del control judicial de constitucionalidad	352

5.3.1. <u>Algunas consideraciones generales sobre el problema del control judicial de constitucionalidad</u>	353
5.3.1.1. La derrota de ciertos argumentos a favor del control judicial de constitucionalidad.....	358
5.3.1.1.1. <i>El argumento derivado de la supremacía de la Constitución. La crítica de Nino</i>	358
5.3.1.1.2. <i>El argumento del reconocimiento de derechos</i>	368
5.3.1.1.3. <i>El argumento de la estructura del razonamiento práctico</i>	371
5.3.1.1.4. <i>El argumento de las precondiciones para la democracia</i>	375
5.3.1.2 Tres esferas de legitimidad del control judicial de constitucionalidad.....	376
5.3.1.2.1. <i>El fortalecimiento del proceso democrático</i>	377
a) Algunas consideraciones sobre las precondiciones del valor epistémico del debate democrático.....	377
b) Algunas dificultades que ha de enfrentar el argumento de las precondiciones.....	380
c) Una reconstrucción del argumento de las precondiciones de la democracia en Nino.....	382
5.3.1.2.2. <i>La segunda excepción: la autonomía personal</i>	389
5.3.1.2.3. <i>La tercera excepción: razones institucionales (la preservación de la Constitución como práctica social)</i>	391
5.3.1.3. El fundamento de las excepciones al principio democrático parlamentario. Algunas consideraciones acerca del análisis de Nino sobre la institución del control judicial de constitucionalidad.....	396
5.4 Recapitulación: la conexión justificativa entre Derecho y moral	403
CAPÍTULO V: EL RAZONAMIENTO JURÍDICO JUSTIFICATIVO	406
1. INTRODUCCIÓN.....	406
2. LA TESIS DE NINO DEL "IMPERIALISMO" DEL DISCURSO MORAL O DE LA "NO INSULARIDAD" DEL DISCURSO JURÍDICO JUSTIFICATIVO: LAS APARENTES PARADOJAS Y SU SOLUCION.....	415
2.1. El problema: las aparentes paradojas de la superfluidad del gobierno y del Derecho y de la indeterminación radical del Derecho. Un análisis	417
2.1.1. <u>La paradoja de la superfluidad del gobierno y del Derecho</u>	418
2.1.1.1. Presentación de la paradoja de la superfluidad del gobierno y del Derecho.....	418
2.1.1.2. Algunos intentos de superación.....	419

2.1.1.3. Pero, ¿son correctos los presupuestos en los que descansa la paradoja?.....	422
2.1.2. <u>La -aparente- paradoja de la irrelevancia de la Constitución.....</u>	427
2.1.2.1. La Constitución ideal y el razonamiento práctico.....	428
2.1.2.2. La Constitución como práctica social.....	430
2.1.2.3. La Constitución como práctica emergente de un procedimiento legítimo	432
2.1.2.4. La Constitución como la práctica colectiva más básica sobre la que se apoya el procedimiento democrático.....	435
2.1.3 <u>La paradoja de la indeterminación radical del Derecho.....</u>	445
2.2. La solución: la tesis de Nino de la conexión de la moral y del Derecho con la política.....	447
2.2.1 <u>La tesis de la conexión entre moral y política.....</u>	448
2.2.1.1. La politización de la moral.....	448
2.2.1.2. La moralización de la política democrática.....	461
2.2.2. <u>La tesis de la conexión del Derecho y la política: el Derecho como práctica colectiva institucional.....</u>	470
2.2.2.1. Algunas consideraciones conceptuales.....	471
2.2.2.2. El fenómeno jurídico como institución colectiva.....	473
2.2.2.3. Algunas consideraciones sobre los límites institucionales.....	483
3. LA ESTRUCTURA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO JUSTIFICATIVO.....	490
3.1. La reconstrucción de Nino de la estructura del razonamiento jurídico justificativo: la dimensión colectivo-institucional del Derecho y la tesis de la conexión justificativa del Derecho y la moral.....	490
3.2. El razonamiento jurídico justificativo a partir de un Derecho justo.....	499
3.3. Algunas críticas que han sido dirigidas a la tesis de la conexión del Derecho con la moral en la reconstrucción de Nino del razonamiento jurídico justificativo.....	504
4. LA TESIS DE LA UNIDAD DEL RAZONAMIENTO PRÁCTICO LA TESIS DEL CASO ESPECIAL.....	534
CONCLUSIONES.....	539
BIBLIOGRAFÍA.....	569

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN.

1. El complejo y delicado proceso de (re)construcción y consolidación de una democracia constitucional en países que viven una transición tras una cruenta dictadura o Estado totalitario ha de contar con la necesidad -precisamente para consolidar unas bases sólidas para la democracia- de dar una respuesta a las masivas violaciones de derechos humanos cometidas por gran número de sujetos contra el resto de sus conciudadanos.

La historia más reciente nos proporciona muchos ejemplos en los que actos atroces y abominables son cometidos amparados, muchas veces, por leyes dictadas por quienes detentan el poder político o bien, cuando no existen tales leyes inicialmente, amparados por leyes que son dictadas posteriormente a la comisión de los hechos por el régimen saliente - ante el inevitable advenimiento de un régimen distinto- y con las que se pretende justificar - en nombre del mantenimiento del orden estatal y de la lucha contra la subversión- masivas violaciones a los derechos humanos. Me refiero, en este último caso, a las conocidas como leyes de autoamnistía.

La importancia en la práctica ético-política y jurídica de la obra intelectual de Carlos S. Nino -que abarca los campos de la Filosofía Moral, de la Filosofía Política y de la Filosofía del Derecho- puede apreciarse con mayor riqueza de detalles e intensidad si vemos sus trabajos, su evolución intelectual, como la vivió el mismo; esto es, como un compromiso intelectual y político por resolver los problemas morales, políticos y jurídicos relacionados con la reconstrucción de la democracia en Argentina tras la cruenta dictadura militar de 1976-1983.

Este es el motivo que me lleva a trazar esta introducción a mi trabajo sobre la filosofía del Derecho de Carlos S. Nino presentando no sólo el contexto intelectual sino también el político (en el sentido de estado de la *polis*) en el que ha de situarse y articularse su obra. El compromiso político de Nino fue tan fuerte que, como apuntaba, determinó en gran medida el curso de sus proyectos intelectuales. Algunas preguntas que ilustran la complejidad de cuestiones implicadas por uno de los problemas prácticos a los que ofreció respuesta en su extensa -e intensa- obra intelectual pueden sintetizarse de la siguiente manera: ¿Cómo construimos una democracia sólida, estable y moralmente legítima en un país formado por un gran número de individuos que o bien han participado de una u otra forma en las violaciones de derechos humanos planificadas por la Junta militar que gobernaba el régimen dictatorial o bien simpatizan con el sector militar, policial y ciudadano que perpetraron tales violaciones? Los juicios en contra de las violaciones de derechos humanos cometidas al amparo de leyes dictadas por un régimen dictatorial ¿ayudan o perjudican a la consolidación de la democracia y al futuro desarrollo y respeto de los derechos humanos?.

Cuando uno formula estas cuestiones y es -de forma más o menos intuitiva- consciente de las complejidades del mundo de la filosofía práctica, se da cuenta de que, para intentar dar una solución moralmente plausible y trasladable como respuesta a los problemas reales de nuestras sociedades, es preciso, por un lado, profundizar en muy diversos temas de filosofía moral, filosofía política y filosofía del Derecho y, por otro, tener un amplio conocimiento de cuáles son las dinámicas reales en la sociedad en cuestión. Y vista retrospectivamente la obra de Nino así fue: una especie de equilibrio reflexivo entre sus desarrollos teóricos (su concepción acerca de la moral y el valor de los presupuestos y del resultado del discurso moral como deliberación colectiva, su sugerente concepción acerca de la democracia como sucedáneo del discurso moral, su concepción acerca del Derecho democrático y los principios

morales, y su concepción acerca del papel del Derecho, con especial atención a la Constitución, en la configuración de una sociedad respetuosa con los derechos humanos) y su experiencia político-práctica, que le llevó a ver con viveza las características y distintos tipos de límites con los que se encuentran las sociedades reales (incluso aquellas con los individuos más cívicos) a la hora de tratar de organizarse conforme a las exigencias de la justicia. Es a la luz de este equilibrio reflexivo como surgió su filosofía del Derecho y es, creo, bajo esta luz, como mejor puede entenderse en su complejidad y riqueza.

Sin embargo, antes de que Nino (junto con otros de sus compañeros intelectuales del círculo de filosofía de Buenos Aires) se sumergiera en la vida política de Argentina, podemos ver, ya en sus primeros trabajos, la semilla del proyecto que luego tanto enriquecería: en efecto, en el joven iusfilósofo Carlos S. Nino se unían ya dos elementos (luego podremos ver los matices): junto a su formación analítica, -y, a diferencia de otros miembros de su grupo del Instituto de filosofía de Buenos Aires- creía en el objetivismo moral y en la validez del proyecto kantiano acerca de la verdad moral. Estas coordenadas: formación analítica, creencia en la validez del proyecto universalista kantiano (articulando, en su caso, la construcción y conocimiento de la verdad moral como una -con algún matiz- práctica dialógica), y preocupación teórica y práctica por la política concebida como empresa colectiva para construir una sociedad respetuosa con los derechos humanos permitirán pues situar e iluminar también, como veremos, su filosofía del Derecho.

2. Hablar de violaciones masivas de derechos humanos y de responsabilidades por esas violaciones evoca el espíritu de los juicios de Nuremberg tras la II guerra mundial. Entonces se puso de manifiesto la especial -por lo terrible- peculiaridad de los actos cometidos en violación de los derechos humanos utilizando el aparato estatal.

El reflejo de aquellos juicios en el mundo de la filosofía del Derecho fue, precisamente, una búsqueda también de responsabilidades -en este caso intelectuales- acerca de qué tipo de concepción del Derecho había, de alguna forma, otorgado esa apariencia de legitimidad a una serie de actos aberrantes y qué concepción del Derecho era preciso sostener para, por un lado, seguir defendiendo la conquista de la ilustración, esto es, "el imperio de la ley" y, por otro, evitar que se cometieran impunemente actos abominables contra los derechos humanos; es decir, evitar que no hubiera ningún factor disuasorio -como la amenaza de una sanción- para aquellos individuos poco o nada respetuosos con ellos.

Dejando, por el momento, al margen la cuestión acerca de qué postura intelectual favorece la comisión de tales conductas atroces durante un sistema dictatorial¹ (si bien las acusaciones más directas fueron lanzadas contra el positivismo, que identificaba como Derecho a cualquier sistema normativo establecido por quienes tenían el monopolio estatal del uso de la fuerza, la experiencia nos demuestra que una identificación del Derecho con la moral al modo iusnaturalista ha sido el elemento recurrente de muchas dictaduras para pretender legitimar -y, presentando un problema moral añadido, acaso con convicción- determinadas actuaciones en contra de los derechos más fundamentales), lo cierto es que los hechos que tuvieron como causa los juicios de Nuremberg, y los términos del debate, supusieron un impacto en el mundo de la filosofía del Derecho e introdujeron en él toda una serie de consideraciones que debían ser analizadas a la hora de tratar de dilucidar en qué consistía la normatividad del Derecho, es decir, cuál era el fundamento del poder del Derecho para crear deberes y sancionar el incumplimiento de tales deberes mediante, incluso, la privación de libertad; cuál es, en fin, el fundamento de la validez del Derecho.

¹ Sobre esta cuestión Cfr. Garzón Valdés, E., "Derecho Natural e ideología" (1968), "Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral"(1992), en Garzón Valdés, E., *Derecho, Ética y Política*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1993).

Recordemos pues. Kelsen, en su *Teoría pura del Derecho*², introdujo unas coordenadas que luego se han demostrado equivocadas pero que, sin duda, sentaron la base para una discusión. ¿Cuáles eran tales coordenadas? Hablar de la normatividad del Derecho nos lleva a Kelsen y a su norma básica fundamental. La interpretación del concepto de validez del Derecho en Kelsen ha suscitado múltiples controversias y dudas acerca de si era un concepto normativo o meramente descriptivo asimilado al de pertenencia. Pero en lo que parece no haber dudas es en que Kelsen, y debido seguramente a su escepticismo en materia ética (la Justicia en sentido absoluto era para él un ideal irracional y consideraba, además, la idea de razón práctica como una contradicción en los propios términos) y a su interés por la cuestión del Derecho como objeto de conocimiento, no reconstruyó la normatividad del Derecho o su validez en términos de juicios de deber ser pertenecientes a una instancia extrajurídica más allá de la presupuesta norma fundamental que establecería la hipotética obligatoriedad de un determinado Derecho dictado por la autoridad competente. En *El concepto de Derecho*³, Hart, preocupado por ofrecer las claves de la normatividad del Derecho dio, sin duda, una de los pasos más importantes para la posterior resolución de muchas dudas acerca de las relaciones entre el Derecho y la moral. En efecto, Hart distinguió los distintos puntos de vista o perspectivas acerca del Derecho e individualizó, entre ellas, la perspectiva interna frente a la externa (que coincide, aproximadamente, con la de participante frente a observador). Hart, sin embargo, aunque no partía de una postura metaética escéptica (Hart no era, por cierto, escéptico acerca de la posibilidad de fundamentación de los juicios morales), no entendió que el punto de vista interno hubiera de estar unido necesariamente a consideraciones morales acerca del Derecho. Defendía la normatividad del Derecho, es decir

² Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho* (1960), ed. Porrúa, (1993).

³ Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho* (1961), ed. Abeledo-Perrot, (1992).

su capacidad de crear deberes denominados deberes jurídicos pero, sin embargo, no explicó cuál era el fundamento de ese poder de creación de deberes que, en su opinión, tendría el Derecho. De esta forma, Hart se limita a establecer que la existencia de un sistema jurídico se produce por la existencia de algún tipo de práctica social que determina lo que para una comunidad son los criterios de validez jurídica de las normas (su conocida regla de reconocimiento que ofrecería al sistema normativo jurídico un anclaje en la sociedad). Hart no sólo articulaba su tesis desde el punto de vista del observador, esto es, desde el punto de vista cognoscitivo o de identificación del Derecho, pues, en su trabajo "El positivismo y la separación entre el Derecho y la moral"⁴ (1957) consideraba necesario separar el Derecho de la moral, al modo en que lo habían hecho otros autores anglosajones como Austin y Bentham, juzgando que la única forma de mantener despierto el espíritu crítico en relación con el Derecho era, precisamente, separando su identificación como Derecho válido de consideraciones morales; y criticaba la solución adoptada por los tribunales alemanes en relación con la declaración como Derecho no válido de algunas de las leyes dictadas durante el gobierno de Hitler. En efecto, Hart parece sostener una tesis más fuerte acerca de la separación entre el Derecho y la moral cuando se opuso en una famosa polémica con Fuller (en "El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la moral" (1957)) a la conexión conceptual o necesaria entre Derecho y moral y, con ello, a la tesis de Fuller de la "moralidad interna del Derecho"⁵ y a la tesis de Radbruch según la cual una norma no es jurídica, pese a haber sido dictada por la autoridad competente en un determinado sistema, cuando la injusticia de tal norma es insoportable⁶. La tesis de Hart, ahora lo veremos, va, en efecto, más allá de

⁴ Hart, H.L.A., "La separación entre el Derecho y la moral", en Hart, H.L.A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, [trad. G.Carrió], ed Depalma, BsAs, (1962).

⁵ Fuller, L., *La moral del Derecho*, [trad. F.Navarro], ed Trillas, México, (1967).

⁶ Radbruch, G., *Die Wandlung*, (1947) y *Filosofía del Derecho*, (1959).

sostener la no conexión entre Derecho y moral desde el punto de vista externo -o, aproximadamente, la de un observador-, su tesis se refiere, también, a la postura que ha de adoptar un participante. Detengámonos aquí: Hart, en su crítica a una concepción como la sostenida por Radbruch tras la II guerra mundial, señala que tal posición fue, además, erróneamente llevada a la práctica por los tribunales alemanes en ciertos casos en los que fueron condenados criminales de guerra locales, espías y delatores bajo el régimen nazi y que esto les llevo a la criticable opción de considerar como inválidas, por ser contrarias a principios fundamentales de la moral, las leyes que autorizaban determinados actos durante el régimen nazi. En opinión de Hart, los jueces y juristas tenían que haber reconocido el valor jurídico de tales leyes pese a su injusticia y no proceder enmascarando, como -en su opinión- hicieron, la gravedad de la situación y de los métodos utilizados: "Por odiosas que sean las leyes y las sanciones penales retroactivas, haberlas aplicado abiertamente en este caso habría tenido al menos los méritos de la sinceridad. Habría puesto en claro que [...] era menester optar entre dos males, el de absolver o el de sacrificar un principio moral muy precioso incorporado a la mayor parte de los sistemas jurídicos. [...] Podríamos castigar de acuerdo con la nueva ley retroactiva y declarar abiertamente que estamos haciendo algo inconsistente con nuestros principios como mal menor entre dos males"⁷. Dworkin, en un trabajo de 1965 "Philosophy, Morality and the Law-Observations prompted by Profesor Fuller's novel claim"⁸ aceptaba las condiciones necesarias apuntadas por Fuller (generalidad, promulgación, irretroactividad, claridad, coherencia normativa etc.), pero consideraba que éstas eran sólo necesarias para crear Derecho pues, al no tener tales principios una dimensión ética, no permitían sostener la tesis de la conexión entre Derecho y moral. Tal conexión, en opinión de

⁷ Hart, "El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la moral", *op.cit.*, pág. 47-48.

⁸Dworkin, "Philosophy, Morality and the Law-Observations prompted by Profesor Fuller's novel claim", en *University of Pennsylvania Law Review*, (1965).

Dworkin, y tal y como la presenta en dos trabajos posteriores - *Los derechos en serio* (1977) y *El imperio de la justicia* (1986)-, vendría dada por el hecho de que los jueces, a la hora de fundamentar sus decisiones, han de llevar a cabo, necesariamente, juicios normativos ya que, el hecho de que un estándar sea de hecho institucionalmente reconocido no puede constituir ninguna razón autónoma para fundamentar el deber moral de tales jueces de reconocerlo e imponerlo. Dworkin, que hace una teoría del Derecho desde la perspectiva del punto de vista interno, entiende por Derecho aquellos estándares que los poderes públicos deben reconocer e imponer, de tal forma que, en su concepción, afirmar que un estándar es jurídico implica en última instancia enunciar un juicio de valor que supone el deber moral de los jueces de reconocerlo y aplicarlo como Derecho⁹.

Los trabajos posteriores en torno a estas posiciones han clarificado algunos puntos importantes, utilizando, precisamente, el instrumental que aparecía ya en Hart: el punto de vista o perspectiva en relación con el Derecho va a determinar las conclusiones que saquemos acerca de si existe o no una conexión conceptual entre Derecho y moral. Los autores que se han interesado por la dimensión argumentativa del Derecho, esto es, el Derecho como forma de justificar determinados cursos de acción, han sido después conscientes de que, desde esta dimensión del Derecho, la tesis hartiana de la separación no se presenta como una tesis plausible y de que, en definitiva, el punto de vista del participante viene caracterizado -frente a lo que parecía creer Hart- por esgrimir la denominada tesis de la pretensión de corrección¹⁰. Desde esta perspectiva, la filosofía del Derecho se sumerge en la filosofía política y en la filosofía moral.

⁹ Aquí, al dar cuenta de la postura de Dworkin, estoy reconstruyendo ésta a la luz de las consideraciones de aquellos autores que, posteriormente, han tratado de desentrañar su debate con Hart y que muestran en qué medida las teorías del Derecho de uno y otro no son incompatibles. Cfr. J. Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, (1990).

¹⁰ Cfr. R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, [trad. J.Malem], ed. Gedisa, (1997).

3. Así, es en este contexto de debates donde hay que situar la filosofía del Derecho de Carlos S. Nino.

El proyecto intelectual de Nino es un claro ejemplo de las grandes y complejas dimensiones que puede llegar a tener un proyecto intelectual interesado por reconstruir en toda su riqueza el fenómeno jurídico en su dimensión argumentativa; es decir, un proyecto interesado en reconstruir el papel que cumple el Derecho en el razonamiento práctico. Como señalaba al principio de estas páginas, su vida intelectual, sobre todo a partir de su vuelta a Argentina tras pasar unos años (1975-1977) haciendo el doctorado en Oxford, se vio profundamente unida a los terribles acontecimientos sucedidos en su país durante los años de la dictadura y a su compromiso político con el restablecimiento y consolidación de la democracia primero en su país, pero también en muchos otros; allá donde fue llamado. Si una empresa intelectual como la descrita adquiere grandes y complejas dimensiones, puede imaginarse el vértigo que produce pensar en las dosis constantes de energía, entusiasmo, inteligencia, sensibilidad y equilibrio entre paciencia y urgencia necesarios para, en un ejercicio de equilibrio entre la acción y la reflexión, construir un mapa del universo práctico y, en un impecable ejemplo de fuerza pragmática, intentar combinar los elementos del mundo con los que, sin duda, contamos los seres humanos de forma que alcanzaran el ideal de sus teorías sobre la Moral, la Política y el Derecho. Entre la acción y la reflexión, sus teorías le llevaron al activismo político y éste le condujo a la reformulación de determinados aspectos de sus teorías.

En las páginas que siguen me propongo trazar las líneas principales de la vida académica -investigadora y docente- y política de Nino que me permitirán presentar, después, los contenidos temáticos de su filosofía Moral, Política y del Derecho, así como dejar

apuntados los problemas prácticos relacionados con la reconstrucción y consolidación de la democracia que se encuentran en el trasfondo de los desarrollos de Nino en el campo de la filosofía del Derecho, que es el objeto central de estudio en mi trabajo. En cualquier caso, como se verá, no solamente es imposible sino que implicaría romper el valioso proyecto de Nino en relación con la unidad de mundo del razonamiento práctico (del que el Derecho y con él la Filosofía del Derecho es una parte) no dejar apuntadas, al menos en las líneas fundamentales para comprender con detalle la articulación del Derecho (su Filosofía del Derecho), la concepción de Nino acerca de la moral y de la política.

C.S. Nino venía de una tradición analítica. Era uno de los miembros más jóvenes (nacido en Buenos Aires en 1943, se graduó como abogado con Diploma de honor en el año 1967 en la Universidad de esta ciudad) del grupo de profesores del Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires dirigido por Gioja, quien fue, junto con el penalista Jiménez de Asúa y, después, Carrió, su maestro. La personalidad de Gioja y su preocupación pedagógica (tuvo una preocupación primordial por la claridad de pensamiento y, también, por las formas de transmisión del pensamiento) influyeron en aquel grupo formado por Alchourrón, Bulygin, Garzón Valdés, Rabossi, Carrió, Vernengo, Nino y Atienza, que se dedicó a analizar el Derecho desde la perspectiva de la filosofía analítica. Autores de una gran relevancia internacional como Ross, Von Wright, Perelman, Strawson, entre otros, visitaron en los años de Gioja el Instituto e impartieron allí cursos. Estos autores, y entre ellos, especialmente Carrió¹¹, ejercieron, entonces, una notable influencia sobre Nino y los trabajos del Nino más joven aparecen muy enmarcados dentro de esta tradición. A aquella primera

¹¹ Carrió fue, de entre los miembros del grupo de Buenos Aires, y tras la muerte de Gioja en 1971, el maestro de Nino. Su influencia se extiende más allá de los trabajos iniciales de Nino, y, como veremos, aunque uno y otro ofrecen respuestas distintas a algunos problemas de los que ambos se ocuparon, Nino bebe del pensamiento de Carrió, y en sus trabajos podemos ver reflejados tanto el método para abordar los problemas iusfilosóficos como los problemas que atrajeron también el interés intelectual de su maestro.

época corresponden sus artículos "Efectos del ilícito civil"¹², "Lesiones y retórica"¹³, "La definición de 'delito'"¹⁴, "La pequeña historia del dolo y el tipo"¹⁵ y sus libros *El concurso en el Derecho Penal*¹⁶ (1972), cuatro pequeños volúmenes publicados entre 1973 y 1975 bajo el título *Notas de introducción al Derecho*¹⁷ y *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*¹⁸(1974). En estos últimos, especialmente, podemos apreciar ya los primeros trazos de los intereses intelectuales de Nino desarrollados en trabajos posteriores (apuntaba ya, p.ej. en sus *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, la necesaria conexión que tiene la actividad interpretativa del Derecho llevada a cabo por los juristas con consideraciones valorativas, y denunciaba, de alguna forma, que tal actividad valorativa se presentara como actividad meramente descriptiva -o de descubrimiento- de las denominadas, por los dogmáticos del Derecho, naturalezas jurídicas).

Pero, la filosofía del Derecho argentina se vio afectada obviamente por la política. Así, con los militares en el poder, y Perón exiliado en España pero infiltrado en el movimiento sindical y la guerrilla izquierdista, la violencia comenzó a aumentar. Los militares intervinieron directamente en la Universidad durante esos años (1969 y siguientes) y el Instituto de Filosofía del Derecho se encontró en una situación difícil; en 1969 dejó de publicarse la revista fundada por Gioja, *Notas de filosofía del Derecho*, que era uno de los principales órganos de difusión del Instituto y, además, Gioja empezó a tener dificultades para mantener la posición de director del Instituto. En 1971 muere Gioja. En un contexto político

¹² Nino, C.S., "Efectos del ilícito civil", *Lecciones y Ensayos*, n°32, BsAs, (1966).

¹³ Nino, C.S. y Backqué, J.A, "Lesiones y retórica", *Revista Jurídica Argentina, La Ley*, n°126, (1967).

¹⁴ Nino, C.S., "La definición del 'delito'", *Notas de Filosofía del Derecho*, n°45, (1969).

¹⁵ Nino, C.S., "La pequeña historia del dolo y el tipo", *La Ley*, n°148, (1972).

¹⁶ Nino, C.S., *El concurso en el Derecho penal*, ed. Astrea, BsAs, (1972).

¹⁷ Nino, C.S., *Notas de introducción al análisis del Derecho*, BsAs, Ed Astrea, (1973-1975), 4 vols. (2ªed *Introducción al análisis del Derecho*, BsAs, ed. Astrea, (1980).

¹⁸ Nino, C.S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, ed. Instituto de Investigaciones jurídicas, México, (1974).

difícil -graves convulsiones sociales y políticas en las que se veían involucrados y por ellas siempre preocupados¹⁹- Nino, dentro de la atmósfera de filosofía analítica del Instituto, se reunía periódicamente (una o dos veces por semana) con E. Garzón Valdés, N.Spolansky, M.E. Urquijo en lo que denominaron el "seminario de la acción". Discutían allí temas de teoría de la acción unidos por un interés común por la conceptualización de la conducta humana. En el año 1974 interrumpieron aquellos seminarios por el traslado de Garzón Valdés a un destino diplomático y por el viaje de Nino a Oxford. Fruto, en parte, de las reflexiones llevadas a cabo con sus compañeros de seminario fue un trabajo que nuestro autor publicó más adelante en el año 1987 (*Introducción a la Filosofía de la acción humana*²⁰) del que luego me ocuparé.

La estancia de Nino en Oxford tenía como objetivo el estudio de una serie de materias independientes: la función de las teorías jurídicas y su relevancia para la aplicación judicial del Derecho, la estructura de la teoría del delito continental, la justificación de la pena, la relación entre inmoralidad y delito (análisis de la polémica Lord Devlin y Hart), los principios penales del Derecho penal inglés, etc. Posteriormente, Nino consideró que la mejor forma de profundizar en cada uno de esos temas y poder tomar partido al respecto era, precisamente, integrándolos en un trabajo unitario que constituiría su tesis doctoral ("Towards a General Strategy for Criminal Law Adjudication"), publicado después, con algunas revisiones llevadas a cabo -ya de vuelta en el año 1977 en Buenos Aires- pensando en el distinto *background* de sus nuevos posibles lectores en español, bajo el título de *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*²¹ (1980).

¹⁹ Nino, C.S., "Palabras Iniciales" en *Introducción a la filosofía de la acción*, ed. Eudeba, (1987).

²⁰ Nino, C.S., *Introducción a la filosofía de la acción*, ed. Eudeba, (1987).

²¹ Nino, C.S., *Los límites de la responsabilidad penal*, [trad. G.R. Navarro], ed. Astrea, (1980).

Los intereses intelectuales de Nino en este trabajo de doctorado -con un análisis que nos lleva, también, al pensamiento (sea para acogerlo o rechazarlo) de aquellos autores con quienes tuvo oportunidad de discutirlo (H.L.A. Hart, J.M. Finnis, A.M. Honore, J.Raz, J.L. Mackie entre otros²²)-, se presentan ya como la constante de sus trabajos posteriores en los que profundizará y enriquecerá sus teorías. En la introducción a la versión española de su tesis doctoral escribía:

"hay otra dimensión de problemas que la teoría jurídica contemporánea generalmente pasa por alto. Los jueces, como todos nosotros, son moralmente responsables por sus actos y decisiones. El fundar sus decisiones en el sistema jurídico vigente en su ámbito no los exime de esa responsabilidad. La vigencia de unas normas jurídicas y no de otras constituye un hecho y los hechos no configuran razones suficientes u operativas para justificar una acción o decisión. Un razonamiento práctico es necesariamente inconcluyente si sólo se funda en premisas fácticas, sin contener, también, premisas que expresen deseos o interés o invoquen valoraciones. [...] ¿Es posible excluir a cierto grupo de gente, en este caso los jueces, del plano de la deliberación en materia moral, sometiéndolos a las conclusiones de las deliberaciones de otras personas? (si la idea de autonomía como característica formal de cualquier sistema moral tiene algún sentido, ello implicará que la pretensión es imposible). Si hay razones axiológicas (vinculadas con la seguridad y certeza del Derecho y la separación de poderes) para que los jueces apliquen ciertas normas positivas a pesar de que ellos las consideren injustas, ¿no se exige con ello que los jueces, lejos de abstenerse de formular estimaciones valorativas, tomen precisamente en cuenta esas razones axiológicas en sus decisiones de aplicar o no una norma positiva? Si esto es así ¿se podrá evitar que los jueces contrapongan tales consideraciones axiológicas a otras de la misma índole, como, por ejemplo, la injusticia general del sistema positivo o la grave iniquidad de una norma particular de él? Obviamente ni una norma jurídica ni un principio moral pueden impedir que los jueces tomen en cuenta todas las consideraciones morales que estimen relevantes en su decisión de aplicar o no una norma de Derecho positivo. Esto no implica necesariamente que jueces moralmente responsables vayan a reemplazar en cada caso la solución prescrita por una norma general por la que ellos habrían considerado justa si hubieran sido los llamados a legislar sobre la materia: si el sistema es, en general, justo y los órganos encargados de emitir normas generales son legítimos, seguramente la decisión moralmente correcta será preferir que se mantenga la vigencia general del sistema, promoviendo la obediencia a las normas generales y la

²² En relación con este trabajo y antes de su publicación en el año 1980, celebró seminarios en las Universidades de La Plata, la Autónoma de México, Carabobo, en el Centro Internacional de Ciencias Penales, en la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico y en la Universidad de Cornell. Cito a partir de Nino, C.S., "Advertencias, excusas y agradecimientos" en *Los límites de la responsabilidad penal*, op.cit.

previsibilidad de las decisiones judiciales, que dejar de aplicar una norma moderadamente injusta".²³

Consciente de esto, y empezando ya a tomar una posición acerca de temas de metaética²⁴ tras su lectura y reflexión de Rawls, Richards, Nozick, Baier, Warnock, Nagel, Hospers, Frankena, Searle, entre otros, se sitúa en una posición objetivista, presentando argumentos en contra del relativismo y del escepticismo en ética; consciente también de las insuficiencias de los modelos de "ciencia" del Derecho proyectados por Kelsen, Ross, y Alchourrón y Bulygin y de las funciones normativas y constructivas que debía cumplir una actividad teórica en relación con el Derecho que pretendiera ser útil para los juristas prácticos - como puede verse en su trabajo *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica*²⁵ (1979)- Nino desarrolla una teoría liberal del delito²⁶ que le permita además -inspirándose en el

²³ Nino, C.S., *Los límites de la responsabilidad penal*, "Introducción. Ideales e ilusiones detrás de la formulación de una teoría jurídica.", pág. 7-8.

²⁴ Nino, C.S., *Los límites de la responsabilidad penal*, "Introducción. Ideales e ilusiones detrás de la formulación de una teoría jurídica.", pág. 19

²⁵ Nino, C.S., *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica*, Universidad de Carabobo, Venezuela (1979), ed. Fontamara, México,(1993).

²⁶ Dos de los aspectos centrales de su teoría son el ofrecer para el debate -siguiendo las teorías de Honoré sobre consentimiento y pena- una teoría consensual del delito y el que denominó (siguiendo una sugerencia del profesor Honoré a partir del griego *enantios* o contra y *telos*, finalidad, objetivo o propósito) principio de enantiotelidad -según el cual una acción es punible solamente cuando causa el daño o peligro que la ley está destinada a prevenir (esto es, cuando la acción va contra la política o propósito central de la ley respectiva); en su formulación más genérica nos permite aplicarlo incluso cuando la legislación trate de disuadir acciones que no perjudiquen a terceros. El reemplazo del principio de antijuridicidad por el de enantiotelidad viene dado porque Nino considera que el término antijuridicidad no expresa unívocamente la idea de oposición al propósito o política de las normas penales. De esta forma escribe que "aunque la noción de antijuridicidad no es enteramente ajena a la consideración de los objetivos de las leyes penales, casi nunca se la expone en estos simples términos; se le asocia, en cambio, con la lesión a 'bienes jurídicamente protegidos' definidos en forma metafísica y abstracta, o con la violación de etéreas normas, tan imprecisamente caracterizadas, que es casi imposible decidir si una acción típica es o no antijurídica, salvo en los casos en que está protegida por una causa de justificación admitida por el sistema jurídico. El requisito de antijuridicidad es en la actualidad casi totalmente vacío; una acción típica se convierte automáticamente en antijurídica si no entra en la nómina reconocida de las causas de justificación; 'antijuridicidad' se ha convertido en sinónimo de falta de justificaciones legalmente admitidas. [...] La adopción del principio de enantiotelidad implica que la inocuidad de la acción es la causa de justificación fundamental de las que la legítima defensa, el estado de necesidad (siempre que el daño impedido sea mayor que el causado) y el consentimiento válido de la víctima no son más que extensiones del caso central en que un acto -que de otra forma sería antijurídico- resulta inocuo". Y que eso sea así, además, le lleva a sostener que "si el sistema jurídico reconoce como casos de justificación el estado de necesidad y la legítima defensa, los tribunales están autorizados a inferir que el caso

modelo de teoría del Derecho de Dworkin de la "articulación consistente"²⁷ pero, apartándose de él en elementos, como veremos, importantes- ofrecer una teoría penal útil para los juristas que precisen encontrar soluciones ante los problemas planteados por el Derecho penal. Años después (en 1982) y en el marco de la teoría penal trazada en *Los límites de la responsabilidad penal*, Nino publica *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*²⁸, donde examina más de cerca algunos aspectos de la legítima defensa, analizando la aplicabilidad de los principios generales de responsabilidad penal en el marco de una teoría liberal del delito, tal y como fue expuesta en su tesis doctoral, y tratando de ver en qué medida la práctica jurisprudencial argentina resultaba plausible a la luz de tal teoría.

De este mismo año (1980) es su trabajo *Introducción al análisis del Derecho*²⁹, trabajo en el que recoge sus *Notas de Introducción al Derecho* con bastantes cambios. Nino, consciente de las deficiencias en el mundo iusfilosófico continental europeo en términos de análisis acerca de problemas jurídicos sin dejar de lado consideraciones valorativas, trata de atenuar esa carencia y de reorientar la filosofía del Derecho hacia consideraciones de filosofía moral y política. En este trabajo también, Nino aborda ya temas importantes -la validez del Derecho, el papel de los jueces en una democracia, la valoración del Derecho- que irá desarrollando en trabajos posteriores.

Hasta 1983, Nino desarrolló, principalmente, una actividad investigadora y docente - además de su actividad en la Universidad de Buenos Aires, trabajó en la Sociedad Argentina de Filosofía del Derecho y como miembro del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas; hasta esa época fue investigador visitante en las Universidades de

central en que la acción es inocua tampoco puede ser punible, puesto que las demás causas de justificación no son más que meras derivaciones, más complejas de ese caso central". C.S.Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, Op.cit., págs. 324 y ss.

²⁷ Dworkin, R., "Hard Cases", *Harvard Law Review*, vol. 88, n°6, Abril 1975.

²⁸ Nino, C.S., *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, ed. Astrea, (1982).

²⁹ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ed Astrea, BsAs, (1980), ed. Ariel, Barcelona, (1983).

Harvard, USA, (1977) y Freiburg, Alemania (1982)³⁰ - pero, fue a finales del año 1982, cuando una profunda preocupación por lo que estaba sucediendo (el terrible régimen represor parecía estar dando paso a un absurdo régimen que además de violar los derechos humanos de sus ciudadanos trató de ganar el apoyo popular iniciando una guerra -casi surrealista en sus métodos y llena de mentiras desde el poder- para recuperar soberanía sobre las Malvinas, que acabó con una rendición de Argentina y 1000 jóvenes muertos³¹) y por el futuro del país llevó a Nino, junto con otros compañeros de la Facultad de Derecho de Buenos Aires y de la Sociedad Argentina de Filosofía Analítica -G.R.Carrió, E. Bulygin, E. Rabossi, J. Malamud Goti, M.D.Farrel, R. Guibourg-, a reunirse esta vez para ver la forma de facilitar el proceso de democratización de Argentina. Para ello, decidieron entrar en contacto con los líderes del Partido Radical, por ser éste el que había estado más unido tradicionalmente con la defensa de los derechos.

Antes de ver la actividad política que Nino desarrollo en este periodo de su vida -y que se entrelazaría hasta su muerte en 1993 con su actividad investigadora y docente- vale la pena echar una mirada a lo que estaba sucediendo con el gobierno de Argentina³², especialmente desde 1974 -el año del viaje de Nino a Oxford- y tras la muerte de Perón. Esto me permitirá articular, posteriormente, los problemas que debió afrontar la sociedad argentina cuando, en 1983, trataba de reconstruirse tras la cruenta dictadura³³.

³⁰ Tomo referencia de Malem Seña, J.F., "Carlos Santiago Nino. Apuntes bio-bibliográficos. Cito a partir del original.

³¹ Tomo esta información de Rabossi, E., "Discurso homenaje a C.S.Nino" en *Deliberative Democracy: A Conference in Remembrance of Carlos Santiago Nino*, Yale Law School, Septiembre 23-24, (1994)

³² Cfr. Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, (1996). La publicación póstuma del manuscrito de este trabajo de Nino fue preparada -junto con un grupo de colaboradores- por el profesor Owen Fiss, de la Universidad de Yale, con quien Nino mantuvo una estrecha relación de amistad y académica.

³³ Sobre esta cuestión puede verse además de Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, *op.cit.*, Nino, C.S., "La política de los derechos humanos en la 1ª mitad del periodo del gobierno democrático" en Garzón Valdés, E. y otros (comps), *La nueva democracia argentina (1983-1986)*, BsAs: Sudamérica, págs. 201-212, Mignone, E.F., Estlund, C.L. e Issacharoff, S., "Dictatorship on Trial: Prosecution of Human Rights Violations in Argentina", en *Yale Journal of International Law*, Vol. 11,1, (1984), págs. 118 y ss.

1974 fue el año de la muerte de Perón -tras su regreso a Argentina después del exilio. Isabel Perón asumió los deberes de la presidencia (ganada meses antes de su muerte por Perón, tras obligar al peronista Campora a renunciar a la presidencia obtenida en las elecciones presidenciales de 1973 y convocar nuevas elecciones) y, entre sus ministros -ocupando la cartera de asuntos sociales-, estaba López Rega; un antiguo policía con inclinaciones místicas que creó el grupo terrorista de derechas para combatir las actividades de la guerrilla izquierdista. Aquel grupo fue denominado la Alianza Anticomunista Argentina (AAA). En medio de una crisis económica y una violencia en aumento -Amnistía Internacional estimó 1500 muertes causadas por la violencia de extrema derecha en un periodo de 18 meses-, los militares derrocaron a Isabel Perón e institucionalizaron el que ha sido calificado como el régimen autoritativo más represivo de la historia de Argentina. La Junta militar inicial estaba formada por Videla, Massera y Agosti. Videla era el presidente de la Nación. La Junta recortó las libertades civiles: se suspendió la libertad de salir del país que el artículo 25 de la Constitución otorgaba a aquellos arrestados durante un estado de sitio, se prohibieron las actividades políticas y sindicales y el *habeas corpus* también fue reducido. La separación de poderes pasó a ser una especie de pantomima pues la Junta militar tras el golpe de Estado disolvió el congreso y sustituyó a todo el poder judicial por sujetos en los que ellos confiaban. Como era de temer, las violaciones masivas de derechos humanos organizadas desde el aparato estatal y llevadas a cabo por los distintos rangos del cuerpo militar superaron las cifras de la época de Isabel Perón y López Rega.

El año 1977, cuando volvía Nino a Argentina tras su estancia en Oxford, fue el año en el que emergió la protesta silenciosa de las Madres de la Plaza de Mayo, que, junto con la Liga Argentina por los Derechos del hombre, la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos -en una ocasión copresidida por Raul Alfonsín- , el Servicio de Paz y Justicia creado por A.

Pérez Esquivel (premio nobel de la paz tras permanecer detenido durante dos años) y, posteriormente, el Centro de Estudios Legales y Sociales (fundado por E.Mignone y A.Comte en 1980) eran los principales grupos de protesta contra las masivas violaciones de derechos humanos cometidas bajo el mandato de la Junta militar. En 1978 la Comisión Inter-americana de Derechos Humanos consiguió entrar en Argentina y tras llevar a cabo una investigación durante 1979 publicó un informe que contenía una importante acusación de violación de los derechos humanos contra el gobierno. La presión internacional fue bastante efectiva a la hora de disminuir la represión militar. A partir de 1980 el régimen empezó a debilitarse e incluso empezó a haber algo de crítica en los periódicos. Pero el régimen seguía allí. Viola ocupó la presidencia en 1981 -tras expirar el plazo de cinco años de Videla. Nueve meses después, debido a la fuerte crisis socioeconómica, la Junta sustituyó a Viola por Galtieri en la presidencia de la Nación. Ahora bien, en aquella época, la opinión pública estaba ya manifestándose fuertemente en contra del régimen³⁴. La manifestación de Abril de 1982 reunió a 10.000 personas en la Plaza de Mayo para oponerse a la dictadura. Galtieri, entonces, para lograr de nuevo el apoyo popular decidió (dos días después de la manifestación) invadir las islas Malvinas. La derrota en Junio de 1982 supuso el comienzo del fin del régimen militar. El general Bignone asumió la presidencia el 22 de Junio de 1982 y, al mismo tiempo, los

³⁴ El régimen represivo de la Junta Militar había logrado tener una cierta aceptación entre muchos ciudadanos argentinos que consideraban las medidas tomadas por la Junta como una respuesta ante el terrorismo subversivo de izquierdas. Había, así, en aquel "algo habrán hecho" emitido por algunos sectores respecto de los detenidos y secuestrados, una especie de complicidad con el régimen.

Sobre el intento de los ciudadanos para convivir con el terror buscando causas que puedan justificar determinados cursos de acción por parte del gobierno, cfr. Malamud Goti, J., *Game Without End, State Terror and the Politics of Justice*, University of Oklahoma Press, (1996). Haciendo referencia también a ese "por algo será" escribía Garzón Valdés que en Argentina a la pregunta recurrente de las víctimas del terrorismo - "¿por qué?"-, los apologistas del régimen tenían una respuesta que, aunque vacía de todo contenido, estimulaba la imaginación de quienes la formulaban al ofrecerles la posibilidad de darle el contenido que quisieran: 'por algo será'. En el campo de la justificación política o ética -nos dice Garzón Valdés- esta respuesta jugaba el mismo papel que en la investigación científica la fórmula 'todo evento tiene su causa': un enunciado que carece de toda posibilidad de falsación". Garzón Valdés, E., "Seguridad jurídica y equidad" (1992) en Garzón Valdés, E., *Derecho, Ética y política*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, (1993), pág. 314.

líderes de varios partidos políticos, formando la "Multipartidaria", acordaron solicitar el fin del estado de sitio, la legalización de la actividad política y la convocatoria de elecciones. El régimen militar confiaba en negociar los términos de la democratización, pero los partidos políticos no tenían ningún deseo de negociar con un régimen que estaba derrumbándose y lo que hicieron fue proponer la convocatoria de elecciones generales para Octubre de 1983. La respuesta de la Junta fue establecer cinco condiciones entre las que se incluía la de la no revisabilidad de la guerra sucia contra la subversión, la no revisabilidad de los actos de corrupción y la continuidad del sistema judicial. Los partidos políticos rechazaron esas condiciones al tiempo que continuaban con una campaña electoral que fue intensificándose con el dolor y la indignación ante las tumbas multitudinarias que fueron halladas tras las excavaciones, ante los informes de prensa alarmantes y un clamor extendido pidiendo justicia retroactiva.

Como he señalado, fue en esta época cuando Nino y otros compañeros de la Facultad de Derecho de Buenos Aires y de la Sociedad Argentina de Filosofía Analítica decidieron entrar en contacto con los líderes del Partido Radical y fue así como conocieron a Raúl Alfonsín. Cuenta Nino que quedaron gratamente impresionados con el compromiso con los principios, la disposición para la discusión de ideas y la cálida personalidad de Alfonsín.³⁵

En Abril de 1983, la Junta emitió el "Documento Final de la Junta Militar acerca de la Guerra contra la Subversión y el Terrorismo". La Junta asumía responsabilidad histórica por la guerra, pero amparaba sus acciones en los decretos dictados durante la presidencia de Isabel Perón, en los que se otorgaba libertad al estamento militar para acabar con las guerrillas izquierdistas. Nos relata el propio Nino en su trabajo *Radical Evil on Trial* que la junta admitió algunos errores cometidos en el "calor del combate", incluyendo las violaciones de

³⁵ Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, (1996), pág. 61.

derechos humanos, pero consideraron que no correspondía a los hombres sino a Dios juzgarlos³⁶. Para mantener la competencia de la jurisdicción militar y preparar, además, el camino para que entrara en juego la denominada "defensa de obediencia debida", el Documento Final de la Junta también establecía que todas las acciones fueron conformes con planes aprobados por los mandos superiores. El mismo día en que este Documento salió a la luz, la junta ratificó un acto institucional en el que se declaraba que "todas las operaciones contra la subversión y el terrorismo llevadas a cabo por las fuerzas de seguridad, la policía y los guardias de prisiones bajo operaciones de control, en cumplimiento de varios decretos dictados en 1975, habían sido ejecutados en conformidad con planes aprobados y supervisados por los mandos superiores de las fuerzas armadas y por la junta militar desde que ésta se constituyó"³⁷.

Frente a este documento hubo una respuesta incluso por parte de sectores como la Iglesia Católica que había permanecido en silencio durante los años de la represión y Alfonsín, entonces ya el candidato del Partido Radical para las presidenciales, emitió un documento que tituló "No es la última palabra", donde prometía emplear el sistema de justicia ordinario, es decir civil y no militar, para juzgar a todos aquellos que hubieran cometido actos ilegales durante los años de la dictadura. Además, declaró que la violación del derecho a la vida y a la integridad personal de individuos no combatientes eran funciones ilegítimas de las fuerzas armadas y que, por ello, correspondía a los jueces civiles y no a los miembros de las fuerzas armadas implicadas decidir qué tipo de defensas -obediencia debida, error, coerción- podían ser esgrimidas. Nino, Jaime Malamud y M. Farrell empezaron a colaborar intensamente con

³⁶ Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, op.cit., pág. 62.

³⁷ Tomo cita de Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, op.cit., pág. 62.

Alfonsín para diseñar estrategias de respuesta a las violaciones de derechos humanos cometidas durante el régimen militar.

La concepción de la pena que Nino sostenía dentro del marco de su teoría liberal del delito no era retribucionista³⁸. Su justificación del castigo era la consecución de un objetivo colectivo: la protección de los derechos humanos en el futuro. Este fin circunscribía el alcance de la práctica punitiva del Estado y, junto con su teoría consensual acerca de a qué sujetos es legítimo castigar (del principio moral de autonomía y del de inviolabilidad de las personas³⁹ se deriva en el campo del Derecho penal el principio de asunción de la pena según el cual la aplicación de una pena a un individuo está justificada si él ha consentido asumir la respectiva responsabilidad penal mediante un acto voluntario realizado con conocimiento de que esa responsabilidad es su consecuencia normativa inmediata⁴⁰), nos permite entender el sentido de la propuesta de Nino y Malamud en relación con la política de protección de los derechos humanos y los juicios por las violaciones de estos durante la dictadura de la Junta militar.

Alfonsín identificó tres categorías de ejecutantes de tales violaciones de derechos humanos: aquellos que trazaron los planes de la represión y dieron las correspondientes órdenes; aquellos que actuaron más allá del alcance de las órdenes que habían recibido, llevados por crueldad, perversidad o ambición, y aquellos que se limitaron a cumplir estrictamente con las órdenes recibidas. Mientras que quienes se encontraban en las dos primeras categorías debían ser castigados, los de la tercera categoría debían tener la

³⁸ Cfr. entre otros trabajos de Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, Ed Astrea, (1980), "The limits of the Enforcement of Morality through the criminal Law", *Philosophical Analysis in Latin America* 93, (1984), "La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos", *Doctrina Penal*, (1989).

³⁹ Según la concepción metaética de Nino, los principios morales válidos (principio de autonomía, principio de inviolabilidad y principio de dignidad; que, por cierto, deslegitiman moralmente tres concepciones totalitarias de la sociedad: la perfeccionista, la holista y el determinismo normativo) derivan de la estructura formal del discurso moral. Cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, ed Ariel, (1989).

⁴⁰ Nino, C.S., *Los límites de la responsabilidad penal*, "La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos", *Doctrina penal*, n° 45, (1979).

oportunidad de reincorporarse al proceso democrático. Alfonsín dio a conocer su decisión públicamente en una conferencia en la Federación Argentina de Asociaciones de Abogados en Agosto de 1983. Su posición -ambigua- fue, en principio, bien recibida por los distintos sectores. Alfonsín quería juzgar a los comandantes y a los oficiales de los rangos superiores, pero veía con cierto escepticismo juzgar a demasiados oficiales de rangos inferiores pues tenía una reacción peligrosa en las fuerzas armadas. La tarea que encomendó a Nino, Farrell y Malamud fue la de trazar el mecanismo legal que facilitara tales propósitos. La tarea -relata el propio Nino- era difícil. Nino, junto con los otros dos juristas, trazaron su proyecto teniendo en cuenta la capacidad deliberativa, grado y mando del primer grupo señalado por Alfonsín, y distinguiendo el segundo y el tercer grupo a partir de un minucioso análisis de la defensa de obediencia debida. Consideraron que ésta debía poder ser esgrimida incluso en caso de torturas porque entendían que, en el particular contexto histórico de una atmósfera permisiva y legitimadora de las violaciones de derechos humanos, era preciso hacer una excepción a la no excusabilidad de las torturas en otros casos, amparando ésta en la obediencia debida. Por otra parte, consideraron que la distinción entre aquellos que excedían los límites de las órdenes de los superiores y aquellos que cumplieron estrictamente con las órdenes superiores debía ser decidida por los propios militares en una audiencia dirigida por oficiales retirados antes de 1973. Era esto, como puede verse, un intento por integrar a todos los sectores de la sociedad en la reconstrucción legítima de la misma. Según este punto del programa, los autores de las violaciones de los derechos humanos no podían ser penados a menos que tal órgano determinara que el oficial en cuestión había actuado más allá de las órdenes recibidas, sea por ambición o por algún motivo personal. El órgano en cuestión determinaría la conveniencia del castigo, no la ilegalidad del acto pues todos los actos eran ilegales; consideraciones

prudenciales determinaban limitar el castigo sólo a algunos de los que habían participado en las violaciones.

Pero en aquellas fechas surgió un nuevo obstáculo legal para juzgar las violaciones de derechos humanos que hubo de enfrentar después el gobierno democrático de Alfonsín. En la solución que se dio a ese problema vemos el minucioso análisis de Nino acerca de las relaciones entre Moral, Política y Derecho en el razonamiento práctico (algo que, como señalé, aparecía ya en sus primeros trabajos antes incluso de su estancia en Oxford) y el tema central de su filosofía del Derecho de la que me ocupó en este trabajo: el 23 de septiembre de 1983, sólo cinco semanas antes de las elecciones y tras una multitudinaria manifestación con más de 40.000 asistentes que clamaban "No hubo errores, no hubo excesos. Todos los participantes del proceso eran simplemente asesinos", Bignone dictó la "ley de autoamnistía".

Frente a la postura de distintos políticos (entre ellos Luder, un distinguido constitucionalista) que si bien se oponían a la ley consideraban que ésta no podía ser simplemente derogada pues la derogación no impediría su aplicación en virtud del Código Penal, que establecía que los acusados pueden beneficiarse de la ley más favorable existente desde el tiempo que va de la comisión del delito al de la sentencia, y derogar ese artículo era imposible sin violar el artículo 18 de la Constitución que prescribía la legislación penal retroactiva, la postura -publicada en una carta al periódico *La Nación*- de Nino, Carrió, Malamud, Rabossi y Bacqué era otra. Fue, precisamente, una serie de consideraciones en el ámbito de la filosofía del Derecho y preguntas tales como la cuestión acerca de la validez del Derecho lo que les llevó a sostener que la validez es un concepto normativo que está conectado con la moral: la ley de autoamnistía dictada por un gobierno no democrático no podía ser automáticamente considerada válida, sino que precisaba ser sometida al test de su moralidad. Cuestionaron la ley a partir de dos argumentos: a) un argumento constitucional,

desarrollado por Carrió, a partir de la Constitución (art.29), que establece la prohibición de otorgar al poder ejecutivo poderes extraordinarios. Como la ley de autoamnistía prohibía al poder judicial investigar las decisiones de un ejecutivo que había pasado a ejercer funciones legislativas, consideraron que tal ley de autoamnistía violaba el artículo constitucional; b) el segundo argumento es un argumento que Nino presentó en su artículo "Hacia una nueva estrategia para el tratamiento de las normas de facto" publicado en un diario jurídico *-La Ley-* y que después aparecerá en su trabajo *La validez del Derecho* (1980); fue el argumento que le llevó a la tesis acerca de la conexión justificativa entre Derecho y moral, tal y como aparece, recurrentemente, en sus diversos trabajos posteriores. Lo que sostuvo Nino es que era preciso abandonar la doctrina de las normas *de facto* porque se apoyaba en una falacia -la conocida como falacia naturalista- tan característica del positivismo ideológico. Una vez que es reconocido el carácter normativo de la validez se deriva que sólo las normas dictadas por las autoridades legítimas -el carácter epistémico del proceso democrático otorga una legitimidad de origen a las leyes democráticas- disfrutaban de una presunción de legitimidad moral⁴¹ mientras que el contenido de las directivas procedentes de autoridades no democráticas ha de ser sometido al test de corrección moral.

Alfonsín ganó las presidenciales de 1983 y se dispuso a institucionalizar cambios jurídicos para evitar más violaciones de derechos humanos en el futuro. Nino y Malamud trabajaron durante ese periodo, junto con miembros del Partido Radical que ocupaban ministerios, para diseñar los detalles del programa de protección de los derechos humanos para el futuro. Algunos de tales ministros consideraban que había que optar por una forma limitada de justicia retroactiva, que implicaba que sólo los miembros de la Junta debían ser juzgados, pero Nino y Malamud consideraban que los juicios debían tener un alcance más amplio. Este

⁴¹ Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, *op.cit.*, pág. 66.

grupo de trabajo preparó un proyecto de ley que Alfonsín aprobó, inicialmente, diseñado para limitar la responsabilidad basándose en la capacidad deliberativa y en una reinterpretación de la cláusula de la debida obediencia del código militar. También pensaron en la conveniencia de crear una comisión para investigar lo sucedido con las personas desaparecidas (la futura CONADEP, creada por decreto el 15 de Diciembre de 1983). Otro de los puntos de discusión fue el de qué tribunales debían conocer las causas. Nino y Malamud sostenían que habían de ser los tribunales civiles -o bien la alternativa de que los tribunales militares debían tener jurisdicción sólo sobre las audiencias previas no sobre los juicios por completo, como proponían Borrás, Jaunarena y Troccoli.

Alfonsín, aunque, en principio, optó por la formula de tribunales civiles únicos, al escuchar las respuestas provocadas por la noticia infiltrada, optó por el uso de los tribunales militares como primera instancia, con un amplio recurso de apelación ante tribunales civiles. Nino y Malamud consideraron que ésta era una buena solución y continuaron con el proyecto.

El día previo a la toma de poder de Alfonsín, éste designó a Nino y a Malamud como sus asesores en el Programa de protección de los derechos humanos y de justicia retroactiva. Durante las ceremonias del 10 de Diciembre recuerda Nino estar "trabajando frenéticamente en el proyecto legislativo y en los decretos necesarios para iniciar las causas"⁴².

En la ceremonia de investidura, Alfonsín dio a conocer sus objetivos de restablecimiento del imperio de la ley y de lucha contra la comisión en el futuro de más violaciones de derechos humanos. Mientras que la investigación de la verdad sería irrestricta, el castigo sería limitado, basado en consideraciones de prevención y no retribucionistas y teniendo en cuenta la necesidad de incorporar a todos los sectores en el proceso democrático. Vemos aquí, de un lado, la influencia de las teorías de Nino pero, también, la experiencia que

⁴² Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, *op.cit.*, pág. 68.

llevó a Nino, como intelectual comprometido con la política, a evolucionar en sus planteamientos teóricos pasando a tener muy en cuenta la necesidad de ser bien consciente de la sociedad real que se intenta reconstruir conforme a las exigencias de la Justicia, a la hora de escoger los medios para el cumplimiento de tales fines.

El paquete de medidas adoptadas por Alfonsín, además de los obstáculos legales antes apuntados (en relación con la ley de autoamnistía, jurisdicción e interpretación de la defensa de obediencia debida, tal y como aparece en el código penal y en el código militar), tenía que establecer, también, cómo limitar la duración y el alcance de los juicios. Para lo primero, Alfonsín recurrió como orientación al procedimiento sumarial del código militar; el periodo para la presentación de recursos también se limitó. Por lo que se refiere al alcance de la responsabilidad, Alfonsín consideró que: (1) podía confiar en que los tribunales militares podrían conocer adecuadamente de las responsabilidades de un pequeño grupo de personas que cometieron los actos más crueles a fin de que el estamento militar lavara la institución y al tiempo recuperara credibilidad social; (2) la reinterpretación de la norma que establecía la debida obediencia permitiría la persecución de aquellos que tuvieran capacidad de decidir (incluyendo a todos los miembros de las juntas y a aquellos que tuvieran al mando unidades de operaciones) y de aquellos subordinados que hubieran cumplido con las órdenes pero que al hacerlo hubieran llevado a cabo acciones tan crueles y perversas que ninguna persona razonable podría haber pensado que tales ordenes pudieran ser, de ninguna manera, legítimas; estos casos, por la naturaleza del acto, legitimarían al juez en su establecimiento de una presunción de que no hubo error acerca de la legitimidad de las órdenes recibidas⁴³.

⁴³ Sobre este tema puede verse también Garzón Valdés, E., "La democracia argentina actual: problemas ético-políticos de la transición", *op.cit.*, especialmente págs. 881-886.

Según relata Nino, la estrategia política de concentrar la culpabilidad en un pequeño grupo de personas, que eran las que habían promovido y dirigido el terrorismo de Estado, así como en quienes habían ejecutado los actos más crueles y perversos, fue el punto central de la oposición y desconfianza de las organizaciones de derechos humanos y de los grupos políticos de izquierdas. Pensaban que, al final, sólo se iba a considerar responsables a los miembros de la junta. Por su parte, el estamento militar también estaba descontento, pues consideró que cientos de sus miembros serían objeto de persecución penal por su participación en la represión, la integridad del estamento militar se vería comprometida. Nino pensaba que "si tanto la izquierda como la derecha se hubieran reunido y discutido sus preocupaciones y el gobierno hubiera explicado que su intención era juzgar a docenas y no a un puñado o a cientos, el proceso subsiguiente hubiera sido mucho menos conflictivo"⁴⁴.

Alfonsín reconstruyó los tribunales más directamente relacionados con los juicios a las violaciones de derechos humanos; especialmente la Corte Suprema y la Corte Federal de Apelaciones de Buenos Aires. Tras reconstruir a la judicatura, Alfonsín se concentró en las propuestas para crear una comisión que investigara las desapariciones. Nino jugó un papel activo en la asignación de miembros de la CONADEP, creada por decreto el 15 de Diciembre de 1983. En su opinión, las organizaciones de derechos humanos tenían que tener representación, pero éstas se mostraron inicialmente escépticas acerca de la comisión y rechazaron la participación; posteriormente -cuenta Nino-, al ver la seriedad de la comisión cooperaron mucho con ella.

Una de las primeras decisiones del Congreso fue la de anular la ley de autoamnistía. Las reformas más controvertidas entre los miembros de la legislatura fueron las referidas a la jurisdicción y a la obediencia debida. En el congreso se aprobó la posibilidad de aplicar una

⁴⁴ Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, *op.cit.*, pág. 71.

presunción de inocencia, pero esto y el rol de los tribunales militares fue considerado en el senado como una amnistía encubierta, así que se condicionó su aprobación a dos condiciones: (1) que la legislación estableciera la competencia de la Corte Federal de Apelaciones en caso de demora indebida o negligencia del tribunal militar; (2) que la víctima o los familiares tuvieran derecho a la apelación y que la ley, explícitamente, reconociera que en aquellos casos en los que se hubieran cometido actos abominables o atroces quedaba anulada la presunción de error acerca de la legitimidad de las órdenes. Esto último fue contra la estrategia de Alfonsín puesto que la excepción implícita se convirtió en una regla clara para anular la presunción. De todos lados se oyeron voces de que cualquier crimen podía ser considerado atroz y abominable. Los militares que iban sin duda a ser juzgados como responsables se acogieron, sin embargo, a esto persiguiendo la solidaridad de todo el estamento militar a la hora de responder por las violaciones a los derechos humanos. Nino consideró que esta ampliación de los posibles inculpados iba a dar lugar a un desastre, pero Alfonsín prefirió esperar a ver qué curso tomaban los acontecimientos.

La batalla por la justicia retroactiva fue también librada en la Comisión Suprema de las Fuerzas Armadas (la más alta corte militar de justicia en Argentina), pero la ineficacia de ésta hizo que al final los casos contra los miembros de la junta fueran reclamados por la Corte Federal de Apelaciones. Relata Nino que la Comisión suprema fracasó -quizá por presiones que le hicieron faltar a sus promesas- en su función de adjudicar responsabilidades dentro del estamento militar y con ello el restablecimiento de su imagen social⁴⁵.

La CONADEP sí cumplió un importante papel, atendiendo a las necesidades de las víctimas y ofreciendo respuestas a los grupos de derechos humanos, así como en su papel -tan necesario por las tensiones entre los distintos sectores- de mediador. Relata Nino que en una

⁴⁵Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, *op.cit.*, pág. 78.

ocasión en 1984 "en una reunión con los líderes de las Madres de la Plaza de Mayo, Alfonsín, Malamud -y él mismo- trataban de explicar la política general del gobierno, pero los líderes señalaban que todos los desaparecidos tenían que ser traídos vivos y todos los culpables castigados. Hebe de Bonafini fue particularmente hostil cuando Malamud trató de explicarle algunas detalles jurídicos y Alfonsín se enojó diciendo que los estaban confundiendo con los anteriores gobiernos militares"⁴⁶.

En 1985, Alfonsín solicitó a Nino y a Malamud diseñar leyes que pudieran reparar los daños causados por algunas de las medidas del Congreso referidas a los juicios; el deseo del presidente era limitar la extensión de los juicios y definir mejor "actos atroces y abominables" e identificar a aquellos que habían tenido "capacidad de decisión". Nino y Malamud consideraron que la comisión debería dar audiencia en grupo y limitar los juicios a un periodo de 3 a 6 meses. También propusieron leyes que establecieran que tenían capacidad de decidir aquellos que alcanzaban el rango de general o coronel o el equivalente en las fuerzas armadas o aquellos que tuvieron control directo de los centros de detención clandestina. Y los "actos atroces y abominables", que excluían a aquellos que los hubieran cometido de la posibilidad de invocar error en relación con la legitimidad de las órdenes, eran definidos como crímenes de comisión (en oposición a los crímenes de omisión) de asesinato, violación, tortura, violencia y robo grave, pero excluyendo las abducciones en sí mismas. Finalmente, recomendaron también que, cuando la competencia del juez civil fuera cuestionada en la apelación, y cuando el fiscal estuviera de acuerdo con la apelación, el juez civil no debería imponer prisión preventiva. Al final, Alfonsín decidió no enviar estas propuestas al congreso,

⁴⁶ Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, *op.cit.*, pág. 79.

considerando que los beneficios que podían producir mitigando la tensión entre los militares no justificaban el coste político.

La primera audiencia pública del "gran juicio" tuvo lugar en Abril de 1985. En aquellas fechas un grupo de reconocidos filósofos del Derecho y de la moral (R. Dworkin, O.Fiss, T. Nagel, T. Scanlon, B. Williams) asistieron a algunas de las audiencias. Recuerda Nino que "en un clima bastante ateniense discutieron los problemas filosóficos y jurídicos asociados con la justicia retroactiva"⁴⁷. Además, este grupo dio conferencias sobre cuestiones filosóficas más abstractas en la Universidad de Buenos Aires y en la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico.

Fue una época de muchísima tensión. De nuevo, Alfonsín solicitó a Nino y a Malamud que se reunieran con los miembros de la Corte Federal para discutir la cuestión acerca de la obediencia debida. Nos cuenta Nino⁴⁸ que se reunieron en su casa y que, en esa ocasión, los jueces sugirieron el establecimiento de un término de 6 meses al final del cual todos los que no hubieran sido identificados deberían quedar exentos de persecución penal. Pero Alfonsín no estaba convencido de que tales medidas fueran suficientes para limitar el juicio y pidió a los jueces si era posible que ellos definieran la obediencia debida para conseguir tal propósito. A esto -recuerda Nino- los jueces respondieron que resultaba muy difícil dado que estaban juzgando a aquellos que habían dado órdenes y que, como jueces, no podían dictar disposiciones generales.

El gran juicio contra Videla, Massera, Agosti, Viola, Lambruchini concluyó con la condena a penas de prisión y su descalificación permanente para ocupar cargos públicos. La valoración que hace Nino de aquel juicio es la siguiente: "A pesar de las tensiones y presión de

⁴⁷ Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, op.cit., pág. 84.

⁴⁸ Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, op.cit., pág. 87.

distintos sectores y de los riesgos obvios, la Corte Federal de Apelaciones conoció de los casos de una forma extremadamente digna y, con su decisión (entre otros argumentos invocaron el de que el sistema para luchar contra la subversión se había apartado del imperio de la ley -incluso de las leyes de excepción designadas para momentos de emergencia-, como se refleja no sólo en la violencia que caracteriza a las operaciones, sino, también, en las medidas que eran tomadas con el propósito de ocultar los arrestos y el destino de los detenidos, sometiéndolos a condiciones inaceptables de cautividad), sentó tanto los principios importantes para el restablecimiento del imperio de la ley como los principios éticos elementales. La conciencia moral de la sociedad argentina fue profundamente afectada por estos juicios y aunque los juicios no fueron televisados, el conocimiento de las atrocidades tuvo un fuerte impacto en las mentes de todos los ciudadanos"⁴⁹.

Durante la fase de 1986 a 1990, la reacción pública empezó a poner en peligro la estrategia original de Alfonsín, forzando medidas para contener el proceso punitivo. En esta época la conexión de Nino con los acontecimientos relacionados con la justicia retroactiva fue menos intensa puesto que estaba ocupando, desde la Nochebuena de 1985, el cargo de coordinador del Consejo para la Consolidación de la Democracia, un órgano interdisciplinario y bipartidista de asesoramiento encargado de rectificar algunas de las tendencias endémicas de la democracia argentina⁵⁰. Pero parecía que la idea de detener los juicios estaba creciendo. El secretario de justicia señaló que el ministro de defensa debía ordenar a los fiscales militares que aceleraran las causas ante la comisión suprema en las que los oficiales con capacidad de

⁴⁹ Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, *op.cit.*, pág. 90.

⁵⁰ Un trabajo de Nino muy ilustrativo de los condicionamientos de la sociedad real a la hora de articular los medios institucionales necesarios para conseguir la reestructuración de un país y su organización conforme a los ideales de justicia es *Un país al margen de la ley*. También puede leerse en este sentido p.ej. sus objeciones al traslado imitativo del modelo presidencialista a sociedades como la Argentina caracterizada por su fuerte nivel de corporativismo, en "Presidencialismo vs Parlamentarismo" en *Presidencialismo vs parlamentarismo* 115 (1988) y en *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Ed Astrea, (1992).

decidir estaban siendo acusados; y que los otros acusados debían ser absueltos. El presidente aprobó la propuesta el 24 de Abril de 1986. Lo que sucedió es que las instrucciones a los jueces provocaron críticas en la prensa y entre los grupos de derechos humanos. En Mayo, en su discurso ante el Congreso, el presidente rectificó y anunció que daría nuevas instrucciones para que aquellos que tuvieran capacidad de decidir o hubieran cometido actos atroces y abominables no pudieran ampararse en la defensa de legítima defensa. En Junio, el presidente, en rueda de prensa clarificó sus instrucciones diciendo que las absoluciones no alcanzarían a aquellos que hubieran cometido actos abominables y atroces.

Distintos tribunales respondieron a esto asumiendo el conocimiento de causas. Alfonsín trató de impedir este curso que tomaron los acontecimientos, pero los jueces se mantuvieron firmes en su resolución, de forma que, al final, el intento por contener los juicios se volvió en contra de este fin.

Así los juicios contra oficiales militares y cargos importantes de la policía y sus posteriores condenas implicaron una importante crisis militar. Ante esto, distintos sectores del gobierno empezaron a solicitar la contención de los juicios. El 5 de Diciembre de 1986, Alfonsín, tras conversaciones con sus ministros, mandó la Ley del punto final al Congreso (en la que, salvo en los casos de abducción de menores, se limitaba a 60 días el plazo de los tribunales para conocer de todas las demandas basadas en actividad criminal y pasado tal plazo las demandas se extinguirían, la prisión preventiva no sería necesaria si el superior se responsabilizaba de la presencia del subordinado ante el Tribunal). Nino consideraba que aquello iba a ser políticamente contraproducente y nos cuenta que algo más tarde le dio una carta a Alfonsín, "estableciendo claramente mis objeciones, al tiempo que le solicitaba

permiso para ir a dar clases a la Yale Law School. El puso mi carta en su bolsillo, me abrazó al tiempo que decía "déjame intentarlo", y me deseó suerte durante mi estancia en Yale"⁵¹.

La reacción del público a la ley del punto final (aprobada el 23 de Diciembre de 1986) llevó a Alfonsín a solicitar mediante decreto que el abogado general diera instrucciones a los fiscales para que encausaran a todos aquellos que aparecían como responsables bajo la ley 23, 049 (aprobada en el paquete de medidas de 1983 para la protección de los derechos humanos - medidas de justicia retroactiva y futura-), pero nos cuenta Nino que como el gobierno informaba tan poco, esto fue visto como otro intento por evitar la confrontación con el pasado.

Cuando la ley del punto final entró en vigor, los tribunales de todos los lugares del país, incluso de regiones del interior, empezaron una intensa actividad, saltándose las habituales vacaciones de verano en Enero.

Por entonces Nino estaba ya impartiendo clases en Yale. Fue entonces cuando el New York Times publicó un editorial titulado "Justicia diluida en Argentina", criticando la ley del punto final, considerándola una concesión a los militares. Nino leyó aquel editorial y contestó con un artículo titulado "¿Juicios rápidos para los militares en Argentina?", argumentando a favor de la ley y diciendo que ésta ayudaba a acelerar los juicios debido a que el número de casos en los tribunales argentinos se había triplicado. Al volver a Argentina a mitad de Marzo se dio cuenta de que había infravalorado el efecto de la ley pues había calculado que serían 150 los casos en juicio cuando eran 400. Como los tribunales consideraban que la ley del punto final les había dado un límite temporal escaso para cumplir con la responsabilidad histórica de sancionar todos los crímenes, habían acelerado su actividad recibiendo muchísimas pruebas de las víctimas y de los grupos humanos. Así, la ley del punto final tuvo un efecto boomerang.

⁵¹ Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, op.cit., pág. 93.

Por lo demás, la situación parecía bastante tranquila, pues, ante semejante activismo judicial, los militares parecían estar retirados. Los titulares de los periódicos de aquellos días ofrecían un esperanzador porvenir para Argentina. Pero aquella calma era sólo una apariencia. En Abril de 1987, cuando el mayor E. Barreiro fue citado para responder a las acusaciones de tortura, comunicó a su superior que no se presentaría ante el Tribunal. Esto desencadenó un conflicto dentro del estamento militar. Hubo una rebelión. Los rebeldes acusaron a Ríos Ereñu -jefe del personal militar- de haber abortado las negociaciones con las fuerzas armadas y, solicitaron, además, la amnistía. La respuesta de Alfonsín no se hizo esperar. En una reunión con legisladores, líderes políticos, sindicatos y asociaciones profesionales y empresariales declaró que la democracia en Argentina no sería negociada y que la extorsión era inaceptable.

La situación empezó a adquirir tales características que Nino pensó en enviar a su familia a Uruguay.

Alfonsín se dirigió a la multitud concentrada en la Plaza de Mayo y les advirtió de que lo que en aquellos momentos estaba en juego no era sólo un golpe de estado sino el futuro para sus hijos. Después, pidió que le esperaran en la plaza puesto que él se dirigía a hablar con los rebeldes. Horas después volvió y comunicó a la multitud concentrada en la plaza que los rebeldes habían sido disueltos y que todos podían marchar tranquilos a sus casas. El titular de aquella fecha en *La Razón* decía así: "Los rebeldes se rindieron a Alfonsín. El pueblo defiende la Democracia".

Al parecer, lo sucedido es que uno de los cargos militares que había luchado en las Malvinas (Teniente Coronel Rico) quería evitar que los oficiales que habían luchado en aquella guerra fueran sometidos a juicio por su comportamiento durante la dictadura militar. Lo que Alfonsín manifestó haber dicho es que él no podía interferir con la independencia de

los tribunales pero que esperaba que la Corte Suprema pudiera fijar los distintos niveles de responsabilidad para mitigar la responsabilidad de tales oficiales. Alfonsín aceptó que fuera la jurisdicción militar la que conociera de la rebelión. Tras esto pidió que se rindieran y lo aceptaron.

Fuera el que fuere el acuerdo al que llegó Alfonsín con aquellos, los rebeldes fueron detenidos y sometidos a juicio ante un tribunal militar pese a lo establecido por la legislación para tratar las violaciones de derechos humanos. Además, una ley alterando la presunción en el caso de obediencia debida -y, por lo tanto, conteniendo los juicios- fue enviada al Congreso algo más tarde durante aquella primavera.

Tras el levantamiento, la posición del gobierno empezó a deteriorarse. Había descontento por ambos lados: los militares pensaban que Alfonsín había traicionado el pacto, pues veían que los juicios continuaban, y, por su parte, la izquierda no cesaba de repetir en tono irónico las palabras de calma y de situación de estabilidad lanzadas por el presidente de vuelta en la Plaza de Mayo, tras su reunión con los rebeldes. Además, la creciente crisis económica y la campaña para las elecciones de Septiembre llevó a la oposición a distanciarse del gobierno.

Los peronistas hablaban de articular una serie de perdones presidenciales ya que querían que todos los costes políticos fueran asumidos por Alfonsín, pero éste consideró que no había forma de fundamentar constitucionalmente los perdones presidenciales a favor de gente que estaba siendo juzgada -esto es, todavía sin condenar. Alfonsín consideraba que la única vía alternativa parecía ser la ley de obediencia debida.

La propuesta de Nino era diferente. El consideraba que el camino a seguir debía ser la reforma del código penal a través de una comisión del Ministerio de Justicia. Las reformas deberían centrarse, concretamente, en la adopción de un sistema de discrecionalidad en la

acusación, permitiendo a la acusación pública la no continuación de determinados casos por una variedad de razones, al modo de los sistemas americanos y alemanes. Esto permitiría al abogado general, siguiendo o no instrucciones del presidente, perseguir sólo los crímenes más abominables. Alfonsín se mostró entusiasmado ante esta solución, pero debido a la posterior resistencia del abogado general (Gauna) entre otros, por considerar que la solución parecía demasiado *ad hoc*, Alfonsín abandonó la idea.

Finalmente, el presidente mandó al congreso un borrador de ley de obediencia debida, creando una defensa prácticamente irrefutable para los oficiales de rango medio y bajo. En la televisión enfatizó que no estaba contento con la medida, pero que era necesaria para la consolidación de la democracia. Nino estaba disgustado, no porque considerara que hubiera que atender a exigencias retribucionistas, sino porque entendía que la nueva medida iba a tener consecuencias negativas en la sociedad puesto que esto podía ser visto como una concesión que traería nuevas demandas por parte de los militares. Después -reconoce- se dio cuenta de que se equivocó al hacer tal juicio⁵².

La aprobación de la ley en cuestión fue recibida con grandes críticas e indignación por diferentes sectores de la comunidad y por la comunidad internacional. Consideraban que el gobierno de Alfonsín estaba traicionando su posición inicial -aunque, en opinión de Nino⁵³, la ley era una forma de establecer de forma concreta y bien limitada los límites implícitos en el proyecto original de 1983 que no había sido observado por acción o inacción de otros partidos.

En Junio de 1987, la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de la nueva ley de obediencia debida. En el terreno político, sin embargo, la suerte del gobierno fue menor. La

⁵² Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, *op.cit.*, pág. 101. Sobre el esfuerzo del gobierno constitucional argentino por encauzar a las Fuerzas Armadas hacia una efectiva participación democrática y las tensiones provocadas por las aspiraciones de este sector puede verse Garzón Valdés, E., "La democracia argentina actual: problemas ético-políticos de la transición" (1988), en Garzón Valdés, E., *Derecho, Ética y política*, *op.cit.*, págs. 873-981.

⁵³ Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, *op.cit.*, pág. 101.

nueva ley, junto con los problemas socioeconómicos, supuso la pérdida de las elecciones por el Partido Radical en Septiembre de 1987. Las elecciones al congreso y al senado fueron ganadas por los peronistas. Y, aunque el gobierno supo responder bien a nuevas rebeliones militares, esto no supuso, sin embargo, una mejoría en la posición de Alfonsín; el deterioro de la imagen del gobierno junto con la hiperinflación apuntaban ya el advenimiento de lo que luego sucedió. Carlos Menem, el candidato peronista a las presidenciales, ganó en Mayo de 1989. La renuncia de Alfonsín en Julio de 1989 -antes de que llegara el fin de su mandato- llevó a Menem a ocupar la presidencia y, en Octubre de 1989, dictó tres decretos por los cuales se perdonaba -algo que Nino consideró de dudosa constitucionalidad pues la Constitución prohíbe al presidente interponerse ante procesos en curso⁵⁴- a personas que estaban siendo enjuiciadas. En diciembre de 1990, Menem concedió otros perdones: esta vez para aquellos condenados por violación de derechos humanos, incluyendo a Videla, Massera, Agosti, Viola, Lambruschini, Camps y Galtieri.

Aunque los perdones fueron aceptados por la ciudadanía, que ya había perdido el interés en más juicios, y aun a pesar de las declaraciones de la Corte Suprema (llena de partidarios de Menem), Nino sostuvo que algunos de ellos eran dudosamente constitucionales puesto que liberaban a personas que no habían sido condenadas y otros, aquellos que eran constitucionales, eran políticamente innecesarios -con lo cual dañaban el imperio de la ley sin poder justificarse en consideraciones políticas- pues apenas había presión social por liberar a los mayores responsables por los abusos contra los derechos humanos.

En cualquier caso, la conciencia moral de la sociedad fue formada por el imperfecto intento de aplicar justicia retroactiva por la CONADEP y el "gran juicio". En ocasiones, tras los perdones, quienes habían cometido los grandes abusos contra los derechos humanos

⁵⁴ Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, *op.cit.*, pág. 103.

pretendieron actuar como si la historia hubiera sido olvidada, pero en varias ocasiones los argentinos espontáneamente los repudiaron y condenaron (p.ej cuando Videla trató de salir a hacer jogging por las calles).

Si retomamos, entonces, las preguntas que antes formulé acerca de los elementos que han de ser considerados a la hora de reconstruir una democracia y tratamos de responderlas a la luz del caso de Argentina vemos que las dificultades vinieron por la combinación de⁵⁵: a) las medidas legislativas tomadas por el gobierno militar tras el golpe de Estado -muchas de ellas tratando de amparar acciones que suponían violaciones a los derechos humanos- y la ley de autoamnistía de 23 de Septiembre de 1983; b) la eximente de obediencia debida del Código penal militar argentino; c) la fuerte cohesión corporativa en el estamento militar que ejercía una fuerte presión sobre el gobierno de Alfonsín, posibilitando, muchas veces, el incumplimiento fáctico de los mandatos judiciales y que llevó a cabo intentos de golpes de Estado; d) el hecho de que los sectores de izquierda y los movimientos sociales como el de las Madres de la Plaza de Mayo sostuvieran posiciones maximalistas; e) la fuerte crisis económica.

La participación activa de Nino en el diseño de políticas de reconstrucción de la democracia en Argentina supuso, como apunté, una fuente muy importante de reflexión para él. A partir de esto podemos ver los problemas que, de forma más general, vienen implicados en la reconstrucción de una democracia:

(1) Si rechazamos el positivismo ideológico (según el cual el Derecho debe ser obedecido por el hecho de haber sido establecido por la autoridad que en ese momento detenta el monopolio de la fuerza), entonces removemos el -aparente- obstáculo para la aplicación de

⁵⁵ Cfr. Malem Seña, J., "Carlos Santiago Nino. Apuntes bio-bliográficos", págs. 20-21.

justicia -aparentemente retroactiva- presentado por las leyes dictadas por regímenes autoritarios que autorizan violaciones de derechos humanos o sancionan amnistías. Las decisiones de abrazar ciertas normas para justificar decisiones más específicas deben basarse en ciertos valores y principios morales que, en el caso del mal radical⁵⁶, pesan claramente en

⁵⁶ El concepto de mal radical proviene de Kant [vid. Kant, E. *La religión en los límites de la razón* (1793), Ed Alianza Editorial, [Trad. F. Martínez Marzoa], (2001) y ha sido retomado por Hannah Arendt. Creo que se puede decir que, en una primera aproximación, hablar de mal radical supone hablar de violaciones masivas de derechos humanos cometidas utilizando el poder organizado a través de las instituciones del Estado. Este concepto precisa, sin embargo, de mayor dilucidación. H. Arendt, con cierto sentimiento de impotencia, escribía en *The Human Condition* que "los seres humanos no pueden olvidar aquello que no pueden castigar y que son incapaces de castigar aquello que se presenta como imperdonable. Este es el rasgo distintivo de las ofensas que, desde Kant, han recibido el nombre de 'mal radical' [...]. Todo lo que sabemos es que no podemos ni castigar ni perdonar tales ofensas y que, en consecuencia, trascienden el ámbito de los asuntos humanos y las posibilidades del poder humano". Arendt, H., *The Human Condition*, University of Chicago Press, (1958), pág. 241. Escribiendo en relación con las posibilidades del castigo en estos casos, Nino nos dice que quizá lo que está bajo esta imposibilidad de perdonar y castigar al mismo tiempo el mal radical que siente H. Arendt es la relación que existe entre castigo, retribución y culpa. Ella siente la necesidad de culpar, pero al tiempo encuentra imposible culpar y, por lo tanto, castigar a quienes han llevado a cabo los crímenes más terribles contra la humanidad. Y ello es así -nos explica Nino- porque los sentimientos reactivos como culpar a alguien presupone un marco de interrelaciones e intercambios entre seres humanos y es difícil imaginar que quienes cometieron tales violaciones y consideraban a sus víctimas como objetos por debajo de los humanos, pudieran encontrarse en tal marco. Es imposible imaginar cualquier tipo de diálogo real o hipotético entre las víctimas y los perpetradores puesto que para ello es necesario sujetos aptos para el diálogo. En tal sentido, quizá la respuesta adecuada ante los perpetradores de los crímenes más abominables haya de ser suspender las actitudes reactivas, de forma similar a como hacemos en el caso de las personas con trastornos mentales; en el caso de los primeros -nos dice Nino- no porque los consideremos locos sino porque han ido más allá de la frontera de la humanidad al rechazar el marco de interacciones presupuesto por la culpa. También las dudas que tiene Arendt acerca de la viabilidad del castigo y del perdón del mal radical vienen del hecho de que bajo una concepción retributiva del castigo, la culpa y el castigo han de ser proporcionales a la magnitud del daño perpetrado. Pero nuestro vocabulario para calificar la culpa moral se queda corto cuando se trata de condenar a aquellos que llevaron a cabo el genocidio de 6 millones de personas o la tortura de niños. Decir que tales actos fueron incorrectos -nos dice Nino- suena como si estuviéramos ironizando al respecto. Por otro lado como puede el castigo de estos actos ser distinguido del castigo de homicidios ordinarios. No parece que la respuesta esté en hacer excepciones al trato humano de este tipo de prisioneros imitando, precisamente, lo que tanto condenamos de ellos. Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, *op.cit.*, pág. 141-142. Puede verse también un sobrecogedor trabajo de H. Arendt, *Eichmann in Jerusalem*, donde la autora trazó su, no siempre bien comprendida, tesis de la banalidad del mal. En este trabajo la autora trata de valorar la personalidad de un sujeto como Eichmann que participó durante el régimen de Hitler organizando muchos aspectos técnicos de los mecanismos burocráticos etc necesarios para llevar a cabo las muertes de multitudes de seres humanos; Arendt descubre que el mencionado sujeto no sentía un odio especial por sus víctimas, sino que, movido por el deseo de hacer carrera dentro del régimen, respetuoso con el orden establecido y con las leyes y regulaciones respaldadas por el poder coactivo, conocedor del imperativo categórico kantiano y de que su vida profesional venía trazada por la transgresión de tal imperativo, se dedicaba a llevar a cabo todas aquellas actividades que supusieran el desarrollo de su carrera. Tal era su objetivo, y causar daño a los seres humanos era para él, más que un medio, una consecuencia necesaria de lo primero. Esto es lo que llevó a Arendt a considerar que esta actitud ilustra 'la banalidad del mal'. Arendt, H., *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil* (1963), Penguin Books, (1994). Nino también se refiere a este aspecto del mal radical ejemplificado por Eichmann y tan bien tratado por H. Arendt en el mencionado trabajo y se pregunta si, al margen de que el mal banal sigue siendo mal, estaría

contra de la validez de tales normas. Y es ésta, precisamente, la razón por la cual la ley de amnistía dictada por los militares en Argentina no fue, simplemente, derogada (lo que no hubiera impedido aplicarla a los generales bajo el principio que requiere la aplicación de la ley más favorable) sino que fue declarada nula. Así, cuando tales leyes son declaradas nulas *ab initio* por carecer de toda legitimidad nos damos cuenta de que las atrocidades eran crímenes claramente bajo el anterior conjunto de leyes válidas. Según Nino, la legitimidad de las medidas adoptadas por Alfonsín derivaba, precisamente, no del apoyo popular del que entonces disfrutaba, sino del hecho de que hubiera cumplido con la Constitución de 1853.

(2) Por lo que se refiere al cumplimiento de las estructuras legales en los procesos, Nino considera que, si bien supone un riesgo en el sentido de marcar una discontinuidad con el orden anterior, también es cierto que los juicios son una gran ocasión para provocar la deliberación social y para un examen colectivo de los valores morales sobre los que descansan las instituciones públicas. Para que en una sociedad se superen las tendencias autoritarias es preciso algo más -muchos más- que, simplemente el hecho de que sea del interés de unas personas en un determinado momento el establecimiento de una democracia. Hacen falta grandes deliberaciones públicas que lleven a la sociedad a una convergencia en torno a valores básicos para crear lo que Dworkin denomina "una comunidad de principios". Los juicios por los pasados abusos contra los derechos humanos en Argentina cumplieron en su opinión esa función⁵⁷.

justificado culpar a un sujeto que se nos presenta como banal y no lleno de odio, crueldad e inclinaciones sádicas. Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, pág. 144. Al margen de todas estas consideraciones, como he tenido ya ocasión de apuntar en esta introducción, la respuesta que al mal radical ha de darse en opinión de Nino ha de articularse en términos de prevención y consentimiento. Es decir, combinando una teoría preventiva acerca del fin del castigo con una retributiva acerca de a quienes castigar siempre y cuando, tal castigo, permita conseguir el fin justificativo de la prevención.

⁵⁷ Una visión distinta -y más pesimista- sobre este aspecto de la sociedad argentina puede verse en el citado trabajo de Malamud-Goti, J., *Game without end. State terror and the politics of Justice*. Ed University of Oklahoma Press, (1996).

(3) Pero, junto a lo anterior, es necesario tener en cuenta el contexto de hecho. En estos casos, ser ajenos a las tensiones entre los distintos sectores y a la situación económica puede frustrar el intento de un gobierno de promover las persecuciones de personas responsables de las violaciones de derechos humanos, pudiendo producirse más violencia y una vuelta a una situación antidemocrática.

(4) La persecución de violaciones masivas de derechos humanos no puede ampararse en una comprensión retributiva del castigo sino que su justificación la encuentran en la reconstrucción de un sistema democrático en una sociedad -como sistema que permite llegar a conocer mejor qué políticas son las adecuadas para proteger e implementar los derechos humanos de los ciudadanos. El fin condiciona, desde el inicio, los medios adecuados en el proceso de búsqueda y establecimiento de responsabilidades por violaciones de derechos humanos. El aparato legal, el Derecho, para lograr el fin de reconstruir la sociedad conforme lo apuntado, deberá, de un lado, tener su origen en una autoridad democrática y, de otro, implementar entre otras medidas el entramado de acciones, plazos, requisitos para la articulación de las acusaciones y defensas así como la distribución de competencias (legislativas, judiciales, etc) adecuada para conseguir tal fin.

Como tendré ocasión de desarrollar en este trabajo, estas reflexiones fueron llevadas por Nino a un plano más abstracto, o más profundo, si se quiere. Podemos ver aquí las tesis centrales de su filosofía del Derecho -fruto, como he apuntado, de una interacción enriquecedora entre su pensamiento y la actividad política que llevó a cabo:

- (1) La tesis de la conexión desde el punto de vista interno entre Moral, Política democrática y Derecho.
- (2) La tesis acerca del Derecho como práctica colectiva institucional.

Su actividad intelectual desde que comenzó a colaborar en la reconstrucción de la democracia como asesor presidencial de R. Alfonsín fue reflejada también en trabajos que fueron publicados ya desde las primeras fechas de ese periodo. Sus reflexiones sobre aspectos relevantes para la moral o el Derecho que reflejaban las preocupaciones político-intelectuales de aquellos años aparecen en diversas revistas argentinas de ciencias sociales, en revistas españolas y en revistas jurídicas de prestigio en EEUU⁵⁸, así como en un gran número de conferencias que dictó en distintos países de Europa y en EEUU. Pero, sin duda, la magnitud e importancia de su proyecto intelectual se aprecia en sus grandes trabajos fruto de la reflexión de aquellos años y de su posterior actividad investigadora y docente especialmente como profesor visitante en la Yale Law School (1987-1993) y en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (1992): me refiero a su trabajo *Ética y derechos humanos* (1984, 1989, 1991) en sus diversas ediciones -con cambios importantes en algunas cuestiones y con un tratamiento más profundo de otras-, a *La validez del Derecho* (1985), en la que articula algunas de las líneas más importantes de su Filosofía del Derecho, *Introducción a la Filosofía de la acción humana* (1987), *El constructivismo ético* (1989), *Fundamentos de Derecho Constitucional* (1992), *Un País al margen de la ley* (1992), y las publicaciones póstumas de *Derecho, Moral*

⁵⁸ Entre muchos otros pueden citarse: Nino, C.S., "Una Nueva Estrategia para el Tratamiento de las Normas 'de facto'", *La Ley*, (1983), "Legal Norms and Reasons for Action", *Rechtstheorie*, n° 15, (1984), "The Human Rights Policy of the Argentine Constitutional Government: A Reply", *Yale Journal of International Law*, n° 11, (1985), "Las limitaciones de la teoría Hart sobre las normas jurídicas", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n° 5, (1985), "Constructivismo Epistemológico: entre Rawls y Habermas", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n°5, (1988), "Transition to Democracy, Corporativism, and Constitutional Reform in Latin America", *Miami Law Review*, n° 44, (1989), "Consolidating Democracy", *Yale Law Report* n°12, (Spring 1989), "Moral discourse and Liberal rights", en *Enlightenment, Rights and Revolutions*, ed N. MacCormick y Z. Bankowski, (1989), "Democracy and Criminal Law", *Aktuelle Probleme der Demokratie*, ed O. Weinberger, (1989), "Positivism and Communitarianism: Between Human Rights and Democracy", *Ratio Juris*, n° 7, (1994).

y *Política* (1994), *The Constitution of Deliberative Democracy* (1996) y *Radical Evil on Trial* (1996).

Carlos S. Nino murió a finales de Agosto de 1993, a los 49 años. Estaba en La Paz, Bolivia, donde había viajado para debatir con los nuevos diputados el contenido del proyecto ya redactado -y en cuya redacción él había colaborado- de nueva Constitución para la República de Bolivia. Antes de su viaje a Bolivia, una enfermedad respiratoria crónica le hacía tener ciertas dudas acerca de cómo afectaría esa vez la altura de las montañas a su estado físico y éste a su trabajo con los diputados de Bolivia. Sus compañeros y amigos⁵⁹ se preguntan por qué, aun a pesar de los riesgos fue, y la respuesta que parecen encontrar es que fue porque su forma de entender el deber ciudadano, que le había llevado a comprometerse activamente con la reconstrucción de la Democracia en Argentina, le llevó también a otros lugares del mundo, allá donde sus ideas fueran reclamadas.

4. Nos quedó, tras su muerte, su proyecto intelectual como una especie de '*work-in-progress*'. Sus tesis en los distintos campos, especialmente su concepción de la democracia deliberativa, son discutidas en diversos foros e iluminan así los debates y nuevas consideraciones y concepciones. Por lo que se refiere a su filosofía del Derecho, Nino dio un paso más utilizando parte del aparato conceptual hartiano para entender las relaciones del Derecho con la moral en una complejidad mayor que la que presenta la elección entre una concepción positivista o una iusnaturalista. Los autores que se interesan por la dimensión argumentativa del Derecho discuten también a partir de sus ideas, y su tesis acerca de la pluralidad de conceptos del Derecho que son manejados en los distintos contextos, y que

⁵⁹ Fiss, O., "The death of a Public Intellectual" en *Deliberative Democracy and human rights*, editado por Hongju Koh, H. y Slye, R.C., Yale University Press, New Haven, (1999).

determina respuestas distintas a la pregunta acerca de la conexión conceptual entre el Derecho y la moral, introduce mucha claridad en muchas discusiones que tienen lugar en filosofía del Derecho.

En las páginas que siguen, y antes de presentar el esquema de mi trabajo acerca de su filosofía del Derecho, daré cuenta de los temas centrales de sus trabajos, pues esto me permitirá, por un lado, situar su filosofía del Derecho en el conjunto de su pensamiento y, por otro, hacer ver al lector el enriquecimiento del debate que puede suponer el comprender y, después, discutir las ideas de Nino (por hacernos ver, entre otras, la necesidad de tomar posición en cuestiones de filosofía moral si queremos tener discusiones fructíferas en relación con determinados problemas de filosofía política y filosofía del Derecho) en los distintos ámbitos académicos y también, de nuevo, en los foros de discusión acerca de la articulación de las instituciones.

Veamos pues tales bloques temáticos en la obra de Carlos S. Nino, aunque sólo sea para establecer un punto inicial a partir del cual, después, en mi trabajo empezar a trazar relaciones.

(a) Filosofía moral. En sus diversas versiones de *Ética y derechos humanos* así como en su trabajo *El constructivismo ético*, y en determinados capítulos de *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Nino nos ofrece su concepción metaética y de ética normativa, su concepción de los derechos humanos, y el reflejo de su pensamiento en la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y en la solución de problemas de ética práctica (aborto, eutanasia, política en relación con las drogas, justificación del castigo, derechos de los animales etc). *Ética y derechos humanos* es, en sus diversas versiones, uno de sus mejores trabajos. Preocupado por las constantes y grandes violaciones a los derechos humanos ensaya un ejercicio de fundamentación de tales derechos y de reflexión acerca de las

implicaciones en las instituciones del Estado. Creo que uno de los grandes pasos dados por Nino es el de sacar el fundamento de los derechos humanos del ámbito de la tradición iusnaturalista y llevarlo dentro del proyecto kantiano acerca de la moral. Nino, pues (pertrechado con el instrumental analítico), se propone contribuir a la vigencia de los derechos del hombre a través de la discusión teórica de las ideas que les son adversas y ensaya una explicación de la naturaleza de la moral que descalifica las posiciones que están en contra de la fundamentación racional. La moral, el discurso moral, es, según Nino, una construcción humana pero no por ello arbitraria, sino que está condicionada por sus funciones sociales distintivas y por los presupuestos conceptuales (razones últimas para la acción, imparcialidad) a través de los cuales la venimos identificando frente a otro tipo de discursos (como el estratégico). Esta reconstrucción metaética de la moral a la que Nino denomina constructivismo epistémico (abandonando el constructivismo ontológico en su segunda versión de *Ética y derechos humanos*) permite derivar -a partir de los presupuestos formales del discurso- los principios morales sustantivos (autonomía, inviolabilidad y dignidad) de los cuales se derivan los derechos humanos básicos y su alcance (los sujetos beneficiarios y la forma de valorar las acciones y omisiones que los afectan).

(b) Filosofía política. De los presupuestos y del discurso moral se derivan también las instituciones de gobierno moralmente legítimas, así como la articulación de esas instituciones; de la relevancia de las funciones de la moral y de su carácter societario se derivarán, además, una serie de consecuencias en el diseño institucional. La democracia aparece en sus trabajos como un sucedáneo del discurso moral. El valor de la deliberación y del resultado del discurso democrático cambiará, como lo hizo su concepción acerca del discurso moral, desde una concepción denominada constructivismo ontológico sostenida en su primera edición de *Ética y derechos humanos* (1984) al denominado constructivismo epistémico. En ambos casos, Nino

sostiene que la relación del discurso moral y de la democracia con los principios morales de los que derivan derechos humanos no es meramente instrumental. Aunque esta tesis de Nino acerca del valor no puramente instrumental de la democracia ha sido cuestionada al afirmar Nino, como lo hace en su segunda versión de *Ética y derechos humanos*, que la democracia no tiene valor ontológico sino epistémico; en mi opinión, la idea vislumbrada por Nino sigue también manteniéndose en esta versión epistémica de la democracia. Y creo que es así porque en esta segunda versión, los presupuestos o aspectos formales del discurso moral -o de su modelo regimentado-, constituyen la verdad moral. Estos aspectos formales vienen implicados por los criterios de validación utilizados en la propia práctica social discursiva; y la deliberación en el seno de las instituciones democráticas reproduce ese tipo de discurso, con sus mismos criterios de validación, pero de forma regimentada; en este sentido, la intuición de Nino, frente a concepciones consecuencialistas como la de Nelson⁶⁰ acerca de la democracia puede seguir manteniéndose ya que el sistema democrático (en su dimensión de sistema deliberativo regimentado para llegar al reconocimiento de los derechos humanos derivados de los principios morales) recoge -aunque sea de una forma imperfecta- los criterios de validación del discurso moral. Los aspectos formales implicados por esos criterios de validación son los que constituyen la verdad moral.

Además, su concepción ética le lleva a defender, por un lado, el liberalismo político por lo que se refiere a las relaciones entre individuo y sociedad, y, concretamente, individuo y Estado (Nino rechaza el perfeccionismo y el holismo y esto se refleja en su concepción acerca del Derecho Penal y de qué pautas morales pueden ser impuestas por medio del Derecho) y, por otro, un liberalismo igualitario por lo que hace al tratamiento de las necesidades básicas y

⁶⁰ Nelson, W., *On Justifying Democracy*, London, (1980).

de la intervención de Estado en la implementación de los derechos básicos. Se opone así a un liberalismo conservador y sostiene -como antes he apuntado- que el acceso a bienes no sólo ha de estar libre de obstáculos sino que se ha de facilitar positivamente⁶¹.

Otro grupo de problemas abarcados por Nino en esta esfera de la filosofía práctica es el de la construcción nacional y el constitucionalismo. En la concepción de Nino, el constitucionalismo tiene tres elementos: los derechos humanos, la democracia como sistema de gobierno, y la práctica constitucional vigente en un determinado país. Su concepción de la moral como práctica dialógica y de la democracia y debate en las instituciones como un sucedáneo -por estar regimentado- de la deliberación moral influye también en su concepción acerca del sistema institucional adecuado para garantizar los derechos constitucionales de las minorías⁶².

(c) Filosofía del Derecho. Bajo este rótulo podemos situar tanto la teoría de la 'ciencia' del Derecho de Nino como su teoría del Derecho. Las peculiaridades de la concepción de Nino acerca del Derecho -que se proyectan también en su modelo de actividad teórica en relación con el Derecho- exigen indagar, al abordar este grupo de problemas, en temas que encajan más bien en otros ámbitos (los ya señalados de filosofía moral, política y, también, ya lo veremos, de filosofía de la acción). Pasaré a dar cuenta de ellos al tiempo que presento mi trabajo.

5. Estudiar la filosofía del Derecho en C.S.Nino permite entrar a conocer los grandes temas discutidos por los autores que, dentro de la tradición analítica en la filosofía del Derecho, se interesan por la dimensión argumentativa del Derecho. Uno de los

⁶¹ Entre otros: Nino, C.S., *Los límites de la responsabilidad penal*, Ed Astrea, (1980), *Ética y derechos humanos*, Ed Ariel (1989).

⁶² Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Ed Astrea, (1992), *The Constitution of a Deliberative Democracy*, Yale University Press, (1996).

problemas centrales de la filosofía del Derecho o, más exactamente, de la teoría del Derecho en este ámbito es el debate acerca de la relación entre el discurso jurídico justificativo y el discurso moral. El trabajo de Nino puede verse -en su dimensión teórica- como un intento por dilucidar esa cuestión. Además, por sus peculiaridades, el estudio de la teoría del Derecho de Nino, más que el estudio de una parte de su obra, constituye en mi trabajo un prisma a través del cual observar el conjunto de sus aportaciones en otras áreas de la filosofía. En efecto, si bien es posible concebir un trabajo sobre la filosofía moral de Nino sin entrar a dar cuenta de su teoría del Derecho y, también, es posible, sin entrar en esta última, presentar su filosofía política y su concepción acerca de la democracia, sin embargo, cuando abordamos la teoría del Derecho de Nino, vemos que ha de entenderse como una proyección a partir de su filosofía moral y de su filosofía política. La teoría del Derecho de Nino se presenta aquí pues como un prisma privilegiado a partir del cual dar cuenta de aportaciones muy importantes que este autor hizo en la dilucidación de problemas que se presentan en los otros ámbitos mencionados. Por supuesto, mirar a través de un determinado prisma o adoptar una determinada perspectiva supondrá dejar de lado importantes problemas de filosofía política y de filosofía moral de los que Nino se ocupó, que pueden resultar de especial interés para quien adopte otro enfoque.

El objetivo que me propongo con este trabajo y que me ha llevado a escoger el esquema que he escogido es, precisamente, tratar de trazar las líneas principales -dando cuenta de la posición de Nino en diversos debates de teoría del Derecho- que nos permitan llegar con el aparato conceptual necesario y las tesis -intermedias- precisas (muchas de ellas, necesariamente, pertenecientes al ámbito de la filosofía moral y de la filosofía política) para entender su tesis acerca del imperialismo de la moral, o acerca del discurso jurídico como un caso especial del discurso moral. En definitiva, su tesis acerca de la

unidad del razonamiento práctico. Con este fin pues me propongo desarrollar el siguiente esquema:

El capítulo II: "¿Qué es el Derecho? La necesidad de una pluralidad de conceptos de Derecho" me permite presentar el marco de la aportación que hizo Nino en el debate acerca de las relaciones del Derecho y la moral. Los partícipes en la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo, en su vertiente más contemporánea, entre Dworkin y Hart, parecían -en la presentación que hace Nino de aquel debate- no ser conscientes de una cuestión analíticamente muy importante: los distintos puntos de vista determinan la necesidad de un concepto normativo o de uno descriptivo acerca del Derecho. Antes de pasar a dar cuenta del análisis que hace Nino de la polémica entre Hart y Dworkin, presento su origen más inmediato: la respuesta de Hart ante la crítica que iusfilósofos como Fuller, Radbruch, entre otros, hicieron a la tesis de la separación entre Derecho y moral; además, junto con lo anterior, apuntaré unas breves consideraciones acerca de la tradicional polémica iusnaturalismo vs iuspositivismo y en qué medida tal polémica era sólo fruto de una confusión acerca de los conceptos de Derecho.

En cualquier caso, desde el punto de vista de la dilucidación conceptual, Nino estaba en lo cierto. Su tesis acerca de la pluralidad de conceptos de Derecho, apuntada desde las primeras páginas del capítulo II, arrojará luz sobre los enredos en el debate entre Dworkin y Hart; posteriormente, en ese mismo capítulo tendré ocasión de presentar cómo elementos importantes tomados por Nino de ambas concepciones (dworkiniana y hartiana) le permiten trazar distintos conceptos del Derecho: un concepto descriptivo y un concepto normativo, que resultarán de utilidad en distintos contextos de lo jurídico (siempre, necesariamente, normativo en el ámbito del razonamiento jurídico justificativo). Cerraré este capítulo sobre la pluralidad de conceptos de Derecho presentando dos objeciones de

distinto tipo dirigidas al intento de Nino por superar la mencionada polémica: (1) la crítica de Carrió, que defiende que un concepto del Derecho positivista cumple funciones que Nino pretende negarle y la respuesta de Nino a la crítica de Carrió (esta polémica nos permitirá ver que el núcleo del tradicional debate no es en realidad -a diferencia de lo que Nino parecía creer- una cuestión puramente conceptual); (2) la crítica que dirige Ruiz Miguel a la teoría del Derecho de Nino sosteniendo que este último no es coherente con su tesis acerca de la pluralidad de conceptos de Derecho y acaba haciendo una teoría del Derecho más *à la Dworkin* que *à la Hart*. Aquí ensayaré una respuesta posible de Nino a la crítica de Ruiz Miguel. Esto me permitirá pasar al siguiente capítulo.

En el capítulo III: "Las normas jurídicas y su papel en el razonamiento práctico" introduzco el debate acerca de la normatividad del Derecho y las líneas de desarrollo de esta corriente; ello me permite identificar la perspectiva acerca de las normas jurídicas de la que se ocupa Nino. Después me ocupo de dar cuenta de los distintos sentidos en los que, en opinión de Nino, hablamos de normas jurídicas en el razonamiento jurídico justificativo; es esta su tesis acerca de la pluralidad de conceptos de norma jurídica.

El hecho de que Nino lleve a cabo un análisis de las normas jurídicas en términos de razones para la acción me lleva a dar cuenta de una serie de presupuestos filosóficos de los que se ocupa el propio autor y que permiten entender su posición en relación con esta cuestión. Con este propósito, pues, me ocupo de importantes consideraciones que realiza Nino especialmente en su trabajo *Introducción a la Filosofía de la acción humana* y en *El constructivismo ético* acerca de la praxis humana. De esta forma, doy cuenta del análisis que hace Nino especialmente del aspecto interno de las acciones individuales y de las prácticas colectivas como el Derecho y la moral. A su vez, esto me permitirá avanzar un paso más que consistirá en el estudio del concepto de razones para la acción como un *ítem*

distinto de los motivos o razones explicativas. En Nino, además, veremos que las razones para la acción son razones sustantivas objetivas en el razonamiento práctico. En este análisis me serviré de las consideraciones de J.C. Bayón, tal y como aparecen presentadas en su trabajo *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*⁶³ y de algunas importantes diferencias conceptuales trazadas por C. Redondo en su trabajo *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*. Pertrechada con este aparato conceptual, pasaré a ver los distintos conceptos de norma jurídica y cómo esto determina, en la concepción de Nino, su identidad (en el caso de las normas jurídicas como juicios de adhesión normativa) o su diferencia con los juicios de valor o principios morales, así como la respuesta acerca de si las normas expresan o no razones operativas autónomas. Para llevar a cabo estos análisis, Nino dialoga, como veremos, con el pensamiento de Hare y con el de Raz. Después, y para cerrar el capítulo sobre el papel de las normas en el razonamiento jurídico, me ocupo de una tesis central de Nino en la que convergen su teoría del Derecho, filosofía política y filosofía moral: me refiero a su concepción acerca de las normas jurídicas como razones para creer que existen razones para actuar. Esto es, el valor epistemológico de las normas jurídicas democráticas. Aquí, trato de ofrecer una lectura de Nino que pueda salvar una de las objeciones que le dirigió A. Rodenas en su trabajo *Sobre la justificación de la autoridad*⁶⁴.

Los términos en los cuales podemos decir, según Nino, que las normas son razones para la acción me habrán llevado, llegado este momento, a presentar su tesis acerca de la conexión justificativa entre el Derecho y la moral. Esta tesis será el objeto central del

⁶³ Bayón, J.C., *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, (1991).

⁶⁴ Ródenas Calatayud, A., *Sobre la justificación de la autoridad*, Centro de Estudios Constitucionales, (1996).

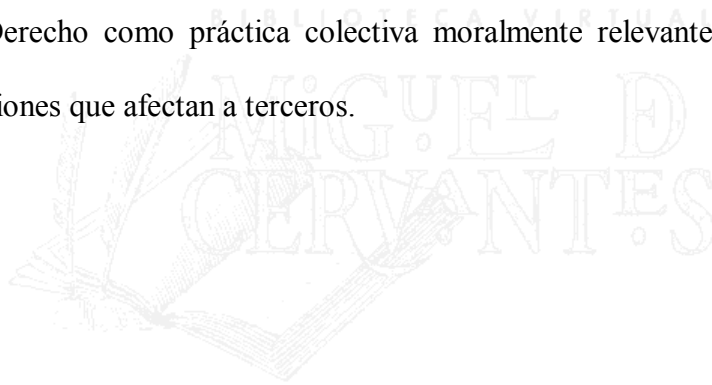
capítulo siguiente en el que me ocupo del concepto de validez, que Nino define como un concepto puente entre el Derecho y la moral.

Así en el capítulo IV: "La validez del Derecho" repito de nuevo el necesario esquema de análisis y distinción conceptual entre un sentido descriptivo de validez (como pertenencia) y otro normativo (validez o fuerza obligatoria). El análisis del primer sentido de validez lleva a Nino a Hart y a tratar de resolver determinados problemas que parecen presentarse en relación con este concepto. Así, el problema de la circularidad en la identificación de las normas jurídicas últimas. El análisis del segundo sentido de validez, esto es, la validez como concepto normativo, lleva a Nino, esta vez, a Kelsen. Nino considera que sólo un sentido normativo de validez puede permitir resolver los enredos en los que, de otro modo, incurriría la teoría kelseniana. Sin embargo, el concepto de validez de Kelsen se detiene demasiado pronto -en la norma fundamental- y no da cuenta de dónde viene esa fuerza vinculante que establece que se debe obedecer lo que el Derecho, la Constitución, establezca. A partir de esto, Nino traza uno de los puntos centrales para la comprensión de su filosofía del Derecho: la validez es un concepto normativo puente entre el Derecho y la moral. Son varios los análisis que llevan a Nino a sostener esta posición; todos ellos se relacionan con la imposibilidad de ofrecer una respuesta plausible sin superar el marco jurídico a los problemas con que se enfrentan los juristas que operan desde el contexto justificativo, es decir, que recurren al Derecho con la pretensión de justificar sus acciones y decisiones. Me ocupó aquí pues del análisis de Nino: (1) de los problemas de competencia del constituyente originario y de la individualización del orden jurídico en el tiempo a partir de su estudio de la denominada paradoja de Ross; (2) de la cuestión acerca de la validez de las normas *de facto*; y (3), de la justificación del control judicial de constitucionalidad. La tesis de Nino, como veremos, es que todos estos problemas ponen de

manifiesto el recurso que, necesariamente, se hace desde el punto de vista interno a consideraciones valorativas morales. De nuevo nos encontramos con su tesis acerca de la conexión justificativa entre el Derecho y la moral. Al ocuparme de estos problemas, y por las peculiaridades de la tesis de Nino, presento un aspecto central de su filosofía política y de su filosofía moral para la comprensión de su filosofía del Derecho: la concepción que Nino defiende acerca del discurso moral y de la deliberación democrática.

El capítulo V: "El razonamiento jurídico justificativo. La tesis de la unidad del razonamiento práctico" arranca, precisamente, de los problemas que, aparentemente, se derivarían de la tesis de la conexión justificativa del Derecho con la moral. Comienzo así este capítulo presentando con detalle las aparentes paradojas de la superfluidad del gobierno y del Derecho (y la Constitución) y de la indeterminación radical del Derecho y, después me ocupo de la solución que ofrece Nino. Esto me lleva a examinar su concepción acerca de la moral como práctica colectiva (el societarismo epistémico o la politización de la moral), su concepción de la política democrática, profundizando algo más en las líneas ya apuntadas en el capítulo anterior, como discurso moral regimentado, que le lleva a rechazar otras concepciones de la democracia, y su concepción del Derecho como práctica colectiva en la que se pondrá de manifiesto, además, determinados aspectos del Derecho como institución que nos ayudaran a comprender la diferencia entre el razonamiento moral puro y el razonamiento jurídico justificativo. Esta concepción de la moral, de la política democrática y del Derecho permite salvar la aparente paradoja antes apuntada y nos muestra la relevancia del Derecho en el razonamiento práctico. Este será el objeto de estudio de otro apartado del capítulo IV en el que me ocupo de la reconstrucción que hace Nino de la estructura del razonamiento jurídico como razonamiento escalonado en dos niveles y de la diferencia de su reconstrucción con el denominado modelo de la

"articulación consistente" de Dworkin; también me ocupó de nuevo (como ya apareció en el capítulo III) de cómo, en la concepción de Nino, la moral impregna todas las fases del razonamiento jurídico justificativo. En un apartado posterior, me ocuparé de la crítica que Cristina Redondo dirige a la tesis de la conexión de Nino y trataré de ver cual es la fuente más profunda de este desacuerdo acerca del razonamiento jurídico; avanzaré después alguna respuesta que pueda darse desde la tesis de la unidad del razonamiento práctico. Cerraré este capítulo con una reconstrucción, a partir de Nino, de esta tesis. Tesis que, por lo demás, me parece la más plausible como reconstrucción del razonamiento que, incluyendo el Derecho como práctica colectiva moralmente relevante, pretende justificar acciones y decisiones que afectan a terceros.



CAPÍTULO II: UNA PLURALIDAD DE CONCEPTOS DE DERECHO

1. INTRODUCCIÓN.

La pregunta acerca de qué es el Derecho abre uno de los debates clásicos en la Filosofía del Derecho: el debate entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Como veremos en estas páginas, los términos en los que se ha desarrollado este debate nos remiten en última instancia al problema acerca de si existe o no una conexión conceptual entre Derecho y moral.

Hoy en día, la polémica acerca de si existe o no esta conexión conceptual viene a ser el paradigma de discusión entre las teorías del Derecho desde el punto de vista “del observador”¹ y las teorías del Derecho desde el punto de vista del participante; y también, entre quienes reivindican la capacidad del Derecho para crear autónomamente deberes, y quienes sostienen que esto sólo es posible cuando el Derecho es entendido conceptualmente unido a la moral.

Lo que tienen en común las teorías desde el punto de vista del participante es que reivindican la prioridad ontológica y la prioridad epistemológica (identificación de qué sistema normativo es "Derecho válido")² de tal punto de vista y, concretamente, de una

¹ Sean o no de orientación hartiana. Las teorías de orientación hartiana sostienen que una teoría del Derecho tiene que incluir una descripción de las pretensiones normativas formuladas por quienes aceptan o aplican el sistema jurídico; sin embargo, el problema de Hart fue –según escriben Nino y Garzón Valdés– que su intento de explicar la normatividad fracasa puesto que trató de explicarla sin recurrir a la pretensión de autoridad, de legitimidad o de corrección de la parte oficial del sistema, haciéndolo en términos de consideraciones prudenciales, apatía o hábito no reflexionado. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, ed. Astrea, (1985), Garzón Valdés, E., “Algo más acerca de la relación entre Derecho y Moral”, en *Doxa* 8, (1990), págs. 11-129.

² En contra de la prioridad del punto de vista del participante en la identificación del Derecho puede verse Laporta, F., “Derecho y Moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista”, *Doxa* 8 (1990), págs. 131-147. Laporta sostiene la identidad epistémica de ambos puntos de vista. De esta forma sostiene Laporta: “Me parece que sobre la *verdad* del enunciado 'la norma A es derecho válido en el sistema X', entre el punto de vista de un observador mínimamente informado y el del identificado con el sistema tiene que haber coincidencia, porque su posición ante ese sistema es irrelevante a *efectos cognitivos*. Otra cosa, claro está, es que esa posición tenga otras implicaciones”, pág. 109. Para un análisis de la tesis de “la identificación objetiva del Derecho” véase Bayón, J.C., “Participantes, observadores e

versión fuerte de participante - aquél que asume el punto de vista moral-; además, precisamente por ello, consideran que es necesario establecer puentes con la filosofía moral y con la filosofía política. Efectivamente, esto es así porque para estas teorías la pregunta acerca de qué es el Derecho no se puede separar de la cuestión acerca de por qué se debe obedecer el Derecho y, en última instancia, de la pregunta acerca de “por qué debo actuar” de una determinada forma. Entre estas teorías del participante se encuentran, sin duda, la de Dworkin y, también, la de Greenawalt³ y la de Nino. Citar a Nino entre las teorías del Derecho del participante -como lo han hecho algunos autores⁴- podría ser visto como una denuncia de que Nino, pese a haber pretendido defender la tesis de que la pluralidad de puntos de vista o perspectivas en relación con el Derecho impide dar una respuesta *a priori* acerca de la conexión conceptual entre Derecho y moral, acaba, sin embargo, por inclinarse hacia una teoría normativa del Derecho. En qué medida puede imputarse a Nino tal deslizamiento es algo a lo que algo más adelante daré una respuesta tentativa. Antes me ocuparé de dar cuenta del intento de Nino por introducir algo de luz en la mencionada polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo -o, por decirlo con más exactitud⁵, entre los partidarios de un concepto normativo y los de un concepto descriptivo de Derecho- y, en definitiva, de su tesis acerca de la pluralidad de conceptos de Derecho.

identificación del Derecho” (1995). Bayón sostiene que si esta tesis es entendida como "tesis de la igualdad de posibilidades epistémicas" de los sujetos con actitudes prácticas distintas, entonces es correcta -esto es, "la identificación de cuál sea la norma de reconocimiento socialmente existente arroja el mismo resultado al margen de las actitudes prácticas del sujeto que la identifica, pero no lo es si lo que está diciéndose es que la regla desde el punto de vista del observador coincide con la regla desde el punto de vista **de cada uno de** los aceptantes". [La negrita es mía], Bayón, J.C., "Participantes, observadores e identificación del Derecho", cito a partir de ponencia en I Congreso hispano-italiano, Imperia, Italia, (1995).

³ Greenawalt, K., “Too Thin and too Rich”, en R.George ed., *The Autonomy of Law*, Oxford University Press, (1996). Tomo la referencia de Ruiz Miguel, A., “Derecho y punto de vista moral”, *Anuario de Filosofía del Derecho* XIV, (1997).

⁴ Calsamiglia, A., “Teoría del participante *versus* teoría general del Derecho: una aproximación”, *Anuario de Filosofía del Derecho* XIV, (1997), págs. 485-507, Ruiz Miguel, A., “Derecho y punto de vista moral”, *Anuario de Filosofía del Derecho* XIV, (1997).

⁵ No todas las teorías que reivindican un concepto normativo de Derecho pueden ser calificadas de iusnaturalistas si entendemos por tal el que, en sus muy diferentes versiones históricas, ha sostenido la existencia de un Derecho Natural como orden inmanente en la naturaleza o que provenía de Dios y al cual los postulados de los ordenamientos positivos debían conformarse para ser Derecho. Además, el rótulo de

Como tendremos ocasión de ver a lo largo de estas páginas, el intento de Nino por resolver la tradicional polémica comienza con la denuncia de que ambas posiciones parten de lo que es, en su opinión, un falso presupuesto: la existencia de un único y verdadero concepto de Derecho. Como acabo de señalar, frente a este presupuesto, Nino reivindica la utilidad de acuñar distintos conceptos de Derecho que den cuenta de cómo esta expresión se emplea desde los diversos puntos de vista que pueden asumirse en relación con el fenómeno jurídico (súbditos, jueces, legislador, abogado, teóricos del Derecho). Es ésta su tesis de la pluralidad de conceptos de Derecho: según cual sea el tipo de discurso ante el que nos encontremos, precisaremos un concepto de Derecho u otro. Y, además, la respuesta a la pregunta acerca de la conexión conceptual entre Derecho y moral dependerá del concepto de Derecho que tengamos presente en ese momento⁶.

En las páginas que siguen me ocuparé, pues, de dar cuenta del análisis que Nino hace de este importante debate en torno al concepto de Derecho y de su tesis de la pluralidad de conceptos de Derecho, tal y como es presentada, principalmente, en sus trabajos *Introducción al análisis del Derecho* (1980), *La validez del Derecho* (1985) y *Derecho, Moral y Política* (1994)⁷.

Para ello, seguiré el siguiente esquema:

En primer lugar, presentaré el contexto inmediatamente anterior a la intervención de Nino en el debate. En segundo lugar, daré cuenta de la exposición que, desde una perspectiva casi exclusivamente analítica, hace Nino de la tradicional polémica iusnaturalismo vs iuspositivismo. Cuando, por los años 70, Nino interviene en la polémica,

'positivismo jurídico' es, hoy en día, especialmente ambiguo.

⁶ Que la cuestión acerca de la conexión conceptual entre Derecho y moral no puede ser respondida sin desengranar, previamente, qué sentido de Derecho y qué sentido de moral –moral positiva o moral crítica– estamos manejando puede verse también, entre otros, en Laporta, F. “Vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista”, *Doxa* 8, (1990), págs. 131-147, Garzón Valdés, E. “Algo más acerca de la relación entre Derecho y Moral”, *Doxa* 8 (1990), págs. 111-129

⁷ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho* (1980), ed. Ariel, (1983), *La validez del Derecho*, ed. Astrea (1985), *Derecho, Moral y Política*, ed. Ariel, (1994). Previamente, aunque recogidos en los trabajos citados, Nino, C.S., *Notas de Introducción al Derecho*, 4 vol. BsAs (1973), Nino, C.S. “Los conceptos de Derecho”, *Crítica*, México (1981).

lo hace en un contexto en el que la discusión de sus contemporáneos estaba centrada en el debate entre Hart y Dworkin y de ahí que se centre para analizar el problema acerca del (de los) concepto(s) de Derecho, precisamente, en la denominada ofensiva antipositivista de Dworkin. Del análisis que de este aspecto del pensamiento de Dworkin hace Nino, me ocuparé en un tercer apartado de este capítulo. Posteriormente veremos cuál es la controversia que, según Nino, está detrás del debate (iuspositivismo-iusnaturalismo): la opción entre un concepto descriptivo o un concepto normativo de Derecho. Presentaré los ejemplos que Nino estudia de teorías que mantienen una y otra posición y de los argumentos que –según nuestro autor- se han dado a favor de cada una de ellas. El siguiente apartado lo dedicaré a presentar el análisis que hace Nino de las consecuencias derivadas de la opción por uno u otro concepto y expondré su tesis de la pluralidad de conceptos de Derecho. Como veremos –y ya he apuntado-, con esta tesis nuestro autor quiere “poner fin –o al menos, mostrar el sin sentido- a la controversia entre iusnaturalismo y positivismo jurídico” e introducir así algo más de claridad en el debate acerca de la conexión conceptual entre Derecho y moral. Cerraré este capítulo con algunas críticas que han sido dirigidas al intento de Nino por dirimir la mencionada controversia.

2. LOS ORÍGENES DE LA POLÉMICA.

Dar cuenta de la complejidad de la evolución histórica⁸ del concepto de Derecho a través de las complejas relaciones que, a lo largo de la historia, han tenido lugar entre el Derecho Natural -Ley natural- y el Derecho positivo -Ley humana- es una labor que excede los límites de este trabajo. Baste señalar -consciente de los riesgos que supone una simplificación de este tipo- que la milenaria corriente iusnaturalista puede ser vista -

⁸ Cfr. Welzel, H. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Biblioteca Jurídica Aguilar, (1979), González Vicén, F., *De Kant a Marx (Estudios de Historia de las ideas)*, ed. Fernando Torres, (1984).

al menos en algunos de sus representantes y si bien no siempre con el aparato conceptual adecuado, o, especialmente, con las filiaciones ideológicas plausibles- como una corriente que reivindicó la conexión que, a los efectos de entender el Derecho como vinculante, había entre el Derecho y la moral.⁹ Cuando por el siglo XVII, con Hobbes¹⁰, dio sus primeros pasos el positivismo jurídico -al menos en su estado más embrionario- surgió la centenaria polémica que, aunque con importantes matices, se ha perpetuado hasta nuestros días. A diferencia de los debates en el propio seno de la corriente iusnaturalista anterior en los que la discusión giraba acerca de la procedencia y fundamentación del Derecho natural, con los primeros pasos del iuspositivismo, el marco de la discusión cambia: nos encontramos ahora con la polémica entre quienes consideran que las normas dictadas por la autoridad que detenta el poder político son, sin más, Derecho y quienes sostienen que tales normas, para ser calificadas como Derecho, han de ser conformes con pautas de justicia. La discusión ya no girará en torno al Derecho Natural en sí, sino en torno a las relaciones entre Derecho positivo y Derecho Natural. En última instancia, nos encontramos a partir de entonces con el debate acerca del problema de la fuerza vinculante de los ordenamientos jurídicos positivos; debate que tendrá lugar de forma expresa con toda su virulencia después de la

⁹ En este sentido puede citarse a San Agustín y a Santo Tomás. San Agustín toma del estoicismo la división fundamental del Derecho en ley eterna, ley natural y ley temporal. La *Lex temporalis*, es decir, la ley positiva y mudable, adaptada a las circunstancias del momento, sólo es Derecho y sólo posee fuerza vinculatoria, en tanto que deriva del Derecho eterno e inmutable. Una “ley” que no es justa, no es ley, y no posee fuerza de obligar. San Agustín, *De Libero arbitrio*, I, 5, 11; I,6,14, *Epodos*, 105, 2, 7 (citado en González Vicén, F., *op.cit.*, pág. 52). Santo Tomás, siguiendo la tradición estoico-agustiniana, distingue – además de la *lex divina*, que conocemos por la revelación y nos señala nuestro fin sobrenatural- tres leyes del orden natural universal: la *lex aeterna*, la *lex naturalis* y la *lex humana seu positiva*. Según Santo Tomás también, sólo en tanto que la ley positiva es deducida de la ley natural tiene fuerza de ley, *ratio legis*, y obliga en conciencia a los súbditos. Una ley, en cambio, que se aparta del Derecho natural no es verdadera ley, *lex legalis*, sino sólo una corrupción de su propio sentido, una *legis corruptio*. Esta última no obliga en conciencia; aunque, sin embargo, puede ser obedecida, para evitar escándalo y perturbación. Sólo en el caso de que vulnere la misma *lex divina*, está prohibido obedecerla en absoluto. Santo Tomás, *Summa Theologica*, II,1 (citado en González Vicén, F., *op.cit.*, pág. 55).

¹⁰ Cfr. González Vincén, F., *op.cit.*, pág. 207. En el mismo sentido, pero trazando la trayectoria del iusnaturalismo, Welzel señala a Hobbes como el pensador en quien aparece en toda su pureza el pensamiento nominalista. En él -y de forma paralela al mandato divino- aparece el mandato estatal como causa de justificación. Welzel, H., *Introducción a la filosofía del Derecho*, *op.cit.*, págs. 116-126.

II Guerra Mundial, cuando los iuspositivistas fueron considerados por los iusnaturalistas como legitimadores, en el terreno de las ideas, de regímenes atroces como el nacionalsocialismo alemán.

Es en estos momentos en los que sí es preciso que nos detengamos, para entender el análisis posterior de Nino, profundizando para ello en la presentación que ya hice en la introducción de este trabajo de lo que supusieron en la historia de la filosofía del Derecho los años posteriores a la segunda guerra mundial. Y es que, el punto de partida dónde entra Nino bien puede considerarse la polémica entre Hart y Fuller, que tiene cómo origen el cambio que en parte del pensamiento iusfilosófico se produjo por aquellas fechas.

Los años 1933-45 significaron una profunda cisura para la teoría jurídica. Dos manifestaciones de Radbruch, una del año 1932 y otra del año 1947 dan cuenta de esa cisura¹¹. Un año antes de la llegada al poder del nacionalsocialismo, Radbruch había consagrado filosóficamente, por así decirlo, el ‘concepto estricto’ del Derecho del positivismo: “Quien es capaz de imponer el Derecho, prueba con ello que está llamado a crear Derecho”¹². De su convicción de la “incognoscibilidad del Derecho Justo”, que le había conducido al “relativismo”, Radbruch dedujo tanto la imposibilidad de un Derecho Natural, como la validez ilimitada del Derecho positivo. Dos años después del derrumbamiento del nacionalsocialismo escribía, sin embargo, acerca de la necesidad de que la ciencia del Derecho meditara sobre un Derecho superior a la Ley, un Derecho Natural¹³.

Escribe Guido Fassó que, no sin razón, el fenómeno del renacimiento del iusnaturalismo (aunque de una forma muy diferente al tradicional) se verificó en

¹¹ Welzel, H. *op.cit.*, pág. 230.

¹² Radbruch, *Rechtsphilosophie*, (1932), pág.81. Cito por Fassó, G., *Historia de la Filosofía del Derecho*, ed. Pirámide (1985), T. 3, pág. 271

¹³ Radbruch, *Die Wandlung*, (1947), pág. 9.

Alemania. La experiencia del régimen nacionalsocialista, de las iniquidades por él perpetradas y de la catástrofe en la que el país se había visto envuelto, llevó a muchos juristas, tanto teóricos como prácticos, a buscar valores que no sólo no dependieran de la voluntad del Estado, sino que pudieran imponerse a ésta, limitándola y controlándola. En efecto, los mismos tribunales de la Alemania Federal, al menos en los dos primeros decenios de la postguerra, con frecuencia se recondujeron al Derecho Natural o, de diversas formas, a principios superiores al dictamen de la ley positiva¹⁴. En este mismo sentido escribe Garzón Valdés¹⁵ que los diversos autores reaccionaban contra el positivismo jurídico en la obra de Kelsen representado en su *Teoría Pura del Derecho* (1934), a la que se hacía prácticamente responsable de la implantación del nacionalsocialismo.

Como señalaba unas líneas más arriba, hacia el final de la guerra se produjo la conversión al iusnaturalismo de G. Radbruch (1879-1949). Si antes de la guerra, siguiendo su relativismo de entonces, declaraba la imposibilidad del conocimiento de lo justo y sostenía que “está llamado a establecer el Derecho el que se encuentra en situación de imponerlo”¹⁶ en el mismo año de la caída del poder del nacionalsocialismo suscribió la idea de la validez del Derecho Natural recogiéndola en su obra *Vorschule der Rechtsphilosophie* (1948), donde escribía que “tras un siglo de positivismo jurídico ha resurgido potentemente la idea de un Derecho supralegal con el que conmensuradas las leyes positivas también pueden ser representadas como un 'injusto legal'”¹⁷. Esta exigencia de limitar el poder es recogida en Radbruch en la categoría de naturaleza de

¹⁴ Fassó, G., *Historia de la Filosofía del Derecho*, ed. Pirámide (1985), T.3, pág. 270.

¹⁵ Garzón Valdés, E., *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 1, (1984), pág. 95.

¹⁶ Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 4ª ed (1ª ed. 1963), pág. 97, 179, y ss. Citado por Fassó, G., *op.cit.*, pág. 271.

¹⁷ Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Gottinga, (1959), pág.114. Citado por Fassó, G., *op.cit.*, pág. 271.

las cosas¹⁸. Con ella Radbruch trata más bien de dar cuenta de la existencia de cauces exigidos por la misma realidad de las cosas con las que tiene que ver el Derecho por su *manera* de ser, por su legalidad intrínseca, que de imponer o asignar ideales o aspiraciones derivados de la razón interior o de una inspiración superior¹⁹. Esta expresión “naturaleza de las cosas” [*Natur der Sache*] será aceptada por no pocos juristas alemanes convirtiéndose en clave del “renacimiento del Derecho natural”.²⁰

A juicio de Garzón Valdés, la trascendencia del concepto de la “naturaleza de las cosas” es paradójica si consideramos que ya Kant estableció la separación entre el ámbito del ser y el del deber ser, que Hume descubrió la falacia naturalista o que Kelsen recogió la dualidad fundamental entre el ser y el deber ser. Según Garzón Valdés, pese a las limitaciones que introducen en el manejo de la expresión autores como Radbruch y Welzel, en su conjunto, la doctrina de la “naturaleza de las cosas”²¹ resulta, en opinión de Garzón Valdés- menos aceptable, por incurrir en la “falacia naturalista”, que otras

¹⁸ Introducida por este autor en su trabajo “Die Natur der Sache als juristische Denkform” en *Festschrift für Rudolf Laun*, Hamburgo, (1948).

¹⁹ Rodríguez Paniagua, J.M. *Historia del pensamiento jurídico*, ed. Universidad Complutense (1984), pág. 485.

²⁰ Para un estudio del nacimiento de esta expresión, de cómo fue recogida y las funciones que cumplió en el pensamiento jurídico alemán y los distintos sentidos que se le dio por los diversos autores alemanes de la segunda postguerra véase Garzón Valdés, E. “Derecho y ‘naturaleza de las cosas’”, en *Derecho, Moral y Política*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, (1993), pág. 35. El trabajo fue publicado por primera vez por la ed. Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) en 1970.

²¹ Radbruch consideraba que los “hechos naturales” sólo tienen relevancia para el Derecho en la medida en que éste o la costumbre social los valore y les dé sentido. El sentido de una cosa, su naturaleza, no se encuentra en la cosa, ni en las estructuras de la realidad, sino que depende del “tipo ideal” de la “institución jurídica”, cuyo origen artificial está expresado por el procedimiento mismo que se utiliza para la creación de la institución: la construcción jurídica. No es posible, pues, obtener otros valores o sentidos de las cosas que los que el hombre ha colocado previamente en ellas. Por lo demás, Radbruch consideraba que la función de la “naturaleza de las cosas” en el ámbito del Derecho es sumamente restringida y no puede ser interpretada como fuente del Derecho. Por su parte, Welzel acuñó la expresión “estructuras lógico-objetivas”²¹ utilizada de una forma muy similar a la de “naturaleza de las cosas”. Escribe Garzón Valdés que este autor, aunque sostiene la imposibilidad de derivar el ser del deber ser, sostiene que el legislador ve limitado su poder para conformar la realidad por las estructuras lógico-objetivas. Estas son dadas de antemano al legislador y éste tiene que tenerlas en cuenta si no quiere dictar una legislación incompleta, con lagunas, o, en algunos casos, una legislación de imposible cumplimiento. Autores como Maihofer van más allá y sostienen que inferir a partir de la “naturaleza de las cosas” es inferir a partir de “cosas”(situaciones que están dadas en el mundo, situaciones vitales constituidas por acontecimientos complejos que suceden en la vida del hombre y que configuran la relación entre la subjetividad del hombre y la objetividad del mundo). Se trata de un “Derecho natural concreto” (no de normas pertenecientes a un Derecho natural abstracto) que puede servir para llenar lagunas dentro del marco permitido por la ley. Garzón Valdés, E., “La naturaleza de la cosa” (1970), incluido en Garzón Valdés, E., *Derecho, Moral y Política*, *op.cit.*

versiones del Derecho natural inatacables desde el punto de vista lógico al derivar sus normas de la voluntad de un legislador divino o de proposiciones de deber ser²².

En el ámbito anglosajón, dentro de la corriente de la filosofía analítica, en 1957 Hart reacciona con su trabajo “El positivismo y la separación entre el Derecho y la moral”²³ y, posteriormente, en *El concepto de Derecho* (1961) tratará de dar cuenta de la normatividad del Derecho desde el paradigma positivista, distinguiendo entre el punto de vista interno o del aceptante y el punto de vista externo o del observador. El pensamiento hartiano trazará el marco exacto del debate en torno al concepto de Derecho en el que interviene, dos décadas más tarde, Nino.

En su trabajo de 1957 sobre la separación del Derecho y la moral, Hart trata de responder contra las acusaciones que se habían dirigido a los positivistas jurídicos de haber oscurecido el hecho de que hay un punto de intersección entre el Derecho y la moral, y se ocupa de ver qué significa la tesis del punto de unión entre Derecho y moral, cuáles son las versiones de esta tesis que los positivistas rechazan y si están o no equivocados al hacerlo. Hart se centra, concretamente, en la distinción entre el Derecho y la moral tal como fue trazada por Bentham y Austin y en la crítica que en los Estados Unidos y en Inglaterra se dirigió en los años que siguieron a la 2ª Guerra Mundial a tal separación.

²² Por lo que se refiere al papel ideológico en relación con la justificación de determinado tipo de regímenes, Garzón Valdés abandonó su tesis inicial de la “peligrosidad” del iusnaturalismo – sostenida inicialmente en sus trabajos “Derecho e ideología” (1968) y “La naturaleza de la cosa” (1970) [recogido, como todos los anteriores trabajos en Garzón Valdés, E. *Derecho, Moral y Política*] frente a quienes sostenían que el positivismo jurídico de Kelsen había inspirado regímenes como el de Hitler- para sostener la tesis más neutral de la falta de conexión causal entre iusnaturalismo o iuspositivismo y comportamiento ciudadano, en su trabajo “Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral” – publicado en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 8, (1990). Agradezco esta información a M. Alemany, en su trabajo –sin publicar- sobre la crítica de Garzón Valdés a la teoría de la “naturaleza de las cosas”.

²³ Pronunciado como conferencia en Harvard en 1957, este trabajo fue publicado en 1958 y aparece recogido en *Derecho y Moral. Contribuciones a un análisis*, ed. Depalma, BsAs, (1962), [Trad. y nota preliminar de G.R.Carrió].

Según escribe Hart, lo que tanto Bentham como Austin tenían sumo interés en subrayar era que, en ausencia de una prescripción legal o constitucional expresa, del mero hecho de que una regla viole pautas morales no se infiere que ella no es una regla de Derecho; e inversamente, del mero hecho de que una regla sea moralmente deseable no se infiere que es una regla de Derecho²⁴.

Para Hart, esta separación, lejos de ser una fuente de confusión es una fuente de claridad para los juristas y, yendo más allá de la crítica que se dirigieron contra los aspectos particulares defendidos por los utilitaristas, aborda la pretensión de que surge una conexión esencial entre el Derecho y la moral cuando examinamos cómo son interpretadas y aplicadas en los casos concretos aquellas leyes cuyo significado es discutible, así como la conexión que también se pretende que surge cuando vamos más allá y nos preguntamos, no ya si una regla particular de Derecho debe satisfacer un mínimo moral para ser una norma jurídica, sino si un sistema de reglas que no llegue a alcanzar ese mínimo puede ser considerado un sistema de Derecho.

Hart escribe que a partir del carácter vago del lenguaje –en el cual se apoya la crítica americana contra la separación (en la forma positivista de separación entre el Derecho que es y el Derecho que debería ser) entre Derecho y moral- y de que, por lo tanto, las palabras que utilizamos poseen un núcleo claro de significado y una zona de penumbra, no se puede concluir sin más la conexión necesaria entre Derecho y moral. Veamos esto con algo más de detenimiento. La crítica norteamericana contra el formalismo se articulaba de la siguiente forma: si todas las reglas de Derecho han de

²⁴ Según escribe Hart, con esto Austin y Bentham pretendían evitar principalmente dos peligros: el peligro de que el Derecho y su autoridad puedan disolverse en la concepción que tiene el hombre del Derecho que debe ser y el peligro de que el Derecho vigente pueda reemplazar a la moral como criterio final de conducta y escapar así a la crítica. Pero lo que –según escribe Hart- nunca negaron ni Bentham ni Austin fue que, como hecho histórico, el desarrollo de los sistemas jurídicos ha estado poderosamente influido por la moral o que, en virtud de prescripciones jurídicas expresas, principios morales pueden ser incorporados en diversos puntos a un sistema jurídico y formar parte de sus reglas, o que los tribunales pueden hallarse jurídicamente obligados a decidir de acuerdo con lo que consideren lo más justo o lo mejor. Hart, "El positivismo y la separación entre el Derecho y la moral", *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis* (1962), pág. 10.

estar circundadas por una penumbra de incertidumbre, entonces su aplicación a casos específicos en el área de penumbra no puede ser materia de deducción lógica, y así, el razonamiento deductivo, no puede servir como modelo de lo que los jueces o, en realidad, cualquier otro sujeto, debe hacer al colocar los casos particulares bajo reglas generales. Según estos autores, si las controversias y decisiones jurídicas acerca de cuestiones de la penumbra han de ser racionales, su racionalidad tiene que sustentarse en algo distinto de una relación lógica con las premisas, y el criterio que hace que una decisión sea fundada en tales casos es algún concepto de lo que el Derecho debe ser; esto les lleva a la afirmación de que dicho criterio ha de consistir en un juicio moral acerca de lo que el Derecho debe ser.

Pues bien, Hart, aunque se adhiere a la crítica contra el formalismo –el relevante aquí es el de los jueces²⁵–, señala que la médula del error de un juez formalista consiste en atribuir a algún término general una interpretación ciega a los valores sociales y a las consecuencias que de ella se deriven. En efecto, escribe Hart que los jueces formalistas, apelando a la lógica, en lugar de hacer su elección a la luz de los objetivos sociales fijan el significado de un modo diferente: sentido ordinario, sentido en algún contexto jurídico, considerar que es un caso típico y, después, de forma arbitraria destacar ciertos perfiles en él; tratando a estas tres notas como condiciones siempre necesarias y suficientes, sin preocuparse por las consecuencias sociales que resultan de asignarle esta interpretación. Sin embargo, –y en esto es en lo que, según Hart²⁶, hierra el formalismo– en este recurso a las consecuencias no hay ni más ni menos lógica que en el caso en que la interpretación dada a un término general y la consecuente aplicación de alguna regla

²⁵ Por lo demás, Austin no incurrió en el error de ver la decisión judicial como una deducción a partir de las premisas en que las elecciones prácticas de los jueces o sus decisiones no desempeñen papel alguno. Austin conocía muy bien el carácter del lenguaje, su vaguedad o naturaleza abierta y pensaba que en las situaciones de penumbra los jueces están forzados a legislar, y recrimina a los jueces del *common law* por legislar tímidamente y sin vigor y por apoyarse de forma ciega en analogías reales o supuestas con los casos del pasado, en lugar de adaptar sus decisiones a las crecientes necesidades de la sociedad, tal y como se revelan por el patrón moral de utilidad. Hart, *op.cit.*, pág. 34.

²⁶ Hart, *op.cit.*, pág. 32-33.

general a un caso particular está controlada conscientemente por algún objetivo social reconocido.

La replica que Hart dirige a la crítica norteamericana es que, de la afirmación de que es equivocado decidir casos en forma mecánica y automática y de que es correcto decidirlos por referencia a propósitos sociales, no puede, sin más, inferirse que la insistencia de los utilitaristas sobre la distinción entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser es errónea. Escribe Hart que esto implicaría suponer que los objetivos, los criterios de conveniencia y los propósitos a los cuales deben recurrir los jueces, si sus decisiones han de ser racionales, deben ser considerados en sí como partes integrantes del Derecho, en algún significado que resulte más esclarecedor que el que le asignan los utilitaristas²⁷. El punto central del debate es articulado por Hart de la siguiente manera: si es verdad que la decisión inteligente de las cuestiones que están situadas en la zona de penumbra no se hace en forma mecánica, sino a la luz de propósitos, objetivos y criterios de conveniencia, aunque no necesariamente a la luz de algo que deba ser llamado principio moral ¿es sensato expresar este importante hecho diciendo que debemos abandonar la firme distinción de los utilitaristas entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser? Quizá la pretensión de que es sensato hacerlo no puede ser teóricamente refutada, porque ella es, en efecto, una invitación a revisar nuestro concepto de lo que es una regla jurídica. Se nos invita aquí a incluir en la “regla” los criterios de conveniencia y finalidades a la luz de los cuales se deciden casos situados en su zona de penumbra, y ello porque debido a su importancia, estas finalidades tienen

²⁷ Como veremos, está es la postura que, precisamente, defiende Dworkin para quien, según la caracterización que hace Hart de la postura defendida por la crítica norteamericana "los jueces se limitan a 'extraer' de la regla lo que, si se la entiende adecuadamente, está latente en ella". Hart, H.L.A., "El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y Moral", en *op.cit.*, pág. 35.

tanto título como el núcleo de reglas jurídicas de significado establecido para ser llamadas “Derecho”²⁸.

Hart, sin embargo, da dos razones por las cuales esta nueva definición no le parece adecuada:

- 1) Hay una forma menos misteriosa de expresar lo que sucede en el proceso judicial: las leyes padecen de una inevitable insuficiencia y tenemos que decidir racionalmente los casos de la zona de penumbra teniendo presentes finalidades sociales.
- 2) Insistir en la distinción de los utilitaristas es subrayar que el núcleo fijo de significado establecido es Derecho en un sentido de algún modo centralmente importante y que, si bien hay fronteras, no todo es zona de fronteras.

Por otra parte, Hart señala que Radbruch se equivocaba al inferir de la facilidad con que el régimen nacionalsocialista se aprovechó de la obediencia al mero Derecho y de la actitud pasiva de los alemanes frente a las enormidades que se les exigía que perpetraran en el nombre del Derecho, que el positivismo (que significaba la insistencia en la separación entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser) hubiera contribuido poderosamente a esos horrores. Como también tuvimos ocasión de ver, tales consideraciones condujeron a Radbruch a la doctrina de que los principios fundamentales de la moral humanitaria son parte del concepto de Derecho o legalidad, y a sostener que ninguna norma positiva, por clara que sea su formulación y por manifiesta que aparezca su conformidad con el criterio formal de validez de un sistema jurídico dado, puede ser válida si contraviene principios morales básicos.

Hart considera equivocada la cláusula de Radbruch -que establecía que el Derecho contiene en sí un principio moral humanitario²⁹- puesta en práctica en diversas

²⁸ Hart, *op.cit.*, pág. 38.

²⁹ Según Hart la postura de este autor parece presuponer una enorme sobrevaloración de la importancia

ocasiones por los tribunales alemanes, al juzgar, tras la guerra, ciertos casos en los que fueron condenados criminales de guerra locales, espías y delatores bajo el régimen nazi.

Esta línea de razonamiento, que llevó a declarar que las leyes establecidas desde 1934 en Alemania carecían de fuerza de ley y que fue seguida en muchos casos³⁰, celebrados -escribe Hart³¹- como un triunfo de la doctrina del Derecho natural y como una señal del derrocamiento del positivismo, es fuertemente criticada por Hart (al margen, claro está, de los buenos propósitos perseguidos por ella). Este autor considera que el camino conceptual e ideológicamente correcto hubiera sido haber hablado abiertamente de la aplicación de normas retroactivas. Esto habría puesto en claro que se trata de casos en los que hay que optar -y hacerlo abiertamente es moralmente más plausible- entre dos males. En opinión de Hart, el defecto de este uso del principio de que, en ciertos puntos límites, lo que es totalmente inmoral no puede ser Derecho es que servirá para enmascarar la verdadera naturaleza del problema favoreciendo la creencia errónea -explica Hart- de que todos nuestros valores terminarán por ensamblarse en un sistema único, sin que ninguno de ellos tenga que ser sacrificado o comprometido para dar cabida a otro³².

Y así en contra de quienes ven en la postura iusnaturalista una forma de defender la exigencia de no aceptar como valores últimos los que vienen impuestos mediante la fuerza por aquellos que están en el poder³³, Hart sostiene que si adoptamos el punto de

del hecho desnudo de que se pueda decir de una regla que es una regla válida de Derecho, como si esto, una vez declarado, suministrara una respuesta concluyente a la decisiva pregunta moral: "¿Debo obedecer esta regla de Derecho?". Cuando -continúa Hart- la respuesta verdaderamente liberal a cualquier uso siniestro del slogan "el Derecho es el Derecho" o de la distinción entre Derecho y moral, es la siguiente: "Muy bien, pero esto no pone fin a la cuestión. El Derecho no es la moral; no permitamos que la reemplace". Hart, H.L.A. *op.cit.*, pág. 44.

³⁰ En relación con la aplicación de la cláusula radbruchiana en un momento posterior, tras la caída del muro de Berlín, en los "procesos contra los centinelas del muro" la caída, cfr. Alexy, R., "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 23, (2000), págs. 197-230.

³¹ Hart, H.L.A., *op.cit.*, pág. 47.

³² Hart, H.L.A., *op.cit.*, pág. 46-48.

³³ Por lo que se refiere al papel que históricamente ha jugado el Derecho natural reivindicando "la exigencia de no aceptar como valores últimos los que vienen impuestos por la fuerza de la clase política

vista de Radbruch y con él y con los tribunales alemanes formulamos nuestra protesta contra las leyes atroces diciendo que ciertas leyes no pueden ser Derecho por su iniquidad moral, oscurecemos una de las formas más poderosas de crítica moral. Si hablamos con claridad como los utilitaristas, diremos que las leyes pueden ser Derecho aunque sean demasiado malas para ser obedecidas. Si, por el contrario, formulamos nuestra objeción diciendo que estas cosas atroces no son Derecho, ésta es una afirmación que muchos no creerán y que, aunque estén dispuestos a darle crédito, les parecerá que suscita una multitud de disputas filosóficas antes de poder ser aceptada³⁴.

Hart admite un punto de conexión entre Derecho y moral. En su concepción, sin embargo, tal conexión no es necesaria sino contingente: entre el Derecho y la moral existe una amplia zona de coincidencia que se explica por la existencia de ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable (y asegurar así una base de consenso) y que es denominada por Hart “contenido mínimo de Derecho natural”³⁵. Pero en la concepción hartiana cuando se afirma que una determinada norma –situada en la zona común de Derecho y moral- tiene carácter jurídico esto no descansa en razones morales sino que es el propio ordenamiento jurídico (o, para ser más precisos, la regla de reconocimiento de la que da cuenta Hart) el que le otorga validez jurídica. Así, la cláusula hartiana de "contenido mínimo de Derecho natural" sería -en

dominante”, “asegurando en unos casos la validez del orden jurídico establecido o minando sus bases”, o como instancia a la que se acudirá “siempre que se produzca una insensibilización del Derecho, siempre que se trate de expresar una protesta de carácter moral” y otras opiniones menos optimistas –sino más bien todo lo contrario- acerca del papel que el Derecho Natural y el iusnaturalismo han jugado en la historia pueden leerse los trabajos de Kelsen, Perelman, Passerin D’Entreves, De Jouvenel y Bobbio publicados en un volumen bajo el título de *Crítica del Derecho Natural*, (1959), [Trad. e introducción de E. Díaz], ed. Taurus, (1966).

En contra del iusnaturalismo como postura que sostiene la existencia de una conexión necesaria o conceptual entre Derecho y Moral crítica por considerarla una postura que, al menos, en términos de generar crítica moral contra el sistema jurídico vigente, sería negativa, cfr. Laporta, F., “Vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista”, *Doxa* 8, (1990), págs. 131-147.

³⁴ Hart, H.L.A., *op.cit.*, pág. 49.

³⁵ Hart, H.L.A., *op.cit.*, págs. 52-56.

terminología de Alexy-, una cláusula cualificante y no clasificante³⁶ . Creo, sin embargo, que la obra de Hart sentaba conclusiones más fuertes de las extraídas por él puesto que si la necesidad de que un Derecho respete ese "contenido mínimo de Derecho natural" viene dada por ser ésta la forma de asegurar la viabilidad del sistema, esto es, su estabilidad sobre la base de un consenso de la sociedad uno tiende a pensar que para que ello suceda es preciso una aceptación generalizada en sentido fuerte por parte de aquellos que adoptan un punto de vista interno en relación con el sistema, es decir, como un sistema que -desde la perspectiva interna- satisface la pretensión de corrección. Así, creo que no es errónea la impresión de que la necesidad de consenso que parece invocar Hart para que el sistema sea viable precisa, más allá de la pura dominación ejercida a través del aparato estatal por el grupo que está en el poder, la creencia seria -sostenible- y profunda en la justificación moral del sistema³⁷.

³⁶ Alexy, R., *El concepto y la validez del Derecho*, op.cit., págs. 32.

³⁷ La experiencia histórica muestra -afortunadamente- que la ideología de desprecio a los derechos humanos que parecía reinar en las conciencias de muchísimos ciudadanos de regímenes totalitarios que han utilizado el aparato estatal para cometer y amparar masivas violaciones de tales derechos, en realidad, obedecía en el mayor número de casos a la fuerza carismática de un líder y al aparato de dominación por él liderado. Tales regímenes, pues, podían mantenerse en el poder gracias a la fuerza del aparato de dominación; resultando, en consecuencia, eficaces. Pero, desde el propio Hart, sabemos que las pretensiones del Derecho y, concretamente, del poder político son distintas a las pretensiones del asaltante. La orden de un asaltante está meramente apoyada en amenazas mientras que el poder político que prescribe 'mandatos' no precisa que haya una amenaza latente de daño para el supuesto de desobediencia para sostener su pretensión de mandar. "Mandar -dice Hart- es característicamente ejercer autoridad sobre hombres, no el poder de causar daño, y aunque puede ir combinado con amenazas de daños, un mandato no es primariamente una apelación al miedo sino al respeto a la autoridad". Hart, H.L.A. *El concepto de Derecho* (1961), ed. Abeledo-Perrot, (1992), pág. 25. Así parece pues que hablar de poder político implica hablar no tanto -o no sólo- de dominación sino de legitimación -articulada, desde el punto de vista del poder, como pretensión de legitimidad-. Creo que no supondría forzar el pensamiento de Hart -sino que más bien estaría contenido en él- decir que ese elemento de autoridad que diferencia a la orden del asaltante del Derecho -y que, por cierto, como él dice, constituye un obstáculo para cualquier definición fácil de Derecho- se traduce en la idea de la pretensión por parte de la autoridad de un especial tipo de aceptación por parte de los destinatarios del sistema en cuestión. Tal aceptación generalizada implicaría la legitimación del sistema y su estabilidad; y con ello su diferenciación de un régimen de pura dominación. En otro momento de su trabajo, además, Hart señala que la vulnerabilidad humana, la igualdad aproximada, el altruismo limitado, los recursos limitados y la comprensión y fuerza de voluntad limitados que caracterizan a los hombres y a las sociedades "y su conexión con el Derecho y la moral [...] suministran una *razón* para que, dada la supervivencia como objetivo, el Derecho y la moral deban incluir un contenido específico. La forma general del argumento es, simplemente, que sin tal contenido las normas jurídicas y la moral no podrían llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí. En ausencia de ese contenido, los hombres, tal como son, no tendrían razón alguna para obedecer voluntariamente ninguna regla y, sin un mínimo de cooperación voluntariamente prestada por quienes advierten que va en su interés someterse a las reglas y conservarlas,

Entre los iusnaturalista contemporáneos a Hart, Fuller³⁸ trató de debilitar la distinción clara en el Derecho que es y el Derecho que debe ser, entre Derecho y moral³⁹.

Según explica Hart, Fuller da cuenta del hecho de que en ningún sistema jurídico el alcance de las reglas está restringido al conjunto de los elementos concretos que estaban presentes en la mente de los legisladores; ésta es una de las diferencias importantes que existen entre una regla jurídica y una orden.

Según Fuller, cuando con conciencia de ello las reglas se aplican a ejemplos que van más allá de lo que los legisladores consideraron o pudieron haber considerado, su extensión a casos nuevos se nos presenta a menudo no como una elección deliberada o un “fiat” de aquellos que así interpretan la regla. No aparece como una decisión de dar a la regla un significado nuevo o extendido, ni como una conjetura de lo que los legisladores hubieran dicho de estar vivos –como parece derivarse de la postura del positivismo jurídico- sino que, más bien, la inclusión del nuevo caso bajo la regla toma su lugar como una elaboración natural de ésta, como algo que complementa un “propósito” que parece natural atribuir (en algún sentido) a la regla misma más bien que a cualquier persona viva o muerta. En este sentido –explica Fuller- la descripción de los utilitaristas, que hablaban de “legislación judicial” para referirse a esa extensión interpretativa de las viejas reglas a los casos nuevos, no hace justicia a este fenómeno

sería imposible coaccionar a quienes no las acatan voluntariamente. Es importante subrayar la conexión distintivamente racional, que hay en este enfoque, entre los hechos naturales y el contenido de las reglas morales y jurídicas, porque es a la vez posible e importante investigar formas totalmente distintas e conexión entre los hechos naturales y las reglas morales o jurídicas. [...]” Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, pág. 239. Sobre las relaciones entre legitimación y estabilidad, así como para la diferencias y relaciones de la legitimidad con la legitimación cfr. Garzón Valdés, E., “El concepto de estabilidad de los sistemas políticos” en Garzón Valdés, E., *Derecho, Ética y política*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, (1993), págs. 573-609.

³⁸ Véase Fuller, I., “Human purpose and natural law”, en *Journal of Philosophy*, nº 53, 1956.

³⁹ Concretamente Fuller construye sus argumentos a partir del rechazo de posturas no cognoscitivistas en Ética, con quienes, por cierto, se había asociado la separación entre lo que es Derecho y lo que debe ser Derecho. Hart, sin embargo, considera que la negación de las tesis no cognoscitivistas no nos llevaría, sin más, a negar la tesis de la separación. Véase, Hart, H.L.A., *op.cit.*, págs. 56-64.

puesto que no da cuenta de las diferencias que existen entre un deliberado fiat o decisión de tratar el nuevo caso de la misma manera que los casos pasados, y un reconocimiento de que la inclusión del caso nuevo bajo la regla, implementará o articulará un propósito idéntico y continuo hasta aquí menos específicamente aprehendido. En definitiva, lo que sostiene Fuller es que al interpretar las reglas jurídicas existen algunos casos que, tras la reflexión, se nos presentan como una elaboración o articulación tan natural de la regla, que concebirlos o referirnos a ellos como “legislación”, “creación de Derecho” o “fiat” de nuestra parte sería equívoco. Así, según este argumento, sería equívoco distinguir en tales casos entre lo que la regla es y lo que debe ser, por lo menos en algún sentido de deber ser. Pensamos que debe incluir el caso nuevo y llegamos a ver, después de reflexionar, que realmente es así.

Pero, frente a esto, Hart formula dos observaciones o, como él dice, prevenciones: (1) El “deber ser” en este caso no tiene por qué estar relacionado con la moral. Además, advierte que es excepcional el sentimiento de que una manera de decidir los casos se nos impone como la única elaboración natural o racional de alguna regla. Según Hart, no puede haber duda, por supuesto, de que para la mayor parte de los casos de interpretación, hablar de elección entre alternativas, de “legislación judicial” o aun de “fiat” (aunque no de fiat arbitrario) es hacerse cargo mejor de la realidad de la situación. (2) Usar en la descripción de la interpretación de las normas jurídicas, la sugerida terminología de una fusión o inseparabilidad de lo que es y lo que debe ser Derecho sólo servirá (como afirmaciones acerca de que los jueces sólo declaran y nunca crean el Derecho) para ocultar que estamos rodeados de incertidumbres entre las que tenemos que elegir, y para ocultar que el Derecho existente sólo impone límites a nuestra elección, y no la elección misma. En oposición a esto, atenuar la distinción entre

el Derecho que es y el Derecho que debe ser es sugerir que todas las cuestiones jurídicas son fundamentalmente semejantes a aquellas situadas en la zona de penumbra⁴⁰.

Contra esta posición sostenida por Hart y contra su positivismo jurídico tal y como se presenta en su trabajo *El concepto de Derecho* reaccionó Dworkin en diversos trabajos que luego fueron recogidos en *Taking Rights Seriously*⁴¹. De la polémica entre ambos se ocupa con detalle Nino en su trabajo *La validez del Derecho*⁴². Antes de pasar a exponer esta cuestión quisiera detenerme en dar cuenta de la caracterización del iusnaturalismo y del positivismo jurídico de la que parte Nino y de la presentación que hace nuestro autor de la tradicional polémica. Desde este momento inicial, como voy a tener ocasión de exponer, Nino comienza desenredando algunas confusiones comunes que han oscurecido el debate –en los términos en los que ha tenido lugar en el s.XX- entre una y otra posición. Creo que su objetivo clarificador del debate y de las tesis que en él se enfrentaban en relación con los problemas de las relaciones Derecho y moral, permite comprender la que, de otra forma, quizá podría ser vista como una simplificación excesiva de las posturas encontradas y una cierta falta de suficiente reconocimiento –por parte de Nino- de las complejidades y de la función histórica del Derecho Natural y con ello de los elementos que van mas allá de lo que él considera el núcleo de la tradicional polémica; elementos que hacen que ésta, lejos de ser -o, al menos, lejos de ser solamente- reflejo de un equívoco debido a un erróneo presupuesto –el esencialismo conceptual que denuncia Nino-, tenga implicaciones ideológicas en la historia demasiado importantes como para ser obviadas calificando -desde una perspectiva puramente analítica- a la tradicional polémica como “un sin sentido” o “enredo conceptual”⁴³.

⁴⁰ Hart, H.L.A., *op.cit.*, pág. 63-64.

⁴¹ Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, (1977).

⁴² Nino, C.S., *La validez del Derecho*, ed. Astrea, (1985).

⁴³ En su trabajo *Derecho, Moral y Política*, Nino señala otros planos del debate entre iuspositivismo y

3. EL CONCEPTO DE DERECHO Y LA POLÉMICA IUSNATURALISMO VS. POSITIVISMO JURÍDICO.

3.1. El iusnaturalismo y el concepto de Derecho.

En *Introducción al análisis del Derecho*, Nino escribe que la tesis de que el Derecho y la moral tienen una relación esencial puede entenderse de diversas maneras: (1) puede considerarse que tal relación es de índole fáctica; (2) que esa conexión es de tipo valorativo o normativo (el Derecho debería incorporar la moral crítica); o bien (3) que la conexión entre Derecho y moral es de índole conceptual⁴⁴.

Según escribe nuestro autor, la corriente iusnaturalista se situaría dentro del grupo que sostiene que la conexión entre Derecho y moral es conceptual y ello porque, en líneas generales, el iusnaturalismo se caracteriza por defender de manera conjunta estas dos tesis:

a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana: los denominados principios de Derecho natural. Entre los iusnaturalistas hay, sin embargo, discrepancias, por un lado,

iusnaturalismo, si bien, como tendré ocasión de exponer más adelante, nuestro autor considera que el núcleo de la polémica se debe a que ambas posturas asumen, erróneamente, un esencialismo conceptual. Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, ed. Ariel, (1994), págs. 23-34. Creo que Nino arrojó luz en la polémica, pero creo, también, como he señalado en el texto principal, que es equivocado reducir –como parecería hacerlo Nino - la milenaria historia del Derecho Natural y la centenaria de la polémica entre los partidarios de uno y otro concepto de Derecho a un simple malentendido y asunción de presupuestos conceptuales erróneos. Acerca del carácter ideológico de la polémica y una reivindicación del importante papel positivo que en la historia de las ideas y del Derecho ha jugado el iusnaturalismo pueden verse, entre otros, Welzel, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Biblioteca Jurídica Aguilar, (1979) págs. 248-267, De Jouvenel, B., “La idea del Derecho Natural”, Passerin D’Entreves, A., “El Derecho Natural”, en Kelsen, H., Bobbio, N. y otros, *Crítica del Derecho Natural*, Biblioteca Política Taurus, (1966). De opinión contraria acerca del papel del iusnaturalismo en la historia, en este mismo trabajo, Kelsen, H., “Justicia y Derecho Natural”, Bobbio, N. “Algunos argumentos contra el Derecho Natural” en Kelsen, H., Bobbio, N. y otros, *op.cit.*

⁴⁴ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ed. Ariel, (1983), pág. 17.

acerca del origen o fundamento de los principios morales que conforman el llamado Derecho natural y, por otro, acerca de cuáles son tales principios⁴⁵.

b) Una tesis acerca de la definición del concepto de Derecho según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de "jurídicos" si contradicen los principios morales que conforman el Derecho natural⁴⁶. Esta segunda tesis es la que

⁴⁵ Nino señala entre otras corrientes: el iusnaturalismo teológico, el iusnaturalismo racionalista y otros iusnaturalismos, de índole encubierta, como la concepción historicista y la corriente que se funda en "la naturaleza de las cosas". Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, pág. 28 y ss. Para un pormenorizado análisis de la evolución del iusnaturalismo, véase Welzel, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, ed. Biblioteca Jurídica Aguilar, (1979).

⁴⁶ Nuestro autor construye, además, un ilustrativo ejemplo de las consecuencias prácticas significativas que implicaría la adopción de esta postura de ser sostenida por un juez durante los juicios de Nuremberg en los que se juzgaron los crímenes de guerra y contra la humanidad cometidos durante el régimen de Hitler. Es interesante contrastar, en esta dramatización idealizada del momento en que dictan sentencia judicial, la argumentación del juez iusnaturalista con la argumentación del juez iuspositivista ideológico y con la del juez que sostiene la postura denominada iuspositivismo metodológico. El núcleo de la cuestión discutida es si procede o no aplicar la normativa en vigor tras la II Guerra Mundial y penar a los procesados por actos perpetrados durante el régimen nazi. En esta dramatización construida por Nino, el juez Sempronio sostiene una postura que podríamos calificar de iusnaturalista puesto que rechaza una concepción del Derecho según la cuál estamos frente a un sistema jurídico cada vez que un grupo humano logra imponer cierto conjunto de normas en determinada sociedad y cuenta con la fuerza suficiente para hacerlas cumplir, cualquiera que sea el valor moral de tales normas; y sostiene que, por encima de las normas dictadas por los hombres, hay un conjunto de principios morales universalmente válidos e inmutables que establecen criterios de justicia y derechos fundamentales insitos a la verdadera naturaleza humana y que las normas positivas dictadas por los hombres sólo son Derecho en la medida que se conforman al Derecho natural y no lo contradicen. A partir de esto, el juez Sempronio concluye que resulta absurda la pretensión de la defensa de que condenar a los imputados implicaría violar el principio 'no hay pena sin ley previa que prohíba el acto', ya que "no siendo las regulaciones del régimen nazi verdaderas normas jurídicas, ellas son inoperantes para legitimar los actos ejecutados de conformidad con las mismas" y, además, "hay una ley eterna que prohíbe tales actos y ésta es la ley que aplicaremos si sometemos a los procesados a su justo castigo".

Por su parte, el juez Cayo representa la voz de lo que se denomina positivismo ideológico. Este juez, tras sostener la imposibilidad de demostrar la validez de ciertos juicios morales y la invalidez de otros mediante un procedimiento objetivo, señala que "cada vez que nos encontramos frente a un conjunto de normas que establecen instituciones distintivas, como tribunales de justicia, y que son dictadas y hechas efectivas por un grupo humano que tiene el monopolio de la fuerza en un territorio definido, estamos ante un sistema jurídico, que puede ser efectivamente identificado como tal cualesquiera que sean nuestros juicios morales acerca del valor de sus disposiciones.[...]Si la mafia lograra asumir el control efectivo y estable sobre una porción definida de territorio y población, las normas que dictara constituirían un ordenamiento jurídico". A partir de esto, el juez Cayo señala que "por las mismas razones, el sistema normativo vigente en la Alemania nazi y en los países ocupados por sus tropas era un sistema jurídico, por más que el contenido de sus disposiciones nos parezca aborrecible". Por lo demás, concluye el juez Cayo que "la existencia de normas jurídicas implica la obligatoriedad de la conducta que ellas prescriben y la legitimidad de los actos realizados de conformidad con ellas[...]" y que, por lo tanto, "debemos aceptar la tesis de la defensa de que estos actos moralmente horrendos fueron jurídicamente legítimos y no pueden ser penados".

Por último, Nino da la palabra al juez Ticio que ilustraría la postura del positivismo metodológico o conceptual. Este juez cuestiona a Sempronio -el juez iusnaturalista- la existencia de principios de Derecho natural y, concretamente, cómo se produce la inferencia de principios normativos a partir de ciertos presuntos datos acerca de la condición humana. Ticio arroja claridad sobre los términos del debate: "La cuestión que se presenta en este proceso es si, como jueces, podemos hacer valer tales convicciones morales para decidir este caso, o si debemos atenernos exclusivamente a la aplicación de

interesa a nuestro autor por ser –escribe- la tesis centro de la polémica con la corriente iuspositivista.

En definitiva, en esta primera aproximación a la polémica, lo que caracteriza, según Nino, a los iusnaturalistas frente a los iuspositivistas es la defensa que hacen los primeros de un **concepto valorativo o normativo de Derecho** según el cual para identificar el Derecho es preciso determinar bajo qué condiciones las prescripciones sobre el empleo de la coacción estatal están moralmente justificadas y deben ser obedecidas⁴⁷.

principios y normas jurídicas”. Ticio (el positivista metodológico) y Cayo (el positivista ideológico) coinciden en que para identificar un sistema normativo como Derecho no es preciso comprobar si satisface o no mínimas exigencias de justicia (el Derecho debe ser identificado sobre la base de rasgos fácticos y empíricos. De tal forma hemos de proceder para evitar mezclar Derecho y moral; algo que nos llevaría a mezclar el contenido de los dos. Cuando vamos a una sociedad desconocida y queremos saber de qué sistema jurídico disponen, es absurdo que contestemos a los miembros de esa comunidad teniendo en cuenta si el sistema en cuestión respeta o no nuestros principios morales); así, ambos coinciden en que podemos hablar de Derecho incluso cuando nos encontramos ante sistemas normativos aberrantes como el del Tercer Reich. Pero sus coincidencias acaban allí puesto que, según la postura defendida por Ticio, sostener que las normas jurídicas estipulan la obligación de realizar determinados actos no implica que debamos –en el sentido de deber moral- realmente realizar tales actos. La obligación de obedecer las normas jurídicas surge de las normas morales –que son intrínsecamente obligatorias. De esta forma –según Ticio- cuando el juez Cayo sostiene que las normas jurídicas son obligatorias está presuponiendo una norma o principio moral que prescribe obedecer las disposiciones de todo sistema jurídico. En definitiva, no está siendo consecuente con su tesis de que se debe juzgar teniendo en cuenta sólo normas jurídicas y no nuestras convicciones morales porque introduce encubiertamente sus convicciones morales al postular que toda norma jurídica es obligatoria y debe ser reconocida por los jueces. La cuestión aquí –continúa Ticio- no es que Cayo (positivista ideológico) introduzca sus convicciones morales –ya que toda decisión moralmente relevante (y ésta, obviamente, lo es) implica adoptar una posición moral (aunque lo deseable es que esto se haga de forma expresa y no de forma encubierta)- sino si las convicciones morales del juez Cayo son o no aceptables. Sucede que junto con el principio moral que ampara la postura del juez Cayo –el principio de que deben obedecerse y aplicarse las normas jurídicas vigentes vinculado con los valores como la seguridad, el orden, la coordinación de actividades sociales, etc- también hay obviamente otros principios como los que consagran el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad etc y añade Ticio que, en circunstancias excepcionales como las que se dieron durante el régimen nazi, la violación de estos principios, en la que se incurriría si se observaran las reglas jurídicas sería tan radical y grosera que justificaría apartarse del principio moral que prescribe atenerse al Derecho vigente (si un juez en el momento de la comisión de las acciones hubiera ignorado el sistema jurídico vigente para, en su lugar, defender la dignidad humana y la inviolabilidad de la persona, no lo hubiéramos condenado sino que hubiésemos aplaudido su proceder) . En definitiva, "ningún valor moral por importante que sea (y lo son los principios de efectividad del Derecho internacional o el principio *nulla poena sine lege praevia*) es absoluto y prevalece sobre todos los demás valores. El tribunal entonces tiene que ratificar contundentemente el valor de la vida, el de la integridad física, el de la intrínseca igualdad de todos los seres humanos. Esto implica dejar de lado principios jurídicos normalmente valiosos, pero esto ha de asumirse como un mal menor. La postura del juez Sempronio (iusnaturalista) no elude tal consecuencia, sino que la implica en forma encubierta y esto –concluye Ticio- es sumamente peligroso pues si no se reconoce abiertamente que se está violando un principio valioso (como es el principio *nulla poena sine lege*, no se deja sentado con claridad en qué circunstancias extremas tal violación es permisible, y se abre las puertas a otras violaciones encubiertas menos justificables". Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, (1983), pág. 19-27 y Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, ed. Yale University Press, (1996), pág. 150-154.

⁴⁷ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, ed. Ariel, (1994), pág. 26.

3.2 El iuspositivismo y el concepto de Derecho.

En *La validez del Derecho*⁴⁸, Nino da cuenta de las diversas tesis que, en su opinión, de forma no siempre acertada, han sido atribuidas al positivismo.

En efecto, el escepticismo en cuanto a la posibilidad de demostrar racionalmente la validez de reglas e ideales morales, la consideración de que la eficacia o vigencia de un sistema jurídico en una determinada comunidad implica el deber moral de esa comunidad y de los funcionarios de obedecerlo (positivismo ideológico), la atribución al sistema jurídico de los rasgos de plenitud y coherencia, la tesis que señala que el Derecho sólo incluye estándares que son reconocidos por los jueces y otros funcionarios por el hecho de haberse originado en cierta fuente fáctica con independencia de su contenido, son tesis que, según nuestro autor, pese a haber sido atribuidas a la corriente iuspositivista, no han sido defendidas por todos los autores que se consideran dentro de esta corriente⁴⁹. Baste señalar, a modo de ejemplo, que aunque autores como Kelsen, Ross, Alchourrón y Bulygin pueden ser calificados como escépticos en materia ética, sin embargo, no pueden recibir este calificativo otros autores como Hart, Bobbio, Carrió o Raz⁵⁰; también la atribución al positivismo de la tesis de la legitimación moral de cualquier sistema normativo carece totalmente de justificación. Esta tesis, una de las que con mayor frecuencia han sido atribuidas a esta corriente, involucra una posición ideológica o moral puesto que –apunta Nino- combina una definición de Derecho en términos puramente fácticos con la idea de que toda norma jurídica tiene fuerza obligatoria moral. Pero ni Bentham, ni Austin, ni Hart, ni Ross ni Bobbio, representantes del positivismo jurídico, la sostienen⁵¹.

⁴⁸ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, ed. Astrea, (1985), pág. 145 y ss.

⁴⁹ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 146 y ss.

⁵⁰ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, *op.cit.*, pág. 19.

⁵¹ Nino, C.S., *Introducción al Derecho*, *op.cit.*, pág. 32.

Pues bien, según Nino, la única tesis central al positivismo jurídico es la que sostiene que "el Derecho es un fenómeno social que puede ser identificado y descrito por un observador externo sin recurrir a consideraciones acerca de su justificación o valor moral o acerca del deber moral de obedecerlo y aplicarlo"⁵². Esta es una tesis conceptual acerca de la definición de Derecho distintiva del iuspositivismo; mientras que, como hemos visto, lo que caracteriza al iusnaturalismo es que éste afirma que la identificación de un orden jurídico o de una norma jurídica presupone juicios valorativos acerca de la adecuación de ese orden a ciertos principios morales o de justicia; lo que caracteriza al positivismo jurídico como corriente es la negación, precisamente, de esa tesis.

3.3 El desafío de Dworkin.

Las críticas que Dworkin dirigió al positivismo, concretamente a la versión del positivismo de Hart han provocado –escribe Coleman- el desarrollo teórico del positivismo en las últimas décadas. De hecho, señala este mismo autor, las divisiones más importantes dentro de esta corriente pueden ser vistas como resultados de respuestas alternativas a las críticas de Dworkin⁵³. A su vez, esto ha supuesto un cierto desarrollo de la polémica positivismo versus iusnaturalismo.

La repercusión que tuvo el ataque antipositivista de Dworkin en la mencionada polémica llevó a Nino a ocuparse de dilucidar los términos de la discusión entre Dworkin y los iuspositivistas. En estas páginas me ocuparé de exponer el análisis y reconstrucción que hace Nino de las objeciones que Dworkin dirige contra el positivismo de Hart. La versión de Dworkin que Nino tiene en cuenta es la presentada en *Taking Rights Seriously* (1977)

⁵² Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 148.

⁵³ Coleman, J., *The Clarendon Lectures in Law*, original.

Es en su trabajo *La validez del Derecho* donde, tras subrayar que Dworkin comete un error de argumentación al no dirigir sus ataques contra la tesis central del positivismo, Nino señala el interés que, aun así, tiene el análisis de su crítica antipositivista. Este análisis permitirá a Nino no sólo poner de manifiesto la falsedad de los presupuestos de los que parte Dworkin, sino, también, llevar a cabo una reconstrucción de la argumentación de éste para presentarla como una crítica acertada contra el positivismo.

Con el objetivo de presentar el análisis que lleva a cabo Nino abordaré en el apartado (3.3.1) la lectura que hace de las objeciones de Dworkin contra el positivismo y las observaciones críticas de Nino contra estas objeciones y en el apartado (3.3.2) la reconstrucción que Nino hace del ataque antipositivista de Dworkin.

3.3.1 La lectura que hace Nino de las objeciones de Dworkin contra el positivismo y las observaciones críticas de Nino contra estas objeciones.

Dworkin, en varios artículos⁵⁴, dirige sus ataques contra las tres siguientes tesis supuestamente defendidas por los iuspositivistas:

a.1) La denominada tesis de la separabilidad entendida como la pretensión de que el valor sustantivo o moral de una norma no puede ser una condición de su juridicidad.

a.2) La tesis de la indeterminación del Derecho y de la discrecionalidad judicial. Es la pretensión de que en los llamados casos difíciles no hay una respuesta correcta impuesta por el Derecho vigente y de que los jueces en tales casos ejercen una tarea ilimitada de “creación de Derecho”; es decir, poseen poder “cuasi-legislativo”.

⁵⁴ Dworkin, R., “The model of Rules”, *University of Chicago Law Review* XIV, (1967); “Social Rules and Legal Theory”, *The Yale Law Journal* LXXXI, (1972); “Hard Cases”, *Harvard Law Review* LXXXVIII, vol.6 (1975); “No Right Answer?” in *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.Hart*, editado por M.S. Hacker y J. Raz (Londres, 1977). Todos estos artículos fueron posteriormente unificados en su trabajo *Taking Rights Seriously*, Cambridge, (1977); [edición española, Dworkin, R., *Los derechos en serio*, ed. Ariel, (1984)].

a.3) Por último, la tesis que sostiene que es posible justificar proposiciones jurídicas sobre la base de prácticas sociales (según esto, los tribunales pueden justificar la aplicación de ciertos estándares apoyándose únicamente en prácticas sociales).

Nos encontramos, así pues, con tres puntos a resolver que se presentan, respectivamente, como cuestionamiento de las tres tesis apuntadas:

a.1) El positivismo jurídico y los principios jurídicos.

Como es sabido, Dworkin sostiene que la tesis positivista de que sólo son normas jurídicas aquéllas que son reconocidas por su origen fáctico es insatisfactoria pues no permite reconocer como parte del Derecho a los principios, que son ciertos estándares que los jueces suelen aplicar en sus decisiones y que expresan consideraciones de justicia, equidad u otras dimensiones de la moralidad (como fines valiosos a alcanzar⁵⁵ etc).

Según este autor, los principios, aunque se diferencian de las reglas en que tienen una "dimensión de peso" -no se aplican de la forma todo o nada-, se asemejan a ellas en que establecen derechos y deberes que preexisten a la decisión judicial que los reconoce. Además, y debido precisamente a que cumplen la misma función que las reglas, lo razonable sería considerarlos también como parte del Derecho.

Atendiendo a estas consideraciones, Dworkin considera que es preciso descalificar la pretensión básica del positivismo de distinguir por medio de un test de origen o *pedigree* los estándares jurídicos de otros estándares sociales, por no permitir dar cuenta de una parte importante del Derecho.

La réplica que los positivistas dirigieron a las posiciones de Dworkin en este punto fue que algunos de los principios que Dworkin mencionaba podían ser captados por un test

⁵⁵ En el caso, este último, de las directrices. Cfr. M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, ed. Ariel, 1996.

de origen y que, además, no se diferenciaban de las reglas; entiende Nino que esta crítica fue, sin embargo, desafortunada⁵⁶. A continuación veremos por qué.

Creo que conviene presentar el análisis que de ambas posturas hace Nino para ir así perfilando tales posiciones.

La definición que ofrece Dworkin de los principios es una estipulación conceptual. Lo que caracteriza a los principios a los que Dworkin se refiere (es decir, a los principios morales) es que ellos no son reconocidos, o aceptados, por el hecho de derivar de una fuente fáctica oficial; como consecuencia de ello, tales principios, a diferencia de las reglas, no tienen una formulación canónica precisa y, por lo tanto, la disolución de conflictos entre ellos presenta dificultades; además, derivado también de lo anterior, inciden de forma distinta en el razonamiento práctico. Lo que según Nino lleva a confusión a los autores que critican a Dworkin es que éste da la impresión de trazar su tesis sustantiva de que los principios no pueden ser captados por un test de origen a partir del diferente impacto de los principios en el razonamiento jurídico y de la distinta forma en que los conflictos entre ellos son resueltos, cuando, en realidad, sigue el procedimiento inverso: “Dworkin, implícitamente, caracteriza a los principios por oposición a las reglas, sobre la base de que ellos no son reconocidos por derivar de una fuente con autoridad y su tesis sustantiva es que los principios, así caracterizados, funcionan en forma diferente de las reglas en el razonamiento práctico y en la resolución de conflictos”⁵⁷. De esta forma –dice Nino– replicar que los principios pueden ser reconocidos por un test de origen⁵⁸ resulta un ataque poco acertado.

⁵⁶ En descargo de los críticos de Dworkin en este punto, Nino señala que en sus anteriores artículos Dworkin se había basado en presupuestos erróneos que lo confundieron a él y a sus críticos. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 154.

⁵⁷ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 154.

⁵⁸ En este sentido, véase Carrió, G.R., *Legal principles and Legal positivism*, BsAs, (1971); en sentido contrario, unos años más tarde, Carrió, G.R., *Dworkin y el positivismo jurídico*, México, UNAM, (1981).

El desacierto en la replica de los positivistas a Dworkin no cierra, sin embargo, a favor de Dworkin su crítica contra el positivismo; la razón está en si es acertado o no sostener que el pensamiento positivista en general señala que forman parte del Derecho sólo aquellos estándares jurídicos que derivan de cierta fuente con autoridad⁵⁹.

Nino, tratando de hallar respuesta para este interrogante, se centra en los trabajos de Hart; trabajos, que, por otra parte, son los que Dworkin había tenido en cuenta al dirigir su crítica contra el positivismo. En *El concepto de Derecho* nos encontramos con que Hart tiene cuidado en aclarar que la regla de reconocimiento puede contener cualquier criterio para la identificación de los estándares jurídicos por su **contenido general y no sólo por su origen**⁶⁰. Incluso, según Nino, el positivismo de Hart no se vería afectado si, recogiendo una posible crítica de Dworkin, la concepción del sistema jurídico hartiana fuera modificada para “hacer lugar a que la base del sistema esté integrada no sólo por reglas de reconocimiento sino también por principios que los jueces apliquen en sus decisiones”⁶¹.

⁵⁹ Nino, C.S. *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 154.

⁶⁰ Esto lo hace más explícito el propio Hart en su *Post scriptum*, Cfr. Hart, H.L.A., *Post scriptum al concepto de Derecho*, eds. Penélope A. Bulloch y J. Raz, (Oxford University Press, 1994), [Trad. R. Tamayo y Salmorán], Universidad Nacional Autónoma de México, (2000).

⁶¹ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 156; pero ya en Carrió, G.R., *Dworkin y el positivismo jurídico*, *op.cit.*, sostenía Carrió que "Nada en el concepto de 'regla de reconocimiento' obsta, en consecuencia, para que aceptemos el hecho de que los criterios efectivamente usados por los jueces para identificar las reglas subordinadas del sistema puedan incluir referencias al contenido de éstas. Puede ocurrir que, en una comunidad dada, las únicas costumbres consideradas jurídicas o jurídicamente obligatorias sean aquellas compatibles con las exigencias de la moral. O bien, los jueces pueden aceptar como válidas sólo aquellas leyes que, además, de haber sido correctamente aprobadas por un cuerpo con competencia para ello, no violen un catálogo escrito de derechos y libertades individuales", Carrió, G., *op.cit.*, págs. 39. En este sentido, Ruiz Manero defendió la construcción hartiana frente a los ataques de Dworkin señalando que no hay ningún problema en decir que "la regla de reconocimiento puede contener, junto con criterios de validez jurídica basados en el *predigree*, también criterios de validez jurídica basados en el contenido y que éste es el caso de los principios que existen únicamente en cuanto aceptados por los jueces y Tribunales en su conjunto, esto es, de los principios jurídicos últimos. [...]La consideración por parte de Hart de que la regla de reconocimiento puede incluir criterios de validez jurídica que hagan referencia al contenido de los estándares no constituye una modificación *ad hoc* de su doctrina para hacer frente a las objeciones de Dworkin, sino que aparece en escritos hartianos anteriores a la ofensiva dworkiniana", en Ruiz Manero, J., *Jurisdicción y Normas*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, (1990), pág. 163-164.

a.2) El positivismo y la discrecionalidad judicial.

Si aceptamos que los jueces recurren a principios a la hora de tomar decisiones tenemos dos opciones explicativas para dar cuenta del status de los principios:

1) considerarlos como parte del Derecho -ésta es la opción elegida por Dworkin; o 2) considerarlos como algo extrajurídico, hablando, entonces, de discreción judicial⁶² entendida como la posibilidad que se presenta a los jueces de recurrir en ciertas ocasiones a estándares extrajurídicos -ésta segunda sería, según Dworkin, la opción tomada por los iuspositivistas⁶³.

Sin embargo, según Dworkin, dar cuenta de los principios de esta segunda forma implica confundir dos de los varios sentidos de la palabra discreción:

1) En un primer sentido (sentido fuerte), los jueces tienen discreción cuando una regla no les impone una obligación específica sino que les concede una opción entre diferentes alternativas. En este caso los jueces deben acudir a estándares extrajurídicos.

2) En un segundo sentido (sentido débil), se dice que los jueces tienen discreción cuando una regla, por ser indeterminada, no puede ser aplicada mecánicamente sino que su aplicación exige ciertos juicios ponderados (problema epistémico). Según este sentido de discreción, los jueces no precisan acudir a estándares extrajurídicos.

La crítica que Dworkin dirige a los positivistas es que estos parecen sostener que cada vez que los jueces tienen discreción en el sentido de que es incierto lo que el Derecho exige (es decir, en el segundo sentido) tienen discreción también en el primer sentido. Es decir, según Dworkin, los iuspositivistas, en los casos en los que no se sabe

⁶²En este trabajo seguiré la terminología utilizada por Nino en relación con este fenómeno, quien aquí ha recogido este término de 'discreción judicial' de la literatura anglosajona sobre esta cuestión -en inglés el término 'discretion' se utiliza igualmente para hablar tanto de la discreción -como sensatez, capacidad de discernimiento-, como de la discrecionalidad -en el sentido de permiso. Lifante Vidal, I., *Sobre el concepto de discrecionalidad jurídica*, sin publicar.

⁶³ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 150 y ss.

cuál es la respuesta correcta, presentan la discusión como si el juez no tuviera deber alguno sino que pudiera elegir entre lo que se supone que son varias posibles respuestas⁶⁴, mientras que el propio Dworkin distingue entre los casos de indeterminación en los que no hay una obligación específica sino una obligación entre diferentes alternativas, y los casos en los que, habiendo una única respuesta correcta, tenemos problemas epistémicos para hallarla (sería éste el caso que Nino denomina sentido débil de indeterminación y Dworkin en su trabajo “Objectivity and Truth: You’d better believe it”⁶⁵ denomina incertidumbre [*uncertainty*] frente al primero que sería un problema de indeterminación [*indeterminacy*]).

Según escribe Nino, Dworkin considera que la tesis de la indeterminación del Derecho que sostiene que, a veces, no hay una respuesta correcta a una cuestión jurídica presenta dos versiones incompatibles:

⁶⁴ En un artículo de 1996, Dworkin adopta una nueva terminología para intentar clarificar la confusión en la que en su opinión incurre el positivismo jurídico. Según Dworkin, la tesis de la incertidumbre no ha de ser confundida con la tesis de la indeterminación. Decimos que el Derecho –o cualquier otro sistema valorativo– es incierto cuando nos encontramos con problemas epistémicos para hallar la respuesta correcta, pero se asume que tal respuesta existe. Defender la tesis de la indeterminación supone, sin embargo, sostener que no hay una respuesta correcta, sino que es posible escoger entre varias posibles opciones. El error que cometen muchos teóricos del Derecho es –en opinión de Dworkin– caer en la falacia de la indeterminación como tesis residual, esto es, cuando no se encuentran argumentos jurídicos a favor de una u otra posición se sostiene que la solución es indeterminada, que no hay una respuesta correcta. Dworkin, en contra de esto, explica que la tesis de la indeterminación es una tesis sustantiva tan fuerte como la de quien sostenga que hay una respuesta que es la correcta. En definitiva, que uno ha de dar argumentos a favor de la pretensión de que el Derecho en un caso es indeterminado y que no resulta plausible señalar simplemente que en un determinado caso en el que los abogados están en desacuerdo y no ha sido hallado ningún argumento que derrote a alguna de las posiciones de forma que estas puedan reconciliarse, se deduce que ninguna de las pretensiones está más fundamentada jurídicamente que la otra. Es más, en opinión de Dworkin, quien sostiene que un determinado argumento no inclina la balanza a favor de una u otra pretensión en conflicto se enfrenta a una tarea mucho más difícil que aquel que quiere argumentar a favor de una u otra posición. El primero no puede evitar tener que articular una teoría general y abstracta como el positivismo jurídico que sostiene esa pretensión global de indeterminación del Derecho. Con esto, parece, por lo demás, que Dworkin no considera al positivismo jurídico y su pretensión de la indeterminación del Derecho como un caso de teoría que pretenda la indeterminación del Derecho articulada como tesis residual sino que tal posición es fundamentada con el apoyo de una teoría sustantiva al respecto. En el caso de la versión más sencilla de positivismo jurídico, sostiene que sólo las decisiones pasadas de los tribunales son argumentos jurídicos y por lo tanto el Derecho será indeterminado cuando no haya un precedente que apoye alguna de las posturas en conflicto. Incluso hay formas más elaboradas de estas teorías que articulan la tesis de la indeterminación del Derecho que combinan la tesis de que las conclusiones morales desplazan en determinadas ocasiones a las jurídicas con una teoría moral que considera que no hay respuesta para todas las cuestiones morales. Cfr. “Objectivity and Truth: You’d better believe it”, en *Philosophy & Public Affairs* 25, no. 2 (Spring 1996), especialmente, págs. 129-139.

⁶⁵ Dworkin, R., “Objectivity and Truth: You’d better believe it”, en *Philosophy & Public Affairs* 25, no. 2 (Spring 1996).

1) Existe una especie de espacio lógico entre las proposiciones "el contrato X es válido" y "el contrato X no es válido". Los jueces no se encontrarían ante una obligación específica, sino que hay opción entre diversas alternativas. Las proposiciones entonces no tendrían valor de verdad hasta que el juez escogiera entre las alternativas. Según esta versión hay que acudir a criterios extrajurídicos.

Dworkin considera que esta versión es errónea ya que "esas proposiciones incluyen 'conceptos dispositivos', como el de 'contrato válido', cuya función es, precisamente, excluir la posibilidad de que los jueces tengan facultad para adoptar una u otra solución en vez de tener el deber de aplicar alguna de ellas"⁶⁶.

2) La otra versión no niega que haya una respuesta correcta (entre la proposición "el contrato X es válido" y "el contrato X no es válido" no hay un espacio lógico) pero señala que, en ocasiones, no es posible determinar cuál de las dos proposiciones es verdadera por alguna de las siguientes razones⁶⁷:

a) Debido a la vaguedad del lenguaje.

b) Por la imposibilidad de identificar las proposiciones jurídicas cuando falte el acto de creación de Derecho en cuestión con el que se identifican tales proposiciones jurídicas (según esto, la proposición "el contrato X es válido" es equivalente a "el legislador ha prescrito p", luego, si falta el acto legislativo, no podemos identificar la proposición jurídica).

c) Ninguna de las proposiciones jurídicas opuestas puede ser demostrada en relación con hechos empíricos.

⁶⁶ Cito a partir de Nino, C.S., *La validez del Derecho*, pág. 151-152. Cfr. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, ed. Ariel, (1989), pág. 83-101 y 130-134 y "La complétude du droit", en *Controverses autour de l'ontologie du Droit*, P. Amsseleck y Ch. Grzegorzczak (eds.), Presses Universitaires de France, París, págs. 475-512.

⁶⁷ *Ibidem*.

Según escribe Nino, Dworkin considera que tampoco esta versión de la tesis es correcta, pues en los casos de incertidumbre⁶⁸ contamos con instrumentos para hallar cuál de las dos proposiciones es verdadera.

Pero Nino considera errónea la crítica que Dworkin dirige a los positivistas acusándoles de confundir los sentidos fuerte y débil de discreción: "teorías positivistas como la de Ross y la de Hart permiten una clara distinción entre los casos en los que el Derecho es indeterminado y los casos en los que el Derecho contiene una solución cierta consistente en facultar a los jueces a decidir según su arbitrio"⁶⁹. Además, en opinión de Nino, Dworkin presenta su ataque en contra del positivismo de forma equívoca ya que, después de destacar la necesidad de hacer una distinción entre los dos sentidos de discreción, él mismo vacía de contenido el segundo sentido al rechazar la tesis de que el Derecho pueda contener casos de discrecionalidad en el sentido débil; es decir, derivada de las dificultades epistémicas para hallar la respuesta correcta. Por último, y en tercer lugar, Nino, contrariamente a lo sostenido por Dworkin, considera que las dos posibles versiones (indeterminación ontológica e indeterminación epistémica o incertidumbre -según la terminología del último Dworkin) de la tesis de que puede **no** haber una respuesta correcta⁷⁰ no son incompatibles y que, por lo tanto, ambas pueden ser correctas.

Veamos el análisis que hace nuestro autor de estas dos últimas cuestiones.

Para Nino, la primera versión de la tesis -hay un espacio lógico entre proposiciones del tipo 'el contrato X es válido' y 'el contrato X no es válido'- sí es correcta. En relación con esta tesis, lo que a Nino le interesa no es tanto demostrar su corrección⁷¹, cuanto

⁶⁸ Recojo aquí la terminología del último Dworkin (1996).

⁶⁹ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág.157.

⁷⁰ De nuevo, Dworkin lo que parecía sostener es que, o bien entendemos tales casos como de indeterminación -y eso significa que no hay una respuesta correcta, sino que el juez tiene diferentes alternativas-, o como un caso de incertidumbre -en el que sí hay una respuesta correcta y lo que sucede es que el juez habrá de hacer uso de criterios interpretativos para hallarla-. Cfr. Dworkin, R, *Los derechos en serio*, *op.cit.*, y "La complétude du Droit", *op.cit.*, "Objectivity and Truth: You'd better believe it", *op.cit.*

⁷¹ Véase, Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 158.

clarificar de qué hablan los iuspositivistas cuando se refieren a que el Derecho es indeterminado. Según el análisis de Nino, la oración 'el contrato X **no** es válido' puede expresar dos proposiciones diferentes:

a) "**No es el caso (vacío legal)** que el Derecho declare al contrato X válido".

Esta proposición sí es contradictoria con la proposición que sostiene que "Es el caso que el Derecho ha declarado al contrato X válido". Como no hay espacio lógico entre ellas no pueden ser ambas falsas.

b) "Es el caso que el Derecho ha declarado al contrato X **no** válido". La verdad de esta proposición sí es compatible con la verdad de la proposición que sostiene que "Es el caso que el Derecho ha declarado al contrato X válido". Si ambas son verdaderas, entonces estaremos ante una contradicción en el Derecho, y si ambas son falsas, nos encontraremos ante una laguna.

Según Nino, Dworkin cree, erróneamente, que los positivistas sostienen que el Derecho es indeterminado no cuando se da este último caso, sino cuando fuera verdadera una proposición que sostuviera que el Derecho concede a los jueces facultad para declarar a un contrato válido o inválido. Y, es esta creencia errónea la que explica la urgencia de Dworkin en señalar que el concepto de contrato válido es un concepto dispositivo que excluye esta posibilidad. Pero, como hemos visto, a partir del análisis de Nino, la existencia de indeterminaciones en el Derecho no depende de que se dé esa facultad a los jueces, sino que hay indeterminaciones también cuando o bien el Derecho no se pronuncia acerca de la validez o invalidez de un contrato (laguna) o se pronuncia pero lo hace de forma contradictoria (antinomia). Según esto, el argumento de Dworkin en contra de la tesis positivista en este punto es irrelevante⁷².

⁷² Creo que el argumento de Dworkin es irrelevante si se tiene en cuenta la perspectiva que adoptan los iuspositivistas cuando dan cuenta del Derecho –perspectiva externa- pero si se adopta la perspectiva que Dworkin cree que la teoría del Derecho ha de adoptar –perspectiva interna- entonces, los casos de lagunas o antinomias no son casos de indeterminación en los que el sistema no ofrece una respuesta correcta, sino

Hasta aquí me he referido a la primera versión de la tesis. Pero, según Nino, Dworkin también se equivoca cuando señala la incorrección de la segunda versión de la tesis. En opinión de Dworkin, como apunté, no es cierto que no sea posible determinar cuál de entre dos proposiciones contradictorias es verdadera, puesto que contamos con instrumentos para saberlo. La crítica que a esta postura dirige Nino es que esos instrumentos no siempre ofrecen la posibilidad de solucionar la indeterminación: (1) en el caso de la vaguedad lingüística, Dworkin ofrece como respuesta que los principios y teorías de la interpretación nos pueden ayudar a dilucidar tales problemas; Nino, sin embargo, sostiene ante esto que “no tenemos ninguna garantía de que los principios y teorías de la interpretación a los que alude Dworkin para resolver los problemas de vaguedad eliminen toda incertidumbre. Ellos mismos pueden ser vagos, dejar casos sin regular y ser mutuamente contradictorios”⁷³; (2) Ante el problema que supondría la identificación de las proposiciones jurídicas cuando falte el acto de creación, la respuesta de Dworkin es que la equivalencia entre proposiciones jurídicas y proposiciones acerca de actos creadores de Derecho permitiría solucionar otros tantos casos de indeterminación. Sin embargo, nos dice Nino, Dworkin comete un error: si la proposición "el contrato X es válido" fuera equivalente a "el legislador ha prescrito p", la proposición opuesta que dice "el contrato X no es válido" debe ser equivalente a la proposición "el legislador **no** ha prescrito p" y no -como Dworkin parece suponer- a la proposición "el legislador ha prescrito -p". Por lo tanto, según el análisis de Nino, la equivalencia entre proposiciones jurídicas opuestas y proposiciones opuestas acerca de actos creadores de Derecho no implica, como supone Dworkin, que siempre tiene que haber un acto creador de Derecho; (3) en los casos en los que la dificultad está en demostrar las proposiciones jurídicas

que son casos de incertidumbre en los que habremos de recurrir a criterios interpretativos para discernir cuál es la respuesta correcta que el sistema normativo si ofrece (esto supone, creo, introducir como parte del Derecho también el método jurídico o argumentación).

⁷³ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 159.

opuestas, Dworkin aquí sugiere la analogía entre la actividad intelectual en cuyo contexto se formulan las proposiciones jurídicas y otras empresas intelectuales como la crítica literaria; Nino señala que los positivistas rechazarían la analogía con la crítica literaria señalando que ésta, en la versión de Dworkin, no se limita a describir sino que realiza una reconstrucción de la obra. Aunque el positivismo no niega que los juristas puedan hacer algo parecido con el sistema jurídico, las proposiciones jurídicas cuyo análisis está en discusión son las que se formulan en el contexto de una estricta descripción del sistema y, por lo tanto, en opinión de nuestro autor, la réplica de Dworkin es fallida.

La conclusión a la que Nino llega tras su análisis es que Dworkin falla en su crítica al análisis positivista de la discreción judicial, pues ni los positivistas hablan sólo de discreción en el sentido fuerte (es decir, en el sentido de que el Derecho deje abierta una alternativa en vez de imponer una obligación específica) ni es cierto que, como apunta Dworkin, contemos siempre con instrumentos que nos permitan dilucidar sin recurrir a principios extrajurídicos cuál de entre dos proposiciones es verdadera. Aun dejando aparte pues los casos de discreción en sentido fuerte, hay casos en los que existe discreción en sentido débil.

Según Nino, la crítica que Dworkin dirige a los positivistas descansa en la presuposición errónea de que cuando los positivistas hablan de indeterminación están pensando en el punto de vista de un juez, en vez de en el punto de vista de un observador externo. Si fuera así –escribe Nino- tendría razón Dworkin: “Si un juez dijera que él no puede determinar qué solución corresponde a un caso y que, por lo tanto, tiene discreción para resolverlo en un sentido u otro, esto sería visto como una confesión de que carece de una concepción valorativa comprensiva y de que es incapaz de razonar adecuadamente en el plano normativo”⁷⁴. Pero los positivistas –objeta Nino-, cuando hablan de discreción

⁷⁴ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 164. En este sentido véase también Ruiz Manero en *Jurisdicción y norma*: “Si a un concepto de Derecho como el de Dworkin –para el que decir que un

judicial, no consideran el punto de vista del juez sino que “están considerando el punto de vista del observador que comprueba que las reglas, hasta el momento reconocidas, no contienen una solución para el caso”⁷⁵. Y esta confusión del punto de vista al que están haciendo referencia los iuspositivistas –según Nino- “deriva a su vez de la presuposición errónea por parte de Dworkin de que los positivistas aceptan un concepto de Derecho tal que no podría ser usado adecuadamente en el tipo de empresa descriptiva cuya factibilidad es la principal bandera del positivismo”⁷⁶. Así, la única forma de entender la crítica de Dworkin es considerando que éste atribuye a los iuspositivistas un concepto “antipositivista” –esto es normativo- de Derecho, pero Nino sostiene que esto dista mucho de ser así y lo que sucede es que cuando los positivistas señalan que en los casos de discreción judicial se acude a principios extrajurídicos están operando con un criterio descriptivo de Derecho y se sitúan no como jueces, sino como observadores externos (describen el contenido del sistema jurídico y comprueban que las reglas hasta el momento reconocidas no contienen una solución para el caso)⁷⁷.

a.3) La justificación de proposiciones jurídicas sobre la base de prácticas sociales.

Dworkin considera que otro de los defectos de la regla de reconocimiento hartiana es que está concebida como una práctica social de la que se seguiría el deber de los jueces de aplicar los estándares que ella identifica⁷⁸. Sin embargo, afirma este autor, cuando un juez dice que tiene el deber de aplicar una regla, no está refiriéndose al hecho de que otros

estándar es jurídico implica decir que los jueces tienen el imperativo moral de reconocerlo e imponerlo- le añadimos una concepción objetivista de la ética como la también sostenida por Dworkin- concepción que sostiene que para todo caso posible hay una y sólo una solución moralmente correcta- no hay lugar, evidentemente, para hablar de discreción judicial en sentido fuerte: afirmar que el juez goza de discreción en sentido fuerte sería tanto como afirmar que el juez es moralmente libre de hacer o no hacer aquello que moralmente debe hacer. Desde estas coordenadas, tan sólo cabe, obviamente, hablar de discreción en el sentido débil de que el juez debe utilizar su propio discernimiento para hallar esa solución moralmente correcta”, Ruiz Manero, J., *op.cit.*, pág. 196.

⁷⁵ Nino, C.S., *La validez del Derecho, op.cit.*, pág. 164.

⁷⁶ *Ibidem.*

⁷⁷ Nino, C.S., *La validez del Derecho, op.cit.*, pág. 164.

⁷⁸ Nino, C.S., *La validez del Derecho, op.cit.*, pág. 152.

jueces consideran que él tiene tal deber, ya que dar cuenta de lo que otra gente piensa o hace no permite justificar el juicio de que uno esté obligado a hacer algo. Según Dworkin, la tesis plausible acerca de cómo se justifican las proposiciones acerca del deber de los jueces es, precisamente, la tesis antipositivista de que tales proposiciones no se apoyan en una práctica social sino que presuponen una teoría o concepción normativa que permite identificar reglas y principios y cuya validez no depende de que sea generalmente aceptada⁷⁹. Además, las concepciones normativas a las que recurren implícitamente los jueces difieren entre sí impidiendo la constitución de una práctica uniforme de reconocimiento⁸⁰.

Nino considera que esta crítica descansa, de nuevo, en el presupuesto erróneo de que los positivistas asumen un concepto de Derecho que haría falsa por estipulación la tesis central del positivismo. Es decir, Dworkin estaría atribuyendo, erróneamente, a los positivistas un concepto de Derecho según el cual, éste estaría “conformado por los estándares que establecen derechos y obligaciones que el gobierno, a través de las instituciones [...] de los tribunales y de la policía, tiene el **deber**, al menos en principio, de reconocer y hacer efectivos”⁸¹.

⁷⁹ Hart en su *Postscriptum* reconoce que Dworkin sí tenía razón en la necesidad de distinguir entre un consenso por convención de un consenso por concurrencia; las reglas son prácticas sociales convencionales si la conformidad general de un grupo hacia ellas es parte de las razones que los individuos miembros tienen para su aceptación; y, son prácticas meramente concurrentes, como la moralidad compartida de un grupo, cuando están constituidas, no por convención, sino por el hecho de que los miembros de un grupo han, generalmente, actuado por las mismas, pero independientes, razones para comportarse de ciertas formas específicas. Y que su teoría se mantiene como una explicación fidedigna de las primeras, entre las que se encuentra el caso de la regla de reconocimiento. Hart, sin embargo, considera excesivo incluso la condición débil de que para la existencia de una regla social tenga que ser el caso que los participantes tengan que creer en que hay buenos fundamentos morales para conformarse con ella; algunas reglas pueden ser aceptadas simplemente por deferencia a la tradición o por el deseo de identificarse con los otros o en la creencia de que la sociedad conoce mejor qué es lo que le conviene a los individuos. En opinión de Hart, estas aptitudes pueden coexistir con una más o menos vívida conciencia de que las reglas son moralmente objetables. Por supuesto, una regla convencional puede ser moralmente correcta y justificada y creerse que lo es. Pero, cuando surge, pues, la cuestión de por qué determinada sociedad ha aceptado las reglas convencionales como guías para su comportamiento o como estándares de crítica, Hart no ve ninguna razón -nos dice- por la que haya de seleccionar, de entre muchas respuestas que dar, la creencia en la justificación moral de las reglas como la única respuesta posible o adecuada. Hart, H.L.A., *Postscriptum al concepto de Derecho*, op.cit., pág. 33-34.

⁸⁰ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 153.

⁸¹ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 161.

Según Nino, podemos ver que Dworkin parte de este error en el hecho de que la única forma de entender la crítica que éste dirige a la tesis positivista de la que ahora nos ocupamos es interpretándola como tesis normativa y no como tesis descriptiva. Esto es, la crítica de Dworkin sólo se entiende si la tesis positivista se interpreta de la siguiente forma: invocar una práctica social es un argumento suficiente para justificar un juicio normativo de que alguien **tiene el deber de** hacer lo que la práctica prescribe -donde lo relevante es que deber tiene un sentido normativo⁸². Esa crítica, sin embargo, no tendría sentido si la expresión ‘deber’ se usara –como de hecho la utilizan los iuspositivistas- en sentido puramente descriptivo.

Entonces, en opinión de Nino, el error de Dworkin está precisamente allí: la tesis positivista tiene un valor puramente descriptivo y los positivistas, lejos de asumir un concepto como el que les atribuye Dworkin lo critican puesto que contradice su tesis central de que el Derecho es un fenómeno que puede identificarse sobre la base exclusiva de hechos empíricos y sin adoptar una posición acerca de su justificación moral⁸³. Cuando Hart afirma que los jueces siguen una práctica de reconocimiento cuyo contenido puede ser descrito diciendo que ella prescribe a los jueces aplicar los estándares que ella menciona, esto no implica que uno deba aceptar que los jueces están moralmente obligados a aplicar esos estándares por la sola razón de que ellos [los jueces] siguen una práctica que prescribe tal cosa. Los jueces mismos no pueden citar a la práctica general como único fundamento para justificar su juicio normativo de que están obligados a aplicar tales estándares⁸⁴. En opinión de Nino, cuando Hart introduce la idea de la regla de

⁸² Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 162.

⁸³ En este mismo sentido véase Ruiz Manero, *op.cit.*, pág. 196.

⁸⁴ En este sentido, -escribe Nino- Dworkin acierta cuando dice que “los juicios de los jueces señalando que tienen el deber de aplicar ciertos estándares presuponen, al menos, en el caso de jueces moralmente responsables, la aceptación de principios que integran una concepción normativa o valorativa cuya validez no está relacionada con el hecho de ser generalmente aceptada en prácticas judiciales [...]. Sin embargo –añade Nino-, es más cuestionable la afirmación de este autor de que “la aceptación de tales concepciones valorativas no conduce en los hechos a la formación de una práctica de reconocimiento, más o menos uniforme: [...]que

reconocimiento lo hace "para esclarecer cómo un observador externo identifica las reglas de un sistema y no para explicar cómo razonan los jueces en su aceptación de las mismas"⁸⁵.

Nino disculpa la confusión en la que incurre Dworkin señalando que hay una cierta oscuridad en la obra de Hart que pudo llevar a Dworkin a confundir el punto de vista de un observador externo con el punto de vista interno de un juez. En este sentido escribe Nino que "Hart no pone en claro que la regla de reconocimiento, aun vista externamente como un hecho, no es el criterio de pertenencia que un observador externo *usa* para identificar las reglas del sistema"; el criterio de pertenencia que presupone sin formularlo explícitamente es –según Nino– el siguiente: una regla pertenece a un sistema cuando la regla de reconocimiento de éste prescribe directa o indirectamente su aplicación⁸⁶. En definitiva, que una cuestión es la regla de reconocimiento usada por los jueces (y ésta es una norma genuina que, en cuanto tal, impone deberes)⁸⁷ y otra es el criterio teórico de

los jueces no basen sus juicios de deber en una práctica de reconocimiento no impide que haya tal práctica y que la misma no pueda ser tomada en cuenta por un observador externo interesado en determinar qué normas forman parte del sistema jurídico". Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 162-163.

⁸⁵ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 163. En este sentido también Ruiz Manero escribe: "La argumentación de Dworkin en contra de Hart fracasa en cuanto crítica a la doctrina hartiana del deber jurídico pues dicha doctrina es meramente descriptiva y no tiene las pretensiones justificativas que Dworkin le atribuye". La crítica de Dworkin si estaría justificada si fuera dirigida contra el pseudo positivismo o positivismo ideológico según el cual la vigencia de una determinada práctica fundamenta su justificación moral. Pero Hart no defiende esta postura. Ruiz Manero, *op.cit.*, pág. 171.

⁸⁶ Bulygin ha criticado a Hart, erróneamente según Nino, por tratar la regla de reconocimiento como una prescripción en vez de como un criterio constitutivo que define la pertenencia de un estándar al sistema jurídico. Nino, *La validez del Derecho*, pág. 163, Véase también Bulygin, E. "Sobre la regla de reconocimiento", Ruiz Manero, J, *Jurisdicción y normas*, y la polémica Bulygin-Ruiz Manero en *Doxa 9* recogida en tres artículos, Bulygin, E., "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", Ruiz Manero, J, "Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales", Bulygin, E., "Regla de reconocimiento: ¿Norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 9, (1991).

⁸⁷ En contra de concebir la regla de reconocimiento como una norma genuina cfr. Bulygin, E. "Sobre la regla de reconocimiento", en AAVV, *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Astrea, BsAs, (1976). En este trabajo, E. Bulygin sostiene entre otras las siguientes tesis: "Que la regla de reconocimiento de Hart se parece más a una regla conceptual que a una norma, porque tiene carácter definicional y carece de todo carácter normativo", "que, en particular, la regla de reconocimiento no prescribe a los jueces el deber de aplicar las normas jurídicas" y "que, cuando hay tal obligación –lo cual es contingente– ésta no surge de la regla de reconocimiento, sino de alguna regla específica del sistema, identificada conforme a la regla de reconocimiento", Bulygin, E., *op.cit.*, pág. 32. Bulygin en este artículo advertía además –sigo aquí a Ruiz Manero, *Jurisdicción y Normas*, *op.cit.*, pág. 135– que estas tesis

identificación de las reglas del sistema basado en tal regla de reconocimiento y que utiliza el observador externo.

En este mismo sentido, Ruiz Manero, suscribiendo expresamente la interpretación que Nino hace de Hart, explica que la regla de reconocimiento es una regla social, que existe en cuanto que aceptada por el conjunto de los jueces, que prescribe a cada uno de éstos el usar, como fundamento de sus decisiones, las reglas y, en general, los estándares que satisfagan determinados criterios. Y es la existencia de tal regla social –continúa Ruiz Manero-, es decir, el hecho de que los jueces en su conjunto acepten como vinculantes unos determinados criterios últimos de validez jurídica lo que permite formular, al nivel de la Teoría del Derecho, un criterio de identificación de las reglas del sistema tal que: “son reglas del sistema aquéllas que satisfacen directa o indirectamente los criterios últimos de validez jurídica aceptados como vinculantes por los jueces en su conjunto, esto es, los criterios de validez establecidos en la regla de reconocimiento⁸⁸. En definitiva, que el criterio o regla conceptual empleado por los teóricos del Derecho para el fin cognoscitivo de determinar los límites del sistema jurídico presupone la regla de reconocimiento como norma de conducta aceptada por la judicatura⁸⁹ .

Quizá fuera esta oscuridad -apunta Nino⁹⁰- la que llevó a Dworkin a suponer que para Hart el problema de determinar la pertenencia (problema descriptivo) era el mismo problema que los jueces enfrentan cuando tienen que decidir qué reglas deben

sobre la regla de reconocimiento no constituían una interpretación que encontrara apoyo en la obra de Hart, sino, más bien, una alternativa a la manera como en dicha obra se entiende y presenta el carácter de la regla de reconocimiento. Bulygin explica que a diferencia de su concepción de la regla de reconocimiento, “Hart parece creer que ésta [la regla de reconocimiento] no sólo suministra los criterios para identificar las normas [...] sino que, además, prescribe a los jueces la obligación de usar y aplicar las normas identificadas en virtud de la regla de reconocimiento, es decir las normas válidas del sistema” y que, por consiguiente, la regla de reconocimiento tiene, según Hart, carácter normativo y no conceptual o definicional. Bulygin, E., *op.cit.*, pág. 36.

⁸⁸ Ruiz Manero, J., *Jurisdicción y normas*, *op.cit.*, pág. 135-142.

⁸⁹ Ruiz Manero, J., “Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 9, (1991), pág. 282.

⁹⁰ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 164.

justificadamente reconocer (problema normativo)⁹¹. Esta confusión, en opinión de Nino – como hemos tenido ocasión de ver- descansa a su vez en la presuposición errónea de que los positivistas aceptan un concepto "antipositivista" de Derecho⁹², es la misma que, como vimos, llevó también a Dworkin a criticar la tesis positivista acerca de la discreción judicial⁹³. Cuando los positivistas señalan que en los casos de discreción judicial se acude a principios extrajurídicos, están operando con un criterio descriptivo de Derecho y se sitúan no como jueces sino como observadores externos (describen el contenido del sistema jurídico y comprueban que las reglas hasta el momento reconocidas no contienen una solución para el caso).

3.3.2 La reconstrucción que hace Nino de la crítica de Dworkin.

A pesar de todas las objeciones, Nino considera que la crítica de Dworkin contra el positivismo es susceptible de ser reconstruido de tal forma que constituya un "interesante desafío a las tesis positivistas"⁹⁴. Veamos cuál es la reconstrucción sugerida por nuestro autor.

Nino considera que Dworkin tendría que alterar radicalmente la estrategia de su crítica: en vez de asumir, como parece hacer, que los positivistas aceptan un concepto antipositivista de Derecho, tendría que atacar directamente la definición de Derecho expresamente sostenida por los positivistas como tesis principal. Es decir, tendría que

⁹¹ En este mismo sentido escribe Ruiz Manero que “Una cosa es la norma última del sistema que *prescribe* a sus órganos de aplicación aplicar las normas que satisfagan determinados criterios y otra cosa –y parasitaria de la anterior- es el criterio conceptual basado en una proposición normativa que *describe* cuáles son los criterios de validez jurídica contenidos en dicha norma última”. Ruiz Manero, J., “Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales”, *Doxa* 9, pág. 282.

⁹² Nino, C.S., *La validez del Derecho*, pág. 164.

⁹³ Véase apartado anterior del presente trabajo.

⁹⁴ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 164.

atacar el uso de una definición descriptiva pasando a defender una definición normativa de Derecho como la que está implícita en sus propios argumentos contra el positivismo.

Considera Nino que lo que caracteriza al positivismo es el combatir una noción normativa de Derecho como la defendida por Dworkin y por los iusnaturalistas, proponiendo en su lugar un concepto descriptivo cuya aplicación no tiene ninguna implicación acerca de lo que los funcionarios y el público deben hacer en relación con los estándares que tal concepto identifica como Derecho⁹⁵. De esta forma lo que en opinión de Nino tendría que hacer Dworkin es esgrimir argumentos a favor de la utilización de un concepto normativo de Derecho, no siendo suficiente para ello con que Dworkin señalara que un concepto normativo es el que está vigente en los usos lingüísticos de jueces y abogados⁹⁶-, sino que para defender su postura tendría que atacar las razones dadas por los positivistas para preferir una definición descriptiva de Derecho.

En relación con este punto, Nino da cuenta, por un lado, de cuáles han sido los dos argumentos principales que los positivistas han sostenido en favor de un concepto de Derecho definido exclusivamente teniendo en cuenta propiedades fácticas, y luego se ocupa de las réplicas que Dworkin podría dirigir a tales argumentos.

Los positivistas han esgrimido en defensa de su concepto de Derecho las siguientes razones:

a) Dado que la filosofía del Derecho debe ocuparse de reconstruir el aparato conceptual de la ciencia jurídica y como ésta, para ser una verdadera ciencia, ha de ser

⁹⁵ Sobre la crítica que Carrió dirige a esta presentación que hace Nino del positivismo y la replica de Nino puede verse el punto 6 "Algunas críticas dirigidas a la propuesta de Nino" del presente capítulo de este trabajo.

⁹⁶ En este sentido el propio Hart reconoce que los jueces y abogados presuponen, frecuentemente, un concepto normativo de Derecho cuando formulan proposiciones jurídicas. Esto puede apreciarse cuando Hart señala que la expresión "el Derecho dispone que...", usualmente manifiesta un punto de vista interno hacia la regla de reconocimiento que implica la aceptación de las reglas del sistema. Cfr. Hart, *El concepto de Derecho*, *op.cit.*, pág. 128.

descriptiva, entonces el concepto de Derecho que la filosofía del Derecho debe caracterizar y reconstruir tiene que ser apropiado para esa función descriptiva de la ciencia jurídica.

Los dos argumentos más fuertes que aquí Dworkin podría utilizar como réplica serían:

(a.1) Que no parece haber justificación alguna para que la filosofía del Derecho se centre únicamente en el análisis y reconstrucción del aparato conceptual empleado en el trabajo de juristas teóricos descuidando el análisis del discurso práctico de jueces y abogados; en este último tipo de discurso, no es tan urgente la necesidad de contar con un concepto de Derecho puramente descriptivo.

(a.2) Que, además, tampoco se precisa un concepto puramente descriptivo de Derecho en el ámbito de la dogmática jurídica. En efecto, la dogmática no sólo lleva a cabo una actividad meramente descriptiva, sino que cumple también la función de reconstrucción del orden jurídico para adaptarlo a ideales de justicia y de racionalidad (función que, por otra parte –añade Nino–, es conveniente que siga llevando a cabo)⁹⁷.

(b) El segundo argumento defendido por los positivistas en defensa de un concepto descriptivo de Derecho es que una clara distinción entre el Derecho que "es" y el Derecho que "debe ser", que sólo es posible bajo un concepto de Derecho como el que ellos proponen, implica una serie de ventajas teóricas: (1) es elemental distinguir la realidad de nuestros ideales acerca de cómo esa realidad debería ser y (2) la confusión de planos lleva no solamente a tener una visión distorsionada de esa realidad, sino, también, a perjudicar la materialización de ideales⁹⁸.

Frente a esto, la réplica que –según Nino– Dworkin podría articular sería que los argumentos que suelen darse en apoyo de una u otra posición, muchas veces, suponen una *petitio principii*: p.ej. el argumento de Hart y de tantos otros positivistas de que hay que

⁹⁷ Cfr. Nino, C.S., *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica* (1979), ed. Fontamara, México, (1993).

⁹⁸ Nino, C.S., *Derecho, Moral y política*, *op.cit.*, pág. 25.

distinguir el Derecho que “es” del Derecho que “debe ser” presupone un concepto descriptivo de Derecho, como un conjunto de normas que son de hecho reconocidas. Si se adoptara, en cambio, un concepto valorativo de Derecho, como un conjunto de normas que deben ser reconocidas se podría establecer la misma distinción, pero empleando conceptos diferentes: habría que distinguir entre “lo que es considerado ‘Derecho’ y lo que es ‘Derecho’, correspondiendo cada término de este segundo par a los términos del primer par en el mismo orden”⁹⁹.

4. CONCEPTO DESCRIPTIVO VS. CONCEPTO NORMATIVO DE DERECHO.

En el anterior apartado hemos tenido ocasión de ver que tras la polémica iusnaturalismo vs positivismo jurídico se encuentra -en opinión de nuestro autor- la supuesta tensión entre un concepto descriptivo y uno normativo de Derecho. La tesis de Nino es que esta tensión se origina por la creencia de que es preciso acuñar un único concepto de Derecho, cuando, en realidad, varios conceptos son necesarios, dependiendo su idoneidad del contexto en el cual hayan de ser utilizados. Con el fin de introducir esta tesis defendida por Nino paso a dar cuenta, por un lado, de las consecuencias que tendría la adopción de uno u otro concepto de Derecho y del análisis crítico que Nino hace de los conceptos de Derecho acuñados por diversos autores que asumen, precisamente, la necesidad de un único concepto de Derecho.

⁹⁹ Nino, C.S., *Derecho, Moral y política*, *op.cit.*, pág. 33.

4.1. Consecuencias teóricas de la adopción de un concepto descriptivo o de un concepto normativo.

Como hemos tenido ocasión de ver, el núcleo de la disputa entre el positivismo y el iusnaturalismo es, según Nino, una discusión conceptual. La relevancia de la respuesta que se dé a esta cuestión viene dada porque, como señala Nino, como sucede en el caso de tantas otras cuestiones objeto de reflexión en la filosofía del Derecho, la respuesta será una u otra según cual sea el concepto de Derecho del que partamos. Este es el caso no sólo de la cuestión compleja acerca de las relaciones entre Derecho y moral con la que abrí este capítulo, sino también de la, seguramente no menos compleja, pero sí más acotada, pregunta acerca de si los enunciados jurídicos expresan razones autónomas para justificar acciones o decisiones y de la cuestión acerca de si puede haber contradicciones y lagunas en el Derecho.

A continuación me ocupo brevemente del análisis que hace Nino en *La validez del Derecho* de estas dos últimas preguntas. De la pregunta acerca de la relación entre Derecho y moral me ocuparé más adelante, especialmente al abordar el concepto de validez y el razonamiento jurídico justificativo¹⁰⁰.

4.1.1 La cuestión acerca de si los enunciados jurídicos expresan razones autónomas para justificar acciones o decisiones¹⁰¹.

Nuestro autor señala que si los enunciados jurídicos emplean un concepto normativo de Derecho (esto es, un concepto acerca de “las reglas que **deben ser** reconocidas”), entonces tales enunciados sí expresan razones que, en el caso de ser válidas podrán justificar por sí mismas una acción o decisión. Sin embargo –señala Nino–, si los

¹⁰⁰ Véase capítulos IV y V de este trabajo.

¹⁰¹ Remisión. Véase capítulo III de este trabajo.

enunciados jurídicos emplean un concepto descriptivo de Derecho, al ser reducibles a meros enunciados fácticos, no serán aptos para justificar por sí solos una acción o decisión. En este caso, los enunciados sólo serán aptos para justificar una acción o decisión cuando se combinen con enunciados acerca de consideraciones valorativas.

4.1.2 La cuestión acerca de si puede haber contradicciones y lagunas en el Derecho.

Esta cuestión también recibe una respuesta distinta según partamos de un concepto descriptivo de Derecho o de un concepto normativo. En efecto, si asumimos un concepto descriptivo de Derecho, entonces, el sistema jurídico puede ser inconsistente e incompleto: cuando la existencia y el contenido del Derecho dependen exclusivamente de ciertos hechos, entonces puede darse el caso de que se dicten o se reconozcan de hecho reglas que estipulan soluciones incompatibles o que no establezcan soluciones para ciertos casos. Sin embargo, si partimos de un concepto normativo, no es posible predicar coherentemente de un sistema jurídico que estipule soluciones contradictorias, ya que esto implicaría sostener que dos reglas inconsistentes deben ser ambas observadas¹⁰². Por lo que se refiere a las lagunas –escribe Nino-, también estarán excluidas si partimos de un concepto normativo de Derecho. Efectivamente, la aplicación de ese concepto depende de una concepción valorativa y toda concepción valorativa es potencialmente exhaustiva: no es posible sostener que nuestra concepción valorativa es impotente para dar una respuesta a un caso dudoso.

¹⁰² Esto sería lo que –en opinión de Nino- explicaría la resistencia de Kelsen a admitir, en sus principales obras, contradicciones en el Derecho. Véase en este sentido Nino, C.S., *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, op.cit., pág. 21-40.

4.2 El concepto descriptivo de Derecho.

Dos son las cuestiones de las que quiero ocuparme en este epígrafe: la primera es la cuestión abordada por Nino acerca de si el positivismo precisa un concepto descriptivo de Derecho y, en segundo lugar, me ocupo de la exposición de algunas consideraciones que hace Nino acerca del concepto de Derecho de Hart; a diferencia de otros autores, Nino hace una lectura del concepto de Derecho hartiano como un concepto claramente descriptivo. En el próximo apartado me ocuparé de presentar un concepto descriptivo de Derecho tal y como es acuñado por Nino (quien no sólo defiende la convivencia de un concepto normativo y uno descriptivo, sino que sostiene la necesidad de acuñar distintos conceptos descriptivos y distintos conceptos normativos, que resultaran de utilidad teniendo en cuenta el contexto en el que estemos operando). Veamos pues las dos cuestiones apuntadas:

4.2.1 ¿Precisa el positivismo un concepto descriptivo de Derecho?

Nino se ocupa de este problema en *La validez del Derecho*. Para su análisis parte de la postura de Kelsen y de Raz. Estos dos autores sostienen que la exigencia definicional del positivismo -la tesis positivista de que la existencia y contenido de un sistema jurídico pueden ser determinados sin recurrir a consideraciones valorativas o morales- puede ser satisfecha también con un concepto normativo de Derecho.

Según Kelsen una norma jurídica es una prescripción que, entre otras condiciones, **debe ser observada** -ésta es una propiedad normativa, no reducible a propiedades fácticas. La función principal de la norma básica kelseniana es, precisamente, estipular ese deber de observancia. La compatibilidad de un concepto normativo de Derecho susceptible de ser

utilizado desde el punto de vista interno con la pretensión positivista de determinar la existencia y contenido del Derecho independientemente de consideraciones valorativas vendría dada porque hay un punto de vista interno (los enunciados 'desde un punto de vista' o no comprometidos¹⁰³) frente a las normas que implica sólo una aceptación hipotética de ellas y no involucra ningún compromiso moral.

Sin embargo, en opinión de Nino, el empleo de este concepto normativo desde el punto de vista que distingue Kelsen –y también Raz¹⁰⁴- sólo permitiría una identificación hipotética de un sistema jurídico: una identificación categórica exigiría recurrir a argumentos morales para determinar la fuerza obligatoria real de las reglas del sistema¹⁰⁵.

De esta forma, mientras que una identificación categórica precisa un concepto normativo de Derecho, la exigencia definicional del positivismo sólo puede ser satisfecha por una identificación hipotética en la que el observador no asume un compromiso moral con el sistema. En definitiva, esto se traduce en el manejo de un concepto puramente descriptivo de Derecho (en él, los enunciados normativos, aparecerán, según la terminología de Hare, como enunciados entrecomillados¹⁰⁶).

4.2.2 El concepto de Derecho de Hart (la crítica de Nino a la interpretación oxoniense del concepto de Derecho de Hart).

Nino trata de ver si el concepto que Hart pretende caracterizar en su obra es un concepto descriptivo que será empleado en forma directa por un observador externo

¹⁰³ Raz, J., *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, (1991), pág. 204-207.

¹⁰⁴ Raz, J., "Legal Reasons, Sources and Gaps", en *The Authority of Law*, y "Legal Validity" en *The concept of Law y Practical Reason and Norms*, London, (1975).

¹⁰⁵ Para Kelsen, señalar que esas son normas jurídicas implica que "deben ser obedecidas"; esto, como vemos, es precisamente lo que le diferencia de los positivistas quienes sí diferencian entre 'Derecho que es' y el 'Derecho que debe ser'.

¹⁰⁶ Hare, *The language of Morals*, Oxford, Clarendon Press, (1972).

para dar cuenta de (describir) ciertas reglas sin expresar su adhesión a ellas, o si es un concepto normativo destinado a ser empleado en enunciados internos¹⁰⁷.

Según escribe nuestro autor, uno de los aportes más valiosos de Hart es su distinción entre enunciados internos y enunciados externos¹⁰⁸ y el que llamara la atención sobre el hecho de que algunos conceptos jurídicos fundamentales son predominantemente usados en enunciados internos¹⁰⁹; pues bien, Nino considera que aunque Hart no extendiera explícitamente el mismo tipo de análisis al propio concepto de Derecho, hay ciertos elementos implícitos en su obra, que permiten inferir que considera que la noción vigente de Derecho se usa en forma directa, predominantemente, en enunciados internos¹¹⁰.

Pero esto no basta para responder a la pregunta con la que iniciaba este apartado acerca de si Hart caracteriza un concepto normativo o descriptivo de Derecho. Se trata ahora de ver en que medida en la obra de Hart hay elementos suficientes en un sentido u otro.

Autores como J. Finnis y J. Raz atribuyen a Hart un concepto normativo de Derecho. En opinión de ambos, Hart define al Derecho desde el punto de vista interno. Raz aplaude el que para Hart los enunciados jurídicos no se limiten a describir hechos sino que sean juicios deónticos o prácticos que sirven para justificar decisiones; Finnis, asumiendo esto mismo, reprocha únicamente a Hart que no haga una distinción ulterior que le hubiera llevado a adoptar para definir el significado central de Derecho no

¹⁰⁷ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 178.

¹⁰⁸ Para algunas precisiones acerca de la terminología participante-observador, punto de vista interno-punto de vista externo puede verse Ruiz Miguel, "Derecho y punto de vista moral", *Anuario de Filosofía del Derecho XIV* (1997), pág. 573-574 o, a partir de este artículo, nota nº 170 del presente capítulo.

¹⁰⁹ Es p.ej. –apunta Nino citando a Hart– el caso del concepto de validez jurídica frente al de eficacia. El primero es utilizado generalmente en enunciados internos mientras que el segundo encaja mejor en enunciados externos. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 177.

¹¹⁰ Esto se pone especialmente de manifiesto cuando Hart dice que la forma típica de un enunciado interno es "el Derecho dispone que...", mientras que la expresión natural del punto de vista externo es mediante enunciados de la forma "en Inglaterra reconocen como Derecho", Hart, *El concepto de Derecho*, pág. 128.

cualquier punto de vista interno sino el punto de vista de quien acepta moralmente las reglas del sistema¹¹¹.

Dworkin, como hemos visto en páginas anteriores, también atribuye a Hart un concepto normativo de Derecho¹¹². Dworkin, como Finnis y Raz, presupone que Hart adopta un concepto de Derecho que “sólo es apropiado para ser empleado en forma directa en enunciados internos”¹¹³.

Frente a estas opiniones, Nino considera que Hart no caracteriza un concepto de Derecho normativo destinado, en cuanto tal, a ser utilizado en enunciados internos. En opinión de nuestro autor “si se tuvieran que enunciar brevemente los rasgos fundamentales que, según Hart, caracterizan a un sistema jurídico, habría que decir que se trata de un conjunto de reglas de obligación, cambio y adjudicación cuya aplicación les está prescrita a ciertos jueces por una regla de reconocimiento que ellos mismos aceptan”¹¹⁴. Y éste – señala Nino- es un concepto puramente descriptivo de Derecho que, aunque presupone las actitudes típicas del punto de vista interno, puede ser empleado de forma directa para hacer referencia a ciertos estándares, sin implicar que ellos deban ser obedecidos o reconocidos. Una definición descriptiva de Derecho –continúa Nino- puede, sin embargo, hacer referencia a conceptos no descriptivos que se emplean en el marco de la institución que el concepto de Derecho denota; las expresiones normativas estarían usadas en el sentido que Hare llama ‘entrecomillados’, que, como es un sentido descriptivo de creencias valorativas de otros¹¹⁵.

¹¹¹ Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, (1980), pág. 12.

¹¹² Véase Dworkin, R., *Taking rights Seriously*, *op.cit.*, pág. 47 y Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 165.

¹¹³ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 160.

¹¹⁴ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 180.

¹¹⁵ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 181.

4.3. El concepto normativo de Derecho.

En aquellos contextos en los que se trata de justificar acciones, el empleo de un concepto normativo de Derecho es el que pasará a resultar central.

Así en contextos como p.ej. el de la deliberación judicial, se necesita un concepto de Derecho que aluda a la existencia de ciertas razones y no únicamente a la suposición de otra gente de que existen tales razones¹¹⁶.

La propiedad distintiva en contextos justificativos es la propiedad normativa de que 'la regla o el sistema **deben** ser reconocidos'; de ahí la conveniencia de contar con una clase de reglas formadas a partir de esta propiedad¹¹⁷.

Doy cuenta aquí del punto de vista de dos partidarios (J. Finnis y R. Dworkin) de un concepto normativo de Derecho de los que nuestro autor se ocupa y en el apartado siguiente ofreceré distintos conceptos normativos de Derecho ofrecidos por Nino.

4.3.1 La lectura de Nino del concepto de Derecho de Finnis.

Según Nino, Finnis es un iusnaturalista que se distingue de los que comparten sus mismas ideas por advertir que el núcleo de la controversia con los positivistas es, precisamente, de índole conceptual y además, por darse cuenta de que es muy importante el punto de vista que se adopte a la hora de caracterizar un concepto de Derecho. El punto de vista que Finnis propone tomar a la hora de definir Derecho es el

¹¹⁶ Nino sigue aquí a Richards en Richards, D., *A Theory of reasons for action*, Oxford, (1971).

¹¹⁷ Resulta especialmente útil para entender este punto, la caracterización que hace Nino del positivismo ideológico. El positivismo ideológico "nace -señala nuestro autor-cuando se introduce un concepto descriptivo de Derecho en contextos en los que se formulan enunciados jurídicos para expresar razones justificativas. Se produce así una errónea asociación inmediata entre las propiedades fácticas que el concepto destaca y la propiedad normativa que es relevante para el razonamiento práctico que concluye con una decisión". Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 188.

punto de vista del hombre moral o ‘razonable’ que acepta las reglas del sistema por considerarlas moralmente justificadas.

Finnis, en su trabajo *Natural Law and Natural Rights*, ofrece un significado central de Derecho: el Derecho es un conjunto de “reglas que, entre otras propiedades empíricas, se caracterizan por estar respaldadas por sanciones y reconocidas por ciertas instituciones y que están dirigidas a resolver los problemas de coordinación de la comunidad en aras del bien común de esa comunidad, respetando ciertas exigencias que están adaptadas a la satisfacción de ese bien común”¹¹⁸. Nos encontramos pues ante una definición parcialmente normativa que, en opinión del propio Finnis, puede ser empleada también en el ámbito de las ciencias sociales. Además, las propiedades mencionadas pueden darse en diversos grados o estar ausentes del todo, y el término Derecho puede ser igualmente aplicable si, aun estando ausente alguna de las propiedades, se dan algunas de las restantes en alguna medida¹¹⁹. De esta forma, Finnis admite que un sistema moralmente aberrante puede ser Derecho.

Este autor¹²⁰ escribe que el punto de vista interno al que tanto Hart como Raz dan prioridad no está suficientemente acotado, y tal punto de vista ofrece una posición –en su opinión- inestable e insatisfactoria. Considera Finnis que no es suficiente con que, apartándose acertadamente de Austin y Kelsen, diferencien el punto de vista ‘interno’ o ‘legal’ del punto de vista del hombre que simplemente obedece el Derecho y que lo hace solamente cuando y en la medida en que teme el castigo que seguirá a su desobediencia. Para Finnis, el que Hart y Raz consideren que el punto de vista ‘interno’ o ‘legal’ es una amalgama de varios puntos de vista diferentes y que la obediencia al sistema pueda fundarse también en consideraciones diferentes -como cálculos de intereses a largo plazo,

¹¹⁸ Finnis, J., *Natural Law and Natural Right*, Oxford Clarendon Press, (1980), pág. 279. [La traducción de los párrafos transcritos es mía].

¹¹⁹ Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, *op.cit.*, pág. 277.

¹²⁰ Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, *op.cit.*, pág. 12.

interés desinteresado en otros, actitud no reflexiva o tradicional, simple deseo de hacer lo que hacen otros-, no es satisfactorio, puesto que implica negar sentido a las diferencias que cualquier sujeto implicado (sea el anarquista subversivo o su oponente el ‘ciudadano ideal obediente al Derecho’) consideraría como significativas. En opinión de Finnis, todas estas actitudes son actitudes que, hasta cierto punto, tienden a mantener existente un sistema legal si ya existe uno (como sistema distinto al de discreción despótica), pero no serán la causa de la transición del orden social pre-jurídico (o post-jurídico) de costumbres o discreción a un orden jurídico, pues no comparten la preocupación -que el propio Hart reconoce como la fuente explicativa del orden jurídico- por remediar los defectos de ordenes sociales pre-jurídicos. De la misma forma –añade Finnis-, el hombre ‘hartiano’ que es movido ‘por cálculos de interés a largo plazo’ (autointerés) desfigura o adultera cualquier preocupación que pueda tener por la función del Derecho como una respuesta a los problemas sociales reales.

En opinión de Finnis, las consideraciones y actitudes a las que hacen referencia Hart y Raz son sólo instancias diluidas del punto de vista práctico que crea y consolida el Derecho en su especificidad como un tipo significativamente diferenciado de orden social; y en cuanto tales, esas actitudes son parasitarias respecto del punto de vista moral¹²¹.

Nino da cuenta de los argumento dados por Finnis a favor de una definición parcialmente normativa de Derecho son:

1) El punto de vista interno del “hombre razonable” constituye el punto de vista frente al Derecho más relevante. Como hemos visto, para Finnis “sólo en tal punto de vista es una cuestión de suprema importancia que el Derecho, a diferencia de otras formas de control social, se materialice, y se convierta así en objeto de la descripción del teórico”¹²².

El punto de vista al que Finnis se refiere es el punto de vista del hombre que no sólo apela

¹²¹ Finnis, J., *op.cit.*, pág. 14.

¹²² Finnis, J., *op.cit.*, pág. 15.

a la razonabilidad práctica sino que es él mismo razonable, esto es, el hombre que es “coherente; que cuida de todos los aspectos de las oportunidades que se le ofrece a los humanos y a su desarrollo y es conocedor de las limitaciones en la posibilidad de ponderar; que se preocupa por remediar las deficiencias y fallos y que es consciente de sus raíces en varios aspectos de la personalidad y en las condiciones económicas y sociales de la interacción social”¹²³.

2) El teórico que estudia la conducta de cierta gente, en tanto que lleva a cabo una actividad descriptiva no comparte esta preocupación de la gente acerca de qué debe hacerse, pero eso no implica que pueda ignorar en su descripción los conceptos que esa misma gente, cuando es razonable, ha elegido para describirse a sí mismos lo que vale la pena hacer.

3) También -añade Nino- Finnis alega que el teórico, en la elección de cierto material de estudio y en la identificación de ciertos datos, está guiado por valoraciones y por exigencias de razonabilidad práctica¹²⁴.

Pero Nino considera que estos argumentos no resultan del todo plausibles. Veamos sus observaciones:

En opinión de Nino, el primero de tales argumentos no parece suficiente para justificar la elección del punto de vista de quien adhiere al Derecho y así escribe: "si el

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ En efecto, Finnis, citando a Max Weber, señala que “las evaluaciones que lleva a cabo el propio teórico son un componente indispensable y decisivo en la selección o formación de cualquiera de los componentes usados en la descripción de tales aspectos de los asuntos y preocupaciones humanas[...]. ¿Significa esto que la ciencia del Derecho descriptiva -‘descriptive jurisprudence’- (y ciencia social como un todo) está inevitablemente sujeta a las concepciones y prejuicios de todos y cada uno de los teóricos acerca de lo que es bueno y prácticamente razonable?”. En palabras de Finnis “hay una interdependencia mutua aunque no totalmente simétrica entre el proyecto de describir las prácticas humanas a través de una teoría y el proyecto de evaluar opciones humanas, con vistas, al menos de forma remota, a actuar bien y de forma razonable. Las valoraciones de ninguna forma son deducidas a partir de las descripciones pero quien tenga un conocimiento limitado de los hechos acerca de una situación humana es muy difícil que pueda juzgar bien a la hora de discernir las implicaciones prácticas de los valores básicos. De la misma manera, las descripciones no son deducidas a partir de las evaluaciones, pero sin las evaluaciones uno no puede determinar que descripciones son realmente iluminadoras y significantes”. Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, *op.cit.*, pág. 19.

interés en materializar un fenómeno que puede ser objeto de atención teórica fuera relevante para la elección del punto de vista desde el cual definir el respectivo concepto, entonces p.ej. la noción de delito debería definirse desde el punto de vista de los delincuentes"¹²⁵. Esta objeción, sin embargo, será matizada implícitamente en trabajos posteriores en los que Nino señala la importancia del punto de vista interno y de cómo éste ha de ser tenido en cuenta también cuando se ofrece una visión del fenómeno jurídico desde la perspectiva externa del teórico -sociólogo o antropólogo- o, incluso, desde la perspectiva ultraexterna del filósofo del Derecho¹²⁶

Para Nino, tampoco el segundo argumento resulta convincente ya que, aunque es importante que el teórico social que estudia ciertas conductas no desconozca los conceptos que los propios agentes eligen para describirse a sí mismos, esto no quiere decir que él mismo tenga que adoptar esos conceptos en la formulación de sus enunciados. Aunque los individuos cuya conducta se investiga sean razonables y moralmente sensibles, pueden emplear conceptos que, sin embargo, sean inadecuados para fines teóricos porque tales conceptos los usan con una finalidad práctica y no teórica.

El tercer argumento que ofrece Finnis hace referencia al argumento corriente de la incidencia de valoraciones en la elección de fenómenos científicamente relevantes: la respuesta que se da normalmente a este tipo de argumentos, y que es aquí asumida por Nino, es que esas valoraciones no tienen por qué reflejarse en la caracterización de los conceptos teóricos.

Lo que, en opinión de Nino, lleva a Finnis a ofrecer estos argumentos en defensa de su concepto de Derecho, es que este autor parte también del presupuesto de que un concepto normativo y un concepto descriptivo de Derecho son excluyentes y que la única forma de defender uno de ellos es descalificando al otro. En efecto, a partir de esto, lo que

¹²⁵ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 190.

¹²⁶ Cfr. Nino, C.S., *Derecho, Moral y política*, ed. Ariel, (1994). Sobre esto volveré en el capítulo III del presente trabajo.

Finnis se propone mostrar es que un concepto descriptivo de Derecho es inconveniente incluso cuando es empleado en contextos teóricos descriptivos, y de ahí su necesidad de acuñar un concepto gradual y abierto, cuando –en opinión de Nino- lo que el mencionado autor necesita probar es que un concepto normativo de Derecho, como el defendido por el iusnaturalismo, es conveniente o, por lo menos, no inconveniente para ciertos fines y en determinados contextos.

A partir de estas observaciones a Finnis, Nino concluye que la única forma de satisfacer las finalidades que Finnis pretende satisfacer mediante un concepto gradual y abierto de Derecho es mediante la reconstrucción de varias nociones de Derecho, puesto que un concepto como el que propone Finnis puede resultar poco operativo: “en el marco de investigaciones sociológicas, antropológicas, etc parece ser innecesario y perturbador que para identificar ciertas técnicas específicas de control social haya que determinar si ellas contribuyen o contribuían, o no, al bien común (a lo sumo, podría ser relevante la propiedad descriptiva de que los autores o destinatarios de las normas en cuestión crean que ellas contribuyen al bien común). Por otra parte, en el contexto de la argumentación judicial, en el que se emplea el concepto de Derecho para expresar razones que justifiquen decisiones, puede ser superfluo y equívoco tomar como relevante para la identificación de las reglas jurídicas la propiedad descriptiva constituida por su efectivo reconocimiento judicial”¹²⁷.

4.3.2 La lectura de Nino del concepto de Derecho de Dworkin.

Por lo que se refiere a **Dworkin**, en páginas precedentes y a raíz de la exposición del análisis que hace Nino de la crítica de Dworkin a la postura iuspositivista tuvo ocasión

¹²⁷ Nino, C.S., *La validez del Derecho, op.cit.*, pág. 191.

de ir señalando algunas de las notas que caracterizaban al concepto de Derecho de este autor. Ya vimos -a partir de Nino- que Dworkin parte de un concepto normativo de Derecho según el cual éste está compuesto por los estándares que los poderes públicos *deben* (en sentido normativo pleno, esto es, en sentido moral) reconocer e imponer. Para Dworkin, afirmar que un estándar es jurídico es enunciar un juicio de valor que implica, para los poderes públicos, el imperativo moral de reconocerlo e imponerlo¹²⁸.

Esta tesis acerca del concepto de Derecho, como también tuve ocasión de exponer, se proyecta sobre el problema de la discreción judicial. Siguiendo a Ruiz Manero “si a un concepto de Derecho como el de Dworkin [...]le añadimos una concepción objetivista de la ética como la también sostenida por Dworkin –concepción que sostiene que para todo caso posible hay una y sólo una solución moralmente correcta- no hay lugar, evidentemente, para hablar de discreción judicial en sentido fuerte”¹²⁹. En efecto –según escribe el mencionado autor- “afirmar que el juez goza de discreción en sentido fuerte sería tanto como afirmar que el juez es moralmente libre de hacer o no hacer aquello que moralmente debe hacer”¹³⁰. Si asumimos, pues, el concepto de Derecho de Dworkin y su objetivismo ético, tan solo cabe hablar –como ya indiqué- de discreción en el sentido débil: el juez debe utilizar su propio discernimiento para hallar la –única- solución moralmente correcta¹³¹.

Esta lectura de Dworkin hecha por Nino y suscrita por Ruiz Manero, deja de lado – como dice el propio Ruiz Manero- elementos presentes en *Taking Rights Seriously*; concretamente, deja de lado el que la noción de Derecho operante en esa obra es “en parte normativa (incluye los estándares que derivan de la mejor teoría valorativa que justifique los estándares institucionalmente reconocidos) y en parte descriptiva (incluye tales

¹²⁸ Así a diferencia de Dworkin, Hart –señala Ruiz Manero- “usa ‘Derecho’ para referirse no a los estándares que los poderes públicos *deben* aplicar sino a los estándares que a estos *les es requerido*’ reconocer e imponer de acuerdo con ‘algún test comúnmente reconocido’;esto es –señala Ruiz Manero- de acuerdo con la regla de reconocimiento aceptada por la judicatura en su conjunto que estipula los criterios últimos de validez jurídica”. Ruiz Manero, J., *Jurisdicción y normas, op.cit.*, pág. 196.

¹²⁹ Ruiz Manero, J., *Jurisdicción y normas, op.cit.*, pág. 196.

¹³⁰ *Ibidem*

¹³¹ *Ibidem*

estándares independientemente de su justificación)”¹³²; pero esta interpretación, a cambio, “aporta mayor consistencia a la teoría de Dworkin porque el problema fundamental al que pretende responder la misma es el de fundamentar afirmaciones relativas a los *deberes* que (en sentido normativo pleno, esto es, en sentido moral) tienen los jueces: y el que un estándar sea, de hecho, institucionalmente reconocido no puede constituir ninguna razón operativa para fundamentar el juicio normativo pleno de que los jueces tienen el deber moral de reconocerlo e imponerlo (salvo que se caiga en el llamado ‘positivismo ideológico’)”¹³³. Además, según escribe A. Pintore¹³⁴, Dworkin en *Taking Rights Seriously*, entiende –aunque sea de forma implícita- la teoría del Derecho como una valoración comprensiva de las instituciones sociales, en las que el Derecho es entendido como caudal a través del cual afirmar una particular concepción jurídico moral y rechaza el intento de Hart de entender la teoría del Derecho como estudio (descripción) de hechos sociales, ligado a un criterio de verificación al menos en principio insuficientemente riguroso.

Por lo demás, esta reinterpretación de *Taking Rights Seriously*, -según escribe Ruiz Manero-, es congruente con la posterior reducción en *Law’s Empire* de las pretensiones de validez de la teoría dworkiniana al ámbito de una particular cultura jurídica, coincidente con ordenamientos a los que Dworkin considera *moralmente justificados*. En efecto, para Dworkin, considerar *justificado* un ordenamiento implica considerar que los estándares

¹³² Esta noción en parte normativa y en parte descriptiva de Derecho –escribe Nino- nos ayuda a entender que Dworkin admita en *Taking Rights Seriously* que puede haber, por un lado, estándares injustos que sean Derecho y que, por otro, no todo lo moralmente correcto es Derecho. Sin embargo, esta caracterización –añade nuestro autor- también sugiere la pregunta acerca de si esta mezcla de criterios descriptivos y normativos como parte de un solo concepto es adecuada, o si, en cambio, se requiere la adopción de dos conceptos alternativos de Derecho. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 165.

¹³³ Ruiz Manero, J., *Jurisdicción y normas*, *op.cit.*, pág. 197.

¹³⁴ Pintore, A., *Norme e Principi. Una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milano, (1982). [Tomo la referencia de Ruiz Manero, *op.cit.*].

que lo integran son *justificadamente reconocidos como Derecho*, esto es, *deben ser así reconocidos*¹³⁵.

5. LA TESIS DE LA PLURALIDAD DE CONCEPTOS DE DERECHO DE C.S. NINO.

Como he tenido ocasión de poner de manifiesto a lo largo de estas páginas, en opinión de nuestro autor, el presupuesto erróneo del que nace la controversia¹³⁶

¹³⁵ Ruiz Manero, J., *op.cit.*, pág. 197.

¹³⁶ Nuestro autor, como ya he señalado en varias ocasiones, considera que el núcleo del “malentendido” se encuentra en el plano conceptual de la polémica. Sin perjuicio de esto, resulta de interés aunque sea a modo de pie de página señalar algunos de los detalles que caracterizan al debate entre iusnaturalismo y iuspositivismo en los otros planos: según escribe Nino –en *Derecho, Moral y Política*- uno de los nudos de la controversia se encuentra en la acusación que los iusnaturalistas dirigen a los iuspositivistas de que las tesis de estos permitirían legitimar cualquier régimen. En esta acusación, los iusnaturalistas no están tan preocupados porque sus contrincantes puedan tener una noción de la moral que la asemeje al Derecho cuanto porque tengan una concepción del Derecho parecida a la moral (según esto, los positivistas verían el Derecho como un sistema normativo que provee razones para justificar acciones y decisiones, sin necesidad de servirse de consideraciones externas a ese Derecho). Los positivistas recurrirían pues al Derecho positivo de una sociedad en su razonamiento práctico, del mismo modo que los iusnaturalistas pretenden que sólo el Derecho Natural, la moral o los principios de justicia pueden utilizarse en tal razonamiento –esto es como una fuente autosuficiente y final de justificación-. Pese a las protestas de los iuspositivistas señalando que ellos no legitiman un sistema normativo como el nazi, los iusnaturalistas dirán que tal vez no lo hagan consciente y deliberadamente, pero que el resultado es el mismo: “consiste en considerar que un juez está justificado cuando toma una decisión de acuerdo al Derecho, independientemente de cómo ese Derecho sea valorado de acuerdo a pautas morales o de justicia”. Sin embargo, esta acusación –apunta Nino- sólo puede predicarse del positivismo ideológico ya que algunos autores simplemente iuspositivistas metodológicos o conceptuales niegan el carácter último de esa justificación y otros niegan totalmente el cargo que les dirige el iusnaturalismo sosteniendo que ‘el hecho de que un sistema normativo se identifique como Derecho no implica en absoluto que provea, por sí mismo, razones para justificar acciones o decisiones’. La controversia entre iusnaturalismo y iuspositivismo puede verse en otro plano: el de las posibles indeterminaciones del Derecho. Mientras el iuspositivismo negara tales indeterminaciones, las aparentes lagunas, contradicciones, etc, quedarían excluidas por propiedades formales o por la aplicación de métodos apropiados de interpretación (formalismo jurídico) o bien pueden reconocer tales indeterminaciones y sostener que sólo pueden ser superadas si el sistema se modifica recurriendo a principios, consideraciones o actitudes externas a él, como las de naturaleza moral (el llamado “convencionalismo jurídico”). Como he señalado, el aspecto de la controversia de la que Nino se ocupa –y del que doy cuenta en estas páginas- es el conceptual. Este plano viene dado por un positivismo que no se compromete con ninguna de las tesis precedentes asociadas con esta posición (escepticismo ético, positivismo ideológico, formalismo, convencionalismo jurídico). Lo que queda tras sustraer las posiciones anteriores es una tesis de que el Derecho positivo de una sociedad puede identificarse y describirse sin acudir a consideraciones morales o valorativas pero enfatizando que ello no implica necesariamente una posición escéptica sobre tales consideraciones, ni que el Derecho provea razones justificativas, ni que el Derecho o bien carezca de indeterminaciones o si las tiene, éstas sólo pueden desaparecer si el sistema se modifica recurriendo a elementos extrajurídicos. En este plano, lo que caracteriza a la posición iusnaturalista es sostener que el Derecho positivo no puede ser identificado como tal si no se toman en cuenta ciertos valores o principios de justicia. Lo que caracteriza a los principales exponentes del positivismo jurídico (Bentham, Austin, Kelsen, Ross, Hart, Carrió, Bulygin y Raz) es compartir una tesis de índole conceptual que señala que el Derecho puede definirse, identificarse y describirse sólo en términos fácticos, tomando en cuenta ciertas propiedades que son valorativamente neutras. El problema –según Nino - es que los positivistas no se limitan a subrayar la posibilidad de definir el Derecho en términos descriptivos y

entre iusnaturalismo y iuspositivismo es la creencia en la necesidad de un solo concepto de Derecho¹³⁷. Abandonar este falso presupuesto permitiría –en palabras de Nino- “reemplazar buena parte de las preocupaciones tradicionales por la preocupación de determinar cuáles son las exigencias que los distintos conceptos de Derecho deben satisfacer para ser operativos en el tipo de discurso para el que están destinados”¹³⁸.

Nino considera que profundizar en este problema permitirá que nos demos cuenta de la conveniencia de acuñar incluso varios conceptos descriptivos de Derecho con el fin de satisfacer finalidades teóricas que no pueden ser satisfechas consistentemente por un

fácticos, sino que también abogan por la conveniencia y hasta por la necesidad de tal tipo de definición. Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, *op.cit.*, pág. 25.

¹³⁷ “Aunque los filósofos del Derecho se han desembarazado de prejuicios esencialistas asumiendo la obviedad de la necesidad de varios conceptos de ‘obligación’ ‘derecho subjetivo’ ‘responsabilidad’, etc, no ha ocurrido lo mismo con el concepto de Derecho. Al margen de aludir vagamente a cierta ambigüedad referida a los significados de sistema jurídico y a la imposibilidad de definir un concepto preciso que funcione en todo contexto, los iusfilósofos adoptan posiciones y toman partido en controversias que sólo se explican por la aspiración de terminar ‘el concepto de Derecho’ como si existiera –dice Nino- un último reparo a abandonar un enfoque absolutista respecto de la noción conceptual que debe reconstruirse, y cuya singularidad permitiría dar unidad a todo el sistema de conceptos”. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 194. Aunque con desarrollos diferentes, la influencia intelectual de su maestro, Carrió, en Nino puede verse en cuestiones tales como ésta en la que Nino es bien consciente de que no es posible -dejo aquí hablar a Carrió- "reducirlo todo a un grupo pequeño de nociones, que se seleccionan, definen y estructuran en función de [...] ideas preconcebidas" pues esto conduce a un laberinto de perplejidades y paradojas, "es natural, por otra parte, que un concepto [Carrió se refiere aquí al concepto de deber jurídico] que ha sido elaborado con miras a hacerle cumplir una cierta faena (v.gr. subrayar ciertas distinciones que se juzgan importantes [como la distinción entre Derecho y moral, la idea de que el Derecho tiene una función primordial cual es ordenar o prohibir coactivamente ciertos actos]) resulte inadecuado cuando se lo quiere emplear para otros fines", Carrió, G.R., *op.cit.*, págs. 185 y 189. En este sentido, puede leerse el brillante y precioso párrafo de Strawson en "Analyse, Science et Metaphysique" quien advierte en contra de la 'pérdida del equilibrio conceptual': "La pérdida del equilibrio conceptual es el resultado de una especie de ceguera selectiva que suprime grandes extensiones del campo de visión intelectual, pero que permite que se destaque una parte del mismo con una claridad muy particular. Se trata de una situación que puede manifestarse en muchas formas. Puede ocurrir que momentáneamente nos domine un solo modo de funcionamiento lógico de las expresiones lingüísticas, o una sola manera de emplear el lenguaje, o un solo tipo lógico o categoría de objetos, o una sola especie de explicación, o un solo grupo de ejemplos de la aplicación de un concepto cualquiera. Las deformaciones conceptuales que derivan de una obsesión tal son, igualmente, de diversas especies. Puede ocurrir que quien esté bajo esa dominación intente presentar o explicar una cosa distinta en términos de su modelo preferido o recurriendo a analogías con él; o bien que quiera privarla del rango conceptual que le pertenece relegándola a una condición inferior. Para rectificar esas deformaciones es necesario comprender los verdaderos modos de operación de los conceptos, o de las categorías del discurso, que han sido deformados; es menester, al mismo tiempo, hacer ver las diferencias y las relaciones que existen entre aquellos modos de operación y los de los conceptos o categorías modelos. Al proceder así se hará ver también, en la medida en que ello es posible, cuáles son las fuentes del poder de obsesión y de engeguamiento que ejercen los casos modelos", Strawson, P.F., "Analyse, Science et Metaphysique", en *La Philosophie Analytique*, París, (1962), pág. 113, [tomo la referencia y traducción de Carrió, G.R., "Sobre el concepto de deber jurídico", *op.cit.*, pág. 185-186.

¹³⁸ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 192. En este sentido puede verse Carrió, G.R., "Sobre el concepto de deber jurídico", *Notas sobre el Derecho y el Lenguaje*(1965), Abeledo-Perrot, (5ªed, revisada, 1990), pág. 177-193.

único concepto. Nino pone como ejemplo dos tipos de problemas¹³⁹ que permiten poner de manifiesto la conveniencia de una pluralidad de conceptos de Derecho para salvar las dificultades teóricas que no pueden ser satisfechas consistentemente por un único concepto de Derecho:

1) El problema de la divergencia que se produce en la integración de un sistema jurídico según uno tenga en cuenta las normas vigentes (sancionadas y no derogadas de acuerdo con los procedimientos previstos en el propio sistema) o las normas que, según ciertas otras normas vigentes del sistema, los jueces están obligados a aplicar. Si escogemos la segunda alternativa, según E. Bulygin, tendríamos que incluir normas derogadas pero que los jueces han de aplicar porque se refieren a actos que han de juzgar y que fueron realizados antes de su derogación.

Según el contexto, será útil un concepto u otro de Derecho: mientras que a un ciudadano que necesita orientación sobre su comportamiento futuro le será útil un concepto de sistema jurídico que no incluya normas derogadas, un abogado que pretenda reconstruir las razones que son consideradas válidas para justificar decisiones judiciales, requerirá un concepto de Derecho para el que la derogación no afecte a la pertenencia de una regla al sistema sino a su campo de aplicabilidad.

2) Un segundo problema que pone de manifiesto la necesidad de varios conceptos de Derecho –apuntado, en este caso, por Guibourg- es la pregunta acerca del carácter descriptivo o normativo de la ciencia jurídica. Guibourg sostiene que aunque nos situemos en el ámbito conocido como positivismo queda otro problema más por enfrentar que es el de poner el acento en lo empírico o en lo normativo. Si ponemos el acento en lo empírico –dice este autor- construimos una ciencia realista que será útil al

¹³⁹ Apunta Nino que estos dos ejemplos fueron presentados respectivamente por E. Bulygin y R. Guibourg en un seminario de Filosofía del Derecho realizado en la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico en el invierno de 1980. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 192.

sociólogo o al antropólogo, pero incapaz de proveer bases para las argumentaciones que constituyen la profesión de abogado. Si ponemos el acento en el aspecto normativo, preservando la referencia al acto legislativo sólo como vínculo con el mundo empírico, tendremos que aceptar una ciencia ajena a la realidad viviente o nos veremos enzarzados en controversias para determinar cuando un acto es creador de Derecho o no lo es.

Pues bien, si elegimos como propiedad relevante el efectivo reconocimiento judicial y, por lo tanto, partimos de un concepto de Derecho que resulte interesante para los sociólogos- deberíamos incluir como parte del sistema a normas contradictorias con normas superiores pero efectivamente aplicadas, al tiempo que excluiríamos normas que, a pesar de estar dictadas de acuerdo con lo dispuesto por otras normas del sistema, no son generalmente aplicadas. Esto, sin embargo, -según apunta Guibourg- resultará perturbador para un abogado que necesita un concepto que ofrezca distinciones no incluyendo el primer tipo de normas pero sí el segundo. Si tomamos como propiedad relevante -al menos para las normas derivadas- el que estén dictadas y no derogadas de acuerdo con lo prescrito por normas superiores tendremos una noción de Derecho satisfactoria para el abogado pero inoperante para el sociólogo (puesto que le proporcionará una imagen distorsionada de la realidad que se propone describir)¹⁴⁰.

La conclusión a la que llega Nino es que si partimos de que el concepto de Derecho surge de estipulaciones y prácticas que tienen en cuenta las necesidades del discurso en el que ese concepto se emplea, entonces inmediatamente constatamos que puede haber una pluralidad de conceptos -aunque probablemente relacionados entre sí-. La aceptación de este relativismo conceptual, en opinión de nuestro autor, nos permitirá satisfacer las necesidades de los discursos “de la heterogénea clientela” de la filosofía

¹⁴⁰ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 193.

del Derecho: el de los abogados y jueces, el de los juristas teóricos, el de los antropólogos, sociólogos e historiadores, el de los economistas, el de los políticos, el de los politólogos y el de los filósofos políticos y morales. Y, precisamente, como algunos de los mencionados discursos parecen ser teóricos y especulativos, otros teóricos pero con implicaciones prácticas, otros puramente prácticos, entonces –escribe Nino- cuando nos planteamos la cuestión acerca del concepto de Derecho y tratamos de acuñar los distintos conceptos tendremos que atender al tipo y fines del discurso para el cual estamos reconstruyendo el concepto de Derecho en cuestión¹⁴¹. Desde una postura convencionalista –escribe nuestro autor- aceptaremos la posibilidad de una pluralidad en teoría indefinida de conceptos o definiciones de Derecho y de nociones relacionadas, evaluaremos esos conceptos de acuerdo a las finalidades y necesidades del contexto de discurso de que se trate y, además, a diferencia de lo que sucede en la práctica vigente –según denuncia nuestro autor- en la que se desarrollan esquemas conceptuales sin tener en cuenta ninguna teoría jurídica particular, podremos conectar la tarea de elucidación conceptual con la tarea de discutir tales cuestiones sustantivas puesto que –entre otras razones- las distinciones conceptuales que sean relevantes vienen determinadas por ciertas hipótesis, principios o teorías de carácter sustantivo¹⁴².

¹⁴¹ Aun cuando el contexto de discurso que tengamos a la vista haga apropiado un cierto concepto de Derecho –p.ej. normativo- siempre es posible usar un concepto diferente y cumplir las finalidades del discurso, a lo mejor de forma más engorrosa, a través de otros conceptos que empleamos en él –p.ej. el de justicia o el de validez (así, en un discurso normativo podemos usar un concepto puramente descriptivo de Derecho, combinándolo con un concepto normativo de validez –lo que nos llevaría a decir que ciertos estándares son jurídicos porque son de hecho reconocidos, pero que carecen de validez puesto que tal reconocimiento no está justificado-. Del mismo modo, en un concepto descriptivo podemos usar un concepto normativo de Derecho neutralizando una discusión práctica mediante recursos como las expresiones “es considerado” o poniendo entre comillas la palabra “Derecho”). Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, *op.cit.*, pág. 42.

¹⁴² P.ej. Si no tomamos en cuenta que la pena es consecuencia de un hecho moralmente reprochable es difícil distinguir las penas de otras medidas coactivas, pero si tal propiedad debe ser definitoria o no de ‘pena’ en el contexto de tal teoría dependerá de que adoptemos o no una teoría retribucionista. Nino señala que la forma de salir de este aparente callejón sin salida es adoptando un enfoque de sucesivas aproximaciones dialécticas (conceptos preteóricos-principios-conceptos-principios): partiendo de conceptos aproximados preteóricos de delito y de pena, encarar con ellos la discusión de principios justificativos, detectando, al fin, por medio de esa discusión, qué propiedades parecen ser relevantes para una teoría sustantiva *prima facie* adecuada; definir en forma más precisa los conceptos en cuestión tomando en cuenta aquellas

Teniendo en cuenta, pues, todas estas consideraciones con las que nuestro autor trata de poner fin a la polémica en torno al concepto de Derecho, la conclusión a la que llegamos es que en los diversos contextos del discurso jurídico se usan distintos conceptos de Derecho. Tales conceptos son de diversos tipos: algunos de tales conceptos son puramente descriptivos, otros normativos y otros de naturaleza mixta. En su trabajo *Derecho, Moral y Política*, Nino da cuenta de algunos de ellos¹⁴³:

5. 1 Conceptos descriptivos.

5.1.1 Concepto descriptivo realista de Derecho.

Este concepto alude al conjunto de estándares que son o serán probablemente y de hecho reconocidos por parte de los órganos primarios – entendiendo por éstos los órganos que tienen capacidad efectiva de movilizar en casos concretos a través de sus decisiones al aparato que cuasimonopoliza la coacción en una sociedad-. Así, según este concepto, son Derecho los estándares empleados o empleables en el razonamiento justificativo de las decisiones de tales órganos. Los filósofos realistas han enfatizado este concepto.

5.1.2 Concepto descriptivo sistemático de Derecho.

Este concepto denota no sólo aquellos estándares identificados por un criterio como el anterior, sino, también, aquellos que son consecuencia de los primeros. Autores como

propiedades; usar el nuevo esquema conceptual más refinado para someter a un escrutinio más severo los principios sustantivos de la teoría, etc. Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, *op.cit.*, pág. 35.

¹⁴³ Nino, C.S., *Derecho, moral y política*, *op.cit.*, pág. 36. Cfr. Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, ed. Astrea, (1992).

Alchourrón y Bulygin preocupados por mostrar las relaciones lógicas entre normas propician –apunta Nino- esta noción de Derecho.

5.1.3 Concepto descriptivo institucional de Derecho.

Este concepto de Derecho es más restringido que el primero, alude sólo a aquellos estándares que son de hecho reconocidos por los órganos primarios por la razón de que fueron prescritos por una cierta autoridad o fuente. Esto es, esta noción de Derecho no denota todos los estándares que los jueces y otros órganos primarios reconocen en sus decisiones, sino sólo aquellos que lo son por el hecho de derivar de cierta fuente a la que se le asigna autoridad¹⁴⁴.

Este concepto –añade Nino- puede restringirse aún más si se le agrega la cláusula de que los estándares que forman parte del Derecho son aquellos reconocidos por los órganos primarios **por el hecho de considerar que están obligados a aplicarlos** por haber sido prescritos por una autoridad. (Bajo este concepto quedarían excluidos ciertos estándares que si bien están dictados por cierta autoridad, los jueces no se consideran obligados a aplicarlos)¹⁴⁵. Quedarían dentro de este último tipo restringido de Derecho, los conceptos propuestos por Hart y por Raz en algunas de sus obras¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Sería el caso del legislador, los precedentes, las costumbres, pero no p.ej. de los “principios” que los jueces pueden considerar válidos sin importar que alguna autoridad los haya o no prescrito. Nino, C.S., *Derecho, moral y política, op.cit.*, pág. 37.

¹⁴⁵ Si interpreto bien a Nino la diferencia vendría dada por la inclusión de los estándares que los jueces de hecho acepten por ser dictados por una autoridad (sentido más amplio de este concepto descriptivo institucional de Derecho) o sólo (en el segundo sentido más restringido de este concepto) de los que se consideren obligados a aplicar de entre los dictados por una autoridad (y, de nuevo, por haber sido prescritos por ella).

¹⁴⁶ Es posible –señala Nino- que la crítica que Dworkin dirigió al positivismo estuviera dirigida al carácter restringido de esta definición descriptiva por no destacar aquellos principios que los jueces aceptan por considerarlos apropiados y no porque deriven de alguna fuente dotada de autoridad. Sus críticas ulteriores, sin embargo –continúa nuestro autor-, se hicieron más profundas porque presuponían, aunque sin hacerlo del todo explícito, el rechazo al carácter descriptivo de todas las caracterizaciones positivistas del concepto de Derecho. Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política, op.cit.*, pág. 37.

5.2 Conceptos normativos.

Lo que caracteriza a estos conceptos es que todos ellos predicen que es **debido** reconocer ciertos estándares, que a su vez predicen otros deberes. Aunque el deber de reconocer un cierto estándar jurídico podría establecerlo otro estándar jurídico, para evitar la autorreferencia –apunta Nino-, habrá por lo menos algún estándar cuyo reconocimiento obedezca a principios no denotados por este concepto de Derecho¹⁴⁷. Este concepto presupone el empleo de normas o principios diferentes a los denotados por ellos mismos.

5.2.1 Concepto de *lege ferenda*.

Según este concepto, el Derecho está formado por todos aquellos estándares que **deben ser** reconocidos en el empleo del monopolio de la cuasi-coacción estatal.

Este concepto no discrimina entre los órganos que deben reconocer los estándares que son identificados como jurídicos.

5.2.2 Concepto normativo judicial amplio.

Denota aquellos estándares que deben ser tenidos en cuenta por los órganos primarios en sus decisiones en casos concretos. La extensión de este concepto no coincide, necesariamente, con la del anterior ya que puede haber estándares que, si bien los legisladores deben prescribir, los jueces no los deben aplicar si aquellos no los han prescrito.

¹⁴⁷ Sobre esto volveré, recurrentemente, más adelante en este trabajo.

5.2.3 Concepto normativo judicial restringido¹⁴⁸.

Hace referencia a los estándares que los jueces deben reconocer por el hecho de haber sido prescritos por cierta autoridad legítima (aunque a lo mejor esa autoridad no los debería haber prescrito). Este concepto es –según escribe Nino- el empleado con más frecuencia en el discurso justificativo de jueces y abogados.

5.2.4 Concepto mixto de Derecho.

Este concepto denota tanto los estándares que los jueces de hecho reconocen, como los que deben reconocer: el Derecho está formado por aquellos estándares reconocidos efectivamente en sus decisiones por quienes tienen acceso al aparato coactivo para hacer cumplir tales decisiones y aquellos estándares que deben ser reconocidos por ellos como la mejor justificación del reconocimiento del primer tipo de estándares.

Un ejemplo de esta noción es la concepción interpretativa de Derecho defendida por Dworkin.

5.2.5 Concepto normativo hipotético.

El Derecho está integrado por aquellos estándares que son hipotéticamente válidos y que, en consecuencia, deben hipotéticamente ser aplicados en el empleo de la coacción estatal, por haber sido prescritos por fuentes que se supone autorizadas para hacerlo.

¹⁴⁸ Si interpreto bien las dos definiciones de Nino, la diferencia entre el concepto normativo judicial amplio y el restringido es que el primero englobaría únicamente los estándares legítimamente dictados por la autoridad legítima y que, en tanto tales, deberán ser tomados en cuenta por los jueces; mientras que el segundo englobaría todos los estándares que los jueces deben reconocer por el hecho de haber sido dictados por la autoridad legítima aunque ésta no debiera haberlos prescrito. Si es así no estoy muy segura de que la terminología sea la adecuada; creo que si se invirtieran los términos resultaría más claro.

Esta caracterización se aproxima a la de Kelsen. El recurso a una norma básica evita que el empleo de este concepto para identificar al Derecho conduzca a la adopción de normas extrajurídicas, sobre todo de índole moral, gracias al carácter hipotético con que tal norma básica es aceptada por los juristas teóricos.

Por último, aunque todos los conceptos de Derecho distinguidos (tanto descriptivos como normativos) parecen incluir el concepto de norma jurídica como proposición deóntica –ya que aluden a estándares prescritos o reconocidos-, esto –nos dice Nino- no es exactamente así. Cuando se actualiza un concepto descriptivo de Derecho se asegura la existencia de normas, pero en el sentido de prescripciones, textos o prácticas, por más que se identifiquen por las proposiciones normativas cuya mención constituye el contenido significativo de tales prescripciones, textos o prácticas; y sólo los conceptos normativos de Derecho parecen hacer referencia a normas entendidas como proposiciones deónticas, ya que presuponen condiciones de existencia apropiadas a tales proposiciones, tal es: que debe hacerse lo que ellas estipulan¹⁴⁹. Según nuestro autor pues –y de ahí su referencia a las condiciones de existencia de las proposiciones normativas- para que una proposición deóntica exista –y, si interpreto bien a Nino, aquí existencia equivale a validez- es preciso que se presuponga su condición de existencia –o validez-; esto es, que debe hacerse lo que ellas estipulan.

La pregunta pues con la que inicié esta exposición acerca de si existe una relación conceptual entre Derecho y moral, núcleo –según Nino- del debate iuspositivismo versus iusnaturalismo, no tiene una única respuesta. Hay conceptos de Derecho que remiten necesariamente a estándares extrajurídicos que, bajo ciertas

¹⁴⁹ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 40-41.

condiciones, pueden ser considerados morales. Hay otros conceptos que sólo designan propiedades de hecho y que no remiten a principios morales. No hay una respuesta *a priori* sobre la relación conceptual entre Derecho y moral. Esta dependerá del concepto de Derecho del que hablemos en cada momento.

6. ALGUNAS CRÍTICAS DIRIGIDAS A LA PROPUESTA DE NINO.

A continuación paso a dar cuenta de dos críticas que se han formulado frente a Nino en relación con el problema que aquí he tratado. Como veremos, estas críticas se articulan en dos niveles diferentes. Carrió rechaza que el concepto de Derecho manejado por los positivistas sea un concepto que sólo pueda ser utilizado en contextos no justificativos. Según esto, entonces, el intento conciliador de Nino fallaría puesto que positivistas y iusnaturalistas lo que disputan es cuál es el concepto de Derecho apto para reconstruir la esfera del razonamiento jurídico justificativo; ámbito que es, precisamente, el que Nino niega al concepto de Derecho positivista. Por su parte, lo que denuncia Ruiz Miguel es que pese a que Nino da buena cuenta de la necesidad de distintos conceptos de Derecho, él, sin embargo, acaba por hacer, sin advertirlo, una Teoría del Derecho, no neutral, es decir, más *à la Dworkin* que *à la Hart*.

6.1 Las objeciones de Carrió al intento reconciliador de Nino. La réplica de Nino.

En la reconstrucción que hace Nino de la tradicional polémica entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo, el núcleo del debate se debería a un falso presupuesto que consiste en la creencia -fundamentada en un cierto esencialismo lingüístico- en la

necesidad de manejar un único concepto de Derecho (descriptivo en el caso del positivismo y normativo en el caso del iuspositivismo). Frente a esto, la postura defendida por Nino –y que reconciliaría a las anteriores- consiste en sostener que, dependiendo del tipo de discurso, precisaremos un concepto descriptivo o uno normativo puesto que cada uno de estos conceptos cumple funciones distintas.

Carrió¹⁵⁰, sin embargo, considera que el intento conciliador de Nino no resulta exitoso puesto que parte de adjudicar al positivismo un concepto descriptivo de Derecho que, en opinión de Carrió, no haría justicia al concepto acuñado por los positivistas. En opinión de Carrió, el concepto de Derecho positivista cumple funciones que Nino le niega. Estas funciones serían, según Carrió, las siguientes:

- a) Permite identificar prescripciones que, en cuanto tales, dan lugar a genuinos deberes¹⁵¹, con independencia de cualquier valoración moral.
- b) Los defensores de un concepto descriptivo de Derecho, sin renunciar a su actitud positivista, están perfectamente habilitados para usar las reglas del sistema jurídico para –como es el caso del juez- justificar acciones y decisiones. En opinión de Carrió, no es correcto afirmar que el punto de vista desde el cual los sostenedores de la actitud positivista proporcionan su definición de Derecho es el del observador “externo” y, además, señala que “un juez positivista está en mejores condiciones que un juez iusnaturalista para participar correctamente del ‘juego’ del Derecho, ya que este último, usando una definición normativa, reemplazaría las reglas del sistema por sus criterios subjetivos de justicia”, mientras que el juez positivista desempeñará su función

¹⁵⁰ Carrió, G.R., "Un intento de superación de la controversia entre positivistas y iusnaturalistas. Réplica a Carlos S.Nino", en *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, ed. Abeledo-Perrot, (4ªed. 1990; 1ª publicación del artículo en un volumen homenaje a Bobbio en 1983), pag. 375-401

¹⁵¹ Carrió reivindica frente a Nino que el lenguaje normativo no se reduce al ámbito de la moral ideal (sino que también tiene vigencia en instituciones como el Derecho positivo, la moral positiva, etc). Carrió, G.R., *op.cit.*, pág. 393-395.

aplicando las reglas públicas del Derecho positivo y no las pautas que pueda extraer de sus principios morales; un juez positivista actuará, pues, como un juez de Derecho¹⁵².

c) Es incorrecto suponer que un deber jurídico sea un deber ‘entre comillas’ -entendiendo por esto que tal deber no es un deber genuino por carecer de fuerza normativa-. "Un juez de un orden jurídico positivo normalmente justifica sus decisiones en las normas del sistema, identificadas con arreglo a los criterios de identificación vigentes en el mismo. Si en lugar de proceder así optara por fundar sus pronunciamientos en una concepción acerca de cuáles son los estándares que el Estado debe, por razones morales, reconocer e imponer, y si, para simplificar el modelo, procediera de ese modo de manera explícita, sus decisiones serían dura y justificadamente criticadas"¹⁵³. Esto demostraría -en opinión de Carrió- que los estándares identificados mediante criterios positivistas tienen fuerza justificativa y que los jueces deben aplicarlos; aunque, en su opinión, esto no significa que pudiera considerarse suficiente el criterio según el cual sólo se acuerda fuerza justificativa plena a aquellos estándares que han sido y son reconocidos como obligatorios, sino que, quizá, hiciera falta atribuir tal fuerza también a los estándares que tienen una intrínseca jerarquía o dignidad¹⁵⁴.

e) La ciencia del Derecho precisa de un concepto descriptivo de Derecho para poder identificar las lagunas, contradicciones, ambigüedades, etc como paso previo a su superación; aunque, además, para superar lagunas, contradicciones y ambigüedades es importante contar con una concepción coherente sobre el tipo de normas que deberían existir. En opinión de Carrió, aquí no hay que tomar sólo en cuenta principios

¹⁵² Carrió, G. R. *op.cit.*, pág. 392-393.

¹⁵³ Carrió, G.R., *op.cit.*, pág. 395.

¹⁵⁴ Esta afirmación de Carrió en 1983, que ya aparece en su trabajo de 1981, *Dworkin y el positivismo jurídico*, *op.cit.*, parece trazar la postura que luego ha sido conocida como positivismo inclusivo. Cfr., Moreso, J.J., "Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional", *Doxa* 23, (2000), pág. 105-118.

morales ideales sino también las reglas y valoraciones de la moral positiva de la comunidad.

f) Carrió no comparte la opinión de Nino de que la distinción entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser sea equivalente a la distinción entre “lo que es considerado Derecho” y “lo que es, realmente, Derecho” (o sea el conjunto de estándares que los jueces tienen el deber moral de reconocer y aplicar). Según Carrió, esta segunda distinción no permite criticar las decisiones de los jueces y funcionarios, ni permite criticar el Derecho existente por no reflejar la moral comunitaria, ya que tanto lo que es considerado Derecho como lo que es realmente Derecho estarán integrados por apreciaciones éticas subjetivas del crítico de turno¹⁵⁵.

g) El intento de conciliación de Nino asigna al positivismo un concepto de Derecho no normativo que, por lo demás, no es el que defienden sus principales representantes (Kelsen, Hart). De nuevo, en palabras de Carrió: "El actor a quien Nino adjudica el modesto papel que, según su modo de ver, cabe desempeñar al positivismo jurídico, no es el mismo que hoy protagoniza la polémica contra las distintas formas de reacción antipositivista".¹⁵⁶

Nino trata de dar respuesta a cada una de estas objeciones, aclarando de esta forma su posición acerca de los distintos conceptos de Derecho que son manejados desde las distintas perspectivas y en qué medida el concepto positivista no puede cumplir ciertas funciones. Veamos esto:

a) Nino comienza señalando que él no niega que la definición positivista de Derecho permita identificar un conjunto de genuinas prescripciones y que, en el caso de que ellas recurran a un concepto como el de deber, éste constituya un concepto de deber

¹⁵⁵ Carrió, G.R., *op.cit.*, pág. 398-400.

¹⁵⁶ Carrió, G.R., *op.cit.*, pág. 401.

auténticamente normativo. Según Nino, “esas prescripciones consisten en el hecho de la formulación de ciertos juicios deónticos con la intención de que tal formulación sea relevante para las razones (morales o prudenciales) de los destinatarios a favor de la conducta prescrita. No todo juicio deóntico es una prescripción. Sólo lo es cuando él se independiza de sus posibles razones subyacentes ya que su misma formulación está dirigida a integrar ciertas razones”¹⁵⁷. Pero –y esto es lo relevante- el concepto positivista no puede ser usado en esas mismas prescripciones, sino que sólo permite identificarlas. En efecto, según señala Nino, cuando, usando el concepto positivista, se dice, por ejemplo, ‘el Derecho dispone que el homicidio es punible’, este enunciado no es en sí mismo una prescripción.

b) Un enunciado como el anterior que emplea de forma directa (o sea, no a través de la mención de creencias de otros) el concepto positivista de Derecho “describe un hecho, o un complejo de hechos, y es verdadero o falso según ese hecho se dé o no en la realidad”¹⁵⁸. Este enunciado –según Nino- debe ser interpretado de la siguiente forma: “entre los jueces del grupo X existe una práctica (o sea un conjunto de conductas repetidas, de creencias y actitudes críticas frente a desviaciones) que incluye la aplicación regular de las directivas emitidas por el órgano O, y actitudes críticas frente a quienes no lo hacen; este órgano O formuló la directiva ‘el homicidio debe ser penado’. Estos enunciados se limitan a describir hechos. Su formulación por parte de alguien no compromete a ninguna acción ni actitud. El uso de la palabra ‘deber’ en el segundo enunciado analizado es ‘entrecomillado’, en el sentido de que describe el hecho de la aceptación de una prescripción que emplea el concepto normativo de deber”¹⁵⁹.

La tesis defendida por Nino es que la definición positivista de “Derecho” asigna a esta expresión un significado puramente descriptivo -por más que sea descriptivo de

¹⁵⁷ Nino, C.S., *La validez del Derecho, op.cit.*, pág. 212.

¹⁵⁸ Nino, C.S., *La validez del Derecho, op.cit.*, pág. 212.

¹⁵⁹ Nino, C.S., *La validez del Derecho, op.cit.*, pág. 212-213.

prescripciones-. Si ese significado se analiza recurriendo a la idea del deber de los jueces de aplicar ciertos estándares, entonces, cuando se califica a un estándar como Derecho se predica de él el que los jueces deben aplicarlo, pero sólo en el sentido descriptivo o “entrecomillado” de la palabra “deber”. Esto no significa –frente a la interpretación que le atribuye Carrió- que no se trate de un deber genuino, simplemente implica que no es el que habla quien asigna a los jueces ese deber mediante una prescripción sino que se limita a describir una prescripción formulada aceptada por otros y que establece tal deber.

c) Pero estos enunciados descriptivos que emplean en forma directa el concepto positivista de Derecho no expresan –en opinión de Nino- razones para justificar acciones o decisiones. Esto es obvio –explica Nino- porque un enunciado sólo expresa una razón para actuar si de él se infiere un juicio deóntico o práctico que califique como debida la acción o decisión en cuestión, y de un juicio descriptivo no se puede inferir tal juicio de deber.

De la descripción de la vigencia de una regla no se puede, sin más, derivar razones para hacer lo que la regla prescribe. Nino asume las palabras de Richard cuando este autor señala que “uno puede estar de acuerdo en que una conducta está prescrita por una regla social y sostener, sin embargo, que ello no debe ejercitarse y que esto es consecuencia del hecho de que las reglas sociales, a diferencia de los principios de racionalidad y moralidad, no implican la existencia de razones, sino la suposición por parte de cierta gente de que existen razones para actuar”¹⁶⁰.

De esta forma –señala nuestro autor- tampoco los juicios que meramente dan cuenta de la moral positiva a los que se refiere Carrió proveen razones para actuar ya que esos juicios son también descriptivos y no pueden, en consecuencia, implicar por sí solos juicios de deber ser¹⁶¹.

¹⁶⁰ Richard, D., *A Theory of Reasons for Action*, Oxford (1971), pág. 24.

¹⁶¹ Acerca de la relación entre moral positiva y moral ideal volveré en el próximo capítulo, baste aquí

d) Nino analiza el caso de quienes, como los jueces, por un lado, formulan típicamente enunciados del tipo “el Derecho dispone que matar es punible” y, por otro, usan ese tipo de enunciados para justificar decisiones. Tales juicios no son prescripciones, pues parecen presuponer ciertas razones y su formulación no parece estar dirigida a incidir en las razones de sus destinatarios (cosa distinta ocurre con el resultado del fallo), pero tampoco parece tratarse de enunciados puramente descriptivos, ya que expresan razones para justificar decisiones, o sea permiten inferir juicios deónticos o de deber ser. El juicio “El Derecho prohíbe matar” deriva de dos premisas: una descriptiva –describe lo que cierta autoridad ha dispuesto (en este caso, prohibido matar) y una normativa que reviste de esa autoridad a un individuo o costumbre social, esto es, da validez a sus directivas (“debe hacerse lo que el Derecho dispone”)¹⁶². De esta forma, para que un juicio del tipo “el Derecho dispone que el homicidio es punible” exprese razones justificativas cuando es formulado en el contexto judicial es preciso asumir –según el análisis de Nino- que él deriva de un juicio que da autoridad al autor de ciertas prescripciones, asignando, por lo tanto, validez a éstas, y que es aceptado categóricamente y no como una mera hipótesis de trabajo¹⁶³. Tal juicio –en opinión de Nino y como ya indiqué- es un juicio moral: esto es, se trata de un juicio que provee una justificación final cuya validez no depende de los dictados de alguna autoridad y que tiene un carácter universal general y superviniente¹⁶⁴.

apuntar como aclaración a lo anterior que lo dicho no supone dejar de reconocer que los juicios que formulan quienes participan de la moral positiva de una sociedad y ayudan a que ella se genere y mantenga no son juicios acerca de la misma moral positiva sino de una supuesta moral ideal. Esto es, desde un punto de vista interno, tienen carácter normativo.

¹⁶² A este tipo de enunciados, Nino los denomina juicios de adhesión normativa. De ellos me ocuparé especialmente en el capítulo III de este trabajo.

¹⁶³ Nino se ocupa de diferenciar esta posición de la teoría de Kelsen de la norma fundamental. La norma fundamental presupuesta del sistema jurídico que tiene la virtud de ser la fuente última de juicios de validez es “hipotética”. Este tipo de adopción hipotética de la norma básica y de los juicios de validez que derivan de ella es lo que permite formularla respecto de cualquier sistema sin comprometer la adhesión a él e incluso preservar la posibilidad de tomar partido a favor de que él sea desobedecido, sin por ello incurrir en inconsistencia. El precio a pagar por esta neutralidad práctica es, obviamente, que los juicios de validez basados en la norma básica adoptada de forma hipotética carecen de fuerza justificativa y no proveen razones para actuar. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 216.

¹⁶⁴ Los rasgos que los principios morales tienen en la concepción de Nino son: publicidad, generalidad, superviniencia y universalidad. Con el rasgo de superviniencia Nino se refiere a que “las propiedades y

Lo que sucede, escribe Nino, es que tanto Carrió como otros autores se niegan a integrar un juicio semejante en un mismo sistema con el resto de los principios morales. Para ellos ese juicio justificativo básico de las prescripciones positivas no debe ser confundido con aquellos principios morales y debe ser distinguido como un juicio estrictamente jurídico. Según escribe Nino, la razón por la cual Carrió distingue ese juicio de los principios morales es porque este autor supone que hay ciertos roles como el del juez que están sometidos, necesariamente, al principio que otorga validez al orden coactivo y que excluyen la consideración de otros principios justificativos¹⁶⁵. Según Nino, sin embargo, este principio ha de ser integrado entre los principios morales¹⁶⁶. En este sentido, escribe nuestro autor que el propio Carrió cuando sostiene que en el diseño del Derecho que debería ser se tienen que tomar en cuenta no sólo principios morales ideales sino también valoraciones de la moral positiva está formulando también un juicio perteneciente a una moral ideal.

Por lo demás, es posible –señala Nino- que aun admitiendo que la validez de origen sea de tipo moral, se le asigne un peso tan grande vis a vis la validez de contenido como el que parece asignarle Carrió. Pero Nino considera infundado el temor de que si se reconoce que la aceptación de las normas jurídicas se apoya en razones morales, entonces el juez se decidirá a aplicar o no aplicar cada norma sobre la base de la adecuación valorativa de su

relaciones que determinan los casos relevantes deben ser de índole fáctica, de modo que las circunstancias que condicionan las diferentes soluciones normativas sean susceptibles de verificación por parte de todos; de ahí que los principios morales sean *supervinientes* respecto de circunstancias de hecho”. Nino, C.S. *Ética y derechos humanos*, ed. Ariel, (1989), pág. 110.

¹⁶⁵ Este parece ser el caso del positivismo ideológico.

¹⁶⁶ Entre otras razones porque: (1) comparte con estos una serie de propiedades formales; (2) sólo en un sentido muy restringido de “moral” habría una cesura entre las materias que tratan los principios de esta índole y la que trata el principio de validez jurídica; (3) cuando se dice que los jueces deben restringirse a aplicar las prescripciones positivas sin valorar su contenido según principios morales se está formulando un juicio valorativo o moral basado p.ej. en el valor moral del juramento judicial o en los beneficios para la sociedad de un poder judicial autolimitado; (4) resultaría muy extraño que nuestro razonamiento práctico se haya desarrollado de tal modo que incluya razones justificativas de carácter tan distinto que cuando están en conflicto no haya forma de decidir entre ellas: esta integración supone que el principio que dé validez (moral) a las normas positivas por su origen puede sufrir limitaciones o excepciones sobre la base de principios morales que valoran las prescripciones por su contenido. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 218-219.

contenido. Las razones morales de seguridad en que se funda este temor “hacen que sea moralmente debido aceptar una norma moderadamente injusta cuando su origen es legítimo desde el punto de vista moral”¹⁶⁷.

De esta forma, si se acepta el enfoque de Nino, la fuerza justificativa que tiene un enunciado del tipo ‘el Derecho dispone que el homicidio es punible’ cuando es usado por un juez como razón de una decisión está dada por una combinación de un hecho: su derivación de un enunciado descriptivo de lo que cierta autoridad ha prescrito, con un principio moral que confiere a un individuo esa autoridad y da validez a sus directivas.

f) Si este tipo de juicios –al que, como he indicado antes, Nino denomina de adhesión normativa- emplea en forma directa un concepto normativo de Derecho, es razonable –en opinión de nuestro autor- suponer que es este concepto el que le da al enunciado el carácter normativo que lo habilita para poseer la fuerza justificativa transmitida por el principio moral del cual deriva. Cuando decimos: “el Derecho dispone que”, estamos utilizando un concepto normativo de Derecho; ahí Derecho quiere decir que lo ha dictado la autoridad moralmente legitimada. Este concepto normativo de Derecho que identifica estándares con validez o fuerza obligatoria moral es semejante al que los iusnaturalistas propugnan. Pero –matiza Nino- un juez o un jurista, cuando reformula el ordenamiento jurídico, no necesita emplear la expresión “Derecho” en la formulación de sus juicios de adhesión normativa. Puede emplear el término “Derecho” en la formulación de las premisas descriptivas de su razonamiento normativo (aludiendo a las premisas efectivamente reconocidas) y expresar, en cambio, los juicios de adhesión normativa que son condición de ese razonamiento por medio de otra expresión como p.ej. “Derecho válido”. Así pues, sostiene Nino, “contrariamente a la tesis que me atribuye Carrió, un juez

¹⁶⁷ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, pág. 220. Sobre esta cuestión volveré en el capítulo III de este trabajo y también en el capítulo V.

o un jurista pueden realizar su tarea normativa manteniéndose fiel a la actitud positivista de emplear un concepto descriptivo de Derecho”¹⁶⁸.

g) Pero, por otro lado, si el juez o jurista deciden emplear un concepto normativo de Derecho, no enfrentarán por ello ninguna desventaja, ya que los enunciados que emplean un concepto son traducibles a enunciados que emplean otro. Según Nino, no parece ser cierto que el empleo de un concepto normativo de Derecho impida la crítica de los jueces que no aplican el Derecho existente. Si por Derecho existente entendemos “lo que la mayoría de los órganos que tienen acceso al aparato coactivo estatal considera que es Derecho –o sea lo que la mayoría cree que son estándares que deben moralmente aplicar en sus decisiones” entonces, podemos, a partir de esta descripción, criticar al juez que se desvíe de esa práctica mayoritaria (de la misma forma –dice Nino- que podremos criticar, si fuera el caso, a la mayoría de los jueces por apartarse de las convicciones de la moral positiva, como sugiere Carrió). También –añade Nino- podemos detectar las lagunas, contradicciones e imprecisiones en lo que los jueces consideran Derecho, o sea los estándares que ellos creen que deben aplicar.

Nino pues considera que las objeciones de Carrió no derriban su tesis acerca de que la distinción entre el positivismo y el iusnaturalismo parece reducirse meramente a la cuestión de si la expresión “Derecho” debe usarse en una premisa descriptiva del razonamiento de jueces y juristas o en una conclusión normativa y de que, siendo así las cosas, la polémica puede cerrarse asignando a cada concepto de Derecho un campo de aplicabilidad diferente ¹⁶⁹.

Sin embargo, creo que, pese a que, cómo apunté, el análisis de Nino implica profundizar en el marco conceptual de los puntos de vista o perspectivas en relación con el Derecho aportando con ello un mapa que ha permitido iluminar mejor análisis posteriores,

¹⁶⁸ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 220.

¹⁶⁹ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, pág. 221.

la intervención de Carrió pone de manifiesto que el núcleo del debate entre los iuspositivistas y los iusnaturalistas no era un problema puramente conceptual que pudiera ser solucionado, meramente, con el instrumental analítico.

En efecto, el análisis de Nino acerca de la pluralidad de conceptos de Derecho, que es conceptualmente correcto, no hace, sin embargo, justicia al debate más importante que se encuentra tras la tradicional polémica. En realidad, hay un problema más complejo en el que están implicadas tan controvertidas cuestiones de filosofía moral que difícilmente puede verse fin inmediato al debate. Cuando Carrió reivindica que los iuspositivistas utilizan un concepto de Derecho que, sin estar conceptualmente conectado con la moral, cumple funciones normativas, está presentándonos la polémica más difícil de dirimir y presente aun en los debates de filosofía del Derecho: es la polémica en torno a si el Derecho puede crear deberes de forma autónoma al margen de cualquier tipo de consideraciones morales; es decir, si el discurso jurídico es un discurso autónomo e independiente o si, por el contrario, está inmerso -como caso especial- dentro del discurso moral. Y es, en última instancia, la polémica entre quienes a partir de lo anterior defienden la tesis -normativa- de la unidad del razonamiento práctico o bien se oponen a ella.

6.2 ¿Es Nino coherente con su tesis? Observaciones críticas de Ruiz Miguel.

Pese a la defensa que hace Nino de la tesis del relativismo conceptual o de la pluralidad de conceptos de Derecho hay quienes han objetado que, en realidad, no resulta coherente con su tesis y que su teoría del Derecho se aproxima más a una concepción normativa como la de Dworkin que a un análisis como el de Hart.

En *Derecho y punto de vista moral*¹⁷⁰, Ruiz Miguel cuestiona las tesis acerca de la prioridad lógica o conceptual, epistemológica y normativa (interpretativa) del punto de vista interno¹⁷¹. A los efectos de las objeciones que Ruiz Miguel dirige a Nino, resulta de interés únicamente el análisis de la cuestión acerca de la prioridad conceptual y la prioridad epistemológica del mencionado punto de vista.

Según escribe Ruiz Miguel, Hart insiste en el punto de vista interno para una adecuada comprensión del Derecho. Según Hart, el punto de vista interno manifestaría el reconocimiento de las normas jurídicas como razones para la acción justificadas en algún sentido –no necesariamente moral¹⁷²- y no como meros motivos de hecho por los que alguien se ve obligado a actuar. La prioridad lógica o conceptual del punto de vista del participante vendría dada por el hecho de que la aparición de la normatividad sería una característica esencial de todo sistema jurídico; sin el mencionado reconocimiento por parte de, al menos, los funcionarios llamados a aplicar sus normas, el sistema jurídico ni siquiera sería concebible.

Ruiz Miguel recoge dos tipos de objeciones en relación con la prioridad lógica del punto de vista interno que pueden serle dirigidas a la teoría hartiana:

¹⁷⁰ Ruiz Miguel, A. "Derecho y punto de vista moral", *Anuario de Filosofía del Derecho* XIV (1997), pág. 571-597.

¹⁷¹ Ruiz Miguel da cuenta de un comentario de MacCormick a la distinción hartiana entre punto de vista interno y externo ante una práctica como la de seguir ciertas normas sociales y la diferencia entre observadores y participantes. "No todo participante (o agente, o aceptante) adopta necesariamente el punto de vista interno, si por tal entendemos, como lo presenta Hart, el de quien considera que la norma es, tanto para él como para los demás sujetos, una razón para actuar y juzgar las acciones, pues junto a ese tipo de participante pueden existir otros, como quienes obedecen las normas por mero hábito, por conveniencia o por indolencia pero 'siguen la corriente' a los primeros comportándose como ellos, es decir, como si compartieran el punto de vista interno pero sin hacerlo en realidad. Por otro lado, no todo observador adopta sin más un mero punto de vista externo a la práctica en cuestión sino que, expresándolo de forma más precisa, hay al menos dos tipos bien diferentes de observadores: uno, el observador que adopta un punto de vista externo extremo y sólo es capaz de ver conductas y regularidades externas[...]; y otro, el observador que se coloca en un punto de vista externo crítico, por el que adoptando cognitivamente el punto de vista interno de los participantes de la práctica, puede además dar cuenta de las motivaciones que explican las conductas y regularidades que observa", Ruiz Miguel, "Derecho y punto de vista moral", *op.cit.*, pág. 573-574. En la terminología seguida por Nino esta distinción, sin embargo, no tendría lugar puesto que como he tenido ocasión de indicar define participante como aquel que asume un punto de vista interno fuerte –esto es, aquel que recurre al sistema jurídico para actuar y juzgar sus acciones.

¹⁷² En relación con la crítica que tanto Nino como Finnis dirigen a Hart en este punto me remito al apartado 4.3 de este capítulo.

Hay quienes niegan la necesidad conceptual del punto de vista interno, al menos de un punto de vista auténtico o sincero, de modo que la teoría hartiana habría ido demasiado lejos¹⁷³.

El otro tipo de objeción que se ha dirigido a Hart es que su teoría se ha quedado corta por haberse negado a aceptar que el punto de vista interno es en realidad un punto de vista moral.

Baste decir en relación con la primera objeción que, como señala Ruiz Miguel, si bien es acertado señalar la no necesidad conceptual de un punto de vista interno sincero, es escasamente relevante tanto empírica como conceptualmente; el punto de vista interno –aunque fingido o hipotético– seguiría asumiéndose como prioritario.

Por lo que se refiere al segundo tipo de objeciones, que es, precisamente, la objeción que tanto Nino como Finnis dirigen al análisis hartiano: la diferencia que traza Hart entre el punto de vista interno y el moral parece presuponer la existencia de una forma de justificación jurídica distinta de la propia de la moral, pero a la vez diferenciable de la vinculatoriedad generada por el uso de la mera fuerza (algo que, en términos hartianos, no implicaría obligatoriedad o justificación alguna, sino un mero “verse obligado” o forzado a hacer algo).

El problema apuntado por los mencionados autores es si es posible hablar, precisamente, de una “justificación prudencial” como diferente de la justificación moral, o si, por el contrario, tal categoría resulta mistificadora e induce a confusión. En este punto, Ruiz Miguel suscribe la objeción de Nino y de Finnis y señala que ni la prudencia ni las tradiciones, ni la tendencia a la conformidad con la conducta social pueden justificar nada por sí mismas si no hay alguna razón ulterior e imparcial que las

¹⁷³ Entre estos, véase, Sartorius, *Positivism and the Foundations of Legal Authority*, Gavison, (1987), pág. 43-61. Para un análisis crítico de esta posición cfr. Garzón Valdés, E. "Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral", en *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, (1993), págs. 317-335.

avale. Tal es ese tipo de razón última que suele denominarse moral, al menos en un sentido formal de moral¹⁷⁴; esto es, con independencia de sus posibles contenidos diferentes. Así, al menos el conjunto de quienes están llamados a hacer cumplir las normas jurídicas han de actuar como si las aceptaran, no por el temor a las sanciones coactivas sino por el convencimiento sobre su justificación moral. Además, los rasgos que diferencian a la moral de los sistemas jurídicos no sirven para impugnar la naturaleza moral del punto de vista interno: el contenido de la aceptación que caracteriza al punto de vista interno se caracteriza por los rasgos de importancia, inmunidad al cambio deliberado y apelación al valor mismo de la existencia del sistema que, según Hart, caracterizan a las reglas morales.

La explicación que encuentra Ruiz Miguel a la resistencia hartiana a reconocer lo acertado de esta objeción es una reacción frente a la confusión de planos que parece producirse en una posición como la de Dworkin que además de describir el Derecho destacando la necesidad del punto de vista moral por parte de los aceptantes, defiende, la adopción de ese mismo punto de vista en su propia concepción teórica del Derecho. En efecto, Dworkin propone como mejor concepción teórica del Derecho la que adopta el punto de vista interno o moral en la identificación del Derecho.

La plausibilidad de una respuesta afirmativa a la pregunta acerca de la prioridad lógica u ontológica del punto de vista interno defendida por Ruiz Miguel, no implica, sin embargo, que esta misma respuesta pueda -en su opinión- extenderse a la cuestión acerca de si es necesario o no adoptar el punto de vista del participante para la identificación teórica del Derecho. Nos encontramos aquí ante la cuestión acerca de la

¹⁷⁴ En su artículo, Ruiz Miguel señala la ambigüedad de la expresión “punto de vista moral”: esta expresión puede entenderse como “el punto de vista moral” –aquí la moral aparece sobre todo como forma o estructura, en el sentido de que, con independencia de su contenido, se alude a una razón o justificación de carácter último y dominante sobre otras y que es adaptada como criterio imparcial y universalizable; o bien, como “un punto de vista moral”, aquí la moral aparece como un contenido específico relativo a conductas, normas o instituciones. Ruiz Miguel. *op.cit.*, pág. 574-575.

prioridad epistemológica del punto de vista interno. En este sentido, Hart da una respuesta negativa y opta por la vindicación del observador crítico (aquél que adopta cognitivamente el punto de vista interno de los participantes de la práctica), Dworkin replica a favor del punto de vista del participante. Por su parte, Nino, como hemos visto en las páginas anteriores, denuncia el error de partida de semejante disputa al entender que tanto un concepto descriptivo como uno normativo serían adecuados aunque en ámbitos distintos. Esto es, según el propósito perseguido mediante la identificación del Derecho, convendrá manejar uno u otro concepto.

Ruiz Miguel suscribe la tesis de Nino pero, como apunté al comienzo de este apartado cuestiona que Nino haya sido consecuente con su posición expresa. En opinión de Ruiz Miguel, el desarrollo que Nino hace de su teoría del Derecho lo sitúa en última instancia en una posición menos neutral de lo que implica su tesis de partida: en cuanto teórico, Nino defiende que existe una conexión justificativa esencial del Derecho con la moral, no aludiendo sólo a la primacía lógica del punto de vista interno que ha de ser tenido en cuenta al describir el fenómeno jurídico (algo que, apunta Ruiz Miguel, sería suscrito también por Hart), sino que Nino va más allá y acepta, normativamente, la conexión entre Derecho y moral (el modo en que Nino hace esto, señala Ruiz Miguel, es ilustrativo del cambio de perspectiva que se opera cuando se pasa desde la descripción del Derecho como conceptual o lógicamente conectado con la moral, a la propuesta normativa de identificar al Derecho en conexión con la moral¹⁷⁵). Así, apunta Ruiz Miguel que Nino no sólo reconoce descriptivamente la conexión entre Derecho y moral, sino que señala que el Derecho sólo tiene fuerza justificativa cuando se presenta unido a la moral; y toma, además, posición por determinados criterios morales sustantivos que le llevan a descalificar como Derecho a sistemas normativos procedentes de países no

¹⁷⁵ Ruiz Miguel, A., *op.cit.*, pág. 584.

democráticos. Ruiz Miguel considera que no resulta del todo claro el paso que, en su opinión, da Nino desde la descripción de la conexión entre el Derecho y el punto de vista moral formal hasta la propuesta de la conexión entre algunos sistemas jurídicos y la moral como contenido. Concretamente, denuncia la constante referencia que Nino hace a la conexión entre sistemas jurídicos y la moral como contenido con referencia al Derecho en general, en vez de referirla sólo a los Derechos democráticos. En opinión de Ruiz Miguel, este desarrollo de la teoría nineana colocaría a ésta en una posición más cercana a una teoría del Derecho como la de Dworkin que a una como la de Hart.

Pues bien, aunque tras el desarrollo de los capítulos posteriores estaremos mejor avituallados para comprender la observación de Ruiz Miguel, adelantaré aquí que, en efecto, la teoría del Derecho que Nino desarrolla a lo largo de su obra (y que, como tuve ocasión de apuntar en la introducción a este trabajo, viene muy determinada por los problemas prácticos de reconstrucción democrática en Argentina) es una teoría del Derecho interesada en la dimensión argumentativa -o justificativa- del Derecho y, por lo tanto, en la perspectiva del participante. A Nino le interesa hacer una teoría del Derecho normativa; y es así como ha de ser entendida su reflexión acerca de las normas *de facto* y el problema acerca de la validez jurídica de la que me ocuparé en el capítulo IV de este trabajo.

Si bien la caracterización que hace Ruiz Miguel de la Teoría del Derecho de Nino es acertada, no lo es, sin embargo, su observación crítica. Y ello porque el análisis conceptual de Nino acerca de la necesidad de una pluralidad de conceptos de Derecho y su forma de dirimir la disputa Hart-Dworkin se articula en un nivel distinto al de sus posteriores desarrollos como teórico del Derecho. Así, una cosa es apuntar que según el interés que persigamos en la identificación del Derecho, precisaremos un concepto u otro de Derecho, (aquí es donde Nino articula su tesis de la pluralidad de conceptos de

Derecho) y otra, optar por la perspectiva que resulta adecuada a los fines del teórico. Nino estaba preocupado por los problemas de justificación, por la esfera del razonamiento práctico; esto, le llevó a desarrollar una Teoría del Derecho normativa que pudiera ayudar a los juristas prácticos a plantear adecuadamente los problemas prácticos y la solución a estos. Desde esta perspectiva, la del participante, la pretensión de corrección identificada desde el punto de vista del observador se llena, necesariamente, de contenidos morales sustantivos.



CAPÍTULO III: NORMAS JURÍDICAS Y RAZONES PARA LA ACCIÓN.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: EL DEBATE ACERCA DE LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO.

La pregunta acerca de qué son las normas jurídicas y de cuál es su papel en el razonamiento práctico nos traslada al marco del debate acerca de la normatividad del Derecho, en los términos en los que, desde Hart, tiene lugar en la filosofía del Derecho.

En efecto, el título de este capítulo hace pensar en toda una serie de problemas que se discuten dentro de ese debate en un intento por armonizar dos consideraciones en relación con el fenómeno jurídico: de un lado, el Derecho como una institución social (como un conjunto de hechos sociales complejos) que puede ser observada y descrita desde un punto de vista valorativamente neutro y, de otro, el Derecho, o más exactamente, las normas jurídicas como razones para la acción en un razonamiento jurídico justificativo; esto es, en una deliberación dirigida a valorar o justificar acciones y decisiones que afectan intereses ajenos¹.

Pero, además, la pregunta acerca de la normatividad del Derecho nos traslada a su vez a otro debate: el que existe acerca del principio de unidad del razonamiento práctico (en la versión según la cual las razones últimas son razones morales o valores morales²) o, por decirlo utilizando una expresión de Nino, la tesis del "imperialismo del discurso moral"³.

¹ Postema, G. "The normativity of Law", en R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy, The Influence of H.L.A.Hart*, Oxford; Clarendon Press, (1987), tomo la cita de Bayón Mohino, J.C. en *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1991), págs. 17-18.

² Cuando se habla de los valores o razones morales como razones últimas, no es ésta una pura cuestión definicional según la cual las razones que aparecen como razones últimas en la escala de preferencias de un individuo se denominan razones morales -esto dejaría vacío el concepto de razones morales. Dicho a muy grandes rasgos, lo que en nuestra práctica discursiva recibe el nombre de razones morales son

Cuando nos preguntamos acerca de las normas jurídicas y de su papel en el razonamiento práctico, muchas otras cuestiones y distinciones aparecen en el escenario y exigen ser examinadas antes de poder avanzar una respuesta satisfactoria a la pregunta que gravita tras el título de este capítulo y que fue definida por Nino como el tema central de la Filosofía del Derecho⁴: ¿las normas jurídicas constituyen razones autónomas -es decir, distintas de las razones morales- para justificar acciones y decisiones? ¿Es el discurso jurídico justificativo un discurso independiente del discurso moral general o debemos, por el contrario, mantener la tesis de la unidad del razonamiento práctico?

En este capítulo y también en el capítulo V de este trabajo (sobre el razonamiento jurídico justificativo), mi propósito es presentar las aportaciones de Nino en la dilucidación del razonamiento práctico. Concretamente, en el presente capítulo me ocupo de sus aportaciones en relación con el papel que las normas jurídicas cumplen en el razonamiento jurídico justificativo y, en última instancia, en el razonamiento práctico.

Mencionar en la misma frase *discurso práctico general* -discurso moral⁵- y *discurso jurídico justificativo* de la forma en que lo he hecho es algo que va a suceder de forma recurrente e inevitable en este capítulo dada la tesis de fondo que, sobre esta cuestión, suscribe Nino y a la que yo me adhiero; a saber, la tesis de la unidad del razonamiento práctico. En efecto, como se verá, serán muchas las referencias al

consideraciones que, llevadas a cabo desde un punto de vista imparcial, se formulan con pretensión de universalidad. Para un análisis profundo de la cuestión acerca de los distintos tipos de elementos en el razonamiento deliberativo del agente, entre los cuales aparecen las razones morales o valores -como antes las he definido- caracterizadas, además, como metapreferencias, por dominar a preferencias de signo contrarias en la hipótesis contrafáctica de que tal preferencia contraria se diera, cfr. Bayón Mohino, J.C., *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, op.cit., pág. 58-240. En relación con los rasgos de los principios morales, el vaciamiento del concepto de moral y el relativismo conceptual puede verse, Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, ed. Ariel, (1989). Sobre algunos de estos temas volveré en este trabajo.

³ Puede verse entre otros, Nino, C.S., *Derecho, moral y política*, ed. Ariel, (1994).

⁴ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, ed. Astrea, (1985), pág. 125.

⁵ Aunque sobre esta cuestión volveré en el punto 1 del capítulo V de este trabajo quisiera dejar aquí apuntado que el sentido de discurso moral que Nino maneja es semejante al discurso práctico general en la terminología de Alexy y, después, de Habermas. El discurso práctico general puede definirse como discurso ético en el cual se incluyen consideraciones morales y político-pragmáticas.

discurso práctico general, concretamente, al discurso moral, pues, precisamente, lo que Nino sostiene -lo adelanto ya- es que el sentido de norma jurídica que nos permite articularla dentro del razonamiento jurídico justificativo es un sentido de norma que viene vinculado a juicios valorativos o de deber -en la terminología de Bayón⁶- y, concretamente, a los juicios morales.

Antes de entrar en el análisis de Nino conviene introducir los términos del debate acerca de la normatividad del Derecho en cuanto marco de este capítulo.

Como es sabido, la tradición positivista sostiene dos tesis: la tesis de las fuentes sociales del Derecho (atendiendo a la cual, la determinación de la existencia y el contenido del Derecho es exclusivamente una cuestión de hechos sociales complejos para la que no es necesario acudir a ninguna clase de consideraciones morales) y la tesis de la falibilidad moral del Derecho (es decir, que una norma forme parte del Derecho no implica que tenga que haber razones morales para actuar de acuerdo con ella). A partir de estas dos tesis, y como tuve ocasión de apuntar en las páginas introductorias del capítulo II de este trabajo, el positivismo deslinda el Derecho que es del Derecho que debe ser. Pero, y tomo aquí las palabras de Bayón, el problema surge cuando, posteriormente, se afirma que el Derecho que "es" debe (jurídica, no moralmente) ser aplicado: si los enunciados a través de los que se identifica lo que el Derecho dispone son puramente descriptivos, entonces tenemos que preguntarnos cómo es posible construir con ellos un razonamiento práctico justificativo, cómo es posible llegar a una conclusión que entrañe una determinada actitud práctica si ésta no aparece en alguna de las premisas del razonamiento. Si, por el contrario, consideramos que los enunciados acerca de lo que el Derecho dispone son enunciados prácticos y no meramente

⁶ Cfr. Bayón Mohino, J.C., *op.cit.*, págs. 306 y ss.

descriptivos y, por lo tanto, nos permiten articular un razonamiento práctico, entonces, es preciso aclarar cómo puede extraerse ese tipo de premisas, que entrañan actitudes prácticas, a partir de hechos de índole social; una categoría que pertenece al mundo del ser⁷.

La solución a este problema la avanzó Hart en *El concepto de Derecho*. Como es bien conocido desde Hart, entender los enunciados prácticos como enunciados que pueden ser reducidos a enunciados descriptivos de ciertos tipos de hechos (tales como la emisión de un mandato por parte de alguien, la probabilidad de sufrir una sanción si se realiza una acción diferente a la prescrita en el mandato, que los tribunales dicten una determinada decisión, o el experimentar una cierta sensación psicológica de constricción) significa ignorar la cuestión acerca del carácter justificativo o práctico que tienen tales enunciados cuando son utilizados o formulados por los participantes de la institución⁸. Hart señaló que hay una clase de enunciados jurídicos que no pueden ser adecuadamente explicados como enunciados descriptivos de alguna clase de hechos, sino que son enunciados que expresan juicios prácticos o genuinamente normativos con los que se manifiesta la aceptación de una norma y se hace uso de ella como criterio de evaluación de conductas. Son los enunciados internos, es decir, aquellos formulados por quienes adoptan un **punto de vista práctico** en relación con el Derecho. Frente a ellos, los enunciados externos son puramente descriptivos y son los formulados por los observadores que no adoptan el anterior punto de vista, sino que se limitan a constatar desde fuera una serie de regularidades de conducta.

No entraré aquí a dar cuenta del desarrollo de Hart, ni de las observaciones apuntadas a su reconstrucción del fenómeno jurídico, pero sí recogeré aquellas que permitieron completar el esquema de Hart -y que, por lo demás, fueron aceptadas por

⁷ Bayón, J.C., *op.cit.*, pág. 19.

⁸ Bayón, J.C., *op.cit.*, pág. 20; dando cuenta de lo que Raz denominó "reduccionismo semántico", Raz, J., "The Purity of the Pure Theory", en *Révue Internationale de Philosophie*, 35 (1981), pág. 441-459.

éste en trabajos posteriores⁹- y que me permitirán, después, aislar o individualizar el tipo de enunciados que es relevante a los efectos del análisis de Nino del que me ocupo en este capítulo.

Pues bien, recogiendo junto a las categorías trazadas por Hart, las observaciones de sus críticos (Raz, MacCormick), podemos distinguir varios puntos de vista en relación con el fenómeno jurídico: (1) el punto de vista externo extremo que se limita a registrar regularidades de conducta; (2) un punto de vista extremo moderado, que es el propio de quienes no se limitan a registrar regularidades de conducta y reacciones críticas sino que entienden que los agentes cuyo comportamiento se observa aceptan ciertas reglas como criterios de evaluación y realizan aquellas conductas en tanto que requeridas por dichas reglas o manifiestan aquellas reacciones críticas en tanto que justificadas por ellas (sin necesidad de que el observador las acepte a su vez); (3) los denominados por Raz "imparciales o no comprometidos": son aquellos que hacen uso del lenguaje normativo y que el hablante formula desde el punto de vista de quien verdaderamente acepta la regla, pero sin que sea necesario que él, por su parte, la acepte. Así, -y creo que esto es lo que los distinguiría conceptualmente de los enunciados denominados 'desde un punto de vista extremo moderado' al menos si limitamos el uso de estos¹⁰,- los enunciados imparciales o no comprometidos no son meramente enunciados acerca de los hechos complejos de que otros individuos aceptan reglas y actúan guiados por ellas, sino formulados desde el punto de vista (en el que el hablante se sitúa sólo hipotéticamente; es decir, sin comprometerse con él o hacerlo suyo) de aquéllos que aceptan las reglas. Este tipo de enunciados, los enunciados

⁹ Cfr. Hart, H.L.A, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, (1982) , *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, (1983). [Tomo las referencias de Bayón Mohino, J.C., *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción, op.cit.*].

¹⁰ Resulta, sin embargo, difícil pensar en actividades teóricas en relación con el fenómeno jurídico en las que el punto de vista externo moderado y el 'punto de vista interno no comprometido o imparcial' puedan ser presentados como enunciados que cumplen en la práctica funciones diferentes.

imparciales o no comprometidos, serían formalmente normativos, pero cumplirían una función "descriptiva-informativa".

La tesis que Nino -al igual que otros autores- defiende es que todos estos enunciados (tanto los externos como los imparciales o no comprometidos) son parasitarios o conceptualmente dependientes respecto a los correspondientes (4) enunciados comprometidos. Es ésta la tesis de Nino acerca de la primacía lógica del punto de vista interno que este autor, además, defiende en relación con toda la praxis humana¹¹: si no hay sujetos que adopten el punto de vista interno hacia el *item* práctico en cuestión, no hay fenómeno que pueda ser observado desde la perspectiva externa. En el siguiente punto de este capítulo me ocuparé de esta cuestión.

Además, cuando nos preguntamos acerca de la cuestión de si las normas jurídicas son o no razones autónomas para la justificación de acciones y decisiones, es en este último tipo de enunciados -los enunciados jurídicos comprometidos- en los que debemos centrar nuestra atención. Así, las premisas que, como genuinos juicios prácticos, forman parte de razonamientos justificativos están constituidas por los juicios que un individuo expresa a través de enunciados comprometidos y, de esta forma, el razonamiento con el que un juez justifica una decisión no puede hacerse en términos de enunciados imparciales o no comprometidos (ya que éstos no implican la aceptación de razones para actuar), sino en términos de enunciados comprometidos¹².

¹¹ Cfr. Nino, C.S., *Derecho, moral y política*, pág. 47.

¹² En opinión de Nino, no sólo y necesariamente los jueces, sino también, si quieren que su tarea resulte de especial utilidad para la solución de problemas prácticos, los juristas teóricos -la tradicional dogmática jurídica-, han de asumir para llevar a cabo su trabajo el punto de vista interno. Por supuesto, uno podría pensar que, en la medida en que en nuestro sistema jurídico las decisiones judiciales son tarea de los jueces, es posible reconstruir el discurso de la denominada 'ciencia del Derecho' como un discurso desde un punto de vista imparcial o no comprometido. Nino, aunque no es claro en este sentido, creo, sin embargo, que está pensando en un modelo de actividad teórica en relación con el Derecho en el que los juristas asumen un compromiso moral genuino al desarrollar tareas propiamente normativas o valorativas. En el modelo de actividad teórica en relación con el Derecho -o ciencia del Derecho- defendido por Nino, los juristas teóricos, si quieren llevar a cabo una tarea útil para los juristas prácticos, no han de limitarse a emitir enunciados puramente descriptivos, sino que deben llevar a cabo una actividad valorativa acerca del sistema en cuestión: de un lado, y en una primera fase, han de valorar la justicia del conjunto de sus instituciones y establecer medidas de *lege ferenda* acerca de la mejor articulación de estas y de otro, de

Identificado, pues, este tipo de enunciados como el relevante en relación con el problema central del que me ocupo en este capítulo, en los siguientes apartados será preciso tratar de aclarar cuál es su naturaleza, intentando dilucidar si la aceptación que caracteriza a este tipo de enunciados implica necesariamente, en contra de lo afirmado por Hart, la adhesión a principios morales; esto es, dar respuesta a la pregunta acerca de si los enunciados jurídicos comprometidos expresan o no juicios morales, si el discurso jurídico práctico está inmerso en el discurso moral general.

El análisis de Nino acerca del papel que cumplen las normas en el razonamiento práctico arranca de la crítica a algunos puntos de la propuesta de Raz de reconstrucción del papel de las normas jurídicas como razones excluyentes para la acción. A diferencia de Raz, Nino toma especial interés en trazar qué tipo de autoridad esgrime una pretensión normativa justificada. Así, como veremos, en el análisis de Nino sólo las normas jurídicas procedentes de una autoridad democrática pueden pretender aparecer de forma legítima como razones justificativas. Su postura en relación con el problema del que en este capítulo me voy a ocupar puede articularse en tres tesis parcialmente relacionadas: (a) las normas jurídicas como razones epistémicas; (b) las normas jurídicas como razones justificativas autónomas (o la dimensión valorativa de las

sententia ferenda, han de interpretar los enunciados del sistema y solucionar, entre otros, problemas de lagunas y antinomias. Por lo demás, esta tarea normativa es, en opinión de Nino, la tarea que ha venido desempeñando la denominada 'ciencia' del Derecho o dogmática jurídica, lo que sucede es que lo ha hecho presentando sus soluciones no como propuestas normativas a partir de consideraciones valorativas, sino como soluciones halladas -a partir del recurso a las denominadas 'naturalezas jurídicas'- en el ordenamiento jurídico. Cfr. Nino, C.S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, (1974) y *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, (1ª ed. Universidad de Carabobo, Venezuela, 1979), Fontamara, México, (1993). En cuanto a la utilidad práctica de un modelo de actividad teórica normativo escribe Nino: "Puesto que los órganos de decisión jurídica deben, inevitablemente, asumir posiciones valorativas para justificar la aplicación de cierta norma jurídica a un determinado caso y la asignación a esa norma de una determinada interpretación entre varias posibles, es irrazonable pretender que los juristas académicos renuncien a asistirlos en su tarea. Los teóricos del Derecho se encuentran, en varios sentidos, en mejores condiciones que los jueces para explorar problemas de fundamentación axiológica de soluciones jurídicas. Mientras una sentencia judicial no puede explayarse en especulaciones filosóficas acerca de las posibles justificaciones de los principios morales y políticos que -a través o no de una norma jurídica- determinan la decisión del caso, los juristas académicos no están urgidos por la necesidad de resolver el caso presente y pueden detenerse a analizar diferentes justificaciones de los principios relevantes, explorando sus consecuencias en distintas situaciones reales o hipotéticas", Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, ed. Ariel, (1983), pág. 340-341 [primera edición de 1980, ed. Astrea].

normas jurídicas¹³). Como veremos, en el análisis de Nino, las normas jurídicas tienen este carácter únicamente cuando su valor epistémico (en relación con la existencia de principios morales) es alto y existen fuertes razones para creer en la existencia de las razones morales que ellas reflejan; (c) las normas jurídicas como razones auxiliares y directivas excluyentes . Cuando el valor epistémico de una norma en cuestión es muy bajo, aun así, sin embargo, articuladas junto con un principio moral que establece la exigencia de implementar y cuidar de instituciones en cuyo marco sea más posible que en ningún otro la toma de decisiones justas, las normas jurídicas pueden constituirse en razones auxiliares que junto con el mencionado principio moral forman una razón completa.

Con el propósito de presentar con mayor claridad el análisis que lleva a cabo Nino en torno a las normas jurídicas y a su papel en el razonamiento práctico, será preciso, sin embargo, comenzar abordando su análisis en relación con diversas cuestiones y distinciones básicas dentro del fenómeno de la praxis humana. Por lo demás, en este capítulo quedará apuntada una tesis central de la filosofía del Derecho de Nino: la tesis de la conexión justificativa entre Derecho y moral. Tesis sobre la que profundizaré en los capítulos siguientes de este trabajo en los que, de nuevo, en torno a problemas centrales de la filosofía del Derecho, aparecerán análisis que se encuentran a caballo entre la filosofía del Derecho, la filosofía moral y la filosofía política.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PRAXIS HUMANA.

El papel de las normas jurídicas en el razonamiento práctico del agente nos remite a un problema previo que es el de las razones para la acción y, a su vez, una

¹³ Cfr. Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del Derecho*, ed. Ariel, (1996), especialmente capítulos IV y V.

caracterización del concepto de razones para la acción en Nino exige dar cuenta de una serie de cuestiones previas (el concepto de acción, el papel que en la caracterización del concepto de acción juegan los deseos, las creencias y los movimientos corporales, el aspecto interno de la praxis humana y su prioridad conceptual sobre el aspecto externo, la propagación de deseos -esto es, cómo un deseo genera otro deseo que conduce a la acción-, trátase del mismo agente o de diversos agentes que tratan de interactuar, y el paso del discurso práctico subjetivo al discurso intersubjetivo). El interés que en Nino despertó el análisis del discurso práctico y de la praxis humana puede verse ya desde sus primeros trabajos, pero es especialmente en *La validez del Derecho* (1985), *Introducción a la Filosofía de la acción humana* (1987), *El constructivismo ético* (1989) y en sus distintas ediciones de *Ética y derechos humanos*¹⁴ donde podemos ver una formulación más precisa.

Comenzaré esta exposición dando cuenta de forma simplificada del concepto de acción que a Nino le parece más plausible a los efectos del discurso práctico; dejaré, entonces, de lado las complejidades involucradas en cuestiones básicas abordadas en filosofía de la acción y de las que Nino se ocupa con bastante detalle en su trabajo *Introducción a la Filosofía de la acción humana*¹⁵. A continuación -y después de haber visto el aspecto interno de la praxis humana tanto en la praxis individual como en la colectiva- me ocuparé de dar cuenta de la tesis de Nino de la prioridad conceptual del punto de vista interno sobre el externo y de su tesis acerca de la propagación de deseos -no sólo dentro del discurso subjetivo sino también, y especialmente, en el discurso intersubjetivo, ya que éste es el relevante a los efectos de arrojar luz sobre el papel de las normas jurídicas en el razonamiento práctico.

¹⁴ Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, ed. Paidós, (1ª edición de 1984), (2ª edición -en ed. Ariel- de 1989 con nuevas aportaciones y cambios importantes respecto a aspectos centrales de su teórica metaética y concepción acerca de la democracia -de esto me ocuparé más adelante-), edición inglesa *The Ethics of Human Rights*, ed. Clarendon PaperBacks, (1991).

¹⁵ Nino, C.S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, ed. Eudeba, (1987).

2.1. Apuntes sobre la teoría de la acción de Nino.

Como sucede con otros conceptos, Nino considera que a la hora de caracterizar el concepto de acción hay una interacción o equilibrio reflexivo entre la teoría acerca del concepto de acción, las exigencias de los contextos en los que el concepto en cuestión es empleado y los intereses de la investigación que se está llevando a cabo. El concepto de acción aparece empleado en contextos descriptivos o explicativos, pero también tendrá gran importancia en muchas áreas de la filosofía que tratan de dar cuenta del discurso moral o del discurso jurídico en los cuales hay una atribución de responsabilidad y en los que se estarán manejando conceptos normativos. En este caso, además, no cualquier cosa que resulte abarcada por el uso común de la palabra acción es pertinente, es decir, no bastará con un simple análisis lexicográfico; sino que se está presuponiendo que el concepto de acción encierra propiedades que son valorativamente relevantes para la punibilidad, condena moral etc o bien, que debe reconstruirse el concepto en cuestión de modo que designe tales propiedades que se asumen *a priori* como relevantes¹⁶. Es este último tipo de investigación -el uso del concepto de acción

¹⁶ Nino, C.S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, pág. 16. Carrió en su prólogo al trabajo de Nino *El concurso en el Derecho penal*, objeta la metodología escogida por Nino para dilucidar el concepto de acción en relación con el concurso de acciones en el Derecho penal, por llevar a cabo este último una aproximación que consiste en ver cual es el concepto de acción que es manejado en el uso ordinario; el punto central de la objeción de Carrió a Nino se articula entorno a dos puntos: (1) la expresión acción es rara vez usada en el lenguaje ordinario; (2) para contar o inventariar acciones, más que por el (supuesto) uso ordinario de tales expresiones, la solución de esas dificultades debería guiarse con la justificación del castigo como práctica social y con los principios complementarios que precisan y condicionan la imposición de castigos en casos particulares.

En su epílogo a este trabajo, Nino contesta a las observaciones críticas que Carrió dirige a su metodología y después de señalar que si bien el uso de un esquema conceptual extraído del lenguaje ordinario allana el terreno para encontrar soluciones aceptables, de ninguna forma consideraba que tales soluciones estuvieran determinadas por el aparato conceptual utilizado. Aclara que está completamente de acuerdo con Carrió en que las soluciones que se den a las situaciones de concurso en el Derecho Penal dependen de los principios sobre el alcance de la punición que se acepten y de las reglas que de ellos se infieran.

Pero, además, en defensa de su metodología sostiene que aunque la palabra acción se utilice poco en el lenguaje ordinario como dice Carrió, el hecho de que tal uso casi siempre sea en enunciados valorativos (esto es, acompañado de calificativos como buena, mala, egoísta, desinteresada) acentúa el interés de tal análisis en cuanto que en contextos jurídicos también se usa la palabra acción casi exclusivamente con sentido laudatorio o reprobatorio. Por otra parte, y también en relación con el

en el ámbito valorativo- el que resulta de interés para trazar, como hace Nino, un mapa iluminador del universo del razonamiento práctico.

A partir de esta precisión, pues, podemos entrar ya a ver su caracterización de este concepto. Nino trata de ver si es posible analizar el concepto de acción en términos de fenómenos más simples. Siguiendo a Davidson- y considerando que las objeciones que se han dirigido a esta postura no son suficientemente fuertes como para derrotar su plausibilidad¹⁷- sostiene la tesis de la identidad de acciones y movimientos corporales: "La idea sería, entonces, que cuando hablamos de acciones físicas comisivas nos referimos siempre a movimientos corporales, aunque a veces los identificamos no por sus características morfológicas sino por sus efectos, las circunstancias del contexto en que se desarrollan, las reglas que satisfacen, los motivos e intención con que se llevan a cabo, etc. [...] Aunque se puede saber muchas cosas de una acción sin conocer los movimientos subyacentes, percibir una acción es percibir tales movimientos corporales, lo que implica también que la localización espacial y temporal de la acción está dada por el espacio ocupado por los movimientos corporales del individuo y por el tiempo que ellos insumen"¹⁸. El siguiente paso que lleva a cabo Nino en la caracterización del concepto de acción es el de tratar de dilucidar cómo se distinguen ciertos movimientos corporales generalmente considerados **involuntarios** de los que constituyen acciones. El sentido de voluntariedad que aquí es relevante es -escribe Nino- el que nos permite "distinguir a las acciones o movimientos que resultan de ellas -aún las que no son

lenguaje común, hay una serie de palabras que son utilizadas en el lenguaje corriente -en contextos no de reproche o elogio- como hacer, conducta, proceder, comportamiento, acto actitud, así como los verbos de acción específicos -el recurso a estos en el lenguaje ordinario para caracterizar y aislar el comportamientos humano es reconocido por Carrió- etc que son -aunque algunos sólo parcialmente- sinónimos de acción y que, en muchos contextos, podrían ser sustituidos de forma aceptable por la palabra acción. Nino, C.S., *El concurso en el Derecho Penal*, ed. Astrea, BsAs, (1972).

¹⁷ Frente a esta tesis Cfr. Hornsby, J., *Actions*, Routledge&Kegan Paul, Londres, 1980 [tomo la referencia de Nino, C.S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, ed. Eudeba, (1987)]. Hornsby se niega a identificar las acciones físicas con los movimientos corporales a favor de una identificación con los eventos mentales que las causan.

¹⁸ Nino, C.S., *op.cit.*, pág. 26.

intencionales como tropezar, pisar el pie a otro, cometer un *lapsus linguae*, etc.- de movimientos que no sólo no son intencionales sino que ni siquiera son acciones (o no resultan de acciones) como es el caso de un movimiento reflejo"¹⁹y, además, para ese sentido de voluntario que aquí manejamos, no existe una dependencia entre la calificación de voluntaria y la descripción de acción que se tome en cuenta²⁰.

La corriente volicionista -'doctrina oficial' articulada por Descartes, que consiste en sostener que una acción es voluntaria cuando los movimientos corporales que la constituyen están causados por un fenómeno mental que se suele denominar "acto de voluntad", "volición" etc- fue criticada por Wittgenstein, Anscombe y, especialmente, Ryle, pero el fracaso, en opinión de Nino, de tales autores a la hora de defender una tesis alternativa más plausible para dar cuenta de la distinción entre acciones voluntarias y movimientos involuntarios prescindiendo de voliciones, deseos, etc. llevó a nuestro autor a suscribir la revisión que del volicionismo hizo Davidson en su trabajo "Actions, reasons and causes"²¹. Según escribe Nino²², ese autor sostiene que las razones que justifican una acción desde el punto de vista del agente y que están compuestas por el par pro-actitud y una creencia relacionada, son, además, causas de las acciones que racionalizan. Dentro de la corriente volicionista, es Goldman²³ quien -según Nino- propone el esquema más elaborado. Este último autor sostiene que los eventos mentales que causan acciones son los deseos, creencias, razones etc. y, concretamente, señala que la idea de que un agente ha ejecutado un acto se esclarece sobre la base de la causación a través de deseos y creencias. Por lo demás, aunque el análisis de Goldman coincide en

¹⁹ Nino, C.S., *op.cit.*, pág. 36.

²⁰ Nino distingue entre la voluntariedad y el carácter intencional de una acción en el siguiente sentido: a diferencia de la primera que es condición necesaria de toda acción y, por lo tanto, independiente de la descripción de los movimientos corporales en cuestión, el carácter intencional depende de la descripción que se tome en consideración. Nino, cfr. Nino, C.S., *op.cit.*, pág. 69.

²¹ Davidson, D., "Actions, reasons and causes", trabajo incluido en White, A.R. (comp.), *The Philosophy of action*, Oxford, (1968).

²² Nino, C.S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, *op.cit.*, pág. 41-43, *El constructivismo ético*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, (1989), pág. 22-23.

²³ Goldman, A.I., *A theory of human action*, (1970).

este punto²⁴ con el de Davidson, el primero va aún más lejos al sostener que esa conexión causal que se da entre los mencionados *items* mentales y las acciones ni siquiera se ve excluida por el hecho de que el concepto mismo de deseo incluya la propiedad de que tiende a generar actos, dado un cierto sistema de creencias y otros deseos. Sin embargo, de lo dicho no se infiere, como verdad lógica, que un deseo particular causará un acto particular; ésta es una cuestión empírica que habrá que establecer caso por caso²⁵.

Un aspecto del análisis del concepto de acción que resulta de especial relevancia para el análisis del concepto de razones para la acción es el de la intencionalidad de la acción. La elucidación del concepto de intención lleva a Nino a ocuparse de aclarar su conexión con otros elementos psicológicos, como las creencias y los deseos del agente, sus motivos o las causas mentales que llevan al agente a actuar. Aquí sigue Nino también a Davidson, quien sostiene que una acción hecha con cierta intención ulterior envuelve ciertos deseos y creencias que racionalizan esa acción bajo una cierta descripción. Siguiendo este análisis, escribe Nino que los deseos y creencias del agente proveen las premisas de un razonamiento práctico que concluye en la acción o en una descripción de la acción (esto no quiere decir que el agente tiene que haber

²⁴ La similitud del análisis de Goldman y Davidson se detiene, sin embargo, en este punto relacionado con la comprensión del fenómeno de las acciones en términos de voliciones y creencias, puesto que, por lo demás, en un paso posterior en el análisis de la acción -su individualización- estos autores se enfrentaron en la polémica que -siguiendo a Nino- podemos denominar 'polémica entre unificadores y multiplicadores'. Cfr. Nino, C.S., *Introducción a la filosofía de la acción, op.cit.*, pág. 44. Para un análisis de esta polémica y un intento por conciliar las posiciones, cfr. González Lagier, D. *Las paradojas de la acción*, ed. Publicaciones Universidad Alicante, (2001), pág. 41-58.

²⁵ En principio, según la concepción de la causalidad de Hume, hablar de una relación conceptual entre dos *items* excluye la posibilidad de una conexión causal entre ellos. Es dentro de este paradigma como ha de entenderse la peculiaridad de la relación según Goldman de deseos y acciones: la conexión es causal **a pesar de** la conexión conceptual entre deseo y acción. En el ámbito del conocimiento científico encontramos ejemplos de relaciones que pueden aparecer como conceptuales o causales según el contexto. P.ej. es el caso del cobre, entre cuyos rasgos característicos no se citaba ninguna de las propiedades eléctricas de esa sustancia, después de descubierta la electricidad, entre el cobre y la buena conducción de electricidad se veía como relación causal; posteriormente, entre las propiedades del cobre se paso a incluir el ser un buen conductor. Nagel, E., *La estructura de la ciencia*, ed. Paidós, BsAs, (1981), pág. 62. Esto mismo sucede p.ej. con el concepto de metal y la dilatación. Podemos pensar en una relación causal o bien en una relación conceptual. Sobre estas cuestiones cfr. González Lagier, D., *Acción y Norma en G.H. Von Wright*, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 123-125. Sobre la concepción de la causalidad en Hume, Cfr. González Lagier, *op.cit.*, pág.150 y ss.

efectivamente desarrollado el razonamiento en cuestión, sino que lo podría haber desarrollado si hubiera sido plenamente consciente de sus deseos y creencias, si hubiera tenido tiempo, etc²⁶).

Detengámonos un momento en este punto. Si bien el tipo de premisa en el que consiste el contenido de una creencia es algo obvio, lo que no es tan obvio es cuál es el tipo de premisa en el que consiste el contenido de un deseo (por oposición a un enunciado que describe el hecho de tener el deseo). Nino -siguiendo el análisis de Davidson- señala que la expresión natural de un deseo es un enunciado valorativo del tipo "es deseable tal y cual cosa". Es decir, desde el punto de vista interno del sujeto que desea, el contenido proposicional del deseo es un juicio como el anterior. Asentir sinceramente a un enunciado valorativo de este tipo implica tener una pro-actitud hacia la cosa en cuestión, y si ella es una acción y no hay otras actitudes que la contrarresten, entonces el sujeto hará la acción. En el esquema de Davidson - y, según escribe Nino, esto sucede también en el de Goldman- el agente realiza la acción del tipo A a causa de su creencia y pro-actitud, y además, éstos *items* causan la acción en una forma apropiada.

Por lo que se refiere a la diferencia entre desear y tener la intención de realizar la acción, Davidson sostiene que frente al carácter *prima facie* de los juicios valorativos que expresan deseos (debido a que la acción puede tener otras propiedades que la hacen

²⁶ Sobre esto puede verse también Richards, D.A.J., *A Theory of Reasons for Action*, Oxford, Clarendon Press, (1971), pág. 58 y Stuart Hampshire, *Thought and Action*, London: Chatto&Windus, (1959), y ed. Americana Notre Dame, Ind., University Press, (1983), pág. 149-150. Las referencias las tomo de Bayón Mohino, J.C., *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción, op.cit.* Este autor señala que al dar cuenta de la noción de motivo o razón en los términos aquí indicados, los autores no pretenden en absoluto que como hecho psicológico el agente haya seguido efectivamente un razonamiento semejante. Lo que se quiere decir más bien, es que su motivación para actuar puede ser reconstruida idealmente del modo que se ha indicado; es decir, que el agente aceptaría esa reconstrucción como una racionalización correcta de su actuar intencional, por más que éste no haya venido precedido en sentido estricto por una actividad mental real con ese contenido. Cfr. Bayón Mohino, pie de pág. n° 9 en capítulo "Introducción".

indeseable) los que expresan la intención tienen un carácter concluyente, no *prima facie*²⁷.

2.2 Aspecto interno y externo de la praxis humana.

2.2.1 En la praxis humana individual.

De forma sencilla podemos decir que hablar del aspecto interno de la praxis humana individual implica dar cuenta de cómo se representa el propio sujeto los *item* que intervienen en tal praxis. Hablar del aspecto externo implica dar cuenta de lo que se presenta ante un observador. El primero aceptara proposiciones valorativas y fácticas que, desde el punto de vista de un observador (incluido el propio sujeto que reflexiona sobre su conducta pasada para valorarla) se presentará como una serie de hechos (el hecho de desear tal o cual cosa, el hecho de creer, etc).

Hablar de la praxis individual supone retomar el hilo de mi exposición en el apartado anterior, justo allí donde lo dejé. Veamos el concepto de motivos.

Para dar cuenta del concepto de motivo, Nino recurre a los análisis de D'Arcy²⁸ y de Grice²⁹. Siguiendo a D'Arcy, Nino sostiene la identidad de denotación entre el significado central de "motivo" y el de "intención". En la mayoría de los contextos en que se utiliza la expresión "con el motivo de..." puede usarse también la expresión "con la intención de...": ambas expresiones se refieren al deseo de materializar una situación ulterior al estado de cosas que es tomado como relevante para identificar a la acción por la descripción que estamos empleando. En cambio, el adjetivo "intencional" yuxtapuesto a una descripción de acción marca el hecho de que el mismo estado de

²⁷ Davidson, D., *Actions and Events*, Clarendon Press, Oxford, (1980).

²⁸ D'Arcy, E., *Human Acts: An Essay in Their Moral Evaluation*, Oxford: Clarendon (1963).

²⁹ Grice, G.R., "Motive and Reason", *Practical Reasoning*, Raz, J. (comp.), Oxford, (1978).

cosas mencionado en esa descripción -y no uno ulterior- es deseado como un medio o como un fin.

Según escribe Nino, de esto surge que los motivos, como las intenciones, resultan de una combinación entre deseos y creencias del agente. Por lo demás -siguiendo a Grice- Nino escribe que tener un motivo para una acción implica, en primer término, creer que un cierto fin va a ser obtenido a través de ella. Pero si bien ésta es una condición necesaria, no es suficiente; es además necesario que se quiera obtener ese fin. Y esto es, precisamente, lo que nos ayuda a entender por qué los motivos del agente son importantes tanto para explicar como para valorar su acción: cuando recurrimos a ver cuáles fueron los motivos del agente para realizar esa acción colocamos a ésta en un contexto más amplio que el que resulta de la descripción usada para identificarla. Esto es, vemos la acción como parte de un proyecto mayor que la mera intención de realizarla.

Parece pues que los motivos para actuar están constituidos por el deseo de producir un estado de cosas ulterior al que es relevante para la descripción de la acción respectiva y una creencia de que la acción es un medio adecuado para obtener ese estado de cosas³⁰.

Pues bien, resulta que muchos filósofos³¹ sostienen que las razones para actuar también están constituidas por deseos y creencias. Esta tesis por ellos mantenida - escribe Nino- presupone una identidad entre motivos y razones o, por lo menos, implica que toda razón debe ser también un motivo (aunque tal vez no sea cierta la relación

³⁰ Esta tesis que ha sido caracterizada por Don Locke como "la ortodoxia actual en filosofía de la acción" -véase "Beliefs, Desires and Reasons for Action" en *American Philosophical Quarterly*, 19 (1982) es cuestionada por Bayón -siguiendo a Von Wright- en su trabajo *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*. La definición de motivos en términos de creencias más deseos cuando nos referimos a la perspectiva *ex ante* no parece afortunada puesto que -nos dice Bayón- esa combinación más bien constituye un determinado tipo de razones para actuar, no una descripción adecuada de cualquier clase de motivo. Bayón Mohino, *Op.cit.*, pág., 45-57.

³¹ Davidson sería uno de ellos. Véase en este sentido la objeción a su caracterización de las razones que justifican una acción del agente en términos de pares de creencias y pro-actitudes que causan tales acciones. Nino, C.S., *El constructivismo ético*, *op.cit.*, pág. 22-23.

inversa) y el fundamento principal de esta posición es que una razón para actuar es vacía si no es capaz de determinar acciones; y sólo las creencias y deseos, y en particular estos últimos, son antecedentes causales apropiados de acciones.

Esta posición acerca de las razones, unida al subjetivismo en relación con los juicios morales, ha conducido a diversos autores a sostener que "sólo la gente que desea los fines de la moral tiene razones para ser moral". Sin embargo -como veremos más adelante- esta posición parte del error de confundir dos sentidos de la palabra 'razón'³²: razón como razones explicativas -esto es, razones a las que se recurre para explicar o predecir un comportamiento sin valorarlo- y razón como razones justificativas, es decir, razones a las que se acude para mostrar la corrección o legitimidad de una conducta. Como veremos, "mientras que la asociación entre razones y deseos es acertada cuando se trata de razones explicativas [...], la asociación es errada cuando se trata de razones justificativas, o sea de razones que muestran a un comportamiento como legítimo o ilegítimo independientemente de lo que el agente creyó o deseó"³³.

Aunque del concepto de razón de Nino me ocuparé de forma más sistemática en un apartado posterior, quisiera trazar aquí algunas líneas más de su caracterización de los dos sentidos de razón manejados en el discurso práctico para tratar de terminar de dibujar con precisión esta presentación de su análisis del punto de vista interno de la praxis humana individual.

Volvamos pues a los dos sentidos de razones para actuar. Nuestro autor señala -suscribiendo aquí a Raz- que, a pesar de la distinción entre razones explicativas o

³² En este sentido cita Nino a Grice, quien denunciando la confusión en la que incurren quienes asocian razones para actuar y deseos, escribe: "Es erróneo suponer que una proposición puede ser una razón para actuar sólo para el hombre que quiere algo que se obtiene con su acción. Las razones para actuar son independientes de los deseos [...] cualquier inclinación a objetar esto es el producto de confundir la proposición de que (el agente) no tiene una razón con la proposición de que él no tiene un motivo. La fórmula "no hay razón sin deseo" es falsa. Pero la fórmula "no hay motivo sin deseo" es verdadera. Grice, G.R. "Motive and reason", *Practical Reasoning*, Raz, J. (comp.), Oxford, (1978). [Tomo la referencia de Nino, *Introducción a la Filosofía de la acción humana*, *op.cit.*, pág. 83].

³³ Nino, C.S. *op.cit.*, pág. 83.

motivos, por un lado, y las razones justificativas, por otro, existe una conexión conceptual entre ambas: el concepto de razón explicativa presupone el concepto de razón justificativa. Una razón explicativa es una creencia en una razón justificativa (aquí, además, estamos hablando de razón justificativa en un sentido amplio que no sólo incluye razones morales, sino también prudenciales o de otro tipo).

Esta tesis ha sido, sin embargo -y, en mi opinión, acertadamente-, cuestionada por Bayón. La afirmación de Raz y de Nino parece querer decir que el agente siempre concibe los factores que le llevaron a hacer una determinada acción como una razón - justificativa- para hacerlo pero tal tesis será cierta siempre que, conscientes de la distinción que, como observadores, podemos trazar entre la perspectiva *ex ante* (reconstrucción de la deliberación del agente previa a la acción) y la perspectiva *ex post* (explicación de la acción ya realizada), entendamos que la tesis de Raz y de Nino que consiste en entender los motivos o razón explicativa como creencias en razones justificativas es correcta únicamente cuando tratamos de hacer una reconstrucción de la deliberación previa a la acción (esto es, la tesis es cierta para una caracterización de 'tener un motivo' visto éste desde una perspectiva *ex ante*). En el momento en que pasamos a dar cuenta de la acción ya realizada (perspectiva *ex post*) nos encontramos con que la caracterización de los motivos como "creencias en razones justificativas" ya no es correcta puesto que "no parece haber nada de absurdo en la autocrítica de un agente que reconoce que no hay ninguna razón justificativa para actuar de la forma en que lo hizo, que simplemente cedió a determinada tentación, o no pudo reprimir cierto deseo"³⁴. Así pues, desde esta perspectiva *ex post*, si bien es cierto que podemos encontrarnos con sujetos que actuaron movidos por su creencia en una razón

³⁴ Bayón Mohino, J.C., *op.cit.*, pág. 51.

justificativa, también, como apunta Bayón, habrá casos en los que esa pretensión - analizadas *ex post* las razones explicativas para la acción- no se dé.

Por lo demás, y para reconstruir el análisis de Nino acerca de los elementos implicados en la praxis humana individual a la luz de las observaciones de Bayón, podemos hablar de deseos en dos sentidos: (1) un sentido amplio de deseos en el que se abarcaría cualquier actitud favorable hacia un curso de acción determinado y (2) un sentido restringido de desear en el que no es verdadero por definición que "deseamos" hacer todo lo que hacemos intencionalmente; este último sentido nos permite contraponer, por ejemplo, hacer lo que uno desea y hacer lo que uno cree que debe hacer. Además, también se da una ambigüedad en relación con el concepto de creencia: (1) existen creencias de primer nivel (referidas a estados de cosas) que combinadas con deseos proporcionan un tipo de motivos para actuar y (2) creencias de segundo nivel - como la creencia de que una determinada acción es moral o prudencialmente debida- que consistirían en la creencia en la existencia de una razón para actuar³⁵.

Pues bien, respecto de este tipo de creencias -como sostiene Bayón, y como no era ajeno a Nino³⁶- no tiene sentido decir que sólo proporcionan un motivo si se desea (en sentido estricto) actuar según ellas. La creencia en la existencia de una razón para actuar proporciona un motivo en sentido *ex ante* tanto si finalmente actúa racionalmente como si no lo hace. De esta forma, las creencias de este nivel no precisan ir acompañadas de ningún deseo correspondiente (deseo en sentido estricto) para constituir motivos para la acción. Claro está que para que el individuo realice la acción,

³⁵ Si interpreto bien a Nino, es, precisamente, a este segundo tipo de creencias a las que está refiriéndose cuando escribe que en un determinado nivel del razonamiento para la acción se produce una confusión - en el sentido de fusión- entre deseos y creencias: ésta se da cuando se trata de una creencia en la validez de un principio normativo; en ese caso, se podría sostener que la creencia envuelve necesariamente un deseo (en sentido amplio) de actuar de cierta forma, y que, en consecuencia, reprochar ese deseo implica reprochar al mismo tiempo una creencia. Nino, C.S., *Introducción a la filosofía de la acción*, *op.cit.*, pág. 85

³⁶ Véase pie de pág. n° 30 de este capítulo.

conforme a esta razón para actuar será preciso una pro-actitud en el sentido de una decisión -o deseo en sentido amplio- de actuar "haciendo lo que uno cree que debe hacer", de la misma forma que en el caso de la combinación 'creencias de primer nivel y deseos en sentido estricto'³⁷.

Hasta aquí he venido caracterizando el punto de vista interno, esto es, cómo se articulan los distintos tipos de creencias y deseos para que el individuo lleve a cabo una acción.

Antes de cerrar este apartado es preciso dar cuenta de otro aspecto de la praxis humana que ya ha venido apareciendo en las distinciones que he ido presentando: es el aspecto externo. Una aclaración acerca de la relación entre razones explicativas y las justificativas introducida por Nino me permitirá dar cuenta de cómo se articula el aspecto externo de la praxis humana -esto es, la explicación de la acción de un tercero o de uno mismo como observador-. Desde este último punto de vista es la creencia, el hecho de creer en una determinada proposición y no la validez de la proposición creída lo que sirve para explicar la acción. Así, si bien en el razonamiento interno del sujeto lo que operará como razón será el contenido proposicional de la creencia, desde la perspectiva de un observador que explica ese razonamiento interno se hablará del hecho de creer. Lo mismo sucede con los deseos. Desde el punto de vista interno del agente, es su contenido proposicional lo que justifica su acción en conformidad con tal deseo, mientras que desde el punto de vista externo lo que permite explicarla es el deseo -y la creencia- considerado como un hecho³⁸.

Recapitulemos: en la caracterización que lleva a cabo Nino siguiendo a Davidson, las acciones se identifican con movimientos (o falta de movimientos) corporales. Ahora bien, los movimientos corporales sólo son acciones cuando son el

³⁷ Bayón Mohino, J.C., *La normatividad del Derecho*, *op.cit.*, págs. 53-57.

³⁸ Nino, C.S., *El constructivismo ético*, *op.cit.*, pág. 23.

resultado de ciertas capacidades (poder), deseos (como pro-actitud) y creencias³⁹; por otra parte, esos movimientos corporales pueden tener efectos causales que, si bien no integran la acción, pueden servir de base a descripciones de ella. Además, cuando nos aproximamos al fenómeno de la praxis humana individual podemos adoptar dos perspectivas: (1) una externa o explicativa (donde se manejan conceptos descriptivos) que (introduciendo las observaciones apuntadas por Bayón) se lleva a cabo *ex post* y en la que es relevante el concepto de razón explicativa o motivo y (2) una interna o justificativa (en la que -según el análisis de Nino- se manejan -aunque no sólo, claro está- conceptos normativos) en la que nos colocamos en la posición del sujeto que delibera (es decir, *ex ante*) para llevar a cabo una acción o cuando (*ex post*) tratamos de valorarla; en esta perspectiva es relevante el concepto de razón justificativa (lo que nos interesará no son los deseos y creencias como hechos -el hecho de desear o creer tal o cual cosa- sino el contenido proposicional al que se adhiere el sujeto).

2.2.2 En la praxis humana colectiva.

Hablar aquí de la praxis humana colectiva implica dar cuenta de fenómenos en los que la interacción entre los distintos seres humanos genera un *item* (o elemento) producto de esa interacción. Las prácticas sociales -como escribe Hart- pueden ser convencionales o concurrentes. En las primeras hay un consenso por convención -aunque no, necesariamente, sólo por eso- mientras que en las segundas hay un consenso por convicción. Es decir, en las primeras, entre las razones para aceptar el guiar nuestra conducta conforme a ellas está el hecho de que existe una conformidad general en torno a ellas (la conformidad general de un grupo hacia unas reglas sociales es parte de las

³⁹ Para un análisis de las relaciones de dependencia entre deseos, creencias y capacidades, véase, Nino, C.S., *Introducción al análisis de la acción humana*, *op.cit.*, pág. 39-40 y 105-106.

razones que los individuos miembros de ese grupo tienen para su aceptación); mientras que en las segundas, los individuos han actuado (o actúan) por las mismas razones, pero lo hacen independientemente del hecho de que los demás actúan por tales razones⁴⁰. Nino se ocupa de analizar dos fenómenos: el jurídico y la moral. En su análisis podríamos decir -utilizando la mencionada caracterización hartiana- que el fenómeno jurídico forma parte de las prácticas colectivas convencionales generadoras de deberes y, en cuanto tal, no autónoma; la existencia de la práctica colectiva es un dato moralmente relevante, pero el deber, aunque dependiente de la existencia de tal práctica, es un deber genuinamente moral en el sentido de que su actualización como tal deber dependerá de la concurrencia de un principio moral. Es decir, entre las razones moralmente relevantes para la aceptación estará el dato de la existencia de la convención, pero este elemento (razón auxiliar) sólo cobrará fuerza justificativa plena cuando sea combinado con razones morales.

2.2.2.1 El fenómeno jurídico.

De forma paralela a la distinción entre el punto de vista interno y externo que podemos observar en relación con la acción humana individual, en el Derecho -y como veremos después, en la moral- encontramos la distinción entre el punto de vista del aceptante (punto de vista interno) y el punto de vista del observador (punto de vista externo). Aquí es preciso hacer una observación: cuando nuestro autor habla del punto de vista interno o el punto de vista del aceptante o participante está caracterizando, como veremos, un punto de vista interno más fuerte que el hartiano⁴¹ en relación con los

⁴⁰ Hart, H.L.A., *Postscriptum al concepto de Derecho*, (1997), [Trad. R. Tamayo y Salmorán], Universidad Nacional Autónoma de México, (2000), pág. 33.

⁴¹ El par de conceptos participante-observador no corresponde exactamente con el par punto de vista interno/externo, ya que, como escribe Ruiz Miguel siguiendo a MacCormick: “No todo participante (o

fenómenos colectivos normativos. En Nino, punto de vista interno, aceptante de una norma⁴² y participante moralmente comprometido son conceptos que nos permiten identificar extensionalmente al mismo tipo de sujetos.

Como es sabido, fue Hart quien en *El concepto de Derecho*⁴³ señaló la importancia de lo que él denominara aspecto interno de las reglas. El **punto de vista externo** hartiano consiste -como vimos- en describir la regla como un hecho o como una secuencia compleja de hechos, sin implicar su aceptación como guía de conducta⁴⁴. Pero, aparte del aspecto externo que las reglas comparten con los hábitos sociales y que consiste en la conducta regular uniforme que un observador puede registrar, toda regla social tiene un aspecto interno. Y, desde Hart, sabemos que lo que caracteriza a las reglas sociales es, precisamente, su **aspecto interno**: éste consiste en uso de las reglas como **guías o standards para criticar o para justificar acciones**. La aceptación constitutiva del punto de vista interno es solamente aquella aceptación que está

agente, o aceptante) -en la caracterización hartiana de estas nociones, [añado yo]- adopta necesariamente el punto de vista interno, si por tal entendemos, como lo presenta Hart, el de quien considera que la norma es, tanto para él como para los demás sujetos, una razón para actuar y juzgar las acciones, pues junto a ese tipo de participante puede existir otros, como quienes obedecen las normas por mero hábito, por conveniencia o por indolencia pero 'siguen la corriente' a los primeros comportándose como ellos, es decir, como si compartieran el punto de vista interno pero sin hacerlo en realidad. Por otro lado, no todo observador adopta sin más un mero punto de vista externo a la práctica en cuestión sino que, expresándolo de forma más precisa, hay al menos dos tipos bien diferentes de observadores: uno, el observador que adopta un punto de vista externo extremo y sólo es capaz de ver conductas y regularidades externas[...]; y otro, el observador que se coloca en un punto de vista externo crítico, por el que, adoptando cognitivamente el punto de vista interno de los participantes de la práctica, puede además dar cuenta de las motivaciones que explican las conductas y regularidades que observa", Ruiz Miguel, A. "Derecho y punto de vista moral", *Anuario de Filosofía del Derecho XIV* (1997), pág. 573-574. En este mismo sentido, acerca de las confusiones provocadas por la caracterización hartiana de la noción de aceptación, Cfr. Bayón Mohino, J.C., *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, pág. 470 y ss.

⁴² Cfr. Bayón Mohino, J.C., *op.cit.*, págs. 448-483.

⁴³ Escribe Nino en *El constructivismo ético* que Hart avanzó esta distinción en el campo del Derecho entre el punto de vista interno y externo, incluso antes de que este análisis se llevara a cabo en relación con la acción individual. Véase, Hart, *El concepto de Derecho*, (1961), [Trad. Genaro R. Carrió], ed. Abeledo-Perrot, BsAs, (1963). Nino, C.S., *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 27.

⁴⁴ "El observador, sin aceptar él mismo las reglas afirma que el grupo las acepta y se refiere así desde afuera, a la manera en que ellos ven las reglas desde el punto de vista interno" o también, según escribe Hart "el punto de vista externo puede reproducir muy aproximadamente la manera en que las reglas funcionan en la vida de ciertos miembros del grupo, a saber, aquellos que rechazan sus reglas y únicamente se interesan en ellas porque piensan que la violación desencadenará, probablemente consecuencias desagradables [...] las consideran únicamente desde el punto de vista externo, como signos de un posible castigo", Hart, *Op.cit*, pág. 72 y pág. 112.

presupuesta en la formulación de juicios normativos dirigidos a enjuiciar comportamientos: “Lo que es necesario es que haya una actitud crítica reflexiva frente a ciertos modelos de comportamiento en tanto que pautas o criterios de conducta comunes, y que ella se despliegue en la forma de crítica (que incluye la autocrítica), exigencias de conformidad, y en reconocimientos de que tales críticas y exigencias están justificadas [...]”⁴⁵.

Hasta aquí la caracterización de Hart resulta clara. Sin embargo, esta claridad se pierde cuando, a lo anterior, añade que esta aceptación puede ser de índole moral o bien que puede deberse a motivos no morales tales como el cálculo de autointerés, la preocupación altruista, una práctica irreflexiva o una actitud imitativa⁴⁶. La consecuencia de esto –escribe Nino– es que en el análisis de Hart podría haber enunciados jurídicos internos, normativos o justificativos que no serían al mismo tiempo enunciados de carácter moral. Nos encontramos aquí, pues, con que en la teoría hartiana es posible hablar de deberes jurídicos como un tipo de deber independiente del deber moral.

⁴⁵ Hart, *op.cit.*, pág. 72.

⁴⁶ “...No sólo puede gran cantidad de gente estar coaccionada por normas jurídicas que no consideran moralmente obligatorias, sino que ni siquiera es cierto que aquellos que sí aceptan el sistema voluntariamente lo tienen que hacer porque se ven a sí mismos como moralmente obligados a hacerlo, aunque el sistema adquiere la mayor estabilidad cuando ello acaece. En realidad su fidelidad al sistema puede estar basada en consideraciones muy diferentes: cálculos de interés a largo plazo; un interés desinteresado en otros; una actitud irreflexiva heredada o tradicional o el mero deseo de hacer lo que hacen los demás. No hay, por cierto, razón por la cual aquellos que aceptan la autoridad del sistema no podrían examinar su conciencia y decidir que, moralmente, ellos no deberían aceptarla, y, sin embargo, por una variedad de razones continúan haciéndolo. Estos lugares comunes pueden resultar oscurecidos por el uso general del mismo vocabulario para expresar tanto las obligaciones jurídicas como las morales que los hombres reconocen. Aquellos que aceptan la autoridad de un sistema jurídico lo miran desde un punto de vista interno y expresan su percepción de sus exigencias en enunciados internos que están formulados en el lenguaje normativo que es común tanto al Derecho como a la moral: ‘Yo (tu) debo (debes) [...]’. Sin embargo, ellos no están por eso comprometidos al juicio moral de que es moralmente correcto hacer lo que el Derecho prescribe. Sin duda alguna que si no se dice nada más, existe la presunción de que alguien que habla en estos términos de la obligación de él o de otro no cree que haya una razón moral o de otro tipo en contra de su cumplimiento. Esto, sin embargo, no muestra que nada puede ser reconocido como jurídicamente obligatorio si no es aceptado como moralmente obligatorio. La presunción que hemos mencionado descansa en el hecho de que frecuentemente carece de sentido reconocer o señalar una obligación jurídica si el hablante tiene razones concluyentes”, Hart, *op.cit.*, págs. 250-251.

Los críticos de Hart, entre los que se encuentra Nino, han dirigido importantes críticas a este aspecto de la obra de Hart⁴⁷. Veamos cual es la opinión de Nino sobre esta cuestión. Su crítica más fuerte va dirigida contra la tesis hartiana de la posibilidad de aceptar una regla por motivos no morales⁴⁸: en opinión de Nino, que el punto de vista interno en la caracterización de Hart no precise una aceptación de índole moral deja en la oscuridad la idea de “aceptar una regla” que es esencial para entender ese punto de vista. Hart cita distintos motivos no morales que podrían llevar -en su opinión- a que un sujeto acepte una norma, pero resulta que, de los distintos motivos no morales alegados por Hart, unos no son verdaderas razones puesto que no tienen un contenido proposicional valorativo sino que sólo son hechos⁴⁹ (p.ej. la práctica irreflexiva a la que hace referencia Hart), otros no implican la aceptación constitutiva del punto de vista interno en relación con prácticas que afectan a terceros (es el caso de las consideraciones de autointerés)⁵⁰ o bien si la implican es porque, en última instancia, se apoyan en razones morales (el agente toma en cuenta las razones prudenciales de los

⁴⁷ Véase en este sentido el interesante análisis de Bayón, J.C., *op.cit.* especialmente págs. 448-496. Entre otras importantes objeciones, Bayón considera que en el análisis de Hart acerca de la aceptación de una regla sería preciso introducir una disociación relevante: (1) aceptar una regla (2) comportarse frente a los demás del modo en que lo haría quien acepta una regla (3) obedecer una regla. En este último sentido también Nino escribe en su artículo "El concepto de Derecho de Hart" que aceptar una regla no puede equivaler simplemente a obedecerla puesto que si no habría que concluir que uno acepta reglas que ni siquiera conoce. Nino, C.S., "El concepto de Derecho de Hart", *H.L.A. Hart y el concepto de Derecho*, Revista de Ciencias Sociales n° 28, Valparaíso, (1986), pág. 33-54. Por lo que se refiere a la diferencia entre el aceptante y el que sin serlo se comporta frente a los demás como tal, Bayón señala que la diferencia entre ambos no radica en lo que hacen ni en las razones que alegan para justificar lo que hacen; sino en la distinta estructura de los razonamientos prácticos que realmente suscriben. Quien meramente se comporta como lo haría el aceptante (sin serlo necesariamente) no está incluyendo en su verdadera deliberación práctica ninguna razón más allá de las meramente prudenciales. La aceptación de la regla y las consideraciones prudenciales son, por tanto, diferentes clases de razones para actuar. Cfr. Bayón, *op.cit.* págs. 461-463. Ruiz Manero, en su trabajo *Jurisdicción y normas*, cuestiona también el concepto de aceptación en la teoría hartiana. Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, (1990), págs. 173-179.

⁴⁸ Véase la crítica que a este aspecto de la obra de Hart dirige tanto Nino como Finnis en el capítulo II de este trabajo. En el mismo sentido, Bayón, J.C., *op.cit.*, págs. 82-483.

⁴⁹ Para que tenga sentido hablar de razones, según el análisis de Nino, es preciso la adhesión a algún tipo de enunciado valorativo. Para un análisis más detallado de esta cuestión, véase punto 3 de este capítulo.

⁵⁰ De esta forma, “cuando estos juicios se refieren a conductas ajenas no pueden derivarse de razones prudenciales del que los formula más la descripción de la emisión de la regla que tales razones aconsejan aceptar. Un razonamiento del tipo: 1. ‘Me conviene aceptar la regla dictada por P’. 2. ‘P ha establecido que R (otra persona que no soy yo) haga X’. 3. ‘Ergo, R debe hacer X’ es obviamente un razonamiento inválido”, Nino, C.S. “Las limitaciones de la teoría de Hart sobre las normas jurídicas”, *Anuario de Filosofía jurídica y social*, (1985), n°5, ed. Abeledo-Perrot, BsAs, págs. 75-93.

demás y un principio –moral- según el cual debe hacer lo que conviene prudencialmente a los otros). Nino descarta así los dos primeros motivos señalados por Hart para aceptar una regla. El único que se mantendría en pie es el último: las razones morales. Y es que, en efecto, al imponer el Derecho exigencias de comportamiento a terceros y afectar a sus intereses, los juicios internos cuya formulación constituye la práctica jurídica deben ser necesariamente de índole moral (cualquiera que sea su validez). Sólo así el agente puede pretender justificar acciones involucradas en esa práctica⁵¹.

2.2.2.2 El fenómeno moral.

Los juicios morales y el discurso moral también son objeto de una dualidad de puntos de vista. En el campo de la moral sustantiva, el enfoque interno y el enfoque externo vienen representados por la importante distinción entre moral crítica, ideal o válida (que corresponde al punto de vista interno) y la moral positiva, social o convencional (punto de vista externo)⁵². Según la caracterización hartiana de las prácticas sociales, la moral convencional es una práctica social en la que se da un consenso por convicción (la moral social es fruto de la concurrencia de los juicios morales de los distintos individuos). Esta es la caracterización que aparece en el análisis de Nino de una y otra⁵³:

La **moral positiva o moral social** es el conjunto de reglas y prácticas morales vigentes en una sociedad. El rasgo característico de los juicios de la moral positiva es su aceptabilidad social⁵⁴.

⁵¹ Nino, C.S. *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 32.

⁵² Esta distinción es, sin embargo, negada en el plano normativo por el relativismo y, en el plano metaético, por el convencionalismo o subjetivismo.

⁵³ Cfr. Nino, C.S., *El constructivismo ético, Ética y derechos humanos, Derecho, Moral y Política*.

⁵⁴ “En cuanto identificamos descriptivamente la moral positiva como una práctica social, admitimos la posibilidad de un punto de vista externo y un punto de vista interno hacia ella. Desde la perspectiva externa se la percibe como una regularidad de conductas y actitudes que consisten en adherirse a ciertos juicios normativos que no se aceptan por razones de autoridad sino por su presunta validez intrínseca, y que permiten criticar desviaciones de la práctica colectiva. En cambio, desde la perspectiva interna, la moral que resulta positiva consiste en un conjunto de juicios y principios asumidos como válidos que no

La **moral crítica o moral ideal** es el conjunto de principios morales válidos. El rasgo característico de los juicios de la moral crítica es su validez. La moral crítica no es susceptible de una perspectiva externa a ella. Las reglas de la moral positiva son el resultado del consenso por concurrencia entre los sujetos que pretenden formular juicios de una moral ideal.

Por lo que se refiere al discurso moral: en la caracterización de Nino, **la perspectiva externa** respecto de este discurso permite explicar esa práctica como el producto causal de ciertos desarrollos históricos y, quizá, como un mecanismo funcional en relación con las necesidades de la adaptación evolutiva. Cuando se toma en cuenta su **punto de vista interno** entonces lo relevante ya no es lo anterior sino el conjunto de reglas, procedimientos, valores y criterios de validación que constituyen esa práctica⁵⁵.

Nino considera que es importante dar cuenta de estas diferencias para no incurrir en el error en el que incurren, por un lado, las posiciones relativistas que “sobre la base de la supuesta variación de los sistemas sociales vigentes en diferentes sociedades, pretende inferir que la validez de los juicios morales críticos que formulamos está supeditada a circunstancias personales, espaciales y temporales que no están recogidas en los mismos juicios”⁵⁶ y, por otro, posiciones como el positivismo moral “según el cual [...] es la mayoría de la sociedad la que determina los estándares de bondad y corrección moral”⁵⁷. Ahora bien, la distinción conceptual entre moral positiva y moral crítica en el ámbito de los juicios morales sustantivos y entre el punto de vista interno y externo en relación con el discurso moral no ha de hacernos olvidar relaciones importantes entre ellos. Según escribe Nino, tales relaciones son las siguientes:

se refieren a la misma moral positiva, sino que se consideran parte de una moral crítica e ideal”. Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política, op.cit.*, pág. 46.

⁵⁵ Nino, C.S., *Derecho, moral y política, op.cit.*, pág. 49.

⁵⁶ Nino, C.S., *Ética y derechos humanos, op.cit.*, pág. 92.

⁵⁷ *Ibidem.*

1. La moral social o positiva es el producto de la formulación y aceptación de juicios con los que se pretende dar cuenta de principios de una moral ideal: “Sin la aspiración de actuar y juzgar de acuerdo con una moral ideal no habría moral positiva.[...] Una moral social se mantiene sólo en la medida en que hay cierta convergencia en los juicios morales críticos que la gente está dispuesta a formular”⁵⁸.
2. También se da la relación inversa. Así, en el caso del discurso moral que contribuye a generar las pautas de conducta morales, nos damos cuenta de que existe una dependencia del punto de vista interno del discurso moral respecto del externo puesto que esta práctica del discurso moral con sus criterios subyacentes (que no es moralmente justificable sin circularidad aunque su expansión sea causalmente explicable) es un producto histórico. Podemos distinguir entre la actual práctica del discurso moral -cuyo surgimiento histórico puede verse en la ilustración⁵⁹- y otras que están basadas en la autoridad divina o en la tradición. Pero esta dependencia no implica que pueda considerarse como un argumento válido desde el punto de vista interno el que cierto juicio no se conforma con una práctica ya que los criterios de validación de ese discurso establecen que ningún hecho, salvo la aceptabilidad de un principio opuesto en condiciones ideales, sirve para descalificar un juicio normativo⁶⁰.

Estas distinciones trazadas por Nino le permiten señalar -frente al escepticismo acerca de la posibilidad de validar juicios morales- que “los juicios morales no se

⁵⁸ Nino, C.S., *Ética y derechos humanos, op.cit.*, pág. 93.

⁵⁹ Para un desarrollo histórico de la idea de justicia cfr. Villoro, "Sobre el principio de la injusticia: la exclusión", (Octavas Conferencias Aranguren, 1999) *Isegoria*, n°22, (2000), págs. 103-142.

⁶⁰ Nino, C.S., *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 34.

formulan en el vacío sino en el contexto de una práctica social a la que subyacen criterios procedimentales y sustantivos de validación, como la universalidad, generalidad y la aceptabilidad de los juicios en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento”⁶¹ y que es preciso no incurrir en el error de confundir el punto de vista interno con el punto de vista externo hacia el discurso moral. Una confusión de tal tipo es la que lleva al comunitarismo a criticar el discurso de la moral liberal (universalista y abstracto) por ser el mismo un producto histórico y, sin embargo, no tomar en cuenta las tradiciones particulares y los bienes involucrados en cada sociedad. En opinión de Nino, lo que sucede es que los comunitaristas confunden los procesos históricos, culturales y sociales que pueden haber dado lugar a un sistema moral y a su método de validación como es la moral y el discurso moral liberal, con los criterios internos de validación que son, sin embargo, “universalistas” y “generalizadores”⁶² y no consisten en este caso en el recurso a las convenciones sociales, textos sagrados, etc.

2.3 La tesis de la prioridad lógica del aspecto interno.

2.3.1 En la praxis humana individual.

Esta tesis sostiene que sin la existencia de un punto de vista interno acerca de las acciones -o, como veremos, de las prácticas colectivas- no hay acción que identificar.

⁶¹ Nino, C.S., *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 34.

⁶² El ataque comunitarista supondría –según Nino- más un intento por cambiar el discurso que por argumentar en contra de éste. Nino, C.S., *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 35 y 137-152.

Además, para presentar de forma satisfactoria el fenómeno de la praxis humana es preciso dar cuenta de su aspecto interno⁶³.

En palabras de Nino, “una creencia o un deseo se identifican por su contenido proposicional⁶⁴ como creencias o deseos de algo, y si no se hiciera así sería imposible identificar los deseos y creencias del agente;[...] esta identificación, además, es necesaria para describir el mencionado proceso causal⁶⁵.

Veamos, por ahora, lo que corresponde a la acción individual.

Nino suscribía el análisis de la acción llevado a cabo por Davidson en términos de deseos y creencias; considera, sin embargo, que este autor yerra cuando, ignorando el aspecto interno de la acción, caracteriza a las razones que justifican una acción desde el punto de vista del agente también como deseos y creencias. De esta forma, escribe Nino: “Lo que causa una acción y sirve para explicarla son los deseos y creencias concebidas como hechos [...]”, mientras que “lo que justifica la acción, desde el punto de vista del agente no son tales deseos y creencias concebidas como hechos sino su contenido proposicional: o sea, los juicios que constituyen las premisas del razonamiento práctico apuntado por Davidson”⁶⁶. Para explicar esto, presenta una situación en la que una persona tiene la creencia de que el objeto que está ante ella es un diamante (juicio A) y, además, esa persona considera deseable apoderarse de tal diamante (juicio B). Esos hechos (es decir, el hecho de tener una creencia y un deseo), en tanto que hechos, son causas de la acción de apoderarse del diamante. Es decir, desde el punto de vista externo, nos encontramos con los hechos psicológicos de adoptar los

⁶³ Nino, C.S., "El aspecto interno de la praxis humana", en *El constructivismo ético, y Derecho, Moral y Política*, *op.cit.*, pág. 47.

⁶⁴ El contenido proposicional al que Nino se refiere aquí es el significado de oraciones formuladas en la primera persona.

⁶⁵ Para ilustrar lo anterior, Nino señala que muchas veces postulamos la existencia de algún *item* psicológico –sea un deseo o una creencia- de la gente infiriéndolo de una acción y de algún otro *item* psicológico que conocemos –sea una creencia o un deseo- y del supuesto de que el agente razonó lógicamente. De esta forma, “el razonamiento interno nos permite inferir hechos cuya conexión causal es relevante desde el punto de vista externo” en C.S. *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 26.

⁶⁶ Nino, C.S., *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 23.

juicios A y B. El observador percibe el hecho de la adhesión del agente a determinados juicios. Tales hechos sí son causas de la acción⁶⁷. Sin embargo, cuando adoptamos el punto de vista del agente que razona -o punto de vista interno- en relación con creencias y deseos, lo relevante es su contenido proposicional ('eso es un diamante') más el aspecto volitivo y no el hecho de la adhesión a su contenido ni la conexión causal entre tales hechos y la acción⁶⁸. Para el agente lo relevante es que sus juicios sobre la deseabilidad o el valor de ciertos estados de cosas sean válidos, y correctas sus creencias sobre la producibilidad de determinados estados de cosas a través de otros, incluyendo sus movimientos corporales; así como, válida la relación lógica que debe haber entre unos y otros⁶⁹.

2.3.2 En la praxis humana colectiva.

Si no hay sujetos que adopten el punto de vista interno hacia la práctica social en cuestión, no hay fenómeno que pueda ser observado desde la perspectiva externa⁷⁰. Pero, además, al igual que sucedía con la propagación de deseos en la esfera subjetiva, sólo dando cuenta del punto de vista interno en relación con el Derecho o con la moral podemos entender adecuadamente desde una perspectiva externa su funcionamiento. La tesis de Nino, que irá delineándose en páginas posteriores de este capítulo, es que la perspectiva interna en relación con el fenómeno jurídico está indisolublemente ligada a la perspectiva interna de la práctica discursiva que la modernidad ha acoplado a la moral

⁶⁷ Nino, C.S., *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 24.

⁶⁸ "El que desea algo no tiene en cuenta el hecho psicológico o biológico del deseo sino el hecho de que algo le resulta valioso o deseable. Los deseos, salvo quizá los impulsos más primitivos, no son fenómenos opacos, sino que tienen una textura proposicional que es la percibida por los sujetos del deseo, mientras que el observador advertirá el hecho psicológico de adherirse a la proposición valorativa o normativa en cuestión", Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, ed. Ariel, (1994), pág. 45.

⁶⁹ Nino, C.S. *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 24.

⁷⁰ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política, op.cit.*, pág. 47.

positiva⁷¹. Para dar cuenta pues de cómo opera el Derecho en el razonamiento práctico de los sujetos aceptantes será preciso, además, relacionar explicativamente el fenómeno jurídico con la practica social del discurso moral⁷².

2.4 La "propagación de deseos".

2.4.1 En la praxis humana individual.

Nino presenta uno de los posibles esquemas de generación de un deseo –aunque advierte de que puede haber otros: “el agente desea un cierto estado de cosas, cree que otro estado de cosas es un medio adecuado para producir el primero y desea dar lugar a este segundo estado de cosas [...]. En toda acción parece darse el pasaje entre el deseo por un acto-tipo y su resultado genérico definido por ciertas propiedades y el deseo por un acto-caso y su resultado individual que ejemplifican en cierto tiempo y espacio esas propiedades entre un conjunto infinito de otros”⁷³.

Para dar una respuesta adecuada a la pregunta acerca de cómo se generan estos deseos que determinan acciones-caso a partir de (1) deseos por estados de cosas más genéricos o más remotos en las cadenas de medios y fines y de (2) creencias acerca de subsunciones de subclases de individuos en clases-tipo y acerca de relaciones instrumentales, como vimos en el apartado anterior, Nino señala que sería insuficiente señalar que ciertos deseos y creencias simplemente causan la aparición de otros deseos,

⁷¹ Como ya señalé (cfr. epígrafe 2.2.2.1 de este capítulo), los aceptantes en la teoría de Nino vienen caracterizados por asumir un compromiso moral hacia el fenómeno jurídico. Sobre el punto de vista interno en relación con el Derecho y su relación con la aprobación moral, así como sobre la necesidad de que un análisis completo de todo orden jurídico incluya el estudio de su pretensión de corrección moral, cfr. Garzón Valdés, E. "El concepto de estabilidad de los sistemas políticos"(1987), especialmente págs. 582-586 y "Seguridad jurídica y equidad" (1992), págs. 301-315 y "Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral" (1992), págs. 317-335 en Garzón Valdés, E., *Derecho, Ética y Política*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, (1993).

⁷² Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, *op.cit.*, pág. 50.

⁷³ Nino, C.S., *op.cit.*, pág. 46.

sino que es preciso dar cuenta del hecho de que deseos y creencias tienen un aspecto interno, un contenido proposicional.

Como vimos, el aspecto interno de deseos y creencias⁷⁴ es relevante para identificarlos y poder así establecer entre ellos relaciones causales, pero, además, parece que tales relaciones causales dependen, en cierto modo, de los contenidos proposicionales de tales deseos y creencias; los deseos y creencias sólo se generan a partir de otros deseos y creencias que se presentan como apropiados y para saber cuáles se presentan así hemos de tener en cuenta su aspecto interno. Como escribe Nino: “la generación de nuevos deseos a partir de otros y de creencias es un fenómeno causal y ese fenómeno causal tiene que ver con proposiciones que constituyen el aspecto interno de los deseos y creencias y con las relaciones lógicas entre tales proposiciones”⁷⁵. Mientras que las proposiciones que constituyen el aspecto interno de los deseos y creencias cuando son observadas desde el punto de vista externo presentan una relación causal con la acción, desde el punto de vista interno, las proposiciones que constituyen tal aspecto interno de deseos y creencias guardan una relación lógica con ésta.

La pregunta, entonces, es cuál es la relación lógica que debe darse entre ciertas proposiciones para que, desde el punto de vista externo, pueda establecerse una relación causal entre las creencias y deseos correspondientes a tales proposiciones⁷⁶.

La inferencia lógica que el agente vendría a realizar desde el punto de vista interno es ilustrada por Nino con el siguiente ejemplo: “1. **Quiero estar** en La Plata antes de las 4 de la tarde. 2. Tomando el tren de las 2 estaré en La Plata antes de las 4. 3. Por ende, **quiero tomar** el tren de las 2...”⁷⁷.

⁷⁴ “Son deseos y creencias de que algo es el caso o de que algo sea el caso”, Nino, C.S., *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 47.

⁷⁵ Nino, C.S., *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 47.

⁷⁶ Nino, C.S., *El constructivismo ético*, pág. 48.

⁷⁷ *Ibidem*

Pero -añade Nino- para saber si esta inferencia es efectivamente válida es preciso examinar los posibles significados de la expresión (que constituye la conclusión de la inferencia) “quiero tal o cual cosa”⁷⁸.

Sin entrar aquí a indicar las distintas posibles interpretaciones de las que se ocupa Nino, señalaré que la interpretación de la expresión “quiero tal y cual cosa” que, en su opinión, haría válida la anterior inferencia es la que considera que “quiero tal y cual cosa” equivale a “tal y cual cosa es deseable, conveniente o debida”⁷⁹. Con esta interpretación “los contenidos proposicionales de los deseos son juicios normativos, valorativos o prácticos en un sentido amplio⁸⁰, y a la conexión causal entre deseos, creencias y otros deseos, subyace una inferencia deductiva entre premisas normativas y descriptivas y conclusiones normativas”⁸¹. Este mecanismo de propagación de deseos en la esfera individual se apoya pues en juicios normativos y prácticos que constituyen razones justificativas de acciones. De esta forma, a través de la generación de juicios prácticos, se produce la propagación de deseos en el agente: “el agente infiere de los juicios prácticos que son contenido de deseos preexistentes y de los juicios de hecho, que son contenido de creencias, otros juicios prácticos”⁸². Nuevos deseos se generan en la medida en que reconocemos razones para actuar –juicios normativos-: “En la medida en que un deseo nos mueve a actuar, él debe aparecernos internamente como la idea de que un cierto estado de cosas futuro (p.ej. el beber el vaso de agua que está a nuestro alcance) es atractivo, conveniente, debido, etc y, en la medida en que un deseo genere

⁷⁸ *Ibidem*

⁷⁹ Nino, C.S., *El constructivismo ético*, pág. 51. La conclusión de un razonamiento práctico a partir de una premisa acerca de lo deseable no permite llegar a dar una respuesta acerca del deseo real sino acerca del contenido que debe tener tal deseo. La lógica en los silogismos prácticos responde a la pregunta qué debe ser, pero no qué es.

⁸⁰ Cfr. apartado 4.2 de este capítulo.

⁸¹ Nino, C.S., *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 51. Véase también Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, pág. 48: “Para sostener que el deseo Y fue causado por un deseo X y una creencia Z, normalmente hay que mostrar que la proposición valorativa que es el contenido de Y se infiere de la proposición normativa o valorativa que es el contenido de X y de la proposición fáctica que es el contenido proposicional de la creencia Z”.

⁸² *Ibidem*

causalmente otros, su contenido proposicional interno debe servir de base para formar el contenido de estos otros»⁸³.

2.4.2 La propagación de deseos en la esfera intersubjetiva. Los distintos tipos de discursos.

Antes de pasar a dar cuenta del análisis de Nino en relación con este problema es preciso recordar las implicaciones que en este campo tiene la diferencia entre explicar y justificar: el agente, cuando delibera explícitamente acerca de su curso de acción futuro o de una acción ya realizada, partirá de ciertas razones o juicios normativos que constituyen el aspecto interno de sus deseos presentes. Si lo que quiere el agente es explicar su acción, entonces tomará a esos deseos como hechos (el hecho de desear tal o cual cosa), como si fuera un observador externo. Cuando se trata de explicar su acción, el agente no está interesado acerca de si era realmente atractivo o deseable el estado de cosas que su acción tendía a materializar, sino si a él le pareció atractivo o deseable (es decir, le interesa la cuestión de hecho -y no normativa- acerca de si él tenía ciertos deseos y creencias)⁸⁴. Por el contrario, cuando se trata de ver si la acción estuvo o no justificada, entonces el agente se colocará en la misma situación que cuando se dispuso a actuar. Lo relevante para él serán las razones y no el hecho psicológico de adherirse a ellas⁸⁵.

⁸³ Nino, C.S., *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 52. Creo que el párrafo resultaría más claro si afirmase que el que un deseo genere causalmente otros se debe a que su contenido proposicional interno es el adecuado para servir de base para formar el contenido de estos otros.

⁸⁴ Nino, C.S., *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 52.

⁸⁵ Nino, C.S., *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 53.

Es este último punto –el de la justificación de una acción- el que nos interesa para analizar a continuación el fenómeno de la propagación de deseos⁸⁶ en el ámbito intersubjetivo.

El fenómeno de la propagación de deseos en el ámbito intersubjetivo parte del hecho de que los individuos para alcanzar sus fines precisan, al menos generalmente, acciones coordinadas de otros sujetos. Aunque en el discurso subjetivo de un agente se admiten como razones que generan pro-actitudes deseos tales como la obtención de placer o de algún otro beneficio, sea instrumental o final, de la persona en cuestión o de otras personas diferentes al agente, en el ámbito del discurso intersubjetivo y para conseguir que otros sujetos cooperen con el individuo en cuestión debe lograr generar en los otros los deseos apropiados. Es este fenómeno, precisamente, el que Nino denomina 'propagación de deseos en la esfera transindividual o intersubjetiva'.⁸⁷

La pregunta que surge entonces es: ¿Cómo puede un individuo incidir en la formulación de nuevas razones para actuar por parte de otro y que despierten en él pro-actitudes que le lleven a realizar una determinada acción?⁸⁸. En la práctica encontramos distintos tipos de discursos intersubjetivos que cumplen, precisamente, tales fines. Además, como se trata de la afectación de intereses de otros, nos moveremos en el ámbito de la justificación de las conductas y de ahí que el discurso moral se presente como el discurso jerárquicamente superior y que, en caso de entrar en colisión con otros, los desplace.

⁸⁶ Aunque esta es la terminología utilizada por Nino, creo que resultaría más clarificador hablar de actitudes prácticas positivas o disposiciones favorables (o deseos en sentido amplio) puesto que si bien el sentido de generación de deseos dentro de la esfera individual puede tener ese doble sentido de deseo en sentido estricto o bien actitud práctica positiva, cuando hablamos de la propagación transindividual de deseos en el discurso intersubjetivo lo que resulta característico en este tipo de discursos no es tanto la generación de deseos en sentido estricto sino la generación de actitudes prácticas positivas invocando razones para la acción (de tipo moral o prudencial respecto del sujeto a quien tratamos de implicar).

⁸⁷ Nino, C.S., *El constructivismo ético*, *op.cit.*, pág. 53-54.

⁸⁸ Nino, C.S., *El constructivismo ético*, *op.cit.*, pág. 54.

Cuando el interlocutor no tiene razones referidas a nuestro beneficio o placer o bien cuando no podemos apelar a sus propios beneficios, entonces lo único que nos queda es el recurso a invocar razones que sean válidas en el marco de algún discurso intersubjetivo en el que el otro esté dispuesto a participar a partir de compromisos mutuos –tales como p.ej. el de actuar conforme a los principios que se termine aceptando como resultado de esa discusión. Como ejemplos de estos tipos de discursos intersubjetivos Nino cita el discurso teológico, los discursos que parten como razones últimas de ciertas tradiciones o costumbres compartidas, los discursos jurídicos y el discurso moral⁸⁹. Lo que caracteriza al discurso moral es que vincula a las razones últimas que en él se invocan no con nuestros deseos, o con los dictados de alguna autoridad o tradición, sino con la consideración imparcial de todas las personas⁹⁰. El discurso moral ha venido a reconocerse en nuestra cultura como discurso dominante en relación con los otros discursos y es que él se ha constituido en “el medio universal para propagar deseos y coordinar acciones”⁹¹. Otro de los rasgos que caracteriza al discurso moral de la ilustración es que nuestras razones subjetivas o lo que aparecen como razones en otros discursos intersubjetivos como el discurso teológico, tradicional o jurídico se presentan como meros hechos -deseos, creencias, costumbres, prescripciones- en el discurso moral⁹².

Entre los distintos discursos se producen tensiones⁹³: (1) si bien todos tendemos a participar en el discurso moral, también es cierto que éste, tal y como se ha desarrollado en la cultura occidental moderna, no ha sido unánimemente aceptado en el espacio y en el tiempo y a veces nos encontramos con individuos que no comparten sus

⁸⁹ Nino, C.S., *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 55.

⁹⁰ Cfr. Nino, C.S. *Ética y derechos humanos, op.cit.*, pág. 116.

⁹¹ Nino, C.S., *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 58.

⁹² Nótese que el hecho de que este discurso sea un producto histórico, no implica que las tradiciones o convenciones constituyan en él razones válidas. Sobre el relativismo conceptual, cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, (1989), pág. 161.

⁹³ Nino, C.S., *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 57.

presupuestos y entonces no tenemos una base discursiva común para propagar nuestros deseos y coordinar nuestras acciones; (2) también se producen conflictos entre nuestro propio discurso subjetivo con sus razones relativas y el discurso moral. En relación con esto, resultan de interés dos consideraciones apuntadas por Nino. De un lado, no podemos abandonar completamente las razones relativas de nuestro propio discurso referidas a nuestro placer y satisfacción de nuestro propio plan de vida, pues, sin esto, la propia moral intersubjetiva carecería de sentido⁹⁴. De otro, uno podría pensar en la posible superación de las tensiones entre nuestro propio discurso subjetivo y la acción intersubjetiva si la concepción del bien que adoptamos para regir nuestra vida puede defenderse intersubjetivamente.

3. PERO, ¿QUÉ SON LAS RAZONES PARA LA ACCIÓN?

3.1 Introducción.

En sus artículos "Razones y Prescripciones" y en "Razones y prescripciones: una respuesta a Alchourrón"⁹⁵, Nino comenzó a esbozar la relación entre juicios de valor y razones para la acción.

Sin pronunciarse entonces de forma concluyente sobre la cuestión acerca de la existencia de las razones para la acción, la intuición de la que partía Nino -dentro de un paradigma que predica la racionalidad de los juicios morales- es la de que el carácter veritativo, universalizable y superviniente de los juicios valorativos - o, en este caso,

⁹⁴ Con esto se está haciendo referencia a la idea de altruismo limitado. El concepto mismo de altruismo está presuponiendo un cierto grado de egoísmo pues ¿cómo podremos ayudar a otra gente si carecen de proyectos o intereses propios y sólo tienen aquellos destinados a ayudar a otra gente?. Cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos, op.cit.*, pág. 188.

⁹⁵ Nino, C.S., "Razones y prescripciones", *Análisis Filosófico*, I (1981), nº1, "Razones y prescripciones: una respuesta a Alchourrón" *Análisis Filosófico*, I (1981), nº2.

juicios morales- parecía estar conectado con el hecho de que los juicios valorativos implican, en algún sentido, juicios acerca de razones. Siguiendo a Hare, Nino sugería que esas entidades llamadas razones consisten en principios; esto es, las razones operativas son principios ideales de la racionalidad y moralidad asumidos como válidos. La validez de tales principios vendría dada en virtud de ciertos hechos de un carácter especial, que podrían ser la aceptación efectiva de los principios en cuestión por cierto grupo social al que pertenecen el juzgador y el juzgado (según Harman⁹⁶); su aceptabilidad hipotética por cualquiera que reuniera las condiciones de imparcialidad, racionalidad y conocimiento (según Baier⁹⁷ y Frankena⁹⁸); su aceptabilidad hipotética por todos lo que estuvieran en una posición originaria de egoísmo, racionalidad e ignorancia (según Rawls⁹⁹ y Richards¹⁰⁰), etc.

El concepto de razones para la acción es un concepto recurrente cuando proyectamos un análisis de la perspectiva interna de la praxis humana (sea individual o colectiva) y, además, resulta un concepto clave para entender el análisis de Nino en relación con las normas jurídicas. Sin embargo, es un concepto muy controvertido¹⁰¹ pese a que muchas han sido las aportaciones para contribuir a su dilucidación¹⁰².

⁹⁶ Harman, *The Nature of morality*, NY, (1977).

⁹⁷ Baier, *The moral point of view*, NY, (1965).

⁹⁸ Frankena, *Ethics*, New Jersey, (1973).

⁹⁹ Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, (1971).

¹⁰⁰ Richards, *A Theory of Reason for action*, OH (1971).

¹⁰¹ Aparece caracterizado de una u otra forma en función, entre otras, de la concepción en filosofía moral que se sostenga.

¹⁰² Véase en este sentido Th. Nagel *The possibility of Altruism* (1970), Richards, D.A.J., *A Theory of Reasons for Action* (1971), Raz, J., *Practical Reason and Norms* (1975), Nino, C.S., *La validez del Derecho* (1981) -cap.VI publicado anteriormente con el título "Razones y prescripciones" en *Análisis filosófico*, 1 (1981) págs. 37-48, y cap.VII- Id., *Introducción a la Filosofía de la acción humana* (1987), Bayón Mohino, J.C., *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción* (1991), Redondo, C.R., *La noción de razón para la acción* (1996).

Acerca de la oscuridad del concepto de 'razón para la acción', cfr. Foot, Ph. "Postscript to 'Reasons for Action and Desires'" en *Virtues and Other Essays in Moral Philosophy* (1978), McCormick "Comment" (a G.Postema "The normativity of Law"), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A.Hart* (1987), Caracciolo, R. *El sistema jurídico.Problemas actuales* (1988).

Como ya señaló Cristina Redondo¹⁰³, la discusión filosófica acerca de las razones para la acción se centra en dos ejes de problemas: la cuestión conceptual acerca de qué son las razones para la acción y la cuestión ontológica acerca de su existencia.

Por lo que se refiere al primer problema, encontramos cuestiones tales como si es posible identificar las razones con deseos o con creencias acerca de la "existencia" de *items* que justificarían un determinado curso de acción y la caracterización de las razones como razones explicativas o como razones justificativas. Por lo que se refiere al segundo grupo de problemas, la pregunta central que marca dos posturas respecto de la existencia de las razones para la acción es la que formula Bayón siguiendo la terminología de Williams¹⁰⁴: ¿hay o no algún sentido en el que se pueda decir que "existe" una razón para actuar aunque nadie en el mundo la incluya en su "conjunto subjetivo de motivaciones"? Esta pregunta se vuelve especialmente compleja cuando abordamos la cuestión acerca de las razones morales.

Este marco de problemas me parece que puede ser completado, además, con el marco de respuestas que Bayón presenta en su trabajo *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, para de esta forma iluminar el examen de la postura de Nino acerca de esta cuestión. Permítaseme pues avanzar algunas cuestiones conceptuales que nos aproximen un poco a la idea de razones morales de la mano del primero. Bayón escribe que "un agente acepta una razón moral cuando la concibe como dominante sobre los deseos e intereses de cualquiera (incluido, por supuesto, él mismo). Las razones morales son, por tanto, en primer lugar, las razones últimas o jerárquicamente supremas dentro de la estratificación de preferencias de un sujeto (lo que implica que, por definición, son razones no dominadas). Pero, además, son razones

¹⁰³ Redondo, C. *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, ed. Centro de Estudios Constitucionales (1996), pág. 58 y ss.

¹⁰⁴ B. Williams, *Rational Action: "Internal and External Reasons"* en Harrison R. (ed.) *Studies in Philosophy and Social Science* (1979), también en B. Williams *Moral Luck* (1981). [Tomo la referencia de Bayón, *op.cit.*].

que, desde el punto de vista del agente, rigen universalmente; es decir, razones para actuar que desde su punto de vista tiene cualquiera (que satisfaga una cierta descripción genérica, i.e. una que no incluya referencias individuales) con independencia de cuáles resulten ser sus deseos o intereses (y cuáles sean las razones que éstos acepten como morales). Este segundo requisito (la universalidad) es importante para evitar llegar a conclusiones como la de que el egoísmo es "la moral del amoral". [...] La especificidad de las razones morales sólo se capta al pasar del plano *intrapersonal* al plano *interpersonal*.¹⁰⁵ Esto por lo que se refiere a la caracterización conceptual de las razones morales que lleva a cabo Bayón. Nino suscribiría la mayor parte de tal caracterización excepto -y esto es una cuestión ontológica- las referencias "al punto de vista de alguien". En efecto, como veremos, para Nino, a partir de su teoría constructivista (constructivismo epistemológico) en el plano de la metaética, las razones morales son razones objetivas, razones externas. Esto me lleva al segundo grupo de problemas, esto es, a la cuestión acerca de si las razones morales -como un tipo de razones para la acción- existen y si es así, en que sentido.

Es este el problema apuntado por Bayón -siguiendo a Williams- acerca de si la existencia de una razón para actuar en sentido justificativo está ligada conceptualmente a su aceptación como tal razón por parte de alguien, o de si, por el contrario, es posible sostener que tales razones son objetivos externos (independientes de los intereses y deseos del agente en cuestión) fruto de una necesidad práctica¹⁰⁶. Es la relación entre deber -o juicio de valor o normativo, en la terminología de Nino- y motivación. A

¹⁰⁵ Bayón Mohino, J.C., *op.cit.*, pág. 196. Bayón lleva a cabo en este trabajo un profundo estudio de las diferentes clases de razones para la acción. Entre ellas distingue: las razones instrumentales (los deseos), las razones prudenciales (intereses) y las razones morales (valores morales). En su análisis la incidencia del factor tiempo era la clave para comprender la diferencia entre las razones de primer y segundo nivel (deseos e intereses), de manera que el sentido de estas últimas solo se captaba plenamente al concebirlas como metapreferencias de un yo con respecto a las preferencias de nivel inferior de sus yoes sucesivos. Y como he recogido en el texto principal la especificidad de las razones morales se capta al pasar del plano intrapersonal al interpersonal. Sobre las razones prudenciales, Cfr. Bayón Mohino, J.C., *op.cit.*, pág. 95-128.

¹⁰⁶ Cfr. Bayón, J.C., *La normatividad del Derecho*, *op.cit.*, págs. 196-203.

continuación presentaré la caracterización que de estas dos posiciones hace Bayón para, de esta forma, tener un mapa donde poder tratar de situar la concepción de Nino acerca de las razones para la acción.

Bayón distingue:

1) El modelo externalista, para el cual el carácter valioso de una acción o de un estado de cosas no depende en absoluto de que algún agente en el mundo se lo atribuya. Para estas posiciones -escribe Bayón- el valor no es un producto o una proyección de las preferencias del sujeto, sino algo exterior a (e independiente de) las mismas. Sucede que, como el agente que prefiere algo lo prefiere **porque entiende que es valioso**, entonces, concebido el valor como algo externo a los conjuntos de preferencias de los individuos, tendría perfecto sentido decir que puede estar equivocado en su apreciación. El reconocimiento o descubrimiento del valor (se supone que un sujeto, quizá no en cualesquiera condiciones, pero sí al menos tras haber desarrollado un punto de vista apropiado, puede reconocer o descubrir el valor que reside en un cierto objeto, y descubrirlo como algo que es independiente de -y previo a- su adopción de ese punto de vista) generaría una preferencia, es decir, lo que es una verdadera razón justificativa se incorporaría al conjunto subjetivo de motivaciones del agente, convirtiéndose entonces, además, en una "razón interna": toda verdadera razón externa debería ser una razón interna para cualquier agente racional, i.e. debería motivarle y ello con independencia de que de hecho no forme parte del conjunto subjetivo de motivaciones de ningún agente empírico.

2) El modelo internalista o proyectivista, para el cual la idea de un valor externo u objetivo carece de sentido. Las acciones, estados de cosas, etc., poseen ciertas propiedades o características naturales, pero tales propiedades no son en sí mismas portadoras de ninguna clase de "valor intrínseco". Lo que sucede es que el sujeto

mantiene actitudes prácticas ante la presencia o ausencia de esas propiedades. Esas actitudes prácticas pueden ser llamadas, siguiendo a Hume, 'afectos', 'pasiones' o, más genéricamente, preferencias. Preferir algo sería entonces atribuirle valor. Para una concepción proyectivista carece de sentido la idea de un conjunto de razones externas u objetivas por comparación con las cuales pudiera un sujeto evaluar, depurar y ajustar su propio conjunto de preferencias. Todos los valores o razones lo son desde el punto de vista de alguien, y todo lo que se diga al respecto se dice siempre desde un punto de vista. Como ya apunté antes, también con palabras de Bayón, para esta concepción -que este autor, por cierto, suscribe- no hay un punto arquimédico en el que situarse para contemplar y evaluar desde fuera si verdaderamente son razones para actuar lo que, desde uno u otro punto de vista, se acepta como razones para actuar¹⁰⁷.

Junto a estas dos posiciones, Bayón da cuenta de una tercera postura que una serie de filósofos, entre los que se encuentra Nino, trataron de trazar sugiriendo que el sentido en que se habla de validez o racionalidad en relación con los juicios morales no es en el sentido de su correspondencia con presuntos valores externos u objetivos tal como apunta el realismo moral. Así, estos autores trataron de romper la dicotomía externalismo-internalismo (o, más exactamente, realismo moral-proyectivismo¹⁰⁸) trazando una tercera postura acerca del universo moral y del sentido en que existen los juicios morales, según la cual la postulación de valores externos u objetivos debe entenderse¹⁰⁹ "por referencia a un punto de vista social adecuadamente construido"¹¹⁰.

¹⁰⁷ Conviene aquí señalar que el proyectivismo o internalismo acerca de la cuestión de la existencia de los valores morales no ha de confundirse con posturas tales como el subjetivismo (individual o colectivo) y el relativismo. Cfr. Bayón Mohino, J.C., *op.cit.*, pág. 209-211.

¹⁰⁸ Tal y como aparece caracterizado por Bayón.

¹⁰⁹ Decía entonces que Nino en un trabajo de 1981 en el que contesta a la crítica que Alchourrón hacía a su artículo "Razones y prescripciones" reafirma su sugerencia de que las razones para la acción consisten en principios ideales de racionalidad y moralidad asumidos como válidos y, además, aclarando su postura a partir de las observaciones de Alchourrón, señala que sostener esto no le compromete con "convicciones acerca de la estructura ontológica del universo", porque bien podría ser que la implicación entre juicios de

Es decir, lo moralmente correcto será, a grandes rasgos, lo que resulte aceptable en determinadas condiciones ideales o para un sujeto o comunidad de sujetos ideales¹¹¹.

Después de las anteriores precisiones, corresponde dar cuenta de la contribución de nuestro autor concretamente a este debate de las razones para la acción. Con todo esto creo que ya estaremos suficientemente pertrechados para ver con más claridad las complejidades y alcance de la cuestión del papel que juegan, según nuestro autor, las normas jurídicas en el razonamiento práctico y si los enunciados jurídicos comprometidos expresan o no juicios morales.

Los motivos y razones que un individuo tiene para actuar son elementos fundamentales tanto para explicar (y predecir) como para justificar su comportamiento. Nino escribe que parece que los motivos y razones establecerían un puente entre el ser y el deber ser puesto que, por un lado, están conectados con datos fácticos como deseos, inclinaciones, aspiraciones, rasgos de carácter de los individuos, y, por el otro, con principios, normas y fines que legitiman una acción.

En el análisis de Nino, las razones para actuar aparecen como razones externas, justificativas, vinculadas con principios y valores y se distinguen de los motivos (también denominadas razones explicativas).

valor y principios universales que constituyen razones para la acción sea de tipo conversacional. Y añade que "en este caso habría enunciados de 2º nivel acerca de la satisfacción de las condiciones conversacionales para la emisión de un juicio de valor que serían las relevantes en genuinas controversias éticas". Nino, C.S., "Razones y prescripciones: una respuesta a Alchourrón", *Análisis Filosófico*, I (1981), pág. 44. En este mismo sentido, *Ética y derechos humanos* (1989), págs. 85-86.

¹¹⁰ Rawls, J., "El constructivismo kantiano en la teoría moral", en *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la Justicia*, ed. Tecnos, (1986).

¹¹¹ En que medida es esta un tercera alternativa a la dicotomía externalismo/ internalismo cfr. Bayón, *op.cit.*, pág. 225 y ss.

3.2 Razones explicativas, subjetivas o motivos.

Las razones explicativas o motivos son las razones a las que se recurre para explicar o predecir un comportamiento sin valorarlo, y se diferencian de las razones justificativas o razones a las que se acude para mostrar la corrección o legitimidad de una conducta -o, visto desde la perspectiva del sujeto que delibera antes de actuar, para tratar de actuar de forma justificada¹¹².

Quienes señalan que las **razones** pueden ser **causas** de acciones¹¹³ están pensando en razones explicativas o motivos. Aunque se ha sostenido que el caso central de razón explicativa o motivo está dado por una combinación de creencias (“tener un motivo para una acción implica en primer término creer en un cierto fin a ser obtenido a través de ella”) y deseos (“además es necesario que uno quiera obtener el fin”¹¹⁴), ya vimos cómo algunos autores han puesto en duda que la presencia de un deseo sea siempre necesaria para explicar una acción¹¹⁵.

Esta postura se apoya, sin embargo, en un razonamiento que es parcialmente erróneo. Es correcto por lo que se refiere a que una razón para actuar es vacua si no es capaz de determinar acciones. Sin embargo, no es cierto que sólo las creencias y deseos

¹¹² Cfr. Nino, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, pág. 79. También en Nino, C.S., *Los límites de la responsabilidad penal*, pág. 349 y ss.

¹¹³ Cfr Davidson, D. *Actions, Reasons and Causes*, en White, A., ed. “The Philosophy of Action”, Oxford, 1968, págs. 79 y siguientes.

¹¹⁴ Grice, *Motive and Reason*, en Raz, J. ed. “Practical Reasoning”, Oxford, (1978).

¹¹⁵ En este sentido, Nagel en su trabajo *The possibilities of altruism* defiende la tesis de que aunque toda motivación implique la presencia de un deseo, el hecho de que esto es cierto no permite concluir que toda motivación requiera que el deseo sea operativo como ‘factor motivacional’ [motivational *influence*]. Puede haber así motivación sin que haya un deseo motivador. Algunos deseos pueden ser ellos mismos motivados por razones. Tales deseos, de ningún modo, pueden estar entre las condiciones de las razones que los motivan. Además, en la medida en la que puede haber motivación sin deseos motivadores, tales razones pueden ser eficaces motivacionalmente aun sin la presencia de ningún otro deseo entre sus condiciones. Esto es así o bien porque otros factores motivacionales a parte de deseos pueden estar presentes entre las condiciones de existencia de tales razones, o porque la eficacia motivacional puede derivar no de las condiciones en sí mismas, sino más bien del principio que gobierna la derivación de razones a partir de esas condiciones. [La traducción es mía]. Nagel, Th. *The possibilities of altruism*, Princeton University Press, pág. 32. En este mismo sentido, cfr. Bayón Mohino, J.C., *op.cit.*, pág. 53-57.

(en sentido estricto¹¹⁶), y en particular estos últimos, sean antecedentes causales apropiados de acciones; no es cierto, que las razones para la acción deban estar identificadas con tales pares de creencias-deseos (en sentido estricto). Lo que sí es cierto es que junto con la creencia acerca de la existencia de una razón para actuar¹¹⁷ ha de darse una actitud favorable, es decir, una decisión o voluntad de actuar conforme con tal razón.

Por lo demás, la tesis errónea de que toda razón para la acción se identifica con el par creencias-deseos conduce a quienes la sostienen a defender posturas subjetivistas en materia práctica puesto que, como se supone que los deseos de la gente no son controlables intersubjetivamente, ellos no pueden ser evaluados según su correspondencia con cierta “realidad” a la que, según se supone, todos tienen en principio acceso. Las creencias son por sí solas inertes y precisan estar conectadas con algún deseo del agente para generar acciones. Según esta posición, si no se conecta con algún deseo del agente, cualquier factor o consideración será irrelevante para generar una acción. Esto es importante porque cuando alegamos razones en pro o en contra de una acción (p.ej. en el contexto de un discurso moral) estamos primariamente

¹¹⁶ Un deseo en sentido estricto es una inclinación espontánea, un apetito o cierto tipo de emociones, mientras que deseo en sentido amplio es un género que incluye en tanto que especies suyas a todas las actitudes favorables hacia un curso de acción determinado. Si entendemos por deseo un deseo en sentido estricto no es cierto que cuando alguien ha hecho algo intencionalmente, haya tenido el deseo de hacerlo. Este sentido estricto de deseo permite contraponer hacer lo que uno desea y hacer lo que uno cree que debe hacer. Cfr. Bayón Mohino, J.C., *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, pág. 53-54. Esta distinción entre los dos sentidos de deseo aparece ya en Hare, *Freedom and Reason*, Oxford University Press, (1963) quien señala que esta distinción entre actitud favorable y deseo en sentido estricto coincide a grandes rasgos con las nociones de *órexis* y *epithymía* en la ética aristotélica: *órektion* es lo querido como resultado de la deliberación, mientras que *epithymía* -traducido, normalmente al latín como *appetere*- es querer en el sentido de experimentar una inclinación espontánea. Cfr. también Davidson, "Actions, Reasons and Causes", *Journal of Philosophy*, n° 60 (1963), págs. 685-700; Nagel, Th., *The Possibility of Altruism*, Princeton University Press, (1970), pág. 28-30. Tomo las referencias a partir de Bayón Mohino, *op.cit.*, pág. 53, pie de pág. 19. Grice, G.R., "Motive and Reason", en *Practical Reasoning*, Raz, J. (comps.), Oxford University Press (1978), pág. 168-170.

¹¹⁷ Estos estados mentales pueden ser de dos tipos: creencias acerca de estados de cosas en el mundo o relaciones causa-efecto, o creencias acerca de la existencia de razones para actuar. Bayón Mohino, J.C., *op.cit.*, pág. 53.

interesados en inducir ciertas conductas. Sobre esta importante cuestión volveré en el siguiente epígrafe.

Veamos con un poco más de detenimiento el análisis de Nino acerca de las razones explicativas. Ya tuve ocasión de apuntar que en la caracterización del concepto de motivo que Nino presenta en sus trabajos,¹¹⁸ Nino sigue a E. D'Arcy.¹¹⁹ D'Arcy sostiene que sólo las acciones intencionales son sujetos de predicados acerca de motivos. Para que una explicación de una acción aluda a un motivo ella debe poner la acción a la luz de un objetivo del agente. Lo relevante acerca de este tipo de explicación es que al hacerse presente el motivo de la acción se pone a ésta en una perspectiva moral diferente. Ello ocurre de tres maneras diferentes: (1) cuando se asigna a una acción aparentemente buena un motivo disvalioso; (2) cuando se adscribe a una acción mala un motivo noble; (3) cuando tanto la acción como el motivo, que pueden ser ambos buenos o malos, pertenecen a géneros diferentes de bondad o maldad¹²⁰.

D' Arcy distingue dos sentidos centrales de motivo. Un sentido prospectivo en el que el motivo señala una meta u objetivo que no está asociado normalmente con la acción y que hace a la acción valiosa para el agente (responde a la lógica de la relación medio-fin); y un sentido retrospectivo, que, como en el caso de los motivos de venganza y gratitud, apuntan hacia el pasado; según D'Arcy, ese tipo de explicaciones se distinguen por el hecho de que, si bien presuponen un objetivo normalmente asociado con la acción, aluden a un hecho del pasado o contemporáneo en relación con ésta, que hace que la acción resulte especialmente atractiva para el agente.

Nino se aparta de esta última distinción trazada por D'Arcy ya que, en su opinión, tal caracterización de los motivos retrospectivos puede inducir al error de pensar que el carácter de los enunciados sobre motivos retrospectivos es radicalmente

¹¹⁸ Nino, C.S., *La validez del Derecho* (1985) y *Introducción a la Filosofía de la acción humana* (1987).

¹¹⁹ D'Arcy, E., *Human Acts: An essay in their Moral Evaluation*, Oxford: Clarendon, (1963).

¹²⁰ Nino, C.S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, *op.cit.*, pág. 79 y ss.

diferente del de los enunciados sobre motivos prospectivos, cuando en su opinión-y creo que tiene razón- no es así, puesto que los enunciados acerca de motivos retrospectivos, como venganza y gratitud, también describen la intención del agente de producir en el futuro un cierto estado de cosas (quedar agradecido), del mismo modo que los enunciados sobre motivos prospectivos. La diferencia que sí se da entre los motivos que miran al pasado y los que miran al futuro reside sólo en que, en el caso de los motivos retrospectivos, el futuro estado de cosas que el agente persigue está constituido por una combinación entre un hecho ya dado, antes o contemporáneamente con la acción, y otro que se dará en el futuro. Es decir, lo que el agente procura es una situación compleja que resulta de la combinación entre un hecho pasado y un hecho futuro, y esa combinación está, ella misma, en el futuro. Según esto, los enunciados sobre motivos retrospectivos también responden a la misma lógica de la relación medio-fin; lo que sucede es que en este caso la relación medio-fin no suele ser causal¹²¹.

Por lo demás, junto con D'Arcy, Nino sostiene la identidad de denotación entre el significado central de "motivo" y el de "intención": ambas expresiones se refieren al deseo de materializar una situación ulterior al estado de cosas tomado como relevante para identificar a la acción por la descripción que estemos empleando (matar para conseguir la herencia). Distinto es, sin embargo, el adjetivo intencional (matar intencionalmente). Este, yuxtapuesto a una descripción de acción, marca el hecho de que el mismo estado de cosas mencionado en esa descripción -y no uno ulterior- es deseado como un medio o como un fin.

Pero, los motivos del agente, además de explicar la acción, permiten tener más elementos para su valoración. En efecto, al colocar la acción en un contexto más

¹²¹ Nino lo ilustra con el siguiente ejemplo: Matar es un medio para vengarse, pero la muerte de la víctima no es una condición causal de la situación de venganza perseguida por el agente. Nino, C.S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, op.cit., pág. 81. Es decir, el acto de vengarse puede verse como conceptualmente relacionado con la acción de matar en determinadas circunstancias.

amplio, el contexto de motivos-fines, podemos entender -en el sentido de explicar- la acción como parte de un proyecto más amplio que la mera intención -en el sentido de intencionalidad- de realizarla y, además, podemos valorar a qué tipo de plan de vida corresponde esa conducta y en última instancia a qué tipo de individuo¹²².

3.3 Razones justificativas u objetivas. El concepto de razones para la acción en Nino.

3.3.1 La reconstrucción de la noción de razones justificativas a partir de su papel en el razonamiento práctico.

Nino -siguiendo a Raz- reconstruye el concepto de razón justificativa de acciones partiendo del concepto de razonamiento práctico,¹²³ puesto que -escribe- "una de las cosas claras acerca de la noción de razón justificativa es precisamente que la función primaria de este tipo de razones es servir de premisas de un razonamiento que conduce a una acción"¹²⁴.

Sin embargo, esta primera aproximación no carece de dificultades; las propias divergencias entre filósofos acerca de la naturaleza del razonamiento práctico les lleva a dar respuestas distintas a las cuestiones acerca de la lógica y la conclusión característica de los razonamientos prácticos¹²⁵.

¹²² Para un interesante análisis de las excusas y justificaciones y de cómo, tal y como podemos comprobar al ver como operan las excusas de estado de necesidad y coacción, no sólo los deseos o intenciones del individuo son el objeto del reproche moral sino también rasgos o inclinaciones que constituyen el carácter moral del individuo y que están en un plano más profundo de la estructura de la acción que el constituido por los deseos, creencias y capacidades del individuo. Cfr. Nino, C.S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, *op.cit.*, capítulo vi.

¹²³ Cfr. Raz, J., *Introducción*, *Practical Reasoning*, Oxford University Press, (1978), pág. 4.

¹²⁴ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 130.

¹²⁵ Cfr. Aristóteles, *Ética nicomáquea*, (trad. Julio Pallí Bonet), ed. Gredos, (1988). Hierro, J., *Análisis del lenguaje moral*, Raz, J. "Introduction", *Practical Reasoning*, (1978). Para una aproximación crítica a los usos de la expresión entre los distintos autores, así como una propuesta de clasificación, cfr Redondo, C.,

Así, si atendemos al criterio de la conclusión puede entenderse el razonamiento práctico:

- a) como proceso psicológico que conduce a la formación de una intención y a la realización de una acción; la conclusión será la formación de una intención.
- b) como inferencia lógica que permite explicar o predecir una acción a partir de leyes y proposiciones fácticas; quien defiende este concepto sostiene que la conclusión es un juicio descriptivo¹²⁶.
- c) como inferencia lógica que permite evaluar, fundamentar o guiar una acción; para estos, la conclusión es un juicio valorativo o normativo.

Nino considera que a los efectos de dilucidar el concepto de razón justificativa es el último sentido de “razonamiento práctico” el que deberemos tener en cuenta, y a partir de esto señala que, para que un razonamiento práctico permita fundamentar o guiar una acción, su conclusión habrá de ser un tipo de juicio normativo, que, en cuanto tal, “no sea compatible con cualquier acción o actitud del que lo emite”¹²⁷; la

La noción de razón para la acción en el análisis jurídico, Centro de Estudios Constitucionales, (1996), pág. 103-142. Esta autora distingue entre argumento práctico (1) en sentido lógico (las normas pueden aparecer como razones- premisas y, además, si son válidas dentro de alguna teoría normativa, son razones sustantivas a favor de la acción), (2) como modelo teórico-reconstructivo (de la acción intencional, de la explicación intencional de la acción, del concepto de deber en sentido técnico), (3) como modelo normativo (como forma de comportamiento correcto en la toma de decisiones; como procedimiento ideal diseñado para justificar, en sentido concluyente, el deber o la permisión de realizar una acción. En esta interpretación, la propia implementación del argumento práctico se considera justificada como una conducta debida). En este último sentido de argumento práctico, cfr. Atienza, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1991). Por lo demás, luego veremos la posición de Nino acerca de la posibilidad defendida por C. Redondo de que en el argumento práctico en sentido lógico, las normas no válidas puedan constituir razones-premisas y generar conclusiones normativas. Veremos como para Nino la única normatividad es la normatividad justificada. Como escribe Redondo caracterizando esta posición, “las disposiciones jurídicas de deber no son auténticamente normativas, no establecen un deber genuino, si no brindan razones para la acción”, *op.cit.*, pág. 150.

¹²⁶ Redondo, sin embargo, señala que a este modelo de argumento práctico no es de aplicación el sentido lógico de validez. Señala que su mayor o menor corrección se juzgará sobre la base de su adecuación para hacer inteligible o representar aquello que pretende captar. Redondo, C., *op.cit.*, pág. 130.

¹²⁷ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 130.

formulación de tal juicio normativo implicará, pues, cierta inconsistencia práctica con la no realización de la acción o con la adopción de la decisión opuesta¹²⁸

Volvamos ahora sobre un ejemplo que Nino introducía para dar cuenta de un sencillo razonamiento práctico en la esfera individual. Esto me permitirá introducir algunas precisiones conceptuales. El ejemplo de Nino era el de un sujeto que desea estar en La Plata a una hora determinada y está deliberando acerca de cómo hacer esto posible. Su deliberación podría ser reconstruida de la siguiente manera:

- "1. Debo (o es deseable/ conveniente...) estar en La Plata antes de las 4.
2. Para estar en La Plata antes de las 4 hay que tomar el tren de las 2.
3. Ergo, debo (o es deseable/ conveniente...) tomar el tren de las 2".

Nino, siguiendo a Raz¹²⁹, distingue entre¹³⁰:

a) razón completa: estaría constituida por el conjunto de premisas no superfluas de un razonamiento práctico válido (en el anterior razonamiento, las premisas 1 y 2);

b) razón operativa: sería la premisa normativa o deóntica, que en si misma podría constituir una razón completa (la premisa 1). Nótese -aunque sobre esto volveré después- que en la premisa (1) del ejemplo ilustrativo del tipo de razonamiento práctico que aquí nos interesa, Nino parece considerar que también puede ser una razón operativa el contenido proposicional de un deseo por cuanto que ese contenido proposicional -aquí Nino sigue a Davidson- es un juicio normativo o valorativo (tal o cual cosa es deseable; los deseos consisten en endosar juicios valorativos generales y *prima facie*)¹³¹;

¹²⁸ Nino, C.S., "Sobre los derechos morales", *Doxa*, n° 7, (1990), pág. 317.

¹²⁹ Raz, J., *Practical Reasoning*, *op.cit.*, pág. 15 y *Razón práctica y normas*, *op.cit.*, pág. 37- 38.

¹³⁰ Nino, C.S., *Introducción a la Filosofía de la acción humana*, *op.cit.*, pág. 84.

¹³¹ Nino, C.S., *Introducción a la Filosofía de la acción humana*, *op.cit.*, pág. 72-73, Davidson, *Actions and Events*, Clarendon Press, Oxford, (1982), pág. 53 y 83 (cito a partir de Nino, C.S., *op.cit.*)

c) razón auxiliar: está constituida por un juicio fáctico que indica un medio para satisfacer una razón operativa (la premisa 2)

Pues bien, Nino señala que si el sentido de razonamiento práctico al que aquí estamos aludiendo concluye con un juicio de deber ser y las razones justificativas funcionan como premisas de él junto con juicios empíricos, entonces “necesariamente tales razones deben estar constituidas por juicios o proposiciones e incluir entre ellos al menos un juicio de deber ser”¹³².

Cuando hablamos de razón en el sentido de razón justificativa u objetiva ya no estamos tratando de explicar por qué se realizó una acción o tratando de predecir su ejecución sino que estamos pensando en justificar o valorar tal acción, esto es, estamos tratando de determinar si fue buena o mala desde algún punto de vista (moral, prudencial, jurídico)¹³³.

¹³² Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 130. Esto es así, si se respeta, como ha de respetarse, el principio de Hume que señala la imposibilidad de derivar juicios normativos o valorativos de premisas que sean exclusivamente fácticas o descriptivas. Como única excepción admisible a este principio, Nino señala la derivación de juicios morales a partir de un específico tipo de hechos: los hechos morales constituidos por la aceptabilidad hipotética de los principios aludidos por los juicios morales. Este tipo de hechos que son los supuestos por el constructivismo ético para verificar los juicios morales hacen de puente entre el “ser” y el “deber ser” al determinar que sean contradictorios un juicio que da cuenta de ese hecho (la aceptabilidad hipotética de un cierto principio) y un juicio que predica cierta propiedad normativa o valorativa de una acción o situación (una propiedad incompatible con la calificación que surge del principio en cuestión). Así pues, escribe Nino, aunque los hechos no constituyen razones operativas para actuar (p.ej. la existencia de las normas jurídicas en cuanto hechos por sí solos no constituyen tales razones) esto no es aplicable a los hechos que verifican a los juicios morales, es decir, la aceptabilidad hipotética de los principios aludidos por tales juicios. El salto entre el mundo del “ser” y el del “deber ser” no se puede hacer por sobre el abismo que hay entre ellos sino a través del puente apropiado. Nino, C.S., *Ética y Derechos humanos*, Paidós, (1984), pág. 96.

¹³³ Es este tipo de razón el que –apunta Nino– resulta relevante en el discurso moral y de ahí que nuestro autor denuncie el error en el que incurre un autor como Harman cuando en *The nature of morality* sostiene que una moral universal y objetivamente fundada es imposible porque uno sólo puede tener una razón para hacer algo si desea el fin que el acto tiende a satisfacer y, por lo tanto –en opinión de este autor–, sólo la gente que desea los fines de la moral tiene razones para ser moral; según este autor, las razones morales no se aplican a todos los seres racionales. El error en el que incurre Harman y también otras posturas relativistas es que confunden razones explicativas y razones justificativas. En muchos casos –apunta Nino– podemos alegar una razón –en el sentido de razón justificativa– para que un individuo haga algo aun sabiendo que él no tiene el más mínimo deseo en tal sentido. En opinión de Nino, todos estos autores deberían tener en cuenta que, corrientemente, manejamos un concepto de razón que no se identifica con deseos o motivos y que para elaborar su tesis acerca de la moral, el relativista debería, en todo caso, tener en cuenta el concepto de razón que es central en el discurso moral, tal es el concepto de razón como razón justificativa. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 127. El mencionado tipo de confusión llevó a Harman a sostener que “Cuando decimos que Hitler actuó injustamente [It was wrong of Hitler....] al ordenar el exterminio judío, estamos diciendo que Hitler tenía una razón (todas las

En la caracterización de Nino, las razones justificativas presentan un comportamiento como legítimo o ilegítimo, independientemente de lo que el agente creyó o deseó. Las razones para actuar existen al margen de que aparezcan como tales en el esquema motivacional de un agente¹³⁴.

3.3.2 Rasgos que caracterizan a las razones justificativas.

A partir de los aspectos estructurales del discurso moral¹³⁵, Nino identifica estos rasgos como rasgos característicos de las razones para la acción¹³⁶.

a) Autonomía: Este rasgo se refiere a que la validez de un juicio valorativo, esto es, su capacidad para servir como razón justificativa operativa de un razonamiento práctico, o bien no depende del hecho de que alguna persona o grupo de personas lo

razones posibles) para no hacer lo que hizo. Pero lo que es verdaderamente terrible acerca de alguien que hace lo que hizo Hitler es que tal persona no tiene una razón de este tipo. Si deseaba exterminar seres humanos, él no tenía ninguna razón para no llevar a cabo tal acción: eso es, precisamente, lo terrible de tal sujeto. Por eso suena tan débil decir que Hitler actuó injustamente al hacer lo que hizo. Sugiere que tenía una razón para no actuar del modo en que lo hizo, pero al tiempo tenemos la impresión de que cualquier hombre que pudiera haber hecho lo que hizo Hitler debe de ser el tipo de hombre que no tendría una razón para no hacerlo. Tal hombre más que injusto es malvado. Por eso, de nuevo, resulta extraño decir que Hitler actuó injustamente al actuar del modo en que lo hizo, pero al tiempo no resulta extraño decir que el acto que Hitler llevó a cabo fue injusto. El juicio acerca de la injusticia del acto llevado a cabo por Hitler y el juicio acerca de que tal acto nunca debería haber sucedido no implican que Hitler tuviera una razón para no hacer lo que hizo. El hecho de que pensemos que Hitler no es el tipo de persona que hubiera podido tener tal tipo de razón no impide la formulación de juicios acerca de sus actos pero sí impide o socava la posibilidad de emitir juicios acerca de él. Hitler está fuera de nuestra moralidad[...]. Podemos juzgar sus actos en relación a nuestra moralidad, pero no podemos juzgar a Hitler puesto que esto implicaría que tal individuo conocía los estándares morales que utilizamos para juzgarle. Decir "Hitler fue injusto cuando..." o "Moralmente Hitler no debería" implicaría que Hitler aceptaba las convenciones morales pertinentes. Pero sus acciones muestran que él no aceptaba tales convenciones. Por lo tanto, Hitler estaba fuera de los límites y era un enemigo de la sociedad", Harman, *The nature of morality, op.cit.*, pág.109. [La traducción es mía]. Como puede verse en este párrafo, Harman confunde razones subjetivas o motivos -en este sentido, en efecto, Hitler no tenía motivos o razones subjetivas para no hacer lo que hizo- con razones objetivas o justificativas -en este sentido las mismas razones que nos llevan a juzgar la inmoralidad de su acto nos permiten juzgar a Hitler como individuo-.

Por lo demás, para un análisis de los problemas que plantean sujetos como Hitler desde el punto de vista de las condiciones de la moralidad, cfr. Arendt, H., *On Revolution* (1958) y *The Human Condition*, (1962).

¹³⁴ En el mismo sentido Cfr, Grice, G.R., "Motive and Reason", en Raz, J., *Practical Reasoning*, (1978).

¹³⁵ Estos rasgos que caracterizan a las razones para la acción se predicen respecto de los principios morales que son las entidades relevantes en el análisis de Nino sobre razones para la acción. Cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, (1989), pág. 108.

¹³⁶ A partir de ahora, siempre que me refiera a razones para la acción estaré refiriéndome -siguiendo a Nino- a razones justificativas; salvo advertencia en contrario.

haya formulado o aceptado o, si depende de tal hecho, se constituye como razón justificativa en virtud de otro juicio valorativo que haga relevante ese hecho (como veremos, este sería el caso de un sentido de norma jurídica) sin que su validez dependa a su vez de la circunstancia de que alguien lo haya formulado o aceptado. No solamente las razones justificativas operativas sino también el razonamiento práctico del que forman parte tiene carácter autónomo. Esto, por lo demás, implica la independencia de cada individuo que desarrolla un razonamiento práctico.

b) Generalidad: los juicios que constituyen razones justificativas operativas no pueden identificar situaciones a través de nombres propios o de descripciones definidas sino que han de hacerlo a través de propiedades genéricas.

c) Universalidad: este rasgo está relacionado con la aplicabilidad de los juicios prácticos a los que nos estamos refiriendo y no con su contenido. En efecto, escribe Nino, si uno de tales juicios es aceptado para evaluar una cierta situación particular, debe también ser aceptado para evaluar cualquier otra situación que no difiera de la anterior en una propiedad que esté recogida en el antecedente del mismo juicio.

d) Superveniencia: la propiedad que puede justificar la discriminación entre dos situaciones a los fines de una razón operativa no sólo debe ser genérica, o sea debe ser una genuina propiedad, sino que también debe ser fáctica, en el sentido de no estar identificada meramente por la aplicabilidad de esa u otra razón operativa¹³⁷.

e) Integración: las razones operativas justificativas son comparables entre sí y, en principio, jerarquizables. El que las razones operativas puedan agruparse en un sistema guardando un cierto orden jerárquico permite hablar del principio de unidad del

¹³⁷ Resulta aquí ilustrativo el ejemplo ofrecido por Hare en *The language of Morals* y recogido por Nino en *La validez del Derecho*, “Si un pasajero de un tren le dice a su vecino de asiento ‘no debe fumar en este vagón, pero sí puede hacerlo en el siguiente’, está comprometido a indicar alguna diferencia fáctica relevante entre uno y otro vagón (como p.ej. la existencia de un cartel de prohibición en uno pero no en el otro). En cambio, esto no ocurre en el caso de una orden o de una norma jurídica. Si el reglamento del ferrocarril dispone que no se debe fumar en los vagones pares pero sí se puede en los impares, no se presume que esto tiene que estar fundado en alguna diferencia fáctica relevante entre las dos clases de vagones”. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág.114-115.

razonamiento práctico. En *Etica y derechos humanos*, Nino escribe que algunos autores hablan de una justificación moral, otra jurídica, otra prudencial, etc, como si se tratara de justificaciones independientes de las acciones. Esto, en opinión de nuestro autor, implicaría una desintegración del pensamiento práctico: “Alguien podría saber que su conducta no está justificada moralmente pero que sí lo está jurídicamente o prudencialmente, y no saber aún, cómo, en definitiva, debe actuar”¹³⁸.

3.3.3 Algunas observaciones sobre el concepto de razones para la acción y su papel en el razonamiento práctico según Nino.

a) Una vez individualizadas las razones para actuar y diferenciadas de los motivos o razones explicativas, vale la pena explorar algo más, a partir de una serie de observaciones, qué tipo de *items* son razones para la acción en la reconstrucción que hace Nino del universo práctico.

Nino siguiendo a Raz en *The morality of Freedom* excluye de la consideración como razones justificativas a los deseos. Según Nino, este tipo de entidades, aun vistas desde el punto de vista interno, esto es, concebidas como juicios de valor (p.ej. el juicio de que escalar una montaña es deseable o valioso) no son en sí mismas la razón sino que "constituye un hecho antecedente aludido por un principio prudencial implícito que estipula la conveniencia de satisfacer cierta clase de deseos en determinadas circunstancias; es ese principio prudencial el que constituye una razón operativa para actuar (de lo contrario cualquier deseo sería una razón, y no lo es; p.ej., dado el alto costo de los vuelos y la limitación de los recursos de la mayoría de la gente, no es en

¹³⁸ Nino, C.S., *Etica y derechos humanos*, Paidós, (1984), pág. 92.

general una razón justificativa para viajar en avión el deseo de ver una de las viejas películas que pasan en los vuelos transatlánticos)".¹³⁹

Creo que puede resultar de interés aquí traer el análisis de Bayón acerca de si los deseos son sólo razones internas o explicativas, esto es, factores que motivan al agente o si constituyen además -en determinadas circunstancias- razones justificativas.

En principio, creo que tiene razón Bayón cuando afirma que negar que los deseos constituyan razones para la acción en los términos en los que parecen hacerlo Nino y Raz supone infravalorar el papel de la cláusula *ceteris paribus* (esto es la cláusula que implica que un deseo constituye una razón para la acción cuando no están en juego intereses o valores del agente¹⁴⁰ a la hora de caracterizar a los deseos como razones y a la confusión de deseos con "intención de". Si denominamos con Bayón 'deseo(1)' a las actitudes prácticas de primer nivel (dominables por otras de niveles superiores como intereses o valores) y 'deseo(2)' a la "intención de", esto es, a lo que el sujeto intenta como producto de su deliberación, entonces nos damos cuenta de que los 'deseos(1)' constituyen por sí mismos razones para actuar cuando no están en juego intereses o valores del agente (esto es, *ceteris paribus*) y que cuando un agente 'desea(2)' algo lo 'desea(2)' por una razón, que en ese caso sería su 'deseo(1)' más su convicción de que no hay en ese supuesto concreto ninguna otra razón para la acción que prevalezca sobre su 'deseo(1)'. Por lo tanto, podremos concluir con Bayón, que los deseos no son razones para la acción *por sí solos*, ya que únicamente lo son en compañía del juicio según el cual queda satisfecha la condición *ceteris paribus*. Por lo tanto, los deseos no son razones concluyentes para actuar, sino que hay que proceder a una deliberación teniendo en cuenta todas las razones en pro y en contra, pero esto no

¹³⁹ Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, (2ª ed. 1989), págs. 79-80

¹⁴⁰ Bayón Mohino, J.C., *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, *op.cit.*, pág. 76.

significa que cuando no se dé ninguna razón de nivel superior en contra no constituyan así *-ceteris paribus-* razones para actuar.

Y si tomamos el ejemplo que construye Nino precisamente para dar cuenta del hecho de que los deseos no pueden constituir por sí solos razones para actuar nos damos cuenta de que quizá lo que llevó a confusión a nuestro autor es precisamente el no darse cuenta -al construir el ejemplo- de la necesidad de la condición *ceteris paribus*, pues, en efecto, en el ejemplo que él pone nos encontramos con que tal circunstancia no ha sido tomada en cuenta ya que existen razones de orden superior -prudenciales y quizá eventualmente, morales para no satisfacer el deseo de volar por el placer de ver una de las viejas películas que ponen en los vuelos transatlánticos. Si asumiéramos esta forma de hablar de razón, entonces es verdad que podríamos hablar también de los deseos como razones para la acción.

Junto al análisis en términos de la cláusula *ceteris paribus*, Bayón añade que hay dos sentidos diferentes en los que puede decirse que una acción está justificada moralmente: en el primero, equivale a afirmar que existen razones morales (concluyentes) para realizarla; en el segundo, equivale a afirmar que no existen razones morales para no realizarla. Cuando una acción es moralmente *indiferente*, su realización está "moralmente justificada" en el segundo sentido, aunque no en el primero. Según esto, cuando no haya razones-valores o razones-intereses, los deseos pueden ser identificados como razones concluyentes y podríamos afirmar, al menos en un sentido débil, que determinada acción apoyada en ellos está moralmente justificada.

Pero, además, Bayón considera que, en realidad, una objeción como la que plantea Nino ("el deseo no es en sí mismo la razón, sino que constituye un hecho antecedente aludido por un principio prudencial implícito que estipula la conveniencia de satisfacer cierta clase de deseos en determinadas circunstancias; es ese principio

prudencial el que constituye una razón operativa para actuar")¹⁴¹- se basa en la presuposición de un sentido reconocible en el que se puede afirmar que algo constituye *verdaderamente* una razón (justificativa) para actuar que no está ligado al punto de vista de nadie (o si se quiere, que no es interno a la ordenación de preferencias de ningún sujeto), de manera que ese "principio prudencial implícito que estipula la conveniencia de satisfacer cierta clase de deseos en determinadas circunstancias" no sería simplemente el contenido de preferencias de niveles superiores del sujeto evaluador (de sus propias acciones o de las de un tercero), sino algún principio *objetivamente* válido que atribuiría o no relevancia práctica al *hecho* de que un sujeto tenga determinados deseos¹⁴².

Creo que la respuesta a esta cuestión viene dada por la explicación que el propio Bayón apunta y es que Nino parte de una teoría metaética constructivista que le permite hablar de razones morales como razones objetivas o externas, existentes al margen de que formen parte de la estructura de preferencias de algún sujeto. Y esto, seguramente, le lleva a articular las razones prudenciales también como razones externas al conjunto de preferencias de un individuo y a que, por lo tanto, los deseos sin más sean vistos o bien como hechos que pueden formar parte junto con una razón prudencial de un razonamiento práctico completo cuando no afectamos a intereses de terceros o bien como simples caprichos que -a pesar de estar ausentes intereses de terceros- no pueden ser considerados razones justificativas ya que pertenecen al mundo de lo irracional.

De todas formas, creo que aunque la postura metaética que Bayón atribuye a Nino y el papel que en ese esquema tendrían las razones sería suscrito por este autor, Nino resulta, por lo demás, muy confuso acerca del papel que los deseos tendrían en el razonamiento práctico. Así en *Introducción a la Filosofía de la acción* escribe que

¹⁴¹ Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, (1989), pág. 79.

¹⁴² Bayón, J.C., *La normatividad del Derecho*, *op.cit.*, pág. 84.

"aunque un deseo no puede constituir en sí mismo una razón operativa puesto que un deseo es un hecho y de un hecho no puede inferirse un juicio normativo, como es la conclusión de un razonamiento práctico, lo que si puede constituir una razón operativa es el contenido proposicional de un deseo, y ese contenido proposicional es precisamente un juicio normativo o valorativo"¹⁴³. Tratando de explicar a Nino, creo que lo que sucede aquí es que trata de dar cuenta de un nivel del razonamiento en el que en su opinión se confunden -funden- deseos con creencias acerca de la existencia de un principio moral y de ahí su urgencia por dar cuenta del aspecto interno de los deseos: "La adhesión a un juicio valorativo o normativo como los que constituyen razones últimas puede describirse también como una creencia en su validez: esto sugiere que en el nivel de las razones últimas, los deseos se confunden con creencias, lo que permite descalificar, por un lado, la tesis de que las creencias son inertes, y, por otro lado, la tesis de que los deseos, a diferencia de las creencias, no son objetos de argumentación: estas creencias-deseos, que expresan adhesión a los últimos principios de conducta, serían tan causalmente activas como cualquier deseo y tan sujetas a contrastación intersubjetiva como otras creencias"¹⁴⁴.

Pero creo que lo que sucede en este párrafo es que Nino está utilizando -como he apuntado- un sentido amplio de deseo -esto es, como disposición práctica favorable- y no como un tipo de entidad de rango inferior a los intereses (o razones prudenciales) y valores en el razonamiento práctico. Y esto es lo que quizá le permite hablar de las adhesiones a juicios normativos morales como deseos al tiempo que sólo unos párrafos después escribe: "Está de más decir que los principios, tanto prudenciales como morales, pueden referirse a la satisfacción de deseos. La descripción de un deseo puede figurar, entonces, en el razonamiento práctico como razón auxiliar o como contenido de

¹⁴³ Nino, C.S., *Introducción a la Filosofía de la acción humana, op.cit.*, pág. 84-85.

¹⁴⁴ Nino, C.S., *Introducción a la Filosofía de la acción, op.cit.*, pág. 85.

su conclusión normativa. Esto puede explicar, aunque no justificar, que muchas veces se haya incurrido en el error de pensar que los deseos pueden constituir no sólo motivos sino razones para valorar una acción"¹⁴⁵.

b) Hemos visto que un razonamiento práctico que concluye en un juicio normativo o valorativo ha de partir de premisas entre las que exista alguna que tenga ese carácter (principio de Hume). Estas serán las que -según hemos visto en el análisis de Nino- aparezcan como razones justificativas. Antes de pasar a ver el análisis de Nino acerca de si las normas jurídicas constituyen o no razones justificativas para la acción es preciso entrar a hacer una serie de precisiones acerca del concepto de razón justificativa en un razonamiento práctico orientado precisamente a guiar o a valorar la acción.

Sucede que, según escribe Redondo, la expresión razón justificativa es ambigua. La comprensión, pues, de la posición de Nino, exige un análisis más detallado. Redondo nos dice que la expresión razón justificativa puede entenderse como razón-premisa o bien como razón sustantiva para la acción; marcando esto, según la autora, la diferencia entre razón en sentido formal, como elemento de un argumento lógico, o razón en sentido material o sustantivo, como elemento de un argumento práctico en sentido no lógico¹⁴⁶; es decir, como razones sustantivas para la acción.

¹⁴⁵ Nino, C.S., *op.cit.*, pág. 86. Acerca de los deseos como razones para la acción, cfr, Raz, J., *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, (1996), pág. 38.

¹⁴⁶ Según C. Redondo, los enunciados que componen un argumento práctico en sentido no lógico no son razones en sentido lógico (esto es, no son razones-premisas); aunque esos enunciados describan o mencionen razones en sentido sustantivo. En su opinión, el origen lógico de las expresiones 'argumento' y 'premisa', o quizás el prestigio asociado al rigor y la precisión de esta materia, explican la permanente tendencia a asimilar estos significados, o a considerar los usos metafóricos como tipos o ampliaciones de los conceptos lógicos. Redondo, C., *op.cit.*, págs. 142 y 232-234. Y, en relación con el razonamiento judicial, escribe que: "Los parámetros de la lógica permiten controlar la justificación de la sentencia en sentido formal", sin embargo, "sólo el consenso en torno a una teoría normativa permitiría exigir la justificación sustantiva de las decisiones judiciales. La garantía de objetividad será siempre en relación a esa teoría. Si quienes controlan y quienes son controlados en su tarea de justificar no sustentan una misma teoría normativa, la discusión acerca de la corrección de la justificación no es racional", *op.cit.* pág. 258. Por lo demás, "la posibilidad de diseñar un argumento adecuado para la fundamentación de los enunciados concluyentes de deber es tema de reflexión central de la metaética", *op.cit.*, pág. 137. Para un análisis crítico del concepto de argumento en este trabajo de Cristina Redondo cfr. M. Atienza, "A propósito de la argumentación jurídica", *Doxa*, n°21,II (1998).

Nino, sin embargo, ve las cosas de forma algo diferente. En el análisis de Nino una premisa sólo puede ser una razón-premisa normativa de un razonamiento lógico práctico si tal premisa está constituida por una razón sustantiva válida; pues sólo éstas tienen carácter normativo, es decir, constituyen un deber¹⁴⁷. Como veremos, Nino reconstruye el razonamiento jurídico justificativo como un razonamiento práctico sustantivo de carácter lógico por lo que se refiere a la derivación de la validez o justificación moral de la solución a partir de la validez moral de las premisas.

Veamos esto con algo más de detenimiento.

En el análisis de Nino, la reconstrucción de una sentencia judicial implica una justificación sustantiva en sentido objetivo¹⁴⁸ y esto, a su vez, implica la necesidad de garantizar la corrección material de las premisas del argumento jurídico justificativo. Para Nino, la justificación de las premisas normativas de la sentencia se articula, precisamente, a partir de la misma noción de razonamiento práctico: las premisas normativas válidas son aquellas obtenidas como conclusión de un argumento práctico

¹⁴⁷ A diferencia de Nino, Redondo no admite un único concepto de normatividad vinculado con la constitución de razones sustantivas para la acción. Redondo, C., *op.cit.*, pág. 169. Aunque señala que si es cierto que la noción de razón justificativa es necesaria para analizar el concepto de normatividad entendida como carácter práctico y no meramente como contenido o significado normativo (atendiendo a una concepción semántica acerca de las normas), Redondo, C., *op.cit.*, pág. 148.

¹⁴⁸ Nino, C.S., "Respuesta a J.J. Moreso, P.E. Navarro y M.C. Redondo", *Doxa*, n° 13, (1993), págs. 261-264. Además, a partir del análisis de Nino, creo que es posible sostener que desde el punto de vista interno (razonamiento jurídico justificativo del juez), esto significa que el juez ha de esgrimir una pretensión de corrección acerca de las premisas de su razonamiento si su propósito es actuar -y esto es una exigencia derivada de su responsabilidad moral a la hora de llevar a cabo sus acciones o decisiones institucionales (aunque, obviamente, el razonamiento moral justificativo aquí, como veremos, tendrá una naturaleza más compleja) - conforme a razones válidas. Desde el punto de vista interno, pues, es necesario que el juez acepte las normas jurídicas por razones morales (de esto me ocuparé más adelante) si el juez pretende que su comportamiento esté justificado (él, por cierto, corre con el riesgo de error acerca de la corrección objetiva de las razones por él pretendidas y aceptadas como razones últimas; este error, puede, todo lo más, quizá, articular la posibilidad de excusas pero no de justificaciones). Pero eso no significa que decir que una decisión esté justificada no sea algo conceptualmente distinto de sostener la aceptación por razones morales por parte del juez de los elementos de su argumentación. Una decisión estará justificada (en el sentido sustantivo) cuando -independientemente de la creencia o aceptación de las normas como razones sustantivas válidas por parte del juez- tal decisión derive de normas válidas (esto es, derive directa o indirectamente de razones sustantivas válidas). Cfr. entre otros trabajos de Nino, *La validez del Derecho*, págs. 139 y ss. Por lo que se refiere a la responsabilidad moral del juez puede verse, entre otros, *Ética y derechos humanos*, ed. Ariel, (1989), págs. 400-411. Conforme a lo dicho, considero no del todo acertadas las observaciones que C. Redondo dirige a la aceptación por parte del juez de las razones sustantivas en la obra de Nino, (observaciones que, por lo demás, dirige a todos aquellos que entienden que la aceptación de las normas, por parte de los jueces, supone una actitud de tipo moral). Redondo, C., *op.cit.*, pág. 196 y pág. 225-230.

válido. Y, como veremos con detenimiento más adelante, las premisas normativas tienen carácter moral; a su vez, los principios morales de los que derivan directa o indirectamente las premisas del razonamiento judicial dependen de ciertas condiciones formales y sustantivas de la práctica del discurso moral (es decir, de la argumentación moral)¹⁴⁹. En cualquier caso, lo que en este momento quiero hacer notar es que el razonamiento práctico en el que manejamos razones para la acción como premisas, es un razonamiento práctico en el que lo que se extrae a partir de las premisas es un contenido de significado pero, también, fuerza normativa; algo que, como apunté, en el análisis de Nino sólo puede extraerse -a los efectos del razonamiento justificativo judicial que es el que aquí nos interesa- a partir de la fuerza normativa que deriva sólo de premisas normativamente válidas. No hay justificación genuina si las premisas normativas no son correctas; es decir, según el análisis de Nino, si no constituyen razones para la acción. Para reconstruir el razonamiento jurídico justificativo la noción formal de justificación no es pues suficiente¹⁵⁰.

4. LAS NORMAS JURÍDICAS EN EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO.

4.1 Introducción.

El problema central del que me proponía dar cuenta en este capítulo es el del papel que juegan las normas jurídicas en el razonamiento práctico y, concretamente, de la cuestión acerca de si las normas jurídicas son razones autónomas para la acción; esto es, si apelar a una norma jurídica, sin más, permite o no justificar una acción.

¹⁴⁹ Nino, C.S., *El constructivismo ético*, págs. 69-71. Según esto, la teoría moral intenta reconstruir y captar los hechos morales que resultan de la práctica humana. Las razones justificativas lo son al margen de la teoría, no, claro está, al margen de la práctica humana del discurso moral. Redondo, C., *op.cit.*, pág. 234, pie de pág. nº 37.

¹⁵⁰ Nino, C.S., "respuesta a J.J. Moreso, P.E. Navarro y M.C. Redondo", *Doxa*, nº13, pág. 262.

Para dar respuesta a esta pregunta ha sido preciso dilucidar qué son las razones para la acción, pero, además, es preciso introducir algo más de claridad acerca de otro de los términos que aparecen en la pregunta; me refiero a las normas jurídicas. La tesis que defiende Nino es la de la pluralidad de sentidos de norma jurídica. Entonces, será necesario proceder a ver los diversos sentidos posibles para, después, pasar a dar cuenta de cuál es el papel que tiene cada uno de esos sentidos de norma jurídica en el razonamiento práctico.

Comenzaré con una exposición de los distintos sentidos de norma jurídica de los que Nino da cuenta, partiendo para ello de un sencillo ejemplo de razonamiento jurídico justificativo; después, en el próximo apartado, me ocuparé de las normas jurídicas como razones para actuar. Esto me llevará a presentar las notas principales de la concepción raziana en relación con este problema puesto que, como veremos, Nino tiene especialmente en cuenta el trabajo de Raz a la hora de trazar su postura; concretamente la tesis -que atribuye a Raz- según la cual para este último las normas jurídicas son razones autónomas excluyentes. A continuación, pasaré a dar cuenta del análisis de Nino acerca de las normas jurídicas como razones para actuar y para ello me ocuparé de ver qué tipos de razones para la acción constituyen, según Nino, cada uno de los distintos sentidos de norma jurídica. Entre los distintos sentidos de norma jurídica y el distinto papel que cumplen en el razonamiento práctico dedicaré en este subapartado especial atención al diferente modo en el que inciden en el razonamiento práctico de los sujetos los juicios de valor y las normas jurídicas como prescripciones, a partir de la exposición y análisis de la crítica que Nino dirige a Hare. En el subapartado siguiente me ocuparé ya de ver cuál es la respuesta que Nino ofrece a la pregunta acerca de si las normas jurídicas constituyen o no razones operativas autónomas (esto me permitirá introducir las tesis (a) y (b) apuntadas al comienzo de este capítulo); por último, cerraré

este capítulo presentando una particular concepción de las normas jurídicas que arroja la tesis del valor epistemológico de la democracia defendida por Nino (esta es la tesis (c) a la que me referí en la introducción de este capítulo).

Nino se ocupa de todas estas cuestiones especialmente en *La validez del Derecho* (1985), en *Ética y derechos humanos* (2ª edición, 1989), en *Un país al margen de la ley* (1992) y en *Derecho, Moral y Política* (1994).

4.2 Los distintos conceptos de norma jurídica de acuerdo con Nino.

Como el contexto necesario para comprender el problema acerca de si las normas jurídicas expresan o no razones operativas autónomas para justificar acciones o decisiones es el contexto del razonamiento práctico, como he anunciado, comenzaré presentando un sencillo ejemplo de razonamiento jurídico justificativo -el del destinatario de una prescripción jurídica- ofrecido por nuestro autor con este mismo propósito.

El razonamiento jurídico justificativo puede presentarse como una especie de razonamiento práctico; además, para proceder a la reconstrucción de un razonamiento judicial, lo primero que uno ha de tener en cuenta es que los actos de los jueces suelen afectar a intereses ajenos a los propios, entrando, por lo tanto, en una esfera en la que las razones morales desplazan a las prudenciales en cuanto a su capacidad justificativa.

A partir de este hecho, Nino reconstruye la estructura de un razonamiento judicial. Este podría aparecer así¹⁵¹:

- 1) Se debe obedecer a quien ha sido elegido democráticamente para legislar.
- 2) El legislador L ha sido elegido democráticamente.

¹⁵¹ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 139.

- 3) L ha dictado una norma jurídica que estipula 'el que mata a otro debe ser penado'.
- 4) Debe pensarse a quienes matan a otro.
- 5) Juan mató a alguien.
- 6) Se debe penar a Juan”.

Según escribe Nino, la primera proposición es un juicio normativo puro, una subclase (en cuanto que referida a la organización de una comunidad política) de juicio moral. La tercera proposición es un juicio constataivo de una prescripción: la emisión de una prescripción –o dictado de una norma, en este caso- es un hecho. La premisa que refleja un juicio constataivo de una prescripción es una premisa meramente descriptiva. Por último, el cuarto juicio es denominado por Nino, juicio normativo de adhesión. A veces hablamos de normas jurídicas como juicios normativos puros, esto es el caso de los juicios como el primero que señalan que es justo o debido moralmente obedecer a una autoridad democrática; a veces hablamos de normas jurídicas como prescripciones y en otras ocasiones de normas jurídicas como juicios de valor o juicios de adhesión normativa¹⁵².

La expresión norma jurídica es utilizada, pues, con sentidos muy diferentes según los contextos en los que aparece. De forma más sistemática Nino identifica los siguientes¹⁵³:

- a) Norma jurídica como regularidad de conductas y actitudes, esto es como práctica social¹⁵⁴. Así, cuando hablamos de normas jurídicas en este sentido, estamos haciendo referencia a las normas como hechos sociales, como fenómenos históricos. Las normas como hechos sociales nacen en un tiempo y

¹⁵² Estos últimos son los que en la terminología de Bayón se denominan 'juicios de deber dependientes de la existencia de reglas jurídicas'. Bayón Mohino, J.C., *La normatividad del Derecho*, págs. 314-315.

¹⁵³ Nino, C.S, *La validez del Derecho*, *op.cit.*, págs. 134 -137, y *Derecho, Moral y Política*, *op.cit.*, págs. 111-127.

¹⁵⁴ Cfr. Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, *op.cit.*

su existencia se prolonga durante un lapso. Este sentido apunta al aspecto externo de las normas.

b) Norma jurídica como un acto lingüístico, esto es, como prescripción (concepción pragmática). En este sentido, la norma jurídica consiste en un acto lingüístico de un tipo particular. El acto consiste en expresar la intención de que otro individuo haga algo teniendo en cuenta la expresión de esa intención. Aquí, siguiendo a Alchourrón y Bulygin¹⁵⁵, Nino señala que existen diversas posibilidades y, entre ellas, las que a los efectos interesan son las dos siguientes:

1) La que considera que la norma jurídica está constituida por la mera expresión lingüística. 2) La que considera que la norma sólo se completa con la recepción de la expresión por sus destinatarios. En este sentido, al margen de algunas diferencias relevantes, las normas se asemejan a las órdenes. En *Derecho, moral y política*, Nino se refiere a esto mismo hablando del sentido de normas como prescripciones. En efecto, la prescripción es un acto lingüístico que consiste en formular un juicio normativo al que el destinatario se adhiere. Cuando las normas jurídicas son identificadas con las órdenes o directivas de legisladores u otros órganos del Estado, estas “son actos de prescribir juicios normativos”¹⁵⁶. Lo que forma parte del razonamiento del destinatario no es, sin embargo, la prescripción emitida por el sujeto competente, ya que tal prescripción es un hecho que transcurrió en un tiempo pasado, sino una proposición que constata el hecho de que tal prescripción fue formulada. Nino apunta que una norma jurídica puede, entonces, identificarse con actos constatativos de prescripciones

¹⁵⁵ Alchourrón, C.E. y Bulygin, E., *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia, Universidad de Carabobo, (1980).

¹⁵⁶ Nino, C.S. *Derecho, Moral y Política, op.cit.*, pág.114. Este es -escribe Nino- el sentido en el que especialmente en sus últimas obras Kelsen hablaba de normas jurídicas, esto es normas jurídicas no como juicios de deber ser sino como “actos de voluntad”, Nino, C.S., *op.cit.* pág. 114. Además, este es el sentido de norma jurídica que, como veremos, las presenta como entidades diferentes a los juicios morales.

(en el ejemplo anterior, este sentido de norma jurídica correspondería con la segunda premisa que establece "L ha dictado una norma jurídica que estipula 'el que mata a otro debe ser penado'"). El juicio constataivo de una prescripción es un juicio fáctico. Este último sentido de norma jurídica (como juicio constataivo de una prescripción) ha de ser incluido en el sentido (d), es decir, normas jurídicas identificadas con cierto tipo de juicios o proposiciones.

c) Norma jurídica como serie de signos lingüísticos, generalmente de tipo gráfico. A este sentido de norma se refieren los juristas cuando afirman que una norma es la misma aunque su interpretación judicial haya variado y que, en cambio, se trata de una nueva norma si se modificó la formulación lingüística, aunque esta tenga el mismo significado que la anterior. (concepción sintáctica)

d) Norma jurídica como juicio o enunciado que constituye el significado de tales grafismos o el contenido del acto lingüístico o de las actitudes críticas que forman parte de una práctica social y que predica de una acción que debe, no debe o puede hacerse. En este sentido, escribe Nino, una norma no nace, perdura o muere, no tiene autor y no puede tener distintos significados o interpretaciones. (Este es el sentido de norma al que se refiere la concepción hilética). Es, precisamente, éste el sentido de norma jurídica que Nino considera que ha de ser explorado con más detenimiento para tratar de dar respuesta a la pregunta acerca de si las normas jurídicas expresan o no razones operativas autónomas para justificar acciones o decisiones como las judiciales. En *Derecho, Moral y política*¹⁵⁷ dentro de esta categoría, Nino distingue:

¹⁵⁷ Nino, C.S, *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 117 y ss.

d.1) Enunciados constatativos de prescripciones (sería un enunciado del tipo: "El legislador ha prescrito 'debe sancionarse a aquel que no pague sus impuestos'"). Como he apuntado unos párrafos más arriba, en este sentido de norma jurídica, estas son juicios meramente fácticos. La verdad o falsedad de las proposiciones constatativas depende de que se hayan pronunciado determinadas palabras y de que esto se haya hecho con la intención correspondiente y que las palabras y la intención correspondan al juicio normativo que se dice prescrito o que haya convenciones apropiadas para la asignación de esa intención. La interpretación no se agota en la descripción de los hechos, sino que depende de ciertos criterios normativos de interpretación que el destinatario debe adoptar según razones morales o prudenciales.

d.2) Los juicios normativos puros. Son aceptados independientemente de las circunstancias de su formulación o de las consecuencias de su aceptación. Los juicios normativos puros son proposiciones que predicen que una conducta es debida, permitida o prohibida y pueden ser verdaderos o falsos (el juicio de que todos debemos abstenernos de matar es verdadero si y sólo si todos debemos abstenernos de matar). No debemos afirmar un juicio normativo si no creemos que es verdadero y que hay razones a favor de su veracidad; esas razones no pueden consistir en el hecho de que alguien haya formulado el juicio en cuestión, aunque tal hecho, a veces, puede funcionar como indicio epistémico para suponer que es probable que esa persona tenga razones para formular el juicio normativo. Entre los juicios normativos Nino cita: los juicios morales, los juicios prudenciales.

d.2.1) Los juicios morales puros. Entre estos identifica cierto tipo de juicios a los que también se refiere uno de los sentidos de norma jurídica (en este sentido puede hablarse de juicios normativos puros jurídicos); tal sería el caso, apunta nuestro autor, de un juicio intersubjetivo de moral, que se refiere a la forma en que debe organizarse y emplearse el cuasimonopolio de la coacción que se constituye en un grupo social¹⁵⁸. Estos juicios normativos puros son los que se aceptan desde el punto de vista interno. Es importante señalar que el carácter moral de este tipo de juicio intersubjetivo es lo que permite, en última instancia, que un determinado tipo de razonamiento práctico que va a afectar los intereses de terceros, aparezca justificado. Los juicios normativos de la moral intersubjetiva tienen como razones principios acerca de los intereses subjetivos de todas las personas. Aunque Nino no lo señala en *Derecho, Moral y Política*, creo que, si tenemos en cuenta su trabajo "Los derechos morales",¹⁵⁹ podemos decir que hay un sentido de norma jurídica que se identifica con estos: me refiero a las normas jurídicas que reconocen los derechos fundamentales. Una tercera categoría dentro de este tipo de juicios normativos puros estaría formada por los juicios normativos de moral personal que se refieren a un tipo de intereses objetivos de cada persona.

En el caso del razonamiento jurídico escribe Nino que podemos citar como ejemplo de juicio normativo puro moral un juicio como el siguiente: "Es

¹⁵⁸ Algunos autores, entre los que Nino cuenta a Carrió, se resisten a integrar un juicio de este tipo con el resto de los principios morales. Para ellos ese juicio justificativo básico de las prescripciones positivas – como pudimos ver en el último punto del capítulo II de este trabajo- no debe ser confundido con aquellos principios morales y debe ser distinguido como un juicio estrictamente jurídico. Nino, C.S., *La validez del Derecho, op.cit.*, pág. 220.

¹⁵⁹ Nino, C.S., "Sobre los derechos morales", *Doxa*, nº, 7, (1990), págs. 311-325.

justo o debido moralmente obedecer a la autoridad L (p.ej. porque es democrática)¹⁶⁰.

d.2.2) Los juicios prudenciales. Se caracterizan porque vienen implicados a partir de principios acerca de los intereses subjetivos de una persona. Como ejemplo de un juicio normativo puro de naturaleza prudencial, Nino escribe: “Me conviene o es debido, prudencialmente, obedecer a la autoridad L (porque, de lo contrario, seré sancionado)”. Creo, sin embargo, que si tenemos en cuenta que lo que caracteriza a los juicios normativos puros (del tipo que sea) es el que son aceptados al margen de las circunstancias de su formulación y de las consecuencias de su aceptación, el correspondiente juicio normativo puro de naturaleza prudencial no sería el que Nino pone como ejemplo, sino otro que dijera: "Debo evitar ser sancionado".

d.3) Juicios normativos de adhesión, categóricos e hipotéticos.

Los juicios normativos de adhesión derivan de juicios normativos puros (morales o prudenciales) que, como hemos visto, legitiman al autor de la prescripción relevante de juicios normativos puros a los que se acude también para interpretar tales prescripciones y de juicios constatativos de prescripciones. Los juicios normativos de adhesión son verdaderos o falsos en la medida en que vengan respaldados por juicios morales que, a su vez, derivan de razones operativas para la acción (principios morales) y de la verdad del juicio constatativo de una prescripción (razón auxiliar) que media en esa derivación y la corrección de la deducción a partir de tales juicios.

¹⁶⁰ Nino, C.S., *Derecho, moral y política*, ed. Ariel, (1994), pág. 122.

Una misma acción puede ser debida de acuerdo a un juicio normativo puro y no de acuerdo a un juicio normativo de adhesión, aunque éste se funde en un juicio normativo puro que pertenezca al mismo sistema del anterior juicio normativo puro (p.ej. moral). Es este el conflicto que puede darse entre un principio moral que establece la legitimidad de una autoridad y el deber de obediencia y otro que establece un principio moral sustantivo.

Las normas jurídicas como juicios normativos de adhesión (normas jurídico-morales¹⁶¹) aparecen en el discurso práctico judicial tanto en el caso de los abogados y litigantes que reclaman una cierta solución para el conflicto, como en el caso de los jueces que deben justificar su decisión. Pero, también, en el contexto del discurso de los juristas teóricos en el modelo de 'ciencia' del Derecho propuesto por Nino (y que de forma no manifiesta ha llevado a cabo la dogmática¹⁶²) en el que los juristas no se limitan a describir las prescripciones formuladas sino que tienen, como tarea central, la de proponer soluciones a los jueces y otros agentes jurídicos, aparece este sentido de norma jurídica. Los primeros constituyen juicios de adhesión normativa categóricos y los segundos juicios de adhesión normativa hipotéticos (éste sería el sentido que manejaría Kelsen en su teoría pura).

La diferencia entre unos y otros estaría -escribe Nino- en la actitud proposicional respecto del juicio normativo puro del que deriva el juicio de adhesión en cuestión. Ese juicio sólo es supuesto como hipótesis. La aceptación hipotética de un juicio normativo no es pragmáticamente incompatible con la

¹⁶¹ Nino, C.S., "Sobre los derechos morales", *op.cit.*, pág. 322.

¹⁶² Nino, C.S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, (1974).

realización de la acción opuesta a la que el juicio califica como debida¹⁶³. Los juicios hipotéticos de adhesión son juicios normativos pero vaciados de su dimensión pragmática, ya que el que deriven de un juicio normativo puro aceptado sólo hipotéticamente neutraliza el compromiso práctico justificativo. Y, por lo tanto, no sirven de razones para justificar acciones o decisiones. Nino, sin embargo, cuestiona que el discurso relevante de la ciencia jurídica sea meramente normativo hipotético a partir de la aceptación dogmática de ciertas normas jurídicas; y muchos menos, sólo descriptivo¹⁶⁴.

Como veremos después con detalle, según nuestro autor, sólo cuando manejamos el último sentido de norma jurídica (concepción hilética, o norma jurídica como contenido o significado) tiene sentido decir, aunque con determinados matices y calificaciones de las que me ocuparé más adelante, que éstas son razones operativas para justificar una acción o decisión. Afirmar esto, sin embargo, no significa que sólo las normas jurídicas entendidas en el último de los sentidos constituyan razones para justificar una acción o decisión en el análisis que hace Nino (aunque, es cierto, en los otros sentidos no son razones completas). También en los otros sentidos las normas jurídicas son relevantes para reconstruir, en sus peculiaridades, el razonamiento jurídico práctico de los sujetos.

4.3 Las normas jurídicas como razones para actuar.

4.3.1 Las normas jurídicas como razones para actuar en la concepción de Raz¹⁶⁵.

¹⁶³Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 127.

¹⁶⁴Nino, C.S., *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica*, op.cit., págs. 91-109.

¹⁶⁵Raz, J. *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, (1991). Para la elaboración de este apartado he tenido presente la exposición y análisis que de Raz hacen Redondo, C. en *La noción de*

A continuación paso a dar cuenta de los elementos más sobresalientes del análisis de Raz a los efectos de poder entender después el análisis que Nino hace utilizando el instrumental raziano, así como la crítica que Nino dirige a la concepción de Raz acerca de las normas jurídicas.

La tesis de Raz sobre la estructura de los razonamientos prácticos se basa en la distinción entre dos niveles de la deliberación práctica:¹⁶⁶ (1) Un primer nivel más elemental de razonamiento en el que se tomarían en consideración exclusivamente razones de primer orden. Estas, en el análisis de Raz pueden ser bien razones operativas o bien razones auxiliares. Veamos esto a partir de un ejemplo:

"Yo deseo ayudar a mi amigo;

Prestar mi casa a mi amigo es una forma de ayudarle;

Por consiguiente, tengo una razón para prestar mi casa a mi amigo".

Pues bien, mi deseo de ayudar a mi amigo es una razón operativa. En el análisis de Raz, los deseos (en el sentido de deseo espontáneo¹⁶⁷), los intereses y los valores constituyen este tipo de razones. Una razón operativa es aquella cuya creencia en su existencia implica tener una actitud crítica práctica. Tal actitud no es necesariamente una actitud de aprobación o desaprobación moral. Sólo cuando la razón para la acción es una razón moral la actitud crítica asume un carácter moral. Las razones que no son operativas son razones auxiliares. Las razones auxiliares juegan diversos papeles en el razonamiento práctico. Raz señala dos que a los efectos interesan (las razones

razón para la acción en el análisis jurídico, op.cit., págs. 169-177 y Ródenas, A. en *Sobre la justificación de la autoridad*, Centro de Estudios Constitucionales, (1996), págs. 144-158. Aquí no entro a considerar elementos de sus respectivos análisis, sino que sólo tomo la interpretación de Raz que me permite, después, arrojar luz sobre el modelo de Nino.

¹⁶⁶ El propio Raz advierte al comienzo de su mencionado trabajo que su propósito al introducir algunas distinciones relativas a las razones para la acción no es realizar un análisis en profundidad de la estructura de los razonamientos prácticos, sino tratar de relacionar las normas y el Derecho con las razones. Raz, J., *op.cit.*, pág.17.

¹⁶⁷ Raz, J., *op.cit.*, pág. 38.

identificadoras y las razones que afectan a la fuerza¹⁶⁸). Aquí nos interesan las de primer tipo, las que Raz denomina razones identificadoras porque su función es ayudar a identificar el acto que hay razón para realizar y, de alguna forma, transmite la fuerza de la razón operativa al acto particular de p.ej prestar mi casa a mi amigo.

Pero -como señala Ródenas al ocuparse de este análisis de Raz- las cosas suelen presentarse de forma más complicada. Imaginemos que otro amigo que también necesita alojamiento me pide que no le deje mi casa al primero, sino a él. Su ruego constituirá una razón que yo deberé sopesar con la razón que yo tenía para prestárselo. Los conflictos entre razones de primer orden se resuelven por medio de la fuerza relativa de las razones en conflicto. Raz formula lo que se considera generalmente como el principio más elemental de la racionalidad práctica: "Es siempre el caso que se debe, todas las cosas consideradas, hacer lo que se debe hacer sobre la base del balance de razones"¹⁶⁹. Pero, según el análisis de Raz, la complejidad de la racionalidad práctica no se agota en este nivel. Es preciso reparar en la existencia de un segundo nivel de deliberación. Este, nos dice Raz, resulta fundamental para explicar el papel que tienen las reglas en el razonamiento práctico¹⁷⁰. Imaginemos que ante la ansiedad que me crea encontrarme en tales situaciones, adopto la regla de dejar mi casa al primero de mis amigos que me lo solicite. Según Raz, salvo excepciones, adoptar una regla como la anterior supone dejar de tomar en consideración todos los factores relevantes para juzgar los méritos del caso. No se tienen en cuenta tales factores porque se acepta una razón excluyente para guiar la conducta en ciertos supuestos. Pues bien, según Raz, los

¹⁶⁸ Respecto a estas, Raz escribe: "Las razones que afectan a la fuerza (o al peso) son importantes únicamente en situaciones de conflicto y su función es ayudar a determinar qué razón tiene más peso. Yo deseo ayudar a Jim. Hay dos cosas, cada una de las cuales puedo hacer y que ayudarán a Jim, pero sólo puedo hacer una de ellas. Lo que necesito es conocimiento de los hechos que afectan a la fuerza, los cuales me permitirán determinar qué hacer", Raz, J., *op.cit.*, pág.39.

¹⁶⁹ Raz, J., *op.cit.*, pág. 41.

¹⁷⁰ Raz, J., *op.cit.*, págs. 41-44.

conflictos entre una razón de primer orden y una razón excluyente no se resuelven en virtud de la fuerza de las razones en competencia, sino mediante un principio general del razonamiento práctico que determina que las razones excluyentes -dentro de su alcance- prevalecen siempre cuando están en conflicto con razones de primer orden¹⁷¹. Raz formula entonces el segundo principio de racionalidad: "No se debe actuar sobre la base del balance de razones si las razones que inclinan el balance son excluidas por una razón excluyente no derrotada". Esto, a su vez, implica un cambio en el primer principio antes enunciado. Este deberá ser sustituido por: "Es siempre el caso que se debe, todas las cosas consideradas, actuar por una razón no derrotada"¹⁷². La idea de Raz es pues que tener una regla consiste en "haber decidido por adelantado qué hacer. Cuando se presenta la ocasión para la acción no se ha de considerar el asunto, pues la decisión ya está tomada". La regla se toma no meramente como una razón para realizar la acción normada, sino, también, como una razón que resuelve conflictos prácticos excluyendo razones en conflicto.

Detengámonos aquí: en la concepción de Raz la razón excluyente no está constituida por la norma (en sentido hilético), sino por el hecho de que una autoridad la promulga. Es precisamente ese origen autoritativo el que da carácter excluyente a las normas jurídicas¹⁷³. Por otra parte, las normas, (esta vez sí, en sentido hilético), califican deónticamente conductas. Por lo demás, antes de pasar a ver la caracterización de Raz de las normas jurídicas en términos de razones para la acción, es preciso señalar que Raz maneja una noción de razón en el sentido de razón justificativa y sustantiva (no en el sentido de razón-premisa)¹⁷⁴. La explicación del uso común del lenguaje normativo

¹⁷¹ Raz, J., *op.cit.*, págs. 45-52, Ródenas, A., *op.cit.*, págs. 148, nota 9.

¹⁷² Raz, J., *op.cit.*, pág. 45.

¹⁷³ Redondo, C., *op.cit.*, pág. 175. Redondo, además, que el carácter de razón excluyente no sólo corresponde a las normas dictadas por autoridades legítimas. La propuesta conceptual de Raz introduce este rasgo en la definición de las normas jurídicas, si bien no todas ellas son válidas.

¹⁷⁴ Redondo, C., *op.cit.*, pág. 171.

ha de encontrarse en las creencias (justificadas o injustificadas) de quienes usan ese lenguaje. Nos dice Raz que las reglas jurídicas pueden ser razones válidas para la acción o pueden no serlo; aunque esto es irrelevante para la explicación del uso del lenguaje normativo en un contexto jurídico¹⁷⁵

En la concepción de Raz, las directivas autoritativas (las normas jurídicas de mandato) son analizadas en términos de razones protegidas. Entre los casos que, según Raz¹⁷⁶, pueden constituir razones válidas para la acción, además de ejemplos como aquellas situaciones en las que la necesidad de ahorrar tiempo, trabajo o preocupación constituyen razones excluyentes justificadas en los que se debe aplicar el segundo principio de razonamiento ("No se debe actuar sobre la base del balance de razones si las razones que inclinan el balance son excluidas por una razón excluyente no derrotada"), se encuentran las normas jurídicas. Las normas jurídicas constituyen este tipo de razones cuando son válidas. Pero aún en aquellos casos en que no lo son, su existencia como normas debe analizarse en términos de razones para la acción. Como escribe Redondo, interpretando a Raz "esto significa que, aún cuando las autoridades se equivoquen y, por tanto, las disposiciones jurídicas no estén justificadas, ellas igualmente son vistas como razones justificativas, desde la perspectiva de los sujetos que creen en ellas. Las reglas, aún cuando no sean válidas, siempre funcionan como

¹⁷⁵ Raz, J., *op.cit.*, pág. 198. Aunque Cristina Redondo considera que en este aspecto de su obra el enfoque de Raz es diferente del de Nino, yo no estoy tan segura (luego volveré sobre este punto de esta diferencia entre los dos autores). Es cierto que, como escribe Redondo, en opinión de Nino, el hecho de que las disposiciones jurídicas no sean razones válidas las priva de carácter normativo. Y es cierto también que Raz, como hemos visto, habla de que es posible explicar la normatividad de las disposiciones jurídicas ya sea porque constituyen razones válidas, o porque los aceptantes creen que son razones válidas. Pero creo que lo único que sucede es que en lo que Nino está interesado es en el aspecto justificativo del Derecho, mientras que Raz, desde la perspectiva externa, está explicando como opera el Derecho en el razonamiento justificativo de una comunidad; de ahí que Nino insista en la necesidad de que las normas jurídicas sean válidas para que tengan carácter normativo y constituyan razones para la acción, mientras que a Raz le basta con decir que los miembros aceptantes (concretamente, los jueces; Raz nos dice: "los jueces, actuando como jueces, actúan sobre la base de la creencia de que las disposiciones jurídicas son razones válidas para la acción", *op.cit.*, pág. 199) de la comunidad en cuestión creen que son razones válidas.

¹⁷⁶ Como apunté antes, el objetivo de Raz no es ofrecer una teoría sustantiva de las razones; con lo cual su exposición de razones excluyentes válidas no pretende ser exhaustiva de los distintos supuestos, sino sólo mostrar que hay, al menos, algunas razones excluyentes válidas.

razones, 'por su propia naturaleza. Consecuentemente, si se pretende comprender en qué consiste una directiva dictada por una autoridad, es necesario tener en cuenta ese rasgo"¹⁷⁷. En la concepción de Raz, el carácter de razón excluyente es una nota definitoria de toda regla. Sólo que no todas las reglas son razones válidas; i.e. no todas provienen de autoridades legítimas¹⁷⁸. Además, en esta concepción, las directivas dictadas por una autoridad poseen siempre un valor positivo de racionalidad, puesto que maximizan la posibilidad de adecuación con las razones existentes. Este valor se sustenta en el carácter experto de las autoridades normativas y justifica la probabilidad de que ellas no se equivoquen. Este valor, sin embargo, se pierde cuando las autoridades se equivocan y si se admite que una autoridad ha errado, no puede esgrimirse la probabilidad de acierto como fundamento del deber de obediencia¹⁷⁹.

4.3.2 Las normas jurídicas como razones para actuar en la concepción de Nino.

4.3.2.1 Juicios de valor vs. normas jurídicas como prescripciones. La presuposición de razones y la constitución de razones para la acción.

Presentaré en este subapartado un análisis que lleva a Nino a defender la distinta naturaleza que en el razonamiento práctico tienen los juicios de valor por un lado, y las normas jurídicas por otro. Después de haber señalado como hice al principio de este punto la pluralidad de conceptos de norma jurídica que, según sabemos por Nino, manejamos en el razonamiento jurídico justificativo, es preciso hacer constar que esta parte del análisis de Nino en el que, como veremos, dibuja su postura a partir de una serie de observaciones críticas a la concepción prescriptivista de Hare acerca de los

¹⁷⁷ Redondo, C., *op.cit.*, pág. 173. Raz, J., *op.cit.*, pág. 239.

¹⁷⁸ Redondo, C., *op.cit.*, pág. 174, nota n° 56.

¹⁷⁹ Redondo, C., *op.cit.*, pág. 174, nota n° 58.

juicios de valor, no se comprendería si no comenzara aquí señalando que aunque Nino se refiere a normas jurídicas sin matizar y señala que éstas, a diferencia de los juicios de valor, no evocan razones para la acción sino que las crean, está pensando en el sentido de normas jurídicas como prescripciones o directivas de una autoridad. Es decir, como veremos, las normas jurídicas entendidas como prescripciones pretenden crear razones para la acción.

a) Juicios de valor y presuposición de razones.

Nino utiliza la expresión juicio de valor para referirse a (1) los juicios normativos puros (como son los juicios morales y los juicios prudenciales) y a (2) a los juicios normativos de adhesión o normas jurídico-morales (estos son los que, como he señalado antes, en la terminología de Bayón se denominan 'juicios de deber dependientes de la existencia de reglas jurídicas')¹⁸⁰.

Entonces, cuando Nino opone juicios de valor y normas jurídicas, esto, como he apuntado, sólo puede entenderse si consideramos que Nino no está pensando en un sentido de norma jurídica como juicios de adhesión normativa sino de norma jurídica como prescripción¹⁸¹.

¹⁸⁰ Cuando se habla de normas en este sentido se está suscribiendo la concepción hilética o semántica acerca de las normas jurídicas; según ésta, la norma es el significado de una sentencia normativa, en el mismo sentido en que las proposiciones son el significado de una sentencia descriptiva. Los partidarios de la concepción hilética entienden norma con el significado de norma-sentido. González Lagier, D., *Acción y norma en G.H.Von Wright*, Centro de Estudios Constitucionales, (1995), pág. 346-348. Navarro, P.E., *La Eficacia del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, (1990), pag. 32. Para la concepción hilética la existencia de las normas es independiente del lenguaje, aunque pueden ser expresadas por medio de éste y, por tanto, "hay normas que no han sido formuladas (aún) en ningún lenguaje y que tal vez no serán formuladas nunca. Una norma es, en esta concepción, una entidad abstracta, puramente conceptual", Alchourrón, C. y Bulygin, E. "La concepción expresiva de las normas", en *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1991).

¹⁸¹ Como señalan M. Atienza y J. Ruiz Manero en *Las piezas del Derecho*, es raro que Nino, tan consciente de la necesidad de acuñar distintos sentidos de norma jurídica, no se diera cuenta de que su divergencia con Hare parece deberse a un enredo terminológico; al margen de esto, sin embargo, como vamos a ver, el análisis que hace a partir de esa aparente divergencia es extremadamente iluminador para la comprensión del razonamiento jurídico justificativo. Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del Derecho*, op.cit., pág. 133, nota 8.

Pues bien, a partir de esta precisión, veamos la caracterización que hace Nino de los juicios de valor. A diferencia de algunas teorías metaéticas que consideran los juicios de valor como expresiones de emociones, y prescripciones, etc., Nino, tras analizar el papel que desempeñan los juicios de valor en el discurso práctico, llega a la conclusión de que tales juicios tienen naturaleza descriptiva, ya que presuponen la existencia de razones para la acción. Nino comienza su análisis acerca de la naturaleza de los juicios de valor a partir del análisis crítico de la concepción prescriptivista de Hare de los juicios valorativos¹⁸². Según la lectura que hace Nino de Hare, para esta concepción, el significado de un juicio de valor no hace referencia a ningún hecho sino que pretenden dirigir la conducta por sí mismos, sin necesidad de invocar razones preexistentes. Según esto, los juicios de valor no pueden ser ni verdaderos ni falsos. Concretamente, la teoría prescriptivista de Hare establece una asociación entre los juicios de valor y los imperativos. Hare considera que tanto los juicios de valor como los imperativos aunque no comparten los mismos rasgos, pertenecen a la clase general del lenguaje prescriptivo¹⁸³. Según su teoría, de todo juicio de valor se deduce un imperativo¹⁸⁴ y órdenes y mandatos son casos paradigmáticos de imperativos. Hare propone incluso el término *command*¹⁸⁵ para referirse en forma general a los imperativos acerca de los que le interesa discutir en relación con los juicios de valor¹⁸⁶.

¹⁸² Hare, R.M., *The Language of Morals*, Oxford, Clarendon Press, (1972).

¹⁸³ Hare, R.M., *The Language of Morals*, pág. 3, Oxford, Clarendon Press, (1972).

¹⁸⁴ Hare, R.M., *The Language of Morals*, pág. 168-169.

¹⁸⁵ Aunque Hare considera que es una simplificación excesiva a los efectos de su trabajo *The Language of Morals* opta por usar el término 'command' [orden, mandato] para hacer referencia a todo el tipo de cosas que los enunciados en el modo imperativo expresan y traza sólo unas cuantas distinciones dentro de la clase de 'commands'. "Los lógicos han dedicado esfuerzo a mostrar que los enunciados indicativos pueden tener carácter lógico muy diferente y que clasificarlos a todos bajo el rotulo de "enunciados" puede inducir a error si nos hace ignorar las importantes diferencias entre ellos. [...] Hay un tipo de enunciado indicativo, el que expresa juicios de valor, que se comporta desde un punto de vista lógico de una forma muy distinta a los enunciados indicativos ordinarios. De la misma forma, los imperativos son un grupo heterogéneo. Entre los enunciados en el modo indicativo podemos encontrar muy diversos tipos de pronunciamientos [utterances]. Podemos encontrar desde órdenes militares, especificaciones arquitectónicas, instrucciones para cocinar una tortilla o para poner en funcionamiento aspiradores,

En opinión de nuestro autor, pese a la asociación que se hace entre reglas jurídicas (como prescripciones), órdenes y juicios de valor, el papel que cada uno de ellos juega en nuestro discurso práctico es muy diferente. Concretamente, aquí, las diferencias que interesa señalar son las que se dan en cuanto a rasgos y papel que juegan en el discurso práctico las normas jurídicas (como prescripciones) y las órdenes, por un lado, y los juicios de valor, por otro.

Los juicios de valor tienen las características de superveniencia (como vimos, esto se refiere a que las propiedades y relaciones que determinan los casos relevantes deben ser de índole fáctica, de modo que las circunstancias que condicionan las diferentes soluciones normativas sean susceptibles de verificación por parte de todos) y de universalidad (el que formula un juicio valorativo, o asiente seriamente a él, está comprometido a extenderlo a todas las situaciones que presentan las propiedades que son relevantes para el juicio valorativo en cuestión). Estos dos rasgos de los juicios valorativos están intrínsecamente relacionados con el hecho de que tales juicios necesariamente evocan razones en su apoyo: tales razones consisten en los principios generales bajo los cuales es subsumible el juicio valorativo en cuestión (así, de los principios que constituyen razones para la acción, se derivan juicios valorativos). Nino está aquí siguiendo al propio Hare quien -como señala nuestro autor- relaciona juicios valorativos con principios generales: para Hare, las razones que subyacen a los juicios

consejos, peticiones, ruegos y otros innumerables tipos de enunciados [...]", [Traducción mía]. Hare, R.M, *The Language of Morals*, pág. 4.

¹⁸⁶ Hare relaciona un determinado tipo de imperativos -los enunciados imperativos universales- con los juicios de valor. Según este autor ambos tipos de enunciados comparten el rasgo -por otra parte compartido con todo enunciado universal- de la necesidad de consistencia o de no contradicción [their necessity of consistency with one another]. En este sentido señala Hare que "No puedo decir: 'Este es un buen coche, pero el que está al lado, que es exactamente igual al primero en todos sus características, no es un buen coche'. Por la misma razón, no podemos decir "Si puede ser, elige siempre un coche como éste, pero no escojas un coche como el que está a su lado, que es exactamente como este último".Hare, *op.cit*, pág. 134.

valorativos son ciertos principios generales¹⁸⁷; y, si este autor está en lo cierto, entonces -señala Nino- “todo juicio valorativo implicaría el juicio de que existe un principio general aplicable al caso”¹⁸⁸.

En opinión de Nino, sin embargo, la afirmación de Hare de que todo juicio valorativo implica un “imperativo”¹⁸⁹ resulta desconcertante. En efecto, en su opinión, resulta difícil imaginar qué puede ser un imperativo que no sea una orden, una regla, un pedido, una exhortación, un consejo, etc. Si lo que se pretende decir es que todo juicio valorativo implica una orden, pedido o exhortación, entonces, esto es, en opinión de nuestro autor, falso: “Es absurdo sostener que de todo juicio moral se puede inferir un enunciado cuya formulación esté destinada a constituir razones para actuar. La relación de implicación entre enunciados es ajena a la función que puede cumplir la formulación

¹⁸⁷ Hare en *The Language of Morals* apuntaba ya este rasgo de los juicios valorativos. Aunque en la primera parte de su trabajo parte de la asunción de que los juicios valorativos, si dirigen acciones, deben, necesariamente, suponer imperativos, en un capítulo posterior examina esta asunción y trata de contestar a una posible crítica que podría ser dirigida a su teoría, tal es, si no está llevando a cabo una excesiva asimilación entre los juicios morales y los imperativos ordinarios universales. Esta, señala el propio Hare, ha sido una crítica que fue dirigida al análisis imperativista de los juicios morales pues se ha señalado que esta teoría presenta a un juicio moral como ‘No debes fumar [You ought not to smoke] (en este compartimiento)’ equivalente al imperativo universal ‘No Fumar[No Smoking]’. Y tales, claramente, no son equivalentes; aunque ambos, de acuerdo con la teoría que Hare traza, implican ‘No fume [Do not Smoke]’. “Es necesario pues señalar la diferencia entre ‘No debe fumar [You ought not to smoke]’ y ‘No fume[Not smoking]’[...]. La primera precisión que una ha de hacer ante ‘No fume [Not smoking]’ es que no es un universal, porque implícitamente se refiere a un particular; es una forma abreviada de decir ‘Nunca fume en este compartimiento’. El juicio moral ‘Usted no debe fumar en este departamento’ también hace referencia a individuos, pues el ‘usted’ y ‘este’ aparecen en él. Pero [...] el juicio moral ‘No debe fumar en este compartimiento’ debe ser hecho con algún tipo de principio moral general en mente, y su propósito debe ser o bien invocar el principio general o apuntar a una determinada instancia que presuponga su aplicación. [...]El emisor no puede negar la existencia de tal principio. Esto mismo puede decirse de otra manera: esto es, si emitimos un determinado juicio moral, siempre se nos puede pedir que demos cuenta de las razones en que nos apoyamos cuando formulamos tal juicio; las razones constituyen los principios generales bajo los cuales el principio general ha de ser subsumido. Por lo tanto, el juicio moral particular ‘No debes fumar en este compartimiento’ se apoya en un universal propiamente, aunque él, en sí mismo, no lo es. Esto no sucede con el imperativo ‘No fumes nunca en este compartimiento’. Este no invoca ningún principio general; es, en sí mismo, tan general como se requiere que sea, y no es suficientemente general como para considerarlo un universal propiamente dicho”, Hare, *The Language of Morals*, op.cit., pág. 176.

¹⁸⁸ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., págs. 117.

¹⁸⁹ Hare, p.ej., escribe: “No quiero decir que toda las sentencias de deber [ought] implican un imperativo, sino que siempre lo hacen cuando son usadas de forma evaluativa. Esta pasa a ser una verdad por definición; pues no diré que una sentencia de deber [ought] es usada de forma evaluativa, a menos que implique imperativos”, Hare, *The Language of Morals*, op.cit., pág. 164.

de esos enunciados”¹⁹⁰; según esto, el hecho de que tanto los juicios de valor como las prescripciones cumplan una función directiva no implica que de los primero se puedan extraer prescripciones puesto que las relaciones de implicación se dan entre las proposiciones, no entre las funciones. Quizá la forma de introducir algo de claridad en la teoría prescriptivista de Hare es entendiendo, como propone Bayón, que "lo que se trata de subrayar cuando se dice sin mayores matizaciones que los juicios de deber son 'una clase de prescripciones' es que sostener que algo constituye una razón para actuar no es meramente describir, constatar o caer en la cuenta de algo, sino que supone adoptar una actitud, formar o suscribir una preferencia"¹⁹¹. Pero, en cualquier caso, del hecho de que unos enunciados cumplan igualmente la función directiva no significa que no haya, como de hecho hay, diferencias importantes entre un tipo de enunciados y otros.

Que los juicios de valor se apoyan en la existencia de razones para la acción lleva a Nino a sostener que de los juicios de valor puede predicarse verdad o falsedad. Así –escribe Nino- tiene perfecto sentido decir que “es **verdad** que la pena de muerte es injusta”¹⁹²; y ello porque la emisión de un juicio de valor no crea, sino que presupone razones¹⁹³.

Conviene que nos detengamos en esta cuestión. En opinión de Nino, es importante precisar que el juicio valorativo que expresa que debe realizarse determinada conducta implica un juicio del tipo “hay razones para hacer X”, pero eso no significa que tales enunciados sean equivalentes, ya que “ las premisas ‘hay razones para q’ y ‘r contribuye a hacer q’ justifican ‘hay razones para r’ pero no justifican que ‘se debe

¹⁹⁰ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 123.

¹⁹¹ Bayón Mohino, J.C., *La normatividad del Derecho*, op.cit., pág. 312.

¹⁹² Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 114.

¹⁹³ Y esto, al margen de que sea la existencia de razones lo que determina el valor veritativo de los juicios valorativos o de que la presuposición de tales razones nos de las bases para aceptar razonablemente la validez de los juicios valorativos que formulemos. Nino, C.S., *The Ethics of human rights*, Clarendon Press (1991), pág. 59. [En esta versión de *Ética y derechos humanos*, Nino hace un análisis más profundo que en las otras ediciones de la cuestión acerca de los juicios de valor y de la corriente prescriptivista].

realizar r', mientras que, parece que todo enunciado que justificara a este último justificaría también al primer enunciado –‘hay razones para hacer r’-¹⁹⁴.

En definitiva, según el análisis de Nino, los juicios valorativos son análogos a los descriptivos y no a las órdenes y normas jurídicas (como prescripciones) puesto que cuando se formula un juicio de valor no se pretende crear razones sino llamar la atención sobre la **existencia** de tales **razones**. El que uno formule un juicio moral puede

¹⁹⁴ Nino se apartaba en este sentido del Raz de la primera edición de *Razón práctica y normas*. Éste escribía entonces: “Los enunciados de la forma ‘X debe hacer Ø’ son lógicamente equivalentes a enunciados de la forma ‘hay razón para que X haga Ø’. [...] Las premisas que justificarían derivar uno de ellos como conclusión también justificarían derivar el otro. Toda conclusión que es implicada por uno de estos enunciados es también implicada por el otro. [...] Mi afirmación parece corresponder mejor a nuestro uso de los enunciados generales de ‘debe’ que a nuestro uso de los enunciados singulares de ‘debe’. Las oraciones generales de ‘debe’ se usan a menudo para afirmar que hay un argumento concluyente, para actuar de cierta manera. Afirmer que ‘No se debe mentir’ o que ‘los soldados deben obedecer las órdenes’ no le compromete a uno con la creencia de que se debe actuar de tales formas con independencia de cuáles puedan ser las razones en conflicto. Podría sugerirse que los enunciados de ‘debe’ afirman la existencia de razones fuertes aun si no concluyentes. Pero incluso esto no es verdad para todos los casos de enunciados generales de debe. Afirmer que ‘Todo el mundo debe ver Nápoles no le compromete a uno con la creencia de que hay razones fuertes para ello[...] Los enunciados de ‘debe’ y los enunciados de ‘hay una razón’ tienen las mismas potencialidades de inferencia y difieren sólo en otros aspectos. Una de las diferencias es el hecho de que los enunciados de ‘hay una razón’ no dan lugar a la misma implicación pragmática incluso cuando se formulan en un contexto en el cual un enunciado de ‘debe’ habría creado una implicación del tipo mencionado. [...] Usamos oraciones de ‘debe’ de la forma que estamos analizando para afirmar verdades morales últimas que no dependen de ulteriores razones que les sirvan de apoyo. ‘Las personas deben ser respetadas’ podría citarse como un ejemplo de un enunciado de este género, que no puede a su vez ser justificado por ulteriores razones aunque el mismo proporciona razones para la acción. Tal opinión moral podría reconciliarse con mi explicación, sin embargo, viendo al mencionado enunciado de ‘debe’ como una conclusión (trivial) de una inferencia cuya única premisa es que el respeto hacia las personas es un valor. El valor es la razón para el enunciado de ‘debe’, el cual es, por consiguiente, lógicamente equivalente a ‘hay razón para respetar a las personas’. [...] La equivalencia lógica entre los enunciados de ‘debe’ y sus correspondientes enunciados de ‘hay razón’ es lo suficientemente completa como para que si alguien cree en uno de ellos necesariamente crea en el otro. A ambas formas de enunciado le son aplicables las mismas condiciones para la creencia. [...] Una creencia en un enunciado de ‘debe’ implica tener una cierta actitud crítica hacia la conducta correspondiente o en conflicto con el enunciado [...] Si P es un enunciado de ‘debe’ o un enunciado de ‘hay razón’, uno tiene, además de la primera actitud crítica una actitud hacia aspectos del mundo distintos de las creencias que la gente tiene. A esta actitud la llamaré, la actitud crítica práctica. [...] La actitud crítica práctica no es necesariamente la actitud de aprobación o desaprobación moral. La actitud crítica práctica se dirige a la racionalidad, fuerza de voluntad y eficacia de las personas de que se trata. Sólo cuando la razón para la acción es una razón moral, la actitud crítica asume un carácter moral”. Raz, *Razón práctica y Normas*, pág.33 y ss. En el mismo sentido que Nino escribía Bayón en su artículo “Razones y reglas: sobre el concepto de ‘razón excluyente’ de Joseph Raz”: “La afirmación, con todo, parece un tanto discutible: por un lado, no parece que esa equivalencia sea mantenible –a no ser en un sentido extraordinariamente lato de ‘deber’, que no corresponde al uso ordinario- sea cual sea sea la naturaleza de la razón operativa que se afirma que concurre (y que puede ser, pongamos por caso, el mero interés del agente); por otro, no permite dar cuenta de la diferencia que mediaría entre un acto debido y uno supererogatorio (a favor de cuya realización, ciertamente, *tiene que haber alguna razón*, pero que no por ello se reputa debido). “Razones y reglas: sobre el concepto de ‘razón excluyente’ de Joseph Raz”, *Doxa* 10, (1991), págs. 25-66, Nota pié de pág. 25 en pág. 38.

Raz, sin embargo, ya ha corregido su postura (en el sentido apuntado) en su introducción a J.Raz (ed) *Practical Reasoning* (Oxford, 1978). Cfr. postscriptum a la última edición de *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales (1991), nota pié de pág. 18.

influir en el comportamiento de la gente (en muchos casos ese es el propósito con el que se formula), pero esto es así porque esa formulación propaga la creencia de que hay razones para actuar, y **no** porque la formulación de un juicio de valor genere esas razones.

De esta forma, si los juicios valorativos (o juicios morales) implican la existencia de razones para la acción (esto es, la existencia de principios morales) entonces podemos decir que los juicios valorativos son aceptados no por la autoridad de quien los formula, sino porque uno cree que existen las razones que el juicio implica¹⁹⁵. Dicho lo anterior, Nino admite -introduciendo unas nociones de Raz- que puede haber consejos y exhortaciones morales que presuponen cierta autoridad de quien los formula y, en consecuencia, pueden generar razones pero, en este caso, la autoridad moral es análoga a la autoridad científica. Las razones que generan son, pues, razones para creer: la afirmación de un determinado juicio de valor es una razón para creer en su contenido sólo porque es una razón para creer que el hablante tiene otros fundamentos para aceptarlo¹⁹⁶.

Por lo tanto, los juicios valorativos, según escribe Nino, se caracterizan por:

- 1) Implicar un juicio acerca de la existencia de razones para realizar la acción indicada.
- 2) Su formulación por alguien en cierta ocasión no esta destinada a constituir una razón para ejecutar la acción valorada.
- 3) Se puede predicar de ellos verdad o falsedad. En efecto, señala Nino, que si se considera que la alusión a la existencia de razones se refiere a las **condiciones de**

¹⁹⁵ "Este es el rasgo de los juicios morales al que Kant denominó autonomía". Nino, C.S., *La validez del Derecho, op.cit.*, pág. 120.

¹⁹⁶ Sobre esta cuestión volveré más adelante al tratar en el punto 4 de este capítulo el valor de las normas jurídicas como razones para la acción.

verdad de un juicio valorativo entonces las anteriores características nos llevan también a sostener que de los juicios de valor podemos predicar verdad o falsedad. Incluso la versión más débil de esta tesis, esto es, si se considera que la alusión a la existencia de razones se refiere sólo a las **condiciones para sostener o aceptar** un juicio valorativo (en cuyo caso el juicio valorativo no implicaría estrictamente un juicio acerca de la existencia de razones) esto tiene relevancia respecto de la posibilidad de predicación veritativa en el discurso valorativo: si se admite que hay ciertas condiciones para aceptar un juicio valorativo, esto implica que se pueda formular juicios de segundo nivel respecto de la satisfacción de esas condiciones, y estos juicios podrían ser verdaderos o falsos¹⁹⁷.

Nino sugiere que esto último podría ser aplicable al esquema de Hare. Como he apuntado antes, Hare concibe a los juicios valorativos como prescripciones, sin perjuicio de señalar una serie de condiciones para la formulación de esas prescripciones. Esto permitiría, precisamente, –en opinión de Nino– la formulación de juicios descriptivos acerca de lo que prescribiría un “prescriptor” universal benevolente y saber cómo serían estos juicios descriptivos que son los que interesan en el discurso moral. De esta forma, aunque Nino considera desafortunada la referencia a imperativos, concluye que en el esquema de Hare podría articularse una clase de juicios valorativos –que **no** son los que él llama “entrecomillados”¹⁹⁸– que son descriptivos.

¹⁹⁷ Nino, C.S., *La validez del Derecho, op.cit.*, pág. 122. En relación con esto, hay que tener en cuenta la postura defendida por Nino en materia de filosofía moral. El constructivismo sostenido por Nino, a diferencia del realismo moral, no postula la existencia de los hechos morales, sino que tales se recrearían en una situación contrafáctica ideal a partir de una serie de condiciones formales. Cfr. Nino, C.S., *El constructivismo ético*, págs. 61-71.

¹⁹⁸ Hare se refiere con el nombre de ‘entrecomillados’ a los enunciados en los que no es el emisor el que emite el juicio de valor en cuestión sino que alude a los juicios de valor de otra gente. De ahí, claro está, el nombre que les da. Lo peculiar de este tipo de enunciados acerca de p.ej. lo bueno es que carecen de fuerza valorativa o evaluativa [no commendatory meaning at all]. Este tipo de enunciados de valor ‘entrecomillados’ tiene un valor descriptivo. El standard pasa a estar totalmente ‘osificado’. De esta forma, escribe Hare, es posible decir “Debes ir a visitar a X” queriendo emitir aquí no un juicio de valor sino simplemente emitiendo un enunciado descriptivo que señala que tal acción es requerida para conformar el comportamiento a un standard que acepta la gente en general o determinado grupo de personas. Cuando las oraciones de “deber” son usadas de esta forma, no implican un imperativo. Sólo lo

b) Normas jurídicas como prescripciones y constitución de razones.

A diferencia de los juicios de valor, lo que caracteriza a las normas jurídicas (como prescripciones; entendidas como acto lingüístico, es decir según la concepción expresiva o pragmática) y a las órdenes es que no indican la existencia de razones para actuar, sino que ellas mismas pretenden constituir parte de tales razones. En *Derecho, Moral y Política* define así las prescripciones: "Una prescripción es un acto lingüístico que consiste en formular un juicio normativo con la intención de que ese mismo acto lingüístico constituya parte de una razón del destinatario para realizar la acción normada, dado algún juicio normativo al que el destinatario se adhiere".¹⁹⁹ Además, añade Nino que el que formula la prescripción cree que el destinatario acepta, por su parte, un juicio normativo que hace relevante su propio acto lingüístico como condición de que la acción en cuestión sea debida²⁰⁰.

Siguiendo el análisis de Raz²⁰¹, Nino señala que las órdenes **no** informan acerca de la pre-existencia de ciertas razones para realizar la conducta prescrita, sino que la emisión de tal orden procura hacer aplicable una razón independiente a favor de una acción. Tal razón, además, es siempre una razón auxiliar que especifica la aplicabilidad

implican cuando son usadas de forma evaluativa. Hare señala que este tipo de uso de los juicios valorativos –esto es, entrecomillados- resulta de especial interés por dar cuenta de la lógica de los juicios morales. Hare, *The Language of Morals*, pág. 121 y ss., pág. 164 y ss. No son, sin embargo, estos juicios a los que Nino está refiriéndose cuando habla de la posibilidad de hablar en el esquema de Hare de un determinado tipo de juicios morales de naturaleza descriptiva.

¹⁹⁹ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, *op.cit.*, pág. 111.

²⁰⁰ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, *op.cit.*, pág. 113. Por lo demás, es preciso tener en cuenta que las prescripciones como actos lingüísticos no inciden en el razonamiento práctico directamente sino que lo hacen a partir de juicios constatativos de prescripciones. De esta forma, Nino escribe que "si la intención del que formuló la prescripción se satisface, lo que se puede esperar es que forme parte del razonamiento del destinatario, no esa prescripción, sino una proposición que constata el hecho de que tal prescripción fue formulada", *op.cit.*, pág. 114.

²⁰¹ Raz, J. *Autoridad y consentimiento*, en Bulygin, Farrell, Nino, Rabossi, comps., "El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió", pág. 391.

de una razón operativa, de índole moral o prudencial²⁰². De esta forma, la formulación de la orden se combina a veces con consideraciones morales que dan autoridad al emisor²⁰³; otras veces se combina con consideraciones prudenciales relacionadas, generalmente, con el deseo de eludir la materialización de cierta amenaza que acompaña a la orden. Nino cuestiona, sin embargo, la afirmación de Raz de que las órdenes y las reglas, si son válidas, constituyen un **tipo especial** de razones para actuar de segundo orden, que llama “excluyentes” (razones para no tener en cuenta otras posibles razones para no realizar una cierta acción).

Nino considera que la especificidad -a la que alude Raz- de las razones generadas por reglas y órdenes es cuestionable, y más adelante, al examinar el distinto papel que cumplen los distintos sentidos de norma jurídica sostiene que “es razonable concluir que, contrariamente a lo que han sostenido autores como Joseph Raz, las normas jurídicas no expresan razones operativas autónomas para justificar decisiones, salvo cuando ellas son identificadas con juicios morales; cuando las normas jurídicas son concebidas como prescripciones o prácticas, al igual que las órdenes y a diferencia de las expresiones emocionales, operan sobre la razón, o sea, inciden en el comportamiento a través de las razones que el destinatario pudiera eventualmente tener, pero, a diferencia de los principios valorativos [...] , no expresan por sí mismas razones operativas para actuar”²⁰⁴. De esta cuestión y de si hay, en realidad, tal diferencia entre la tesis de Raz y la de Nino, me ocuparé en el próximo apartado.

²⁰² Recuérdese que en el esquema de Raz: una razón completa está constituida por el conjunto de premisas no superfluas de un razonamiento práctico válido; una razón operativa consiste en la premisa de deber ser que en sí misma podría constituir una razón completa para alguna acción; una razón auxiliar consiste en un juicio fáctico que indica un medio para satisfacer una razón operativa. Véase Raz, *Razones prácticas y Normas*, *op.cit.*, págs. 37-39.

²⁰³ Las prescripciones -o mejor dicho, los juicios constatativos de éstas- pueden combinarse (en tanto que razones auxiliares) con razones operativas que establecen el deber de implementar y conservar instituciones legítimas o bien constituyen (si proceden de una autoridad democrática) razones para creer que existe el principio moral en ellas reflejado que es el que se constituirá como razón operativa. Sobre esto volveré más adelante.

²⁰⁴ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 143.

En cualquier caso, la conclusión de este apartado ha de ser que, según el análisis de Nino, las normas jurídicas (como prescripciones) a semejanza de las órdenes – y a diferencia de los juicios de valor- no parecen afirmar la existencia de razones para actuar, sino que su dictado está dirigido a constituir parte de una razón moral o prudencial de sus destinatarios para realizar la acción indicada.

4.3.2.2. Tipos de normas jurídicas y tipos de razones para actuar.

En este subapartado vuelvo a retomar la reconstrucción que hace Nino de un sencillo razonamiento judicial; pertrechados con los sentidos de norma jurídica apuntados al comienzo de este punto, junto con algunas nociones ya apuntadas de Raz, y el análisis de Nino sobre la diferencia entre los juicios de valor y las prescripciones como acto lingüístico que pretende constituir razones para actuar creo que podremos entender mejor las conclusiones a las que llega Nino acerca del valor que tienen en el razonamiento práctico los distintos sentidos de norma jurídica.

Recordemos los distintos sentidos de norma jurídica que son manejados según Nino en el razonamiento práctico:

- a) como prácticas o hechos sociales
- b) como actos lingüísticos de prescribir (concepción expresiva); aunque, como señalé, lo que pasa a formar parte del razonamiento práctico del destinatario de este tipo de acto lingüístico es una proposición que constata la formulación de una prescripción.
- c) como conjunto de signos lingüísticos (concepción sintáctica)

d) como juicio o significado o contenido del acto lingüístico o de las actitudes críticas que forman parte de una práctica social (concepción hilética)

Y volvamos sobre un ejemplo de razonamiento jurídico justificativo²⁰⁵:

- 1) Se debe obedecer a quien ha sido elegido democráticamente para legislar.
- 2) El legislador L ha sido elegido democráticamente.
- 3) L debe ser obedecido.
- 4) L ha dictado una norma jurídica que estipula 'el propietario que no cobra de su inquilino dos meses de alquiler tiene derecho a recuperar su inmueble'
- 5) El propietario que cobra de su inquilino dos meses de alquiler tiene derecho a recuperar su inmueble.
- 6) María (inquilina) no pago dos meses de alquiler al propietario Juan.
- 7) La demandada María debe desalojar la vivienda alquilada.

Según el análisis de Nino, los sentidos de norma como acto lingüístico y de norma como conjunto de símbolos lingüísticos (es decir, los sentidos (b) y (c)) recogen distintos tramos de la formulación de un juicio moral; la formulación de una norma entendida como acto lingüístico o conjunto de signos lingüísticos constituye una razón auxiliar respecto de ciertas razones operativas morales (o prudenciales) que cierto grupo de gente, incluyendo los jueces, pudieran tener. El sentido de norma como práctica social, es decir el sentido (a), alude al fenómeno social que resulta cuando el grupo de gente mencionado, incluyendo a los jueces, toma, efectivamente, aquella formulación en forma regular, como hecho relevante (esto es, como una razón auxiliar) para sus razones operativas de índole moral -o prudencial- y actúa en consecuencia. Por último, el sentido de norma jurídica como significado o contenido del acto lingüístico, como

²⁰⁵ A partir de Nino, C.S., "Sobre los derechos morales", *op.cit.*, págs. 317-321.

significado de los signos lingüísticos o como contenido de las actitudes críticas que forman parte de una práctica social (d) hace referencia a un juicio que, en tanto contenido de la intención con que se lleva a cabo la formulación antes mencionada, es un juicio moral ordinario (p.ej. la premisa 3, 5 y 7 del anterior razonamiento), y en tanto conclusión general intermedia que extraen los que acatan esa formulación -esto es, la norma jurídica como prescripción o práctica social- a partir de razones operativas morales (o prudenciales), es un juicio moral de adhesión normativa (p.ej. de nuevo, las premisas 3, 5 y 7)

Veamos esto último con algo más de detenimiento. Cuando nos preguntamos por el papel de estos juicios deónticos en el razonamiento práctico podríamos distinguir:

(1) Los casos en los que tales juicios son aceptados como premisas del razonamiento práctico en virtud de su contenido. En tal caso el juicio en cuestión es indistinguible de los juicios morales, ya que tal juicio deóntico estaría comportándose en el razonamiento práctico como una razón de carácter moral y reuniría los rasgos formales de universalidad, generalidad, superveniencia e integración. Pensemos en el caso de un juez que acepte y aplique la norma jurídica que establece que "el homicidio debe ser castigado con la pena de X años de prisión". Lo que sucede, como bien hace notar Nino, es que si el juez partiera en su razonamiento de ese juicio como razón operativa primitiva entonces su conducta subsiguiente no implica que esté observando lo que un legislador ha dispuesto por el hecho de que éste lo haya establecido, sino que simplemente habrá coincidencia entre su conducta y el contenido de esa norma jurídica. En definitiva, si el razonamiento práctico del juez tiene como razón última el principio moral que establece que hay que castigar a quienes matan, no estará observando una

norma jurídica; su razonamiento no será un razonamiento jurídico sino que será un razonamiento moral ordinario.²⁰⁶

(2) Los casos en los que el juicio jurídico es aceptado en virtud de su origen. Como el origen -el dictado de una autoridad- es un hecho que en sí mismo no determina la actitud de aceptación, en estos casos es preciso recurrir a un principio normativo subyacente que haga relevante ese origen para la aceptación del juicio. Volvamos al ejemplo de Nino, si el juez considera que ha de castigar a los que matan porque (entre otras cosas) el legislador así lo ha establecido, eso implica que concibe aquel juicio como una conclusión intermedia a partir de un juicio fáctico y de un principio moral, que establece el deber de obedecer a las autoridades legítimas, esto es, como un "juicio de adhesión normativa". Los juicios de adhesión normativa o -en la terminología de *Derecho, Moral y Política*- "juicios normativos de adhesión", se caracterizan, entonces, por ser enunciados de deber moral que toman como circunstancia relevante el hecho de que se ha dictado una norma jurídica. "Para que una norma sea acatada como norma jurídica, las razones que tiene el juez para tomarla en cuenta en su decisión deben ser diferentes de las razones que tuvo el legislador para dictarla. El juez desarrolla un razonamiento jurídico en la medida en que no razone como legislador".²⁰⁷

4.3.2.3 ¿Son las normas jurídicas razones autónomas para actuar?

La pregunta acerca de si las normas jurídicas expresan o no razones operativas autónomas para justificar acciones o decisiones como las judiciales es, según Nino y como apunté al comienzo de este capítulo, la pregunta central de la filosofía del Derecho.

²⁰⁶ Nino, C.S., *La validez del Derecho, op.cit.*, pág. 141.

²⁰⁷ Nino, C.S., *La validez del Derecho, op.cit.*, pág. 142.

Nino proyecta su análisis cuestionando la corrección de posturas como la de Raz. Para este último autor, como he apuntado, las normas jurídicas son un tipo especial de razones para actuar:

“Las reglas, y en general las normas de mandato, deben poder distinguirse de otras razones, con independencia de que se crea en ellas, se las siga o se las practique.[...]Una norma de mandato es, o bien una razón excluyente, o bien, más comúnmente, a la vez una razón de primer orden para realizar el acto normativo y una razón excluyente para no actuar por ciertas razones en conflicto.[...]Si la autoridad ha de justificarse por las exigencias de la coordinación debemos considerar a las manifestaciones [*utterances*] autoritativas como razones excluyentes [...] como razones para no actuar sobre la base del balance de razones tal como ellas [las personas] las perciben incluso aunque estén en lo correcto. Aceptar una autoridad sobre estos fundamentos no es actuar de forma irracional o arbitraria. La necesidad de una autoridad puede estar bien fundamentada en razones. Pero las razones son de un tipo especial. Establecen la necesidad de considerar las manifestaciones autoritativas como razones excluyentes.[...] No todas las manifestaciones autoritativas son razones excluyentes, las normas dictadas por una autoridad son razones excluyentes”²⁰⁸.

En opinión de Nino, sin embargo, la cuestión merece un análisis más complejo. No podemos simplemente sostener que “las normas jurídicas son un tipo especial de razones para actuar” como hace Raz, sino que la corrección de esta afirmación dependerá del concepto de “razón” y de “norma jurídica” que estemos manejando.

Ya he tenido ocasión de exponer el concepto de razón y la relevancia de las razones morales como razones justificativas en aquella esfera de la actuación humana que afecta intereses de terceros, también he tenido ocasión de exponer los distintos sentidos de norma jurídica que según Nino pueden ser identificados.

Pues bien, de todos aquellos sentidos, solamente cuando entendemos las normas jurídicas bien como juicios normativos puros de organización social (sería el caso de la premisa 1 del anterior razonamiento), bien como juicios morales de adhesión normativa (premisas 3, 5 y 7 del anterior razonamiento jurídico justificativo), expresan, según Nino, razones operativas autónomas para justificar decisiones que afecten a terceros.

²⁰⁸ Raz, J. *Razón práctica y Normas*, (1975 y 1990) págs. 66 y ss.

No son sin embargo razones operativas, sino sólo, razones auxiliares, las normas en el sentido de actos de prescribir, prácticas sociales etc.

Pero, en realidad, lo que está sucediendo aquí es que este sentido de norma jurídica -juicio normativo de adhesión- ya incluye el componente normativo moral. Sólo cuando apelamos al sentido de norma jurídica con este componente moral podemos hablar, según Nino, de normas jurídicas como razones operativas. A partir de aquí podemos considerar, sin embargo, que, en el fondo, la postura de Raz y la de Nino en este punto no es, como parece pensar nuestro autor, distinta puesto que, si mi lectura de Raz es correcta, cuando Raz habla de normas jurídicas como razones para la acción está pensando en las reglas jurídicas válidas entendidas, además, como juicios prácticos²⁰⁹. Me parece que esta interpretación puede verse apoyada con sus palabras:

"Lo que sucede es que las reglas -como cualquier otra razón excluyente- no son razones últimas. Una razón para no actuar por una razón siempre ha de estar justificada por consideraciones más básicas o fundamentales, de manera que en el caso de las reglas habría que distinguir entre las razones que justifican tener o aceptar una regla y la regla así justificada como razón para realizar cierta acción y para no tener en cuenta otras razones en contra de su ejecución"²¹⁰.

Parece, pues, que Raz estaría diciendo que sólo las normas jurídicas como normas válidas, esto es, como normas derivadas de un razonamiento práctico en el que las razones operativas son consideraciones más básicas o fundamentales, pueden aparecer como razones operativas de otro razonamiento en el que se procede a resolver una acción en tanto que conforme a la regla²¹¹.

Creo que en este punto, entonces, las tesis de ambos autores son, en el fondo, la misma puesto que lo sostenido por Raz equivale, en el esquema de Nino, a sostener que

²⁰⁹ Cfr. Raz, J. *Razón práctica y normas*, pág. 91 y ss.

²¹⁰ Raz, J. *Razón Práctica y Normas* (1975 y 1990), Cito por edición. en Centro de Estudios Constitucionales (1991), pág. 86. Aunque creo que la confusión de Nino puede explicarse si leemos otros párrafos del trabajo de Raz. Cfr. *Ibidem*, pág. 90.

²¹¹ En este sentido, Cfr. Bayón, J.C. *La normatividad del Derecho*, *op.cit.*, pág. 491.

las normas jurídicas sólo expresan tales razones operativas autónomas cuando son identificadas con juicios de adhesión normativa, esto es, con juicios morales²¹².

Sin embargo, cuando las normas jurídicas son concebidas como prescripciones o prácticas, al igual que las órdenes y a diferencia de las expresiones emocionales, operan sobre la razón, o sea, inciden en el comportamiento a través de las razones que el destinatario pudiera eventualmente tener, pero, a diferencia de los principios valorativos no expresan por sí mismos razones operativas para actuar.

Para concluir el análisis que hace Nino de las normas como juicios de adhesión normativa quisiera añadir una observación de la que da cuenta nuestro autor en su artículo "Las limitaciones de la teoría de Hart sobre las normas jurídicas"²¹³ con el fin de concluir este apartado planteando una cuestión que junto con la referida al principio moral que funcionaría como razón operativa en el razonamiento jurídico justificativo (esto es el que establece que "debe obedecerse a las autoridades legítimas) me permitirán pasar al siguiente y último apartado de este capítulo (en el que me ocuparé de la tesis (c) apuntada al comienzo del capítulo).

La cuestión de la que aquí me quiero ocupar es la referida a la verdad o no de la tesis que sostendría que 'nada puede ser reconocido como jurídicamente obligatorio si no es aceptado como moralmente obligatorio'. Según escribe Nino en el mencionado trabajo, esta tesis es correcta en un sentido e incorrecta en otro.

Si bien es cierto que toda obligación jurídica está fundada en alguna razón moral (como la que da legitimidad al legislador) hay casos en los que sólo surge la obligación moral cuando se dan los mismos hechos que dan lugar a la obligación jurídica (piénsese

²¹² Veáse, además, Raz, *Practical Reasons and Norms*, pág. 86; Raz escribe: "Es verdad, sin embargo, que las reglas no son razones últimas, una razón para no actuar por razones no puede ser última, debe justificarse por obra de consideraciones más básicas".

²¹³ Nino, C.S., "Las limitaciones de la teoría de Hart sobre las normas jurídicas", *Anuario de Filosofía jurídica y social*, año 1985, n° 5, ed. Abeledo-Perrot, BsAs.

en el frecuente ejemplo de la ordenación del tráfico por parte de la autoridad competente).

Por lo tanto -como señala Nino- no es siempre verdad que para que una conducta sea jurídicamente obligatoria ella deba ser moralmente obligatoria con independencia de los hechos que dan lugar a la obligación jurídica. Pero sí que es verdad -en contra de lo que sostiene Hart- que si una conducta es jurídicamente obligatoria (en un sentido normativo o justificativo) ella es moralmente obligatoria²¹⁴. De esta forma "aun cuando desde el punto de vista externo debe ser posible en principio distinguir un sistema jurídico de uno moral, desde el punto de vista interno los juicios jurídicos (justificativos) se presentan como una subclase de juicios morales y sólo son distinguibles de otros juicios morales porque, a diferencia de ellos, no derivan de juicios acerca de la legitimidad de ciertas autoridades y acerca de lo que ellas han dispuesto".²¹⁵ La posible contradicción entre un juicio de adhesión normativa (juicio jurídico justificativo) y un juicio normativo puro moral al que antes hice referencia será, en opinión de Nino, "reflejo de la inconsistencia dinámica entre algún juicio moral sustantivo y el que dispone obedecer a las autoridades que reúnen ciertas condiciones".²¹⁶

4.3.2.4 Las normas jurídicas de origen democrático como razones para creer en la existencia de razones para actuar.

"Aunque desde el punto de vista lógico las normas jurídicas sólo tienen poder justificativo en la medida en que deriven de normas morales, desde el punto de

²¹⁴ En este mismo sentido, Cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos* (1989), pág. 112.

²¹⁵ Nino, C.S., "Las limitaciones de la teoría de Hart sobre las normas jurídicas", *Anuario de Filosofía jurídica y social*, nº5, 1985, pág. 93.

²¹⁶ Nino, C.S., *op. cit.*, pág. 93.

vista epistemológico, las normas jurídicas de origen democrático sirven como indicio para determinar cuáles pueden ser las normas morales válidas"²¹⁷

En el anterior punto he dado cuenta de los diversos sentidos de norma jurídica y de cómo esos sentidos implican que las normas jurídicas, según sean entendidas, impliquen uno u otro tipo de razones para la acción.

Vimos que podemos hablar de las normas jurídicas como:

a) razones auxiliares: cuando son concebidas como prácticas sociales o juicios constataivos de prescripciones; en este caso junto con razones operativas morales (el principio moral que establece el deber de obedecer a las autoridades legítimas) darían lugar a los denominados juicios jurídicos justificativos o juicios de adhesión normativa (o, normas jurídicas, en otro sentido de éstas).

b) razones operativas: cuando con norma jurídica nos referimos precisamente al juicio de adhesión normativo apuntado. Esto es, como derivadas lógicamente de un principio moral que legitima la autoridad y un juicio constataivo de cierto hecho.

Pero las normas jurídicas también pueden verse como derivadas directamente de principios morales o incluso como reflejo de cuáles sean estos. Esto me permite presentar una importante aportación de Nino en relación con otra dimensión del papel que en el razonamiento práctico cumplen las normas jurídicas procedentes de una autoridad democrática y que permite, además, profundizar en el análisis de ese principio moral que Nino recurrentemente presenta como razón operativa primitiva en el razonamiento jurídico justificativo: el deber de obedecer a las autoridades legítimas.

Desde el punto de vista lógico las normas jurídicas sólo tienen -como hemos podido ver siguiendo el análisis de Nino- poder justificativo en la medida en que deriven de normas morales; pero hay, además, una importante dimensión de las normas

²¹⁷ Nino, C.S., *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Emecé editores, (1992), pág. 210.

jurídicas identificadas en el análisis de Nino. Según nuestro autor: las normas jurídicas procedentes de una autoridad democrática tienen un valor epistemológico especial²¹⁸.

Lo que Nino sostiene es que las normas jurídicas de origen democrático sirven como indicio para determinar cuáles pueden ser las normas morales válidas, es decir, son argumentos a favor de que hay razones para actuar. Las normas jurídicas "constituyen razones epistémicas, o sea razones por las que se cree que las normas prescritas por la autoridad democrática derivan de principios morales válidos y que constituyen argumentos que justifican decisiones"²¹⁹.

La legitimación de la autoridad democrática vendría dada por el hecho de que - en el análisis de Nino- el procedimiento democrático es un sucedáneo del discurso moral²²⁰, la autoridad democrática se presentaría al menos en principio (luego volveré sobre esta cuestión), no como una autoridad práctica sino como una autoridad teórica en materia práctica. El origen democrático de una norma nos proporcionaría -en la concepción de Nino- razones para creer que hay razones para realizar el contenido de la norma. Porque la discusión -respetando los presupuestos y reglas del discurso- favorece el acceso a la verdad moral y si tras ese debate se llegara a una conclusión unánime este reflejaría, presuntivamente, el logro de ese conocimiento compartido. Por supuesto, en el caso de la democracia como procedimiento de resolución de conflictos todos los requisitos se debilitan y con ello la presunción de reflejar la verdad moral por parte del consenso (mayoritario) alcanzado. Pero aunque sea de una forma más débil, el hecho de que las decisiones democráticas gocen de una presunción de validez moral explica por qué tenemos razones morales para cumplir con sus prescripciones: "tenemos razones para hacer aquello que tenemos razones para creer que tenemos razones para hacer"²²¹.

²¹⁸ Nino, C.S., *Un país al margen de la ley.*, op.cit., pág. 210.

²¹⁹ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 188.

²²⁰ Cfr. capítulo V de este trabajo.

²²¹ Nino, C.S., *El constructivismo ético*, op.cit., pág. 133.

Pero en la reconstrucción que hace Nino del discurso moral y de su sucedáneo, el discurso democrático, aunque la deliberación colectiva y el resultado tienen un valor epistémico superior al discurso moral monológico²²², éste también tiene valor (entre otras cosas explica el *input* de cada sujeto en la deliberación colectiva)²²³.

Entonces surge la cuestión de qué sucedería cuando nuestra reflexión individual nos indicara -acertadamente²²⁴- que el consenso alcanzado en el proceso democrático es erróneo. Aquí es preciso hacer una serie de consideraciones. Por un lado, si bien existe una presunción a favor de la justificabilidad de las decisiones democráticas -presunción que tiene más o menos fuerza según el grado en que el procedimiento se aparta de las exigencias del discurso originario- se trata de una presunción revocable a la luz de las conclusiones a que pueda llegarse en el marco del discurso moral.²²⁵ Junto con esto, sin embargo, nuestro autor llama la atención sobre un principio moral básico que todo sistema moral debe incluir, que es aquel que aconseja adoptar y cuidar del mantenimiento de aquellos procedimientos epistémicos que maximicen las posibilidades de actuación moralmente correcta. A partir de estas consideraciones, Nino concluye que, en los casos en que no sólo creamos que nuestra solución es la moralmente correcta sino que, de verdad, lo sea, lo moralmente debido será no apartarnos de la norma democrática; esta vez, la prescripción jurídica de origen democrático aparecería como un argumento auxiliar de razones operativas para actuar o decidir de un cierto modo²²⁶. El argumento sería el siguiente: si no observamos el

²²² En el capítulo IV y V de este trabajo profundizaré sobre estas cuestiones. Puede verse, además, Nino, C.S. *El constructivismo ético*, *op.cit.*, págs. 93-110.

²²³ Como en el constructivismo epistemológico de Nino lo que tiene valor epistémico es el procedimiento llevado a cabo de acuerdo con los presupuestos y reglas del discurso, un sujeto individual con una fuerte capacidad para imaginar y, además, imparcial pueda en principio por sí sólo llegar a soluciones moralmente correctas. Cfr. *El constructivismo ético*, *op.cit.*, pág. 130.

²²⁴ Escribe Nino que "ni el juez ni el súbdito pueden estar facultado a apartarse del orden jurídico cuando juzgue que éste es injusto sino, en todo caso, cuando sea injusto; ellos corren con el riesgo de sus errores de juicio", Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, (1989), págs. 405 y 407.

²²⁵ Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, *op.cit.*, pág. 403.

²²⁶ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, *op.cit.*, pág. 189.

procedimiento democrático éste acabaría por socavarse y violaríamos el principio moral que establece que tenemos que adoptar aquellos procedimientos epistémicos que maximicen la probabilidad de actuar de forma moralmente correcta. En esos casos en los que falla el carácter epistémico de las normas jurídicas democráticas debemos, aun así, considerarlas como razones auxiliares, que junto con la razón operativa que vendría constituida por el mencionado principio, constituiría una razón operativa completa -de naturaleza moral-.

Sucedo, sin embargo, que las posibilidades de deterioro de una práctica que consideramos en su conjunto justa no descansa en todos por igual. La judicatura tiene un papel mucho más comprometido en relación con el cuidado de las instituciones democráticas que los ciudadanos; eso implica, en la concepción de Nino, que el deber de la judicatura de cuidar de la práctica democrática es más fuerte que el de un ciudadano ordinario.²²⁷

La pregunta que ahora resulta de interés es en qué medida es compatible la tesis de Nino acerca de que se debe obedecer las prescripciones democráticas incluso cuando se tiene la certeza de que son moralmente incorrectas con su tesis acerca de que las autoridades democráticas no son autoridades prácticas, sino autoridades teóricas. Sobre esta cuestión se ocupa Ródenas en su trabajo *Sobre la justificación de la autoridad*²²⁸ donde señala su desconcierto ante el mantenimiento de Nino de las dos mencionadas tesis de forma conjunta (de un lado la que defiende el carácter excluyente de las normas jurídicas democráticas y, de otro, la que las caracteriza como razones para creer en la existencia de razones para la acción -esto es, la afirmación de que las autoridades

²²⁷ De esta forma -escribe Nino- "hay casos, sobre todo de desobediencia civil, en que la acción del desobediente puede estar moralmente justificada, y, en cambio no estarlo la decisión del juez de eximirlo de responsabilidad jurídica, Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, (1989), pág. 410.

²²⁸ Ródenas, A., *Sobre la justificación de la autoridad*, *op.cit.*, pág. 261-263.

democráticas no pueden considerarse autoridades prácticas, sino autoridades teóricas). Creo que puede ayudar a entender a Nino el hecho de que, como antes apunté, considera que las normas procedentes de la autoridad democrática tienen una doble dimensión: por un lado, el carácter de razones epistémicas y, por otro, el de razones sustantivas auxiliares. Lo que sucede es que, si interpreto bien sus palabras en *Derecho, moral y política*, entre estas dos dimensiones hay una relación: la segunda es suplementaria de la primera y opera, en el razonamiento práctico, en defecto de la primera. Cuando la norma jurídica en cuestión falla en su dimensión epistémica, opera el principio moral de deber de obediencia a autoridades legítimas o el, más amplio, principio que aconseja adoptar aquellos procedimientos epistémicos que maximicen la probabilidad de actuar de forma moralmente correcta. Entonces, en este segundo caso, la moral crítica pretende que se aplique la norma jurídica democrática como razón excluyente²²⁹.

²²⁹ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, *op.cit.*, pág. 180.

CAPÍTULO IV: ACERCA DE LA VALIDEZ DEL DERECHO

1. INTRODUCCIÓN.

En la Teoría del Derecho y bajo el rótulo de 'la validez del Derecho' han sido tratados generalmente diversos problemas que pese a su estrecha relación es preciso, sin embargo, distinguir. Así, la cuestión acerca de la validez del Derecho es -al menos tal y como ha sido utilizado este término en la literatura- una cuestión ambigua ya que con ella se ha hecho referencia tanto a problemas puramente descriptivos (pertenencia e identidad) -como a problemas normativos o prácticos (la vinculatoriedad o fuerza obligatoria). Pero, claro está, el mayor problema no ha sido el de la utilización de una terminología ambigua sino el que, de hecho, varias cuestiones que están en planos diversos, han sido conceptualmente vistas como algo idéntico o confundidas dando lugar, en muchas ocasiones, no sólo a espurias discusiones filosóficas sino, también, (algo que es, sin duda, más grave) a respuestas no bien fundamentadas a problemas prácticos.

Esta es la principal denuncia y contribución de Nino en el debate acerca de la validez del Derecho: Nino trata de perfilar las distintas cuestiones que bajo el rótulo de validez han sido analizadas (existencia e individualización de un sistema jurídico, pertenencia de las normas jurídicas a un sistema jurídico y validez o fuerza obligatoria de las normas jurídicas y validez o fuerza obligatoria del sistema jurídico en su conjunto) arrojando así luz sobre ellas. Esto le permitirá, como veremos, desenredar controversias, presentando, en mi opinión, un mapa conceptual mucho más claro a partir de las discusiones en torno a la norma fundamental de Kelsen y a la regla de reconocimiento hartiana y, yendo más allá de tales análisis, apuntando con claridad -con

expresa claridad- que la cuestión acerca de la validez del Derecho entendida como obligatoriedad o fuerza vinculante de sus normas nos lleva a reconstruir el fenómeno jurídico, el Derecho, como un discurso y un sistema normativo conectado con la moral: la tesis principal de Nino es que la validez jurídica está conectada, desde el punto de vista justificativo, con la validez o corrección moral.

En la mayoría de sus trabajos más importantes Nino se ocupa de problemas que directa o indirectamente reflejan la mencionada tesis; si bien es, principalmente, en *Introducción al análisis del Derecho*, en *La validez del Derecho* y en *Derecho, Moral y Política* donde su tesis quedará expresamente articulada. A lo largo de estas páginas recurriré pues, especialmente, a estos trabajos de Nino pero, también, a *Ética y derechos humanos* (diversas ediciones), a *Fundamentos de Derecho Constitucional* (1992), a *Un país al margen de la ley* (1992) y a *The Constitution of the Deliberative Democracy* (1996).

Como he apuntado, hay dos problemas centrales que han sido, muchas veces, al menos parcialmente, confundidos y tratados como uno sólo: uno es el problema descriptivo acerca de la pertenencia de una norma a un sistema jurídico o la individualización de un sistema jurídico frente a otros sistemas jurídicos; y otro es el problema normativo acerca de la fuerza vinculante u obligatoriedad de una norma jurídica o del sistema jurídico en su conjunto. Como veremos, cada uno de estos problemas aparece vinculado a una de las dimensiones de la regla de reconocimiento: la dimensión conceptual o la regla de reconocimiento como criterio de identificación (problema descriptivo) y la dimensión directiva y valorativa (problema normativo)¹. Y, en opinión de Nino, mientras que el problema de la identidad o pertenencia puede ser solucionado de forma intrasistemática, el problema acerca de la validez o fuerza

¹ Acerca de la dimensión conceptual, directiva y valorativa de la regla de reconocimiento, cfr. Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del Derecho*, ed. Ariel, (1996), pág. 154 y ss.

vinculante del sistema jurídico nos lleva, necesariamente, más allá del Derecho. Además, tratándose, como se trata en este caso, de una esfera en la que intereses de terceros están afectados, el ámbito normativo en el que nos vemos necesariamente inmersos es el de la moral.

Para abordar estas cuestiones, el esquema que me propongo seguir es el siguiente: en primer lugar, comenzaré con una serie de matices terminológicos apuntados por Nino. Como ya he señalado, en la teoría del Derecho, el término validez es ambiguo. Con él se ha hecho referencia a conceptos de naturaleza muy diversa. Nino sugiere que convendría reservar el término validez únicamente a los aspectos normativos, esto es, para hacer referencia a la fuerza obligatoria de un sistema jurídico o de una norma. En segundo lugar, me ocuparé del análisis que hace Nino de los conceptos centrales antes señalados: el de pertenencia (concepto descriptivo) y el de validez (como concepto normativo). Comenzaré aquí con la exposición de su análisis sobre la cuestión de la **pertenencia** tanto de las normas derivadas como de las normas no derivadas (esto es, de las normas supremas u originarias) de un sistema jurídico y expondré, aunque sea brevemente, las distintas propuestas de las que da cuenta nuestro autor y que han sido ofrecidas para explicar esta cuestión en la teoría del Derecho. Después me ocuparé de presentar las líneas fundamentales y las conclusiones del análisis que lleva a cabo Nino a partir del concepto kelseniano de validez. Como veremos, Nino trata de mostrar que, pese a la opinión de otros iusfilósofos, el concepto de validez de Kelsen no se aparta del concepto clásico de validez: ambos, según el análisis de nuestro autor, son conceptos normativos. La presentación del análisis que hace Nino del concepto de **validez** en Kelsen me permitirá perfilar, además, los dos problemas centrales aquí abordados (el de la pertenencia y el de la validez) y continuar con el hilo argumental que lleva a Nino a presentar el concepto de validez como un

concepto normativo puente entre el discurso jurídico y el discurso moral² y que resulta imprescindible para dar cuenta de forma plausible del fenómeno jurídico. En el último punto de este capítulo me ocuparé, entonces, del concepto de validez propuesto por Nino. Como veremos, la presentación del análisis de una serie de problemas que lleva a cabo Nino (las cuestiones acerca de la competencia originaria, la pertenencia de las normas primitivas del sistema, la validez de las normas *de facto*, el control judicial de constitucionalidad) pondrá de manifiesto que, como él sostiene, para presentar de forma plausible determinadas cuestiones es preciso dar cuenta del hecho de que ellas exceden el marco jurídico y que, además, sólo es posible responder correctamente a una serie de problemas prácticos si se reconoce que el concepto de la validez del Derecho está relacionado con la moral. Esta es su tesis de la conexión justificativa entre Derecho y moral, antes apuntada.

Si entendemos que los juicios internos de deber son necesariamente morales y que el razonamiento jurídico justificativo exige adhesión normativa a juicios morales, como ya vimos en el capítulo anterior, entonces aunque para el Derecho sea irrelevante (en el sentido de que no sanciona) las razones por las cuales los sujetos acepten o usen una determinada premisa y aunque la cadena de razones justificativas que ha de hacer explícitas el juez se termina en las fuentes del Derecho siendo irrelevante a los efectos jurídicos si ese juez actúa moral o prudencialmente³, a la moral no le es irrelevante si las razones sobre las que se apoya una determinada premisa jurídica con pretensión normativa son o no moralmente plausibles; como veremos, la moral impregna el razonamiento jurídico justificativo o, lo que a los efectos es lo mismo, la vertiente de juicio de deber o juicio valorativo de la cadena de normas que concluyen p.ej. con una

² Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, *op.cit.*, pág. 72.

³ Sobre la tesis de la irrelevancia para el Derecho de las razones por las cuales un ciudadano o un juez acepte o use una norma o conjunto de normas del sistema cfr., Aguiló, J., "Buenos y malos. Sobre el valor epistémico de las actitudes morales y de las prudenciales", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº15-16, (1994).

decisión judicial. O, expresado de otra manera, el razonamiento jurídico justificativo es un razonamiento moral complejo del que forma parte como fenómeno relevante - moralmente relevante- la existencia de una práctica social institucionalizada.

2. DISTINTOS CONCEPTOS DE VALIDEZ.

En *Introducción al análisis del Derecho*, Nino da cuenta de la ambigüedad de la expresión 'validez' tanto cuando ésta caracteriza a una norma jurídica como cuando la validez se predica de un ordenamiento jurídico. Nuestro autor, en *Introducción al análisis del Derecho*, uno de los primeros trabajos en los que da cuenta de esta ambigüedad, comienza enunciando una serie de propiedades que, combinadas, darán lugar a distintos conceptos de validez (en sentido amplio, es decir, tanto en sentido descriptivo como en sentido normativo). Nino, además, hace notar que una diferencia crucial entre los diferentes conceptos de validez que pueden construirse viene dada precisamente por la inclusión o no de un rasgo normativo como parte de ese concepto. Veamos pues esas distintas propiedades o focos de significado de los que da cuenta Nino⁴:

- a) Validez como existencia. Aquí -apunta Nino- está pensándose en un sentido meramente descriptivo de existencia, esto es, como vigencia o eficacia de un sistema o norma (un sistema jurídico o una norma son válidos en el sentido de que existen, cuando son aplicados y observados) o, en el caso de las normas jurídicas, se dice que una norma es válida en el sentido de que existe,

⁴ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, ed. Ariel, (1987), pág. 132-134. Para una presentación sistemática de diferentes modelos de validez, véase, Garzón Valdés, E., "Algunos modelos de validez normativa", (1977), en *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, (1993), págs. 73-105.

cuando pertenece a un sistema jurídico vigente (o, también se habla de validez como pertenencia).

- b) Validez como pertenencia. Se predica como acabamos de ver en (a) sólo de las normas y no del sistema en su conjunto.
- c) Validez como eficacia. Como también ha quedado reflejado en (a), este sentido se puede predicar tanto de las normas como del sistema en su conjunto.
- d) Validez como justificabilidad de una norma u ordenamiento. Este es el rasgo normativo antes mencionado: hablamos aquí de validez como fuerza obligatoria moral.
- e) Validez como obligatoriedad jurídica. Según esto, una norma es “válida” cuando hay otra norma jurídica que declara que su aplicación u observancia es obligatoria. Este sentido de validez no puede predicarse de todo un sistema jurídico ya que siempre habrá por lo menos una norma del sistema cuya obligatoriedad no esté determinada por otras normas del sistema.
- f) Validez como autorización. En este sentido, hablar de validez implica que el dictado de una norma ha sido autorizado por otras normas jurídicas. De nuevo, no puede predicarse validez en este sentido de todo un sistema jurídico ya que siempre habrá alguna norma cuyo dictado no fue autorizado por otra norma.

Señala Nino que distintos autores han combinado estos posibles significados de múltiples formas y que esto ha generado muchas confusiones en torno a la validez. Resulta, a estos efectos, un primer paso clarificador la clasificación que hace Nino

atendiendo a si se incluye o no el sentido de validez como “fuerza obligatoria”. Según esto tendremos⁵:

a) Concepto normativo de validez

Cuando la designación de validez incluye la justificabilidad o fuerza obligatoria moral de las normas o del sistema jurídico (el elemento (d) antes mencionado) de los que se predica validez, entonces el concepto se convierte en una noción normativa. En este sentido de validez, decir que una norma o un sistema son válidos implica afirmar que deben ser observados y aplicados, que proveen razones para justificar una acción o decisión. Cuando se usa la expresión “validez” con este significado normativo y se sostiene, además, que una norma sólo es una norma jurídica si es válida (o sea, si está justificada o tiene fuerza obligatoria), está presuponiéndose una definición no positivista de Derecho (esto es, una definición que alude no a las normas reconocidas por ciertos órganos sino a las normas que deben ser reconocidas por ellos).

b) Concepto descriptivo de validez

Cuando el significado de “validez” está asociado con la vigencia de una norma o de un sistema jurídico, con la pertenencia de una norma a un sistema o con la circunstancia de que una norma ha sido permitida o declarada obligatoria por otra (sentidos (a), (b), (c), (e) y (f) antes apuntados), entonces el concepto de validez es puramente descriptivo. Su aplicabilidad depende solamente de verificaciones fácticas.

Nino considera que, aunque es muy difícil modificar los hábitos lingüísticos que determinan cierta identidad de uso entre las expresiones “validez” y “existencia” (cuando son aplicadas a las normas) y generan la ambigüedad que afecta a ambas palabras, sería conveniente reservar la palabra “validez” para hacer referencia a la

⁵ Nino, C.S., *op.cit.*, pág. 134-135.

justificabilidad o fuerza obligatoria de las normas jurídicas, y otorgar a la palabra “existencia” exclusivamente un significado descriptivo (una norma jurídica existe cuando está vigente o cuando pertenece a un sistema jurídico etc). Según esta propuesta de Nino en *Introducción al análisis del Derecho*, la existencia de un sistema jurídico estaría asociada con su vigencia o eficacia: diremos que “un orden jurídico existe cuando sus normas primitivas no derivadas son generalmente observadas por sus destinatarios y aceptadas efectivamente en sus decisiones por los órganos que tienen la posibilidad fáctica de poner en movimiento el monopolio de la fuerza estatal para ejecutar las medidas coactivas que el sistema autoriza”⁶.

3. UN SENTIDO DESCRIPTIVO DE VALIDEZ: VALIDEZ COMO PERTENENCIA.

3.1 Introducción.

Como tendré ocasión de exponer al dar cuenta del análisis que hace Nino del concepto de validez kelseniano, uno de los focos de confusión en torno a la obra de Kelsen ha sido que varios autores (entre los que Nino cita a Hart y a Alchourrón y Bulygin)⁷ han querido ver en los trabajos de Kelsen únicamente un concepto descriptivo de validez (validez como pertenencia), cuando, en opinión de Nino, Kelsen acuña un concepto normativo de validez. Creo que resultará clarificador antes de pasar a ocuparme del concepto normativo que Nino reivindica en la obra de Kelsen y de las

⁶ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, *op.cit.*, pág. 139-141. Sobre la caracterización que hace Nino del concepto de juez -órgano primario- en términos puramente fácticos volveré más adelante. Por lo demás, esta caracterización que hace Nino del concepto de existencia de un sistema jurídico como vigencia o eficacia de tal sistema precisaría ser enriquecida con elementos como los asociados con la idea de estabilidad (v.g. la aceptación y pretensión de corrección); aunque, puede pensarse que es a este tipo de elementos a los que Nino se refiere cuando habla de obediencia generalizada y aceptación en las decisiones de los órganos primarios. Considero que sus trabajos posteriores apoyarían esta interpretación.

⁷ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 15.

confusiones en que han incurrido –según nuestro autor- sus interpretes, ver de qué estamos hablando cuando hablamos de pertenencia (o validez en sentido descriptivo) de una norma a un sistema jurídico y, especialmente, del problema, seguramente más complejo, de la pertenencia de las normas originarias o no derivadas. Así, en las páginas que siguen me ocuparé del problema de la validez como pertenencia, es decir, del problema de validez en sentido descriptivo. Nino articula su opinión acerca de estas cuestiones, especialmente, en su trabajo *Introducción al análisis del Derecho*⁸.

Mientras que la pertenencia de las normas derivadas está relacionada con la idea de autorización, en el caso de las normas no derivadas, la pregunta acerca de la pertenencia aparece estrechamente vinculada con la pregunta acerca de la individualización de sistemas jurídicos, esto es, con el criterio para distinguir un sistema jurídico de otro. En el primer caso, según Nino, hablamos de criterios de pertenencia de normas a sistemas jurídicos y en el segundo de criterios de individualización de sistemas jurídicos. Veamos su análisis.

3.2 La pertenencia al sistema de las normas derivadas.

En *Introducción al análisis del Derecho*, Nino formula el criterio de pertenencia que ha sido aceptado por casi la mayoría de autores: “Una norma pertenece a un sistema jurídico cuando el acto de dictarla está autorizado por otra norma que pertenezca al sistema jurídico en cuestión”⁹.

Antes de dar cuenta de su exposición, conviene señalar aquí que cuando Nino aborda este problema reproduce la terminología utilizada por los diversos autores; es

⁸ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, *op.cit.*, pág. 113-132.

⁹ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, *op.cit.*, pág. 114.

importante, sin embargo, no perder de vista que el término validez empleado por ellos está siendo utilizado en un sentido puramente descriptivo y no como fuerza obligatoria.

Para Kelsen¹⁰ p.ej. una norma es válida –en este sentido de validez como pertenencia- cuando concuerda con lo establecido por otra norma válida en cuanto: 1) al órgano que debe dictarla; 2) al procedimiento mediante el cual debe ser mencionada, y 3) al contenido que debe tener dicha norma.

En palabras de Nino, podemos decir que la pertenencia de una norma a un sistema, o sea, su validez en sentido descriptivo, está en función de la pertenencia al sistema –o “validez”- de otra de la cual derive la primera y, de esta forma, se construye la “cadena de validez”¹¹. Sin embargo, la cuestión se complica cuando nos enfrentamos con aquellas normas respecto de las cuales no puede aplicarse el criterio de la cadena de validez para determinar su pertenencia al sistema por constituir tales normas el último eslabón de cualquier cadena de validez que se forme¹². Además, advierte Nino, esta dificultad se proyecta asimismo sobre las normas derivadas, ya que la atribución de validez (en este sentido de pertenencia) de tales normas es condicional a la atribución de validez de las normas primitivas o no derivadas del sistema (recuérdese que la validez es vista como una cadena).

3.3 La pertenencia al sistema de las normas no derivadas.

Es, entonces, cuando nos preguntamos por la cuestión acerca de la pertenencia al sistema de las normas de mayor jerarquía, cuando se pone más de manifiesto la

¹⁰ Kelsen, H., *Teoría general del Derecho y del Estado* (1945), [Trad. García Maynez], UNAM, (1979), y *Teoría pura del Derecho* (1960), Trad. de la 2ª edición, ed. Porrúa, México, (1993).

¹¹ Nino aquí toma la terminología de Raz, J. *The concept of a Legal System*, *op.cit.* Von Wright se refería a esto mismo con la expresión “cadena de subordinación” en Von Wright, G.H., *Norma y Acción. Una investigación lógica* (1963), [Trad. P.García Ferrero], Madrid, ed. Tecnos, (1970).

¹² Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, *op.cit.*, pág. 117.

conexión entre los criterios de pertenencia de una norma a un orden jurídico y los criterios de individualización de un orden jurídico.

En *Introducción al análisis del Derecho*, Nino se ocupa de varios criterios que han sido sugeridos por diversos autores como criterio para distinguir un sistema jurídico de otro: el criterio territorial, el criterio del origen en cierto legislador¹³, el criterio de la norma fundamental, el criterio basado en la regla de reconocimiento, el criterio del recurso a los órganos primarios. Paso a continuación a ocuparme únicamente de la exposición y análisis que hace Nino de los tres últimos y de la crítica que Ruiz Manero dirige al criterio de pertenencia defendido por nuestro autor.

3.3.1 El criterio de la norma fundamental.

Este sería el propuesto por Kelsen. Al determinar Kelsen la validez de una norma por su derivación de otra norma válida se encuentra con el problema de cómo predicar la validez de la primera norma positiva de un sistema jurídico. Como es sabido, según Kelsen, sólo podrá decidirse su pertenencia a aquél en virtud de un criterio diferente del que exige la derivación de otra norma positiva válida. Sólo puede eludirse ese camino si se recurre a alguna norma no positiva, o sea a alguna norma no dictada por un acto de seres humanos y de la cual se derivaran las normas positivas en que concluyen las cadenas de validez: la norma fundamental o básica. Esta no es una norma dictada por algún legislador humano o divino, sino un presupuesto epistemológico, una

¹³ En este sentido, Austin sostuvo que una norma pertenece al sistema jurídico que esté integrado por todas las normas directa o indirectamente dictadas por el mismo legislador que dictó aquella norma. En la teoría de Austin un orden jurídico se distingue de otro a partir del hecho de que un sistema jurídico se constituye con todas las normas que ha dictado un legislador y las que han dictado otros órganos a los que ese mismo legislador delegó su competencia. Según Nino, es en este punto donde precisamente se pone de manifiesto la debilidad de la tesis de este autor: su criterio implica que un cambio de legislador originario determina un cambio de sistema jurídico; es decir, que si se sustituye el soberano –aunque sea de forma no violenta-, aparece según esto un Derecho diferente, aunque esté integrado por las mismas normas. Nino, C.S. *Introducción al análisis del Derecho*, pág. 119.

especie de hipótesis de trabajo que utilizan implícitamente los juristas en sus elaboraciones y cuya validez, además, ha de presuponerse y aceptarse dogmáticamente. Los distintos sistemas jurídicos se diferencian, según Kelsen, por estar originados en diferentes normas fundamentales.

Nino considera que la posición de Kelsen a este respecto no es satisfactoria puesto que suponer que la norma fundamental es válida implica suponer que deriva de otra norma válida. Esto es, apunta nuestro autor, no bastaría con suponer una norma fundamental sino que habría que presuponer la existencia de otra norma de nivel superior y esto se prolongaría hasta el infinito. Nuestro autor, además, se adhiere a la crítica que Raz dirige a este criterio de pertenencia o individualización. Según Raz, el contenido de la norma fundamental kelseniana sólo puede ser formulado a partir de las últimas normas positivas del sistema, con lo que antes de formular la norma fundamental, tendríamos que tener ya individualizado un sistema jurídico y ordenadas jerárquicamente sus normas. Según esto, la norma básica kelseniana no puede cumplir ningún papel en la individualización de un determinado Derecho y en la determinación de su estructura¹⁴.

3.3.2 El criterio basado en la regla de reconocimiento.

Este es el criterio propuesto por Hart para resolver los fallos de los otros criterios de pertenencia –entre ellos el propuesto por Austin y por Kelsen–.

El criterio de pertenencia que sugiere Hart estipula que una norma pertenece a un cierto sistema jurídico cuando su aplicación está prescrita por la regla de

¹⁴ Así por ejemplo –escribe Nino– “Si no estuviera ya individualizado el orden jurídico argentino, no habría ninguna razón para no formular, por ejemplo, una norma fundamental que diera conjuntamente validez a las normas de nuestra Constitución y a las de la uruguay (con lo cual veríamos como un solo sistema a lo que comúnmente vemos como dos Derechos distintos). Nino, C.S. *Introducción al análisis del Derecho*, pág. 123.

reconocimiento de ese sistema jurídico; el criterio de individualización que emplea este autor establece que un cierto sistema jurídico se distingue de otro por el hecho de que la aplicación de todas sus normas está directa o indirectamente prescrita por una regla de reconocimiento diferente de la que prescribe aplicar las normas de otro. En el esquema hartiano, la regla de reconocimiento existe en cuanto generalmente aceptada por los jueces¹⁵ como un criterio común y público de decisiones judiciales correctas; las desviaciones respecto a ella provocan reacciones críticas, en general, de esos mismos jueces¹⁶.

Antes de dar cuenta de las objeciones que Nino ha dirigido a este criterio, convendría anotar que aunque el lenguaje de Nino nos hace pensar en la vertiente directiva de la norma de reconocimiento hartiana (Nino escribe que según Hart "una norma pertenece a un determinado sistema jurídico cuando su aplicación está prescrita por la regla de reconocimiento de ese determinado sistema jurídico") tal norma tiene un aspecto conceptual o definatorio que es, en realidad, el que está en juego aquí. En efecto, el aspecto que aquí nos interesa -y que, como veremos a continuación es el que está presente en las objeciones que Nino dirige a este aspecto de la obra de Hart- es el de la regla de reconocimiento como criterio conceptual de pertenencia¹⁷. Así, para Hart "decir

¹⁵ Hart hace referencia a una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, cfr. Hart, *El concepto de Derecho*, (1961), [Trad. de G. R. Carrió, 1963], ed. Abeledo-Perrot, (1992), pág. 137. En este mismo sentido de la participación de funcionarios y particulares en la formación de la regla de reconocimiento cfr. Atienza, M. y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, *op.cit.*, pág. 150-154.

¹⁶ Hart, *El concepto de Derecho*, *op.cit.*, pág 144.

¹⁷ Creo que no hay ningún problema en entender que la regla de reconocimiento cumple funciones de diversa naturaleza. Algo que vendría por otro lado a recoger la observación que en *La validez del Derecho* hacía Nino y recogía Ruiz Manero en *Jurisdicción y Normas*, señalando que no había que confundir la regla de reconocimiento de un sistema jurídico como conjunto jerárquicamente ordenado de criterios últimos de validez jurídica aceptados como vinculantes por los jueces en su conjunto, con el criterio utilizado por un observador externo para identificar las reglas de ese mismo sistema jurídico. Este último vendría a decir algo así -en palabras de J. Ruiz Manero-: "son reglas del sistema aquellas que satisfacen directa o indirectamente los criterios últimos de validez jurídica aceptados como vinculantes por los jueces en su conjunto, esto es, los criterios de validez establecidos en la regla de reconocimiento", Ruiz Manero, J., *op.cit.*, pág. 138. En este sentido, el criterio de pertenencia al Derecho español sería: pertenecen al Derecho español las normas contenidas en la Constitución y en las fuentes reconocidas o instituidas por ella. El aspecto directivo o valorativo de la regla de reconocimiento expresaría que: son

que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos por la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema"¹⁸.

Pues bien, en opinión de Nino, aunque la regla de reconocimiento hartiana está en mejor disposición que la norma fundamental de Kelsen para servir como punto de referencia de los criterios de pertenencia e individualización¹⁹, sin embargo, la regla de reconocimiento de Hart también presenta dificultades de individualización que acaban por hacerla fracasar como criterio de individualización de un sistema jurídico.

Estos son los problemas que, en opinión de Nino, presenta la regla de reconocimiento hartiana.

a) Es circular. Para identificar la regla de reconocimiento es preciso identificar previamente quienes son los órganos de adjudicación, pero –y de ahí la circularidad²⁰– para determinar quienes son tales órganos, debemos atender a las reglas que les confieren poder, y la validez de éstas –en el sentido de su pertenencia al sistema– depende a su vez de la regla de reconocimiento. Sobre esto volveré más adelante cuando dé cuenta de la formulación que Nino hace de la regla de reconocimiento para intentar evitar esta circularidad.

b) Hart no consigue justificar su tesis de que todo orden jurídico tiene sólo una regla de reconocimiento. En esta crítica, Nino sigue a Raz.

obligatorias las normas así identificadas. Cfr. en este sentido, Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del Derecho*, *op.cit.*, pág. 155.

¹⁸ Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, *op.cit.*, pág. 129.

¹⁹ Por un lado, según Nino, Hart elude el enredo en que incurre Kelsen cuando sostiene que la validez de la norma fundamental debe presuponerse, aclarando que de la regla de reconocimiento no tiene sentido predicar validez o invalidez, puesto que ella sirve precisamente para determinar cuándo las demás normas son válidas. Además, la regla de reconocimiento hartiana no es una mera creación intelectual, una hipótesis del pensamiento jurídico sino que es una norma positiva, una práctica social. A diferencia de la norma fundamental kelseniana que, al no ser una norma positiva, debía ser individualizada a partir de su contenido –y para ello teníamos que haber individualizado ya el sistema jurídico al que la norma fundamental otorga validez–, la regla de reconocimiento de Hart es una regla positiva, y por ello –concluye Nino– puede ser individualizada, distinguiéndola de otras, por otros aspectos, además de su contenido, como quiénes la practican, dónde se la practica etc. Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, *op.cit.*, pág. 124.

²⁰ En este mismo sentido, cfr. Ruiz Manero, J., *Jurisdicción y normas*, *op.cit.*, págs. 124 y ss.

Según Raz, Hart no consigue justificar su tesis de que todo orden jurídico tiene sólo una regla de reconocimiento. Si Hart admitiera que un sistema jurídico puede tener más de una regla de reconocimiento, entonces la individualización de un sistema ya no podría estar basada en la singularidad de su regla de reconocimiento, sino que habría que buscar algún elemento común que vinculara entre sí, y distinguiera de otras, a las reglas de reconocimiento de un sistema; en tal caso, según Raz y Nino, sería ese elemento en común el que serviría, en última instancia, para individualizar a un sistema jurídico.

Vamos a detenernos en esta crítica que Raz dirige a Hart y que Nino suscribe. Para ello introduciré el análisis que de ésta hace Ruiz Manero en *Jurisdicción y Normas* y, junto con M. Atienza, en *Las piezas del Derecho*²¹.

Escriben estos autores que, según Hart, cuando la regla de reconocimiento remite a más de una fuente última, tenemos una regla de reconocimiento compleja que contiene más de un criterio último de validez jurídica y una clasificación de los mismos "en un orden de subordinación y primacía relativas"²². Es, precisamente, el hecho de que los criterios aparezcan unificados por su distinta jerarquía lo que nos permite hablar de una sola regla de reconocimiento²³.

Raz, sin embargo, cuestiona tal unidad y considera que no hay razón para suponer que todo sistema jurídico tenga sólo una regla de reconocimiento, sino que puede tener más. Según Raz: a) puede darse el caso de un sistema jurídico donde tanto la costumbre como el precedente sean fuente del Derecho pero donde no haya una disposición jurídica válida que establezca que ambas lo son. En tales casos no tenemos que asumir que haya una sola regla de reconocimiento sino más bien dos (una relacionada con cada fuente de Derecho) por la mera razón de que el sistema tiene que

²¹ Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del Derecho*, ed. Ariel, (1996).

²² Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, op.cit., pág. 126.

²³ Hart, H.L.A., "Una visita a Kelsen", *Cuadernos de crítica*, nº 4, UNAM, (1977).

contener medios para resolver los conflictos entre disposiciones jurídicas de diversas fuentes. La regla de reconocimiento aun si fuera una podría ser incompleta implicando esto que el sistema podría carecer de medios de resolución de conflictos (este sería el caso si la regla de reconocimiento fuera lagunosa a la hora de determinar cuál es el criterio supremo de validez jurídica y cuál el subordinado). Quizás el problema nunca ha surgido y no se ha dado una solución que sea generalmente aceptada. b) También pudiera darse el caso de que hubiera dos o más reglas de reconocimiento que provean métodos de resolución de conflictos compatibles: p.ej. la regla que impone la obligación de aplicar ciertas costumbres puede indicar que es suprema, mientras que la regla relacionada con el precedente puede indicar que es subordinada²⁴.

Pues bien, tal y como escriben Atienza y Ruiz Manero en el trabajo antes mencionado, el primer caso apuntado por Raz (esto es, el caso de una regla de reconocimiento lagunosa) es posible pero, seguramente, sólo en un sistema jurídico embrionario, ya que en un sistema mínimamente desarrollado es difícil pensar que el problema no haya surgido nunca; y, si ha surgido, y no se le ha dado una solución comúnmente aceptada por la judicatura y, en general, por la comunidad jurídica correspondiente, encontrándose divididas en un punto tan central para la identificación del Derecho válido, entonces no parece -según sostienen los mencionados autores- que pueda hablarse de un mismo sistema jurídico, sino, más bien, de dos sistemas que se encuentran en competencia entre sí. En el segundo caso (esto es, cuando hay dos reglas de reconocimiento distintas que establecen el mismo orden de subordinación y primacía relativas entre las dos fuentes a que remiten, respectivamente, una y otra) no parece haber ninguna diferencia relevante con la tesis hartiana de la unidad de la regla de reconocimiento, puesto que esto implica lo mismo que lo afirmado por tal tesis: esto es,

²⁴ Cito a partir de Atienza y Ruiz Manero, cfr. Raz, J., *La autoridad del Derecho*, (1982), pág. 126-127.

que dicho sistema jurídico contiene una única regla de reconocimiento que indica la ordenación jerárquica de las dos fuentes últimas a las que la misma remite²⁵.

c) Por otra parte, el criterio expuesto por Hart se ha de enfrentar a la bien conocida crítica de Dworkin según la cual: un sistema jurídico no está compuesto sólo por reglas sino también por otro tipo de normas que Dworkin denomina “principios” de los cuales la regla de reconocimiento no permite dar cuenta, ya que esta regla identifica a las normas del sistema por su origen o fuente, y aquellos principios no son reconocidos por los jueces por derivar de cierta fuente con autoridad, sino porque su contenido se considera válido, apropiado o justo.

La crítica de Dworkin “hace pensar que si fuera el caso que ciertas normas son reconocidas por los jueces con independencia de lo que la regla de reconocimiento prescribe, ésa no sería razón para no considerarlas parte del sistema jurídico”²⁶. Aunque esa situación se da muy rara vez en la realidad, si se admite –escribe Nino- que un sistema jurídico podría estar integrado por normas que los jueces no tienen la obligación de aplicar según las reglas de reconocimiento del sistema, pero que aplican de hecho, entonces debería concluirse que el criterio de pertenencia de una norma a un sistema no puede estar basado sólo en las reglas de reconocimiento. Y si se admite que la base de un sistema jurídico (o sea el conjunto de las normas primitivas) puede estar integrada no sólo por varias reglas de reconocimiento, sino también por normas o principios cuya aplicación no está fundada en lo que aquellas reglas de reconocimiento prescriben, entonces –concluye Nino- hay que admitir que el criterio de individualización de un sistema jurídico no puede apoyarse en la identificación de cierta regla única que pueda distinguirse de la que encabeza otro sistema jurídico.

²⁵ Atienza, M., Ruiz Manero, J., *Las piezas del Derecho*, op. cit., pág. 160-161.

²⁶ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, pág. 125. Hart, en su postscriptum a *El concepto de Derecho*, dio la razón a Dworkin en este punto. Cfr. Hart, *Post scriptum al concepto de Derecho*, op.cit.

Pero ante esto podría replicarse que si fuera el caso que el sistema contara con reglas y principios como criterios últimos de validez (piénsese en la regla de reconocimiento del sistema español que remite a una fuente última, la Constitución, que, además de reclamar la obligatoriedad para las prescripciones dictadas por las autoridades que ella misma instituye, reclama asimismo obligatoriedad para todo un conjunto de valores y de principios que ella misma contiene o en el caso de principios que pertenecen al sistema únicamente en virtud de su aceptación por parte de los órganos de aplicación²⁷) cabría, como indiqué anteriormente, hablar de una regla de reconocimiento última que contiene diversos criterios de validez²⁸, problema distinto será -p.ej. en el caso de los criterios de validez u obligatoriedad establecidos por la Constitución española- la cuestión acerca de la jerarquización de tales criterios incluidos en la fuente última²⁹.

3.3.3 El criterio basado en el reconocimiento de los órganos primarios.

En opinión de Nino, el elemento de la teoría hartiana que ha de ser rescatado es la idea de que a la hora de buscar criterios de individualización y pertenencia operativos es relevante 'el reconocimiento que de las normas del sistema hacen ciertos órganos de aplicación' pero, según nuestro autor, "no debemos buscar el elemento unificador de un orden jurídico en una cierta norma 'maestra' –como la regla de reconocimiento-"³⁰. Ya me he ocupado -siguiendo el análisis de Atienza y Ruiz Manero- de ver en que medida

²⁷ Para un análisis de cómo todos estos casos no implican la necesidad de modificar el criterio de identidad de la regla de reconocimiento tal y como fue reconstruido por Hart, cfr. Ruiz Manero, J. *Jurisdicción y Normas*, *op.cit.*, págs. 152-166.

²⁸ Como ya tuve ocasión de señalar, el propio Hart en su postscriptum a *El concepto de Derecho* señala que sus críticos (concretamente, en este punto, Dworkin) parecen no reparar en que la regla de reconocimiento por él conceptualizada puede incorporar como criterios de validez jurídica criterios que no consisten necesariamente en lo que Dworkin denomina 'pedigrí' sino en p.ej. la conformidad con principios morales o valores sustantivos. Hart, H.L.A., *op.cit.*, pág. 26.

²⁹ Cfr. Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del Derecho*, *op.cit.*, pág. 162-163.

³⁰ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, *op.cit.*, pág. 127.

la regla de reconocimiento hartiana presenta los problemas que Nino, Raz y Dworkin parecen ver por lo que se refiere a la unidad o pluralidad de reglas. En las páginas que siguen me ocuparé de otra cuestión que también, quizá de forma menos artificiosa, ha supuesto un problema al que los mencionados autores han dedicado otras tantas páginas. Es el problema que, en un nivel teórico, enfrentamos cuando, siguiendo el criterio hartiano para identificar o individualizar un determinado sistema jurídico nos encontramos con que para saber cuáles son los criterios últimos de validez del sistema, hemos de acudir a la práctica judicial, pero, a su vez, para saber quienes son los jueces hemos de acudir a las normas (reglas de adjudicación en la terminología hartiana) del sistema que indican quienes están legitimados para llevar a cabo las funciones de jueces. Comenzaré dando cuenta de los distintos intentos llevados a cabo para tratar de solucionar esta circularidad con que se enfrenta el observador que trata de identificar un sistema jurídico siguiendo el esquema hartiano para concluir examinando en qué medida este problema es tan grave como Nino -entre otros³¹ parece creer.

Comencemos pues con el intento de Raz por romper la circularidad antes indicada:

Según escribe Nino, Raz es uno de los autores que más han insistido en que los criterios de individualización y pertenencia deben basarse en los órganos que aplican las normas a casos particulares. El reconocimiento por parte de esos órganos (jueces en sentido amplio) es lo que parece ser decisivo para otorgar una unidad a un grupo de normas y para predicar de una cierta norma que pertenece a ese conjunto unitario.

Pero, en opinión de Nino, la propuesta de Raz³² (y también, en el mismo sentido, la de Ross³³) de caracterizar a los órganos primarios sobre la base de la competencia que

³¹ Cfr. Ruiz Manero, J., *Jurisdicción y normas*, *op.cit.*, págs. 124-134 para otro intento por resolver la circularidad en la identificación del sistema.

³² Raz, J., *El concepto de sistema jurídico. Una introducción al concepto de sistema* (1970), [trad. R. Tamayo y Salmorán] México, UNAM, (1986), *Practical Reasons and Norms* (1975), [trad. 2ªed que

les otorgan las mismas normas que pertenecen al sistema que esos órganos reconocen, incurre, también en el riesgo de circularidad que quería evitar. Veamos antes una objeción previa.

En *The concept of a Legal System*, Raz apuntaba como criterio para caracterizar a los órganos primarios, el que tales órganos están autorizados para decidir cuándo el uso de la fuerza en ciertas circunstancias está jurídicamente prohibido o permitido. En su trabajo posterior *Practical Reasons and Norms*, Raz abandona la mención al uso de la coacción y caracteriza a los órganos primarios, cuyo reconocimiento de las normas determina su pertenencia al sistema, como aquellos órganos facultados a adoptar decisiones con fuerza obligatoria.

Nino considera poco plausible el abandono que hace Raz del uso de la coacción al que hace referencia en el primer trabajo³⁴. En opinión de nuestro autor, la vinculación entre los órganos cuyo reconocimiento de una norma es relevante para su pertenencia a un sistema y el ejercicio de medidas coactivas es importante no sólo por la relevancia que las normas que regulan la coacción tienen para caracterizar a un sistema como jurídico sino porque lo que nos interesa es formular un criterio de pertenencia a sistemas existentes –y la existencia de un orden jurídico está vinculada al ejercicio de la coacción-³⁵.

Pero el criterio de individualización que se apoya en el reconocimiento de las normas por ciertos órganos presenta también problemas.

incluye apéndice de Raz con revisión de las razones excluyentes, J. Ruiz Manero], ed. Centro de Estudios Constitucionales, (1991).

³³ Ross, A., *El concepto de validez y otros ensayos* (1961), [trad. G.R. Carrió y O. Paschero], BsAs, Centro editor de América Latina, (1969).

³⁴ Nino apunta que quizá esto se debe a que Raz pasó a considerar que la coactividad no es una propiedad necesaria de los sistemas jurídicos. Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, *op.cit.*, pág. 128.

³⁵ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, *op.cit.*, pág. 128.

Al igual que el criterio de la regla de reconocimiento hartiana también este criterio incurre en circularidad³⁶. Nos encontramos ante la cuestión de qué es lo que unifica en un mismo conjunto a diferentes órganos primarios, de tal modo que las normas que todos ellos reconocen formen parte del mismo sistema jurídico y, en cambio, no formen parte de ese sistema las normas que otros órganos primarios reconocen, esto es, ¿cuál es el criterio que permite que agrupemos en el mismo conjunto a determinados jueces y no a otros?

Nino denuncia la circularidad de la propuesta de Raz por establecer ésta como criterio el hecho de que los órganos del mismo conjunto se reconozcan mutuamente la fuerza obligatoria o autoridad de sus decisiones: el reconocimiento de la fuerza obligatoria de las decisiones de otros órganos se funda en las normas del sistema y éstas para ser identificadas como tales deben ser reconocidas por los órganos en cuestión; además, las normas de un sistema jurídico suelen reconocer la fuerza obligatoria o autoridad de las decisiones de los jueces de otro sistema jurídico en su ámbito de aplicabilidad territorial por lo que si éste fuera el criterio distintivo entonces la mayoría de los Derechos del mundo formarían parte de un solo sistema jurídico, ya que –de acuerdo con las normas del Derecho Internacional privado- los jueces de la mayoría de los países -apunta Nino- reconocen mutuamente sus decisiones.

En opinión de nuestro autor, lo que llevó a Raz a recurrir al criterio recién discutido fue su negativa a considerar la coactividad como distintiva de los sistemas jurídicos. En efecto, Raz en *Practical Reasons and Norms* escribía que “el recurso a las sanciones, aunque es universal y probablemente lo seguirá siendo (mientras no se

³⁶ Nino recoge aquí una observación de Caracciolo: “Si se exige que los órganos estén autorizados para decidir cuándo el uso de la fuerza está prohibido o permitido, para determinar cuáles son órganos primarios habremos de recurrir a las normas del sistema y para determinar cuáles son las normas del sistema habrá que determinar si ellas son reconocidas por los órganos primarios”. Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, *op.cit.*, pág.128.

transforme la naturaleza humana), no es una característica que forme parte de nuestro concepto de Derecho”³⁷.

Otro problema que en opinión de Nino suscita el criterio de individualización y pertenencia fundado en el reconocimiento de las normas por parte de los órganos primarios consiste en determinar las condiciones en que puede decirse que una regla es reconocida por tales órganos.

3.3.4 El criterio de pertenencia de Nino.

A partir de las objeciones que Nino dirige a los criterios de pertenencia expuestos y de su propuesta para superar los inconvenientes que presentan, podemos reconstruir la postura de nuestro autor en relación con la cuestión acerca de la pertenencia de las normas no derivadas o, con más exactitud, acerca de la individualización de un sistema. El propio Nino, además, presenta de forma tentativa un criterio de individualización del sistema jurídico y de pertenencia de las normas derivadas.

En opinión de nuestro autor, y según escribe en *Introducción al análisis del Derecho*, para evitar el círculo vicioso en el que incurre el criterio raziano de pertenencia habría que caracterizar a los órganos primarios no como aquellos que están autorizados a declarar prohibidos o permitidos los actos de coacción, sino como los que ***de hecho pueden*** (en el sentido fáctico y no normativo de la palabra “poder”)

³⁷ Ruiz Manero, J. en *Jurisdicción y Normas*, *op.cit.*, pág. 129. Señala este autor que tampoco Hart considera el establecimiento de sanciones una propiedad definitoria de ‘sistema jurídico’, aunque tampoco una simple propiedad contingente de algunos sistemas jurídicos. Hart considera que son inadecuadas las dos alternativas “que a menudo se consideran exhaustivas: por un lado, la de decir que eso [el establecimiento de sanciones] es lo que exige ‘el’ significado de las palabras ‘Derecho’ o ‘sistema jurídico’ y, por otro, la de decir que es ‘simplemente un hecho’ que la mayor parte de los sistemas jurídicos establecen sanciones. [...]Dado el engarce de hechos naturales y de propósitos humanos, que hacen que las sanciones sean a la vez posibles y necesarias en un sistema nacional, podemos decir que se trata de una necesidad natural”. Hart, *El concepto de Derecho*, *op.cit.*, pág. 246.

determinar el ejercicio del monopolio coactivo estatal en casos particulares; esto es, caracterizar a los órganos primarios como aquellos que están, efectivamente, en condiciones de disponer que se ponga en movimiento el aparato coactivo del Estado. Si se considera una característica central del Derecho el regular el monopolio de la fuerza estatal, entonces -escribe Nino-, "una hipótesis plausible es que lo que nos hace agrupar en el mismo conjunto a los órganos que reconocen las normas que consideramos, por tal razón, parte de un mismo sistema jurídico, es el **hecho de que** todos ellos recurren, directa o indirectamente, al mismo aparato coactivo para hacer cumplir sus decisiones"³⁸.

En un trabajo posterior, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, y en este mismo sentido, nuestro autor escribe que "la Constitución, como un conjunto de reglas de reconocimiento, adquiriría unidad y serviría para individualizar al resto del sistema jurídico"³⁹, en la medida en que todas sus reglas sean practicadas por un cierto grupo de órganos primarios -fundamentalmente jueces- que se unifica y se distingue de otros grupos por el hecho de recurrir, para hacer valer sus decisiones, al mismo aparato coactivo"⁴⁰.

Pero, aunque en *Introducción al Derecho*, Nino parece resultar satisfecho, pese a las dificultades que presenta su reconstrucción -tales como qué criterio hemos de utilizar para individualizar, a su vez, las organizaciones que controlan el monopolio de la fuerza- para proveer un criterio adecuado de individualización de los sistemas jurídico, ese optimismo acerca del criterio se desvanece, como veremos, en *Fundamentos de Derecho Constitucional*.

³⁸ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, pág. 130.

³⁹ Nótese que aquí se está presentando a la Constitución como un instrumento que cumpliría el mismo papel que la regla de reconocimiento de un sistema: esto es explicar su unidad y permanencia. En este mismo sentido, Aguiló, J., *La Constitución del Estado Constitucional*, cito por original sin publicar, pág. 17.

⁴⁰ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, *op.cit.*, pág. 41.

Quedémonos de momento con lo que dice en el primer trabajo: el teórico u observador, para determinar los criterios últimos de validez de un sistema jurídico, debería acudir a ver quienes son los órganos primarios (hasta aquí no hay diferencia con Hart o Raz), pero, para descubrir quienes son órganos primarios de un mismo sistema, sostiene que no se deberá acudir a las normas de adjudicación del sistema (*à la* Hart), ni tendrá que ver qué grupo de órganos se reconocen mutuamente la obligatoriedad de sus decisiones (*à la* Raz), sino que debería observar quienes, de hecho, recurren directa o indirectamente al mismo aparato coactivo para hacer cumplir tales decisiones. Este sería el criterio, pues, que de forma tentativa -en sus propias palabras- presenta nuestro autor: “Dos normas no derivadas pertenecen al mismo sistema jurídico cuando ellas son reconocidas –sea directamente o a través de prácticas generales de reconocimiento- por órganos que están en condiciones de disponer medidas coactivas recurriendo a la misma organización que ejerce el monopolio de la fuerza estatal”⁴¹. Implicando lo anterior –añade Nino- que el sistema cambia no sólo cuando se produce una modificación sustancial en el aparato coactivo, sino también en el caso de que cambien las normas primitivas que los órganos reconocen⁴².

Este intento de Nino -en *Introducción al análisis del Derecho*- por definir ‘juez’ en términos puramente fácticos, tratando de esta forma de no incurrir en la circularidad que podía objetársele a los otros criterios, fue objeto de crítica. Ruiz Manero en su trabajo *Jurisdicción y normas* (1990) escribe que los problemas de la caracterización de ‘juez’ que propone Nino no provienen de su referencia al empleo de la fuerza –como podrían quizá objetarle, y Nino es consciente de ello, Hart o Raz-, sino de los **términos puramente fácticos** en que dicha caracterización presenta la relación

⁴¹ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, *op.cit.*, pág. 131.

⁴² Sobre la cuestión acerca del cambio en la regla de reconocimiento, cfr. Atienza, M. y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, *op.cit.*, pág. 148 y ss. Sobre este tema volveré más en este mismo capítulo.

entre el “juez” y el empleo de la fuerza. “Ciertamente -escribe Ruiz Manero- si fuese posible elaborar en términos puramente fácticos una caracterización adecuada de ‘juez’ el problema de la circularidad estaría resuelto, ya que a partir de tal caracterización podríamos determinar quién es juez de forma independiente y previa a la determinación de cuáles son las reglas pertenecientes al sistema jurídico (en cuanto que conformes con los criterios últimos de validez aceptados por los ‘jueces’)”⁴³. Sin embargo, en opinión de este autor, caracterizar en términos puramente fácticos el rol judicial deja abiertos problemas a los que tal enfoque no puede dar respuesta: en efecto, la caracterización propuesta por Nino vendría a ser una versión aplicada a la judicatura de la caracterización de ‘legislador’ en términos de obediencia habitual propuestas por Bentham y Austin. De esta forma, según Ruiz Manero, la definición de juez de Nino en términos fácticos equivaldría a esta otra definición, paráfrasis de la del legislador de Austin: “el juez es aquel cuyas decisiones relativas al ejercicio del monopolio de la coacción estatal en casos particulares son habitualmente obedecidas”⁴⁴. Y, claro, esta caracterización presenta - como escribe Ruiz Manero-, los mismos problemas que Hart puso de manifiesto respecto de una caracterización del ‘legislador’ en términos de ‘obediencia habitual a las reglas generales por él dictadas’. En efecto, apunta este autor, la caracterización del juez en términos puramente fácticos: (1) es fallida a la hora de dar cuenta de la continuidad de la autoridad jurisdiccional a lo largo de una sucesión cambiante de jueces; (2) tampoco la obediencia habitual a los jueces anteriores puede hacer probable que las decisiones de los jueces ‘nuevos’ sean obedecidas. Para fundamentar la presunción de que las decisiones del ‘nuevo’ juez serán obedecidas, hemos de hacer referencia a la aceptación de la regla según la cual el nuevo juez tiene título para suceder al anterior en sus competencias de decisión; (3) lo mismo sucede -

⁴³ Ruiz Manero, J., *op.cit.*, pág. 130.

⁴⁴ *Ibidem*.

continúa Ruiz Manero- con el problema de la persistencia de las decisiones judiciales por encima de la sucesión de unos jueces por otros: el que una decisión judicial se ejecute o continúe ejecutándose cuando el juez o tribunal que la dictó ha sido reemplazado, sólo puede explicarse a partir de una regla aceptada que confiere autoridad a las decisiones adoptadas, mientras fueron jueces, por aquellos que lo fueron y ya no lo son; (4) además, el funcionario perteneciente a un órgano de ejecución no ve el que una decisión haya sido dictada por un órgano jurisdiccional como un indicador de su probable conducta futura de obediencia a la misma, sino que el que haya sido dictada por el órgano jurisdiccional constituye para él la razón de su conducta conforme a lo ordenado por tal decisión⁴⁵; (5) entender que juez es aquel que de hecho puede determinar el ejercicio del monopolio coactivo estatal en casos particulares imposibilita el dar cuenta de la distinción entre juez y órgano de ejecución, que no puede trazarse más que normativamente, atendiendo a que el primero, y no el segundo, está autorizado para dictar determinaciones aplicativas ya que estas determinaciones aplicativas son obligatorias para el segundo.

Ruiz Manero dibuja su postura a partir de la crítica que dirige a Nino y también, en otro sentido, a MacCormick⁴⁶. En opinión de Ruiz Manero, caracterizar qué sea un juez –y, a partir de ahí, determinar quiénes lo sean- tan sólo parece posible (frente a la propuesta de Nino) en términos normativos y, más específicamente (frente a la propuesta de MacCormick quien caracteriza a los jueces en términos de reglas de deber⁴⁷), en términos que den cuenta de las potestades o poderes normativos del juez y

⁴⁵ En este punto, la crítica de Ruiz Manero parece errar puesto que el problema acerca de la circularidad se le presenta al teórico que trata de individualizar la regla de reconocimiento y no a los participantes en el sistema. El razonamiento del funcionario perteneciente a un órgano de ejecución no es un razonamiento teórico sino práctico y en cuanto tal ha de apoyarse efectivamente como apunta Ruiz Manero en normas. Pero no es el punto de vista interno el que Nino está tratando de dilucidar en este momento, sino el punto de vista teórico; esto es, el punto de vista del observador.

⁴⁶ MacCormick, N.D., *H.L.A. Hart*, Edward Arnold Publishers, London, (1981).

⁴⁷ Ruiz Manero da cuenta de la propuesta de MacCormick para romper esta circularidad. Según este último la solución vendría dada por definir el ‘rol judicial’ sin referencia alguna a reglas que confieran

no sólo de sus deberes: la cuestión se reconduce a si podemos caracterizar qué sea un juez, y determinar quiénes lo sean, en términos de reglas que confieran poderes normativos –el poder de dictar determinaciones aplicativas de carácter obligatorio o, si lo preferimos así, el poder de decidir cuándo el uso de la fuerza está prohibido o permitido- sin que se trate de reglas que existan como tales en tanto que válidas, esto es, en tanto que conformes con los criterios de validez jurídica aceptados por los jueces. Ruiz Manero considera que esta pregunta puede contestarse de forma afirmativa yendo mas allá de lo que Hart expresamente dice, pero sobre la base de categorías presentes en su propia obra: en concreto, sobre la base de la categoría de regla social. De esta forma, Ruiz Manero ofrece una caracterización teórica de juez a partir de la definición de legislador de Hart⁴⁸: **“Son jueces aquellas personas (o grupos de personas, etc.) a quienes, en virtud de reglas sociales aceptadas, se considera titulares de los deberes y poderes normativos que definen el rol de juez: el deber de decidir los casos que se presentan ante ellos, el deber de hacerlo sobre la base de estándares o reglas preexistentes y el poder de decidir tales casos con carácter obligatorio. O, dicho en**

poderes, Sino únicamente sobre la base de reglas (o estándares) de deber. En opinión de Ruiz Manero, sin embargo, aunque esta definición de ‘rol judicial’ parece posibilitar la ruptura de la circularidad ya que no se define ‘juez’ en base a reglas de adjudicación cuya validez dependa, a su vez, de los criterios establecidos en la regla de reconocimiento (esto es, de los criterios aceptados como vinculantes y usados concordantemente por el conjunto de los jueces), sino que se considera que las reglas constitutivas del rol judicial son reglas de deber, que existen simplemente como reglas sociales, esto es, en cuanto que consuetudinariamente vigentes, sin embargo, el problema es que esta definición de ‘rol judicial’ no parece recoger todas las propiedades que habría que considerar como definitorias del mismo, esto es, todas aquellas condiciones cuya presencia es necesaria para poder hablar de ‘rol judicial’, de ‘juez’ o de ‘jurisdicción’. Según Ruiz Manero, junto a las notas de (a) obligación de juzgar (b) vinculación al hacerlo a estándares preexistentes parece necesario añadir otra propiedad definitoria, a saber, que las decisiones de los “jueces” o “tribunales”, dictadas en aplicación de esos estándares preexistentes a casos particulares, son decisiones autoritativas, esto es, decisiones obligatorias para personas distintas de los propios jueces. Desde el punto de vista de su status normativo lo que define al ‘juez’ no es sólo el ser titular de deberes del tipo de los señalados por MacCormick, sino también el ser titular del poder de dictar determinaciones autoritativas de la situación jurídica de específicos individuos. Entonces, si el carácter autoritativo de sus decisiones es una propiedad definitoria de ‘juez’ y ‘tribunal’, la definición, escribe Ruiz Manero, no puede dejar de hacer referencia a reglas que confieran el poder de dictar tales decisiones autoritativas. En este sentido, concluye este autor, la propuesta de Mac Cormick articulada sobre la exclusión del concepto de poder normativo resulta fallida para romper la circularidad. Ruiz Manero, J., *Jurisdicción y normas*, *op.cit.*, pág. 124 y ss.

⁴⁸ En la teoría hartiana el legislador lo es en virtud de una regla socialmente aceptada que confiere autoridad a las reglas generales por él dictadas. Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, pág.133.

términos más simples, son jueces aquellos que **son reconocidos socialmente** como tales, esto es, **como titulares de los deberes y poderes normativos que definen el rol judicial**⁴⁹. En el caso de sociedades más complejas en las que la disponibilidad efectiva de los medios para el empleo de la fuerza no se encuentra repartida por igual entre los miembros de la sociedad, sino fuertemente concentrada en determinados aparatos (grupos organizados de personas), qué se considere reconocimiento social requiere una precisión ulterior: las condiciones para que en una sociedad de este género la afirmación “X es juez” sea verdadera son, escribe Ruiz Manero, análogas a las requeridas para considerar verdadera la afirmación de que, en tal sociedad, “existe el sistema jurídico S”. Ruiz Manero a partir de la caracterización de Hart acerca de la existencia de un ordenamiento jurídico -tal "es un enunciado bifronte, una de cuyas caras mira a la obediencia por parte de los ciudadanos ordinarios y la otra a la aceptación de reglas secundarias como pautas o criterios comunes críticos de conducta oficial, por parte de los funcionarios"⁵⁰- sostiene que “podríamos decir que la afirmación ‘X es juez’ es también un enunciado bifronte, cada una de cuyas caras hace referencia a una condición distinta: la primera, a que las decisiones dictadas por X sean, en general, efectivas (esto es, logren obediencia) y la segunda a que X sea reconocido, por parte de los aparatos (grupos organizados de personas) que posean el monopolio de la fuerza en esa sociedad, como titular de los deberes y poderes que definen la posición institucional de ‘juez’ –en virtud de reglas sociales aceptadas-. Cada una de estas condiciones es necesaria, y su conjunción suficiente, para que la afirmación ‘X es juez’ sea verdadera”⁵¹.

⁴⁹ Ruiz Manero, J., *Jurisdicción y Normas*, op.cit., pág. 133 y Atienza, M., Ruiz Manero, J. *Las piezas del Derecho*, op.cit., pág. 154. El subrayado con negrita es mío.

⁵⁰ Hart, H., *El concepto de Derecho*, op.cit., pág. 134.

⁵¹ Ruiz Manero, J., op.cit., pág. 134.

En opinión de este autor, esta alternativa, que recogerá con algunos recortes en su análisis en *Las piezas del Derecho*⁵², permite romper la circularidad que padece una caracterización intrasistemática de juez como la que presenta Hart debido a su referencia a las reglas válidas de adjudicación del sistema jurídico y, al mismo tiempo, presenta la ventaja, frente a las propuestas de MacCormick o de Nino, de recoger en la caracterización de 'juez' todas las propiedades que juzgamos necesarias para poder hablar de tal⁵³.

Apuntaba antes, sin embargo, que el propio Nino encontró dificultades insalvables a su criterio tal y como apareció apuntado en *Introducción al análisis del Derecho*. Así, en *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Nino señala que aquel criterio por él apuntado nos lleva de nuevo a incurrir en esa circularidad de la que, precisamente, había tratado de salir. Escribe nuestro autor que el recurso al mismo aparato coactivo para tratar de identificar a los jueces de un mismo sistema, que había presentado como su criterio individualizador para completar y salvar las dificultades del

⁵² Atienza, M., y Ruiz Manero, J., *Las piezas del Derecho*, *op.cit.*, págs. 161-163.

⁵³ Bulygin critica, sin embargo, tanto la concepción hartiana de la regla de reconocimiento como todas las interpretaciones de esta regla como norma, por considerar que llevan aparejados, entre otros problemas, la circularidad del criterio teórico de identificación de los jueces. Bulygin concibe a la regla de reconocimiento como criterio conceptual y no como norma. Según este autor, la determinación de las normas originarias o independientes y de las normas derivadas en virtud del principio de deducibilidad es un problema puramente conceptual. La existencia de tal criterio, además, no depende de lo que hagan o dejen de hacer los jueces (esto sería relevante como problema empírico -la cuestión de la vigencia del orden- que es preciso distinguir de los problemas conceptuales). Es más -sostiene Bulygin-, cabe determinar qué normas forman parte del orden jurídico sin saber quiénes son jueces, puesto que no hace falta, en su opinión, observar la conducta de los jueces para determinar la existencia de un criterio de identificación. Después, usando ese criterio podremos establecer qué normas pertenecen al orden jurídico en cuestión y, por consiguiente, podremos saber quienes son los jueces. Bulygin, E., "Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual?", *Doxa*, n°9, (1991), págs. 311-318. Este artículo está dentro de una polémica mantenida por Bulygin y Ruiz Manero en *Doxa*, n°9, (1991). Cfr. Bulygin "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", en *Doxa*, n°9, págs. 257-279, Ruiz Manero, J. "Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin", en *Doxa*, n°9, págs. 281-293. Por lo demás, creo que tiene razón Guibourg cuando interviene en esta discusión entre los mencionados autores diciendo que no parecen hablar el mismo idioma argumentativo porque parte de distintos centros de interés y cada uno considera insatisfactorio el objetivo del otro. Bulygin pone el acento en el concepto de sistema, dando por sentado que cada persona tendrá sus razones para justificar un sistema u otro. Ruiz Manero, en cambio, explora el modo de justificar el sistema mismo. Guibourg, R.A., "Hart, Bulygin y Ruiz Manero: tres enfoques para un modelo", *Doxa* n° 14, (1993).

de Hart y Raz, presenta estas dificultades: 1) en un sistema federal como p.ej. el argentino no todos los jueces recurren al mismo aparato coactivo para hacer efectivas sus decisiones; ante esto, continúa nuestro autor, se podría decir que hay ciertos estratos superiores comunes del aparato coactivo -p.ej., los niveles más altos de las fuerzas armadas de un país- que, si bien pueden no ser empleadas normalmente, están uniformemente disponibles para hacer valer en última instancia las decisiones de los jueces de todas las jurisdicciones de un mismo Estado; pero esto es -añade Nino- fácticamente dudoso, y, si acudimos al plano normativo, tampoco tendremos siempre una respuesta positiva, la que de cualquier modo sería circular (puesto que estaríamos recurriendo a normas jurídicas cuya pertenencia al sistema precisamente queremos determinar); 2) así, en un nivel más fundamental que el argumento anterior, la unidad misma del aparato coactivo no podría definirse en términos normativos sin incurrir en circularidad y es extremadamente difícil proveer una caracterización de esa unidad en términos puramente fácticos (debería hacerse sobre la base del predominio de hecho, posiblemente disposicional, de ciertos individuos sobre otros, de modo que se pueda establecer una jerarquía que determine la unidad del aparato); 3) si es difícil establecer la unidad de un aparato coactivo en un momento temporal dado, es todavía mucho más difícil determinarla a través de largos períodos de tiempo sin acudir circularmente a las normas del sistema jurídico que se quiere individualizar: no parece posible establecer sobre la base de relaciones puramente fácticas la continuidad de un aparato coactivo distinguiéndolo de otros.

En este trabajo Nino concluye -como también lo harán Ruiz Manero y Atienza en *Las Piezas del Derecho*- restando importancia al problema de la circularidad a nivel teórico a la hora de identificar e individualizar un sistema estableciendo que "si hay un conjunto de órganos primarios que observa las mismas reglas de reconocimiento [Nino,

siguiendo a Raz, habla de la posibilidad de una pluralidad de reglas de reconocimiento] ello sirve para individualizar a ese grupo [aunque las reglas sean varias], y para identificar al sistema jurídico formado por normas dictadas de acuerdo con ellas, sin necesidad de acudir a alguna otra característica común independiente que sirva para unificar al grupo de órganos primarios: es su aceptación de esas mismas reglas lo que los unifica como parte de un grupo"⁵⁴ .

Por lo que se refiere a cómo determinar las condiciones en que puede decirse que una regla es reconocida por tales órganos primarios -que habrán sido identificados como parte del mismo sistema jurídico-, nuestro autor, en *Introducción al análisis del Derecho* y siguiendo a Ross, señala que “lo que debe exigirse es que la norma forme parte substancial del razonamiento que conduce a las decisiones judiciales”⁵⁵. Pero -añade nuestro autor- como resulta que “hay normas que uno está dispuesto a decir que son parte de un sistema aunque ningún órgano primario haya tenido oportunidad de aplicarla”⁵⁶, resulta clarificador tomar en cuenta las reglas de reconocimiento del tipo que señala Hart: una norma pertenecerá al sistema si ella reúne las condiciones que definen la clase de normas que una práctica de reconocimiento del sistema prescribe aplicar. Creo que esto es compatible con lo sostenido por nuestro autor en *Fundamentos de Derecho Constitucional*.

Como apuntaba, también Ruiz Manero junto con Atienza en *Las piezas del Derecho* reconocen la sobrevaloración de la dificultad del problema de la circularidad. Y así, señalan, por un lado, que basta un criterio de identificación de los jueces y tribunales cual es atender a quienes son socialmente reconocidos como tales, esto es, como titulares de los poderes y deberes que definen la posición institucional de la judicatura. Pero para esto, añaden estos autores, no hace falta una gran sofisticación

⁵⁴ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 42.

⁵⁵ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, op.cit., pág. 131.

⁵⁶ Ibidem

teórica, o conocimientos de algún modo especiales, sino que es un asunto de mera experiencia común.

Creo que esto es, en el fondo, de algún modo similar a lo que venía a decir Nino cuando tratando de salir del embrollo que suponía intentar solucionar el supuesto problema de la circularidad concluía diciendo: "[...] es posible partir de un órgano primario como una Corte Suprema, determinar qué reglas de reconocimiento sigue ese órgano, investigar luego qué otros órganos siguen las mismas reglas de reconocimiento y concluir así que todos esos órganos corresponden a un mismo sistema jurídico, que está dado por las reglas de reconocimiento seguidas por ellos y por las restantes normas que ellas identifican. Muchas veces, los órganos primarios no aceptarán exactamente las mismas reglas y, en ese caso, el sistema jurídico identificado por el grueso de reglas de reconocimiento, que sí son aceptadas en forma compartida, tendrá contornos borrosos"⁵⁷.

4. EL CONCEPTO NORMATIVO DE VALIDEZ: UNA REVISIÓN DE LA VALIDEZ EN KELSEN.

4.1 Introducción.

Después de haber abordado en el punto anterior los aspectos más importantes en torno al concepto de pertenencia o validez en sentido descriptivo, que, como hemos visto, están ligados a los avances de Hart sobre la regla de reconocimiento, pasaré a continuación a ocuparme del otro tema central de este capítulo: la necesidad - denunciada por nuestro autor- de reconstruir un concepto normativo de validez que

⁵⁷ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 42. Sobre la zona de penumbra en la norma de reconocimiento cfr. Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del Derecho*, op.cit., pág. 161-163.

permita explicar muchos problemas en relación con el fenómeno jurídico que, de otra forma, se presentan de forma oscura y generan -como bien señala Nino- espurias discusiones teóricas e injustas soluciones prácticas. Aquí Nino, por razones obvias, comienza su andadura a partir de Kelsen.

Como dije, el primer paso que da Nino en su reconstrucción de un concepto normativo de validez es tratar de rescatarlo de la teoría kelseniana frente a interpretaciones llevadas a cabo por otros autores y que ven en Kelsen un concepto meramente descriptivo de validez. Ya en su *Introducción al análisis del Derecho*, Nino apuntaba que en la teoría jurídica contemporánea se ha generado una confusión “bastante perturbadora” alrededor del concepto de validez que emplea Kelsen en su teoría, si bien es en su trabajo *La validez del Derecho* donde nuestro autor, con mayor extensión, intenta clarificar algunos aspectos del concepto kelseniano de validez normativa y trata de dilucidar los malos entendidos que la ambigüedad de la obra de Kelsen en este punto ha generado.

Según escribe Nino, la presuposición corriente entre diversos autores es que la noción de validez kelseniana se aparta de la idea de validez prevaleciente en la filosofía tradicional. Mientras que esta última noción estaría principalmente conectada con la justificación de las normas, diversos autores interpretan que la noción kelseniana de validez está referida a temas de naturaleza puramente descriptiva como los de la identidad de un sistema jurídico, la pertenencia de normas particulares a éste o la coherencia interna del sistema. En opinión de Nino, ésta presuposición no es correcta; aunque dos consideraciones permiten comprender el error: en efecto, de un lado, la fuerte inclinación positivista de Kelsen hace que el intento de asociar su noción de validez con la del enfoque tradicional de inspiración iusnaturalista no parezca plausible y, además, por otro, la teoría pura trata el problema de la pertenencia de una forma que,

en opinión de Nino, evoca, de forma engañosa, una identificación con el problema de la validez. Antes de entrar a exponer la reconstrucción que hace Nino del concepto de validez en Kelsen que le permite presentarlo como un concepto normativo que no se separa del significado central del concepto tradicional de validez, dedicaré unas líneas a dar cuenta de los rasgos que caracterizarían a este último concepto. Según Nino, el concepto de validez acuñado en la filosofía tradicional en obras tan heterogéneas como las de Tomás de Aquino, Suárez, Puchta, y al margen de discrepancias entre los diversos autores, presenta los siguientes rasgos:

- a) Predicar validez de un sistema jurídico, o de una norma particular es afirmar que tiene fuerza vinculante, que sus prescripciones constituyen razones concluyentes para actuar.
- b) Validez equivale a existencia. Desconocer la validez de un sistema jurídico o de una norma equivale a negar su existencia ya que se consideraba que la falta de validez implica que el sistema o la norma no tiene las consecuencias normativas estipuladas por el sistema⁵⁸.
- c) Aunque la adscripción de validez debe depender de ciertos hechos como, en el caso de algunas concepciones, la eficacia de un sistema, el significado de validez no es descriptivo sino normativo: decir que un sistema o una norma jurídica particular son válidos es avalarlos, implica sostener que su aplicación y observancia son obligatorias y justificadas.

Una lectura de la *Teoría general del Derecho y del Estado* y de la *Teoría pura del Derecho* permite a Nino señalar la presencia en estos trabajos de Kelsen de una serie

⁵⁸ En este sentido si la norma inválida prohíbe cierta acción no está por eso prohibida; la norma sería ineficaz para establecer relaciones normativas, como si no hubiese sido dictada.

de párrafos⁵⁹ que pondrían de manifiesto que este autor equipara, al igual que las tradicionales explicaciones filosóficas del Derecho, la validez de una norma con su fuerza vinculante. Aunque a través de tales citas podemos ver como Kelsen habla de validez como equivalente a fuerza vinculante (las normas jurídicas válidas obligan a los individuos a quienes ellas están dirigidas), a existencia (“por validez entendemos la existencia específica de las normas”) y de validez como concepto normativo, Nino considera que es este último el punto crucial que nos permite entender el concepto kelseniano de validez, ya que es éste el que permite evitar que pudieran aparecer como plausibles las interpretaciones que lo identifican, por ejemplo, con la pertenencia de una norma a un sistema jurídico. Y esto es así -observa Nino- porque, de no considerar ese último sentido de validez como el punto crucial en la teoría kelseniana, siempre podrían mantenerse las interpretaciones que sostuvieran que cuando Kelsen equipara validez con fuerza vinculante está usando “fuerza vinculante” en el sentido por ej. de que otra norma del sistema prescribe obedecer la norma en cuestión y que, cuando equipara validez con existencia, ésta pueda significar aquí pertenencia de una norma a un sistema jurídico.

En *La validez del Derecho*, Nino analiza las diversas interpretaciones propuestas por diferentes autores y las controversias generadas en torno al concepto de validez kelseniano; por los límites de este trabajo me ocuparé aquí únicamente de la propuesta interpretativa de Nino, haciendo mención a las interpretaciones propuestas por otros autores sólo cuando pueda resultar de interés al hilo de la exposición central de la lectura de nuestro autor.

⁵⁹ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 9-11.

4.2 La reconstrucción de Nino del concepto de validez kelseniano.

Nino considera que la mejor forma de mostrar el carácter normativo que en la teoría kelseniana tiene el concepto de validez es mostrando que tal carácter viene impuesto por la estructura general de tal teoría. En opinión de nuestro autor, y como presentaré a continuación, sólo una interpretación del concepto de validez como concepto normativo permitirá dar una respuesta plausible a distintos problemas abordados por Kelsen y comprender en un esquema coherente sus soluciones. Creo que es precisamente en este sentido como ha de ser entendido el intento de nuestro autor por rescatar un concepto normativo adecuado en la obra de Kelsen: es decir, más que de un intento -más o menos interesante- por hacer la interpretación más fiel de lo que Kelsen quiso decir, el interés está en tratar de ver si un esquema como el kelseniano nos proporciona buenos elementos para comenzar a dibujar un buen mapa que reconstruya el concepto de validez utilizado en el discurso jurídico práctico. Veamos pues.

Nino señala que en el esquema de Kelsen para que una norma jurídica sea válida se requiere que su dictado sea autorizado por otra norma que sea, ella misma, válida. Los juicios jurídicos de validez acerca de reglas que se encuentran en una cierta relación de derivación entre ellas (constituida por el hecho de que una autoriza el dictado de otra) se encuentran también en una relación de derivación entre ellos: “Una regla deriva de otra cuando ésta **autoriza** la creación de la primera; un juicio jurídico de que una norma es válida deriva del juicio de que otra norma es válida cuando la primera **presupone** la última”⁶⁰. Además, la validez o fuerza vinculante de la norma superior de un sistema jurídico es presupuesta en la teoría kelseniana y la formulación de tal

⁶⁰ Nino, C.S., *El concepto de validez jurídica, op.cit.*, pág. 11.

presuposición es la bien conocida norma básica: “uno debe comportarse como la Constitución prescribe”.

En la lectura que hace Nino de Kelsen, la norma básica no es una norma que pertenezca a la cadena de derivación de normas, sino que es parte de la cadena de derivación de los juicios de validez. Según esto, si, de acuerdo con Kelsen, el primitivo juicio de validez es una norma y si de las normas nada sino normas puede derivarse entonces, dice Nino, la conclusión obvia es que todos los demás juicios de validez sobre normas que no sean la Constitución deben ellos mismos ser normas. Los juicios de validez (incluida la norma básica) prescriben que lo que las normas, a los que ellos se refieren, estipulan debe ser hecho. Si la norma en cuestión estipula que algún acto es obligatorio, predicar de esa norma que es válida implica sostener que hay una obligación de hacer ese acto (y esto no es lo mismo que decir, meramente, que hay una norma que prescribe esa obligación, puesto que decir de una norma que es válida conlleva la declaración de que esa norma logra crear la obligación que prescribe). De esta forma –escribe Nino-, la adscripción de validez a una directiva (que llega a ser por eso concebida como una norma) habilita, en la teoría kelseniana, el pasaje de un lenguaje normativo “entrecomillado” para describir el contenido del Derecho, a un lenguaje normativo directo.

Pero, como apuntaba, la interpretación del concepto de validez en Kelsen no está libre de controversia. Nino señala que algunos autores consideran que el concepto de validez en Kelsen es descriptivo y que, por lo tanto, se aparta del concepto de validez tradicional.

A partir de una interpretación que se apoya, por un lado, en algunos textos de Kelsen y, por otro, en la posición decididamente positivista de éste, autores como

Hart⁶¹, Alchourrón y Bulygin⁶² sostienen que Kelsen emplea un concepto puramente descriptivo de validez, completamente ajeno a toda asociación con la justificabilidad o fuerza obligatoria de una norma o sistema jurídico.

Sin embargo, la lectura que Nino⁶³ hace de Kelsen le lleva a sostener que la respuesta de Kelsen a ambas cuestiones es, en realidad, sustancialmente diferente puesto que, aunque parezca que la norma básica hace que un grupo de normas constituyan un sistema jurídico unitario diferente de otros, la respuesta de Kelsen a la cuestión de la validez (esto es, la presuposición de una norma básica que prescribe que **debe ser** lo que sus normas establecen) resultaría en opinión de Nino absurda e ininteligible si se diese como respuesta a la cuestión acerca de la identidad de un sistema jurídico (esto es, si se presupusiera una norma que identificara la unidad de un sistema jurídico). Nino llega a la conclusión de que la solución de Kelsen a la cuestión de la individualización no es la presuposición de una norma –como interpretan y critican Alchourrón y Bulygin-, sino un criterio que establecería que: “Un conjunto de normas constituyen un sistema jurídico unitario cuando adscribimos validez a todas ellas sobre la base de una y la misma norma básica”⁶⁴.

⁶¹ Hart en su trabajo *El concepto de Derecho* compara la norma básica de Kelsen con la regla de reconocimiento que él propone en su teoría y sostiene que ambas tienen el mismo rol. Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, *op.cit.*, Notas al capítulo IV, pág. 310 y ss.

⁶² Alchourrón y Bulygin, *Normative Systems*, Wien: Springer Verlag, (1971), pág.72. [Trad. cast. de los propios autores], *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, ed. Astrea, BsAs, (1974).

⁶³ Escribe Nino en *La validez del Derecho* que algunos autores contemporáneos (Hart, Alchourrón y Bulygin entre otros), a partir del hecho de que Kelsen relaciona la cuestión de la validez, o fuerza vinculante, de un sistema jurídico o de una norma con la individualización del sistema jurídico y la pertenencia de la norma a él, descuidan la naturaleza normativa que, sin embargo, este autor asigna a su concepto de validez y para ellos la cuestión de la validez en Kelsen estaría identificada con la individualización del sistema jurídico y la pertenencia. Sin embargo, en opinión de nuestro autor, esta presuposición de la existencia de una “estrecha conexión” entre la validez, por un lado, y la individualización y la pertenencia, por el otro, no autoriza a concluir que en la teoría de Kelsen la cuestión de la validez sea reducible a tales cuestiones.

En descargo de estos autores escribe Nino que lo que probablemente les haya podido llevar a tal confusión es el hecho de que las respuestas dadas por Kelsen a ambas clases de problemas pueden ser expuestas en forma superficialmente similar. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, pág. 14-16 y pág. 72.

⁶⁴ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, pág. 13.

Lo que sucede, apunta Nino recogiendo una crítica de Raz, es que “como criterio de identidad el anterior es vacío ya que, en el contexto de la teoría de Kelsen, el contenido de cada norma básica (y, consecuentemente, su propia identidad) no puede ser establecido antes de circunscribir las normas que pertenecen al sistema jurídico al cual la norma básica adscribe fuerza vinculante”⁶⁵.

Por lo que se refiere a las cuestiones acerca de la validez de una norma particular y de su pertenencia a un sistema jurídico, según escribe Nino, Kelsen parece resolverlas de forma idéntica: “Una norma es válida, si pertenece a un sistema jurídico, cuando deriva de otra norma válida de ese sistema”⁶⁶. Sin embargo, nuestro autor señala que esto es equívoco ya que tal respuesta puede ser desdoblada⁶⁷:

- a) “Una norma es válida cuando deriva de otra norma válida”.
- b) “Una norma pertenece a un sistema jurídico cuando deriva de otra norma que pertenece a ese sistema jurídico”.

La última formulación –escribe Nino– sostiene un criterio “genético” de pertenencia que no es discutido en la moderna teoría general del Derecho⁶⁸. En la interpretación que hace Nino de Kelsen, el criterio de pertenencia de las normas no primitivas y el criterio para “transmitir” validez desde la Constitución, a la que se refiere la norma básica hasta las normas a las que ésta no se refiere directamente, son independientes, aunque ambos se basen en la misma noción de “derivación”, de acuerdo con la cual, una norma deriva de otra cuando su dictado fue autorizado por esta última.

⁶⁵ Raz, J., *The concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, (1970), pág. 102; 2ªed. con apéndice "Sources, Normativity and Individuation", [trad. De R. Tamayo y Salmorán], *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, México, UNAM, (1986). Nino, C.S., *Introducción al Derecho*, *op.cit.*, pág. 123. Cfr. apartado 3.3 del presente capítulo de este trabajo.

⁶⁶ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 14.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Nino matiza que este criterio de pertenencia debería ser completado con una cláusula que se ocupe de la pertenencia de las primitivas normas del sistema y señala que esta cláusula no está provista con éxito por Kelsen. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, pág. 14. Ya tuve ocasión de exponer la crítica que dirige Nino a Kelsen en relación con esta cuestión. Véase apartado 3.3 de este capítulo.

Pese a que el propio Kelsen parece querer demostrar lo contrario, generando la confusión de sus interpretes, Nino considera que esta independencia entre los criterios da lugar a que, cuando las normas primitivas del sistema son tomadas como válidas, no hay coextensividad entre las clases de normas que son válidas de acuerdo con cierta norma básica y la clase de normas que pertenecen a un sistema para el cual esa norma básica se usa, ya que puede darse el caso de que la norma en cuestión no pertenezca al sistema según el criterio de pertenencia pero sea válida por cuanto otra norma disponga su obligatoriedad (es decir la validez no sólo se predica de las normas que pertenecen al sistema según el criterio genético de pertenencia). Como pone Nino de manifiesto –y veremos a continuación–, el intento de Kelsen de hacer coextensivo la clase de normas que son válidas de acuerdo con cierta norma básica y la clase de normas que pertenecen a un sistema genera muchos resultados negativos en su propia teoría: mientras que con relación a la pertenencia, la derivación de una norma a partir de otra, según lo apuntado, resulta plausible, no sucede lo mismo con relación a la “transmisión” de validez. En este último caso, el criterio genético resulta insuficiente: cuando aceptamos la validez de cierto grupo de normas jurídicas, estamos obligados a aceptar la validez de algunas otras normas no sólo cuando su creación fue autorizada por las primeras (criterio genético), sino, también, cuando las normas cuya validez es aceptada reconocen o establecen el deber de obedecer aquellas normas. Prueba de esto es –nos dice Nino– no sólo el hecho de que un sistema jurídico puede reconocer como válidas las reglas de otro sistema jurídico o las reglas de asociaciones privadas sin que esto implique que aquellas normas formen parte del sistema jurídico en cuestión⁶⁹, sino, especialmente, los problemas que ha de afrontar Kelsen cuando trata de resolver el problema de las normas jurídicas anulables.

⁶⁹ Véase en este sentido Raz, J., *Practical Reasons and Norms*, *op.cit.*, pág. 15.

El análisis del tratamiento que hace Kelsen de esta cuestión permite a Nino mostrar que la teoría kelseniana implícitamente también está postulando que la validez no sólo se transmite mediante el criterio genético sino mediante el criterio de que una norma postula la vinculatoriedad u obligación de obedecer otras. Veamos los pasos del análisis de Nino⁷⁰.

Según Kelsen –escribe Nino- es contradictorio hablar de normas nulas. Si un acto de voluntad no se adecua a las condiciones que el Derecho establece para la creación de las normas válidas, su sentido objetivo no puede ser normativo. Esto es, no hay tal norma. En opinión de Kelsen, sólo tiene sentido jurídico la anulabilidad; ésta consiste en privar a un acto del significado objetivo de norma jurídica que el Derecho le reconocía originariamente. Este problema sólo puede responderse a la luz de la determinación de quién es competente para decidir sobre la anulabilidad de una norma jurídica. Según Kelsen, la resolución judicial sobre si una norma concuerda con otra superior es constitutiva de tal hecho y no declarativa de un hecho preexistente: de esta forma, una norma será válida aunque contradiga sus condiciones de creación si así lo decreta un juez que decide en última instancia o si un órgano competente no se ha pronunciado sobre su validez. Pero este recurso teórico al que recurre Kelsen es en opinión de Nino⁷¹ -y como luego veremos- muy desafortunado, puesto que si la validez de una norma no dependiera de la satisfacción objetiva de las condiciones establecidas por las normas superiores sino de la declaración de un juez, entonces el concepto de validez no estaría a disposición de los jueces para que estos pudieran justificar su propia decisión acerca de la validez de la norma en cuestión⁷².

⁷⁰ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 29-40

⁷¹ Nino, C.S., *The Constitution of the Deliberative Democracy*, op.cit., pág. 192.

⁷² En este mismo sentido Raz apunta que Kelsen parece haber confundido la pregunta acerca de la validez de una ley y de si es correcto que un juez la aplique con el hecho de que la decisión de un juez, sea correcta o no, tiene fuerza vinculante y valor de cosa juzgada. Raz, J. *Razón práctica y normas*. [Tomo referencia de Nino, C.S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, op.cit., pág. 192].

Otro recurso poco satisfactorio al que Kelsen recurre para solucionar el problema de normas de diferente grado que se contradicen es el de la famosa 'cláusula alternativa tácita'. Según Kelsen, el hecho de que una norma conserve su validez, a pesar de no adecuarse a las condiciones que expresamente se establecen para su creación, sólo puede explicarse mediante la hipótesis de que la norma superior contiene tácitamente una autorización abierta que faculta al órgano a dictar normas mediante el procedimiento y el contenido que él determine, aun en contradicción con el texto expreso de dicha norma. Por lo tanto, según la teoría kelseniana: toda norma jurídica coincide con una norma superior, ya sea con su alternativa expresa o con la cláusula tácita de habilitación indeterminada; el juego de la cláusula tácita permite en el esquema kelseniano sostener que no hay conflictos entre normas de diferentes grados. La diferencia entre ambas alternativas de creación jurídica (regularidad en la edición o la cláusula tácita que permite plena autonomía en la elección del procedimiento y el contenido) residiría en que si se elige la segunda entonces el órgano se expone a la anulación de las normas que dicta y, eventualmente, a ser sancionado. La anulabilidad admite distintos grados; el máximo de los cuales, muy cercano a la nulidad, pero cualitativamente diferente, se caracteriza por el hecho de que puede ser decretada por órganos descentralizados con efecto retroactivo.

Nino considera inaceptable esta tesis que Kelsen, expresamente, defiende en relación con el problema del conflicto de normas de diferente jerarquía.

Estas son sus objeciones⁷³: 1) Como en la teoría de Kelsen toda norma de un sistema jurídico –salvo las de grado inferior- regula la creación de otras, si se admitiera que todas ellas incluyen una cláusula que contiene una autorización abierta, se daría el caso de que ninguna norma del sistema, excepto las que no fueran aplicables para la

⁷³ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 32-34.

creación normativa, tendría posibilidad de ser desobedecida, ya que el órgano inferior siempre se ajustaría a alguna de las dos alternativas que la norma le ofrece.

2) El propio Kelsen requiere que para que un acto de voluntad tenga sentido objetivo de norma jurídica debe haber posibilidad incluso empírica de desobedecerlo. Siendo la posibilidad lógica más fuerte que la empírica, uno podría sostener que, con mayor razón, de no darse ésta, privaría al acto de voluntad de todo sentido objetivo de norma jurídica si todas las normas del sistema jurídico incluyeran una cláusula de habilitación abierta, ninguna de ellas cumpliría con esa exigencia.

3) La tesis de Kelsen implica suponer que todas las normas del sistema jurídico son tautológicas, puesto que autorizarían una conducta normativa y también su opuesta. La cuestión acerca de la anulabilidad de la norma sancionada y la eventual responsabilidad del órgano –añade Nino- no resulta satisfactoria ya que no obstan a que, según Kelsen, se sostenga que se ha cumplido en todos los casos con las condiciones que la norma superior establecía para la validez de las inferiores (sea con el criterio genético regular o con la cláusula tácita).

4) Aunque Kelsen sólo dedica párrafos incidentales al problema de la determinación del órgano competente para dictar normas válidas, su tesis implica que se extienda la alternatividad también a él. La competencia funcional está estrechamente vinculada con el procedimiento y la materia normativa. Si se admite el contenido abierto de las normas que regulan la creación de otras respecto del procedimiento y de la materia, debe admitirse esto mismo en relación con el órgano. Siendo así, no puede dejar de ser desconcertante, por tanto, -señala Nino- una tesis que induce a sostener que el Derecho positivo autoriza a cualquier persona a dictar normas mediante cualquier procedimiento y sobre cualquier materia.

5) Es interesante la distinción que hace Kelsen entre la anulabilidad jurídica y aquellos casos en que la dogmática civil habla de “inexistencia”. Estos últimos se caracterizan por no estar previstos por el Derecho, de modo que cualquiera está en condiciones de rechazar que un acto de voluntad tenga el sentido objetivo de una norma válida. Pero si la cláusula alternativa tácita se aplica también a las normas de competencia, entonces esta distinción aparece oscurecida ya que el carácter ilimitadamente abierto e implícito de la cláusula alternativa, no permite considerar esos casos como no previstos jurídicamente, no habiendo ningún criterio que impida considerarlos comprendidos en dicha cláusula.

A la luz de las anteriores consideraciones apuntadas por Nino, nos damos cuenta de que tiene razón cuando concluye que la cuestión acerca de la existencia de las normas jurídicas anulables resulta mejor resuelta si, en vez de presuponer la cláusula tácita para explicar la autorización, se entiende que la validez se transmite no sólo mediante el criterio genético, como parece querer mostrar Kelsen explícitamente, sino también mediante algún otro criterio de transmisión de la validez de una norma a otra: de esta forma, nos dice Nino, a pesar de que Kelsen parece definir la noción de validez jurídica como la propiedad que consiste en que el dictado de una norma está autorizado por otra de nivel superior, su noción subyacente de validez no es ésa, “sino un concepto normativo equivalente a fuerza obligatoria o justificabilidad y cuya predicación de una norma implica adherir a su contenido, concibiéndola como un juicio de deber ser ‘objetivo’ y no como una mera orden de alguien”⁷⁴.

Las dificultades que enfrenta Kelsen cuando trata los conflictos entre normas de grados diferentes serían inexplicables si la validez de una norma se redujera a su derivación de otra superior (una norma que contradice lo prescrito por otra superior

⁷⁴ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 29.

sería lisa y llanamente inválida), y, en cambio, son perfectamente explicables si se parte del concepto de validez como fuerza obligatoria o justificabilidad.

El concepto de validez que la Teoría pura parece formular en forma explícita implica que no son válidas aquellas normas que contradicen las condiciones para su creación prescritas por normas de nivel superior. Pero esta supuesta definición de “validez” –nos dice Nino⁷⁵- es incompatible con el reconocimiento de que la validez o invalidez de una norma que se aparta del criterio genético regular de edicción de normas depende de la declaración efectiva en uno u otro sentido por un órgano competente. Y es que, como escribe nuestro autor, "las condiciones de verdad del enunciado 'la norma p es válida' son radicalmente diferentes si es interpretado como equivalente a 'la norma p satisface los requisitos que el sistema establece para su creación' o como 'el órgano competente ha determinado que p cumple con los requisitos prescriptos para su creación'"⁷⁶. Uno de estos enunciados puede ser verdadero siendo falso el otro y, por lo tanto, la determinación que hace un juez respecto de la concordancia de una norma con la superior puede ser incorrecta⁷⁷.

Kelsen, sin embargo, escribe Nino, rechaza expresamente esta conclusión y, sobre la base del carácter constitutivo de las decisiones judiciales, sostiene que las determinaciones que los jueces hacen de la concurrencia de algún hecho -por ejemplo, el de la concordancia entre dos normas-, no son meramente declarativas del mismo, sino que lo constituyen⁷⁸.

Nino considera que el planteamiento que hace Kelsen del problema de la cosa juzgada deforma el análisis de las normas jurídicas en cuanto pautas de conducta para

⁷⁵ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 35.

⁷⁶ Ibidem

⁷⁷ Ibidem

⁷⁸ En este sentido Kelsen afirma que los hechos jurídicos no coinciden con los hechos naturales, sino que están constituidos por decisiones judiciales, correctas o incorrectas para el sentido común, acerca de la ocurrencia de los mismos; por ejemplo: la comisión de un homicidio no constituye el hecho condicionante de una norma, sino que lo es la declaración judicial de que el homicidio se ha cometido. Véase, Kelsen, *Reine Rechtslehre*, V, 35, G), A). [Tomo cita de Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 35]

los tribunales y los súbditos⁷⁹ y la incorrección de este análisis queda todavía más manifiesta cuando abordamos la cuestión desde el punto de vista de los jueces: parece que es razonable pensar que el comportamiento que las normas legislativas prescribe o autoriza a los tribunales está condicionado por el acaecimiento de un hecho de los que Kelsen califica de “naturales” y no por el hecho jurídico de su propia decisión. En opinión de Nino, el planteamiento kelseniano es válido hasta cierto punto si se restringe exclusivamente al ámbito del cumplimiento de las normas particulares que dictan los jueces. Sin embargo, aunque la situación de un condenado o la de un funcionario público que debe ejecutar la sentencia judicial es exactamente la misma si se ha dado o no la condición que prevé la norma general en que pretende fundamentarse dicha sentencia, no es correcto decir, escribe Nino, que el hecho condicionante de la norma particular sea la declaración del juez y no un hecho “natural”, ya que las sentencias, salvo casos excepcionales, son normas categóricas y la declaración judicial de que se ha cometido un cierto acto antijurídico constituye la fundamentación de la misma, no una condición mencionada en ella. Si es cierto, sin embargo, -continúa Nino- que en este nivel normativo es aceptable la pregunta que motiva la preocupación de Kelsen acerca de las razones por las cuales se considera la conducta del súbdito condenado o la del oficial ejecutor jurídicamente debida y no sólo compelida de hecho. La sentencia judicial ilegal, o la que se funda en una ley inconstitucional es inválida de acuerdo con la aparente definición de Kelsen de “validez” como autorización de su dictado por una norma superior, y como tal pareciera inhábil para originar obligaciones jurídicas. La respuesta podría venir por otro lado: la obligación del condenado y la del funcionario público derivan de otra norma válida que prescribe el cumplimiento de las penas

⁷⁹ “Sería evidentemente absurdo reintegrar todas las normas primarias poniendo, por ejemplo, la cláusula: “si un juez declara que se ha cometido un homicidio...”, en vez de: “si se cometiere un homicidio...”. Si procediéramos de este modo, no sabríamos qué era lo que, en realidad, prescribe la norma”. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 36.

establecidas por decisiones judiciales, sean estas válidas o inválidas de acuerdo con el criterio genético de validez.

Bulygin⁸⁰ extrae de la anterior idea la conclusión de que Kelsen estaría manejando dos sentidos de validez: 1) Una norma es válida cuando su ejecución está prescrita por otra norma. 2) Una norma es válida cuando cumple las condiciones establecidas para su creación, pudiendo, por lo tanto, ser calificada de válida e inválida según un sentido u otro de validez una norma jurídica que está en conflicto con normas de nivel superior. La conclusión de Nino es distinta: a su juicio nos encontramos no ante dos sentidos de validez, sino ante dos formas de transmitirla.

Veamos esto con más detenimiento:

En opinión de Nino, cuando Kelsen sostiene que la validez de una norma depende de su concordancia con otra norma superior, menciona sólo una condición necesaria para que las normas no soberanas sean válidas, pero tal formulación no implica una definición del concepto de validez. En la teoría kelseniana -nos dice Nino- la propiedad relevante de las normas válidas es que expresan un deber ser “objetivo” por ser el producto de un acto de voluntad que coincide con otra norma válida o con el producto gnoseológico de la dogmática jurídica. Si consideramos este concepto material de validez que Kelsen adopta, entonces se hace borrosa –en opinión de Nino- su distinción con la noción de obligatoriedad: si el deber jurídico de ejecutar u obedecer una norma constituye un “deber ser objetivo” si éste coincide con la prescripción subjetiva que expresa la norma obligatoria, entonces, ésta viene a ser válida ya que cumple con el requisito, exigido por Kelsen, de que el sentido subjetivo de su acto creador coincida con otra norma válida. Si las cosas son así, concluye Nino, entonces resulta que son válidas no sólo las normas cuya creación está autorizada, sino también

⁸⁰ E. Bulygin, *Sentencia judicial y creación de Derecho*, LL, 124-1307, [Tomo referencia de Nino, C.S., *La validez del Derecho*, pág. 37].

aquellas cuya obediencia o ejecución es obligatoria. La obligatoriedad es compatible con el permiso otorgado a otros órganos para sancionar al usurpador y derogar la norma obligatoria; la autorización, en cambio, excluye lógicamente la posibilidad de sancionar a algún usurpador puesto que -por definición- no lo hay.

Y es, entonces, cuando nuestro autor se pregunta si no habrá en la teoría kelseniana una hipertrofia de la función que cumple la derivación formal –autorización de la creación de una norma por parte de otra- respecto de su concepto central de validez que designa una normación objetiva. Si de lo que se trata es de que una norma, para ser válida, tiene que coincidir con la voluntad del primer legislador, entonces, la voluntad que los juristas consideran “objetiva”, la delegación, constituye sólo una condición suficiente, no necesaria, para determinar esa coincidencia: importa en tanto en cuanto a través de ella se puede suponer que el soberano se adhiere a las prescripciones de sus órganos delegados; pero también aquél, declarándolas obligatorias, puede avalar las prescripciones de los usurpadores, por lo menos cuando presentan una apariencia de legitimidad, hasta que se pongan en funcionamiento los recursos dispuestos para preservar su monopolio normativo. Aquí es cuando Nino se aparta de la opinión de Bulygin y considera que no hay confusión entre dos sentidos de “validez”, sino que lo que sucede es que no se está teniendo en cuenta que la validez en el único sentido relevante aquí (como fuerza obligatoria) puede transmitirse de una norma a otra no sólo autorizando el dictado de la última, sino, también, imponiendo el deber de obedecerla. Este es, en opinión de nuestro autor, uno de los puntos críticos del concepto de validez que ofrece la *Teoría pura del Derecho*. Si designara meramente la derivación de ciertas normas respecto de las primitivas del sistema, no habría razón para preocuparse por la existencia de normas obligatorias inválidas (esto es que no respetan el criterio genético de derivación) puesto que tales normas serían directamente no

vinculantes. La explicación que da Nino al hecho de que Kelsen no señale tal solución es que este autor recoge de la dogmática y de la tradición iusfilosófica el significado normativo de la palabra “validez”, diferente de la mera derivación, que expresa el reconocimiento de fuerza obligatoria a determinadas normas. Hay normas que si bien no pertenecen formalmente al sistema, el legislador ha dispuesto que sean obligatorias. El no reconocer que hay vías alternativas para transmitir la propiedad designada por el concepto central de validez que Kelsen emplea (equivalente a fuerza obligatoria y justificabilidad) es, en opinión de nuestro autor, lo que ha provocado estos extravíos de su teoría. Cuando la extensión del concepto normativo de validez que maneja Kelsen coincide con el concepto de derivación de una norma a partir de otra no surgen problemas pero cuando no es así, en las ocasiones que antes hemos visto – o en el caso de las leyes extranjeras cuando las declara obligatorias el legislador nacional- Kelsen se ve obligado a debilitar el segundo de los conceptos -el del criterio genético-. Esto lleva a Kelsen exactamente al mismo problema que quiso resolver pero en el sentido opuesto: al haber convertido en casi vacío el requisito de derivación formal (incluyendo su famosa ‘cláusula tácita’), resulta que su extensión es mucho más amplia que el ámbito de reconocimiento dogmático de la fuerza obligatoria de determinadas normas. En opinión de Nino, la solución correcta consiste, en cambio, en admitir que la validez normativa o justificabilidad no se transmite sólo por el hecho de que una norma válida autorice la creación de otra, sino también porque declare su cumplimiento o aplicación obligatorios.

Otro de los aspectos de la obra de Kelsen que vale la pena examinar a estos efectos es su modelo de ciencia del Derecho. Raz trató de hacer una reconstrucción del pensamiento kelseniano a partir de su modelo de ciencia jurídica. Inicialmente, en *The*

*concept of a Legal system*⁸¹, traza una serie de posibles interpretaciones del concepto de validez a partir de pasajes de Kelsen en los que éste apuntaba la idea de que las normas jurídicas no sólo sirven para justificar acciones, sino que ellas mismas están justificadas. Raz, sin embargo, descarta inicialmente incluso la que entonces le parecía la más plausible de las interpretaciones -"los juicios de 'deber ser' que describen el Derecho no expresan juicios categóricos en el sentido de que las normas en cuestión estén justificadas, sino meros juicios hipotéticos de que están justificadas si la norma básica del sistema está justificada"- porque consideraba que traería aparejada -dada la equivalencia entre validez y existencia- que las normas tendrían una existencia meramente condicional.⁸²

En un trabajo posterior, "Social Rules and Legal Theory"⁸³, Raz considera que para reconstruir la idea de Kelsen de que las normas no sólo sirven para justificar acciones, sino que ellas mismas están justificadas; así que Raz considera que esta idea de Kelsen debe entenderse en el sentido de que los juicios de 'deber ser' no implican que las normas a las que ellos se refieren estén justificadas, sino que cuando los usamos asumimos implícitamente nuestra creencia de que lo están. La forma que tiene Raz de hacer compatible el intento de Kelsen por mantener la separación de la actividad de describir el Derecho de la actividad de valorarlo es señalando -nos dice Nino- que hay algunos contextos en los que tiene sentido presuponer, por hipótesis, la validez o

⁸¹ Raz, J., *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, *op.cit.*

⁸² Nino, sin embargo, escribe que las consideraciones de Raz son desacertadas puesto que Kelsen está equipado con una teoría epistemológica de inspiración kantiana que le permite mantener que una cierta clase de conocimiento presupone algunas hipótesis normativas, y, por lo tanto, le permite sostener que algún tipo de proposiciones descriptivas no pueden ser formuladas sin adoptar un punto de vista normativo. Para Kelsen, la existencia de las normas, pues, parece ser condicional, en cierto sentido de "condicional". En opinión de Nino, no sorprende que, de acuerdo con el enfoque kantiano que Kelsen adoptó, esté dispuesto a admitir que las condiciones para el conocimiento de normas jurídicas son también condiciones para su existencia. Una condición para conocer a las normas jurídicas como tales sería suponer su justificabilidad, que es lo que hacemos cuando presuponemos una norma básica que establece su obligatoriedad. Por lo tanto, la existencia de las normas jurídicas estaría condicionada a esa presuposición. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 17-18.

⁸³ Raz, J., "Social Rules and Legal Theory", *Yale Law Journal*, 81, (1972).

justificabilidad de ciertas reglas sin tomar partido, categóricamente, acerca de tal justificabilidad. El ejemplo que pone Raz para ilustrar este tipo de situaciones es el caso del creyente en la fe judía que, ante un punto oscuro de las reglas religiosas hebreas acerca de cómo debe actuar en un caso particular, consulta a un amigo cristiano experto en la ley talmúdica. El amigo cristiano experto lo que hace en este caso -según Raz- es emitir un enunciado que presupone la adopción hipotética de cierto "punto de vista" (en este caso, el de la religión judía). Los juristas harían lo mismo cuando formulan enunciados jurídicos: presupondrían, por hipótesis, la validez o fuerza obligatoria de las normas jurídicas sin que eso implique que las consideren realmente justificadas. Esto sería compatible con la postura positivista que Kelsen defiende firmemente en cuanto que los juristas no han de asumir un compromiso axiológico genuino acerca de la validez o justificabilidad de las normas de un determinado sistema jurídico sino que sólo han de adoptarlo de forma hipotética.

El problema, según Nino, de una reconstrucción como la de Raz es que no deja de presentar dificultades si pensamos en la mera función descriptiva que Kelsen otorga a su modelo de ciencia jurídica. La adopción hipotética de un punto de vista parece tener sentido cuando se trata de "recrear" o reconstruir el sistema que resulta de este punto de vista, no cuando se trata, simplemente, de describir el sistema. En un modelo puramente descriptivo como el que parece proyectar Kelsen este recurso a la norma fundamental, esto es, la presuposición de la fuerza obligatoria del sistema, resultaría innecesaria. En definitiva, pues, en el modelo de ciencia proyectado por Kelsen, el andamiaje conceptual resulta excesivo si las funciones son puramente descriptivas. Lo que Nino sostiene es que toda la construcción resulta más fundamentada si pensamos en una tarea teórica normativa que sí precisa la presuposición de la validez o justificabilidad; el que se trate de una presuposición haría compatible tal actividad con

el positivismo metodológico de Kelsen por lo que se refiere a la identificación y conocimiento del Derecho. Kelsen, por lo demás, a diferencia de algunos de sus interpretes⁸⁴, limita el postulado de la norma básica y su presuposición hipotética al ámbito de la esfera acerca del conocimiento del Derecho, sin abarcar el ámbito de lo judicial (donde, claro está, no es posible operar con categorías asumidas sólo hipotéticamente).

5. EL CONCEPTO DE VALIDEZ DE CARLOS S. NINO.

5.1 Introducción.

El concepto de validez es considerado por Nino como uno de los conceptos cruciales en el discurso jurídico justificativo al establecer, como establece, el puente entre ese discurso y el discurso moral más amplio. Nino sostiene que sólo un concepto normativo de validez permite reconstruir de forma plausible el razonamiento jurídico en contextos en los que tal razonamiento está dirigido a justificar categóricamente acciones y decisiones (como es el caso de la predicación de validez de una norma en contextos como la práctica judicial).

De esta forma, desde una perspectiva ultraexterna⁸⁵, la tesis principal que Nino trata de demostrar en relación con esta cuestión es la tesis de la conexión justificativa entre Derecho y moral: la perspectiva interna en relación con el fenómeno jurídico está

⁸⁴ Harris, "When does the Grundnorm Change?", en *Cambridge Law Journal*, 29, (1971).

⁸⁵ La perspectiva ultraexterna sería la que adoptan los iusfilósofos y que les permite dar cuenta de rasgos comunes a los distintos sistemas jurídicos, esto es, dar cuenta de una serie de conceptos que forman parte del esquema conceptual básico de cualquier sistema jurídico. Mientras que desde una perspectiva meramente externa podemos hablar de la posibilidad de un punto de vista interno y de un punto de vista externo, cuando nos desplazamos a una perspectiva ultraexterna podemos hacer una distinción previa a esta última: podemos distinguir entre conceptos normativos y conceptos descriptivos, sólo estos últimos nos permiten distinguir entre el punto de vista interno y el externo. Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, pág. 71.

indisolublemente ligada a la perspectiva interna de la moral y, en especial, a la perspectiva interna de la práctica discursiva que la modernidad ha acoplado a la moral positiva. Si ello es así, nos dice Nino, la perspectiva externa del Derecho como práctica social se distorsiona si no relaciona explicativamente esa práctica social con la práctica social del discurso moral. Desde una perspectiva externa –como la de un antropólogo jurídico-, podemos apreciar que las proposiciones normativas con las que los jueces justifican sus decisiones coactivas son las prescritas por ciertos individuos a quienes ellos consideran autorizados para hacerlo, o que cuentan con legitimidad para emitir tales prescripciones, o que son fuentes de normas válidas. Es posible que los jueces acepten algunas de esas normas por el hecho de haber sido prescritas por legisladores a quienes ellos consideran legitimados para ello según otras normas, pero llegará un momento en el que las normas que legitiman a quien emite prescripciones que contienen normas que, a su vez, los jueces aplican, ya no sean reconocidas por los jueces por haberlas prescrito otros legisladores. Aquí -concluye nuestro autor- nos damos cuenta de que el razonamiento de los jueces se apoya en proposiciones normativas no jurídicas, puesto que no son aceptadas por los jueces por el hecho de haber sido prescritas por autoridades legítimas. Nino se pregunta por el carácter de estas normas a las que debemos remitirnos necesariamente y señala que la adopción de tales normas que legitiman las fuentes de normas jurídicas se ve sometida a una práctica discursiva para conectarla con la moral positiva de la modernidad⁸⁶. La tesis defendida por Nino es que la identificación descriptiva de ciertas proposiciones normativas como jurídicas implica mostrar que derivan de ciertas normas morales que -desde el punto de vista de los participantes en un sistema- legitiman a determinadas autoridades y de proposiciones descriptivas de las prescripciones de tales autoridades. La adopción de una de tales

⁸⁶ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, *op.cit.*, pág. 58.

normas de legitimación de la autoridad jurídica no es el fin de la cuestión sino que el discurso continúa y tal adopción es sometida a crítica. El discurso propiamente jurídico está inmerso pues en el marco de un discurso práctico más amplio.

Para dar cuenta de la inmersión del discurso jurídico justificativo en el discurso moral, Nino analiza una serie de problemas que los participantes en tal discurso jurídico justificativo han de afrontar. El objetivo que nuestro autor persigue es demostrar que sólo siendo conscientes de que tales controversias internas desbordan el discurso jurídico y conectan a éste con la moral es posible ofrecer una solución plausible a tales problemas⁸⁷. Aquí me ocuparé de: (5.2.1) la cuestión acerca de la competencia del constituyente originario y la cuestión relacionada con ésta de la validez de las normas primitivas del sistema; (5.2.2.) la cuestión de las normas *de facto*; (5.2.3) el control judicial de constitucionalidad.

Esto me permitirá ir trazando las líneas de la tesis de la conexión justificativa del Derecho con la moral defendida por nuestro autor. Habremos avanzado así un paso más para poder en el último capítulo de este trabajo presentar una visión completa de la reconstrucción que hace Nino de la estructura del razonamiento jurídico justificativo.

⁸⁷ Nos dice Nino que los problemas de los que se ocupa “demuestran que los jueces, abogados y juristas al remitirse a normas no captables por un concepto descriptivo judicial institucionalizado de Derecho, para legitimar prescripciones de las autoridades cuyo contenido significativo emplean en sus decisiones y propuestas, no se agotan en tales normas sino que en realidad implican una remisión a todo un sistema de justificación más amplio que el que está basado en las prescripciones de las autoridades. Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política, op.cit.*, pág. 60-61.

5.2 Análisis de distintos problemas que superan el marco jurídico.

5.2.1 El problema de la competencia del constituyente originario y el de la validez de las normas originarias del sistema. La individualización del orden jurídico a través del tiempo.

La cuestión acerca de la justificación de la competencia jurídica originaria y la pregunta acerca de la validez de las normas originarias son, en realidad, dos formas de preguntar por el mismo problema. Como veremos a continuación, según Nino, “esa validez o justificabilidad es de carácter moral y compromete con posiciones de esa índole cuando la validez de una norma –o, lo que es lo mismo, la competencia jurídica para dictarla- se predica en la conclusión de un razonamiento jurídico justificativo”⁸⁸.

5.2.1.1 La cuestión acerca de la competencia originaria.

Nino da cuenta de este problema a partir del análisis que hace Carrió de la noción de competencia originaria en su monografía *Sobre los límites del lenguaje normativo*⁸⁹. En este trabajo, Carrió da un paso importante en la dilucidación de la idea de poder constituyente originario, sacándolo del enredo en el que aparece en los estudios de Derecho constitucional dónde es utilizado, en opinión de Carrió, transgrediendo los límites del lenguaje normativo: se habla de competencia constituyente originaria en un contexto en el que se niega la existencia de normas que establecieran tal competencia y considerando que el titular de ese poder goza de él no porque haya una norma o un conjunto de normas que previamente se lo haya conferido, sino porque puede llevar a la práctica lo que quiere; es decir, porque es de hecho capaz de adoptar decisiones a la vez globales y concretas acerca de los modos de existencia de

⁸⁸ Nino, C.S., *La validez del Derecho, op.cit.*, pág. 69.

⁸⁹ Carrió, G., *Sobre los límites del lenguaje normativo*, BsAs, ed. Astrea, (1973), incluido en Carrió, G.R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo -Perrot, BsAs, (4ªed. corregida y aumentada, 1990), pág. 237-259.

la comunidad política. Según Carrió, entonces, "el uso del concepto de poder constituyente originario para justificar la reforma revolucionaria de normas constitucionales importa la pretensión de llevar el concepto normativo de competencia (en el sentido de "potestad" o de "atribución") más allá de los límites dentro de los cuáles este último concepto puede ser usado informativamente o servir realmente de justificación".⁹⁰ El análisis que de este problema hace Nino ha de verse pues, no tanto como una crítica al ensayo de Carrió cuanto como una profundización en esa línea análisis y respuestas que Nino considera acertada, aunque eso suponga, apartarse de algunas de las implicaciones que aparecían implícitas en el mencionado ensayo. Lo que aquí paso a exponer pues son tales divergencias y con ellas el paso dado por Nino en un camino que apareció ya iluminado por Carrió.

Nos dice Nino que la tesis principal de Carrió en relación con este tema es que el concepto de competencia originaria es un caso de transgresión de los límites externos del lenguaje normativo. Nino articula así esta tesis de Carrió: "La noción de una competencia originaria o de un poder originario para dictar normas es auto contradictoria puesto que 'competencia' o 'poder' son términos que aluden a la existencia de normas que estipulan ciertas facultades, y el adjetivo 'originario' está precisamente destinado a negar la existencia de tales normas. Se pretende pues emplear

⁹⁰ Carrió, G.R., *op.cit.*, pág. 253. A partir de unos párrafos de Sánchez Agesta : "Titular del poder constituyente [...] no es quien quiere o quien se cree legitimado para serlo, sino más simplemente quien puede [...]" "Para que un poder pueda considerarse como efectivo poder constituyente" es necesaria " la plena consumación del hecho, la plena consecución de su objeto creando un orden nuevo"; Carrió señala que "si para saber si estamos o no en presencia de un acto del poder constituyente originario, de un ejercicio de su incondicionada e ilimitada potencia, hace falta la plena consumación del hecho, los enunciados que afirman que algo es (ha sido) una manifestación o ejercicio del poder constituyente originario sólo pueden referirse al pasado. Hay que esperar a que la revolución tenga éxito para poder decir que, al instaurar un nuevo gobierno y, en su caso, reformar la Constitución, los revolucionarios ejercieron el poder constituyente originario o, lo que es lo mismo, realizaron actos y dictaron normas en ejercicio de competencias o prerrogativas propias de dicho poder". En cuyo caso -continúa con una analogía tan lúcida e ilustrativa como simpática- "dentro de esta línea de pensamiento la fuerza o el papel legitimador que tiene o cumple la invocación del poder constituyente originario, en tales circunstancias, no parece ser mayor que la fuerza o el papel que tiene o cumple la invocación de la voluntad divina en la cuarteta que, con un dejo de desencanto, informa que "vinieron los sarracenos/ y nos molieron a palos/ que Dios ayuda a los malos/ cuando son más que los buenos". Carrió, G.R., *op.cit.*, págs. 255-256; Sánchez Agesta, *Principios de teoría política*, (1983), págs. 330-332.

un concepto de índole normativa en contextos en que, por hipótesis, las normas están ausentes”⁹¹.

Sin embargo, este planteamiento no resulta -en opinión de Nino- convincente, resultando más plausible que, en realidad, al hablar de la competencia de órganos ‘soberanos’ estaría aludiéndose implícitamente no a normas jurídicas, sino a principios de una cierta moral ideal que quien emplea el concepto sustenta. En este sentido - escribe Nino-, el propio Carrió sostiene que este concepto, aunque desprovisto de utilidad teórica, tendría una vital importancia práctica cuando lo conectamos con la idea de que el titular del poder constituyente es el pueblo, remitiendo así a principios ideales de legitimación política. Serían estos principios, y no las normas de Derecho nacional o internacional, los que harían de puente entre ciertos datos fácticos –como puede ser el efectivo control de la fuerza estatal- y la conclusión normativa de que ciertos individuos gozan de facultades normativas de índole moral.

Pero, frente a esta objeción, Nino considera que alguien podría replicar que el concepto de poder constituyente originario tal como fue acuñado y es empleado de hecho por juristas y jueces es una noción jurídica que pretende cumplir un cierto papel en la explicación del Derecho y, sobre todo, en la justificación jurídica de actos y decisiones a partir de la Constitución. Siendo así, entonces podría cuestionarse el que los juristas y jueces que usan la noción de poder constituyente originario precisen invadir un territorio completamente ajeno a sus preocupaciones que no son ni éticas ni ideológicas, sino las de explicar y justificar fenómenos jurídicos. Lo que sucede es que - como señala Carrió- en tal caso habría que mostrar que incurren en un error quienes hablan de la competencia jurídica del constituyente originario porque falta el

⁹¹ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 44-45.

presupuesto básico para poder predicar tal competencia jurídica correctamente pues no hay normas jurídicas de referencia pertinentes.

El problema es que el planteamiento inicial de Carrió -en opinión de Nino- no parece resultar totalmente plausible aun a pesar de estas consideraciones. Veamos porqué.

Lo que demostraría el análisis de Carrió es que el concepto de **competencia jurídica** no puede aplicarse al legislador originario y que, por lo tanto, el razonamiento jurídico no puede partir de esa predicación de competencia para alcanzar el mismo tipo de justificación que se obtendría a través de otras aplicaciones correctas (en el caso de autoridades delegadas) de la misma noción.

Cuando Carrió sostiene que el empleo del concepto de poder constituyente originario en un razonamiento encierra la falacia denunciada por Hume que consiste en derivar una prescripción de premisas puramente descriptivas⁹², en opinión de Nino parecería estar implícito que el empleo del concepto de competencia jurídica no involucraría tal falacia cuando apareciera como conclusión de un razonamiento cuyas premisas hacen referencia a la existencia de ciertas normas jurídicas. Carrió distinguiría, pues, un primer tipo de razonamiento en el cual una de las premisas se referiría al éxito de ciertos actos y al reconocimiento de sus consecuencias y un segundo tipo de razonamiento en el que la premisa equivalente se referiría a la competencia o facultades establecidas por una norma jurídica. Nino reproduce un razonamiento del primer tipo según es ofrecido por Carrió en *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Tal sería⁹³:

⁹² En opinión de nuestro autor, sería más preciso hablar de la falacia naturalista cuando se da el salto no de una premisa descriptiva a una normativa sino de una premisa sin contenido valorativo a otra con contenido valorativo. En la concepción metaética de Nino -constructivismo epistemológico- los juicios de valor tienen carácter descriptivo. Según nuestro autor sólo este tipo de juicios y ningún otro tipo de juicios descriptivos permiten derivar conclusiones acerca de cómo debemos actuar. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 61. Acerca del constructivismo ético y de los juicios de valor como descriptivos de unos determinados hechos morales, cfr. Nino, C.S., *El constructivismo ético*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, (1989), pág. 69-70.

⁹³ Cfr. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 48.

1. En la comunidad C se ha dado el caso de que grupos de hombres, valiéndose de la fuerza, han derrocado presidentes, disuelto legislaturas y destituido jueces.
2. Esos actos han tenido éxito; esto es, quienes llegaron al poder por la fuerza fueron reconocidos como autoridades de la comunidad C, y quienes se vieron de ese modo privados del ejercicio de sus cargos dejaron de ser reconocidos como tales.

Ergo: Los grupos de hombres protagonistas de tales actos tenían atribuciones (competencia, prerrogativas, etc) para llevarlos a cabo; la ejecución de esos actos presupone la facultad (atribución, competencia, etc) de ejecutarlos.

Y construye uno del segundo tipo:

1. En la comunidad C se ha dado el caso de que grupos de hombres, valiéndose de la fuerza, han derrocado presidentes, disuelto legislaturas y destituido jueces.
2. Esos actos estaban autorizados por la norma jurídica X que fue reconocida en la comunidad C como parte de su derecho vigente.

Ergo: Los grupos de hombres protagonistas de tales actos tenían atribuciones (competencia, prerrogativas, etc) para llevarlos a cabo.

En opinión de Nino, sin embargo, esta diferencia que parece crucial, en realidad no es tal. Si nos detenemos a ver el segundo tipo de razonamiento nos damos cuenta de que no hay diferencia entre ambos razonamientos ya que la premisa del segundo consiste también en un juicio descriptivo acerca de lo que estipula una norma que goza de cierto reconocimiento y observancia. Una vez advertido esto, puede adoptarse, en opinión de Nino, alguna de estas posiciones:

1) Una posibilidad es sostener que, dado que tal premisa no es tampoco una norma o juicio normativo, el segundo razonamiento es tan inválido como el primero. Al igual que éste, incurriría en la falacia que denuncia Hume puesto que este tipo de razonamiento pretende derivar una conclusión de índole normativa de premisas puramente descriptivas. Ahora bien –continúa nuestro autor-, si esto fuera así, habría que admitir que se incurre en la falacia en cuestión no sólo cuando se predica competencia jurídica de un órgano originario o soberano sino también cuando se hace respecto de un órgano no originario, esto es, delegado. Es decir, aun cuando el juicio de que alguien es jurídicamente competente presuponga –como el segundo razonamiento–

un juicio verdadero acerca de la existencia de una norma que faculta a realizar actos o a dictar otras normas, esa atribución de competencia sería siempre espuria porque, siendo de naturaleza descriptiva, estaría sólo basada en la verificación de ciertos hechos: la vigencia de una norma con determinado contenido.

2) La otra posición posible consiste en afirmar que el segundo razonamiento no es inválido porque su conclusión, al igual que sus premisas, es descriptiva. Las expresiones “competencia” “atribuciones”, etc, que figuran en la conclusión del segundo razonamiento, tendrían un significado meramente descriptivo (correspondiente al uso de expresiones normativas que Hare llama “entrecomillado”).

Lo que sucede, según nuestro autor, es que esto último puede predicarse del primer razonamiento que critica Carrió. No se trataría, sin embargo, de que no fuera válido sino de que su invalidez vendría dada no por la comisión de la falacia naturalista, como señala Carrió, sino porque las premisas no establecen el tipo de condiciones fácticas adecuadas para predicar competencia jurídica (en los términos en los que señala este autor). Esta supuesta invalidez sería, en opinión de Nino, fácilmente superable. En efecto, “cuando cierto grupo de hombres toma el poder en una comunidad y son reconocidos por ésta como autoridades, casi siempre se encargan de dictar normas por medio de las cuales se autoatribuyen competencia para realizar los actos que ejecutan”⁹⁴. Se podría incluso prescindir de tal autoatribución de competencia una vez que se advierte que el reconocimiento por la comunidad de autoridades, al que hace referencia la premisa del segundo razonamiento, implica en sí mismo la vigencia de una norma, del tipo de la regla de reconocimiento de Hart.

⁹⁴ En opinión de Nino podría objetarse la idea de “auto atribución de competencia jurídica” pero en ese caso, añade nuestro autor, si se considera que la atribución de competencia debe siempre ser hecha por un órgano que es en sí mismo competente, nunca nadie sería competente. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, pág.50

En definitiva, si se admite el carácter descriptivo de las conclusiones de ambos razonamientos, entonces es artificioso distinguir entre ellos y tenemos que elegir entre estas dos alternativas: (1) o bien la objeción de Carrió al tipo de razonamiento que subyace al empleo del concepto de poder constituyente originario –el empleo del concepto de poder constituyente originario en un razonamiento suele encerrar la falacia naturalista pues deriva una prescripción de premisas puramente descriptivas- es extensible a todo razonamiento que recurra al concepto de competencia jurídica; (2) o bien, de lo contrario, no se trata de un razonamiento que incurra en la falacia naturalista sino, en todo caso, de un razonamiento que es inválido porque carece de una premisa descriptiva muy fácil de proveer: la que describe ya sea una atribución de competencia o la derivación de esa competencia directamente de la regla de reconocimiento del sistema.

Si se pretende reconstruir el concepto de competencia jurídica –originaria o derivada- tal y como es empleado en enunciados descriptivos, entonces, la segunda alternativa –señala Nino- permite asignar un significado coherente a tal **noción descriptiva**: alguien tiene competencia jurídica originaria cuando tiene el control del aparato coactivo estatal y sus facultades para dictar normas jurídicas no derivan de normas dictadas por otros órganos, sino de una norma dictada por él mismo a ese efecto o, en última instancia, de la regla de reconocimiento del sistema. Esto, claro, es relevante sólo si insistimos en predicar **competencia jurídica** de quienes dictan, en forma no delegada, normas jurídicas vigentes.

Lo que sucede es que estas dos alternativas pueden ser insatisfactorias para interpretar algún otro tipo de razonamiento que recurra a la noción de competencia ya que, como hemos visto, sólo da una explicación satisfactoria de la noción descriptiva de competencia originaria. Si se pretende reconstruir el concepto de competencia –

originaria o derivada- tal y como es empleado en enunciados que expresan razones para actuar no es suficiente concluir que las aplicaciones de ese concepto presuponen juicios descriptivos acerca de la vigencia de normas jurídicas. Y es precisamente el hecho de que el concepto de competencia jurídica suela emplearse en enunciados con los que se pretende justificar actos y decisiones lo que, en opinión de Nino, se presenta como una razón relevante para que -independientemente de que este concepto se utilice en contextos descriptivos-, se analice también el concepto de competencia jurídica – originada o derivada- tal cual es usado en el contexto de un razonamiento dirigido a justificar acciones y decisiones. Del análisis de Nino de esta cuestión ya avancé unas ideas al ocuparme del concepto de norma jurídica. Cuando el concepto de competencia jurídica es empleado en contextos justificativos es un concepto moral, o sea, presupone la aplicabilidad de ciertos principios de justicia y moralidad social que establecen en qué condiciones cabe observar y reconocer las directivas de quienes detentan el monopolio de la coacción en una comunidad. Esto es, en contextos justificativos, el concepto de competencia jurídica es empleado en juicios de adhesión normativa, que presuponen tanto juicios acerca de principios morales generales (consideraciones de filosofía moral acerca de la legitimación del poder político y de la obligación de obedecerlo) como juicios fácticos acerca de la vigencia de ciertas normas jurídicas.

Además, tratando de dar respuesta a una cuestión que también preocupaba a Carrió, Nino escribe que si fuéramos conscientes de que la adjudicación del poder constituyente originario involucra un compromiso moral, probablemente se evitaría que la idea de que alguien detenta competencia jurídica soberana para dictar normas constitucionales esté asociada con los atributos de ilimitación y omnipotencia -algo que, aun cuando se adjudique tal poder a órganos democráticamente elegidos, favorece una actitud despreocupada hacia los derechos individuales básicos. Una articulación de los

principios de moralidad social que rigen la legitimidad política mostrará, seguramente, que esa legitimidad deriva de la necesidad de hacer efectivos aquellos derechos y está condicionada, por lo tanto, al éxito que se tenga en la satisfacción de esa necesidad⁹⁵.

5.2.1.2 “Todas las normas de este código son modificables por el procedimiento P”: La cuestión de la autorreferencia en la predicación de validez de las normas primitivas del sistema.

La tesis con la que Nino cierra su análisis del concepto de competencia jurídica originaria es retomada de nuevo en su ensayo IV "¿Puede un sistema jurídico generar su propia validez?", en *La validez del Derecho*, para, como veremos, ser corroborada.

Escribe Nino que “en la teoría de Kelsen, si bien la validez de una norma deriva de la validez de una norma superior que autoriza su dictado o declara obligatorio su cumplimiento, lo que se transmite es algo distinto de la mera relación con la norma superior, se trata de la fuerza obligatoria o justificabilidad de la norma. Esto hace posible predicar validez aun de las normas primitivas y esa validez es de carácter moral y compromete con posiciones de esa índole cuando la validez de una norma –o, lo que

⁹⁵ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, pág. 66. Sobre este punto volveré en el capítulo V de este trabajo. Por lo demás, Carrió no era ajeno a estas consideraciones como puede leerse cuando, en las conclusiones del trabajo citado, señala (junto a la advertencia -recogida también por Nino citando a Carrió- acerca de que, pese a su inutilidad teórica, el concepto de poder constituyente originario tiene una gran utilidad práctica pues conectado con la idea de que no hay otro titular del poder constituyente que el pueblo, el concepto en cuestión integra un cuadro o pintura de la organización social apto para promover la ideología democrática y para promover a los hombres a defenderla) que es preciso agregar dos cosas: "Primero. El principio del gobierno de la mayoría puede conducir a la intolerable opresión de las minorías y de los individuos, si se lo exalta al plano de un principio absoluto y no se lo mitiga o modera con un método eficaz de protección de los derechos humanos. La postulación de la entidad 'poder constituyente originario', a la que se asignan los atributos de ilimitación y omnipotencia, no favorece, precisamente, esa indispensable moderación. Segundo. Una vez que el principio del gobierno de la mayoría se complementa con los dispositivos apropiados para tutelar a las minorías y a los derechos fundamentales de los seres humanos individualmente considerados, la ideología resultante de aquel principio y del principio paralelo que reclama la adopción de tales dispositivos, puede ser adecuadamente defendida y difundida sin necesidad de echar mano de una noción tan confusa e inasible como el concepto de poder constituyente originario", Carrió, G.R., *op.cit.*, pág. 258-259. La lectura de estos párrafos transcritos permite, en mi opinión, ver los hilos argumentativos de los que Nino tiró.

es lo mismo, la competencia jurídica para dictarla- se predica en la conclusión de un razonamiento jurídico justificativo”⁹⁶. Con el análisis del que a continuación voy a dar cuenta, nuestro autor trata de corroborar esta tesis mostrando que hay que descartar que sea posible no trascender el sistema jurídico para predicar validez de las normas primitivas del sistema (y a través de ellas de todas las restantes) y rechazando que a los efectos de la validez en sentido normativo (esto es como obligatoriedad) el dictado y derogación de esas normas primitivas pueda estar autorizado por ellas mismas a través de una autorreferencia. Si esto fuera posible, el sistema jurídico sería autosuficiente para generar su propia validez sin que fuera necesario recurrir para fundamentar tal validez a principios extrajurídicos de carácter moral. Esto implicaría también que la autoridad suprema (el constituyente) podría estar limitada jurídicamente y no sólo moralmente. Pero la conclusión a la que llega Nino, como veremos, es que esto no es posible, y que cuando predicamos validez de una norma jurídica, necesariamente estamos refiriéndonos a principios extrajurídicos de naturaleza moral.

Con este análisis, Nino trata, además, de presentar una serie de problemas que el enfoque hartiano sobre la individualización del orden jurídico basado en la regla de reconocimiento habrá de enfrentar al tratar de dar cuenta de la variación de las reglas de reconocimiento a través del tiempo. Uno de esos problemas es la denominada paradoja de Ross. Esta se presenta cuando una regla de reconocimiento -aquí está pensándose en la Constitución como fuente última del sistema jurídico- dispone su propio cambio de modo que ella misma se aplica para ser reemplazada por otra regla de contenido diverso. En *Sobre el Derecho y la justicia*⁹⁷, Ross señalaba que la aparente continuidad no podía ser tomada en cuenta ya que, de lo contrario, habría que admitir, de un lado,

⁹⁶ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 69.

⁹⁷ Ross, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, [Trad. G. Carrió], BsAs, Eudeba, (1963). Puede verse también Ross, A., "Sobre la autorreferencia y un difícil problema de Derecho Constitucional", en *El conjunto de validez y otros ensayos* [trad. E.Bulygin y E. Garzón Valdés], BsAs, (1969).

una autorreferencia inexplicable y, de otro, la posibilidad de que una norma inexistente siga siendo el fundamento de la validez de su norma sucesora.

Veamos el problema a partir del texto constitucional. Si el artículo que dispone el procedimiento de reforma de la Constitución fuera reformado de acuerdo con lo que él mismo dispone, el nuevo artículo sólo podría verse como el resultado de una reforma regular de la Constitución si aceptamos dos premisas cuestionables (1) que el antiguo artículo de reforma se refería a sí mismo al fijar el procedimiento de reforma y (2) que el antiguo artículo sigue determinando la validez del nuevo artículo de reforma no obstante no ser ya válido⁹⁸. La conclusión a la que quiere llegar Nino se articula en dos niveles, (a) por un lado, quiere demostrar que, a diferencia de lo que se suele considerar, a los efectos de cambio del orden jurídico, no existe una diferencia entre la modificación de las normas básicas del sistema de forma regular o de forma revolucionaria. En ambos casos habrá siempre un cambio. Y con esto quiere llevarnos a (b) su segunda conclusión que es la siguiente: sostener lo anterior no significa que, en otro orden de consideraciones, dé lo mismo modificar la Constitución de forma regular o irregular, sino que lo que implica es que, cuando cambia la base de un sistema, hay un orden jurídico diferente y el fundamento de la validez (en el sentido normativo) de las nuevas normas no puede encontrarse en el sistema derogado, aunque en muchos casos haya una estrecha continuidad entre ellos.

Nino se ocupó de la denominada "paradoja de Ross" en su trabajo *La validez del Derecho*. En este trabajo, Nino da cuenta (1) del análisis que Ross llevó a cabo y de las dificultades que éste ha encontrado a la posibilidad de que la norma que prevé el procedimiento de reforma constitucional pueda ser reformada de acuerdo con el

⁹⁸ Nino, C.S. , *Fundamentos de Derecho Constitucional, op.cit.*, pág. 43.

procedimiento que ella misma prevé; tales dificultades llevan a Ross a descalificar la posibilidad de que la norma que regula la reforma constitucional se aplique a sí misma, limitando jurídicamente, de este modo, a la autoridad suprema, (2) de la crítica que Hart Bulygin y Guibourg dirigen al análisis de Ross y, por último, (3) sugiere una explicación a los mismos problemas que preocuparon a Ross –aunque se aparta de la explicación dada por este autor- que le llevará, como he apuntado, a corroborar la tesis de que, cuando estamos en un contexto de razonamiento justificativo, la validez o justificabilidad que se predica de las normas primitivas del sistema tiene carácter moral.

Detengámonos a ver con detalle el análisis que hace Nino de este problema.

(1) Ross en su trabajo *Sobre el Derecho y la Justicia* sostiene que las normas que otorgan competencia jurídica para dictar otras normas forman una cadena que no puede ser infinita puesto que hemos de llegar a un punto en que estamos frente a una autoridad suprema cuya facultad de dictar y modificar normas no deriva de otra norma sino de una ideología política presupuesta, o sea, de una hipótesis inicial (sería el equivalente a la norma fundamental kelseniana)⁹⁹.

En opinión de Nino¹⁰⁰, lo más interesante del desarrollo de Ross son sus argumentos para rechazar la posibilidad de que la norma que prevé el procedimiento de reforma constitucional (estatuyendo así la autoridad suprema) pueda ser reformada de acuerdo con ese procedimiento que ella misma prevé. Ross descalifica la posibilidad de que la norma que regula la reforma constitucional se aplique a sí misma limitando de esta forma jurídicamente a la autoridad suprema porque en su opinión: (a) las proposiciones o normas autorreferentes carecen de significado y, además, (b) carecería de sentido que una norma regulara su propio procedimiento de reforma ya que esto

⁹⁹ Para una crítica en contra de estos intentos por "encontrar anclaje" para el sistema jurídico, cfr. R. Guibourg "Hart, Bulygin y Ruiz Manero: tres enfoques para un modelo", *Doxa*, n° 14, (1993), pág. 429-434.

¹⁰⁰ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 70.

implicaría que si la norma en cuestión es reformada, la validez de la nueva norma derivaría de la antigua y, en opinión de Ross, esto no es posible porque una norma no puede derivar su validez de otra que no es ya válida y que es incompatible con ella.

Esta argumentación con la que Ross trataba de demostrar, como he apuntado, que la autoridad suprema no podía estar a su vez jurídicamente limitada, sino que había que trascender el sistema jurídico para encontrar tales límites fue objeto de un debate que, sin embargo, olvidó tal punto clave al que quería apuntar Ross y con ello, de alguna forma, las discusiones -al no tener presente el objetivo de Ross- fueron menos claras de lo que, en otro caso, podrían haberlo sido.

(2) La primera respuesta a la tesis de Ross vino de Hart. Nino apunta que Hart¹⁰¹ rebatió los argumentos de Ross señalando, por un lado, que, aunque la autorreferencia total carece, efectivamente, de sentido, no sucede lo mismo con la parcial y, por otro, que, además, el diferente ámbito temporal de las dos normas supondría que la nueva norma no estaría en contradicción con la antigua, siendo posible, por lo tanto, hablar de que la nueva norma deriva su validez de la anterior.

Ross contestó a esta crítica en su trabajo "Sobre la autorreferencia y un difícil problema de Derecho constitucional"¹⁰². Por lo que se refiere a la cuestión de la autorreferencia, Ross precisa que hay que distinguir la autorreferencia genuina de la espuria y sostiene que, en el caso de la autorreferencia parcial, el problema aparece respecto de una parte del significado de la proposición. Sólo respecto de esa parte se puede decir que la proposición o norma, por ser autorreferente, carece de significado. Por lo que se refiere al segundo argumento de Hart, Ross señala que la nueva norma constitucional contradice la antigua de la que supuestamente deriva y que, precisamente

¹⁰¹ Hart, "Self-Referring Laws", en *Festschrift Tillagnad Karl Olivecrona*, Estocolmo, (1964); tomo referencia de Nino en *La validez del Derecho*, op.cit .

¹⁰² En Ross, A., *El concepto de validez y otros ensayos*, BsAs, Centro editor de América Latina, (1969).

por eso, y en virtud del principio *lex posterior*, se suceden. Pero añade que, debido a la contradicción lógica que hay entre ambas normas no podemos derivar la validez de una de la validez de la otra.

Bulygin y Guibourg cuestionaron la replica de Ross a Hart, considerando que los problemas apuntados por Ross no eran problemas genuinos.

Bulygin¹⁰³ se ocupa especialmente de la cuestión de que la validez de una norma no puede derivar de otra con contenido opuesto. Este autor parte de que la validez a la que alude Ross es de índole normativa y ésta se expresa a través de un juicio que predica de una norma que ella debe ser obedecida. En opinión de Bulygin, la contradicción apuntada por Ross no se da puesto que considera que el hecho de que cada norma de reforma constitucional se refiera a una Constitución diferente¹⁰⁴ da lugar a que la norma antigua y la nueva tengan una referencia distinta. La conclusión a la que llega Bulygin es que la validez normativa de la nueva Constitución puede, efectivamente, derivar de la antigua que queda derogada; pero aclara que la aplicabilidad de la Constitución nueva (y aun de la vieja respecto de actos ocurridos durante su vigencia) debe derivar de un criterio perteneciente al sistema jurídico vigente (después me ocuparé de la opinión de Nino en relación con esta última cuestión).

Guibourg¹⁰⁵, por su parte y por lo que se refiere al tema de la autorreferencia normativa, rechaza la idea de que todo enunciado genuinamente autorreferente carezca

¹⁰³ Bulygin, E. "Tiempo y validez", (1982) en *Análisis lógico y Derecho*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1991).

¹⁰⁴ En este sentido apunta Bulygin en la obra citada que al ser la Constitución un conjunto de normas, ella no es la misma si incluye, por lo menos, una norma distinta. En el caso en cuestión, tal norma distinta sería la que estipula el procedimiento de reforma. En este mismo sentido Hoerster sostiene que no hay problema de contradicción entre el artículo 88 de la Constitución de Dinamarca que establece el procedimiento para su reforma y el artículo 88' puesto que ambos pertenecen a diferentes Constituciones: una que contiene el artículo 88 y otra de la que forma parte el artículo 88'. Hoerster, N., "On Alf Ross's Alleged Puzzle in Constitutional Law", en *Mind*, (1972), págs. 422-426.

¹⁰⁵ Ricardo A. Guibourg, "La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional", en *El lenguaje del Derecho*, Bulygin, Farrell, Nino, Rabossi, comps. , Abeledo-Perrot, BsAs, (1983).

de sentido¹⁰⁶ y sostiene que algunos enunciados autorreferentes no son significativos no por ser autorreferentes, sino por carecer de referencia (si que la tienen, sin embargo, algunos enunciados claramente autorreferentes como "este enunciado contiene una referencia a sí mismo" o "este enunciado no contiene una referencia a sí mismo" ambos son significativos y su verdad o falsedad puede apreciarse examinando el propio enunciado) al implicar, algunos de tales enunciados, una contradicción. Sería el caso de enunciados -si los aceptamos a los efectos como enunciados- como 'Esto que digo es falso'. En este caso lo que sucede es que si sustituimos el anterior enunciado por p entonces, de acuerdo con el concepto de verdad semántica establecido por Tarski, p implica que "p" es verdadero (esto es, que yo creo que "p" es verdadero) puesto que todo enunciado implica la afirmación de su verdad (esto es, todo enunciado proferido por un sujeto implica la creencia de este sujeto en su verdad)¹⁰⁷. Si reemplazamos "p" por "p es falso" entonces sucede que afirmamos explícitamente que p es falso e implícitamente que es verdadero. Esto es, incurrimos en una contradicción. Sucede,

¹⁰⁶ Si que tienen sentido -apunta Guibourg- enunciados autorreferentes como p.ej.: "Este enunciado contiene una referencia a sí mismo". El enunciado afirma que se refiere a sí mismo y para saber si es verdad basta examinarlo y ver que efectivamente se refiere a sí mismo. De la misma forma que el enunciado "Este enunciado no se refiere a sí mismo" es falso, y por lo tanto significativo, a pesar de ser también genuinamente autorreferentes. R.Guibourg. *op.cit.*, pág. 186.

¹⁰⁷ Tarski ha establecido el concepto de verdad semántica que podemos ver a partir del siguiente ejemplo: "La nieve es blanca" si y sólo si la nieve es blanca" o, de forma más rigurosa, X es verdadera si, y sólo si, p, donde X es el nombre de la proposición p. De ahí resulta que todo enunciado (p) implica la afirmación de su verdad ("p" es verdadero). Si reemplazamos la variable p por la expresión 'p es falso', ocurre que afirmamos explícitamente que p es falso y, implícitamente, que p es verdadero. Es decir, estaría diciendo 'Es verdad que esto que digo es falso'. Esto es una contradicción. Lo que sucede -apunta Guibourg- es que en una primera aproximación no lo vemos y nos quedamos perplejos. Del mismo modo, si "esto que digo es verdad" se aceptase como enunciado, el resultado no generaría paradoja alguna puesto que la afirmación explícita (p es verdad) y la implícita ("p es verdad" es verdad) coincidirían en una conjunción contingente.

En el caso de la conocida como "paradoja del mentiroso" lo que sucede es que el enunciado encierra una contradicción. En el momento en que dilucidamos esto nos damos cuenta de que la paradoja es sólo aparente. En efecto, pensemos en el caso del sujeto mentiroso que dice: "Yo estoy mintiendo". Tal enunciado a primera vista nos provoca un desconcierto pues es verdadero cuando es falso, esto es, cuando el sujeto no está, de hecho, mintiendo. Lo mismo sucede con el enunciado "esto que digo es falso" que resulta ser verdadero cuando es falso. Pues bien, apunta Guibourg que lo que aquí sucede es que estamos afirmando explícitamente que lo que decimos es mentira o falso e implícitamente que es verdadero (esto es, que creemos en su verdad). Esto es, afirmamos una contradicción. Guibourg, R.A., "La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional", en *El lenguaje del Derecho*, Bulygin, Farrell, Nino, Rabossi, comps., ed. Abeledo-Perrot, (1983).

además -continúa Guibourg-, que ver como enunciados a los anteriores era sólo una hipótesis para demostrar que no es la autorreferencia el factor que puede privar de sentido a tales expresiones, pero tal hipótesis -la que consiste en verlos como enunciados- no puede aceptarse y las mencionadas expresiones carecen, en verdad, de significado. El valor de "p es verdad" depende del valor de p, y la determinación de éste requiere el previo análisis de p. Si p resulta ser un enunciado analítico, tautológico o contradictorio, su verdad o falsedad resultará del propio enunciado. Si es un enunciado contingente, él mismo enunciará las condiciones que pueden confirmarlo o hacerlo falso. Pero, si aceptamos que "esto que digo es verdad" es un enunciado -se pregunta Guibourg- ¿cuál será la perspectiva de averiguar su verdad o su falsedad?. Predico la verdad de esto que digo, pero "esto que digo" es que esto que digo es verdad y así sucesivamente. Entonces lo que sucede es que ciertas expresiones, detrás de una autorreferencia aparente, ocultan un vacío que las hace incompletas e insuficientes para expresar una proposición a la que pueda atribuirse algún valor de verdad. En definitiva, -apunta Guibourg- decir "esto que digo es verdad" o "esto que digo es falso" son expresiones tan poco significativas como " es verdad", donde el espacio en blanco no ha sido llenado con ninguna proposición. Estas formulas carecen de referencia no por ser autorreferentes sino por no tener un real núcleo de significado, esto es, por ser un predicado sin sujeto.

Esa vacuidad -no implicada, pues, necesariamente por la autorreferencia- también aparece en los casos en los que se dice: "la presente norma no es válida" o "esta norma es obligatoria" "esta orden no debe ser obedecida" etc, ya que allí donde no se menciona conducta alguna o donde no se remite a otra norma, no existe norma de la que pueda disponerse validez o invalidez, sanción o derogación al no contener referencia a

una conducta determinada ni remitir a otra norma, presente o eventualmente futura que pueda contenerla.

Si se toma el sentido de autorreferencia de forma menos estricta, esto es, en el sentido de que una norma es autorreferente no sólo cuando se refiere a sí misma sino a toda una ley de la que ella forma parte, la vacuidad desaparece¹⁰⁸.

Por lo que se refiere a la cuestión de la derivación, Guibourg considera que sostener que una nueva norma de reforma constitucional no puede derivar su validez de la antigua es teóricamente erróneo y políticamente peligroso ya que puede hacer pensar que da lo mismo cómo se reforma la Constitución. Con esto Guibourg trata de dar respuesta a una postura como la sostenida por Ross y Nino según la cual cuando se transforma la base de un sistema jurídico se produce un cambio de tal sistema y que, a los efectos, da lo mismo que se convoque a una convención constituyente para tomar la decisión de reformar la Constitución, como que el presidente tome la decisión de modificarla: en ambos casos el resultado será siempre un cambio del orden jurídico¹⁰⁹. Nino considera errónea la creencia de los juristas de que cuando se produce una reforma regular de las normas de la base del sistema (Constituciones que se reemplazan total o parcialmente -incluyendo, en este último caso, la norma de reforma) no hay cambio del orden jurídico¹¹⁰.

¹⁰⁸ Guibourg señala a modo de ejemplo el caso de una ley compuesta de dos normas, una de las cuales declara a toda la ley derogada, esta ley será pragmáticamente absurda; pero este juicio que hacemos de ella muestra que la entendemos, que tiene sentido. Guibourg, R., *op.cit.*, pág. 190-191.

¹⁰⁹ Ross, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, *op.cit.*, pág. 79, Nino, C.S., *Introducción al Derecho*, pág. 147.

¹¹⁰ En el mismo sentido, Atienza y Ruiz Manero escriben que "pudiera haber quienes sostuvieran que es erróneo suponer que la Constitución viene señalada directamente como fuente jurídica suprema por la regla de reconocimiento aceptada; la Constitución española de 1978 fue dictada por unas cortes elegidas de acuerdo con lo previsto en la Ley para la Reforma Política, la cual fue dictada de acuerdo con lo previsto en las Leyes Fundamentales del régimen franquista...de forma que la continuidad jurídica se extendería, hacia atrás, hasta las disposiciones de la Junta de Burgos que invistieron al general Franco como jefe de Estado. De tal modo, la regla de reconocimiento aceptada vendría a remitir, no al constituyente de 1978, sino a la junta de Burgos de 1936, como autoridad suprema". Pero, en su opinión, esta posición "aunque pudiera traslucir hábitos mentales y esquemas de interpretación comunes entre los juristas es, claramente, errónea, puesto que si bien todo cambio irregular de la fuente suprema se traduce - si tiene éxito- en el uso de una nueva regla de reconocimiento por parte de los tribunales y funcionarios,

Guibourg, sin embargo, rechaza el argumento de Ross según el cual si la validez de la nueva norma de reforma derivase de la antigua estaríamos ante una inferencia cuya conclusión contradice una premisa, sosteniendo que la derivación dinámica de las normas jurídicas es diferente de la derivación estática propia de la inferencia lógica, puesto que, mientras en ésta tanto la premisa como la conclusión son atemporales, en la primera hay una secuencia temporal entre ellas, y la norma derivada no está presente en la derivante sino “en potencia”; el artículo de reforma constitucional regula cómo el órgano constituyente que lo dictó y cesó en sus funciones puede ser sucedido por otro.

Veamos a continuación cual es la postura de Nino en relación con esta polémica.

Por lo que se refiere a la cuestión acerca de la autorreferencia normativa, Nino, tras dejar de lado la que califica como compleja cuestión lógica y semántica de si hay proposiciones que siendo genuinamente autorreferentes sean significativas (aunque considera que en toda autorreferencia genuina hay un regreso al infinito que elimina la referencia), se ocupa del caso de la genuina autorreferencia normativa, cuya significatividad, sostiene, le genera todavía más dudas.

Aunque tanto Hart y, de forma menos clara, Guibourg defienden la significatividad de la autorreferencia parcial, Nino considera que el argumento de Ross contra la posibilidad de la autorreferencia parcial es definitivo: una norma que estipula la forma de modificar un conjunto de normas en el que está ella misma incluida – suscribe Nino- es estrictamente equivalente a una conjunción de normas que estipulan el

no todo cambio regular de la fuente suprema implica la continuidad de la misma regla de reconocimiento. [...] Así, si alguien alegara en contra de la validez de la Constitución de 1978 que, por ejemplo, en el referéndum de aprobación de la Ley para la Reforma Política de 1976 hubo fraude, esto sería visto como algo de interés meramente histórico, pero como argumento pretendidamente jurídico sería considerado como una simple extravagancia". Atienza, M y Ruiz Manero, J., *Las Piezas del Derecho*, op.cit., págs. 148-150. En este mismo sentido escribe Garzón Valdés que "si el cambio se realiza de acuerdo con la 'regla de reconocimiento' estamos frente a una reacción de identidad [...]" sin embargo "el cambio República de Weimar-nacional socialismo, por más legal que pueda haber sido (y sobre ello hay también dudas" significó un cambio de regla de reconocimiento, es decir, un cambio en el punto de vista interno, una alteración de las creencias de quienes detentaban el poder. Por consiguiente, no fue una reacción de identidad", en Garzón Valdés, E., "El concepto de estabilidad de los sistemas políticos" (1987), en *Derecho, Ética y política*, op.cit., pág. 594.

procedimiento de modificación de cada una de las normas del conjunto; uno de los miembros de la conjunción se referirá completamente a sí mismo, y es ese miembro, y no los restantes, el que carece de sentido¹¹¹.

En opinión de Nino, la resistencia a admitir este argumento y la tendencia a pensar que cuando una proposición es parcialmente autorreferente queda saneado el sin sentido del enunciado completamente autorreferente implicado se debe a que cuando la aparente autorreferencia es parcial (“Todas las normas de este código son modificables por el procedimiento P”) hay oportunidad para una interpretación de la oración, o de la formulación normativa, como si se tratara en realidad de dos normas: una norma B que estipula que todas las demás normas pero no ella misma son modificables por el procedimiento P y otra norma C que establece que la norma anterior, esto es, la norma B, es modificable por el mismo procedimiento P. El legislador que emitiera una formulación semejante estaría en realidad, apunta Nino, dictando dos normas que operan en niveles diferentes puesto que una se refiere a las demás normas del cuerpo en cuestión y la otra se refiere a la primera. Una posible objeción que podría dirigirse es que esto llevaría a un regreso al infinito, puesto que, frente a la natural pregunta de cómo se modifica a su vez la segunda norma, que establece el procedimiento de reforma de la primera norma, que estipula igual procedimiento para modificar las reglas restantes, la única respuesta posible parece ser que debe haber otra norma adicional que establece el mismo procedimiento para reformar esa primera norma y así sucesivamente. Sin embargo, Nino considera que esto no tiene por qué ser así

¹¹¹ Moreso, interviniendo años después en esta polémica, escribía en contra de esto, que, en su opinión, la norma de reforma constitucional no es autorreferente ni genuina ni parcialmente, como sostienen Ross y Nino, sino que se trata de lo que Popper denomina "expresiones indirectamente autorreferentes"; la primera se refiere a la segunda y la segunda se refiere a la primera. Esto es, la disposición de reforma constitucional atribuye (supuestamente) validez a la nueva ley de reforma y la nueva ley de reforma deroga (atribuye invalidez) a la disposición de reforma constitucional. Y este supuesto tiene perfecto sentido. Moreso, J.J., "Disposiciones de reforma constitucional", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 10, (1991), pág. 210-211. Por cierto que, como aclara el propio Moreso, la validez a la que hace referencia en su intervención en la polémica es un sentido descriptivo de validez o validez como pertenencia.

necesariamente: “no tiene por qué haber norma alguna en el sistema acerca de cómo modificar la norma que regula la reforma de las demás normas. Si la norma B se modifica por el procedimiento P de acuerdo con lo que establece la norma C, esta norma C, aunque no sea derogada, deja de ser aplicable por haber desaparecido su objeto de regulación (la norma B). Aunque C subsista puede, sin embargo, plantearse, continúa nuestro autor, la cuestión acerca de cuál sería el procedimiento para dictar la norma C’ (la que establezca el procedimiento de reforma de B’) y las demás que sucedan en el futuro a ésta. En opinión de Nino, la solución a este problema vendría dada si consideramos que el sistema incluye una norma general C” que estipula lo siguiente: “Toda norma que establece el procedimiento para modificar otras normas del sistema puede ser modificada por el mismo procedimiento que ella fije, salvo que haya otra norma que establezca algo distinto”¹¹².

¹¹² Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 77. Moreso cuestiona esta reformulación de Nino puesto que supone una interpretación de las normas de competencia como prescripciones. Esto es, en la interpretación de Ross y de Nino, las normas de competencia obligan a comportarse conforme a las normas establecidas por el órgano delegado, algo que -escribe Moreso- parece erróneo si se aprecia que el órgano al que se confiere la competencia puede dictar disposiciones no prescriptivas (como, p.ej., *u*: "Nombro ciudadano de honor a x" y ni siquiera es posible imaginarse que querría decir que es obligatorio obedecer una disposición como *u*).

En relación con el problema acerca de si puede una disposición derogatoria -la ley de reforma- cuya creación ha sido autorizada por disposición de reforma constitucional derogar la disposición de reforma constitucional que le confiere validez, Moreso señala que -frente a lo sostenido por Hart entre otros- la aceptación del principio dinámico del Derecho es, precisamente, el que genera tal contradicción. Esto es, según Moreso, se produce una contradicción al aceptar la relevancia de los momentos temporales. De esta forma el principio dinámico aparecería formulado de la siguiente manera: Si una norma N ([RC]) ha sido derogada en el momento *t* por una norma D ([LR].1="queda derogado el artículo que establece el procedimiento de reforma de la Constitución), válida en *t*, entonces N es inválida en *t*. De esta formulación se deduce que [RC] es inválida en *t*, una conclusión que contradice nuestra premisa inicial, como Ross afirmaba.

Una precisión que hace Moreso, y que es de gran importancia, es que, en esta argumentación en relación con lo sostenido por Ross, él presupone que este último cuando hace referencia a la validez de la norma N, está refiriéndose a que existe una Norma N1 que atribuye a N la calificación de norma jurídica - como **perteneciente al Derecho**-. (Es decir, se trataría aquí de la validez como pertenencia y no de la validez como obligatoriedad). Sin embargo, escribe Moreso que, si como Nino sostiene, en la argumentación de Ross validez significa validez normativa esto es "existe una norma N1 que obliga a obedecer N" entonces el problema es distinto (sobre esto volveré más adelante, a raíz del análisis de Nino).

Según Moreso, no es contradictorio describir una situación existente en un ordenamiento tal que según una norma N otra norma D es válida en un momento *t* y según la norma D, N es inválida en ese mismo momento *t*. Situación ésta altamente indeseable pero no imposible. Moreso concluye al igual que Ross que no se puede válidamente reformar la disposición de reforma constitucional por el procedimiento establecido por ella misma aunque sus razones son algo distintas de las expuestas por Ross: por una parte,

Sin embargo, continúa Nino, sigue abierta la cuestión de fundamentar la validez normativa (o fuerza obligatoria) de una norma como C". Si se parte de la presuposición de que esa validez sólo puede fundarse en otra norma que pertenece o perteneció al mismo sistema (o a un sistema inmediatamente antecesor) parece inevitable caer en el dilema entre un imposible regreso al infinito o una sospechosa autorreferencia.

La autorreferencia es eliminable –escribe Nino- si se trata simplemente de establecer de acuerdo con qué norma es modificable la norma que regula el procedimiento de reforma de las restantes normas del sistema: en tal caso, la respuesta es que el sistema incluye una norma originaria, que difícilmente se pretenda a su vez modificar, y que establece, si no hay otra norma que diga lo contrario, idéntico procedimiento para cambiar la norma de reforma que el que ella fija para las demás normas. Estas normas más básicas que las que plantean el problema, suelen ser -escribe nuestro autor¹¹³ - implícitas.

La autorreferencia no es, sin embargo, eliminable cuando recurriendo precisamente a ella se pretende mantener la aplicación de un criterio de validez (normativa) o fuerza obligatoria de cualquier norma, que exige que ella “derive” de otra norma que pertenece o perteneció al mismo sistema. Lo que sucede es que esto es una postura muy poco plausible y es, precisamente, como dije al principio de este apartado, la que, en la lectura que hace Nino de Ross, este último trató de atacar introduciendo la posibilidad de ella para explorar si así se pudiese preservar la aplicación irrestricta del criterio de validez que consiste en derivar la validez (en el sentido de obligatoriedad) de

las disposiciones de reforma constitucional, entendidas como *reservas de constitución*, desautorizan como inválidas las normas dictadas conforme a esa disposición que deleguen la competencia para reformar la constitución y, por otra parte, la disposición que derogara la disposición de reforma constitucional introduciría una situación indeseable en el Derecho, semejante a la producida cuando nos hallamos ante disposiciones incompatibles (con el agravante de que carecemos de criterio alguno para resolver tal incompatibilidad). Moreso, J.J., "Disposiciones de reforma constitucional", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 10, (1991).

¹¹³ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, *op.cit.*, pág. 43.

una norma de la validez de otra del mismo sistema, y concluyó que esta posibilidad debía ser rechazada.

Lo que sucedió es que, planteado el problema por Ross y percibidas sus dificultades, se difundió la idea de que frente a una cláusula de reforma constitucional hay que concluir que, o bien es autorreferente, o bien que hay una laguna acerca de su modificación, pero, en realidad, según demuestra Nino, el dilema es falso ya que, por un lado, un sistema jurídico puede ser autosuficiente, sobre la base de una norma como C'', para regular el procedimiento de modificación de aquellas de sus normas que puedan necesitar ser modificadas (éste, como vimos, no parece ser el caso de C'') -y por lo tanto no hay ni autorreferencia ni laguna- pero, por otro lado, esto no quiere decir que un sistema jurídico pueda generar su propia validez (en el sentido normativo que hace referencia a la fuerza obligatoria o justificabilidad de las prescripciones jurídicas).

(3) Es pues en este punto -"de dónde procede la fuerza vinculante" de, en este caso, la norma de reforma como C"- en el que Nino avanza sus principales argumentos. Nino, suscribiendo la postura de Ross acerca de la imposibilidad de que la autoridad suprema esté limitada jurídicamente (que una norma jurídica suprema regule su propio procedimiento de reforma), ofrece, sin embargo, una explicación diferente a esa imposibilidad. Nino sostiene que si admitiéramos la posibilidad de que la norma que regula la reforma constitucional se aplicara a sí misma, limitando, de este modo, jurídicamente a la autoridad suprema, el problema que afrontaríamos -a diferencia de lo sostenido por Ross- no vendría dado tanto por la cuestión de la autorreferencia -como hemos visto, según Nino, ésta podría solucionarse con una norma del tipo C''- sino por la cuestión acerca de la validez normativa o fuerza obligatoria de una norma del tipo de

C¹¹⁴. La exposición del análisis que lleva a cabo Nino de la derivación “dinámica” de una norma a partir de otra con contenido opuesto permitirá ver esto con más claridad.

Recapitulemos la polémica en torno a esta cuestión. Ross señalaba que si la norma que establece el procedimiento P para modificar la Constitución se aplicara a sí misma, la norma que la reemplace, fijando el procedimiento R, debería derivar su validez de aquella norma que tiene contenido opuesto. Esto constituiría –en opinión de Nino- un caso de una inferencia cuya conclusión contradice una de sus premisas, lo que constituiría un absurdo lógico. Por su parte, tanto Hart como Bulygin y Guibourg señalaban frente a Ross que el argumento temporal es decisivo para eliminar la contradicción¹¹⁵.

Nino parte de un argumento de Guibourg quien, considerando un sentido normativo de validez, sostiene que a diferencia de lo que ocurre en la deducción lógica, no es necesaria la verdad o validez simultánea de premisas y conclusión sino que hay

¹¹⁴ Moreso, entre otros, consideran innecesaria para describir el Derecho una noción de validez en sentido normativo, siendo para tales fines suficiente, en su opinión, una noción de validez como pertenencia al Derecho. Nino, sin embargo, como apunté al principio de este capítulo considera necesario para dar cuenta del Derecho de forma plausible ser conscientes de esta noción normativa de validez que es utilizada desde el punto de vista interno. Además, aunque esto ya excedería de lo apuntado por Moreso, lo que sucede es que, como tuve ocasión de exponer en el capítulo sobre los conceptos de Derecho, nuestro autor también está interesado en dar cuenta del concepto de Derecho que es manejado en contextos justificativos, dónde hablar de la validez de la norma N no significa meramente decir que en el ordenamiento S hay una disposición normativa que establece la obligatoriedad de N o decir que la conducta A es obligatoria no significa en ese contexto sólo decir que de acuerdo con el ordenamiento S, A debe ser realizada (esto es que hay una norma p.ej. N que establece que A debe ser realizada) sino que en tales contextos lo que se está diciendo es que hay razones para hacer A o que hay razones para obedecer la norma N. Y, como vimos, estando como estamos en una esfera en la que son afectados intereses de terceros, tales razones sólo pueden ser, en última instancia, de índole moral. Esto es ilustrado por Nino en *La validez del Derecho* (cfr. Nino, C.S., "Poder constituyente originario", *El lenguaje del Derecho*, Bulygin, Farell, Nino, Rabossi, comp., pág. 340-370): "Si fuera cierto que una acción se justifica con solo mostrar que está permitida por algún sistema normativo, los miembros de la mafia podrían justificar sus tropelías sobre la base de que ellas están de acuerdo con las "leyes" de su organización, un boxeador podría justificar haber matado a su contrincante disminuido aduciendo que actuó en un todo de acuerdo con las reglas del deporte, y yo podría justificar mi práctica de hacer zancadillas a los transeúntes sosteniendo que ella se conforma a las reglas de un juego muy divertido que inventé. Por supuesto, cada una de estas "justificaciones" sería de un tipo especial, "mafiosa", deportiva, jurídica, etc y ellas no excluirían que las respectivas acciones fueran injustificadas de acuerdo con otro sistema normativo, como el constituido por una moral ideal. Pero si cualquier sistema normativo provee razones independientes para actuar, ¿cómo decidimos cuáles prevalecen en el caso de estar en conflicto?[...]" Nino, C.S., *La validez del Derecho*, pág. 64. De la tesis de Nino de la unidad del razonamiento práctico me ocuparé en el próximo capítulo de este trabajo.

¹¹⁵ En contra, cfr. nota pie de pág. n° 110 de este capítulo. Referencia a Moreso, J.J., "Disposiciones de reforma constitucional", *op.cit.*

una sucesión entre ésta y aquellas. Y otro de Bulygin: la derivación no se hace en principio¹¹⁶ entre las normas mismas sino entre juicios de validez acerca de esas normas.

A diferencia de lo que sugiere Guibourg, Nino sostiene que el razonamiento que transfiere validez de una norma a otra es una inferencia lógica ordinaria¹¹⁷. En su opinión, una vez que advertimos que la derivación “dinámica” es un tipo de razonamiento deductivo, una de cuyas premisas es un juicio que confiere validez a las afirmaciones o prescripciones de alguien, parece inferirse, entonces, que no puede haber diferencia entre este tipo de razonamiento deductivo y cualquier otro respecto de la contemporaneidad de la verdad o validez de las premisas y de la conclusión. Para introducir algo más de claridad, Nino retoma la idea de que los juicios de validez pueden referirse tanto al pasado como al futuro y a partir de esto considera que lo que resulta relevante preguntarse no es si un razonamiento puede partir como premisa de un juicio que fue válido para llegar a una conclusión que es válida, sino si un razonamiento puede partir de un juicio que predica la validez pasada de una norma para llegar, como conclusión, a un juicio que predica la validez presente de otra norma.

La respuesta negativa que da Ross a esta cuestión -apunta Nino- parece en principio ser correcta: de un juicio que dice que algo debió hacerse en el pasado no parece poder deducirse un juicio acerca de lo que debe hacerse ahora. Todo juicio acerca de la validez presente de una norma tiene que partir de un juicio acerca de cierto deber actual, como el de observar otra norma. Esto es, en última instancia, señala Nino,

¹¹⁶ Véase sobre esto Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 81.

¹¹⁷ Nino ofrece el siguiente ejemplo de razonamiento que transfiere la validez de una norma a otra:

1. Debe ser observada la norma que autoriza a O a dictar normas.
2. Deben ser observadas las normas que dicte O.
3. O dictó la norma A.
4. Debe ser observada la norma A.

El pasaje entre “1” y “2” está determinado, por un lado, por una interpretación de las normas de competencia como normas que establecen el deber de obedecer al órgano delegado y, por otro lado, por una adopción, no necesariamente general y a los fines de la simplificación, de la regla “debe ser la norma $A \equiv A$ ”. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 82.

lo que está implícito en la idea de Bulygin de que lo que él llama “criterio último de aplicabilidad de normas” debe pertenecer al sistema presente; ese criterio último del que habla Bulygin, apunta Nino, no es otra cosa que el juicio de validez acerca de las normas de mayor jerarquía del orden¹¹⁸.

Si aceptamos esta conclusión parecería entonces que Ross tiene razón cuando señala que estamos incurriendo en una contradicción lógica al tratar de fundar la validez de una norma de reforma en la validez de su norma antecesora: estaríamos partiendo de un juicio que establece el deber de observar una cierta norma para llegar a otro juicio que establecería el deber de observar otra norma incompatible con la anterior. Lo que aquí sugiere Bulygin para evitar esta contradicción -el ámbito de validez temporal forma parte del contenido de una norma (determinando su identidad), y, por lo tanto, podría decirse que las normas de reforma tienen diversos contenidos por tener diferentes ámbitos de aplicación temporal- no es, en opinión de Nino, efectivo: el contenido de una norma es relevante para su identidad y dado que es contraintuitivo sostener que una norma no es la misma por ser, por ejemplo, prorrogada en el tiempo entonces parece razonable concebir el tiempo de aplicabilidad de una norma no como un aspecto de su contenido sino como una calificación de su pertenencia a un sistema y de su validez normativa, o sea del deber de obedecerla. De esta forma, continúa Nino, si entendemos que el tiempo en que una norma es aplicable no afecta a su contenido sino a su validez, no sólo no se muestra que los contenidos de las normas de reforma no son mutuamente contradictorios, sino que, además, se vuelve al problema anterior de la aparente imposibilidad de derivar un juicio acerca de la validez presente de una norma de un juicio acerca de la validez pasada de otra.

¹¹⁸ A este aspecto de la opinión de Bulygin me referí antes en este mismo apartado cuando señalaba que según escribe Nino la conclusión a la que llega el primer autor es que la validez normativa de la nueva Constitución puede derivar de la antigua que queda derogada pero aclarando que la aplicabilidad de la Constitución nueva debe derivar de un criterio perteneciente al sistema jurídico vigente.

Nino, sin embargo, considera que debe ser revisada la postura de Ross que consiste en sostener la imposibilidad de derivar un juicio acerca de la validez presente de una norma de un juicio acerca de la validez pasada de otra. Nuestro autor sostiene: “Es cierto que si la conclusión de un razonamiento práctico es un juicio acerca de lo que debe hacerse hoy, el razonamiento no puede tener como premisa mayor un juicio acerca de lo que debió hacerse ayer. Pero el razonamiento puede contar con ese juicio como premisa menor, siempre que tenga una premisa mayor adecuada”¹¹⁹. Nino reconstruye así el razonamiento que conduce a la predicación de la validez de la nueva norma de reforma constitucional:

- (1) Debe observarse toda norma (A) dictada por un procedimiento establecido por una norma (B) que debió observarse al momento de dictar la primera norma (esto es al momento de dictarse A).
- (2) La norma A fue dictada por el procedimiento establecido por la norma B.
- (3) La norma B debió observarse en el momento de dictarse A.
- (4) A debe ser observada.

En opinión de nuestro autor, este razonamiento es impecablemente válido.

En *La validez del Derecho*, Nino considera que esto demostraría que es totalmente infundada la posición de Ross en el sentido de que la validez presente de una norma de reforma no puede fundarse en la validez pasada de una norma de reforma antecesora. Posteriormente, en *Fundamentos de Derecho Constitucional*, viene a admitir que, tal y como sostiene Ross, una norma válida no puede derivar su validez de otra norma que ya no lo es (esto es, los artículos reformados de la Constitución no

¹¹⁹ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 85.

pueden recibir su validez de la norma que fija el procedimiento de reforma, si ella también ha sido reformada siguiendo el mismo procedimiento) pero que puede haber una norma (la recogida en la premisa 1 del anterior razonamiento) que sigue siendo válida y que da validez a las normas dictadas de acuerdo con el procedimiento establecido por una norma que era válida en el momento de haber sido dictadas aquellas otras normas. Esa norma pertenece a un plano más profundo y generalmente no articulado en el que se desarrolla una práctica básica de reconocimiento de reglas que, a su vez, reconocen la validez de otras. Tal práctica no coincide con el texto de la Constitución sino que se refiere a él. Así, entonces, hay una práctica más básica que la Constitución en una sociedad que determina la observancia de la Constitución aun cuando ella sea modificada en forma regular¹²⁰.

Pero examinemos con detalle la premisa (1). Esa premisa tiene la particularidad –sostiene Nino- de ser “un juicio de validez que no tiene como ‘*pendant*’ a ninguna norma del sistema”¹²¹.

Lo que ha sucedido –según escribe nuestro autor- es que, generalmente, se ha incurrido en el error de considerar a tal juicio como un juicio de adhesión normativa¹²².

El error está en lo siguiente:

Aun cuando se sostenga que las normas jurídicas son enunciados que no difieren de los juicios morales de igual contenido, habría que distinguir entre la formulación jurídica y la moral de esos enunciados; debiendo concluirse que su emisión en contextos justificativos tiene carácter moral y no jurídico. En efecto, la índole valorativa de estos juicios se obscurece muchas veces por su confusión con las normas jurídicas a las que

¹²⁰ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., págs. 43-44.

¹²¹ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 86.

¹²² Nino, como vimos en el capítulo anterior, denomina juicios “de adhesión normativa” a los juicios valorativos que derivan de un principio moral de homologación del orden jurídico o la autoridad normativa y de una proposición que constata el dictado de una norma (en el sentido de prescripción) por parte de dicha autoridad.

ellos adhieren y esto ha hecho pensar a muchos autores que el razonamiento justificativo de jueces y juristas parte de normas jurídicas y no de juicios morales acerca de ellas.

Esta confusión entre normas jurídicas y juicios morales que predicán su validez es responsable de la exigencia de que todo juicio de validez sea un juicio de adhesión normativa . Pero, en opinión de Nino, tal exigencia es de imposible cumplimiento ya que requeriría una cadena infinita de normas positivas. El juicio del tipo (1) es, nos dice Nino, un juicio de validez que no tiene como contrapartida una norma jurídica. Esto es, se trataría de un juicio normativo puro.

Muchos autores, ante la constatación de que los jueces no razonan sólo a partir de normas jurídicas, para evitar el aislamiento del sistema jurídico y conseguir su anclaje, presuponen una **norma extrajurídica sólo en la cúspide del sistema**, como la “norma básica” de Kelsen o la “ideología presupuesta” de Ross. Sin embargo, en opinión de nuestro autor, la cuestión deja de ser extraña si se reconoce de entrada que el razonamiento práctico de jueces y juristas nunca se basa en normas jurídicas sino, en todo caso, en juicios paralelos acerca de su validez¹²³. Esto hace perfectamente natural reconocer que la validez de la norma de reforma parte de una premisa como (1) aunque ella no tenga como contrapartida una norma jurídica.

Resumiendo pues: por lo que se refiere a la norma que prevé el procedimiento para modificar las normas superiores del sistema su propia reforma puede estar regulada por otra norma -más básica y generalmente implícita como hemos visto- que establece el mismo procedimiento que ella indica, con lo que se evita el problema de la autorreferencia, y, como esta segunda norma no necesita ser modificada ya que su contenido se adapta al de la norma que ella regula, se muestra que un sistema jurídico

¹²³ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, pág. 86.

puede ser prácticamente autosuficiente por lo que se refiere a prever el procedimiento de reforma de sus normas. Sin embargo, cuestión distinta es la de la validez: la validez de la norma de reforma de la norma primitiva del sistema está establecida por un juicio que no tiene como contrapartida otra norma jurídica sino que, como todo juicio de validez, en última instancia, tiene carácter moral. Por lo tanto el sistema jurídico no es autosuficiente por lo que se refiere a la generación de su propia validez.

Frente a una preocupación como la de Guibourg acerca del peligro que estaría involucrado en la tesis de que la identidad de un sistema cambia cuando se modifican las normas que constituyen su base –las normas originarias-, cualquiera que sea el tipo de cambio (regular o no), esta tesis reivindica que la validez de las normas jurídicas depende de presupuestos morales y no de meras normas jurídicas. Y es esto, subraya Nino, lo que permite marcar la diferencia en términos de legitimidad entre un cambio democrático y un cambio violento de las normas que constituyen la base del sistema, no la cuestión puramente teórica de si esos cambios son compatibles con la subsistencia del mismo sistema jurídico o si por el contrario, implican una alteración de su identidad¹²⁴.

Es, precisamente, la diferencia entre un cambio democrático y un cambio violento a la luz de consideraciones de filosofía moral y política el que me permite introducir el siguiente punto del análisis de Nino: la cuestión acerca de las normas *de facto*. Como veremos a continuación, Nino denuncia que la confusión en torno al concepto de validez jurídica lleva a fundamentar la validez de las normas dictadas por un gobierno *de facto* y con ello -erróneamente- a legitimar este tipo de regulaciones que pretenden amparar -en ocasiones- violaciones masivas de derechos humanos.

¹²⁴ Entre otras razones -señala Nino- porque “los partidarios de cambiar las normas originarias por la fuerza en vez de hacerlo por decisión democrática no suelen conmoverse por la cuestión iusfilosófica de si sus actos tendrán o no el efecto de que los juristas digan que la identidad del sistema jurídico se ha alterado”. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 88.

5.2.2 La validez de las normas jurídicas en Carlos S. Nino: la cuestión acerca de la validez de las normas *de facto*.

5.2.2.1 Introducción: algunas delimitaciones conceptuales acerca de la distinción entre normas *de iure* y *de facto*.

Preguntar acerca de la validez de las normas *de facto* implica, en el análisis de Nino, preguntar qué fuerza vinculante tienen las normas dictadas por quienes establecieron un régimen autoritario.

El análisis de nuestro autor parte de una revisión crítica de la doctrina jurisprudencial tradicional acerca de este tipo de normas, que equiparaba la fuerza vinculante de las normas procedentes de gobiernos autoritarios con las procedentes de regímenes democráticos.

En la historia de muchos países, la usurpación del poder constitucional y democrático y el establecimiento de un régimen de gobierno autoritario ha venido acompañado de un reconocimiento implícito por parte de los tribunales de la pretendida legitimidad del gobierno autoritario para dictar leyes al considerar obligatorias y aplicar las leyes dictadas por aquellos. De esta forma, los tribunales -apoyados muchas veces por posturas defendidas por los teóricos- a partir del mero hecho de que tales gobiernos tuvieran la posesión de la fuerza necesaria para asegurar la paz y el orden en una determinada nación, los consideraban constituidos en gobiernos *de facto* con todas las consecuencias respecto de la posibilidad de realizar válidamente los actos necesarios para la persecución de sus fines¹²⁵.

¹²⁵ Nino, C.S., *Derecho, Moral y política, op.cit.*, pág. 64.

Nino trata de demostrar que esta doctrina acerca de las normas *de facto* se apoyaba en un error teórico que consistió en no apreciar que, siendo la validez una propiedad normativa que implica que la norma debe ser obedecida, no puede derivar de meras circunstancias de hecho tales como poseer la fuerza suficiente para constituirse sin el respaldo democrático en gobierno de un país¹²⁶.

Si uno no quiere incurrir en la denominada falacia naturalista, la respuesta a la pregunta acerca de la validez de las normas *de facto* ha de buscarse más allá de la cuestión acerca de quién tiene de hecho la fuerza que le permite dictar normas y poner sanciones en caso de su incumplimiento. Según el análisis de Nino, el ámbito donde hallaremos esa respuesta es el de los principios morales, ya sea principios morales como el de la seguridad jurídica o requerimientos normativos más fuertes como es el que precisa la legitimidad de la autoridad para que sus normas sean válidas.

Las dos tesis -complementarias- defendidas por Nino en relación con el problema del que en este apartado me ocupo serían las siguientes:

(1) La legitimidad para dictar normas jurídicas válidas no puede derivar de meras circunstancias de hecho -como tener el monopolio de la fuerza de una sociedad- sino que tiene que derivar de valoraciones extrajurídicas; tales como el respeto e implementación de los mecanismos adecuados para la protección de los derechos humanos.

(2) La conexión desde el punto de vista interno o justificativo entre el Derecho y la moral. No se trataría solamente de la defensa de la tesis acerca de la pretensión de corrección del Derecho, sino que tal pretensión -siguiendo la terminología de Alexy- ha de apoyarse en una ideología sostenible,¹²⁷ para que una ideología reúna este rasgo

¹²⁶ Carrió hace también referencia a la confusión en torno al uso del concepto de "poder" que llevaba de la mera afirmación de poder fáctico a la afirmación de poder normativo. Carrió, G. *Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, BsAs, ed. Astrea, (1992).

¹²⁷ Alexy, R., *El concepto y la validez del Derecho*, ed. Gedisa, (1997).

precisa, en Nino, ser respetuosa con los derechos humanos. Un Derecho extremadamente injusto, es decir, que viola los derechos humanos más fundamentales de los ciudadanos, carece de fuerza justificativa.

Antes de comenzar a exponer el análisis que Nino hace de toda una serie de cuestiones relacionadas con el problema apuntado, puede resultar útil avanzar una serie de precisiones terminológicas que me permitirán delimitar el análisis.

1) Nino habla de 'gobiernos *de iure*' para referirse a aquellos que son gobiernos democráticos y de 'gobiernos *de facto*' cuando se refiere a gobiernos autocráticos. Como nos dice Bayón,¹²⁸ si bien, en principio, ambos conceptos son puramente descriptivos, ya que es un hecho que una autoridad satisfaga o no los requisitos para ser considerado de uno u otro tipo, cuando Nino califica a un gobierno u otro como *de iure* o *de facto*, no sólo está limitándose a dar cuenta de si un determinado gobierno es democrático y respetuoso con los derechos humanos o no, sino que, como veremos, también está formulando juicios normativos acerca de si el gobierno en cuestión es legítimo y, si, en consecuencia, sus normas tienen una validez de origen o, por el contrario, el gobierno no es legítimo y sus normas tienen sólo validez si su contenido es conforme con determinados principios morales (de los que derivan derechos humanos). Siendo inválidas en caso contrario¹²⁹.

2) La distinción entre 'gobiernos *de facto*' y 'gobiernos *de iure*' carece de sentido si se toma literalmente puesto que todo gobierno capaz de dictar normas jurídicas positivas es *de facto* en el sentido de que tiene el poder fáctico necesario para hacer cumplir, en general, las normas que dicta, y es *de iure* en el sentido de que el

¹²⁸ Bayón Mohino, J.C., *La normatividad del Derecho*, *op.cit.*, pág. 614.

¹²⁹ Ruiz Miguel en su trabajo "Derecho y punto de vista moral" reprocha -en mi opinión, injustamente- este 'deslizamiento' de Nino señalando que éste da un paso no explicitado pasando de la descripción de la conexión entre el Derecho y el punto de vista moral formal hasta la propuesta de la conexión entre sistemas jurídicos y la moral como contenido. Ruiz Miguel, A. "Derecho y punto de vista moral", *op.cit.* Cfr. ap. 6.2, cap. II, del presente.

ejercicio de ese poder está permitido por ciertas normas jurídicas (que quizá ha dictado el mismo)¹³⁰. Es erróneo, entonces, hablar de autoridad *de iure* como autoridad facultada o autorizada para actuar como autoridad por una norma o conjunto de normas, pues, cualquier autoridad efectiva puede, y de hecho suele, dictar normas mediante las cuáles se autoatribuye competencia para ejercer el poder. Obviamente, aunque a esto se pudiera contestar que cuando se habla de autoridad *de iure* no está pensándose en quien se autoatribuye competencias sino en quien tiene competencias atribuidas por otra autoridad previa, esta réplica lo único que hace es -como nos dice Nino- retrasar la aparición del problema: ¿de dónde proviene la legitimidad de la autoridad que atribuye poder a otra por medio de normas? Parece que de alguna forma ha de ponerse fin a ese regreso al infinito al que llevaría el apuntado razonamiento erróneo.

La respuesta que da Nino es que al hablar de normas que facultan a X a ejercer el poder no se está aludiendo a su vez a normas dictadas por otra autoridad, sino a principios morales o juicios de valor suscritos por quien está hablando y a tenor de los cuáles se debe hacer lo establecido por la autoridad X.¹³¹

En este caso, como señala Bayón, se está hablando de la distinción *de iure/de facto* en el sentido siguiente: cuando se dice de X que es una autoridad *de facto*, simplemente se constata el hecho de que la pretensión de X de ser una autoridad legítima encuentra un cierto grado de reconocimiento general; cuando se dice además -pues ambos sentidos no son incompatibles- que es *de iure*, entonces el que habla manifiesta ser él mismo uno de los que aceptan como legítima la autoridad de X¹³². En este sentido ha de entenderse la terminología utilizada por Nino: para él, gobierno *de iure* equivale a gobierno democrático respetuoso con los derechos humanos; esto se

¹³⁰ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 89.

¹³¹ Cfr. Bayón Mohino, J.C., *La normatividad del Derecho*, *op.cit.*, pág. 615.

¹³² Bayón Mohino, J.C., *La normatividad del Derecho*, pág. 615-617.

traducirá en una legitimidad de origen para las normas democráticas (con las implicaciones que luego veremos).

3) Además de la cuestión terminológica acerca de a qué tipo de gobiernos se refiere con el calificativo *de iure* o *de facto*, Nino anota también que la denominación de “normas jurídicas”, “leyes” o “constitución” no se limitará a las directivas que dicta un gobierno *de iure* o democrático. Nótese que, seguramente, la manera de hacer compatible, por un lado, la anterior caracterización de los gobiernos *de facto* y *de iure* con, por otro lado, la afirmación de Nino de que con la denominación de normas jurídicas se refiere tanto a las directivas procedentes de una autoridad democrática como a una autocrática, es considerando que cuando Nino hace juicios acerca de la validez de las normas jurídicas está asumiendo un punto de vista interno o justificativo en relación con el problema que, por otra parte, tanto le preocupó acerca de la validez de las normas de autoamnistía y de las normas dictadas durante la dictadura militar argentina (1976-1980), mientras que, como observador que identifica normas jurídicas, la posición que defiende como plausible es la del positivista metodológico o conceptual¹³³.

Veamos, pues, a continuación, a la luz de la reflexión que hace Nino a partir de la cuestión acerca de la validez de las normas *de facto* (o, lo que es lo mismo, la cuestión acerca de la fuerza justificativa de las normas *de facto*), cuáles son las consideraciones que hemos de tener presentes cuando abordamos, desde una perspectiva interna, la cuestión acerca de la validez de las normas jurídicas. Después me ocuparé de presentar las dos preguntas que Nino introduce como marco para enfocar el problema acerca de las normas *de facto*: ¿Cómo hay que tomar las normas jurídicas dictadas por

¹³³ Nino escribe que "el Derecho debe ser identificado sobre la base de rasgos fácticos y empíricos. Tal es el modo en que debemos proceder para adoptar una perspectiva científica acerca del sistema jurídico y evitar mezclar Derecho y moral, algo que sólo sirve para confundir el contenido de ambas. Cuando vamos a una comunidad desconocida y deseamos saber cuáles son sus normas jurídicas, es absurdo que contestemos a los miembros de esa comunidad teniendo en cuenta nuestros juicios morales". Nino, C.S, *Radical Evil on Trial*, *op.cit.*, pág. 153.

un gobierno de facto o autocrático mientras el régimen detenta el poder? ¿Qué hay que hacer con las normas jurídicas dictadas por ese régimen cuando éste ha dejado el poder a favor de un gobierno democrático?. Este segundo problema -como veremos- está también relacionado con el problema con que se enfrentan los países con democracias más o menos recientes en relación con la cuestión acerca de la validez constitucional de las leyes dictadas por los gobiernos autoritarios que las precedieron y tiene una especial gravedad -a la luz de principios tan importantes como el de la no retroactividad de las leyes generales sancionadoras- cuando se trata de juzgar violaciones a derechos humanos cometidas por el régimen anterior y al amparo de tales leyes. De la respuesta que, en opinión de nuestro autor, es preciso dar a estos dos grupos de problemas me ocuparé más adelante, después de haber apuntado, como he indicado antes, una serie de consideraciones acerca de la validez de las normas jurídicas en la obra de Nino.

5.2.2.2 Algunas consideraciones generales sobre la validez de las normas jurídicas.

En opinión de Nino, las confusiones teóricas en torno al concepto de validez han oscurecido mucho las respuestas a las preguntas acerca del estatus de las normas *de facto* durante y después de un régimen dictatorial. Esto, además, ha tenido graves repercusiones socio-políticas. Los jueces y juristas teóricos muchas veces no por convicciones ideológicas, sino por erróneos razonamientos en términos jurídicos, consideraron justificada cualquier norma jurídica, incluso aquella emanada del uso del poder amparado por la mera capacidad fáctica de monopolio de la violencia, sin ninguna

legitimidad moral¹³⁴. Nino da cuenta de algunos de esos erróneos razonamientos que apoyaron, muchas veces, sinceras convicciones teóricas¹³⁵: (1) la adopción de una versión distorsionada de la norma básica kelseniana que la convierte de un postulado epistemológico en un principio justificativo¹³⁶; (2) la idea de que la validez jurídica es independiente de toda consideración moral (y, de esta forma, aunque rechazaban la legitimidad del régimen sostenían la validez de sus disposiciones jurídicas); (3) la idea de que la validez puede fundarse solamente en ciertos hechos, como el de que el régimen *de facto* detenta efectivamente el poder (esta es la postura del positivismo ideológico); (4) la convicción de que los jueces traicionarían su misión y su juramento si dejaran que su reconocimiento del Derecho positivo se viera condicionado por consideraciones extrajurídicas, y que si los juristas teóricos recurrieran también a este tipo de consideraciones dejarían de ser científicos para transformarse en políticos.

En opinión de nuestro autor, sin embargo, como hemos tenido ocasión de ver a lo largo de las páginas precedentes, el concepto de validez o el de competencia jurídica usado en un juicio justificativo, como el del juez que debe fundar su decisión, no es un concepto descriptivo (como el que alude a la eficacia de la norma o a su pertenencia a un sistema), sino que es un concepto normativo que implica predicar de la norma que tiene fuerza obligatoria o que debe procederse como ella establece y esto no puede hacerse –como sí sostiene el positivismo ideológico– sobre la base de lo que disponen otras normas jurídicas (entendidas éstas como prescripciones o como prácticas sociales) sino que es preciso recurrir a un principio de índole moral. Según Nino pues, “un juicio del tipo ‘la norma X es válida’ sólo sirve para justificar decisiones como las judiciales

¹³⁴ En este mismo sentido, cfr. Alexy, R, "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº23, (2000), pág. 197-230.

¹³⁵ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 91.

¹³⁶ Véase en este sentido la lectura y análisis que hace Nino de la interpretación que hace Harris de la norma básica kelseniana en Harris, “When does the Grundnorm Change?” en *Cambridge Law Journal*, 29 (1971). Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 18 y ss.

cuando presupone principios o consideraciones de justicia o moralidad social. Dado que necesitan justificar sus decisiones, los jueces no pueden eludir su responsabilidad moral mediante la mera invocación de hechos o de normas jurídicas [en el sentido de prescripciones]: la opción de aplicar o no una norma jurídica es, en última instancia, una decisión ética que debe estar fundada en principios de esa índole¹³⁷.

Estas consideraciones son de aplicación tanto en el caso de normas dictadas por los gobiernos *de facto*, como en el caso de normas que provienen de gobiernos *de iure* o democráticos. Lo relevante es ver en qué medida afecta el carácter democrático o el carácter *de facto* de un gobierno al valor que pueden tener en el razonamiento práctico de los sujetos las normas jurídicas dictadas por uno u otro tipo de gobierno.

Partimos pues de que, en opinión de Nino, el carácter *de iure* o *de facto* de un gobierno no incide en el tipo de justificación a que están sometidas sus normas para ser válidas puesto que tal justificación ha de ser siempre de índole moral. La cuestión en la que sí incide el carácter del gobierno es en la respuesta a la pregunta acerca de si esa justificación moral se alcanza o no invocando, meramente, la norma jurídica (como juicio deóntico) en cuestión. Por supuesto que de la misma forma que el reconocimiento de las normas jurídicas procedentes de un gobierno *de facto* no puede basarse simplemente en el hecho de que han sido dictadas por quien ejerce el poder, el reconocimiento de las normas dictadas por los gobiernos *de iure* no puede apoyarse en la mera concordancia entre esas normas y una Constitución. Si tal concordancia tiene valor a los efectos de poder invocar tales normas como razones justificativas es porque se presupone que tal Constitución recoge valores éticos aceptables. Son estos valores

¹³⁷ Nino, C.S., *La validez del Derecho, op.cit.*, pág. 92.

éticos los que constituyen la fuente última de la validez de las normas jurídicas¹³⁸ y es esa validez -escribe nuestro autor- la que las capacita para justificar actos y decisiones; esto es, las capacita para ser invocadas como razones para la acción.

Pero ¿cuál es el fundamento de tal presupuesto?. Veamos el análisis que hace Nino acerca de la cuestión clave de cómo afecta el hecho de proceder de un tipo de gobierno u otro a la presunción de la legitimidad moral de las normas jurídicas.

Hay dos tipos de consideraciones a las que podemos recurrir para juzgar la legitimidad moral de las normas jurídicas: las que se refieren a su contenido y las que tienen en cuenta su origen. Cuando una norma satisface completamente las exigencias respecto de su contenido, entonces, las consideraciones relacionadas con su origen se vuelven superfluas. Pero cuando las consideraciones concernientes al contenido de las normas no están del todo satisfechas, comienzan a ser relevantes las consideraciones acerca de su origen. Nino señala que lo deseable es llegar a un equilibrio entre estas dos clases de consideraciones morales según su respectivo peso: esto es, si el desvío de las exigencias relativas al contenido de las normas es muy amplio, las normas serán válidas sólo si las razones que hacen legítimas a las normas por su origen son de considerable peso.

Las normas de un gobierno democrático difieren de las emanadas de uno autocrático, precisamente, en el peso de las razones que podría legitimarlas en virtud de su origen. Veamos esto con más detenimiento.

Como ya apunté y tendré ocasión de desarrollar con mayor extensión en el próximo capítulo, en opinión de Nino, el sistema de decisiones democrático es el mejor *sucedáneo* del discurso moral porque, de todos los sistemas posibles de decisiones, es el

¹³⁸ Aunque esta puntualización podría hacer pensar en la irrelevancia de la Constitución en el razonamiento práctico del sujeto -si las normas jurídicas pueden ser invocadas como justificaciones en la medida en que reflejen determinados principios morales ¿no convierte esto a la Constitución en irrelevante?- esta es sólo una aparente irrelevancia que desaparece en cuanto profundizamos algo más en el fenómeno jurídico. De esta cuestión me ocuparé en el próximo capítulo de este trabajo.

que más se aproxima a sus exigencias de deliberación libre y de consenso. Dado que el discurso democrático tiene tales rasgos, entonces, éste puede ser legítimamente utilizado como sustituto, aunque imperfecto, del discurso moral, cuando, como es el caso de las decisiones que han de tomarse en el marco de la organización y resolución de conflictos en nuestras sociedades, no puede acudir a este último -por la urgencia en la toma de decisiones y la necesidad de cerrar los conflictos- para generar la convergencia buscada de acciones y actitudes.

En la primera edición de *Ética y derechos humanos* (1984) y en *La validez del Derecho* (1985), Nino sostiene una postura que presenta al discurso moral y a su sucedáneo el discurso democrático como constitutivo -aunque este último de forma imperfecta- de la legitimidad de las soluciones (postura que denominó constructivismo ontológico), pero, posteriormente, abandonó esta postura y la sustituyó¹³⁹ por lo que pasará a denominar constructivismo epistemológico. En esta nueva forma de entender el discurso moral y la democracia como su sucedáneo imperfecto, el consenso unánime o por mayorías se presenta -respectivamente, y con distinto grado, claro está, de fiabilidad- como una razón para creer en la existencia de tales principios morales. Es decir, el consenso que resulta de la deliberación tiene valor epistémico y sirve como indicio para determinar cuáles son los principios morales válidos y, concretamente, en el caso de la democracia, es un indicio acerca de que esa norma jurídica aprobada -en su vertiente de juicio de deber o aspecto valorativo- deriva de -refleja o recoge- normas morales plausibles.

Así, el valor epistémico del resultado del discurso moral se transfiere al resultado del procedimiento democrático, pero como éste es un procedimiento *imperfecto* en relación con el discurso originario, su capacidad justificativa es sólo

¹³⁹ Cfr. Rodenas, A. "Sobre la justificación de la democracia en la obra de Nino, C.S.", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 10, págs. 279-294.

prima facie. De esta forma escribe Nino que la atribución de legitimidad a las soluciones obtenidas a través del procedimiento democrático es revocable tan pronto se muestre que ellas no hubieran sido adoptadas en el discurso moral genuino, y que sólo lo fueron gracias a las desviaciones del procedimiento democrático respecto de la estructura del discurso moral¹⁴⁰. Es preciso, sin embargo, matizar a qué está refiriéndose Nino cuando habla de desviaciones del discurso democrático en relación con el discurso moral originario. Hay dos tipos de desviaciones: unas son moralmente legítimas y derivadas, precisamente, de la función que el Estado y el Derecho han de cumplir en nuestras sociedades (es, por así decirlo, la proyección institucional de la moral. Son límites, entre otros, derivados de la exigencia de operatividad)¹⁴¹. Tales desviaciones derivan, entonces, del carácter necesariamente institucionalizado del debate democrático. Las otras no son moralmente legítimas, -y esto será de especial interés en el punto que abordaré a continuación sobre la fundamentación y límites del control judicial de constitucionalidad según Nino- y se presentan como inaceptables cuando ellas implican anular las precondiciones para que el discurso democrático, como sucedáneo regimentado del discurso moral, subsista; esto sucede cuando las decisiones democráticas atentan contra una serie de derechos básicos que conforman los prerequisites de legitimidad del discurso democrático. Por lo demás, en algunos casos, la carencia de valor epistémico del resultado del debate democrático no implica que no haya razones para justificar la obediencia de la norma jurídica democrática si con ello se impide minar una práctica que, en su conjunto, permite la toma de decisiones justas y eficaces.¹⁴²

¹⁴⁰ Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, *op.cit.*, pág. 397-403.

¹⁴¹ Nino fue especialmente consciente de esta dimensión de la moral a partir de la reflexión fruto de su experiencia como asesor presidencial en relación con las medidas de la presidencia de R.Alfonsín para la protección de los derechos humanos. Cfr. Nino, C.S., *Un país al margen de la ley* (1992) y *Radical Evil on Trial* (1996)

¹⁴² Cfr. Capítulo III, punto 4 de este trabajo. También volveré sobre este problema en el próximo capítulo.

Veamos ahora los dos problemas apuntados al comienzo de este punto. Me refiero a la cuestión acerca de la responsabilidad moral en la aplicación de las normas *de facto* o el valor de estas durante los gobiernos autoritarios (apartado 5.2.2.3.1) y el valor o status de esas mismas normas en tiempos de transición hacia la democracia (apartado 5.2.2.3.2).

5.2.2.3 El valor de las normas *de facto* en el razonamiento práctico.

5.2.2.3.1 *La cuestión acerca del valor justificativo de las normas 'de facto' y la responsabilidad moral de los jueces bajo regímenes dictatoriales.*

Hemos visto que el sistema democrático de toma de decisiones es, a la luz de las consideraciones de Nino, el que tiene mayor capacidad para legitimar los cursos de acción que se adopten acerca del ejercicio del cuasi monopolio de la fuerza que detenta el Estado.

Lo que sucede es que, generalmente, la decisión misma de constituir ese cuasi monopolio no es sometida al procedimiento democrático y, aunque así lo fuera, -nos dice Nino- dudosamente podría ser legitimada por él; su legitimación proviene de la necesidad de preservar los derechos básicos que condicionan ese procedimiento. Entonces, lo que justificaría concentrar la fuerza disponible de una sociedad en ciertos órganos dispuestos a garantizar los derechos humanos es, precisamente, la exigencia de que los derechos que hacen posible tanto la discusión moral genuina como su regimentación a través del sistema democrático no se vean frustrados por actos u omisiones de otros.

Cuando el gobierno es democrático, entonces hay una presunción revocable de que los medios adoptados -las normas jurídicas- para materializar aquel objetivo -la protección de los derechos humanos- son moralmente legítimos. Sin embargo, cuando las normas jurídicas no son fruto de un proceso en el que haya habido libre discusión y consenso explícito de la mayoría de sus destinatarios, entonces, no opera la presunción de su justificabilidad moral y habrá que pasar a examinar la legitimidad moral de su contenido. Sucede, sin embargo, que puede haber otro tipo de consideraciones relacionadas todavía con su origen, que, aunque sean de índole diferente a las que determinan la validez *prima facie* de las normas democráticas, fundamenten una cierta obligatoriedad moral, aun cuando el contenido de las normas *de facto* sea, dentro de ciertos límites, objetable.

Frente a lo que han sostenido diversos autores, el argumento relevante a estos efectos no es el argumento según el cual a partir de que (1) la justificación de la existencia de un gobierno es la necesidad de proteger los derechos individuales básicos y de que (2) muy probablemente, la dispersión de la fuerza implicará tal violación, todo gobierno relativamente estable y eficaz goza de cierta legitimidad *prima facie*. Nino nos dice que: (1) no se puede presuponer *a priori* que cualquier gobierno es mejor para preservar los derechos humanos que la ausencia de gobierno; (2) aunque se admita que alguien tiene que mandar, de allí no se sigue que esté justificado que cualquiera mande (es decir, el argumento anterior no permite legitimar cualquier gobierno). Además de probarse que alguien tiene que mandar –y esto, como señalaba Nino, está en función de la preservación de los derechos- hay que probar que los que mandan son los más indicados para hacerlo¹⁴³; es decir, para preservar tales derechos básicos.

¹⁴³ En este mismo sentido escribía Calsamiglia que la situación de anarquía o de caída de un Estado no es necesariamente peor que tiranías como la de Hitler o Stalin. La estabilidad puede ser garantizada por una dictadura pero la legitimidad puede únicamente ser alcanzada si la igualdad y las necesidades básicas son garantizadas por el Estado para todo el mundo. Calsamiglia, A., "Constitutionalism and Democracy" en

A la luz de las anteriores precisiones, Nino considera que sólo en determinadas circunstancias puede admitirse cierta legitimidad de origen a las prescripciones emanadas de una autoridad *de facto*. En su opinión, si pese a carecer de una legitimidad de origen, el gobierno *de facto* es, en general, respetuoso con los derechos básicos, entonces, si una vez que asumió o usurpó el poder resulta imposible un restablecimiento inmediato del régimen democrático y puede haber un costo considerable, siempre en términos de preservación de derechos, en una desobediencia generalizada a quienes detentan el poder¹⁴⁴, consideraciones morales de orden, paz, seguridad, etc. operarán a favor del reconocimiento de sus normas. Tales consideraciones tendrán un cierto peso que deberá ser sopesado por los jueces frente a las posibles desviaciones respecto de exigencias de justicia del contenido de esas normas.

De esta forma, en *Derecho, Moral y Política* escribe Nino que "cuando las prescripciones aceptadas por quienes tienen acceso a la coacción estatal no son sancionadas a través de un proceso típicamente democrático, dichas prescripciones, [como sucede con las normas *de facto*], no pueden verse como razones epistémicas y pierden, por lo tanto, una de sus fuentes principales de relevancia en el razonamiento justificativo. Si siguen conservando alguna relevancia, dependerá del carácter de contribución a una práctica colectiva que tengan las decisiones y acciones jurídicas y de la justificabilidad moral de esa práctica en su conjunto, lo que, normalmente, genera razones más débiles que las que surgen del valor epistémico del procedimiento democrático"¹⁴⁵.

Deliberative Democracy and Human Rights, ed. H. Hongju Koh y R. C. Slye, Yale University Press, (1999), volumen colectivo en el que varios autores (A. Calsamiglia, R. Dworkin, E. Garzón Valdés, M.D. Farrell, S. Holmes, T. Nagel, entre otros) discuten sobre diversas tesis sostenidas por Nino o temas que ocuparon su pensamiento). Una pregunta de interés es, por lo demás, si es cierto que tales regímenes son capaces de alcanzar la legitimación suficiente para garantizar la estabilidad.

¹⁴⁴ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 99.

¹⁴⁵ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, *op.cit.*, pág. 191. Sobre el valor de las decisiones en función de su contribución a una práctica colectiva moralmente justificada en su conjunto volveré en el próximo capítulo.

El argumento esgrimido por Nino no opera tanto en relación con los ciudadanos en general sino, como he ido señalando, con los jueces; sobre quienes pesa, debido a su función institucional, una responsabilidad mayor -derivada, entre otras razones, de su mayor capacidad de afectar al funcionamiento de ese sistema- en el cuidado del sistema jurídico que permita proteger los derechos humanos. Pudiera darse el caso, entonces, de que en un sistema no democrático en el que, sin embargo, se respetan dentro de ciertos mínimos los derechos humanos, la obligación de los ciudadanos sea desobedecer las normas que provienen de las autoridades *de facto*, mientras que la de los jueces sea la de aplicar determinada normativa pese a sus carencias valorativas de contenido -siempre dentro de ciertos límites. El juez, pues, debe considerar en qué medida esas normas son efectivas para proteger y promover derechos individuales básicos, y en qué medida, una decisión o acción contraria a lo prescrito por tales normas podría ir en detrimento de otros derechos igualmente importantes¹⁴⁶.

Hasta aquí he dado cuenta de la capacidad justificativa que, dentro de cierto límites, tienen las normas *de facto*. Pero ¿qué sucede cuando las autoridades *de facto* dictan leyes con las que pretenden amparar violaciones masivas de derechos humanos en su territorio?

A partir del razonamiento de Nino acerca del tipo de consideraciones que dan fuerza vinculante a las normas y acerca de que los jueces no puedan amparar sus decisiones simplemente en normas dictadas por quien tiene el monopolio de la fuerza en un determinado momento, podemos señalar que los jueces bajo un sistema dictatorial tienen también importantes responsabilidades morales que no deben eludir. De un lado, sus decisiones carecerán de todo apoyo justificativo cuando pretendan ampararlas en normas extremadamente injustas -es decir, contrarias a los derechos humanos más

¹⁴⁶ Cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos, op.cit.*, pág. 400-411.

fundamentales- y, de otro lado, deben asumir un papel activo en la defensa de los derechos humanos que aparecen claramente violados por el régimen represor. Con esto, y dadas las peculiaridades de los regímenes totalitarios en las que la judicatura es nombrada atendiendo a afinidades con el régimen, lo que se está apuntando es, especialmente, a la responsabilidad moral de los jueces, que no puede ser eludida apelando a un supuesto compromiso asumido¹⁴⁷ y a su supuesto papel de meros aplicadores del Derecho positivo y eficaz.

5.2.2.3.2 *La transición hacia la democracia: el valor de las normas dictadas por el gobierno 'de facto' anterior.*

a) La protección de las expectativas creadas por las normas *de facto*.

Como apunté, la otra cuestión relacionada con las normas *de facto* de la cual se ocupa también Nino es la de cuál es su status una vez cesado el régimen que las dictó siendo reemplazado por una democracia. En opinión de Nino, las distintas respuestas¹⁴⁸ que se han dado a esta cuestión son, aunque por diversas razones, insatisfactorias y, de nuevo, casi siempre, fruto de un manejo erróneo del concepto de validez jurídica.

Las consideraciones a favor del reconocimiento de las normas *de facto* bajo un régimen *de iure* son más débiles que las consideraciones a favor de ese reconocimiento durante el mismo régimen *de facto*, y éstas, como hemos visto, según la argumentación de Nino, son a su vez, considerablemente más débiles que las que favorecen el

¹⁴⁷ Cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, *op.cit.*, pág. 404.

¹⁴⁸ Nino recoge entre ellas: (1) Las normas *de facto* son asimilables a las *de iure*, conservando su validez plena hasta que sean derogadas debidamente por los órganos constitucionalmente encargados de regular la materia; (2) las normas *de facto* son plenamente válidas con excepción de algunos casos especiales como el de las normas penales, respecto de las cuales hay una referencia constitucional expresa a la necesidad de una “ley”; (3) las normas, si bien son válidas hasta que sean derogadas, pueden ser derogadas no sólo por el órgano constitucionalmente encargado de regular la materia sino por otros; (4) las normas *de facto* no son válidas si no son ratificadas por los órganos constitucionalmente competentes para dictarlas; (5) las normas son absolutamente inválidas. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 93.

reconocimiento de normas de origen democrático aun cuando su contenido sea parcialmente objetable.

Por un lado, mientras dura el régimen *de facto* ya vimos que son aplicables razones de paz social y seguridad a favor del reconocimiento de cierta legitimidad a las normas *de facto* que no pretenden amparar violaciones de derechos humanos, pero cuando tal régimen es reemplazado por un sistema democrático ya no es tan gravoso, en términos de esos valores, un desconocimiento generalizado de las normas dictadas por aquél, ya que el gobierno democrático puede reemplazarlas por otras, fruto ya de la deliberación democrática.

Por otro lado, hay ciertos aspectos de las consideraciones referidas a la paz social y a la seguridad que siguen siendo aplicables a las normas *de facto* aun después de restablecido el sistema democrático de gobierno: es el caso, apunta nuestro autor, de la multitud de relaciones privadas, públicas e internacionales que se entretajan alrededor de aquellas normas y que no es conveniente desconocer en forma global e indiscriminada. Y ello porque la vigencia de las normas en cuestión genera expectativas en la gente y estas expectativas dan lugar a planes individuales y a situaciones que no son fácilmente reversibles sin producir un estado de inseguridad. Tales circunstancias no fundamentan la existencia de derechos morales que deban ser necesariamente respetados, pero sí indican que hay intereses en juego que deben ser tomados en cuenta cuando ello no afecte auténticos derechos de otro. Es cierto, señala Nino, que el que ha desarrollado expectativas sobre la base de un título otorgado por quien no tenía legitimidad para hacerlo, lo ha hecho a su propio riesgo, pero no hay razón para causarle daño frustrando esas expectativas si, por otro lado, no hay derechos incompatibles con ellas¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Nino, C.S., *La validez del Derecho, op.cit.*, pág. 100.

La postura de Nino es la siguiente: las normas dictadas durante el régimen *de facto* y que no atenten contra los derechos humanos serán *prima facie* válidas durante la subsiguiente democracia, pues las primeras consideraciones (estabilidad y confianza en las relaciones sociales) son suficientes como para fundamentar su obligatoriedad hasta que sean revisadas por los órganos competentes.

Por lo demás, todo este tipo de consideraciones fundadas en la estabilidad de las relaciones sociales, al ser mucho más débiles que las que fundamentan ese mismo reconocimiento durante un gobierno *de facto*, serán más fácilmente superadas -nos dice Nino- por consideraciones que se refieren al carácter axiológicamente insatisfactorio del contenido de esas normas.

b) Órganos competentes de la revisión de las normas *de facto*.

Para tratar de argumentar a favor de cuáles han de ser los órganos competentes para revisar las normas *de facto* axiológicamente insatisfactorias, Nino explora la distinción que traza R. Dworkin entre dos tipos de consideraciones morales o valorativas que pueden invocar el poder judicial y los poderes políticos respectivamente: (1) las consideraciones acerca de derechos (son distributivos e individualizados, proveen oportunidades y ventajas a cada miembro de la clase que goza de ellos; tienen prioridad sobre las consideraciones referidas a objetivos sociales) y (2) las consideraciones que se refieren a objetivos sociales colectivos (son de carácter global o agregativo, es irrelevante la distribución de los beneficios que ellos implican); para llegar a la conclusión de que la distinción dworkiniana, sin embargo, no cumple el objetivo que Dworkin persigue con ella -apoyar su tesis de que los jueces deben invocar principios que dan lugar a derechos y no políticas que definen objetivos, como un intento por superar las objeciones que han sido emitidas en contra de que los jueces incurrieren en cuestiones valorativas- puesto que, si se parte de una concepción robusta

de los derechos (como defiende Nino) según la cual éstos tienen como contrapartida no sólo deberes pasivos sino también deberes activos, entonces nos encontramos con que la mayor parte de la actividad que, normalmente, corresponde al gobierno consiste en promover los derechos individuales (garantizar los derechos humanos no significa sólo impedir su lesión mediante acciones de terceros o del propio aparato estatal, sino también articular políticas activas para hacer efectivos los derechos básicos) más que en perseguir objetivos colectivos de índole global.

Ante esto, Nino propone una reformulación de la distinción entre consideraciones morales que, en su opinión, sí cumpliría con el papel que Dworkin pretendía asignar a la suya (legitimación de la intervención de la judicatura); pero, para ello, lo que hace Nino es no poner el acento en el carácter distributivo o agregativo de esas consideraciones, sino que traza su distinción en el marco de su concepción epistémica de la democracia. Esto le lleva a lo siguiente: si fuera válida una justificación de la democracia como sucedáneo regimentado del discurso moral podría distinguirse entre (1) los *presupuestos* tanto de ese discurso como del procedimiento democrático que lo reemplaza en ocasiones, de (2) lo que es *materia* de la discusión y de la decisión democrática.

Esto es, hay un conjunto de derechos básicos que son esenciales para que la discusión moral fuera y dentro del procedimiento democrático, subsista y progrese. Los jueces deben -nos dice Nino- vigilar que esos derechos se respeten en plenitud. Pero lo que va más allá de esos derechos –aun cuando sea un aspecto positivo de ellos mismos- debe constituir objeto de deliberación y consenso, y cuando, a través de esa deliberación y consenso, se adopta una cierta solución, ella goza de una presunción *prima facie* de legitimidad. Entonces, los jueces, cuya designación y actividad no están sometidas a los mecanismos de discusión pública y aprobación mayoritaria, deben, en

principio, en opinión de Nino, aceptar la presunción de justicia de las normas fruto del debate democrático y consenso de las mayorías; salvo que tales normas procedentes del debate y procedimiento democráticos violen los derechos básicos que subyacen a la capacidad justificativa del procedimiento democrático o representen, a su juicio, una desviación tan extrema de exigencias de justicia que su observancia no sea compatible con la responsabilidad moral de los jueces¹⁵⁰.

En el caso de las normas *de facto*, sin embargo, en opinión de Nino, los jueces deben adoptar frente a ellas –sean generales o particulares- una actitud distinta puesto que, como señalé, tales normas no tienen el valor epistémico que si poseen *-a priori-* las normas procedentes de democracias¹⁵¹:

1) Los jueces están obligados a examinar hasta qué punto tales normas son justas, sin que operen en estos casos las limitaciones concebidas en función de normas *de iure*, tales como las de la “no justiciabilidad” de ciertas cuestiones; la posible inseguridad por las divergencias judiciales podría solucionarse -nos dice Nino- mediante el recurso a soluciones generales establecidas por los órganos políticos.

2) La facultad judicial no excluye la facultad de rechazar las normas en cuestión por parte de los órganos *de iure* que son competentes para regular la materia de tales normas *de facto*. Esta facultad de rechazo es más amplia que la de derogación, puesto que ésta última supone una validez plena de las normas que se derogan; consecuentemente, el rechazo de las normas *de facto* no está sometido a las limitaciones de la derogación de las normas *de iure*.

Por otra parte, los particulares están vinculados por las leyes *de facto* (respetuosas con los derechos humanos) hasta que ellas sean revisadas judicialmente en

¹⁵⁰ Sobre el papel de la judicatura (especialmente de los TC) en las desviaciones constitucionales me ocuparé en el punto siguiente de este capítulo.

¹⁵¹ Nino, C.S., *La validez del Derecho, op.cit.*, pág. 104.

cada caso; salvándose las situaciones urgentes e irreversibles mediante los recursos y acciones pertinentes.

Como apunté al comienzo, son estas consideraciones las que han de estar presentes en sistemas como el español en el que se plantea la constitucionalidad de determinadas normas dictadas en un periodo histórico en el que rigió un gobierno autoritario. En este sentido Ferreres en *Justicia Constitucional y Democracia* en una argumentación que coincide bastante con la de Nino, señala que la presunción de constitucionalidad que opera sobre las normas democráticas -nótese que esa presunción es la que en la terminología de Nino equivale aproximadamente al valor epistémico *a priori* que tiene toda decisión democrática- deja de operar cuando nos encontramos -entre otros casos de falta de respaldo del Parlamento democrático actual- con leyes aprobadas en periodos históricos en los que han regido gobiernos autoritarios. En tales casos, escribe Ferreres, la presunción de constitucionalidad deja de tener fundamento debido a que la ley pre-constitucional no goza de legitimidad democrática. Y es precisamente así como podemos justificar que en nuestro sistema la declaración de inconstitucionalidad de las leyes anteriores a la Constitución española de 1978 no goce del privilegio de la jurisdicción concentrada (recurso de inconstitucionalidad o cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional), sino que el juez ordinario puede decidir por sí mismo inaplicar una ley anterior a la Constitución si considera que ha quedado derogada por la misma al contradecir su contenido material (sólo en caso de duda el juez habrá de plantear cuestión de constitucionalidad ante el TC). Así, cuando la ley procede del Parlamento democrático, su legitimidad *a priori* exige que un órgano con una legitimidad democrática de origen más intensa que la de los jueces y tribunales ordinarios sea el que juzgue la constitucionalidad o no de la ley en cuestión; pero esto no sucede cuando se trata de una ley pre-constitucional. Tal y como escribe Ferreres, en

nuestro sistema, en el que la Constitución establece precisamente que "quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución", podríamos pensar que el Parlamento democrático confía en que los jueces hagan efectiva esa disposición, por lo cual, si por alguna razón la cuestión acerca de la constitucionalidad de una ley pre-constitucional llegará hasta el TC, éste no precisaría disponer de argumentos de tanto peso para declarar su no validez como si se tratara de una ley dictada por el parlamento democrático una vez vigente la Constitución¹⁵². En el caso de leyes pre-constitucionales aprobadas por las Cortes constituyentes (surgidas, en el caso español de las primeras elecciones democráticas de junio de 1977), todas las anteriores consideraciones operan para fundamentar el recurso al TC -no teniendo por lo tanto competencia el juez ordinario¹⁵³.

c) La cuestión acerca del valor justificativo de las normas *de facto* que pretendieron amparar violaciones de derechos humanos fundamentales. Algunas consideraciones acerca del análisis de Nino.

Hasta aquí me he ocupado básicamente de cuestiones que afectan a las normas *de facto* que regulan relaciones nacidas en el pasado y que no son violatorias de derechos humanos fundamentales. Pero, además de todas las consideraciones reflejadas en este punto acerca de la validez de las normas *de facto*, vale la pena dedicar un apartado a examinar con un poco más de detalle las implicaciones prácticas de la tesis de Nino acerca de la conexión justificativa entre Derecho y moral.

¿Qué sucede con las violaciones a derechos básicos cometidas al amparo de normas *de facto*? ¿Qué valor tienen las normas *de facto* a los efectos de las declaraciones de responsabilidad penal llevadas a cabo, posteriormente, durante la transición democrática? ¿qué valor tienen las leyes de autoamnistía dictadas por el

¹⁵² Ferreres Comella, V., *Justicia constitucional y Democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (1997), pág. 223-226.

¹⁵³ Ferreres Comella, V., *op.cit.*, pág. 224.

régimen saliente con la pretensión de impedir el castigo de los responsables de las violaciones masivas de derechos humanos?.

Ya tuve ocasión de examinar en el capítulo introductorio estas cuestiones. Ahora, a la luz de la exposición de las tesis de Nino acerca del concepto de validez como concepto puente entre el discurso jurídico justificativo y el discurso moral (la necesaria conexión lógica que desde el punto de vista justificativo tienen las normas jurídicas con las normas morales válidas) quizá sea posible ver con algo más de claridad estos complejos problemas. Antes de entrar a revisar las mencionadas cuestiones es preciso anotar una serie de consideraciones acerca de los fundamentos principales -a estos efectos- de la fundamentación de los juicios penales contra los perpetradores de las violaciones de derechos humanos y de la fundamentación del castigo en Nino:

1) El fin del castigo o del establecimiento de responsabilidades por violaciones de derechos humanos es un fin social, no retributivo: evitar en el futuro la comisión de nuevo de semejantes actos abominables y la creación de una cultura civil e institucional de respeto y garantía de los derechos humanos.

2) El criterio para el establecimiento de responsabilidades y para la selección de quienes hayan de ser castigados es la autoría mediata o inmediata, por comisión u omisión de violaciones voluntarias (es decir, sin compulsión ni coacción) contra los derechos humanos fundamentales llevadas a cabo utilizando con tal fin las instituciones del Estado.

3) El fundamento del castigo a un sujeto particular se encuentra en el principio de consentimiento. El principio de consentimiento es, a su vez, la base del principio de legalidad, según el cual, para sancionar un determinado comportamiento es preciso que haya una ley escrita previa a la realización de la conducta que prohíba su realización. Sólo cuando un agente actúa a sabiendas de la existencia de una ley positiva que califica

a su acto como punible de alguna forma, podemos en justicia considerar que ha consentido al castigo; algo que, justifica la imposición de tal castigo, siempre y cuando constituya un medio plausible para proteger a la sociedad contra futuras violaciones de derechos humanos.

4) Los juicios contra los que perpetraron violaciones de derechos humanos generan un debate crítico y una deliberación pública necesaria para el desarrollo de una cultura de respeto a los derechos humanos y para la implementación de las instituciones adecuadas para su protección.

De las anteriores consideraciones, la que a los efectos de este trabajo resulta de especial relevancia es la apuntada en el párrafo tercero, que podemos denominar principio de legalidad penal y de no retroactividad de las leyes penales sancionadoras. El principio de legalidad protege la confianza depositada por los distintos sectores de la sociedad en el Derecho escrito positivizado y eficaz¹⁵⁴. Por razones de seguridad jurídica, un Derecho positivizado y eficaz no deja de ser Derecho aunque tenga contenidos desproporcionados o injustos. Pero ¿qué sucede cuando tales contenidos son extremadamente injustos?. Las normas que provienen de un gobierno *de facto* cuando son contrarias a las exigencias de la moral (y, según Nino, tienen tal carácter aquellas que violan los derechos básicos) carecen de cualquier fuerza justificativa, son nulas y, en el análisis de nuestro autor, las normas válidas en vigor son aquellas que, viniendo o no de un régimen democrático¹⁵⁵, amparan los derechos humanos básicos. A la luz de

¹⁵⁴ Cfr. Alexy, R., Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. *Doxa*, n°23, (2000), en relación con el principio de legalidad penal véase especialmente las págs. 211-218.

¹⁵⁵ En relación con este aspecto del problema, Nino señala que la norma jurídica no tiene que ser necesariamente democrática siempre y cuando después sea confirmada por una decisión democrática. A esto añade que sólo cuando el agente actúa conociendo que existe una norma jurídica que de alguna forma convierte a su acto en un crimen es legítimo sostener que consintió al castigo (justificando de esta forma la imposición de tal castigo siempre y cuando sea un instrumento eficaz para la protección de la sociedad). Si los perpetradores de las violaciones alegan su desconocimiento de la existencia de leyes que hicieran punibles tales actos cuando ellos los cometieron, Nino considera que ellos han de asumir las

estas consideraciones, Nino escribe en su trabajo *Radical Evil on Trial* que nos encontramos con que rechazada la validez de las normas que pretendían amparar tales violaciones, "las atrocidades son crímenes claramente en la época de los regímenes dictatoriales si tenemos en cuenta (a la luz de la necesaria conexión justificativa entre Derecho y moral) el conjunto anterior de normas válidas" y que "las acciones deben ser juzgadas, en la medida de lo posible, bajo las leyes sustantivas y procesales y por los jueces por ellas designados, que hubieran sido operativas en el momento de los actos de no haber sido por las decisiones totalitarias amparando los abusos"¹⁵⁶.

Entonces, según esto, los órganos del poder judicial de la democracia subsiguiente no enfrentan un problema de aplicación retroactiva de leyes penales sancionadoras puesto que los crímenes eran considerados como tales a la luz del Derecho válido en ese momento: Derecho que no coincidía con el que aparecía como el Derecho escrito positivizado y eficaz sino, si tenemos en cuenta la nulidad de las leyes que violan los derechos humanos, con el nivel previo de normas jurídicas positivas válidas¹⁵⁷.

consecuencias de su elitismo moral epistémico (esto es, la creencia errónea y arrogante de que la reflexión individual y aislada de quienes dictan las normas dictatoriales, es más digna de confianza que las decisiones democráticas). Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, *op.cit.*, pág. 162-163.

¹⁵⁶ Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, *op.cit.*, pág. 163.

¹⁵⁷ En este sentido y apoyando su solución en un razonamiento similar se pronuncia Alexy cuando analiza en el trabajo antes mencionado las decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán en relación con los crímenes cometidos por los centinelas del muro de Berlín. La fórmula Radbruchiana de Derecho extremadamente injusto se aplica, para declarar no válidas (no aplicables *ab initio*) cláusulas provenientes de un Estado injusto que ampara un derecho manifiestamente injusto como las que pretendían justificar el homicidio de quienes quebrantaban la frontera que separaba la RDA de la RFA hasta la caída del muro de Berlín en 1989. El principio que garantiza la no retroactividad no protege la confianza en una causa de justificación amparada por una ley manifiestamente injusta y, en consecuencia, nula *ab initio*. En el caso en cuestión, Alexy considera que la fórmula radbruchiana al calificar el Derecho extremadamente injusto como nulo no provoca la aparición de una laguna puesto que el Derecho penal de la RDA contenía al tiempo de los hechos una extensa prohibición jurídico-penal del homicidio doloso. Alexy considera erróneo, sin embargo, la argumentación del TCF cuando parece querer hacer una interpretación del conjunto del Derecho de la RDA señalando que "se podría recurrir a la valoración que la propia RDA había tomado como base de sus disposiciones penales". El error de esta argumentación está, en opinión de Alexy, en que podría hacer pensar que la punibilidad de los centinelas del muro, estaba ya prevista por el régimen jurídico de la RDA, cuando lo que sucedía es que había una causa de justificación que pretendía amparar tales actos. Y si es nula, es en opinión de Alexy, por la validez de un derecho suprapositivo cuyo contenido serían los derechos humanos. Este no es ni rígido ni inmutable pero posee, en cambio, un núcleo que trasciende un tiempo y espacios concretos. Esto diferencia a Alexy de

En el análisis de Nino se echa, sin embargo, de menos un mayor examen del principio de legalidad. La declaración de la nulidad de un Derecho que pretende amparar actos abominables contra los derechos humanos y la consideración de que, entonces, el Derecho válido en ese momento era el anterior escalafón o nivel de normas válidas, precisa ser completada con un pronunciamiento acerca del juego del principio de legalidad y el tipo de principio moral en el que se inspira.

Si entendemos el principio de legalidad como la protección de la confianza en la ley que aparece en ese momento como ley positiva y eficaz nos damos cuenta de que quizá, en este sentido, Nino parece no darle ni siquiera un valor *prima facie* a tales normas que aparecen -al menos, aparentemente- como el Derecho vigente. Creo, sin embargo, que es preciso darle un valor y ello porque no deja de causar una cierta incomodidad el desplazar, sin justificar con todos los argumentos pertinentes, un principio que -en otras circunstancias- cumple un papel tan importante como reflejo del principio moral de la seguridad jurídica (o seguridad depositada por el ciudadano y

Radbruch o Kaufmann quienes invocan Derecho positivo no legal (o estatal) que protege los derechos humanos (los derechos humanos para poder ser sancionada su violación, según estos últimos autores, deben tener validez positiva por razón de criterios similares a los del Derecho consuetudinario sin que para ello sea preciso un anclaje legal). Si atendemos entonces a esto último, como señala Alexy no podría sancionarse a quienes perpetraron los mencionados actos durante el régimen de la RDA, puesto que entonces no existía derecho consuetudinario (que, por definición, se basa en su vigencia social) alguno que reconociera el derecho a salir del país y el derecho a la vida en la forma de un derecho a no ser muerto si uno intenta obtener el negado derecho a salir del país mediante el simple cruce de la frontera (este carecía de vigencia social). Luego, como apunté al principio, según Alexy, aquellas normas (la cláusula que excluía la punibilidad mediante el establecimiento de una causa de justificación en un ámbito parcial en relación con actos en todas las otras esferas tipificados como violaciones criminales muy graves) vulneraban no un Derecho socialmente vigente sino uno suprapositivo. Alexy, R., "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal", *Doxa. Cuaderno de Filosofía del Derecho*, n° 23, pag 220, pié de pág. 87. En el caso del análisis de Nino son también consideraciones morales las que califican como nulas a las normas procedentes de los gobiernos *de facto* que pretenden amparar violaciones de derechos humanos. Lo que sucede en el análisis de Nino es que para este autor el hecho de que las normas no procedan de un régimen democrático y que, además, pretendan amparar actos que atentan contra derechos humanos básico las convierte en nulas (de esta forma escribe que "las leyes que autorizan los abusos deben ser consideradas nulas *ex nihilo* puesto que su origen no democrático permite examinar lo odioso de su contenido", *op.cit.*, pág. 163); es decir, si interpreto bien a Nino el intento de cambio del orden jurídico es un intento a estos efectos frustrado y las normas democráticas o respetuosas con los derechos humanos (sancionadas por una ley democrática posterior) son Derecho válido vigente. En este sentido, la legitimidad de Alfonsín, p.ej. vendría dada por haber aplicado durante la transición y para juzgar los actos cometidos durante la dictadura la Constitución de 1853 (que seguía siendo la norma válida aplicable si tenemos en cuenta la nulidad de las normas procedentes del gobierno *de facto*).

operadores jurídicos en el Derecho que aparece como el Derecho en vigor). Creo que la conclusión de Nino es correcta: en el caso de prescripciones que pretendan amparar violaciones de derechos humanos fundamentales, tales prescripciones carecen de cualquier valor justificativo; pero me parece que falta algún argumento más, aparte de los aportados por Nino, para cerrar el problema.

Si el principio de legalidad protege la confianza en la ley que aparece en ese momento como positiva y eficaz, cuando excluimos de ese ámbito de protección las leyes o cláusulas penales extremadamente injustas estamos -por decirlo à la Hart¹⁵⁸- escogiendo entre dos males: (1) dejar sin punición a quienes actuaron amparándose en prescripciones extremadamente injustas pero que, bajo el régimen, se presentaban como el Derecho positivo eficaz; o bien, (2) entender que el principio de legalidad para que sea moralmente legítimo ha de excluir de su ámbito de protección la supuesta confianza depositada en normas que aparecen como Derecho positivo y eficaz pero que son extremadamente injustas (tal confianza no sería pues merecedora de protección).

Nótese que -conforme con el análisis de Nino- no niego el carácter delictivo de los hechos a la luz del Derecho positivo válido en el momento de la comisión de los actos. A lo que apunto es a que, además, junto a lo anterior hay que entrar a señalar -frente a quienes en tal caso invoquen el principio de legalidad como protección de la confianza en el que se presenta aparentemente como Derecho vigente- que la protección de esa confianza en el Derecho que aparece como Derecho positivo eficaz pero violatorio de derechos humanos fundamentales no resulta moralmente plausible. Y que, por lo tanto, es preciso condicionar en tal sentido la comprensión del principio de legalidad.

¹⁵⁸ Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, *op.cit.*, pág. 259-261.

Aunque un análisis de las posibles causas de justificación o eximentes penales en vigor en un sistema democrático, y a la luz de las cuales los perpetradores de las violaciones de derechos humanos pretenden amparar sus actos, excede los límites de este trabajo, quisiera al menos apuntar aquí los aspectos más relevantes de las consecuencias de una concepción del Derecho como la defendida por Nino en relación con las responsabilidades penales de los sujetos¹⁵⁹. Me limitaré a señalar al respecto que, en opinión de Nino, defensas tales como la falta de autoría, necesidad, legítima defensa, estado de guerra, obediencia debida y prescripción del delito han de ser cuidadosamente analizadas para cumplir sus objetivos a la luz de principios morales. Estas consideraciones que señalan las condiciones para su aplicabilidad impedirán en muchos casos que actos en violación de los derechos humanos puedan ser siempre amparados apelando a estados de guerra contra la subversión, obediencia debida¹⁶⁰, etc.

¹⁵⁹ A propósito de un examen de la obediencia debida como causal eximente nos dice que "la punición únicamente de aquellos que dictan las órdenes presentaría a todas las demás personas en vez de cómo sujetos autónomos, inviolables y dignos, como máquinas que podrían abusar de los demás seres humanos sin ningún tipo de consideración hacia su propia responsabilidad moral y legal. No hay ningún hecho, ni de organización jurídica ni política que permita eliminar la responsabilidad de los sujetos que infligen un daño y sufrimiento terrible a otros seres humanos. Los sujetos morales pueden aceptar determinadas autoridades epistémicas sin renunciar por ello a su autonomía, pero, además, esa aceptación no puede convertir a tales personas en autómatas morales". En definitiva, en opinión de Nino, el propio principio moral de dignidad nos exigiría considerar a esos sujetos como seres que actuaron autónomamente cuando no sometieron a ningún juicio crítico los mandatos más abominables de quienes se habían hecho por medio de la fuerza con el poder. Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, *op.cit.*, pág. 180. Garzón Valdés recoge en su artículo "La democracia argentina actual: problemas etico-políticos de la transición"(1988), unas palabras del ministro de la Corte Suprema argentina durante la transición -Jorge Antonio Bacquécuando votó en disidencia -el 22 de junio de 1987- por la inconstitucionalidad de la ley 23.521 denominada "de obediencia debida" que parecen inspiradas en los mismos principios defendidos por Nino: "[...]el reconocimiento en el subordinado de su calidad de ser razonable [...] no excusándolo con pretextos que denigran la calidad de ciudadanos que necesariamente poseen en una República quienes deben dedicarse a la honrosa profesión de las armas", en Garzón Valdés, E., *op.cit.*, en *Derecho, Ética y política*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, (1993), pág. 890.

¹⁶⁰ La obediencia debida -en el análisis de Nino- sólo puede servir de excusa en aquellos casos en los que hubo compulsión o coacción o un error acerca de la legitimidad de la orden; y de justificación en circunstancias realmente excepcionales. En el caso de Argentina no se dieron esas circunstancias excepcionales que pudieran legitimar que la obediencia debida fuera invocada como justificación. Muchos subordinados, sin embargo -nos dice Nino- podían invocarla como excusa, ya sea porque actuaron bajo compulsión o coacción o porque incurrieron en error acerca de la legitimidad de las órdenes. Aquellos que perpetraron actos abominables no podían, sin embargo, eximirse apelando a la excusa de obediencia debida. Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, *op.cit.*, pág. 182. Aunque es difícil entrar a valorar en que medida está presente la intención de un agente subordinado (p.ej. los centinelas del muro de Berlín) de llevar a cabo una acción claramente en violación de derechos humanos, es preciso ser muy sutiles en este tipo de apreciaciones acerca de la legitimidad del castigo impuesto a determinados sujetos.

Por lo demás, consideraciones todavía más complejas operan en estos casos en los que se está intentando reconstruir una democracia constitucional y, por lo tanto, respetuosa con los derechos básicos. Tales consideraciones son de índole política e implican necesarias restricciones a la persecución de actos extremadamente injustos cometidos durante el régimen anterior, persecuciones que, si pusieran en peligro la reconstrucción de la democracia constitucional pondrían, ellas mismas, en entredicho su propia fundamentación al hacer aparecer los juicios como medidas puramente retribucionistas.

Así, el hecho de que la reconstrucción democrática y los juicios contra derechos humanos hayan de ser una práctica institucionalizada con el fin de asegurar, precisamente, la consecución de tales objetivos -protección de los derechos humanos- trae consigo la necesidad política y práctica (debido a la limitación de medios) de reducir la esfera de sujetos que pueden ser juzgados responsables. Esta limitación, sin embargo, no implica de ningún modo que se pueda proceder a una selección puramente azarosa de los encausables sino que, como apunté, ha de hacerse a la luz de un cuidadoso análisis de las defensas a la luz de los principios morales que las legitiman¹⁶¹.

La discrecionalidad en la persecución penal, las amnistías y los perdones -nos dice

Unas consideraciones realizadas por Nino en *Introducción a la filosofía de la acción humana* me permitirán exponer mi posición. Cuando alguien alega que realizó una cierta acción disvaliosa porque fue amenazado o porque, de no actuar, él sufriría un cierto mal, no niega que tuvo las creencias o la capacidad relevante, y, por lo tanto, no pretende impedir que se infiera que tuvo la intención de realizar la acción disvaliosa. Esta excusa es de las que apuntan directamente a un plano más profundo de la estructura de la acción que el que está constituido por los deseos, creencias y capacidades del individuo (algo que no sucede con excusas como la del error que niegan el deseo y la creencia). Se apunta pues, en el caso de las excusas por coacción o compulsión, a los rasgos que constituyen el carácter moral del individuo. Entonces, lo que aquí se está diciendo es que si bien el agente realizó una acción disvaliosa porque deseo o intento hacerlo, su deseo o intención no se debe a un rasgo o inclinación disvaliosa de su carácter sino a la amenaza que pesaba sobre p.ej. su propia vida. En tal caso la excusa descalificará el reproche personal a un individuo. Cfr. Nino, C.S., *op.cit.*, pág. 111-118. Parece que este tipo de excusas podrían operar p.ej. en ciertos casos en los que ciudadanos de la antigua RDA eran forzosamente destinados -y en la medida en que así fuera- a cumplir el servicio militar en la frontera.

¹⁶¹ Cfr. Nino, C.S., "La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos", n° 12, *Doctrina Penal*, (1989).

Nino- han de concederse a la luz de distinciones moralmente justificadas a partir de la consecución de objetivos moralmente legítimos¹⁶².

En definitiva, y retomando el hilo de la exposición de la argumentación de Nino, la tesis de la validez como concepto puente entre el discurso jurídico justificativo y el discurso moral permite ofrecer un tratamiento de las normas *de facto* que evite dar a esas normas el mismo status que tienen las normas de origen democrático, sin caer – como señala Nino- en excepciones *ad hoc* o en la postulación de un vacío normativo peligroso (puesto que -en opinión de Nino- las normas aplicables eran el nivel anterior de normas válidas que el régimen *de facto* intentó sin éxito -por su nulidad *ab initio*- derogar) ¹⁶³. O, a los efectos de lo que aquí quería argumentar, la única respuesta plausible a los problemas o cuestiones en torno al valor de las normas *de facto* tanto durante un gobierno autocrático como cuando éste es sustituido por uno democrático, como en el caso de las normas procedentes de un gobierno democrático, parte del reconocimiento del carácter normativo moral del concepto de validez jurídica.

5.3. La justificación del control judicial de constitucionalidad.

En su trabajo *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Nino lleva a cabo un detallado estudio del control judicial de constitucionalidad y de su posible justificación en el marco de un liberalismo constitucional pleno. En un trabajo posterior, *The Constitution of Deliberative Democracy*, volverá sobre este tema completando su argumentación al aparecer ésta articulada dentro de su modelo más estructurado de fundamentación de la democracia constitucional. Pero ¿cuál es la relevancia de la

¹⁶² Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, *op.cit.*, pág. 107-185.

¹⁶³ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 15. En este sentido, como ya señalé antes, Nino considera que la legitimidad de las políticas de Alfonsín para la protección de los derechos humanos, no venía dada por la aclamación y el respaldo popular al presidente sino porque éste aplicó la Constitución de 1853. Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, *op.cit.*

cuestión acerca de la justificación del control judicial de constitucionalidad en relación con el tema que nos ocupa -la validez del Derecho como concepto puente entre el discurso jurídico y el discurso moral?

Como podemos leer en el trabajo de Nino, *Derecho, Moral y Política*, la tesis de fondo por él defendida acerca de la cuestión que ahora abordaré es que el debate que - desde la perspectiva o punto de vista interno- llevan a cabo los participantes de un orden jurídico a propósito de los límites del control judicial de constitucionalidad no puede agotarse en lo establecido por el propio orden jurídico, sino que es preciso acudir a consideraciones valorativas sobre los fundamentos de la democracia y el reconocimiento de derechos fundamentales. De nuevo, nos encontramos ante un ejemplo que permite corroborar la tesis de Nino acerca de que el discurso jurídico no es un discurso insular sino que está inmerso en un discurso justificativo más amplio y, por otro, y relacionada con la anterior tesis, su reivindicación de un concepto normativo de validez jurídica que haría de puente entre ambos tipos de discursos.

5.3.1 Algunas consideraciones generales sobre el problema del control judicial de constitucionalidad.

Nino, como ya he tenido oportunidad de señalar, articula una concepción o fundamentación deliberativa de la democracia que -a partir de su segunda edición de *Ética y derechos humanos-*, le lleva a configurar a la democracia como un tipo de gobierno en el que -a diferencia de otros- el resultado de la deliberación o discurso tiene un fuerte valor epistémico en relación con los principios morales de los cuales se derivan los derechos humanos. Para que ese discurso tenga tal valor no ha de alejarse en exceso del ideal de democracia, configurada ésta a partir del discurso moral ideal con

los límites derivados de los fines prácticos inmediatos del sistema democrático - articulación de soluciones para una convivencia pacífica en la que se respeten y garanticen los derechos humanos. Con el fin de que el discurso democrático no se aleje de su modelo -discurso moral- más que en lo necesario debido a exigencias derivadas de su carácter institucional, tal sistema democrático debe satisfacer los prerequisites que determinan la calidad democrática del discurso y el valor epistémico de su resultado.

Es este el marco que habremos de tener presente a la hora de avanzar en sus argumentos en relación con el juego de consideraciones y ponderaciones a la hora de trazar el esquema institucional adecuado para garantizar, en la medida de lo posible, la constitucionalidad de las leyes democráticas.

En una primera aproximación, el control judicial de constitucionalidad aparece como un instrumento muy poderoso en manos de los jueces (sea jueces individuales en el sistema norteamericano de control disperso o magistrados de un Tribunal Constitucional en el caso de muchos países europeos) al conceder a estos la facultad de descalificar una norma jurídica de origen democrático por violar una prescripción constitucional, ya sea por lo que se refiere al procedimiento o por lo que se refiere al contenido de la norma¹⁶⁴.

Así visto, es fácil entender que haya suscitado cierto recelo si tenemos, además, en cuenta que tales órganos encargados del control de constitucionalidad no son resultado -al menos, no son resultado directo- de consensos democráticos, ni están sometidos a responsabilidad directa. Este rol adjudicado a los jueces supone un desafío a la visión tradicional -de Montesquieu- de la división de poderes en la que los jueces aplicaban las decisiones de los órganos democráticos sin analizar los méritos de tales

¹⁶⁴ Nino, C.S., *Derecho, moral y política, op.cit.*, pág. 68.

decisiones. Esta tensión entre la legislación democrática y la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes democráticas es lo que el jurista norteamericano Bickel denominó en su libro *The least dangerous branch*, la 'dificultad contramayoritaria de la revisión judicial' de la ley¹⁶⁵.

En *Fundamentos de Derecho Constitucional* (1992) y en *La Constitución de la Democracia Deliberativa* (1996), principalmente, Nino analiza distintos argumentos que han sido esgrimidos en contra y a favor del control judicial de constitucionalidad. Concretamente, como veremos, los argumentos más fuertes a favor se presentan cuando pensamos en un control concentrado de constitucionalidad, que sería el que existe en las democracias europeas, a diferencia del control disperso por parte de todos los jueces, que tiene lugar en el modelo de Estados Unidos.

Pues bien, si atendemos a las consideraciones antes apuntadas acerca del valor que Nino otorga al procedimiento democrático -el debate democrático optimiza más que ningún otro tipo de discurso las posibilidades de alcanzar el conocimiento de los principios morales de los cuales se derivan los derechos básicos-, nos damos cuenta de que esta concepción parecería, en principio, negar la posibilidad de un control judicial de constitucionalidad puesto que la judicatura tiene un fuerte déficit democrático en la mayoría de las democracias liberales.

Expresado en otros términos, la 'dificultad contramayoritaria' de la que hablaba Bickel, deriva de lo siguiente: la imparcialidad es una cualidad que supone la capacidad de representación de los intereses de todos los afectados en un conflicto y que permite tomar una decisión sopesando el valor de los distintos intereses a la luz de consideraciones normativas e independientemente de los sujetos con nombres propios portadores de tales intereses. Pues bien, -como escribe Nino- el que los intereses de los

¹⁶⁵ Bickel, A.M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics* (1962), Yale University Press, (2ª ed. 1986).

jueces sean ajenos a las disputas que los particulares pretenden solucionar ante ellos ayuda a garantizar la imparcialidad en el caso de que la disputa afecte a unos pocos, puesto que el juez es capaz de representarse los intereses de las partes y de tomar una decisión de acuerdo con consideraciones de corrección normativa; pero, en el caso de conflictos que abarquen intereses de una multitud de individuos cuyas experiencias son muy diferentes de las de los jueces -como es el caso de cuál ha de ser la interpretación de los artículos constitucionales que establecen los derechos fundamentales-, entonces, es muy difícil que el juez sea capaz de alcanzar el primero de los elementos que invoca la idea de imparcialidad, esto es, la capacidad de representación de todos los intereses de todos los afectados. Nino considera que la opinión extendida de que los jueces están mejor situados que el parlamento y otros oficiales elegidos para resolver cuestiones relacionadas con los derechos individuales descansa en un cierto elitismo epistémico que, de alguna forma, asume que, para llegar a decisiones moralmente correctas, es mejor la destreza intelectual¹⁶⁶ que la capacidad de representarse vívidamente y hacer un balance imparcial de los intereses de aquellos afectados por la decisión.

Sin embargo, a poco que observemos los procedimientos democráticos reales en nuestras sociedades y, concretamente, en los parlamentos democráticos, nos damos cuenta de que tampoco tal procedimiento parece ser suficiente para satisfacer todos los

¹⁶⁶ Un argumento de más peso en relación con la calidad de la deliberación de los jueces es ofrecido por Owen Fiss cuando señala que la institución del control judicial de la ley no se afirma implícitamente la superioridad natural de los jueces, sino simplemente la mayor calidad de las condiciones institucionales bajo las cuales esos jueces, con capacidades intelectuales y morales parejas a las de los parlamentarios, adoptan sus decisiones. Junto a esto, Fiss también reconoce que la asamblea legislativa puede trascender la función de registrar meras preferencias políticas y que el legislador delibera acerca de la interpretación de los valores constitucionales (esta concepción de la política democrática supondría acercarla a un modelo epistémico más que a uno pluralista); sugiriendo en este sentido que se organicen las relaciones entre el juez constitucional y el proceso político en términos dialécticos, admitiendo que los jueces pueden hablar con autoridad en materia constitucional, pero que su palabra no es la única ni quizás la última. Fiss, O., "The Supreme Court 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice", 93 *Harvard Law Review* 1, (1979). Para una articulación con algo más de detalle de esta idea puede verse Ferreres, V. *op.cit.*, pág. 174-175.

requerimientos de la constitución ideal de derechos. El argumento de la calidad epistémica de las decisiones democráticas no se materializa siempre con la fuerza suficiente, pues, para rechazar la existencia de alguna otra institución que pueda contribuir a ese fin.

Nos encontramos, entonces, ante la dificultad de hallar cuáles son los argumentos que apoyan que haya de ser un tribunal constitucional el garante de la constitucionalidad de las leyes democráticas -lo que, a los efectos, implica la interpretación de los derechos fundamentales- y cuáles son los que, por otro lado, apoyan que sea el propio procedimiento democrático el garante de la Constitución. Y ello, aunque sólo sea para avanzar algunas posiciones sobre las que, sin embargo, resonarán las palabras de Bickel en *The Least Dangerous branch*: "no será posible dar plena respuesta a todo lo que se argumenta en contra del control judicial de la ley[...]. Lo único que podemos hacer es llenar el otro platillo de la balanza con argumentos de signo contrario, acerca de las necesidades reales y los modos en que opera efectivamente nuestra sociedad, y naturalmente con nuestras porciones de fe y de esperanza. Entonces podremos apreciar hasta dónde se ha movido el fiel de la balanza"¹⁶⁷.

En las páginas que siguen y de la mano de Nino presentaré cuales han sido los argumentos que en cada uno de esos platillos han sido colocados, así como los que han de colocarse en su opinión; sin olvidar, claro está, el hilo argumental que me ha conducido a este punto: la tesis de Nino de que la respuesta a la controversia interna acerca de quien haya de ser el garante de la Constitución y, por lo tanto, el fundamento del control judicial de constitucionalidad, precisa de consideraciones valorativas -con la

¹⁶⁷ Bickel, A., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, op.cit. Tomo la cita y su traducción de V.Ferrerres, *Justicia constitucional y democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (1997).

necesidad de llevar a cabo incursiones en el ámbito de la filosofía moral y política- que nos llevan más allá del marco del ordenamiento jurídico.

5.3.1.1 La derrota de ciertos argumentos a favor del control judicial de constitucionalidad.

5.3.1.1.1 *El argumento derivado de la supremacía de la Constitución. La crítica de Nino.*

a) La lógica de Marshall.

El argumento de que la supremacía de la Constitución exigía la revisión por parte del poder judicial de las leyes emanadas del parlamento democrático fue invocado por primera vez por el juez Marshall en el famoso caso de la jurisprudencia estadounidense *Marbury v. Madison*¹⁶⁸. Este argumento -conocido como la "lógica de

¹⁶⁸ W. Marbury había sido elegido juez de paz por el presidente federalista John Adams en los últimos días de su mandato. El Senado, controlado por los federalistas confirmó el 3 de Marzo de 1801 los cargos asignados en esos últimos momentos por Adams incluyendo el de Marbury. Los cargos no habían sido, sin embargo, formalmente asignados cuando Thomas Jefferson, el presidente republicano, asumió su cargo unos días después de la mencionada fecha y el nuevo presidente Jefferson se negó a formalizar los nombramientos de los jueces a los que Adams había escogido, alegando que tales nombramientos eran nulos. Marbury junto con otros interpusieron una demanda ante la Corte Suprema solicitando una resolución judicial por la que se obligara a Madison, secretario de Estado en la Administración de Jefferson, a llevar a cabo la formalización de tales nombramientos. Las preguntas que la Corte Suprema se planteó en relación con este caso fueron las siguientes: ¿Tiene el demandante un derecho al nombramiento que reclama? En el caso de respuesta positiva y de que efectivamente ese derecho haya sido violado ¿las leyes del país le conceden protección? Si las leyes le conceden efectivamente esa protección, ¿es tal una resolución mandatoria [a mandamus] emitida por la Corte Suprema? La Corte Suprema, en la voz de su presidente el juez Marshall, consideró que era competencia de la Corte considerar si un ciudadano tenía o no un derecho y si tal derecho había sido o no violado, así como el señalar si el ciudadano en cuestión tiene o no algún tipo de recurso [remedy] contra tal violación; pero en el caso *Marbury v Madison* negó que tal remedio hubiera de ser una resolución mandatoria emitida por la Corte Suprema. La existencia del control judicial fue establecido, de esta forma, en un caso en el que la Corte concluyó que no tenía poder para remediar la ilegalidad oficial. ¿Cuál fue el hilo argumentativo de Marshall? El presidente de la Corte [Chief Justice] Marshall señaló que "en los asuntos en los que superiores de los distintos órganos [departments] son agentes políticos o confidentiales del ejecutivo, y su función es meramente la de ejecutar la voluntad del Presidente, o actuar en casos en los que el ejecutivo tiene discrecionalidad legal o constitucional, nada puede ser más claro que el que tales actos son sólo políticamente examinables. Pero cuando un deber específico viene establecido por la ley, y un derecho individual depende del cumplimiento de tal deber, se presenta como igualmente claro que el individuo que se considera a sí mismo dañado tiene el derecho de acudir a las leyes de su país en busca de un remedio". En el caso de *Marbury*, la Corte Suprema considera que cuando el presidente firmó la comisión de *Marbury* lo nombró así juez de paz y que mediante tal nombramiento adquiriría la titularidad de la

Marshall"- fue el mismo que años después en Europa fue invocado por el teórico del Derecho H. Kelsen (aunque el modelo de control constitucional concebido por Kelsen y

magistratura durante cinco años; tener tal título legal implica la consecuencia de tener un derecho a la comisión; denegar la provisión implica la violación de un derecho para el que las leyes del país conceden remedio. Lo importante, sin embargo, fue que Marshall llevó a cabo una argumentación que sentó las bases del control judicial de constitucionalidad en los EEUU cuando, al examinar el caso, señaló que la disposición normativa parlamentaria que establecía que la Corte Suprema estaba autorizada para emitir mandamus en los casos garantizados por los principios y costumbres jurídicas, a cualquier tribunal investido o personas ocupando cargos oficiales en nombre de la autoridad de los EEUU [*Judiciary Act* (1789)], era inconstitucional y que, por lo tanto, no podía conceder válidamente la autoridad ni asignar los deberes que pretende y ello porque viola la Constitución por lo que se refiere a la disposición constitucional que establece que "la Corte Suprema ha de tener jurisdicción originaria en todos los casos que afecte a embajadores, otros ministros oficiales y cónsules y en aquellos casos en los que un Estado sea parte. En todos los demás casos la corte suprema tendrá jurisdicción en apelación". Aunque un *mandamus* puede ser dirigido a las cortes, sin embargo, formular tal requisitoria a un oficial para que envíe un documento es, en efecto, lo mismo que iniciar una acción original solicitando tal documento y, por lo tanto, parece no pertenecer a la jurisdicción de apelación sino a la original. De esta forma, la autoridad concedida a la Corte Suprema mediante la disposición normativa parlamentaria mencionada [*Judiciary Act*] no aparece garantizada por la Constitución; y es preciso preguntarse si una jurisdicción de esta forma conferida puede o no ser ejercida. Es esta la pregunta acerca de si una ley contraria a la Constitución puede ser ley del Estado: "o la constitución controla un acto legislativo contraria a ella; o el legislador puede modificar la constitución mediante una ley ordinaria. [...] O bien la Constitución es la norma suprema, inmodificable mediante procedimientos ordinarios o está en un nivel en el que mediante procedimiento legislativo ordinario, y, como otros actos, puede ser alterada a discreción del legislador ordinario". "Es competencia y deber del departamento judicial decir qué es Derecho. Aquellos a quienes corresponde aplicar las reglas a casos concretos deben, necesariamente, explicarlas e interpretarlas. Si dos leyes entran en conflicto, los Tribunales deben decidir la operatividad de cada una de ellas. Por lo tanto, en el caso de que una ley se oponga a la Constitución, si tanto una ley como la Constitución son de aplicación a un caso particular, la Corte debe decidir el caso conforme con la ley, no teniendo en cuenta la Constitución o bien resolver conforme a la Constitución, desatendiendo la ley; la Corte debe establecer cuál de las dos reglas en conflicto gobierna el caso. Esto forma parte de la esencia del deber judicial. Si los Tribunales deben respetar la constitución y la constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, entonces la Constitución, y no tal acto ordinario debe gobernar el caso al que ambas son de aplicación. Aquellos que cuestionan que la constitución es superior a las leyes ordinarias y que ha de ser tenida por los Tribunales como ley suprema están defendiendo que los Tribunales deben cerrar sus ojos ante la Constitución y ver únicamente la ley. Esta doctrina subvertiría el fundamento de toda Constitución escrita: supondría declarar que un acto que, de acuerdo con los principios y teoría de nuestro gobierno es nulo, es, sin embargo, en la práctica, completamente obligatorio. Declararía que si la legislatura puede hacer lo que esté expresamente prohibido, tal acto, al margen de la prohibición, es realmente efectiva. Supondría darle a la legislatura un poder práctico y omnipotente, con el mismo aliento con el que profesa restringir los poderes dentro de márgenes estrechos. Supondría prescribir límites y añadir que tales límites pueden ser sobrepasados a voluntad. Esto supondría limitar a nada lo que hemos considerado el mayor progreso en relación con las instituciones políticas: una constitución escrita. Además, el poder judicial de los EEUU se extiende a todos los casos que puedan surgir a partir de la Constitución. ¿Podría ser la intención de quienes concedieron este poder decir que en su ejercicio no ha de examinarse lo que establece la Constitución? ¿podría ser que un caso que cae bajo la Constitución ha de ser decidido sin examinar el instrumento bajo el cuál el cae? Esto se presenta como algo demasiado extravagante para ser mantenido. La Constitución ha de ser pues examinada y observada por los jueces. Varios ejemplos de la Constitución muestran que los constituyentes la contemplaron como una regla para el gobierno de las cortes y del legislativo. Incluso la promesa llevada a cabo en la toma de posesión del cargo impuesto por el legislador muestra la opinión del legislativo en este sentido "[...] cumpliré mis deberes fiel e imparcialmente de acuerdo con mis mejores habilidades y entendimiento, conforme con la constitución y las leyes de los Estados Unidos". La particular fraseología de la Constitución de los EEUU confirma y fortalece el principio, que se supone que es esencial a cualquier Constitución escrita, de que una ley contraria a la Constitución es nula. Y que tal instrumento vincula a los tribunales, así como a otros órganos. *Marbury v. Madison*, 5 US (1 Cranch) 137 (1803), en, Stone, G.R., Seidman, L.M, Sunstein, C.R y Tushnet, M.V, *Constitutional Law*, ed. Little Brown and Company, 3ª edición, (1996), págs. 23 y ss.

que se vio reflejado en los distintos sistemas europeos es el de un Tribunal Constitucional como garante último de la constitucionalidad).

La denominada “lógica de Marshall” sostiene que “es lógicamente incompatible el reconocimiento de la Constitución como ley suprema con la negación del poder de los jueces de no aplicar una norma que contradice las exigencias de esa Constitución en cuanto al órgano que debe dictar la norma, el procedimiento por el que debe dictársela o el contenido que la norma debe tener o no tener”¹⁶⁹. Nino reconstruye de esta forma el argumento que llevó a Marshall a afirmar el poder de los jueces de no aplicar una determinada norma por considerarla contraria a la Constitución: Premisa (1) El deber de la judicatura es aplicar la legislación. Premisa (2) Cuando hay dos leyes que se contradicen la aplicación de una excluye la posibilidad de aplicación de la otra. Premisa (3) La Constitución es a la vez la ley suprema y la que define qué otras normas son leyes. Premisa (4) La supremacía de la Constitución implica que cuando hay un conflicto con una norma emanada por el legislador, la última deja de ser Derecho válido. Premisa (5) Si la premisa 4 no fuera cierta, el legislador podría modificar la Constitución por medio de una ley ordinaria y, entonces, la Constitución no sería un límite al poder del legislador democrático ordinario. Premisa (6) El legislador está limitado por la Constitución. Premisa (7) Si una norma no es Derecho válido entonces carece de fuerza vinculante u obligatoriedad. Conclusión: si una ley dictada por el legislador democrático es contraria a la Constitución, tal ley, por tal razón, no es de aplicación vinculante por la judicatura.

Esta forma de razonar -nos dice Nino- parece indicar que los jueces no deben aplicar leyes contrarias a la Constitución y que tal regla (la no aplicación de leyes inconstitucionales por parte de la judicatura) será de aplicación a todo sistema jurídico

¹⁶⁹ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 674.

en el que se reconozca la supremacía de la Constitución, precisamente como necesidad lógica derivada de tal reconocimiento: si esa regla no rigiera, la Constitución no sería la norma suprema del sistema.

b) La crítica de Nino a la "lógica de Marshall"

La denominada "lógica de Marshall", sin embargo, falla. Aunque una ley inconstitucional no pertenezca al sistema jurídico ya que no fue dictada de acuerdo con las condiciones establecidas por normas de competencia constitucionales, puede tener fuerza obligatoria en algunos casos: si hay alguna norma que tiene, a su vez, fuerza obligatoria y que establece que la primera debe ser aplicada u obedecida bajo ciertas condiciones¹⁷⁰. Por lo tanto, nos dice Nino, es perfectamente concebible que haya una Constitución que sea la ley suprema, que defina qué otras normas son leyes y que no pueda ser derogada por procedimientos ordinarios, al tiempo que se admite que si una ley con coloración de Derecho¹⁷¹ fue dictada fuera de las condiciones que esa Constitución establece, será obligatoria observarla, aun para los jueces, mientras el Parlamento no la derogue¹⁷².

Nino considera, además, que pensar que la Constitución es un mero juguete vistoso y no un verdadero límite al legislador cuando la primera autoriza a sancionar una ley bajo ciertas condiciones y no respalda la prohibición de sancionarla con el remedio del control judicial de constitucionalidad si tales condiciones no se dan parte de una comprensión muy limitada acerca de las obligaciones. Según Nino, entender que no hay obligaciones si no están respaldadas por sanciones es, además de una forma muy simplificada de entender a éstas, una forma muy simplificada de ver la argumentación

¹⁷⁰ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., págs. 674-677. En el caso de nuestra Constitución p.ej. podemos encontrarnos con conflictos entre, de un lado, los principios sustantivos contenidos en la Constitución y de otro el principio de obediencia a las autoridades instituidas por ésta.

¹⁷¹ Esta expresión. "coloración de Derecho", fue utilizada por el autor canadiense Constantineau respecto de las normas de facto. Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 677.

¹⁷² Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 678-679.

jurídica justificativa, presentándola como si sus últimas razones hubieran de ser de índole prudencial; cuando, en realidad, como hemos tenido ocasión de ver, las razones justificativas en la esfera en que se afecta intereses intersubjetivos, son, necesariamente, razones morales. Así es posible (y es lo que sucede en Gran Bretaña) concebir una Constitución que fije condiciones para la sanción de las leyes por parte del Parlamento sin establecer un órgano distinto del propio Parlamento para llevar a cabo ese control; el cumplimiento de las prescripciones constitucionales dependerá, en ese caso, de la adhesión que el legislador preste a la Constitución¹⁷³.

Nino¹⁷⁴ lleva a cabo un análisis crítico de este argumento según el cual la supremacía de la Constitución es la que fundamenta la existencia de un control judicial de constitucionalidad en la reconstrucción articulada por Kelsen. Recordemos ésta:

Como es sabido, en la cúspide del modelo piramidal de sistema jurídico reconstruido por Kelsen, la norma básica es la que otorga validez a todas las normas derivadas a partir de ella. Si una determinada prescripción es dictada sin cumplir los requisitos establecidos por normas superiores y válidas del sistema entonces tal prescripción no es una norma válida del sistema. Sin embargo, tuvimos ocasión de ver que uno de los grandes problemas con los que ha de enfrentarse Kelsen es, cómo dar cuenta dentro de su esquema de los conflictos entre normas de diferente jerarquía (a este problema Nino lo denomina "el problema de Kelsen"¹⁷⁵).

Si siguiéramos la "lógica de Marshall" tales leyes simplemente no existirían como leyes desde el momento en que no pertenecen al sistema jurídico al ser contrarias a las normas superiores que establecen las condiciones para su dictado. Carecerían de fuerza vinculante. Kelsen -nos dice Nino-, a diferencia de Marshall, se dio cuenta de

¹⁷³ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 678.

¹⁷⁴ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit. y *The Constitution of a Deliberative Democracy*, op.cit., págs. 189-196.

¹⁷⁵ Nino, C.S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, op.cit., pág. 191. Cfr. Punto 4 del presente capítulo de este trabajo.

que esta respuesta no era coherente con el pensamiento jurídico puesto que muchas leyes son consideradas como Derecho válido y vinculante pese a contradecir objetivamente la Constitución. Este sería el caso de las leyes inconstitucionales antes de que su inconstitucionalidad haya sido declarada por la judicatura o por el Tribunal Constitucional. En ocasiones, una ley se considerará inconstitucional solamente en caso de haber sido declarada así. Los tribunales pueden declarar, por error, constitucional una ley que, objetivamente, no lo sea, o dar efecto a una ley inconstitucional en un sistema jurídico donde no hay un procedimiento de revisión judicial.

Nino advierte de que es preciso distinguir las anteriores situaciones: (1) Si se diera el caso de que no existiera un procedimiento adecuado para declarar la constitucionalidad de una ley, esto pondría en tela de juicio la propia supremacía de la Constitución. (2) Una cuestión distinta sería cuando un juez o Corte Suprema se equivoca acerca de la constitucionalidad de una ley, entonces, en este caso, lo que surge es un problema epistemológico acerca de quién establece y cómo la constitucionalidad de forma objetiva.

A la vista de todo lo anterior, la conclusión de Nino es que las situaciones identificadas por Kelsen muestran que las nociones de validez jurídica y de jerarquía normativa que subyacen a su argumento y al de Marshall no coinciden con la opinión presupuesta por los juristas en general.

Como vimos, Kelsen tiene un doble recurso para dar cuenta de la obligatoriedad: uno de tales mecanismos consistía en su adopción de una visión subjetivista acerca de la validez de las normas jurídicas según la cual la validez depende de su declaración judicial. También vimos que esto era, en realidad, un error argumentativo puesto que si la validez de las normas jurídicas no depende de condicionantes objetivos sino de la declaración realizada por un juez, entonces, el concepto de validez no estaría a

disposición de los jueces para que ellos a su vez pudieran justificar si aplicar o no una determinada norma jurídica. Y es que, tal y como dice Raz, Kelsen ha confundido a este respecto la cuestión acerca de la validez de una ley o norma jurídica (y de si la decisión de un juez de aplicarla es o no correcta) con el hecho de que la decisión de un juez, correcta o no, tengan fuerza obligatoria y constituya *res judicata*¹⁷⁶.

El segundo recurso kelseniano era su fórmula de la 'cláusula tácita'. Ya vimos que Nino se ocupó también de señalar la implausibilidad de esta solución kelseniana¹⁷⁷ y como el error que comete este autor es, en su opinión, no haber delimitado o distinguido claramente dos sentidos de "validez", algo que hubiera iluminado, especialmente, el problema de las normas que contradicen las condiciones de dictado establecidas por normas superiores. Sin embargo, en opinión de Nino, el error es, incluso, más profundo puesto que, en su opinión, Kelsen no es completamente consciente de que el concepto predominante de validez en su obra no es el de validez como pertenencia, sino el de validez como fuerza obligatoria, existencia o vinculatoriedad. En la lectura que hace Nino de Kelsen, una norma es válida, si y sólo si, uno debe hacer lo que la norma prescribe. La norma es válida cuando permite pasar de la descripción del hecho de que una cierta autoridad ha prescrito "X debe ser realizado" a la proposición normativa¹⁷⁸ de que X debe ser realizado. Nino considera que cuando Kelsen formula la norma básica que nos permite dar cuenta del fenómeno jurídico como un fenómeno normativo y no, simplemente, como una secuencia de acciones de prescribir, reconoce, en cierta forma, un sentido normativo de validez. Cuando una norma es válida en el sentido de que tiene fuerza vinculante, tal fuerza

¹⁷⁶ Cito a Raz a partir de Nino. Raz, J. *Practical Reasons and Norms* (London: Hutchinson, 1975), pág. 222.

¹⁷⁷ Véase punto 4 del presente capítulo de este trabajo. Cfr. Nino, C.S., *La validez del Derecho, op.cit.*

¹⁷⁸ En la terminología de Nino 'proposición normativa' equivale a norma jurídica como contenido significativo de un enunciado jurídico y no, como generalmente es utilizada esta expresión en la Filosofía del Derecho como enunciado descriptivo acerca de una norma.

vinculante viene así establecida, y las normas cuya aplicación prescribe deben ser obedecidas o aplicadas aun cuando el dictado de esas normas no esté autorizado. Entonces, la extensión de las normas pertenecientes al sistema (en el sentido de derivadas según el criterio de derivación genético) no coincide con las normas válidas o con fuerza vinculante.

El problema está en que, después, cuando Kelsen aborda el caso de las leyes inconstitucionales como leyes vinculantes pero, aparentemente, no pertenecientes al sistema, lo que hace para solucionar el problema es argumentar que las normas superiores, tácitamente, autorizan el dictado de esas normas que son obligatorias (y que, en virtud de esa cláusula tácita pertenecen, pese a las apariencias, al sistema).

La implausibilidad de la fórmula de la cláusula tácita muestra, en opinión de nuestro autor, el fallo de la denominada 'lógica de Marshall': el hecho de que una ley no respete las condiciones establecidas por la Constitución para su dictado y que por lo tanto no pertenezca al sistema, según el criterio genérico de pertenencia, no implica, necesariamente, que la ley no sea válida en el sentido de obligatoria o con fuerza vinculante, ya que puede darse el caso de que el sistema jurídico incluya normas que, en determinados casos, hagan obligatorio observar y aplicar las leyes inconstitucionales. Esto, además, sucede en sistemas jurídicos que aceptan el control judicial de constitucionalidad, puesto que en ellos, podemos encontrarnos con que se requiere la aplicación de leyes inconstitucionales sea por errores judiciales en la declaración de su constitucionalidad o porque no se ha presentado el recurso o el caso correspondiente ante el tribunal competente¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Cfr. Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 678-679 y *The Constitution of Deliberative Democracy*, op.cit., pág. 195.

Pese a la aparente similitud de la 'cláusula tácita' kelseniana y la posición de Nino, entre ellas hay una serie de diferencias que él mismo enumera¹⁸⁰:

(1) Las normas que reconocen validez a las leyes inconstitucionales no autorizan tal dictado, sino sólo establecen la obligación de aplicar las reglas resultantes pese a no cumplir éstas con las condiciones.

(2) Tales normas que reconocen la validez de leyes inconstitucionales no forman parte, necesariamente, de un sistema jurídico sino que su presencia es contingente. Suelen, más bien, ser de tipo consuetudinario.

(3) Una norma que requiere la aplicación de una disposición ilegal puede considerar a todas las leyes obligatorias independientemente de su contenido o del procedimiento por el que fueron dictadas. Aunque, de hecho, tales normas, junto con condiciones negativas como que la disposición en cuestión no haya sido declarada inconstitucional por el tribunal adecuado, precisan, como antes vimos, de ciertas condiciones positivas, como que la disposición en cuestión debe tener cierto "color o apariencia de legalidad" (es decir, la disposición ha de mantener una mínima apariencia por lo que se refiere a las condiciones para el dictado de normas pertenecientes a un sistema jurídico)¹⁸¹.

En todo caso, es así como se rompe la denominada 'lógica de Marshall' pues ciertas cláusulas tácitas de la Constitución pueden establecer que los jueces, la Corte Suprema -o, en nuestro sistema, el TC- están obligados a aplicar la ley hasta que sea derogada por el propio órgano que la dictó o declarada inconstitucional por un órgano político diferente.

La supremacía de la Constitución implica, necesariamente, que una ley contraria a ella no es válida, siempre y cuando validez se utilice en el sentido de pertenencia al

¹⁸⁰ Nino, C.S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, *op.cit.*, pág. 196.

¹⁸¹ Cfr. Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, *op.cit.*, pág. 677.

sistema (es decir, la supremacía de la Constitución implica que una norma contraria a ella no pertenece al sistema). Pero -en contra de la lógica de Marshall-, no implica que no sea obligatoria, esto es, vinculante. Esto último no implica, necesariamente, que la Constitución no limite el poder del legislador ordinario y que éste pueda modificar la Constitución con una ley ordinaria. De hecho esto le puede estar prohibido al legislador ordinario y, sin embargo, si el parlamento se extralimitara en el uso de su competencia legislativa, puede darse el caso de que tales leyes, aun así, sean de obligada aplicación y observación por la judicatura y ciudadanos hasta que el Parlamento derogue la ley en cuestión o el Tribunal Constitucional (o Corte Suprema) la declare inconstitucional. Así, es posible que una Constitución prohíba al Parlamento dictar ciertas leyes al tiempo que no establece ningún órgano diferente que derogue o anule las normas que hayan sido dictadas en violación de esa prohibición.

Creo, sin embargo, que alguna fuerza es reconocida, de alguna forma, por Nino al argumento de Marshall, pues, aunque niega que tal argumento haya de llevarnos a la institución del control judicial de constitucionalidad, si que admite que "por supuesto, uno debe suponer que hay alguna otra institución o procedimiento, aunque no sea la del control judicial. Este procedimiento debe estar administrado por un órgano político o por recurso directo al electorado, ya sea mediante alguna institución formal (el plebiscito) o porque haya una aceptación generalizada de algún tipo de control social difuso por el que se permitiera a cualquier ciudadano desobedecer la ley inconstitucional"¹⁸².

En definitiva, la conclusión es la siguiente: para mantener la supremacía jurídica de la Constitución es preciso que el sistema prevea algún tipo de revisión o control pero no ha de ser, necesariamente, control judicial. La existencia de un control

¹⁸² Nino, C.S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, *op.cit.*, pág. 196.

judicial de constitucionalidad es, pues, algo contingente; aun cuando el sistema tenga una Constitución como norma suprema, optar por este modelo de control dependerá, entonces, de otro orden de consideraciones. No es, pues, una derivación lógica de la admisión de la supremacía de la Constitución.

5.3.1.1.2 *El argumento del reconocimiento de derechos.*

a) El argumento de Dworkin

Según este argumento, el control judicial de constitucionalidad vendría exigido por el reconocimiento de derechos. El argumento ha sido articulado de la siguiente forma: si no hubiera control judicial de constitucionalidad, los derechos no estarían protegidos puesto que no habría límite alguno a las decisiones de la mayoría expresadas a través de órganos políticos como el Parlamento. La ausencia de un control judicial de constitucionalidad parecería, pues, incompatible con nuestra concepción de una dimensión ideal de los derechos y de la organización del poder.

Este sería el sentido de la postura de Dworkin. Dworkin distingue entre: (1) principios que establecen derechos; y (2) la articulación de políticas. Como apunté, los primeros protegen estados de cosas referidos a la distribución e individualización de ciertos bienes y limitan la persecución de objetivos colectivos (a los que, precisamente, se refieren las políticas). De acuerdo con Dworkin, los jueces, protegen, precisamente, la esfera de los derechos y, además, deben decidir los casos a partir de principios y no de políticas.

b) La crítica de Nino.

Nino, sin embargo, se manifiesta disconforme con la posición de Dworkin por varias razones: (1) “es perfectamente concebible, aunque pudiera ser objetable por otras razones, un sistema jurídico que reconociera derechos individuales, aunque su

protección sólo quedara en manos de las mayorías a través del proceso democrático y no hubiera revisión judicial de sus decisiones”¹⁸³; la cuestión de si el sistema de mayorías es el más adecuado para defender los derechos -esto es, la cuestión acerca de si son sólo los intereses de la mayoría los protegidos a partir de este tipo de decisiones- es una cuestión para cuya solución habremos de incursionar en temas de filosofía moral y política para tratar de ver cuál es el método más fiable de conocimiento moral (según la reconstrucción de Nino del universo práctico). Por lo tanto, la protección de los derechos de los ciudadanos no implica que, necesariamente, el control haya de hacerlo la judicatura o el Tribunal Constitucional, pues, pudiera ser el caso de que esa protección se lograra mejor de otra forma.

(2) Otra objeción que Nino dirige a la concepción de Dworkin es que, pese a que éste parece asumir que habría un amplio margen para las decisiones democráticas, esto no es, necesariamente, así. En efecto, resulta que si partimos -como hace Nino- de una concepción fuerte¹⁸⁴ acerca de los derechos según la cual estos pueden ser violados no sólo por acciones, sino, también, por omisiones, entonces nos encontramos con que los derechos ocupan casi todo el espacio moral, permitiendo muy poco espacio en el esquema propuesto por Dworkin para las políticas y, por lo tanto, permitiendo muy poco espacio para que opere el criterio de las mayorías democráticas.

(3) La tesis de Dworkin al considerar que ha de estar en manos de los jueces la garantía de los derechos individuales y descalificar, implícitamente, al proceso democrático para su protección, entra en tensión con la visión de la democracia que la relaciona con los asuntos de moral intersubjetiva y con la capacidad del sistema democrático para aprehender, mejor que ningún otro, los principios morales correctos

¹⁸³ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 680.

¹⁸⁴ La terminología más extendida es 'concepción robusta' a partir de la traducción literal del término inglés 'robust'.

que permitirían resolver de forma justa la distribución de bienes y la resolución de conflictos.

El argumento que podría esgrimirse haciendo compatibles capacidad epistémica de la democracia y control judicial podría consistir en señalar que cuando los jueces hacen valer la Constitución, en realidad, están haciendo valer la voluntad popular soberana expresada en la Constitución histórica¹⁸⁵ -esto es, en la Constitución positiva o real. Según esto, "la Constitución tiene aun mayor legitimidad democrática que la ley, y los jueces que la hacen prevalecer sobre esta última no están interponiendo su propia autoridad y capacidad epistémica, sino la que la Constitución refleja"¹⁸⁶. En este sentido se pronuncia Ackerman quien distingue dos formas de política: la de los momentos constitucionales y la de los momentos de política normal u ordinaria. Dentro de este marco, el control de constitucionalidad sería una forma de evitar que la política normal se superpusiera a la constitucional, esto es, se trataría de evitar que se impusiera "la ignorancia, apatía y egoísmo que se refleja en la política ordinaria" a las decisiones tomadas por los ciudadanos en momentos de intensas movilizaciones en los que triunfa el espíritu de lo público. La política ordinaria ha de estar, entonces, sujeta a los resultados obtenidos en la vía más alta que es, en su opinión, la de los momentos de política constitucional.¹⁸⁷

Pero Nino se muestra escéptico en relación con la visión romántica de los momentos constitucionales proyectada por Ackerman. Por otro lado, señala que, en cuanto observamos las constituciones históricas, el argumento se debilita puesto que - nos dice Nino- nos damos cuenta de que la mayoría de las Constituciones no han sido

¹⁸⁵ Nino distingue entre la Constitución ideal derivada de los principios morales de los cuales derivan, a su vez, los derechos humanos y la organización institucional de nuestras sociedades, de las Constituciones reales o históricas como fruto de la voluntad popular y que se aproxima a la constitución ideal en mayor o menor grado. Cfr. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 17-31.

¹⁸⁶ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 688.

¹⁸⁷ Ackerman, B., "Discovering the Constitution", 93 *Yale Law Journal* (1984), "Constitutional Politics/Constitutional Law", 99 *Yale Law Journal* (1989) y *We the People*, Harvard University Press (1991).

dictadas mediante procedimientos verdaderamente democráticos y de que en cualquier caso, muchas Constituciones pueden haber perdido su legitimidad democrática o haberse visto ésta debilitada en el sentido de no expresar, debido al paso del tiempo, el consenso popular actual acerca de determinados aspectos conflictivos. Tampoco podemos pensar que hay un acuerdo tácito hacia la Constitución puesto que como la reforma de las Constituciones exige un procedimiento complejo, esto puede hacernos dudar de que la no reforma se deba necesariamente a apoyo popular mayoritario¹⁸⁸.

Estas objeciones llevan a Nino a explorar otros argumentos que puedan, en su caso, fundamentar la existencia de un control judicial de constitucionalidad o, al menos, permitirnos ver qué tipo de control exige una fundamentación deliberativa de la democracia -como la defendida por Nino- para conseguir garantizar los derechos individuales y acercar más la Constitución histórica o real a la Constitución ideal.

5.3.1.1.3 *El argumento de la estructura del razonamiento práctico.*

Un argumento de índole lógica que, en opinión de Nino, en principio podría sostenerse a favor del control judicial de constitucionalidad es el que se apoya en la estructura del razonamiento práctico justificativo que llevan a cabo los jueces. El argumento de Nino se articularía así: el razonamiento justificativo debe siempre partir de proposiciones normativas que aceptemos por sus propios méritos y no por el hecho de que ellas han sido emitidas por cierta autoridad. Cuando esas proposiciones tienen el contenido apropiado, ellas constituyen juicios o principios morales. Las que identificamos como normas jurídicas son proposiciones derivadas de estos juicios

¹⁸⁸ En contra, Ackerman, B., *We the People, Foundations*, Harvard University Press, (1989).

morales, cuando ellos legitiman a cierta autoridad, y de descripciones de las prescripciones de la autoridad. Por otro lado, en un sentido normativo puro de Constitución tales principios morales de los que arranca el razonamiento jurídico justificativo, como el judicial, pueden constituir parte de la Constitución así entendida. Tanto el ideal del constitucionalismo asociado con los derechos como el ideal asociado con la participación democrática, pueden constituir principios que legitiman a determinadas autoridades y pueden formar parte de la Constitución en sentido normativo. Si las leyes no son legitimadas por tales principios que establecen derechos y procedimientos democráticos porque tales leyes violan esos derechos o porque las leyes han sido dictadas sin satisfacer las exigencias de tales procedimientos, el contenido normativo de las leyes en cuestión no podrá ser derivado de tales principios y de la descripción de la sanción de dichas leyes; por lo que no podrá servir como razón justificativa de una decisión judicial. Esto, en opinión de Nino, implicará en cierto sentido que el control judicial de constitucionalidad es lógicamente inevitable: los jueces, al igual que cualquier otro individuo, no pueden justificar sus decisiones en los meros hechos constituidos por la sanción de las leyes sin incurrir en un salto imposible entre ser y deber ser. Necesariamente, pues, deben fundamentar tales decisiones en principios morales que aceptan por sus méritos intrínsecos como los que integran la Constitución en sentido normativo. Por lo tanto, parece que toda decisión judicial implica ejercer un control de constitucionalidad. Esta necesidad de la revisión constitucional de las leyes presupone un concepto normativo de Constitución que está dado por un conjunto de principios ideales cuya validez no está determinada por hechos y textos; de modo que el control de constitucionalidad que se ejerce es un control moral o valorativo y no un control relacionado con una norma positiva. Según esto, los jueces podrían proceder a un control de constitucionalidad que, por un lado, les llevaría a hacer

una profunda ponderación valorativa de la práctica jurídico-institucional vigente en su jurisdicción, analizando sus posibilidades de reconstrucción, y, por otro –supuesta una conclusión positiva de tal ponderación-, a trascender una ley en particular para determinar si su reconocimiento, en el caso presente, satisface o no las condiciones para la continuidad de tal práctica.

Pero, sin embargo, enseguida aparece un argumento en contra del carácter supuestamente concluyente del anterior: es la denominada por Bickel “dificultad contramayoritaria”¹⁸⁹: según este argumento, nos dice Nino, los jueces no tienen legitimidad democrática como para encarar las gravísimas cuestiones valorativas que, según el argumento anterior, ellos deben encarar para justificar sus decisiones. Cuando se mantenía el mito de que el juez se limitaba a aplicar la ley o la Constitución sin valorarla, esta falta de legitimidad democrática del juez parecía no ser relevante puesto que se concebía la actividad del juez como meramente intelectual y no valorativa. Pero –objeta Nino-, con la creciente certeza de que la tarea del juez es, sustancialmente, valorativa –algo que se pone de manifiesto en los principios básicos de moralidad social a los que los jueces necesitan recurrir para justificar la adopción de normas positivas y en los distintos pasos del proceso de interpretación- surge con más intensidad la duda acerca de la concesión al juez de la posibilidad de sustituir a los ciudadanos en general y a un órgano como el Parlamento en tales valoraciones.

¹⁸⁹ Bickel, en su famoso trabajo *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, contestaba el argumento de Marshall en apoyo del control judicial de Constitucionalidad -que se apoyaba en que cuando los jueces aplican la Constitución lo que están haciendo es ejecutar en el nombre 'del pueblo' los límites que él había ordenado para las instituciones de un gobierno limitado- sosteniendo que "el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema. [...] Cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un Ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora; ella ejerce control no en nombre de la mayoría prevaleciente sino en su contra. Esto, sin connotaciones místicas es lo que realmente sucede. El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente que la democracia, y ésa es la razón de que se pueda acusar a la institución del control judicial de antidemocrática". Bickel, A., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, *op.cit.*, pág. 16-17.

El anterior argumento que se apoya en la estructura del razonamiento jurídico justificativo podría, entonces, -nos dice Nino- ser construido de otra forma: señalando que los jueces deben diferir el juicio acerca de la validez de ciertos principios morales al resultado del proceso democrático. Esto es, las leyes democráticas han de operar como razones para creer en la existencia de los principios morales en ellas reflejados. Es decir, la premisa mayor de un razonamiento judicial sigue siendo un principio moral autónomo, pero en el proceso de adopción del principio, a los fines de la acción, juega una razón epistémica fundada en la prescripción de una autoridad democrática. Esto – apunta Nino- implica descalificar absolutamente el argumento anterior a favor de la necesidad lógica del control judicial de constitucionalidad a partir de la estructura del razonamiento jurídico justificativo: “Los jueces no tienen autoridad epistémica para sustituir al proceso democrático en la determinación de los alcances de los principios de moralidad social del que deriva el conjunto de derechos individuales. Los principios valorativos que integran la Constitución en sentido normativo y sirven para determinar en el razonamiento [...] si la práctica jurídico-institucional vigente en la jurisdicción está moralmente justificada deben ser determinados a través del proceso democrático. La Corte suprema y los demás jueces cumplen con su responsabilidad moral prestando deferencia a ese proceso democrático”¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Además, escribe nuestro autor, “conviene recordar que los derechos constituyen, por definición, límites a los intereses mayoritarios pero no a las decisiones mayoritarias. Es cierto que siempre hay un riesgo grande de que las decisiones mayoritarias favorezcan a los intereses mayoritarios, pero ese riesgo no se remedia desplazando esa decisión a una minoría, con lo que se corre el riesgo peor de que se favorezcan los intereses minoritarios”. Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 687.

5.3.1.1.4 *El argumento de las precondiciones para la democracia.*

Según este argumento, el fundamento del control judicial de constitucionalidad vendría dado por la necesidad de preservar las condiciones para que el debate democrático tenga un alto valor epistémico y haya razones que apoyen que ese debate es de más calidad que la reflexión individual. Nino distingue dos versiones de esta tesis:

c.1) Aquella según la cual para preservar las precondiciones de la democracia cualquier norma que aparezca en la Constitución histórica debe ser aplicada para -en su caso- anular la legislación democrática ordinaria.

Lo que sucede con esta versión -nos dice Nino- es que parece no darse cuenta de que existen muchas regulaciones de la Constitución histórica que no son relevantes -o si lo son, no son las mejores- a los efectos del valor epistémico del procedimiento democrático. Esta versión presenta, pues, dos problemas: de un lado, no distingue entre las cuestiones constitucionales que afectan a las precondiciones y las materias que, sin embargo, deben corresponder a un debate democrático; y, de otro, esta versión de la tesis, parece no conducir a la aplicación coactiva de la Constitución histórica, sino a la aplicación de una Constitución ideal, coincida o no con la primera. Esto, como podremos ver, puede presentarse como un problema a la hora de asegurar la eficacia de las soluciones judiciales normativas.

c.2) La segunda versión de la tesis se refiere a los prerrequisitos -precondiciones tanto positivas como negativas- para que el proceso democrático tenga valor epistémico.

Esta versión de la tesis viene articulada a partir de aquellos casos en los que las precondiciones para que la democracia tenga tal valor no están satisfechas y en las que, por lo tanto, el proceso político denominado 'democrático' no tiene un valor epistémico superior al proceso judicial. En tales casos en opinión de Nino parece que sería legítimo

acudir a la judicatura para reestablecer las precondiciones que dan valor epistémico al proceso democrático.

Esta línea de argumentación lleva a nuestro autor a dar cuenta de tres razones que se presentan a favor de la admisión del control judicial de constitucionalidad en determinados supuestos y, en el caso de la tercera de las razones, vincula ese control judicial de constitucionalidad con la práctica constitucional vigente en un determinado país.

5.3.1.2 Tres esferas de legitimidad del control judicial de constitucionalidad.

Como hemos podido ver, una fundamentación epistémica de la democracia cuestiona el control judicial de constitucionalidad. Sin embargo, pueden presentarse tres supuestos o esferas en los que sí estaría legitimado ese control. Nino las denomina "las tres excepciones a la negativa de admisión del control judicial de constitucionalidad".¹⁹¹ Las dos primeras se apoyan, precisamente, en las condiciones que fundamentan que las decisiones democráticas sean epistémicamente valiosas. La tercera tiene que ver con la eficacia de una decisión democrática epistémicamente valiosa. Nos movemos ya en el terreno de consideraciones valorativas sobre los fundamentos de la democracia y el reconocimiento de derechos fundamentales.

¹⁹¹ Nino, C.S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, *op.cit.*, pág. 199-207.

5.3.1.2.1 *El fortalecimiento del proceso democrático.*

a) Algunas consideraciones sobre las precondiciones del valor epistémico del debate democrático y la necesidad de su control.

Las reglas del procedimiento democrático tratan de asegurar que una serie de condiciones (tales como: la participación en la discusión de aquellos que van a verse afectados en última instancia por los resultados de ésta, la libertad de expresión durante la deliberación, la igualdad de condiciones en la que la participación en el debate es llevada a cabo, la fundamentación de las propuestas, que tenga lugar un debate basado en principios y no en una mera negociación de intereses¹⁹², que se evite el congelamiento de determinadas mayorías, que la mayoría apoya la decisión, el plazo temporal transcurrido desde que se formó un consenso en torno a una determinada cuestión y la reversibilidad de la decisión) se cumplan en la mayor medida posible para que podamos confiar en el valor epistémico del resultado de ese proceso¹⁹³.

Pero ¿a quién ha de corresponder velar por el respeto de tales condiciones? ¿Sobre quien ha de recaer la responsabilidad de decidir si tales reglas que tienden a asegurar el valor epistémico de la democracia están siendo infringidas? ¿Puede ser esto responsabilidad del propio proceso democrático parlamentario cuando pudiera resultar

¹⁹² Esta es la diferencia entre una fundamentación epistémica y una pluralista de la democracia. Para esta última concepción acerca de la democracia, ésta aparece concebida al modo del mercado. Como un ámbito público poblado de grupos con intereses distintos y, normalmente, conflictivos entre sí, que han de ser armonizados. A diferencia del modelo de la concepción deliberativa en el que el proceso de intercambio de argumentos tiene virtudes purificadoras de las preferencias o posiciones iniciales que los individuos llevan a la discusión pública, para la concepción pluralista la "voluntad general" es resultado de la mera agregación de razones individuales concebidas rígidamente. La justicia constitucional se presenta como un instrumento construido a imagen y semejanza del Derecho de la competencia (*antitrust*) cuyo objetivo prioritario es garantizar tanto como resulte posible las condiciones de la competencia. De Lora, P., "Sobre la justicia constitucional. Reflexiones a partir del libro de Roberto Gargarella, *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII, (1996), pág. 371-380. A diferencia de lo anterior, para una concepción deliberativa, el valor de la democracia no proviene sólo del hecho de que sea un mecanismo de agregación de preferencias (eso en sí ya es relevante por cuanto es una forma de combatir la exclusión política) cuanto de que, lo que se agregan, sean preferencias transformadas como consecuencia de un debate público que toma en cuenta los intereses o preferencias de todos.

¹⁹³ Nino, C.S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, *op.cit.*, pág. 199.

que el desempeño de la función de garante estuviera muy influido por el incumplimiento de las reglas y condiciones que serían, precisamente, las que apoyaban su valor epistémico mayor que la deliberación individual? ¿Están los jueces en mejor disposición para velar por su cumplimiento que los representantes elegidos para una deliberación parlamentaria cuando no se cumplen -quizá- esas precondiciones?.

En opinión de Nino, delegar tal responsabilidad en el proceso democrático resulta, cuando menos, dudoso si consideramos que sus funciones como garantes pueden verse comprometidas por el incumplimiento de las precondiciones que, en caso de darse, fundamentarían su valor epistémico.

El modelo de justificación del control judicial de constitucionalidad de Ely¹⁹⁴ respondería, precisamente, a este tipo de argumentación. Es el modelo que Ferreres recoge en su trabajo *Justificación Constitucional y Democracia* como el modelo de la "Constitución procedimental"¹⁹⁵. Así, en el modelo de Ely, la judicatura sería una especie de supervisor [*referee*] del proceso democrático: supervisaría que las reglas procedimentales y las condiciones de la discusión y decisión democrática estuvieran satisfechas. El límite, pues, que, según este modelo, los jueces trazarían y guardarían sería el de los derechos de participación política.

Frente a la propuesta de Ely, Nino se pregunta si, aun a pesar de los posibles fallos del sistema democrático, quizá los órganos democráticos están en una posición mejor que los jueces para detectar las distorsiones del sistema democrático.

¹⁹⁴ Ely, J., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review* (1980), Harvard University Press, (1998).

¹⁹⁵ Ferreres, V., *Justicia Constitucional y Democracia*, *op.cit.*, pág. 53-58. Escribe en este sentido Ferreres que Ely ha tratado de elaborar una interpretación procesalista de la Constitución americana de manera que bajo esta interpretación los jueces deben limitarse a actuar (frente al legislador) como árbitros del proceso político democrático, absteniéndose de proteger "valores fundamentales". *op.cit.*, pág. 55.

En relación con esta pregunta, Nino articula dos posibles respuestas¹⁹⁶: (1) la primera consistiría en sostener que de la misma forma que cualquier ciudadano puede relegar su juicio moral al resultado del proceso democrático (debido a la necesidad derivada de la propia estructura del razonamiento práctico que precisa partir de premisas moralmente legítimas), también cualquier ciudadano puede determinar si se han respetado y en qué medida las condiciones que dan valor epistémico a la democracia. En este sentido, los jueces actuarían como podría hacerlo cualquier ciudadano; (2) la segunda respuesta consistiría en sostener que debido a que la intervención de los jueces es unidireccional, su activismo, en este sentido, está siempre dirigido a ampliar el proceso democrático -exigiendo más participación, más libertad para los partidos, más igualdad, y que se de más relevancia a la justificación de las posturas defendidas o adoptadas. Un juez no podría anular una ley alegando que fue dictada mediante un proceso en el que hubo excesiva participación o demasiada igualdad. Por supuesto -nos dice Nino-, los jueces pueden equivocarse en sus conclusiones acerca de las operaciones del proceso democrático, pero el efecto global de una teoría procedimental del control judicial de constitucionalidad -como la propuesta por Ely para la Constitución de los Estados Unidos- es promover las condiciones que aseguren el valor epistémico del proceso democrático¹⁹⁷.

Tratando de profundizar en su posición, Nino distingue entre derechos *a priori* y derechos *a posteriori*. Los primeros son aquellos que entran en juego en las precondiciones del proceso democrático. Son condiciones de validez del proceso, y su valor, además, no viene determinado por el proceso democrático sino, más bien, presupuesto por él. En el esquema de Nino, correspondería a los jueces ser garantes de

¹⁹⁶ Nino, C.S. *The Constitution of a Deliberative Democracy*, *op.cit.*, pág. 200.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

estos derechos¹⁹⁸. El reconocimiento y alcance de los segundos, es decir de los derechos *a posteriori*, es, sin embargo, objeto de la deliberación democrática (como sucedáneo del discurso moral).

b) Algunas dificultades que ha de enfrentar el argumento de las precondiciones.

El anterior fundamento de un control judicial de constitucionalidad en la propuesta de Nino -siguiendo, en parte, a Ely- ha de afrontar, sin embargo, algunos problemas:

1) Como el propio Nino señala no es algo tan sencillo indicar qué derechos son *a priori* y cuales *a posteriori*. La cualidad *a priori* de algunos derechos -nos dice el propio Nino- está clara: sería el caso de los derechos políticos activos y pasivos, así como la libertad de expresión. Tales derechos presuponen, además, otros que son todavía más básicos como la protección contra el uso de la violencia física y contra restricciones políticas a la libertad de movimiento. Todos ellos constituyen precondiciones para la libre participación en el proceso democrático. Sin embargo, el carácter de otros derechos es controvertido: es el caso de los derechos sociales¹⁹⁹. Si aceptamos una versión amplia o fuerte de los derechos individuales, como hace Nino, entonces, nos encontramos con que la mayoría de las decisiones democráticas afectarían de forma

¹⁹⁸ La pregunta que Ferreres dirige a Nino en este punto es que si de hecho el proceso político satisface suficientemente las precondiciones de la democracia, el juez debería aceptar como válidas todas las leyes, tanto las que afectan a derechos *a posteriori* como las que afectan a derechos *a priori*. Según Ferreres, en el esquema de Nino no se entiende bien porqué deberíamos permitir al juez que determine por sí mismo la validez de las leyes que afectan a los derechos *a priori*, en lugar de deferir su juicio al juicio expresado en esas leyes. Si la decisión acerca de los límites que deben imponerse a la libertad de expresión se ha tomado democráticamente -se plantea Ferreres- ¿no debería Nino sostener que existe una razón epistémica que justifica que el juez admita como válida esa decisión aunque en el caso en cuestión estén en juego derechos *a priori*?. Ferreres, V. *Justicia constitucional y democracia*, *op.cit.*, pág. 172.

¹⁹⁹ Los derechos sociales son considerados por Nino como una extensión de los derechos clásicos a partir del reconocimiento de que los derechos individuales clásicos (como el derecho a la vida) pueden ser violados por acción así como por omisión. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, ed. Ariel, (1989), págs. 305-365. Para un análisis acerca de las implicaciones de esto último en la actividad que debe llevar a cabo el Estado cfr. Aguiló Regla, J. *La Constitución del Estado constitucional*, inédito. Escribe Aguiló: "Si respecto de los bienes realmente existentes el fin que la constitución atribuye al Estado es el de su protección y ello exige la generación de medios materiales y la imposición de deberes instrumentales orientados a la minimización de la incorrección; respecto de los bienes reconocidos por la constitución que no existen en la realidad, el fin que la constitución atribuye al Estado no es el de su protección, sino el de su construcción o generación en la mayor medida posible". Aguiló Regla, J., *op.cit.*, pág. 174.

activa o por omisión algún derecho individual. En tal caso, aún bajo una visión procedimental de la fundamentación del control de constitucionalidad, la esfera para éste sería bastante extensa, pues las condiciones sociales y económicas son precondiciones para una participación libre e igual en el proceso democrático.

2) Pero en el momento en que ampliamos ese ámbito de las precondiciones aparece el argumento contramayoritario y, con él, la pregunta acerca de por qué hemos de considerar que son los jueces quienes están en mejor situación que aquellos que forman parte de la deliberación en el proceso democrático para tomar decisiones muy controvertidas acerca de la distribución de bienes y acerca de cuál es el mejor mecanismo social para llevar a cabo tal distribución.

Aun si concluyéramos que tales decisiones son mejor tomadas por los jueces y que éstos están en mejor posición para garantizar esas precondiciones de la democracia, se presentaría otro problema apuntado por Nino: cuantos más derechos consideremos como precondiciones, más fuerza epistémica tendrá el proceso democrático, pero ello a costa de que muy pocos temas queden dentro del ámbito de las decisiones democráticas. Esto lleva a Nino a señalar que nos encontramos con que existe una tensión entre fuerza y ámbito del proceso democrático. Si se va más allá del umbral referido a la distribución a priori de bienes, entonces -nos dice-, el proceso democrático, a través de su tendencia a la imparcialidad,²⁰⁰ puede corregirse y mejorarse dando a las personas las precondiciones para su participación igual y libre²⁰¹. Por otro lado, si ese umbral no se alcanza -es decir, si se deja más margen a la decisión democrática-, la debilidad del proceso democrático será amplificadas de modo que la parcialidad de las soluciones

²⁰⁰ En la concepción de la democracia de Nino, el debate democrático y la decisión mayoritaria -que partiría de la búsqueda de la unanimidad- favorecen una tendencia a la imparcialidad de las decisiones. Cfr. Nino, C.S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, op.cit., pág. 127-128.

²⁰¹ En mi opinión, esta tensión sólo se da, sin embargo, si asumimos que son los jueces los que están en una mejor posición para asegurar la fuerza del proceso democrático yendo "más allá del umbral de la distribución de derechos a priori". Algo que, sin embargo, no es compatible con los argumentos presentados por Nino en este sentido.

derivadas de una participación desigual y limitada llevará a desigualdades y limitaciones mayores en la participación.

c) Una reconstrucción del argumento de las precondiciones de la democracia en Nino.

Antes de reconstruir lo que considero puede presentarse como la 'excepción de las precondiciones de la democracia' en Nino es preciso pasar a examinar el análisis que lleva a cabo nuestro autor de dos importantes casos de la jurisprudencia americana. Este análisis permite ver con algo más de detalle los matices de su posición en relación con esta esfera en la que, en su opinión, ha de admitirse, dentro de una concepción deliberativa de la democracia, el control judicial de constitucionalidad. Uno de los casos estudiados por Nino es *Roe v. Wade*²⁰² (1973) en el que el derecho en cuestión es el derecho al aborto. En tal caso, la Corte Suprema anuló una ley del Estado de Texas que prohibía el aborto en todos los supuestos salvo cuando la vida de la embarazada estuviera en peligro. La Corte Suprema estableció un periodo de un trimestre en el cual el aborto debía ser libre, admitiendo, sin embargo, regulaciones estatales restrictivas conforme fuera avanzando el embarazo.

El análisis de Nino es el siguiente²⁰³: por un lado, tenemos una decisión democrática que establece el valor del feto desde el momento de la fecundación y, por otro, la decisión de una mayoría, en este caso, de magistrados, que señalan que la libertad, autonomía y derecho a la intimidad de la madre es parte de la constitución ideal de derechos materializada en la Constitución histórica.

Las preguntas que se plantea Nino son si en este caso está o no en juego una precondición del proceso democrático, si el derecho de la madre a la autonomía por el hecho de ser tal derecho ha de ser sustraído del proceso democrático, y también a quién

²⁰² *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Puede verse extracto y análisis en Stone, Seidman, Sunstein, Tushnet, *Constitutional Law, op.cit.*, págs. 955 y ss.

²⁰³ Nino, C.S., *The Constitution of Deliberative Democracy, op.cit.*, págs. 210-213.

ha de corresponder resolver la cuestión acerca del valor del feto, si al procedimiento democrático o a la Corte suprema. En opinión de nuestro autor, la cuestión acerca de si la vida del feto tiene el mismo valor que la de una persona ya nacida [*full person*] es una pregunta *a priori* que debe, necesariamente, ser resuelta como una precondition del proceso democrático puesto que implica resolver quien puede actuar como sujeto del discurso moral que constituye el proceso democrático. Si el feto tiene valor, la Corte Suprema debe garantizar la misma protección al feto que a cualquier otra persona y no sería un argumento suficiente en contra de esto decir que el derecho de la madre a la intimidad y a la autonomía tiene prioridad sobre el derecho del feto. De la misma forma -nos dice Nino-, tampoco se deriva que la madre haya de cuidar del feto debido al valor que éste tiene. Si una ley prohibiera el aborto apoyándose en argumentos tales como el tratar de desincentivar determinado tipo de relaciones sexuales, entonces sería inconstitucional por apoyarse en razones perfeccionista, pero si la ley limita la autonomía de la madre sobre la base del reconocimiento de un valor al feto, entonces la calificación de tal ley se presentaría, en opinión de Nino, como un asunto más complejo. Habiendo sido -en su opinión- respetadas las condiciones del debate democrático (al no ser, en principio ignorado ninguno de los sujetos interesados -nacidos o no-) se pregunta por qué han de estar los jueces en una posición mejor que el proceso democrático para comparar desde una perspectiva imparcial el valor de la autonomía de los padres con el de la vida del hijo.

En opinión de Nino, la decisión de la Corte Suprema en *Roe v. Wade* debía prevalecer sobre la motivación perfeccionista oculta tras argumentos paternalistas (riesgos en la práctica del aborto); sin embargo, hubiera sido muy difícil invalidar la ley de Texas si, simplemente, se hubiera demostrado una desconsideración por parte del parlamento democrático hacia el valor de la autonomía de la madre. Y ello porque, en

su opinión, no está fuera de la esfera del proceso democrático comprometer o cuestionar la autonomía de las mujeres para subrayar el valor del feto. La indignación que puede provocarnos una ley semejante sería comparable -en opinión de nuestro autor- a la indignación ante medidas políticas que ignoren derechos sociales fundamentales para preservar los derechos de propiedad de unos pocos. Sin embargo, esta indignación no puede justificar el rechazo del proceso democrático en este tipo de valoraciones y su sustitución por algún tipo de medidas externas apoyadas en cierto elitismo epistémico.

El otro caso del que se ocupa Nino es *Brown v. Board of Education*²⁰⁴(1954). En la jurisprudencia americana, este caso marca el fin de una jurisprudencia constitucional favorecedora de la doctrina "separados pero iguales" aplicada a los colegios públicos segregados²⁰⁵. Warren, el magistrado que presidía, afirmó aquí que la educación era una de las funciones más importantes del gobierno local y estatal y que las escuelas segregadas dañaban a los afroamericanos al generar sentimientos de inferioridad y retrasar su formación intelectual y desarrollo. En opinión de Nino el argumento de que un determinado grupo es dañado por la forma en la que un servicio fundamental es puesto en funcionamiento no es, sin embargo, concluyente para invalidar una decisión democrática que establece cómo ha de ser puesto en marcha tal servicio, sino que ese argumento debe ser completado argumentando que el propio sistema democrático puede verse seriamente afectado y debilitado por el mantenimiento de políticas de segregación racial ya que la segregación racial en la esfera educativa impide que se desarrollen relaciones humanas de amistad entre diferentes individuos y grupos y con ello se dificulta el desarrollo de sentimientos fraternales y de simpatía tan necesarios para que el sistema democrático pueda tener una tendencia hacia la imparcialidad, que es su

²⁰⁴ "Brown v. Board of Education of Topeka", 347 U.S. 483 (1954); puede verse extracto y análisis en Stone, Seidman, Sunstein, Tushnet, *Constitutional Law, op.cit.*, págs. 523 y ss.

²⁰⁵ En este sentido puede verse la sentencia de la Corte Suprema estadounidense en el caso "Plessy v. Ferguson", 163 U.S. 537 (1896); puede verse extracto y análisis en Stone, Seidman, Sunstein, Tushnet, *Constitutional Law, op.cit.*, págs. 513-518.

fuente de valor epistémico. Así, en opinión de nuestro autor, el argumento fuerte para considerar que una determinada ley democrática ha de ser revisada por la Corte Suprema es, precisamente, el que tal control permitirá establecer si se ha violado o no una precondition para garantizar el valor epistémico del sistema democrático y cómo ha de ser regulada la materia en cuestión para subsanar ese daño a las condiciones para la calidad del debate.

En relación con el caso *Brown v. Board of Education* las anteriores consideraciones llevan a Nino a sostener que aun en el caso -difícil- de que se proveyera el mismo tipo de facilidades educativas a los distintos grupos de tal forma que no hubiera un daño a la autoestima o al desarrollo intelectual, la capacidad de simpatía que ayudaría a la tendencia a la imparcialidad del debate democrático por las posibilidades de conocimiento y la posibilidad de poder aprehender cuáles son los intereses de los sujetos afectados por determinadas medidas se vería, aún así, seriamente obstaculizada de haber segregación racial. Entonces, en opinión de Nino, el acierto del fallo de Brown fue, precisamente, de su papel de garante de las pre-condiciones para el funcionamiento del proceso democrático; solamente cuando tales condiciones son satisfechas el proceso democrático puede requerir de los jueces y de todos los ciudadanos que se de valor excluyente a su resultado.

Pero ¿cuál es la diferencia entre Roe y Brown?. Recapitulemos los argumentos presentados por Nino:

(1) No hay razones para sustraer de la decisión democrática (siempre que se haga a partir de argumentos no perfeccionistas) la solución de la cuestión acerca de qué valor ha de tener prioridad en cada una de las fases del embarazo; y nuestro descontento ante una ley que ignore la autonomía de los padres al comparar el valor de ésta con el valor del embrión o feto, así como una ley que ignora derechos sociales

fundamentales en beneficio de derechos de propiedad de unos pocos, no puede llevarnos a obstaculizar el proceso democrático mediante una institución externa a él - apoyándonos en algún tipo de elitismo epistémico a tales efectos.

(2) En el caso *Brown*, considera que la Corte Suprema está mejor capacitada para decidir si una determinada ley democrática está dañando las precondiciones para la calidad epistémica del debate democrático parlamentario. Por lo tanto, la decisión ha de sustraerse de la decisión de las mayorías parlamentarias.

Si en su comentario en *The Constitution of a Deliberative Democracy* al caso *Roe*, Nino no hubiera comparado una decisión democrática que ignora la autonomía de la embarazada a los casos en los que mediante una decisión democrática se ignoran derechos sociales fundamentales señalando que, en ambos supuestos, no hay razones que apoyen la sustracción de tales decisiones del debate democrático parlamentario, podríamos pensar que, quizá, el caso de la ponderación de valores (autonomía de los padres y valor del feto) es una cuestión ideológica, esto es, un problema de fundamentación sumamente controvertido (y no una cuestión empírica como parecen serlo las precondiciones para la participación real en el debate democrático), que ha de ser dejada en manos de los procesos democráticos por su mayor calidad epistémica en este sentido. Así, en el caso de que una ley democrática ignorara el ejercicio de la autonomía de un colectivo en esta esfera de la vida para considerar como sujetos morales a los fetos en desarrollo, no podría ser anulada por un tribunal constitucional puesto que en tales casos el proceso democrático no está dañando la autonomía de los sujetos como precondición, sino llevando a cabo una ponderación que restringe el ejercicio de esa autonomía cuando para ello se ha de sacrificar el valor del feto.

Sin embargo, ¿qué sucede en el caso de que sean ignorados derechos sociales fundamentales? ¿no se está con ello minando la calidad epistémica del debate -al

dificultar, seguramente, la participación real (mediante partidos que, verdaderamente, tengan en cuenta sus intereses) de determinados grupos en tal debate? O ¿quizá Nino estaba pensando en derechos sociales que, si bien son fundamentales, no afectan tan fundamentalmente a las precondiciones de la democracia como lo hace p.ej. un sistema de segregación racial en la educación? El comentario anterior de Nino -una ley que ignora derechos sociales fundamentales en beneficio de derechos de propiedad de unos pocos no puede llevarnos a obstaculizar el proceso democrático mediante una institución externa a él- sorprende si tenemos en cuenta que su postura en relación con el alcance de los derechos era manifiestamente igualitaria. Nino defiende en sus trabajos un liberalismo igualitario que le llevó a ser muy consciente de que los derechos fundamentales podían ser lesionados no sólo mediante acciones sino mediante omisiones (el reconocimiento de los derechos sociales era una forma de proteger a los derechos fundamentales contra determinadas lesiones por omisión²⁰⁶). Además, en *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Nino escribe un párrafo muy elocuente en este sentido. Después de haber señalado derechos que aparecen claramente involucrados en el proceso democrático como la libertad de expresión o derechos políticos, se pregunta: "¿qué ocurre con derechos como los que excluyen la discriminación en diferentes ámbitos de la vida social -no en el proceso político mismo-, o los derechos llamados 'sociales', como el derecho a una vivienda digna o a atención médica adecuada?. No cabe duda de que las precondiciones para el buen funcionamiento del proceso democrático constituyen un continuo que comienza por cuestiones como la libertad negativa de expresión, pasa por las libertades positivas correspondientes -lo que requiere acceso a los medios de comunicación entre otras cosas- y termina abarcando derechos como los mencionados"²⁰⁷.

²⁰⁶ Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., ed. Ariel, (1989), pág. 306-365.

²⁰⁷ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, *op.cit.*, pág. 706.

Parece, entonces, que la línea que marca las diferencias entre circunstancias que minan las precondiciones (como condiciones empíricas) excluyendo a los sujetos del debate democrático y aquellas que no lo hacen y que sólo afectan al ejercicio de la autonomía en determinados ámbitos de la vida (y que, por tanto, pertenecen a la esfera de problemas de fundamentación) es una línea difícil de trazar. El cuidado de las primeras justifica, en el modelo de democracia de Nino, el control judicial de constitucionalidad; los problemas de ponderaciones de valores pertenecen, sin embargo, a la esfera de la fundamentación y aquí el debate democrático tenga superioridad epistémica.

El argumento a favor de esta excepción a la negación general del control judicial de constitucionalidad sería formulado según Nino del siguiente modo: si bien la constitución ideal de derechos deriva del funcionamiento de la constitución histórica adaptada a los requerimientos de la organización ideal del poder, hay un conjunto de derechos *a priori* implícito en la organización ideal del poder que deben ser satisfechos por la constitución histórica y la práctica democrática para que el resto de ese conjunto ideal de derechos pueda ser materializado (algo para lo que será preciso garantizar el valor epistémico del proceso democrático).

Pero el propio Nino era muy consciente de la dificultad de establecer el lugar dónde estuviera el umbral: nuestro autor considera que el que va a tomar la decisión debe ponderar si las deficiencias del sistema democrático son tan serias que su valor epistémico global es menor que el valor epistémico de la reflexión individual de un sujeto. Si los defectos del sistema son muy graves, entonces el que decide ha de hacerlo sobre la base de su propio juicio para, por un lado, resolver el caso en cuestión y, por otro, promover el curso de acción que puede incrementar en el futuro el valor epistémico del sistema. Por cierto que -escribe Nino- la decisión acerca de si uno ha de

recurrir a la autoridad epistémica del sistema democrático a la hora de determinar la guía para tomar su decisión o decidir sobre la base de su propia reflexión es una decisión para la que no existen autoridades epistémicas sino que es el propio individuo aislado el que ha de tomar tal decisión siguiendo su propio juicio²⁰⁸.

Creo que todas estas dificultades nos han de llevar a explorar otras formas de fundamentación del control judicial de constitucionalidad que, sin embargo, se articulan en un nivel más profundo que aquel en el que aparecen articulados los argumentos trazados por Nino para fundamentar tal institución. Sobre esto volveré más adelante. Ahora es preciso examinar antes las otras dos esferas en las que, según Nino, el control judicial de constitucionalidad sería legítimo.

5.3.1.2.2 *La segunda excepción: la autonomía personal.*

Otra esfera en la que Nino considera que sería legítimo establecer el control judicial de constitucionalidad es la de las decisiones que afectan al ámbito de la moral personal. Este argumento se apoya en la falta de valor epistémico de la democracia en relación con tal ámbito.

El argumento que presenta Nino es el siguiente: el valor epistémico de la democracia deriva de su mayor fiabilidad para alcanzar soluciones moralmente correctas. Tal fiabilidad depende de la definición de la validez o corrección de las soluciones en términos de la imparcial o igual contemplación de los intereses de todos

²⁰⁸ Hay un problema que, sin embargo, sigue quedando abierto. Es el apuntado por Ferreres cuando sostiene que "dado que es un asunto controvertido el de saber si el proceso político satisface suficientemente las precondiciones de la democracia (pues es controvertido determinar cuáles son los diseños institucionales que mejor garantizan que el proceso político respeta esas precondiciones), no debería darse al juez el poder de determinar si el proceso político existente las respeta suficientemente, pues también acerca de este asunto debería Nino admitir que el juicio colectivo de la mayoría es más fiable que el de los jueces. Así pues, dentro de la lógica del planteamiento de Nino, lo coherente sería negar al juez la potestad de controlar que el proceso político satisface las precondiciones de la democracia", Ferreres, V., *Justicia Constitucional y Democracia*, op.cit., pág.172-173.

los afectados. Sucede, sin embargo, que la validez de todos los estándares morales no depende de la satisfacción del requisito de imparcialidad y es esto, precisamente, lo que sucede con los principios que constituyen lo que Nino denomina moral autorreferente o, según una terminología quizá más adecuada, moral personal. Son los principios morales que consisten en los ideales de excelencia personal o virtud (principios tales -nos dice Nino- como el de integridad y honestidad, planes de vida dedicados al conocimiento o a la belleza, etc) que evalúan las acciones por sus efectos en la calidad de la vida o del carácter del propio agente. Como argumento que apoyaría esta forma de entender la denominada moral personal, encontramos, en la concepción de Nino, el principio de autonomía personal que derivaría del principio de autonomía implícito en nuestra práctica del discurso moral. De este principio vendría implicada la libre adopción de los ideales de excelencia personal y de los planes de vida en ellos basados, y nos presentaría como auto-frustrante cualquier política que tratara de imponer esos ideales²⁰⁹.

Según lo anterior, la validez de los ideales personales no depende de la satisfacción del requisito de imparcialidad por lo que la discusión colectiva no tendrá un valor epistémico superior a la reflexión y decisión individual para llegar a soluciones moralmente correctas en el ámbito de la moral personal. Y de ahí que Nino concluya que los jueces -y en definitiva cualquier ciudadano- no tienen por lo tanto que subordinar sus juicios morales a la legislación democrática basada en ideales personales de virtud y excelencia. La función legislativa corresponderá al legislador democrático cuando estemos pensando en la esfera del Derecho que trata de reflejar la moral intersubjetiva, pero -nos dice Nino, por lo que se refiere a la moral personal-, el derecho a no ser coaccionado sobre la base de estándares de excelencia personal forma parte del conjunto de derechos *a priori* que son pre-condición del proceso democrático

²⁰⁹ Nino, C.S, *Ética y derechos humanos, op.cit.*, págs. 205-211 y *The Constitution of a deliberative democracy, op.cit.*, pág. 48-49.

y que, por lo tanto, según el argumento aquí presentado habrá de ser garantizado por los jueces.

De nuevo, un caso de la jurisprudencia norteamericana, *Griswold v. Connecticut*²¹⁰ (1965) en el que la Corte Suprema declara inconstitucional una ley de Estado de Connecticut que penalizaba el uso de preservativos por parejas casadas, (o en definitiva, estableciendo las condiciones de la vida sexual de las parejas), permite a Nino ilustrar, esta vez, un ámbito en el que la deliberación democrática carece de valor epistémico y en el que, por lo tanto, sería legítimo que la Corte Suprema (o TC) le recordara al Parlamento democrático el margen en el que ha de tomar sus decisiones, fortaleciendo de esta forma el debate democrático al impedir que éste se entrometa en esferas en las que no tiene el mencionado valor.

5.3.1.2.3 *La tercera excepción: razones institucionales (la preservación de la Constitución como práctica social).*

A diferencia de las anteriores excepciones, el fundamento de ésta no se encuentra en el valor epistémico de la democracia sino que se apoya en la idea de cómo lograr que las decisiones democráticas sean eficaces. En este sentido -nos dice Nino-, el propósito del control judicial de constitucionalidad de una determinada ley estaría en preservar la práctica social o convención -la constitución histórica- en el seno de la cual tal decisión democrática tiene lugar. Se trataría de juzgar si en un determinado caso es preciso dar más valor a la preservación de la práctica preservando así la posibilidad de tomar decisiones justas en el futuro o si, por el contrario, es preciso anular la ley porque es tan injusta y contraria a otros puntos importantes (p.ej, como sucedía en el caso

²¹⁰ "Griswold vs Connecticut", 381 U.S. 479 (1965); puede verse un extracto y análisis en Stone, Seidman, Sunstein, Tushnet, *Constitutional Law, op.cit.*, págs. 941-955.

Brown vs Board of Education, contrario a la garantía de las precondiciones de la democracia) que lejos de preservar una práctica valiosa estaría impidiendo una reforma importante que acercara el proceso democrático a un funcionamiento más conforme con la constitución ideal de derechos y de organización del poder. En este caso la anulación estaría justificada.

Para dar cuenta de esta excepción es preciso entrar en una cuestión sobre la que profundizaré en el próximo capítulo. Es lo que Nino denomina "la racionalidad de la segunda mejor opción"²¹¹. En el análisis de Nino, esta idea apunta a que, en las obras colectivas, a veces, es preciso relegar la opción que, a la luz sólo de las circunstancias del caso, aparece como más correcta, para dar valor a otra opción que, sin embargo, consideradas todas las cosas -entre ellas que nos encontramos ante una obra colectiva cuyo resultado final nosotros, como actores particulares, no controlamos- es la que habrá de resultar operativa. Nino es un poco confuso acerca de a qué rasgo del fenómeno jurídico está refiriéndose exactamente cuando habla de "la racionalidad de segunda mejor opción", pero, creo que la mejor reconstrucción de su teoría (articulando, pues, diversos elementos de ella y, también, fragmentos que, expresamente, iluminan mi forma de interpretarlo -sobre esto volveré en el próximo capítulo-) es que Nino con el término de "la segunda mejor opción" no apunta al carácter institucional -o, regimentado- de la práctica sin más (si determinadas instituciones son la única forma de hacer justicia en nuestras sociedades entonces, obviamente, las soluciones alcanzadas a partir de las instituciones son la mejor opción, pese a distanciarse de la solución que daríamos a un caso si estuviéramos solamente sumergidos -algo inviable para la organización de muchos aspectos de nuestras sociedades- en un discurso moral sin límites) sino a lo siguiente: hemos de ser conscientes de que la constitución ideal de

²¹¹ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 64 y ss.

derechos y de organización del poder (esto es, el Derecho y la democracia como institución ideales) no está materializada en la constitución histórica (esto es, en el Derecho y en la democracia como instituciones reales) y de que, al mismo tiempo, los jueces y otros operadores del Derecho (y, también, aunque, en menor grado y, en otro sentido, el ciudadano individual) han de contar con que el acercamiento de la práctica real a la institución democrática constitucional ideal es algo que no está sólo en sus manos, sino que (sea por razones epistémicas o de otro tipo) es una empresa colectiva. Ese carácter de empresa colectiva va a determinar que la mejora de la institución no pueda hacerse sin contar (en parte porque sería autofrustrante querer construir una democracia excluyendo a sectores contrarios a ella) con determinados sectores de la sociedad que, quizá, como puede suceder en el caso de transiciones hacia la democracia, son reacios a ciertos cambios y esto creo que es lo que, en la estructura del razonamiento de sujeto individual, se presenta como una 'racionalidad de la segunda mejor opción'; puesto que el acercamiento de la constitución histórica a la constitución ideal va a suponer, en ocasiones, tener que prescindir de medidas legítimas dentro de la constitución ideal (esto es, dentro de la institución ideal), pero inviables en el momento en el que han de ser tomadas porque hay un sector de la sociedad que -no siempre de forma honesta, sino muchas veces motivados por intereses espurios- se opone a ellas utilizando -y subvirtiendo el fin de- determinadas instituciones. Creo que hablar de "la segunda mejor opción" pensando en tales casos, así como en otros en los que por determinadas razones el sujeto individual ha podido alcanzar una mayor claridad acerca de un determinado cambio que debería darse en el ordenamiento, es una forma plausible (por permitir dar cuenta del distanciamiento crítico del sujeto en relación con las mayorías; algo necesario para enriquecer el debate) de reconstruir el razonamiento del sujeto que sabe que, pese a estar en lo cierto, la medida correcta habrá de esperar a ser

alcanzada por otros medios porque, lo contrario, podría suponer minar el principio democrático y, con ello, la posibilidad de tomar decisiones justas en el futuro.

Como veremos en el próximo capítulo con más detenimiento, el razonamiento jurídico aparece en la reconstrucción de Nino dividido en dos fases: en la primera de ellas se debe ver cual es la opción más realista para hacer efectiva la constitución ideal de derechos y organización del poder en el caso de que la constitución histórica fuera abandonada. Al abordar esta cuestión -nos dice Nino- podríamos encontrarnos con que los requisitos de la Constitución ideal pudieran resultar más frustrados si tratamos de sentar las bases para un nuevo sistema que si respetamos la Constitución histórica, pese a sus insuficiencias (a la luz de la Constitución ideal de derechos y de organización del poder) desde el punto de vista moral. Y, si es ese el caso, entonces, vemos que pudiéramos encontrarnos con que el intento por materializar la constitución ideal de derechos y organización del poder precise que no cumplamos algunos de sus requisitos en algunas circunstancias.

Retomemos pues el hilo de mi exposición. La tercera esfera en la que estaría en opinión de Nino legitimado un control de constitucionalidad sería, precisamente, en aquellos casos en los que se trata de salvaguardar aspectos importantes de la práctica constitucional (la Constitución histórica) aun frente a decisiones de mayorías parlamentarias que satisfagan más los requisitos de la constitución ideal de derechos y de organización del poder (cuando esto lo hagan a costa de socavar la convención que hace posible la práctica constitucional histórica).

En opinión de Nino, en este caso estaría justificada la intervención del juez invalidando la ley democrática para proteger la convención constitucional histórica que garantiza la eficacia de las propias decisiones democráticas; la intervención del juez

podría incluso ayudar a materializar la constitución ideal en el sentido de estar preservando la posibilidad de aplicar las dimensiones ideales de la Constitución en un sentido más complejo (Constitución histórica aplicada a la luz de la Constitución ideal).

Obviamente, a la luz de las consideraciones apuntadas por nuestro autor, esta excepción a la negativa de admisión del control judicial de constitucionalidad crea un dilema: la anulación de la disposición democrática es hecha en nombre de la posibilidad, en última instancia, de aplicar la Constitución ideal de derechos y organización del poder pero, sin embargo, el efecto inmediato de esa anulación implica ignorar los requisitos de tal Constitución, precisamente, porque estamos rechazando una decisión respaldada por la legitimidad democrática y yendo en contra del ideal de participación democrática -a pesar de la presunción epistémica de que la dilucidación de derechos que hace es moralmente correcta. Así pues, el juez debe necesariamente sopesar el daño inmediato a los ideales participativos y liberales del constitucionalismo, por un lado, con el daño que podría ser causado a los ideales, por otro, si la constitución práctica fuera socavada porque la decisión democrática la violara. No todas las desviaciones del proceso democrático (a favor de la constitución ideal) dañan tanto su continuidad como para justificar no tener en cuenta la decisión fruto de ese proceso pero, en cualquier caso, de nuevo, nos dice Nino, no hay una fórmula exacta para solucionar la tensión²¹².

En definitiva, de acuerdo con los elementos de la teoría del control judicial de constitucionalidad de Nino hasta aquí presentados, el principio democrático apoyado en el mayor valor epistémico del proceso democrático excluye la posibilidad de que los jueces interfieran con las decisiones democráticas salvo en tres casos: cuando se trate de

²¹² Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., págs. 701-703 y *The Constitution of a Deliberative Democracy*, op.cit., págs. 205-206.

resguardar las precondiciones que aseguran el valor del proceso democrático, cuando se trate de resguardar la autonomía personal y cuando se trate de resguardar la continuidad de la práctica constitucional que hace posible que las decisiones no sólo sean justas sino, además, operativas, eficaces²¹³. Todo esto exige una serie de ponderaciones que como dice Nino "requiere de los jueces todavía cualidades más 'hercúleas' de las que imagina Dworkin para su jueces, que van meramente en busca de una consistencia articulada entre principios y decisiones pasadas"²¹⁴. En efecto, como nuestro autor apunta, su teoría exige que el juez pondere hasta qué punto da preferencia a la continuidad de la práctica sobre su perfeccionamiento; hasta qué punto el proceso democrático es lo suficientemente apto como para confiar en que nos permite dilucidar los principios a la luz de los cuales la práctica deberá ser perfeccionada; el juez debe ponderar en qué medida ese proceso debe corregirse y profundizarse, hasta qué punto esa corrección y profundización socava la continuidad de la práctica; en qué medida la autonomía individual está lesionada por el fundamento de una decisión democrática etc.

5.3.1.3 El fundamento de las excepciones al principio democrático parlamentario. Algunas consideraciones acerca del análisis de Nino sobre la institución del control judicial de constitucionalidad.

Como apuntaba, los argumentos articulados por Nino como fundamento del control judicial de constitucionalidad en relación con determinados aspectos de la práctica democrática-constitucional precisan, en mi opinión, del respaldo de alguna otra razón (o razones) que permita poner de manifiesto la relevancia de tal institución, especialmente en aquellos casos en los que nos movemos en un terreno de dificultades -

²¹³ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 703.

²¹⁴ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 704.

v.g. epistémicas- acerca de donde se encuentra el umbral que separa el ámbito del debate parlamentario del ámbito que ha de sustraerse a él.

En realidad, los dos argumentos que voy a trazar aquí creo que aparecen de alguna forma -en un caso de forma más explícita y en otro implícita- en la obra de Nino de forma que lo que aquí hago es -creo- tirar del hilo argumentativo de la concepción de Nino. Tales argumentos son los dos siguientes: (1) El argumento del enriquecimiento deliberativo. La institución del control judicial de constitucionalidad (especialmente en el modelo europeo de TC) se presenta como una institución que permite enriquecer la deliberación democrática. El fundamento último del control judicial de constitucionalidad vendría dado por cuál es la organización institucional que más acerca el debate democrático real al debate democrático ideal; concebido este último, a su vez, como un sucedáneo -por su carácter regimentado- de la deliberación moral. (2) El argumento del control o mediación autoritativa. La institución del Tribunal Constitucional, como órgano que tiene la última respuesta en materia de interpretación constitucional, se presenta como una institución necesaria para resolver de forma autoritativa (como órgano independiente mediador) los conflictos entre mayorías y minorías coyunturales en relación con los derechos fundamentales.

Veamos con más detenimiento estos argumentos:

(1) El primero de ellos está presente en la obra de Nino si tenemos en cuenta la fundamentación que de tal institución puede ofrecerse a la luz de los principios que iluminan la concepción deliberativa de la democracia por él defendida; pero es que, además, tal argumento aparece expresamente en unos párrafos de *Fundamentos de Derecho Constitucional* y *The Constitution of Deliberative Democracy*. Nino, sin embargo, no parece haber enfatizado suficientemente, en mi opinión, la importancia de las ideas en ellos expresadas. Tales párrafos creo que le hubieran permitido articular un

argumento que, en un nivel más profundo, apoyaría -a la luz de su concepción de la democracia deliberativa- la existencia de un Tribunal Constitucional en el organigrama institucional de las democracias reales. Es cierto que, si bien Nino expresa reiteradamente las virtudes de la discusión en el Parlamento por el enriquecimiento que supone en la deliberación y por su tendencia a la imparcialidad, no es demasiado incisivo -al menos de forma expresa- en la contribución y enriquecimiento que al debate democrático de un Estado aporta el control judicial de constitucionalidad institucionalizado en un Tribunal Constitucional.

Veamos las ideas de Nino. Nino es consciente de la complejidad de razones que se articulan en la estructura de la organización del poder y, a la luz de los fundamentos de su concepción de la democracia y de las consideraciones que justificarían un control de constitucionalidad, escribe que la inconstitucionalidad declarada por un TC de las normas jurídicas democráticas resultaría del juego de muchas consideraciones y del ejercicio de varias funciones judiciales en un delicado equilibrio²¹⁵. Los remedios -nos dice- deberían ser graduales: en primera instancia, el juez puede impulsar al poder político a que corrija alguna deficiencia de procedimiento o a que articule más claramente sus razones o a que reemplace, si el Parlamento quiere mantener una medida, una razón vedada por otra admisible en el juego democrático; si el legislador democrático insistiera en su postura, el juez podría conformarse no por deferencia sino

²¹⁵ Como puede verse a la luz de lo escrito en estas páginas, la postura de Nino, le lleva a defender una presunción de constitucionalidad a favor de la ley emanada del parlamento democrático apoyada tal presunción en el valor epistémico superior del sistema democrático. Entre las razones que se han alegado a favor de la presunción de constitucionalidad de la ley emanada del parlamento democrático, además del argumento epistémico sostenido por Nino, podemos encontrar también el argumento de la igual dignidad política -constituye una ofensa al sentido de igual dignidad de las personas el hecho de que una ley aprobada democráticamente sea invalidada por un juez cuando la cuestión de fondo es una cuestión controvertida respecto de la cual personas razonables pueden discrepar; otro argumento que ha sido esgrimido a favor de la constitucionalidad de la ley es el argumento de la corregibilidad de los errores -en caso de duda, el juez constitucional debe presumir la validez de la ley porque es más fácil corregir en el futuro el error consistente en declara válida una ley que, en realidad, es inválida, que el error opuesto de declarar inválida una ley que es, en realidad, válida. Para un análisis de todos estos argumentos. Cfr. Ferreres, V., *Justicia Constitucional y Democracia*. ed. Centro de Estudios políticos y jurídicos, (1997), págs. 163- 213.

porque se ha satisfecho el objetivo inicial que era provocar la discusión y la reflexión. Esta concepción de la función judicial de revisar la constitucionalidad de las leyes presupone una concepción general de la función judicial según la cual la "independencia" no quiere decir aislamiento del proceso político democrático, sino contar con fuerza independiente para intervenir en él, en una interacción discursiva, con el fin de maximizar su valor epistémico²¹⁶.

Nino, además, sostiene que el modelo que mejor satisfaría las exigencias de su concepción de la democracia sería uno en el que se articulara un sistema parlamentario con un tribunal constitucional al modo previsto en las constituciones europeas. Y en este sentido escribe que debe ponderarse la posibilidad de que el máximo control de constitucionalidad lo ejerza un órgano más involucrado en el proceso democrático, lo que puede estar determinado por un procedimiento de elección de sus miembros en el que la Cámara de Diputados juegue un papel relevante. Además, el carácter de estímulo y de participación en el debate democrático que pueden tener los jueces, se facilitaría si se admitieran remedios como el reenvío de una ley al Congreso, para que sea objeto de un nuevo tratamiento para salvar vicios procedimentales o de fundamentación o la solicitud de informes a comisiones parlamentarias para que justifiquen la omisión de legislar sobre ciertas cuestiones²¹⁷. A través de tales mecanismos, entonces, los jueces tendrán un papel activo en el incremento de la calidad epistémica del proceso y de las

²¹⁶ Una forma semejante de concebir el control judicial de constitucionalidad puede verse en Ferreres, V., *Justicia Constitucional y Democracia*, *op.cit.* Este autor a partir de argumentos que seguramente de forma implícita aparecen ya en la concepción de Nino del control judicial de constitucionalidad -aunque Nino no sea siempre consciente de ellos- muestra como el valor epistémico de la práctica democrática discursiva puede verse incrementado de forma importante si concedemos al juez constitucional un papel reavivante o reanimante de la deliberación pública lo cual contribuye a la calidad constitucional de las leyes que el legislador aprueba; e esta forma, "la existencia del control judicial contribuye a asegurar que no decaiga la práctica constitucional de pedir y de dar razones en el espacio público de la Democracia" además de posibilitar la estructura propia del proceso judicial y-al posibilitar que determinados intereses que no han sido discutidos en el ámbito de la democracia sean considerados a debate al exigir que los jueces deban necesariamente contestar a las demandas y quejas que ante ellos se plantean- puede ser utilizada para mejorar la deliberación pública. *op.cit.*, págs. 179-180.

²¹⁷ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, *op.cit.*, págs. 704-705.

decisiones democráticas, estimulando el papel del debate público y la promoción de decisiones fruto de reflexiones más profundas.

En mi opinión una concepción como la de Nino muestra la compleja relación entre las tres dimensiones del constitucionalismo: democracia deliberativa, reconocimiento y garantía de derechos individuales fundamentales²¹⁸ y preservación de la práctica constitucional democrática. Un reconocimiento del valor epistémico de la democracia deliberativa implica una creencia en la primacía del proceso de debate colectivo y de la decisión mayoritaria sobre cualquier otro procedimiento para determinar cuáles son las decisiones moralmente aceptables para resolver los conflictos, incluso aquellos que se refieren a derechos. Pero un control de constitucionalidad con los rasgos que aquí han sido presentados -concebido como institución fruto de mayorías democráticas distintas a las parlamentarias y, que, permite así estimular el debate democrático- puede, a su vez, asegurar que los resultados epistémicos del proceso democrático serán combinados con exigencias que provienen de la constitución ideal de derechos y de la constitución histórica.

(2) Las democracias reales son producto de largos procesos históricos que no siempre, o, quizá, rara vez, se han caracterizado por un consenso acerca del desarrollo de los derechos fundamentales. Sin un mínimo de consenso en torno a ese 'coto vedado'²¹⁹ a las mayorías coyunturales que se formen en el debate democrático, la

²¹⁸ Vale la pena resaltar aquí la importancia que como elemento legitimador del Estado tiene el que este garantice y no meramente reconozca los derechos fundamentales. En este sentido, tiene razón Aguiló cuando en un trabajo reciente -todavía sin publicar- escribe que el mayor problema de nuestros Estados constitucionales no es el del reconocimiento de derechos sino el de su garantía a través de medidas estatales que construyan determinados bienes (como, la igualdad de oportunidades). En este sentido escribe "el rol institucional del Estado no es sólo el de realizar balances correctos sobre cómo deben comportarse los ciudadanos, sino el de hacer efectivo lo correcto". Aguiló, J., *La Constitución del Estado constitucional*, pág. 181 (cito por original sin publicar).

²¹⁹ Sobre el concepto de 'coto vedado' a la negociación y al compromiso como concepto vinculado con los deberes de no dañar y con el reconocimiento de las necesidades básicas, Garzón Valdés, E., "Representación y democracia", (1989), en *Derecho, Ética y Política, op.cit.*, págs. 631-650. El principio del coto vedado se formula así: "Las cuestiones concernientes a la vigencia plena de los bienes primarios o básicos no pueden dejarse libradas a procedimientos de discusión en los que juegue algún papel la voluntad o los deseos de los integrantes de la comunidad". Y entre sus reglas de aplicación estaría la que

posibilidad de articular una democracia en los términos sostenidos por Nino (es decir, como democracia deliberativa) se presenta como un ideal que, en la práctica, se vería constantemente frustrado salvo que hubiera al menos un consenso acerca de la posibilidad de constituir un órgano independiente de las mayorías democráticas parlamentarias que, autoritativamente, mediara en la resolución de conflictos acerca de qué decisiones democráticas lo violan.

Si tenemos en cuenta las consideraciones de Nino, el TC entonces -en cuanto órgano controlador de la constitucionalidad de las leyes democráticas- lo que tendría que hacer sería controlar aquellos casos en los que la decisión democrática está violando aquella esfera de derechos que afecta, especial y directamente, a los derechos de participación política o, también, a determinados derechos fundamentales que pudieran suponer la exclusión directa o indirectamente de determinados grupos del debate democrático.

La institución del Tribunal Constitucional se presenta, entonces, en este sentido como una institución que puede resultar prescindible en Estados en los que hay un consenso fuerte de respeto de las precondiciones del debate democrático (suele ponerse Gran Bretaña como ejemplo de país que 'vive en Constitución'²²⁰). En tales casos, sin el riesgo de que las mayorías parlamentarias de un determinado momento violen las precondiciones, no hay razones, al menos en principio, para cuestionar la calidad epistémica que, por lo demás, se le concede en la concepción deliberativa de la democracia al debate democrático parlamentario (el debate ideológico acerca del contenido de los derechos y su ejercicio sería, en este sentido, competencia del

sostiene que ninguna cuestión concerniente a bienes primarios o básicos puede decidirse de acuerdo con la regla de la mayoría. Véase, "La filosofía moral de Ernesto Garzón Valdés", en Garzón Valdés, E., *Derecho, Ética y Política*, *op.cit.*, pág. 21-32, aquí págs. 26-27. También puede verse, Garzón Valdés, E., "Ética, economía y criterios de legitimidad", (1992) en Garzón Valdés, E., *op.cit.*, págs. 491-508.

²²⁰ Waldron, J., *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999, págs. 278 y ss. Cito a partir de Aguiló, J. *La Constitución del Estado constitucional*, pág. 79, nota 73, (original sin publicar).

parlamento). Distinto es el caso de aquellos Estados como España, Alemania, países latinoamericanos y los EEUU²²¹ en los que la historia más reciente trae sangrantes ejemplos de daños causados en términos de participación en el debate democrático y de exclusión de determinados sectores por las fuerzas mayoritarias de un determinado momento político. En estos países, y mientras no se constituya un fuerte consenso de inclusión de todas las partes interesadas en las decisiones democráticas, la figura del control judicial de constitucionalidad a través de un TC o Corte Suprema (inspirados, en cualquiera de las dos versiones, a la luz de las consideraciones apuntadas en el párrafo 1) se presenta como institución necesaria para intentar controlar los impulsos de ciertas mayorías no respetuosas con las precondiciones del debate democrático y como un órgano independiente que tomara decisiones en relación con cuyo carácter autoritativo sí hay consenso en las otras instituciones que articulan el debate democrático en la sociedad²²².

En cualquier caso, como apuntaba al comienzo, y para retomar el hilo principal de mi exposición, todas estas consideraciones en las que uno entra cuando se sumerge en el debate acerca del control judicial de constitucionalidad es una discusión que no puede zanjarse argumentando necesidades lógicas o soluciones ofrecidas por el propio sistema jurídico sino que, como hemos podido apreciar, éste es un debate que muestra

²²¹ Aunque cito aquí a EEUU entre los países que precisan la institución del Tribunal Constitucional o Corte Suprema como institución controladora de la constitucionalidad de las decisiones parlamentarias a la luz de las anteriores consideraciones aquí expuestas, es cierto que lo que de hecho parece venir inspirando en este país la figura del control judicial de constitucionalidad es, más bien, una cierta visión romántica de los periodos constituyentes americanos y, dentro de ese espíritu, una jurisprudencia constitucional (p.ej. del magistrado de la Corte Suprema *Justice Thomas* o *Justice Scalia*) articulada en torno a la intención que los constituyentes [the framers] habrían reflejado en el texto constitucional. Apoyando esta forma de comprender la institución del control judicial de constitucionalidad puede verse el trabajo antes citado de Ackerman, B., *We the people*; en contra, Ely, J. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, op.cit., Dworkin, R., *A matter of Principle*, Harvard University Press, (1985).

²²² En este sentido puede verse Alexy, R. "La institución de los derechos humanos en el Estado Constitucional democrático", *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, (2001), págs. 33-55.

que el discurso jurídico no es un discurso insular. Al igual que los otros ejemplos de debates internos, también la cuestión acerca del control judicial de constitucionalidad está inmersa en un discurso justificativo más amplio: para argumentar en un sentido u otro acerca de cuál es la justificación del control judicial de constitucionalidad es preciso acudir a consideraciones valorativas sobre los fundamentos de la democracia y el reconocimiento de derechos fundamentales cuya solución no se encuentra en las propias normas jurídicas. Como escribe nuestro autor, incluso en los casos en los que la propia Constitución establezca la facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de una ley y consideremos que la fuerza vinculante de la Constitución pueda ser demostrada, es posible que esa fuerza vinculante tenga un límite cuando se trata de condicionar el proceso democrático mismo.²²³

5.4. Recapitulación: la conexión justificativa entre Derecho y moral.

Como hemos tenido ocasión de ver, la conclusión a la que llega nuestro autor tras el análisis de diversas “controversias internas” es que el razonamiento de los jueces, abogados y juristas no se agota en las normas de las que da cuenta un concepto descriptivo judicial institucionalizado de Derecho²²⁴ sino que, en realidad, implican una remisión a todo un sistema de justificación más amplio que el que está basado en las prescripciones de las autoridades.

Esta conclusión permite a Nino presentar su tesis principal en relación con esta cuestión: la perspectiva interna en relación con el Derecho está indisolublemente ligada

²²³ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 70.

²²⁴ Véase la definición de concepto descriptivo judicial institucionalizado de Derecho en el capítulo I del presente trabajo.

a la perspectiva interna de la moral y, en especial, a la perspectiva interna de la práctica discursiva que la modernidad ha acoplado a la moral positiva²²⁵.

Lo anterior tiene también implicaciones desde la perspectiva externa. La reconstrucción de la práctica social en que consiste el Derecho se distorsionaría si no se relacionara explicativamente esa práctica social con la práctica social del discurso moral. El sociólogo del Derecho cuando da cuenta del aparato legal estará presentando una imagen extraña de la aplicación del Derecho si la presenta como la actividad de jueces que emplean proposiciones normativas para justificar decisiones por el sólo hecho de que ciertos individuos que tienen el monopolio del uso de la fuerza han prescrito tales proposiciones. Escribe Nino que “la identificación descriptiva de ciertas proposiciones normativas como jurídicas implica mostrar que derivan de ciertas normas morales que legitiman a determinadas autoridades y de proposiciones descriptivas de las prescripciones de tales autoridades”²²⁶.

A esta conclusión acerca de la conexión entre Derecho y moral se llega además, como hemos tenido ocasión de ver en este capítulo, a partir de una perspectiva ultraexterna respecto de todo orden jurídico: el análisis del concepto de validez tal y como es utilizado en el contexto interno permite confirmar la tesis de que el discurso justificativo jurídico no es insular sino que la adopción de normas que legitiman la prescripción de normas jurídicas está sometido a crítica en el marco del discurso moral, sobre la base de normas que no son jurídicas.

El análisis que lleva a cabo Nino le permite de esta forma confirmar su tesis de que “el discurso moral de la modernidad tiene un carácter imperialista que impide la

²²⁵ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 50.

²²⁶ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 59. Esto es, lo que nos permitiría distinguir un sistema de depredación o dominación de un sistema jurídico. Cfr. en este mismo sentido, Alexy, R., *El concepto y la validez del Derecho*, op.cit., pág. 37-41.

subsistencia de discursos justificativos insulares²²⁷ tales como el de la religión, el discurso prudencial, el jurídico o el de la economía. A los efectos que aquí resultan de interés este imperialismo del discurso moral implica que no existen razones jurídicas que puedan justificar acciones y decisiones con independencia de su derivación de razones morales.



²²⁷ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política, op.cit.*, pág. 79.

CAPÍTULO V: EL RAZONAMIENTO JURÍDICO JUSTIFICATIVO

1. INTRODUCCIÓN.

En su artículo "Sobre los derechos morales"¹, Nino calificaba la reflexión acerca del discurso jurídico justificativo como el tema central de la filosofía del Derecho. La cuestión clave, escribía, "es determinar en qué medida el discurso jurídico práctico -o sea, el discurso que permite justificar acciones y actitudes- es un discurso independiente y autosuficiente o si es parte -o un caso especial, *Besonderesfall* para usar la expresión de Alexy² - del discurso moral general"³. Y es éste, en efecto, el tema central del que se han ocupado los autores que han venido interesándose por el análisis o enfoque del Derecho como argumentación, es decir, por la vertiente práctica o justificativa del Derecho.

Nino, al igual que autores como R. Alexy, N. MacCormick, J. Habermas, J. Raz, P. Soper, M. Atienza y Ruiz Manero, J.C. Bayón Mohino, J.R. de Páramo, entre otros, defienden la llamada tesis de la unidad del razonamiento práctico.

Frente a la tesis de la fragmentación, que sostiene que existen tantas justificaciones como sistemas normativos haya, la tesis de la unidad del razonamiento práctico se caracteriza por afirmar que el discurso jurídico justificativo está conectado con el discurso práctico general. Así, por ejemplo, la tesis central de la teoría de Alexy consiste en afirmar que el discurso jurídico es un caso especial del discurso moral o, más exactamente, para evitar

¹ Nino, C.S., "Sobre los derechos morales", *Doxa* 7, 1990, pág. 311-325.

² Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), [trad. M. Atienza e I. Espejo], ed. Centro de Estudios Constitucionales, (1989).

³ Nino, C.S., "Sobre los derechos morales", *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, nº 7, (1990), pág.316.

equivocos debidos a la terminología, un caso especial del discurso práctico general⁴. Y ello es así porque (1) en el mismo se discuten cuestiones prácticas, (2) se erige también una pretensión de corrección (la pretensión de justicia sería un caso de pretensión de corrección), pero ello (3) se hace (y de ahí que sea un caso *especial*) dentro de determinadas condiciones de limitación. En otras palabras, en el discurso jurídico no se pretende sostener que una determinada proposición es, sin más, racional, sino que lo que se pretende es sostener que puede ser fundamentada racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente. El procedimiento del discurso jurídico se define, pues, por un lado, por las reglas y formas del discurso práctico general y, por otro lado, por las reglas y formas específicas del discurso jurídico⁵ (la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática). Por su parte, Habermas, aunque sostuvo en un momento que el proceso era un supuesto de acción estratégica, modificó su postura⁶ suscribiendo la de Alexy, y

⁴ Aunque tanto Habermas (*Facticidad y validez*, ed. Trotta, 1998, pág. 302 y ss) como Nino (*Derecho, Moral y Política*, ed. Ariel, pág. 79) atribuyeron a Alexy -debido seguramente a una ambigüedad de los trabajos de Alexy- la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso moral general, este autor, en su artículo "La tesis del caso especial", clarifica su postura frente a la crítica de Habermas y escribe que "la tesis de Habermas de que el discurso jurídico no debe ser concebido como un subconjunto de la argumentación moral, tal y como él la entiende, es obviamente verdadera. Pero esto no hace fracasar a la tesis del caso especial. De acuerdo con ella, el *genus proximum* del discurso jurídico no es el discurso moral en el sentido habermasiano, sino el discurso práctico general. Un discurso práctico general no es lo mismo que un discurso moral en el sentido de Habermas. Es un discurso en el cual las cuestiones y razones morales, éticas y pragmáticas están conectadas". Alexy, R., "La tesis del caso especial", *Isegoría*/21 (1999), pág. 23-35.

⁵ Atienza, M., *Las razones del Derecho*, Cuadernos y Debates, ed. Centro de Estudios Constitucionales, pág. 193.

⁶ Así en *Teoría de la acción comunicativa* escribía: "Robert Alexy (...) me ha convencido de que las argumentaciones jurídicas, en todas sus acuñaciones institucionales, han de entenderse como un caso especial de discurso práctico", Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa*, (1981), [trad. de M. Jiménez], ed. Taurus (1987), tomo 1, pág. 60, nota 63). Tomo cita de M. Atienza, *Las razones del Derecho*, *op.cit.*, pág. 223, nota 41. Y en *Facticidad y validez*, Habermas sostiene que "el discurso jurídico no puede moverse autárquicamente en un universo herméticamente cerrado del Derecho vigente, sino que ha de mantenerse abierto a argumentos de otra procedencia, en particular en las razones pragmáticas, éticas y morales hechas valer en el proceso de producción de normas y, por ende, agavilladas en la propia pretensión de legitimidad de las normas jurídicas incluye no sólo argumentos morales sino también éticos y pragmáticos [...]. La corrección o rectitud de las decisiones jurídicas se mide en última instancia por el cumplimiento de condiciones comunicativas de la argumentación, que posibilitan la imparcialidad en la formación de un juicio". Habermas, J., *Facticidad y validez* (1992), ed. Trotta, (1997), pág. 302

MacCormick sostiene que el razonamiento jurídico es “un caso especial, altamente institucionalizado y formalizado de razonamiento moral”⁷.

Por lo demás, aunque, en principio, podría parecer que la tesis de la unidad varía de unos autores a otros puesto que algunos hacen referencias expresas al discurso moral, mientras que otros las hacen al discurso práctico general, creo que más allá de las referencias expresas a uno u otro tipo de discurso, es posible afirmar que la tesis de la unidad que autores como Alexy, Habermas, MacCormick sostienen es aquella según la cual el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general *à la Habermas*; es decir, un discurso en el que las cuestiones morales, ético-políticas y pragmáticas están conectadas. En este capítulo intentaré mostrar que la tesis de Nino se articula también dentro de este paradigma de comprensión del razonamiento jurídico justificativo (si bien es cierto que con diferencias

⁷ MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, (1978), pág. 272, o en un trabajo posterior "Argumentation and Interpretation in Law", *Ratio Juris*. Vol. 6, nº1 March 1993 (págs. 16-29), donde sostiene que la argumentación jurídica es sólo parcialmente autónoma dado que descansa en elementos de la argumentación práctica pura o no institucionalizada. "Los argumentos de autoridad tienen un lugar especial en el Derecho, aunque no un lugar exclusivo. Esto es así porque pertenece a la naturaleza del Derecho crear un sistema común y autoritativo de normas para una determinada comunidad o grupo. Allá donde existe un Derecho, hay un tipo especial de razones para la acción. Tal tipo excluye cualquier tipo de deliberación general y abstracta acerca de qué es lo que en un determinado contexto es o no correcto hacer. Allá donde el Derecho es llamado, no todas las cosas son consideradas. Más bien, lo que es tenido en cuenta es aquello que el Derecho requiere y las decisiones se centran en la cuestión de aplicación o cumplimiento de lo exigido por el Derecho, o, por decirlo en términos más generales, aplicación y cumplimiento de las 'normas'. Esta omnipresencia de las razones autoritativas en la argumentación legal no es algo, sin embargo, independiente de las razones sustantivas. Aquello que reclama autoridad es aquello que tiene un derecho a ser obedecido; donde hay ejercicio de la autoridad legítimo, la desobediencia es algo *prima facie* incorrecto. Al margen de teorías de la autopoiesis y la autorreferencia, las razones en las que se apoya la pretensión de autoridad no pueden ser todas ellas razones autoritativas. Hacer inteligible (por no decir aceptable) la pretensión de autoridad implica entrar sea en un razonamiento deontológico o en uno teleológico, o en ambos. La autoridad ha de estar fundamentada de alguna forma en la corrección implicada por el cumplimiento de normas que han sido dictadas o han evolucionado de una determinada forma, o en valores (como la paz y el buen orden, quizá) asegurados mediante el respeto de las normas. Y la justificación de las normas dictadas por las autoridades debe, presumiblemente, ser en términos de corrección (justicia) o el bien que aportan. Incluso cuando la corrección de usar razones autoritativas (o el valor asegurado por su respeto) tiene como consecuencia la exclusión de cualquier apelación a razones sustantivas, esto, en sí mismo, pone de manifiesto que, finalmente, las razones de autoridad dependen de razones sustantivas y muestra que la argumentación institucional tiene que estar anclada en la argumentación práctica pura, es decir no institucionalizada". MacCormick, N., *op.cit.*, pág. 18-19.

acerca del valor que *prima facie* haya de darse a las normas jurídicas en el razonamiento práctico)⁸.

Antes de seguir avanzando, es preciso hacer una advertencia. La tesis de la unidad - también denominada "tesis de la inseparabilidad"⁹-, tal y como aquí está siendo definida, sostiene que una teoría del razonamiento jurídico justificativo tiene que admitir una conexión necesaria entre Derecho y moral pero, a diferencia de las tesis clásicas del Derecho natural, la vinculación entre ambos sistemas normativos defendida por la tesis de la unidad o de la inseparabilidad no implica la adecuación moral del Derecho positivo, sino que lo que sostiene es que la premisa principal de un razonamiento jurídico justificativo es una norma o principio moral¹⁰ y que, por consiguiente, la justificación de las decisiones judiciales implica el uso de normas y principios morales¹¹. Es así como ha de ser entendido Nino cuando escribe que "los principios morales son excluyentemente justificativos en su campo de aplicación, y sólo los derechos establecidos directa o indirectamente por tales principios [...] pueden servir de razones para actuar"¹². Aunque, como también veremos, esto no significa negar la especialidad del discurso jurídico en relación con el discurso moral: justificar jurídicamente - nos dice- no es lo mismo que justificar moralmente. Como escribe nuestro autor, decir que las razones morales ocupan la premisa de deber ser desplazando a las razones prudenciales, entre otras, no significa, sin embargo, hacer equivalentes el razonamiento judicial y el razonamiento moral, entre otras cosas -ya veremos más adelante una serie de cuestiones relevantes al

⁸ Cfr. En este sentido puede verse el punto 4 (sobre las normas *de facto*) del capítulo IV de este trabajo.

⁹ Moreso, J.J., Navarro, P.E., y Redondo, M.C., *Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial*, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, nº11, págs. 247-262.

¹⁰ Es la que R. Alexy denomina "pretensión de corrección". Desde el punto de vista justificativo, la pretensión de corrección del Derecho está vinculada con la idea de una moral correcta en el sentido de una moral fundamentada. Alexy, R. *El concepto y la validez del Derecho*, pág.84..

¹¹ Moreso, J.J., Navarro, P.E y Redondo, C., "Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial", en *op.cit.*, págs. 247-262.

¹² Nino, C.S., "Sobre los derechos morales", *Doxa* 7, pág. 316.

respecto- porque el juez actúa como juez precisamente cuando para tomar una decisión tiene en cuenta el hecho de que el legislador ha dictado una norma. De esta forma, el juez lleva a cabo un razonamiento jurídico práctico cuando supone que debe castigarse con tal pena a los que matan porque (entre otras cosas) el legislador (a quien tiene el deber moral de obedecer) así lo ha establecido¹³. Es decir, el elemento de autoridad es uno de los rasgos distintivos del Derecho y, de esta forma, la dimensión institucional del Derecho es un factor muy importante para dar cuenta de la especificidad del razonamiento jurídico frente al razonamiento moral ordinario¹⁴; aunque, como veremos, ese aspecto institucional del Derecho (la apelación a la autoridad y al sentido regimentado del discurso jurídico) no significa apartarnos de la tesis del imperialismo del discurso moral ni rompe la unidad del razonamiento práctico, sino que es, precisamente, una exigencia necesaria para satisfacer los valores y fines sustantivos de la moral en nuestras sociedades.

En este sentido, escriben Atienza y Ruiz Manero que "el discurso moral ordinario está abierto a todas las razones relevantes, no está sujeto a plazos y la solución de las controversias no depende en él de órgano autoritativo alguno, sino del consenso unánime, por lo demás, siempre revisable de los afectados. Pero es precisamente por estas características por lo que el discurso moral es, necesariamente, deficitario o insuficiente como método de resolución de los conflictos. Podríamos decir que el carácter institucional del discurso jurídico es condición necesaria de la superación de los déficits operativos del discurso moral. Y estos déficits operativos del discurso moral -y la consiguiente necesidad de un esquema regimentado de

¹³ Nino, C.S., *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica*, op.cit., pág. 97, *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 141.

¹⁴ Atienza, M. y Ruiz Manero, J., "Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho", *Doxa. Cuaderno de filosofía del Derecho*, nº 24, en prensa .

solución de las controversias- seguirían siendo tales en una sociedad de ángeles¹⁵, pues también en ella el discurso moral, dejado a sí mismo, frustraría -aunque sólo fuera por la intrínseca revisabilidad incesante de sus resultados y por el poder de veto que la exigencia de unanimidad implica- sus propias finalidades"¹⁶.

Aunque Nino ya apuntaba en su trabajo *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica* que una de las varias razones -y la más importante- que determina la dependencia entre los fallos de los jueces y la consideración de principios valorativos es el hecho de que el Derecho positivo no provee razones suficientes para justificar -justificar moralmente- una decisión, aun cuando el ordenamiento jurídico en cuestión contenga una solución clara para el caso que debe decidirse¹⁷, será en tres trabajos posteriores (*La validez del Derecho*, *Fundamentos de Derecho constitucional*¹⁸ y en *Derecho, moral y política*) dónde llevará a cabo un profundo análisis del razonamiento jurídico justificativo, de su articulación en el discurso moral, y de sus peculiaridades derivadas de su dimensión institucional. Además, como veremos, en otros trabajos analizará profundamente aspectos del universo práctico (la moral, la política democrática etc) que supondrán importantes focos de información para comprender y poder trazar con mayor precisión la articulación que Nino hace del discurso jurídico justificativo.

¹⁵ En este sentido también puede verse, Raz, J., *Razón práctica y normas*, *op.cit.*, págs. 185-187.

¹⁶ Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *op.cit.*, pág. 16.

¹⁷ Nino, C.S., *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica*, *op.cit.*, pág. 96.

¹⁸ En *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Nino se centrará en el caso de la articulación y relevancia de la Constitución en el discurso moral.

Como he señalado, la tesis principal de Nino es que nuestra cultura ha generado un discurso justificativo "imperialista" al que se ha denominado moral¹⁹. Este "imperialismo" del discurso moral defendido por nuestro autor implica que no existen razones jurídicas que puedan justificar acciones y decisiones con independencia de su derivación en última instancia de razones morales. Significa que los deberes jurídicos tienen su fundamento en deberes morales -aunque, como hemos tenido ocasión de ver y volveremos sobre ello, esta vinculación aparece articulada de una forma compleja- y que la validez jurídica, entendida como fuerza vinculante u obligatoriedad, es un tipo especial de validez moral.

Queda por ver con más detalle las características de tal conexión para trazar así con más exactitud el mapa del universo práctico dentro del cual se articula el mundo del Derecho; el Derecho -a pesar de los límites o exigencias derivadas de su dimensión institucional que

¹⁹ Aunque sobre esta cuestión sólo podré entrar de forma muy breve debido a las características de este trabajo quisiera dejar aquí constancia de que la conexión que hace Nino entre los rasgos que caracterizan al discurso moral y las sociedades modernas no comprometen a nuestro autor con una postura relativista al menos en el sentido de relativismo normativo. En el constructivismo que Nino defiende, el concepto de verdad moral está definido por algunos presupuestos subyacentes a nuestra práctica social de la discusión moral (podríamos hablar de relativismo pero sólo en el sentido de relativismo conceptual) como la aceptabilidad de principios en condiciones ideales de racionalidad, imparcialidad y conocimiento. Así, el significado, la verdad y la validez de los juicios morales son relativos a las reglas y la estructura que subyace a la práctica social o a la institución del discurso moral. Tal práctica está históricamente condicionada de modo que -como escribe el propio Nino- ha evolucionado y se ha expandido a través de diferentes sociedades. El elemento de imparcialidad fue desarrollado ya probablemente en la Grecia clásica y alcanzó un grado mayor de refinamiento en la Ilustración añadiéndose a la imparcialidad, la autonomía, universalidad y la prioridad de la moral. Pudiera ser -escribe nuestro autor- que uno de los hitos del cambio conceptual en el ámbito moral fuera la posibilidad de formular la paradoja de Eutifrón de modo que Aristóteles en su *Ética a Nicomaco* plantea ya la posibilidad de que la verdad moral fuera conceptualmente dissociada de las órdenes de un dios. En cualquier caso, lo que parece implicar todo esto es que pudiera ser que esta práctica no sea universal y que debemos aceptar que posiblemente haya pueblos o sociedades que no sigan la misma práctica del discurso moral, que siguen una práctica de razonamiento y discurso moral que difiere en aspectos relevantes de la nuestra. En tales casos nada hay que pueda hacerse para convencer a esas otras personas puesto que lo que para nosotros son razones para ellos no lo son. Al margen de estas palabras de Nino podemos, sin embargo, hallar en él un último intento por rescatar el proyecto kantiano de la universalidad de la razón práctica cuando señala que podemos seguir teniendo la esperanza de que algunos de los mecanismos sociales, psicológicos o biológicos, que según algunas teorías científicas incitan a la gente a preocuparse de la justificación moral hagan su obra. En realidad -añade Nino- parecen haber obrado tan bien que esta práctica del discurso moral se ha expandido enormemente entre gentes y sociedades con opiniones morales sustantivas radicalmente diferentes. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, (2ª ed, 1989), *op.cit.*, pág. 87-88 y 161-162. Para un interesante análisis de la extensión del discurso moral desde la perspectiva del disenso cfr. Villoro, L., "Sobre el principio de la injusticia: la exclusión", *Isegoría*, nº 22, 103-142. Acerca de cómo la idea de imparcialidad es también un presupuesto fundamental de nuestra concepción del mundo y de nosotros mismo, cfr. Nagel, T., *The possibility of altruism*, Oxford, (1975).

entran a veces en tensión con principios morales sustantivos, o quizá, como veremos, gracias a tales límites- es uno de los instrumentos -seguramente más desarrollados- con los que pueden contar los seres humanos para tratar de organizar las relaciones intersubjetivas a fin de satisfacer las exigencias de la moral; algo que, en la concepción de Nino, se traduce en la preservación y desarrollo de los derechos humanos.

A partir de una comprensión de la política democrática como un sucedáneo regimentado del debate moral y del Derecho legislado por la autoridad democrática con su máxima expresión en un texto constitucional como razones para creer en la existencia de razones para actuar (esto es, las normas jurídicas de origen democrático sirven como indicios de la existencia de normas morales en el sentido apuntado por las primeras), o, en su dimensión de juicios deónticos, como razones derivadas de normas morales, Nino recoge de la tradición norteamericana un interés por la dimensión argumentativa del Derecho y, concibiendo a éste como una empresa colectiva para la consecución de objetivos sociales valiosos, reivindica una teoría y una filosofía del Derecho -independientemente de la positivización, en muchas de nuestras Constituciones, de los grandes postulados del liberalismo político y del igualitarismo social- impregnada, como ha podido ya verse a lo largo de estos capítulos, de consideraciones de filosofía política y de filosofía moral.

El propósito principal de este capítulo es, como señalé, dar cuenta de cómo se articula en Nino la tesis del discurso jurídico práctico como caso especial del discurso moral. El esquema que con este propósito seguiré es el siguiente: en el próximo apartado (punto 2), presentaré los argumentos que da Nino en apoyo de su tesis acerca de la relevancia del Derecho en el razonamiento práctico a partir de su análisis de las paradojas aparentemente derivadas de la tesis de la conexión justificativa e interpretativa del Derecho con la moral; esto

me permitirá presentar la importante función que, incluso dentro de este paradigma de comprensión del fenómeno jurídico, tendría el Derecho en el razonamiento práctico. Concretamente, lo veremos a partir de la relevancia práctica (es decir, justificativa) de las Constituciones. A continuación, aunque dentro del mismo apartado, me ocuparé de presentar -si bien a grandes trazos- qué concepción acerca de la moral, de la política y del Derecho permiten, en opinión de Nino, solucionar esas paradojas y articular así su tesis del discurso jurídico como un caso especial del discurso moral, o la tesis de la unidad del razonamiento práctico. Esto me llevará al siguiente apartado (punto 3) en el que me ocupo de la reconstrucción que Nino hace del razonamiento jurídico justificativo, con especial atención, en este punto, a su dimensión institucional. El apartado siguiente lo dedicaré a un examen de la polémica entre Nino y Redondo -entre otros- o la polémica entre quienes sostienen la tesis de la unidad del razonamiento práctico frente a quienes sostienen la tesis de la fragmentación (punto 4) y, por último (en el punto 5), retomaré la tesis de la unidad del razonamiento práctico, cerrando así este capítulo con una tesis que trata de introducir elementos que ayuden a despejar el intrincado tema de las relaciones del Derecho con la moral.

2. LA TESIS DE NINO DEL "IMPERIALISMO" DEL DISCURSO MORAL O DE LA "NO INSULARIDAD" DEL DISCURSO JURÍDICO JUSTIFICATIVO: LAS APARENTES PARADOJAS Y SU SOLUCIÓN.

Desde sus primeras obras²⁰, Nino da cuenta de cómo el recurso a principios morales en la práctica judicial se presenta como algo necesario si tenemos en cuenta la relevancia moral de, prácticamente, todas las decisiones judiciales. Ya en *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica* (1979), Nino señalaba la responsabilidad moral que asumían los jueces al tomar sus decisiones y cómo estos debían partir en su razonamiento práctico de presupuestos axiológicos que hicieran legítima la observancia de las normas jurídicas. Nino escribía en este sentido que "generalmente no será una respuesta satisfactoria a la pregunta sobre si debo obedecer una ley, responder con la razón: si la ley requiere que usted la obedezca; salvo que se esté asumiendo tácitamente un estándar ulterior"²¹. Y ese estándar ulterior sobre el cual necesariamente fundamenta un juez su sentencia hará referencia, según Nino, a algún deber moral de obedecer un determinado Derecho -porque se considera que así se satisfacen determinadas funciones consideradas valiosas.

Pero, también desde sus primeros trabajos, Nino pondrá de manifiesto, que, sin embargo, decir lo anterior no implica sostener que los jueces deban resolver siempre cada caso siguiendo sólo consideraciones de justicia y equidad, como si no hubiera normas jurídicas

²⁰ Véase Nino, C.S., *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica*, op.cit., *Los límites de la responsabilidad penal*, op.cit., *La validez del Derecho*, op.cit.

²¹ Nino, C.S., *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica*, op.cit., pág. 96-97.

preestablecidas y los jueces fueran llamados a legislar sobre cada asunto²²: la existencia de las normas jurídicas es moralmente relevante.

"Hay razones vinculadas con el respeto a órganos legislativos legítimos, la necesidad de proveer cierto grado de seguridad y previsibilidad de las decisiones judiciales, la conveniencia de contribuir a una vida social ordenada, la exigencia de tratar casos similares en forma similar, que justifican aplicar normas jurídicas vigentes aun cuando ellas impliquen soluciones moderadamente injustas en algunos casos particulares"²³.

En un artículo de 1986, "La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia", recogido, después, en *El constructivismo ético* (1989), Nino lleva a cabo su análisis más detallado de los problemas -ya apuntados en su primera edición de *Ética y derechos humanos* (1984)- a los que conduce la conexión justificativa e interpretativa entre Derecho y moral. En las páginas que siguen voy a ocuparme de exponer las dos aparentes paradojas -la paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y la paradoja de la indeterminación radical del Derecho- que aparecerían implicadas por tales tesis para proceder, después, a dar cuenta de cómo, en opinión de nuestro autor, ha de ser entendida la moral, la política y el fenómeno jurídico, y cómo esto afectará a la conexión entre tales fenómenos, de forma que las paradojas antes mencionadas aparecerán solucionadas. La solución a las paradojas viene articulada en lo que podemos denominar la tesis de Nino de la conexión del Derecho con la política y de la conexión de la moral con la política. Tesis que, como he dicho, afectará a la forma de concebir la conexión justificativa e interpretativa entre moral y Derecho.

²² Nino, C.S., *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica*, op.cit., pág. 97.

²³ Nino, C.S., *Los límites de la responsabilidad penal*, op.cit., pág. 7-8.

2.1 El problema: las aparentes paradojas de la superfluidad del gobierno y del Derecho y de la indeterminación radical del Derecho. Un análisis.

La cuestión acerca de la conexión justificativa entre el Derecho y la moral, en definitiva, el hecho de que los jueces, en cuanto que moralmente responsables, precisen justificar sus decisiones apoyándose en principios morales y recurran a esos principios a la hora de interpretar el Derecho es una cuestión compleja en la que, como he apuntado, están implicados problemas como el de la paradoja de la superfluidad y el de la indeterminación radical del Derecho²⁴. La paradoja de la superfluidad del gobierno y del Derecho consiste en lo siguiente: si las leyes positivas coinciden con los principios morales, entonces las primeras son irrelevantes, y si no coinciden no se les debe prestar atención. La segunda -"la paradoja de la indeterminación radical del Derecho"- conduce a preguntarse por la relevancia del Derecho positivo, entendido éste como actos lingüísticos, textos o prácticas, si tenemos en cuenta que las proposiciones que asignamos como contenido a tales textos, prácticas etc dependen totalmente de los principios valorativos que adoptemos. Veámoslas con más detalle:

²⁴ Cfr. Nino, C.S., "La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia", en Nino, C.S. *Análisis filosófico*, vol.VI, n°2, 1986, recogido en Nino, C.S., *El constructivismo ético*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, (1989), págs. 113-133, Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, ed. Astrea, BsAs, (1992), pág. 14 -105.

2.1.1 La paradoja de la superfluidad del gobierno y del Derecho.

2.1.1.1 Presentación de la paradoja de la superfluidad del gobierno y del Derecho.

Nino se ocupa de exponer esta paradoja en los trabajos antes citados y, concretamente, en su trabajo *Fundamentos de Derecho Constitucional* dará cuenta del problema de la aparente paradoja de la irrelevancia de la Constitución en el razonamiento práctico. Por cuestiones de claridad en la exposición, presentaré en primer lugar el análisis general que hace Nino de la paradoja de la irrelevancia del gobierno y del Derecho en el razonamiento práctico, y de los distintos intentos, sin éxito, por solucionarla; después, presentaré cómo se articula este análisis en el caso de la Constitución.

El problema de la paradoja de la irrelevancia del Derecho y del gobierno en el razonamiento práctico aparece cuando nos preguntamos acerca de cómo podemos justificar la existencia de un Estado y, concretamente, la obligatoriedad de las normas jurídicas, esto es, de las reglas que dictan y aplican quienes tienen el cuasi-monopolio de la coacción en una sociedad.

Como resulta que, según la tesis de la conexión justificativa entre Derecho y moral, la obligatoriedad deriva de ciertos principios morales, esto nos conduce a una aparente paradoja: "si, para decidir obedecer o no las normas jurídicas, necesitamos recurrir a principios morales que determinan si ellas son o no obligatorias -o lo que es lo mismo, si debe o no realizarse lo que ellas disponen- entonces, ¿para qué son necesarias tales normas jurídicas? ¿por qué no nos

quedamos simplemente con los principios morales que determinan el comportamiento a realizar?"²⁵.

La cuestión que Nino explora es si el presupuesto que parece estar tras este planteamiento es o no correcto. Es decir, se trata de ver si, efectivamente, los principios morales que legitiman a un gobierno y que, por lo tanto, determinan la obligatoriedad de las normas jurídicas convalidadas por ellos, indican por sí mismos qué conductas son debidas o valiosas.

2.1.1.2 Algunos intentos de superación.

Ha habido varios intentos por tratar de mostrar que los principios morales llevarían a cabo la convalidación de las normas jurídicas sin referirse necesariamente al contenido sustantivo de éstas, es decir, sin preestablecer las conductas que ellas deben prescribir. Aparecen expuestos por Nino en su trabajo *El constructivismo ético*²⁶ de esta forma :

(a) Los principios morales pueden ser de índole procedimental. Esto significaría que legitimarían al gobierno por su origen o forma de dictar normas y no por el contenido de las normas emitidas. Los principios morales relevantes, generalmente, se limitarían a determinar las condiciones para la selección de las autoridades políticas y del procedimiento bajo el cual éstas deben actuar, de modo que cuando son satisfechas, las leyes resultantes estarían justificadas. Si la democracia es moralmente valiosa, entonces un gobierno democrático goza de este tipo de legitimidad, y hay una razón para obedecer sus normas que no se apoya en el

²⁵ Nino, C.S. *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 115.

²⁶ Nino, C.S., *El constructivismo ético, op.cit.*, págs. 113-133.

contenido de éstas, sino en el procedimiento de su sanción y en el origen del Estado que las dicta.

Resulta, sin embargo, que antes de poder señalar cuál es el valor moral de la democracia es preciso determinar la justificación moral de que exista un Estado. Cuando tratamos de hallar la respuesta a esta cuestión nos encontramos con que quizá esto no es posible sin entrar en consideraciones que determinen en última instancia qué comportamientos son correctos o incorrectos haciendo -en consecuencia- superfluas las normas jurídicas. Nos dice Nino que es difícil imaginar algún principio que legitime a un cierto Estado sólo por su origen; sin presuponer la necesidad de que exista algún Estado. De esta forma, el que declara un derecho divino de ciertos hombres a mandar a otros, como el derecho divino de ciertos gobernantes está fuera de toda posible evaluación a la luz de la crítica racional. Tampoco resulta evidente cómo detectar principios morales que tomen como justificación última la mera adopción de ciertos procedimientos ya que p.ej. la mayoría de las justificaciones de la democracia sólo son procesales en una primera instancia, pero luego proceden a justificar los procedimientos relevantes a la luz de cierto bien sustantivo como la autonomía o la utilidad. Esto significa que podríamos pensar en la materialización de ese bien sustantivo con independencia del procedimiento en cuestión.

(b) Otra posibilidad explorada por nuestro autor es la ofrecida por el utilitarismo de reglas. Según esta concepción, el principio de utilidad (como principio moral) no se refiere directamente a las acciones sino a las reglas. Esto se articularía de la siguiente forma: es preciso determinar previamente qué reglas son más favorables al principio de utilidad general y serían tales reglas las que luego nos permitirían examinar las acciones. Del principio de utilidad entonces no se puede inferir directamente qué acciones se debe realizar. Dentro de esta corriente puede distinguirse el utilitarismo de reglas ideales y el utilitarismo de reglas

sociales. El primero valora las acciones a la luz del principio de utilidad en el caso de que sean realizadas por todos aquellos que estén en las mismas circunstancias. Como este tipo de utilitarismo tiene implicaciones respecto de la conducta correcta con independencia de las normas jurídicas que de hecho se dicten, no evita el aparente carácter superfluo de tales normas. Por su parte, el utilitarismo de reglas sociales -nos dice Nino- valora las normas jurídicas vigentes y, después, las conductas, sólo por su relación con las primeras. Sucede, sin embargo, que como las normas jurídicas son valoradas moralmente de acuerdo a principios que o bien tienen por principal contenido ciertos actos (en el caso de una ética deontológica) o asignan valor a ciertos estados de cosas e, indirectamente, prescriben conductas que los promueven (en el caso de una ética teleológica), entonces, si bien la existencia de ciertas normas sociales es extremadamente beneficiosa desde el punto de vista social, lo es de acuerdo a principios que se refieren no sólo a los actos involucrados en su sanción o cumplimiento sino, también, a otras clases de actos; esos principios, entonces, pueden aplicarse directamente a los actos sin la interposición de las reglas²⁷.

(c) Otra de las alternativas más corrientes de justificación de un Estado con independencia del contenido de las normas que dicta es la justificación de un Estado sobre la base de valores sociales "formales" como el orden, la paz, la seguridad, la previsibilidad. Pero, de nuevo, también aquí nos encontramos con que los principios morales parecen operar directamente. Como la existencia de un gobierno que asegure el orden, la paz, etc implica la satisfacción de algunos intereses y la frustración de otros, cuando se alude a este tipo de consideraciones no se alude a la necesidad de no frustrar intereses brutos, sino a la de no

²⁷ Sobre los problemas que presenta una concepción utilitarista de la democracia, puede verse también, Nino, C.S., *Ética y derechos humanos* (1989), *op.cit.*, (1989) pág. 381-386, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, pág. 70-76. Para una crítica del utilitarismo, Nino, C.S., "El cuatrima del consecuencialismo", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n°4, (1987).

frustrar intereses que sean dignos de protección. Esto presupone principios morales que determinen qué intereses son legítimos y cuáles no, con independencia de los valores de orden, de paz social, etc; constituyéndose estos últimos, entonces, como valores morales secundarios.

Así, ninguna de estas tres alternativas parece poder solucionar el problema, puesto que los principios morales pueden indicarnos el comportamiento a seguir con independencia de lo que prescriba el orden jurídico.

El fracaso de estos intentos no conduce, sin embargo, a defender una postura como la defendida por el anarquismo. El anarquismo sostiene que (1) como el hecho de que un Estado nos ordene algo no justifica moralmente que lo hagamos y (2) como la decisión de obedecer a un Estado es una decisión autónoma que debemos fundar en un principio moral libremente aceptado, entonces, si siempre nos autogobernamos, no es preciso que exista un gobierno²⁸. Este razonamiento -nos dice Nino- también llevaría a un rechazo de la democracia puesto que si cualquier gobierno es moralmente superfluo, da lo mismo que sea democrático o no.

2.1.1.3 Pero ¿son correctos los presupuestos en los que descansa la paradoja?

Sostener que las normas jurídicas son superfluas porque cuando nos planteamos si debemos obedecerlas o no recurrimos a normas morales que, en última instancia, son las que

²⁸ Cfr. Wolff, *In defense of Anarchism*, Harper Torchbooks, New York, (1970). Wolff considera que es inaceptable renunciar a la autonomía moral. Entiende que los hombres se comportan como niños si aceptan los mandatos ajenos no sólo forzados por la necesidad, sino de buena gana y olvidando su deber incesante de ponderar los méritos de las acciones que realizan. Para este autor, colocarse en manos de otro y permitirle determinar los principios por los que uno debe guiar su conducta, supone repudiar la libertad y la razón que dan dignidad al ser humano. Wolf, *op.cit.*, pág. 72. Para una exposición de Wolf y de las alternativas que tratan de demostrar la falsedad de algunos de sus presupuestos, cfr. Ródenas, A. *Sobre la justificación de la autoridad*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, (1996), pág. 90-105.

habrán de guiar nuestra conducta implica, nos dice Nino, asumir una serie de presupuestos que son, sin embargo, controvertidos.

Tales presupuestos serían los siguientes: (a) que el individuo desea tener en cuenta principios morales y actuar en consecuencia ; (b) que sabe qué disponen esos principios; y (c) que tales principios siempre estipulan una solución para cualquier situación en la que el individuo se encuentra. Aunque mostrar la falsedad de estos presupuestos no es suficiente para fundamentar la relevancia moral del gobierno y del Derecho, vale la pena profundizar en tal análisis ya que las razones de tal fracaso pueden, sin embargo, iluminar el camino hacia la respuesta y, con ella, la solución de la paradoja. Veamos, pues, el análisis de Nino²⁹:

a) El individuo desea tener en cuenta principios morales y actuar en consecuencia.

Nino señala que este presupuesto es, sólo, parcialmente cierto. Su argumentación es la siguiente:

No es cierto que siempre el individuo desee tener en cuenta principios morales y actuar en consecuencia ya que, en muchas situaciones, los individuos son indiferentes frente a los reclamos de la moral -a veces por mala voluntad o, a veces, por ignorancia-; es, precisamente, para incidir en el comportamiento de tales hombres que el hombre moral recurrirá al Estado y a sus normas jurídicas, a los que considerará moralmente justificadas en la medida en que las prescripciones dirigidas a los ciudadanos se ajusten en el mayor número de ocasiones a principios morales.

Esta línea de argumentación tiene, además, consecuencias que inciden en el propio comportamiento del hombre moral: en la medida en que su conducta pueda tener efectos por vía de ejemplo o por otros medios en el comportamiento de los hombres inmorales, él mismo tiene, en muchas ocasiones, la obligación de acatar las prescripciones jurídicas que se desvía

²⁹ Nino, C.S., *El constructivismo ético*, *op.cit.*, pág. 119-124.

de su propio juicio para evitar así el deterioro de una institución que, en su conjunto, maximiza la oportunidad de tomar decisiones justas. Esto es, desde el momento en que el hombre moral acepta la existencia del gobierno y de las normas jurídicas para guiar la conducta de la gente inmoral, esa existencia se convierte en un dato fáctico que aquél debe tomar en cuenta en su propio razonamiento moral (si bien, como dato fáctico que es -matiza Nino- la existencia de un gobierno y la vigencia de sus normas sólo puede afectar a los juicios morales derivados, no a los principios morales últimos -como los que establecen los derechos humanos básicos- que no están condicionados por ninguna circunstancia fáctica)³⁰.

Entonces, concluye en este punto nuestro autor, el presupuesto es parcialmente cierto porque debemos partir del punto de vista del hombre moral, que es quien recurre a principios morales para guiar su propia conducta y la de los demás, y para quien el Derecho aparecerá solamente como relevante para justificar esa conducta en la medida en que no estén en juego principios básicos (es decir, en la medida en que las prescripciones de la autoridad no violen los derechos humanos más fundamentales) y no coincida con sus propios juicios morales (si bien, por otro lado, el gobierno y el Derecho en su conjunto, sólo será legítimo en la medida en que sus prescripciones se ajusten, en la mayoría de los casos, a lo que el considera moralmente correcto).

b) El individuo que debe decidir si obedece o no una norma jurídica sabe cuáles son los principios morales aplicables a la situación.

Este presupuesto -nos dice Nino- es también cuestionable; pero, cuando al negar que los individuos conozcan sin dudas los principios morales aplicables a la situación añadimos que ha de recurrir a otro para tratar de hallar cuáles son los principios morales aplicables al

³⁰ Nino, C.S., *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 121. En el mismo sentido puede verse, "Los derechos morales", *Doxa*, n° 7, (1990), pág. 311-325.

caso, surge la cuestión acerca de por qué el hombre moral debería recurrir al Derecho. Es decir, por qué habría de acudir a una autoridad cuyo rasgo distintivo es el cuasi-monopolio de la coacción, en busca de sabiduría ética.

Entonces, tampoco la negación de este presupuesto y la afirmación de la falta de conocimiento ético es una buena razón para fundamentar la relevancia moral del gobierno.

c) El sistema moral ideal al que recurre el individuo que desea justificar su obediencia al Derecho tiene una solución para cada caso concebible.

Si esto no fuera cierto -nos dice Nino- podría sostenerse que la relevancia práctica del Derecho estaría fundada en la necesidad de proveer soluciones para los casos en los que la moral guarda silencio. Sería la idea ya apuntada por Santo Tomás de Aquino de que el Derecho positivo está relacionado con el Derecho natural no sólo por derivación sino también por especificación³¹ (ya sea porque nos encontramos ante una situación de empate moral o porque es una esfera en la que hay indiferencia moral acerca de qué acción llevar a cabo, pero lo relevante es que se logre una coordinación).

Escribe nuestro autor que es, sin embargo, sumamente difícil determinar qué tipo de razones para actuar provee el Derecho en aquellos casos en los que no hay razones morales subyacentes o hay razones morales opuestas de igual peso. Aunque se suele apelar al altruismo, a la convención o a la coacción como formas de resolución de tales conflictos esto, en realidad, -escribe Nino- nos reenvía de nuevo a las razones morales. Incluso si se alegara la conveniencia o utilidad general de prescribir jurídicamente un curso de acción en estas situaciones de empate o indiferencia moral, tal consideración es también moral en sentido amplio -por lo cual no estaríamos ante un caso de indiferencia moral o bien, si la indiferencia

³¹ Santo Tomás, *Summa Theologica*, II, 1, qu., 95, 2. Tomo la cita de Welzel, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Biblioteca Jurídica Aguilar, (1979).

es, precisamente, respecto a que el Derecho adopte no una solución, sino determinada solución (p.ej. conducir por la derecha), el problema es que en tal caso no se ve cuál es el tipo de razón que debería incidir en la elección de una u otra solución. Por ello concluye Nino que es una cuestión oscura que el Derecho cuente con la capacidad de fabricar razones que no preexistían o de jerarquizar razones en caso de empate moral. En los casos en los que las normas jurídicas no se apoyan en razones morales -apareciendo entonces como superfluas-, hay un hiato entre las razones morales que indican que debe haber alguna norma de este tipo y el dictado de una determinada norma y resulta difícil ver cómo puede cubrirse ese hiato sin convertir el caso en cuestión en uno en que la norma jurídica es, de nuevo, superflua. Siendo así las cosas -concluye Nino-, resulta sumamente dudoso que el Derecho y el gobierno puedan resultar moralmente relevantes en aquellos casos en que no hay una solución unívoca en nuestro sistema moral.

El análisis de los presupuestos de la paradoja de la irrelevancia del gobierno no se detiene, sin embargo, aquí. Nino sigue explorando posibles argumentos en un intento por ver si hay presupuestos todavía más profundos que puedan ser cuestionados y que ofrezcan una salida a esta paradoja. Nino explicita dos presupuestos de índole meta-ética que, en su opinión, subyacerían a la conclusión de que el gobierno y el orden jurídico son irrelevantes para el hombre moral y trata de ver en qué medida tales presupuestos son o no correctos.

(a) El primero es de carácter ontológico: consiste en entender que hay un sistema moral independiente de las prácticas sociales involucradas en la constitución, reconocimiento y ejercicio de un gobierno; según este presupuesto, el ciudadano moral, cuando recurre a tal sistema moral para justificar el gobierno o sus normas, puede llegar a conclusiones sobre lo que debe hacer, sin tomar en cuenta aquellas prácticas;

(b) el segundo presupuesto profundo de la paradoja tiene una formulación semejante a la anterior, pero se refiere al plano epistemológico: consiste en asumir que se puede acceder cognitivamente a ese orden moral independientemente de las prácticas sociales involucradas en la existencia del gobierno.

En contra de este doble presupuesto, Nino traza su tesis de la conexión de la moral con la política (y concretamente, como veremos, con la política democrática) desdoblada en dos tesis: la politización de la moral (esto es, una concepción de la moral como práctica o empresa colectiva) y la moralización de la política (su concepción de la democracia como sucedáneo del discurso moral).

Antes de pasar a ver la tesis que Nino presenta como una forma de solucionar la paradoja de la irrelevancia del gobierno y del Derecho queda por ver cómo se articula el problema cuando consideramos el papel de la Constitución en el razonamiento práctico; y, después, presentar la paradoja de la indeterminación radical del Derecho.

Comenzaré, pues, con los problemas que encontramos cuando tratamos de ver si la vigencia de una determinada Constitución (como dice Nino, el punto más visible del fenómeno jurídico constitucional) tiene o no relevancia en el razonamiento práctico.

2.1.2 La -aparente- paradoja de la irrelevancia de la Constitución.

"La paradoja de la superfluidad de la Constitución implica afirmar lo que a primera vista parece una locura: que, a pesar de todas las invocaciones casi sacramentales a la Constitución; a pesar de todas las luchas que se emprendieron en diferentes contextos históricos y regiones en defensa de una Constitución; a pesar de las intuiciones compartidas de que una Constitución es 'la carta de navegación de un país' sin la cual éste divaga sin rumbo; a pesar de la realidad material que presenta una Constitución y su proceso constituyente; a pesar de los méritos excelsos que una Constitución puede exhibir; a pesar de los defectos catastróficos que otra Constitución puede encerrar; a pesar de todo ello, cuando hacemos un análisis cuidadoso de cómo la

Constitución opera en el producto final que todos esperan de ella (la justificación de una acción, decisión, o institución en lugar de otra) advertimos que, aparentemente, la Constitución no juega ningún papel relevante. [...] La paradoja no sostiene que algunas Constituciones en particular no sirven para nada; su alcance es absolutamente general: sostiene que ninguna Constitución es relevante para el razonamiento práctico con el que justificamos acciones o decisiones. Porque, la superfluidad de la Constitución no sería una cuestión de hecho, sino de pura lógica"³².

La tesis de Nino es que la superfluidad de la Constitución es sólo aparente pues, en realidad, hay un enfoque de ésta que nos hace ver su significado real para una sociedad política al mostrar que ella es relevante en el razonamiento práctico justificativo.

Pero, veamos primero los caminos explorados por Nino para tratar de explicar la relevancia de las Constituciones vigentes. De nuevo, como sucedía en el apartado anterior, estas incursiones sin éxito permitirán alumbrar el camino que nos llevará a la solución.

2.1.2.1 La Constitución ideal y el razonamiento práctico.

Nino trata de ver si la relevancia de la Constitución puede explicarse bajo un concepto normativo que alude a principios válidos que generan derechos individuales o bien a determinados procedimientos.

a) La Constitución ideal de derechos.

Si adoptamos un concepto normativo o valorativo de Constitución y la identificamos con tales principios básicos de moralidad social que establecen el conjunto de derechos fundamentales, entonces no cabe duda de que la Constitución es relevante para el razonamiento práctico ya que es imposible justificar una acción o decisión que verse sobre

³² Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 14.

materias en las que estén en conflicto intereses de diversos individuos sin apelar en última instancia a un conjunto de principios ideales, es decir, a la Constitución en este sentido.

Sucedee, sin embargo, que este concepto de Constitución no permite hacer relevante a las diversas Constituciones vigentes. En efecto, los principios a los que hacen referencia son generales, universales y autónomos. Esto último significa que son aceptados como válidos en virtud de sus méritos intrínsecos y no por el hecho de que cierta autoridad humana, divina o convencional los prescribiera. Precisamente, los principios en cuestión sirven para criticar tales prescripciones, lo que no sería posible si su validez dependiera de ellas.

Entonces, nos dice Nino, "la Constitución, concebida como un conjunto de principios de moralidad social que establecen derechos básicos de los individuos, no tiene patria y no tiene una relación especial con los hechos ocurridos en cierto lugar y tiempo o con cierto texto"³³. De acuerdo con este análisis, no debemos partir del texto de la Constitución histórica para determinar cuáles son los principios morales que generan derechos individuales, ya que ni las circunstancias particulares de la elaboración y sanción del texto son relevantes para la validez de tales principios, ni tenemos razones especiales -sobre esto volveré luego- para presuponer que quienes sancionaron el texto histórico tenían una particular percepción moral.

b) La Constitución ideal procedimental.

Un segundo intento dentro de esta concepción normativa de la Constitución es el de vincular a la Constitución vigente no con los principios que establecen derechos sino con procedimientos de toma de decisiones básicas en una unidad política que constituyen una estructura de organización del poder. No se trataría de cualquier procedimiento -matiza Nino- sino de un procedimiento legítimo de toma de decisiones: un procedimiento democrático. La

³³ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, *op.cit.*, pág. 18-19.

Constitución sería relevante porque ella establece un procedimiento plausible para resolver pacíficamente los conflictos, más allá de las diferencias sustantivas.

Nos encontramos, sin embargo, con que, al igual que sucedía con el anterior intento, ésta alternativa sólo presentará a la Constitución como relevante cuando el procedimiento previsto para la toma de decisiones colectivas sea legítimo. Esa legitimidad, de nuevo, dependerá de principios que son autónomos, universales y generales. Como la validez de tales principios parece, otra vez, independiente de un cierto texto y de las circunstancias históricas que llevaron a su sanción, entonces -concluye nuestro autor-, esta alternativa tampoco nos permite mostrar la relevancia para justificar acciones o decisiones de una Constitución individual cualquiera.

Tal y como advierte Nino, es preciso hallar la forma de comprender todos los elementos del constitucionalismo que permitan conectar las dimensiones normativas con los hechos históricos que dan individualidad a una cierta Constitución, puesto que, de lo contrario, además de la irrelevancia de los textos constitucionales vigentes en el razonamiento práctico nos encontraremos con los problemas de subjetividad, incertidumbre y conflictividad inherentes a la determinación de cuáles son tales principios del constitucionalismo³⁴.

2.1.2.2 La Constitución como práctica social.

Nino trata de ver si la relevancia de la Constitución vendría dada por una concepción de la Constitución como puro hecho histórico, como práctica social, con independencia de toda valoración. Aquí inevitablemente hay que recurrir a Hart. El que la Constitución incorpore la regla de reconocimiento del sistema jurídico parece proveer una forma directa y

³⁴ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, *op.cit.*, pág. 21.

sencilla de dar cuenta de la relevancia de la Constitución en el razonamiento práctico: simplemente la Constitución tendría la relevancia que Hart le asigna a la regla de reconocimiento de un sistema jurídico; esto es, permitiría determinar la unidad del sistema jurídico y la validez (en sentido descriptivo) o pertenencia de las demás normas.

Sin embargo, tampoco este argumento resulta satisfactorio: como he tenido ocasión de señalar en otro momento³⁵, según Nino, la unidad o continuidad de una práctica constitucional (en la que se pueden suceder Constituciones que modifican las anteriores) no viene dada por la Constitución en cuanto regla de reconocimiento, sino por una práctica más básica que establece la validez de la Constitución reformada de acuerdo con normas de la Constitución derogada.

Por lo que se refiere a la pertenencia, cabría extender lo dicho respecto de la unidad e identidad: la Constitución como regla de reconocimiento es insuficiente para determinar esa pertenencia y debe recurrirse a otros elementos ulteriores, y a una práctica más básica³⁶.

Por lo que se refiere a la validez, a partir del análisis que de este concepto hace Nino, podemos decir aquí que, por razones lógicas, la Constitución concebida descriptivamente como práctica social de reconocimiento no puede ser relevante³⁷ para determinar en última instancia la validez de las demás normas jurídicas del sistema. La cuestión sería la siguiente: una práctica social como la Constitución no puede constituir por sí misma razones para justificar acciones o decisiones, sino que sólo puede constituir un hecho condicionante que

³⁵ Cfr. Capítulo IV, punto 3 de este trabajo.

³⁶ Así puede haber conflictos entre el principio de obediencia a las autoridades instituidas por la Constitución y los principios sustantivos. Y como escriben Atienza y Ruiz Manero, la Constitución no resuelve qué peso tenemos que darle a cada uno de esos principios en tensión. Los criterios últimos de interpretación de la Constitución no pueden ser más que criterios aceptados -no criterios ordenados por la Constitución- y -siguiendo con las palabras de los mencionados autores- puede ser que haya divergencias entre los criterios aceptados por unos y otros integrantes de una misma comunidad jurídica. Cfr. Atienza y Ruiz Manero, *Las Piezas del Derecho*, *op.cit.*, págs. 162-163.

³⁷ Sobre este aspecto volveré de nuevo al dar cuenta en otro apartado de este capítulo de la crítica que a este punto de la argumentación de Nino dirigen J.J. Moreso, P. Navarro y C. Redondo en *op.cit.*

determina la aplicabilidad de un cierto principio moral, que sí constituye una razón operativa para justificar una acción o decisión. Cuando los jueces invocan la regla de reconocimiento para justificar la aplicación de una norma del sistema jurídico, no se refieren a esa regla como una práctica social -o sea como un hecho considerado desde el punto de vista externo-, sino que se refieren a un juicio normativo (moral); así es cómo la regla es apreciada desde el punto de vista interno. El hecho de emplear recurrentemente juicios normativos sobre el deber de aplicar ciertas reglas como justificación de una acción o decisión, es lo que, desde el punto de vista externo, constituye una práctica de reconocimiento (vista como un hecho).

Pero, vistas así las cosas, la Constitución no sólo aparece como no autosuficiente sino que, además, es irrelevante, porque tales principios ya contienen todo lo que una Constitución que ellos juzgan como legítima puede contener, y, por lo tanto, así concebida, la Constitución no agrega nada a lo que ya está en los principios a los que debemos acudir para justificarla³⁸.

2.1.2.3 La Constitución como práctica emergente de un procedimiento legítimo.

Los principios morales a los que me referí en el párrafo anterior y que legitimarían la Constitución podrían hacerlo no por su contenido (haciéndola superabundante o irrelevante), sino por el procedimiento por el que ha sido sancionada. Una Constitución relevante para el

³⁸ Me remito aquí a las consideraciones antes apuntadas acerca de la imposibilidad de hallar la relevancia del Derecho en la especificación o resolución de indeterminaciones que se darían en el sistema moral puesto que, según vimos, Nino señala que es muy difícil determinar qué tipo de razones para actuar provee el Derecho en aquellos casos en que no hay razones morales subyacentes o hay razones opuestas de igual peso puesto que siempre habrá en última instancia consideraciones de tipo moral uno puede pensar que, entonces, la solución ya estaba contenida en tales principios morales. Por lo que se refiere a los problemas de coordinación, como el recurrido ejemplo de la ordenación del tráfico por la derecha: como vimos, el problema que nuestro autor ve aquí es que cuando eso ocurre, es decir cuando nos encontramos ante una esfera de indiferencia moral acerca de qué opción escoger, entonces, en tales casos en los que las normas jurídicas no parecen apoyarse en razones morales que las hagan superfluas, hay un hiato entre las razones morales que indican que debe haber una norma de este tipo y el dictado de una cierta norma y no se advierte -apunta nuestro autor- como ese hiato puede ser cubierto sin convertir al caso en cuestión en uno en que la norma jurídica es de nuevo superflua. Cfr. *El constructivismo ético, op.cit.*, págs. 123-124, *Derecho, Moral y Política, op.cit.*, págs. 131 y 148-156.

razonamiento práctico no sería, entonces, un procedimiento legítimo que es producto de ciertos hechos históricos que conducen a prescripciones, prácticas y textos sino, al revés, un conjunto de prescripciones y prácticas que se originan en procedimientos legítimos. Por un lado, el procedimiento -por más legítimo que sea- no es relevante por sí mismo, sino en la medida en que sea ejercitado en la producción de prescripciones y en la subsecuente práctica. Por otro lado, las prescripciones y prácticas constitucionales no son relevantes para el razonamiento práctico si no se originan en procedimientos cuya legitimidad está establecida por principios morales válidos, ya que, de lo contrario, se estaría intentando fundamentar un juicio justificativo en una mera proposición descriptiva.

El problema de los intentos por fundamentar la validez de normas jurídicas y del gobierno en razones procedimentales viene dado porque, como ya apunté siguiendo a Nino, el procedimiento debe estar basado en algún valor y, en consecuencia, hará necesario en última instancia examinar los contenidos de las prescripciones y prácticas con los principios morales que vinculan contenidos con los valores postulados.

Para salvar esta dificultad, Nino trata de defender una teoría procedimental de justificación del gobierno democrático que evite el riesgo de irrelevancia a partir de que el procedimiento propuesto no sea considerado legítimo en virtud de ciertos valores sustantivos, sino en función de su capacidad epistémica para permitir acceder a esos valores. Para esta concepción, el proceso de discusión y decisión democráticas es más confiable que otros para permitir conocer aquellos principios morales fundados en la imparcialidad. Una norma jurídica de origen democrático se convierte, entonces, en relevante para el razonamiento práctico, no porque en sí misma constituya una razón autónoma para justificar una acción o decisión, sino porque constituye un indicio relativamente confiable de cuál es el principio moral válido que establece tal razón. Las normas jurídicas no son razones para justificar

acciones o decisiones, sino razones para creer que ciertos principios morales son tales razones³⁹.

Esto que permitiría resolver la paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y proveer una justificación de la democracia no permite, sin embargo, solucionar la paradoja de la irrelevancia moral de la Constitución puesto que -nos recuerda Nino- la mayoría de las Constituciones particulares que hoy rigen no han sido el producto de un procedimiento democrático legítimo y, aun cuando lo fueran, su perdurabilidad en el tiempo -que es un efecto, por lo demás, apunta nuestro autor, deseado- haría dudar sobre si su legitimidad está vinculada a la voluntad popular (teniendo en cuenta la rigidez que supone la exigencia de mayorías absolutas para su modificación).

Nos encontramos, pues, con que la Constitución adquiere relevancia en el razonamiento práctico si ella es identificada con los ideales del constitucionalismo -en sus dimensiones constituidas por derechos o por el procedimiento democrático- pero, en ese caso, la Constitución se convierte en un objeto abstracto y universal que no tiene nada que ver con una determinada Constitución nacional e histórica que es lo que queremos demostrar como relevante. Si la Constitución es entendida como práctica o convención social podría tener relevancia -aunque Nino no considera este argumento como concluyente- siempre y cuando se originara en un procedimiento legítimo como el democrático, porque en tal caso la Constitución aparecería como un conjunto de normas con valor de razones para creer en la existencia de los principios morales que ellas reflejan; lo que sucede es que pocas de las Constituciones vigentes tienen ese origen.

³⁹ Cfr. Capítulo III, apartado 5.2.2.3 de este trabajo.

2.1.2.4 La Constitución como la práctica colectiva más básica sobre la que se apoya el procedimiento democrático.

Este intento de Nino por demostrar la relevancia de la Constitución sigue centrándose en la Constitución como práctica social o convención que incluye, centralmente, reglas de reconocimiento, al margen de que coincida o no con el respeto a los derechos humanos y al procedimiento democrático.

En este sentido, puede sostenerse la relevancia del razonamiento práctico porque es fundamentalmente la convención o práctica colectiva más básica que determina la vida comunal de una sociedad y que, en cuanto tal, cumple funciones sociales imprescindibles que incluso sirven de marco o soporte del procedimiento democrático. En este sentido iría la tesis de MacCormick para quien, según cita Nino, la experiencia demuestra que "la democracia opera sólo allí donde hay alguna forma de un orden constitucional bien establecido que se apoya en una tradición constitucional que tiene una vigencia importante, cuando ese orden constitucional utiliza la separación de poderes y cuando la seguridad de, al menos, los derechos constitucionalmente derivados es firmemente mantenida. En este sentido, el constitucionalismo es un prerequisite de la democracia."⁴⁰

La idea es la siguiente: la Constitución de un país es relevante en cuanto constituye la convención fundamental que encierra un acuerdo a través del tiempo entre diversos grupos sociales acerca de cómo debe distribuirse el poder que monopoliza la coacción estatal y cuáles son los límites de ese poder frente a los individuos. En tanto convención fundamental de la sociedad, la Constitución, si bien puede limitar la democracia cuando establece

⁴⁰ MacCormick, N., *Constitutionalism and Democracy*, en "Actuelle Probleme der Demokratie", *Internationals Jahrbuch fur Rechtsphilosophie*, 1989. Tomo la cita de Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, *op.cit.*, pág. 46.

procedimientos o restricciones al empleo de esos procedimientos que no son los que maximizan la validez del método de discusión y decisión democráticas, también hace posible alguna forma, aun imperfecta, de democracia. Esto implica que si en nuestro razonamiento práctico tomamos en cuenta el valor de la democracia, entonces debemos tener en cuenta el valor de la Constitución y práctica constitucional en la medida en que hacen posible y fundan tal democracia.

Nino trata de explorar el argumento del plus de operatividad que introduciría una Constitución en una democracia. Concretamente, Nino trata de ver si es cierto el hecho de que una democracia es más estable y operativa cuando las normas constitucionales que la limitan (introduciendo procedimientos o restricciones al empleo de tales procedimientos democráticos y distanciándola, de alguna forma, de aquellos que maximizarían la validez del método de discusión y decisión democráticas) tienen arraigo convencional.

De esta forma, la concepción que Nino examina implica que la Constitución, si se la toma como un evento, constituye el origen de una convención social, y si se la ve como un proceso, ella misma es una práctica social continua. La concepción de la Constitución desde el punto de vista externo, es decir, como una práctica social, implica pensar en ella como una regularidad de conductas y actitudes. Esa regularidad de conductas y actitudes puede estar causada por la producción de ciertos actos lingüísticos a través de un determinado texto pero, en este sentido de Constitución, ella trasciende aquellos actos y aquel texto y está constituida por la regularidad ulterior de conductas que ellos generan. Esta característica de la Constitución lleva a Nino a profundizar en la caracterización de las convenciones o prácticas sociales.

Uno de los aspectos inherentes a las convenciones -nos dice Nino- es que ellas sirven para resolver problemas de coordinación, o sea de situaciones de interacción en las que las

intenciones de las partes que interactúan pueden resultar frustradas por no poder justificar cierto comportamiento sobre la base de una expectativa de comportamiento coordinado por parte de las otras partes que interactúan. Por lo demás, es importante tener en cuenta que la descripción de la convención desde el punto de vista externo no puede ignorar el punto de vista interno de los participantes en ella. No podemos identificar a las conductas y a las actitudes que forman parte de la práctica si no consideramos las proposiciones aceptadas por los agentes cuando desarrollan esas conductas y actitudes.

La cuestión ahora es ver si las conclusiones a las que se llega desde el punto de vista externo sobre la individualización de un sistema jurídico -empleando para ello la Constitución y reglas de reconocimiento aun más básicas que las incorporadas a ellas- pueden ser indirectamente relevantes desde el punto de vista interno para justificar acciones o decisiones. A grandes rasgos podemos decir que el hecho de aceptar una misma Constitución permite concebir a diferentes órganos y ciudadanos como destinatarios del mismo orden jurídico. Por supuesto, hay destinatarios de un orden jurídico que no aceptan la Constitución; ellos son destinatarios de las normas reconocidas por tal Constitución en la medida en que una buena parte de los ciudadanos la acepten y las normas que ella reconoce fijen condiciones que tales destinatarios satisfacen. La aceptación de una Constitución determina la pertenencia al Estado o a la comunidad a la que también pertenecen todos los que aceptan la misma Constitución. Este hecho puede proveer una razón para aceptar la Constitución con relativa independencia de su contenido, y, por lo tanto, puede determinar su relevancia para el razonamiento práctico. Nino trata de explorar un argumento de Raz⁴¹. El respeto por el Derecho sería una forma de expresar lealtad hacia la sociedad. Lo que sucede es que, como el propio Raz reconoce, no todo orden jurídico merece, por el hecho de serlo, respeto. El respeto al Derecho como actitud

⁴¹ Raz, J., *La autoridad del Derecho*, [Trad. Rolando Tamayo y Salmorán], México, (1982).

de expresión de identificación con la comunidad sólo parece generar obligaciones en la medida en que el Derecho sea justo, lo que ya determina por sí mismo (al margen del Derecho) la obligación de hacer lo que éste ordena. Esto -nos dice Nino- parece aplicarse también a la idea de Habermas de que el patriotismo legítimo puede consistir en un patriotismo constitucional, o sea, un patriotismo centrado no en una entidad inasible como el famoso ser nacional, sino en el esquema de valores y derechos y obligaciones que establece la Constitución⁴². Pero aquí nos encontramos con el mismo problema: decir que el patriotismo o la actitud de lealtad está justificada por la vigencia convencional de una Constitución, cualquiera sea su contenido, resulta contraintuitivo. La actitud de lealtad está justificada por los principios ideales que se consideran válidos, sean o no el contenido de la Constitución positiva; entonces, de nuevo, nos encontramos con que la Constitución es superflua en el razonamiento práctico.

En este sentido es como también ha de entenderse -en opinión de Nino- el comunitarismo de MacIntyre, Taylor y Sandel. Estos autores tratan de demostrar cómo las tradiciones y convenciones que definen una comunidad son presupuestos necesarios de proposiciones que, generalmente, son admitidas como constitutivas de razones para justificar acciones o decisiones. Sin embargo, en opinión de Nino, el comunitarismo se presenta como inconsistente cuando, por un lado, enfatiza la importancia de las convenciones en el razonamiento práctico moral y, por otro, y al mismo tiempo, impugna las que constituyen los presupuestos⁴³ de la práctica social del discurso moral postilustrado vigente en nuestra civilización⁴⁴.

⁴² Habermas, J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, [Trad. R. García Cotarelo], Península, Barcelona, (1985)

⁴³ Tales presupuestos serían que las razones últimas justificativas son, por un lado, autónomas, esto es, principios cuya validez no depende de su vigencia, sino de su aceptabilidad bajo condiciones ideales, y, por otro lado,

Resulta, sin embargo, -escribe Nino- que todas estas consideraciones nos llevarían a cuestionar la misma racionalidad de las convenciones, y, por lo tanto, de la Constitución en cuanto que convención social fundamental. Veamos el análisis que hace Nino de la práctica social que consiste en participar en una convención⁴⁵.

Ya vimos que, al margen de que la crítica que Dworkin ha hecho a la concepción positivista de Hart sobre la regla de reconocimiento no da en el blanco puesto que la regla de reconocimiento aparece como práctica social sólo desde el punto de vista externo, que no es el de los jueces que aplican normas para resolver casos, sino el de un observador que procura describir en forma no comprometida el orden jurídico vigente en cierta sociedad; es, sin embargo, importante para hacer notar que quienes adoptan el punto de vista interno hacia una práctica social como la regla de reconocimiento no pueden contentarse con formular descripciones de la práctica social, sino que necesitan formular juicios normativos para justificar decisiones tales como la de aplicar o no una norma. Esto que decimos del Derecho se aplica también a la moral positiva. Así, podemos decir que los actores de una práctica o convención, incluyendo la que constituye la moral positiva de una sociedad, deben, por lo tanto, justificar su contribución a ella sobre la base de juicios referidos a principios cuya validez no depende de que sean adoptados como parte de la práctica o convención. Según esto, hay una prioridad lógica de la moral ideal sobre la moral positiva. Sin la pretensión de los agentes de referirse a principios ideales no surgirían ni se mantendrían las prácticas o convenciones que constituyen, desde el punto de vista externo, fenómenos como el del Derecho o la moral.

universales, o sea aplicables a todas las situaciones que no difieran en circunstancias relevantes para los mismo principios.

⁴⁴ Para un análisis crítico de la postura comunitarista, cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos, op.cit.*, (1989), Capítulo IV.

⁴⁵ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional, op.cit.*, pág. 54 y ss.

Sin embargo, advierte Nino, no basta una mera convergencia de opiniones para que haya una convención. Lo que caracteriza a las convenciones es la autoconciencia de sus participantes de estar participando de una práctica social, es decir, el hecho de que saben qué están haciéndolo y, de que, tal participación en esa práctica colectiva es parte de la razón para actuar de esa manera⁴⁶.

Tal y como advierte Nino, parece que nos encontramos con una dificultad: por un lado, parece irracional alegar como justificación de una cierta conducta o actitud que ésta forma parte de una práctica y, por otro lado, para hablar de convención es preciso que los que participan en una práctica tengan conciencia de ello y la tomen en cuenta a la hora de decidir participar en ella. Según esto, entonces, es posible que toda convención suponga alegar como razón de los comportamientos que la constituyen el hecho de que haya una regularidad de comportamientos similares por parte de los demás y que, precisamente por eso, toda convención sea irracional.

El hecho de que las convenciones cumplan necesidades humanas y sociales muy importantes lleva a nuestro autor, sin embargo, a tratar de revisar bien la caracterización del razonamiento práctico como razonamiento necesariamente apoyado en razones autónomas, o bien que las convenciones sean prácticas autorreferentes. Nino señala que si suponemos que no podemos prescindir de las convenciones y prácticas sociales aun en un mundo considerablemente más racional que en el que nos ha tocado vivir y que, de hecho, algunas convenciones que resuelven problemas de coordinación en ámbitos moralmente indiferentes son, aparentemente, imprescindibles, hemos de tratar de explorar las posibilidades de hacer compatibles las exigencias de racionalidad con las características de las prácticas sociales.

⁴⁶ Sobre las condiciones de existencia de las prácticas sociales y de su papel en el razonamiento práctico cfr. Bayón, J.C., *La normatividad del Derecho*, *op.cit.*, págs. 448 y ss.

Nino traza su propuesta -de la que me ocuparé en el siguiente apartado- a partir de su examen crítico del intento de Dworkin en *El imperio del Derecho*⁴⁷ por dar cuenta del Derecho tratando de hacer compatibles la característica de las convenciones de referirse a sí mismas con cierto margen para la autonomía y la universalidad de las razones justificativas, tal como lo exigen los presupuestos de la práctica del discurso moral: esta concepción parece tener en cuenta las conductas y las decisiones pasadas que constituyen la práctica, pero las pone a la luz del mejor sistema posible de principios ideales coherentes. Para Dworkin la práctica del Derecho es una práctica interpretativa y, además, el mismo concepto de Derecho tiene un carácter interpretativo. La identificación del Derecho de una comunidad supone desarrollar una actitud interpretativa hacia la práctica social de justificar el uso de la coacción estatal sobre la base de decisiones pasadas. Según Dworkin, la actitud interpretativa se distingue por dos componentes: primero, aceptar que las conductas y actitudes que constituyen la práctica en cuestión tienen un objetivo o valor que puede ser identificado independientemente de las conductas y actitudes que constituyen la práctica. El segundo elemento de la actitud interpretativa es que las conductas que constituyen la práctica son sensibles a ese objetivo o valor y pueden ser eventualmente modificadas para satisfacerlo mejor. Dworkin distingue tres concepciones interpretativas acerca del Derecho: la concepción convencionalista, la convención pragmatista y la concepción del Derecho como integridad. La primera viene a consistir en una reinterpretación del positivismo y consiste en sostener por un lado la tesis positivista de que el Derecho está constituido por convenciones sociales, de tal modo que basta hacer una investigación fáctica sobre tales convenciones para determinar la manera en que las decisiones pasadas justifican el empleo de la coacción y, por otro lado, la tesis negativa

⁴⁷ Dworkin, R., *Law's Empire*, Belknap Press, Harvard,(1986), [Trad. al castellano de C. Ferrari, *El imperio de la justicia*, ed. Gedisa, Barcelona, 1988].

de que en los casos en que no hay convenciones establecidas sobre una cierta clase de temas, no hay Derecho, y los jueces no tienen más remedio que ejercer su discreción de acuerdo a estándares extrajurídicos. La concepción pragmatista sostiene que el empleo de la coacción estatal no puede ser justificado en forma primaria por decisiones pasadas sino que debe serlo sobre la base de valoraciones como las de justicia, utilidad o eficacia. Sólo por razones estratégicas o derivadas de esas valoraciones pueden tomarse en cuenta las decisiones pasadas. Dworkin considera que la concepción pragmatista no es una adecuada interpretación de la práctica jurídica porque ignora el valor de la integridad basada en principios que hace que las decisiones políticas pasadas tengan relevancia por sí mismas y no sólo por consideraciones estratégicas. La posición defendida por Dworkin es la del Derecho como integridad. Dworkin considera -a diferencia de la posición pragmatista- que es valioso por sí mismo que leyes y decisiones judiciales se muestren como derivadas de un esquema coherente de principios, aun cuando hayan sido sancionadas o dictadas en diferentes tiempos por órganos distintos o con composición diversa. Este valor de la integridad presupone, según este autor, personificar a la comunidad. La comunidad sería un agente moral unitario con derechos y obligaciones y cuya coherencia a través del tiempo importa; así como importa la de un ser humano individual. Esta sería -en opinión de Dworkin- no una tesis metafísica, sino una idea cercana al valor de la fraternidad. Las asociaciones comunitarias, aun no siendo de carácter puramente consensual, si poseen ciertos rasgos (como p.ej. el tratamiento especial de sus miembros que implica el establecimiento de vínculos interpersonales, la preocupación por el bienestar de los demás miembros y fundamentalmente su carácter igualitario), dan lugar a obligaciones recíprocas; en el caso del Estado entre esas obligaciones recíprocas se incluye la obligación política de observar sus leyes.

En opinión de Dworkin, esta concepción del Derecho como integridad parece la más plausible por ser la única que da lugar a este valor que deriva de la mejor concepción de la comunidad, y porque ella está implícita en las actitudes que tenemos cuando participamos de la práctica política; como se muestra por nuestro rechazo a la posibilidad de tener leyes "mosaico" (leyes que son resultado de la transacción entre diversos principios). Esto muestra que asignamos una importancia decisiva a la integridad de principios, aun a costa de consideraciones de justicia, dentro de ciertos límites (hay razones de justicia poderosas que desplazarían al valor de la integridad).

Pero Nino cuestiona que esta concepción resulte exitosa en su intento por hacer compatibles las características de las convenciones de referirse a sí mismas con las exigencias de autonomía y universalidad de la racionalidad práctica:

(1) si miramos las cosas desde el punto de vista de la preservación de la convención, podemos dudar de si ella no resulta minada en la medida en que se admite autonomía para interpretarla y hasta, eventualmente, reformularla sobre la base de principios que no surgen de esa convención; (2) si se pone énfasis en las exigencias de universalidad y autonomía de nuestro discurso justificativo, podemos reivindicar que los errores del pasado no deben arrastrarnos a cometer similares equivocaciones, conduciéndonos a decidir casos no cubiertos por las decisiones pasadas sobre la base de principios erróneos; puesto que sólo principios erróneos pueden justificar decisiones equivocadas⁴⁸. Nino sostiene que el valor de la integridad es un valor instrumental respecto de la exigencia de justicia. La personificación de la sociedad y el Estado (admitida por Dworkin) y que resultaría de la trascendencia que otorga al valor de la integridad -nos dice Nino- no deja de ser inquietante. La personificación sería

⁴⁸ Cfr. *infra* punto 3 de este capítulo dónde presento la reconstrucción que hace Nino del razonamiento jurídico justificativo.

plausible si sirviera sólo de puente entre la integridad y algunos valores superiores, en última instancia, para los individuos; pero no es eso lo que -en opinión de Nino- sucede con el esquema de Dworkin, pues en cuanto éste tiene un contenido relevante parece repetir las referencias al valor de la integridad como valor último. En el modelo de Dworkin podemos ver las implicaciones últimas de admitir las convenciones como razones primarias para actuar: supone partir de una racionalidad holística, que desplaza a la autonomía individual a favor de la colectiva poniendo al sujeto colectivo en el centro de la generación de normas morales e implica que sus "intereses" deben ser el principal objeto de protección por parte de esas normas.

Tampoco resulta plausible el intento por entender las convenciones como la máxima expresión de la democracia y, por lo tanto, como un proceso colectivo sucedáneo del discurso moral que permite llegar a conocer con mayor grado de fiabilidad las normas morales válidas. En efecto, aunque en un principio podrían ser vistas como el resultado de un consenso que suele ser bastante más amplio que la simple mayoría y que, además, se extiende en el tiempo expresando así la voluntad de varias generaciones, resulta, sin embargo, que cuando observamos las convenciones nos damos cuenta -nos dice Nino- de que hay una diferencia fundamental entre el valor de la democracia y el de las convenciones: el proceso colectivo constitutivo de la democracia es un proceso de discusión entre individuos que toman en cuenta sus intereses. Las convenciones no son, sin embargo, un proceso de deliberación o discusión sino que lo que ellas requieren es que lo que se hace regularmente sea tomado dogmáticamente como parte de la razón para actuar, aunque sea posible combinarla con otras razones. Parecería, entonces, -nos dice- que el escepticismo acerca de la relevancia de la

Constitución en el razonamiento práctico arrastraría consigo a todo el aspecto convencional de la praxis humana⁴⁹.

Antes de entrar a dar cuenta del intento de Nino por reconstruir de forma satisfactoria el papel que el Estado, el Derecho y la Constitución cumplirían en el razonamiento práctico, salvándolos de la paradoja de la irrelevancia, paso a exponer la segunda de las paradojas que antes apunté.

2.1.3 La paradoja de la indeterminación radical del Derecho.

La relación del Derecho con la moral en el proceso de interpretación del lenguaje jurídico también cuestiona la relevancia del gobierno y de sus leyes. No entraré a dar cuenta aquí del análisis que hace Nino de las distintas etapas (asignación de sentido general a los materiales relevantes, descubrimiento del sentido de los materiales relevantes, superación de las indeterminaciones semánticas, sintácticas y pragmáticas, la inferencia de consecuencias lógicas de los materiales interpretados y su superación, la subsunción del caso individual en la norma)⁵⁰ del proceso de interpretación de los materiales jurídicos que permite la transformación de tales materiales jurídicos en proposiciones que puedan ser empleadas en el razonamiento práctico. Lo importante es que la conclusión de su análisis es que en el proceso interpretativo también podemos observar la conexión del Derecho con la moral pues el Derecho no puede ser interpretado si no se recurre en momentos cruciales de esa tarea

⁴⁹ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 63.

⁵⁰ Los órganos encargados de resolver conflictos entre particulares tienen que asumir posiciones de índole valorativa cuando deciden que significado debe atribuirse a una norma jurídica positiva, cómo debe circunscribirse ese significado cuando éste es parcialmente indeterminado, qué modalidad de aplicación de las normas ha de seguirse en el caso en cuestión y, por último, si esta norma debe o no aplicarse al caso que tienen entre manos atendiendo a su justicia o injusticia. Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., págs. 88-100.

interpretativa a consideraciones de índole moral⁵¹. Y resulta que, según Nino, si abstraemos los pasos valorativos en el proceso de interpretación aparece que el único "dato duro" que condiciona el proceso de interpretación consiste en textos o conductas -esto es, en gráficos o movimientos corporales-. Vistas así las cosas, el Derecho no se presenta ya sólo como penumbroso como sostuvo Hart sino como opaco, puesto que la misma distinción entre áreas de penumbra y de claridad o núcleo duro de significado presupone una elección entre diversos criterios de interpretación; algo que no puede hacerse sin recurrir a consideraciones extrajurídicas. Parecería, entonces, que los textos son cajas negras de las que el interprete puede sacar casi todo aquello que quiera sacar. Esta es la que Nino denomina paradoja de la indeterminación radical del Derecho: si el significado -fruto del proceso interpretativo- que asignamos a los actos lingüísticos, textos o prácticas depende totalmente de los principios valorativos que adoptemos, entonces, surge la pregunta acerca de la relevancia del Derecho positivo entendido como tales textos etc. Por ejemplo -escribe Nino-, aunque nos encontremos ante una prescripción muy específica de un curso de acción determinado, interpretada de acuerdo al uso común del lenguaje, es posible interpretar que ella prescribe el curso de acción opuesto, sobre la base de que el autor de la prescripción tuvo la intención de prescribir una solución justa y su prescripción más específica estuvo determinada por errores valorativos o fácticos, de modo que él mismo estaría dispuesto a sustituir esa prescripción por la opuesta si advirtiera tales errores. Siendo así, se pregunta Nino, "¿Por qué no acudir directamente a tales principios valorativos para obtener las soluciones deseadas, en lugar de hacerlas aparecer como si surgieran del texto?"⁵².

⁵¹ En este sentido puede verse Nino, *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' del Derecho*, op.cit., y *Fundamentos del Derecho Constitucional*, op.cit.

⁵² Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 134.

En definitiva, la tesis de la conexión justificativa e interpretativa del Derecho con la moral hace correr el riesgo de que el Derecho positivo se vea totalmente absorbido por la moral:

"si estas paradojas fueran genuinas el Derecho positivo sería una gran ficción de nuestra cultura. El Derecho lo único positivo que tendría serían ciertos materiales físicos, pero qué materiales son relevantes y cual su significado sería una cuestión que los jueces y juristas decidirían con entera libertad, atendiendo a los principios morales que ellos consideren válidos. [...] El Derecho sería simplemente una pantalla en la que los jueces y juristas proyectarían sus opiniones morales haciéndolas aparecer como prescritas por una autoridad política legítima"⁵³.

2.2 La solución: la tesis de Nino de la conexión de la moral y del Derecho con la política.

En el presente apartado me propongo dar cuenta de los principales rasgos de la concepción de la moral, del Derecho y de la política de Nino que permiten a nuestro autor arrojar luz sobre la práctica jurídica y sobre la práctica constitucional, haciendo aparecer al Estado, al Derecho y a su punto más visible, la Constitución vigente en un determinado país, como moralmente relevantes en el razonamiento práctico de los sujetos.

Presentar la tesis de la conexión de la moral con la política o, lo que es lo mismo, de un lado, la concepción politizada de la moral y de otro, la comprensión moral de la política -la política democrática como sucedáneo del discurso moral puro- y la tesis de la conexión del Derecho -la Constitución- con la política, esto es, la comprensión del Derecho y de la práctica constitucional como prácticas o empresas colectivas que han de regirse conforme a una

⁵³ Nino, C.S., *Derecho, moral y política*, op.cit., pág. 134.

racionalidad diferente a la que rige las acciones individuales será el paso previo necesario para entender con profundidad la reconstrucción que hace Nino del razonamiento jurídico justificativo y de la que me ocuparé más adelante en este capítulo y la tesis de la unidad del razonamiento práctico que se traduce en la concepción del razonamiento jurídico justificativo como un caso especial del discurso moral. Veamos pues las conexiones entre los distintos fenómenos de la praxis humana.

2.2.1 La tesis de la conexión entre moral y política.

2.2.1.1 La politización de la moral.

La pregunta acerca de la conexión entre moral y política nos envía a la esfera de la filosofía moral. Concretamente, al nivel de discusión y articulación de las teorías metaéticas. Por las características y perspectiva de este trabajo, me limitaré aquí a dar cuenta de las líneas principales de la concepción metaética de Nino frente a otras posiciones metaéticas; traeré aquí sólo lo imprescindible para poder presentar la tesis que, en mi opinión, permite a Nino arrojar luz sobre el papel del Derecho dentro del paradigma de comprensión del razonamiento práctico que proyecta la tesis de la unidad.

Nino desarrolla su concepción metaética, como ya tuve ocasión de apuntar, en varios de sus trabajos; especialmente, en sus diversas versiones de *Ética y derechos humanos*⁵⁴ y en

⁵⁴ Con un cambio importante, por cierto (cfr. Ródenas, A., "Sobre la justificación de la democracia en la obra de Nino, C.S.", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 10, 1991, págs. 279-293), entre una concepción del discurso moral colectivo y de su resultado como constitutivo de los principios morales básicos -lo que denominó constructivismo ontológico-, a una visión del discurso moral colectivo y de su resultado como un procedimiento con valor epistémico. La razón de este cambio fue el fracaso del constructivismo ontológico para dar cuenta de las pretensiones de los participantes en el debate: "Cuando en el contexto de una discusión moral alguien sostiene que su interés X es legítimo, lo que quiere decir -considera Nino- es que X está

El constructivismo ético. En *Derecho, Moral y Política*, nos dejó las líneas principales de su concepción con los matices necesarios para su comprensión frente a otras teorías metaéticas. Será este trabajo el que, principalmente, siga al hacer esta breve exposición.

Conviene hacer unas puntualizaciones previas que operan como punto de partida de la concepción de Nino:

1) Nino parte de lo que autores como Rawls, Warnock o Hart, pese a sus diferencias de énfasis, consideran como -en la terminología de Rawls en *A Theory of Justice*-, 'circunstancias de la justicia'. Estas son las condiciones bajo las cuales la cooperación social es posible y necesaria y son las condiciones que constituyen la situación que el Derecho y la moral tienden a superar. Tanto el Derecho como la moral positiva tienen la función de superar ciertas dificultades básicas de la vida humana; esta función es independiente de las intenciones de los individuos que intervienen en el desarrollo de tales sistemas y del grado de eficacia con que ella es, en cada caso, satisfecha.

amparado por un principio que aceptaría si fuera suficientemente imparcial, racional y sapiente (probablemente estas condiciones aseguran por razones lógicas, la unanimidad, lo que explicaría por qué intentamos satisfacerlas en la discusión real). Pero, si esto fuera así, habría que descartar esta concepción de la ética que ve a los principios morales como el resultado de la discusión real; en todo caso, los principios morales válidos son el resultado de un consenso ideal, al que se alude en esa discusión real", Nino, C.S., *El constructivismo ético*, *op.cit.*, págs. 128-129. Es decir, en esta segunda versión del constructivismo de Nino - el denominado constructivismo epistemológico- el debate real está dirigido a obtener el conocimiento de cuáles sean esos principios morales válidos y, así, el resultado del debate posee un valor epistémico en relación con tales principios. Esto es, nos ofrece las más fiables razones para creer que tales son los principios morales válidos cuando a ellos hemos llegado mediante la discusión colectiva y el acuerdo. La discusión pues -en esta segunda versión del constructivismo- favorece el acceso a la verdad en materia moral. Nótese además que esto implica un cambio acerca de cómo entender la autonomía moral para resolver así la tensión entre conocimiento moral y elección moral (que es como en principio podría entenderse la idea de autonomía). Como explica nuestro autor -dando respuesta a la pregunta formulada entre otros por Sandel acerca de qué espacio queda para la elección libre de principios morales si sostenemos que se llega a ciertos principios morales válidos por vía de métodos epistémicos- lo que sucede es que la autonomía moral "estaría dada, no por la mera elección intuitiva y aislada de un principio moral sino por la decisión de participar en una discusión lo más amplia y reflexiva posible, tendiente a lograr un consenso unánime o su sucedáneo que es el acuerdo mayoritario, sin perjuicio de revisar ese resultado toda vez que se pueda mostrar que él está en discordancia con el consenso ideal. La adhesión irreflexiva y ajena a toda discusión de un principio moral no sería, entonces, el resultado de la autonomía moral, sino del fanatismo y la soberbia. La autonomía moral sería una facultad que se ejerce, en parte conjuntamente con otros. Esto no excluye, sin embargo, que el individuo conserve la capacidad de juzgar por sí mismo en qué grado se satisfacen las condiciones para que la discusión moral sea genuina (en la articulación de Nino esto significa, en qué grado se respetan los derechos básicos)". Nino, C.S., *El constructivismo ético*, *op.cit.*, págs. 110 y 132-133.

2) Así, el discurso moral es una práctica social que constituye una técnica para convergir en ciertas conductas y en determinadas actitudes frente a conductas y ello sobre la base de la coincidencia de creencias en razones morales; es esta convergencia en acciones y actitudes, que se pretende obtener mediante la coincidencia de creencias que la discusión moral tiende a lograr, la que satisface las funciones de reducir los conflictos y facilitar la cooperación⁵⁵.

3) No existe un orden moral independiente de toda práctica social.

Apuntado lo anterior, cuando abordamos la cuestión acerca de la clasificación de las distintas posiciones sobre el análisis de los juicios morales y su forma de fundamentarlos, podemos trazar dos grandes grupos: aquellas teorías que sostienen que los juicios morales son descriptivos de ciertos hechos y que, por lo tanto, pueden ser verdaderos o falsos, y aquellas que niegan esta posibilidad. Las primeras reciben el nombre de teorías descriptivistas o cognoscitivistas y las segundas no descriptivistas o no cognoscitivistas. Las teorías descriptivistas pueden, a su vez, ser clasificadas en empiristas o naturalistas y no empiristas o no naturalistas, según se sostenga, o no, que los hechos descritos por los juicios éticos son observables a través de la experiencia. Además, unas y otras pueden clasificarse en objetivistas y subjetivistas, según se afirme que los hechos -sean o no naturales- a los que los juicios morales hacen referencia son independientes de las actitudes subjetivas de los individuos -ya sea el hablante, algún individuo en especial, o la comunidad en su conjunto- o que se sostenga, por el contrario, que tales hechos son dependientes de la subjetividad de los individuos. Las teorías naturalistas subjetivistas pueden ser individualistas o societaristas, según si las actitudes subjetivas a que hacen referencia son las de un cierto individuo o las de un grupo

⁵⁵ Nino, C.S., *Ética y derechos humanos, op.cit.*, págs. 96-104.

social. Dentro de la otra alternativa de la primera clasificación, las teorías no descriptivistas, encontramos: el emotivismo, y el prescriptivismo.

No interesa, sin embargo, entrar aquí a dar cuenta de los problemas de las diversas posiciones aquí señaladas⁵⁶ sino que lo que aquí nos interesa es explorar algo más el par individualismo/ societarismo⁵⁷. Si tenemos en cuenta esta distinción no sólo en relación con la constitución de la moral o aspecto ontológico de ésta, sino también con su conocimiento, entonces, la distinción entre individualismo y societarismo puede verse no sólo como una división de teorías dentro del campo del subjetivismo, sino como una clasificación que comprendería a todas las teorías metaéticas. Podríamos decir -escribe Nino- que una posición individualista metaética sostiene que la moral "es cosa de cada uno", porque se constituye o se conoce a través de emociones, prescripciones, decisiones o actos de conocimiento o procesos de reflexión de cada individuo considerado aisladamente. En cambio, las posiciones societaristas en metaética, hacen intervenir a un grupo social en la constitución o en el conocimiento de la moral, puesto que sostienen que la moral se constituye o se conoce a través de convenciones, de acciones colectivas o de un proceso de deliberación social. La moral -al menos la moral intersubjetiva- aparece, en este segundo caso, no como cosa de cada uno sino algo en cuya constitución o conocimiento participa todo el grupo social.

Esta distinción -nos dice Nino- abarca tanto posiciones escépticas o relativistas en materia ética como posiciones objetivistas o realistas ya que uno puede ser individualista escéptico en materia metaética -sosteniendo p.ej. que la moral es cuestión de decisiones o emociones de cada uno- como objetivista -afirmando que la moral se conoce por reflexión individual. De la misma forma, tanto se puede ser societarista relativista -asumiendo p.ej. que

⁵⁶ Cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos, op.cit.*, pág. 49-89, *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 61-71.

⁵⁷ Véase Muguerza, J., *La razón sin esperanza*, ed. Taurus, (2ª ed. 1986).

la moral es una cuestión de convenciones colectivas-, como no relativista -sosteniendo, p.ej. que la moral se conoce por un proceso de deliberación colectiva-.

Entonces, podemos decir, atendiendo a lo anterior, que mantener una postura más o menos próxima al individualismo o al societarismo metaético determinará en qué medida se concibe a la moral como una práctica más o menos abierta -o cerrada- a la política.

En *El constructivismo ético* y en *Ética y derechos humanos*, Nino, tras dar cuenta de las diversas deficiencias que presentan las distintas teorías metaéticas y que pueden unificarse en la observación de que ninguna de ellas -aunque por razones diferentes- parece dar cuenta de todos los aspectos importantes de la praxis humana relacionados con la moral, trata de explicar el fenómeno de la moral atendiendo, especialmente, a alguna característica de la práctica social que pudiera servirle de punto arquimedeano donde apoyar la estructura de los sistemas morales sustantivos y que, además, permita a su reconstrucción salvar las dificultades que han de enfrentar otras posturas⁵⁸.

Esta búsqueda del punto arquimedeano en la práctica moral real pudiera verse como una concesión de Nino al relativismo normativo implicado por las denominadas posturas comunitaristas. Esta interpretación sería, sin embargo, errónea; aunque ello se deba, seguramente, a los rasgos formales de la práctica discursiva moral que ha venido desenvolviéndose en nuestras sociedades: nuestra cultura cuenta con una práctica que somete a todas las demás convenciones y tradiciones a la crítica, conforme a principios universales aceptables imparcialmente; de tal forma que los comunitaristas, entonces, incurrirían en algún tipo de contradicción cuando, por un lado, defienden una posición meta-ética relativista y convencionalista y, por otro, critican a la cultura vigente por incorporar como elementos

⁵⁸ Nino, C.S., *Derecho, moral y política*, *op.cit.*, pág. 165. Para un exposición de las dificultades que, en opinión de Nino, han de afrontar otras posturas metaéticas puede verse, Nino, C.S., *El constructivismo ético*, *op.cit.*, págs. 61-71.

esenciales los presupuestos del liberalismo kantiano⁵⁹. De otro lado, cuando los comunitaristas tratan de argumentar en contra de esos presupuestos estarían presuponiendo lo que, al tiempo, tratan de atacar⁶⁰. Sería un tipo de contradicción como a la que se vería abocado, según el proyecto kantiano, el sujeto que tratara de negar la validez de ciertos principios morales, como p.ej. el de autonomía, al tener que utilizar en esa misma negación -inevitablemente por su derivación de condiciones o presupuestos necesarios del razonamiento práctico- los presupuestos de los cuales se derivan los mencionados principios morales; los argumentos de los comunitaristas parecen chocar contra presupuestos que ellos mismos asumen.

Por otra parte, la construcción metaética de Nino presenta a la moral -al discurso o a la reflexión moral- de forma coherente con el proyecto kantiano, como algo intrínsecamente unido al rasgo de la racionalidad humana; aunque, a diferencia de Kant, la satisfacción de las condiciones de autonomía, imparcialidad y universalidad sólo puedan ser logradas, o más exactamente, serán logradas con mayor probabilidad a partir del debate o discusión públicas. Es decir, en la dicotomía entre individualismo o societarismo metaético, Nino defiende la mayor plausibilidad de esta segunda forma de comprensión del fenómeno moral; aunque con las particularidades que, a continuación, veremos.

La cuestión importante a establecer es -como escribe el propio Nino- si ese punto arquimedeano que hemos de buscar en la práctica moral real ha de establecerse en el plano

⁵⁹ En *Is patriotism a virtue?* de MacIntyre, podemos ver una caracterización en cinco rasgos del liberalismo kantiano. Tales serían: a) la idea de que la moral está compuesta fundamentalmente por reglas que serían aceptadas por cualquier individuo racional en circunstancias ideales; b) el requisito de que esas reglas sean neutrales respecto de los intereses de los individuos; c) la exigencia de que las pautas morales sea también neutrales en relación a las concepciones de lo bueno que los individuos pueden sustentar; d) la idea de que los agentes morales destinatarios de tales reglas son los individuos humanos y no los entes colectivos; e) y, finalmente, la exigencia de que las reglas morales sean aplicadas del mismo modo a todos los individuos humanos, cualesquiera sea su contexto social. MacIntyre, A., *Is patriotism a virtue?*, Kansas, (1984). Tomo la cita de Nino, C.S., *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 138.

⁶⁰ Nino, C.S., *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 146.

ontológico de la constitución de principios o hechos morales⁶¹, o en el plano epistemológico del conocimiento de tales hechos o principios.

a) El proyecto kantiano, el de J.Habermas y el de B.Ackerman⁶² se desarrollan principalmente en un plano ontológico.

El tradicional proyecto kantiano⁶³ intentaba mostrar que la capacidad individual del razonamiento práctico tiene ciertos presupuestos y condiciones -como los que están implícitos en las tres formulaciones del imperativo categórico- que determinan la validez de ciertos principios sustantivos de justicia y moralidad social. Según nuestro autor, si la tentativa kantiana de derivar principios sustantivos de condiciones necesarias para el razonamiento práctico fuera plausible tendría la ventaja de su absoluta universalidad puesto que comprometería a todos los seres racionales con principios y juicios valorativos que no se podrían negar sin rechazar presupuestos implícitos en esa misma negación. Kant -escribe nuestro autor- formuló de modo magistral tales presupuestos del razonamiento práctico en las distintas formulaciones del imperativo categórico que aluden a la universalidad, a la imparcialidad (es decir, su no condicionamiento a deseos o intereses contingentes) y a la autonomía moral.

El proyecto de Rawls vendría a sostener una tesis *à la Kant* acerca de la constitución de la verdad moral; ésta se constituiría -en la lectura que hace Nino de Rawls- por la

⁶¹ El hecho moral en la metaética constructivista consiste en una circunstancia contrafáctica acerca de la aceptación de principios morales en unas condiciones ideales de imparcialidad y racionalidad. Puede verse, Nino, C.S. *El constructivismo ético*, *op.cit.*, págs. 61-71. Nuestra práctica discursiva ha incorporado así un criterio de validez moral que no remite a la aceptación efectiva de los principios en cuestión, sino que remite a su aceptabilidad contrafáctica en condiciones ideales de racionalidad e imparcialidad, y exigiendo que los principios aceptables sean generales (es decir, que no usen nombres propios o descripciones definidas) y universales (que se apliquen a todas las situaciones que no difieran en propiedades que los principios toman como relevantes). Nino, C.S. *op.cit.*, pág. 146.

⁶² Ackerman, B., *Social Justice in the Liberal State*, Yale University Press, 1980

⁶³ Kant, E., *Crítica de la razón práctica* [Trad. al castellano E.Miñana y Villagrasa y M. García Morente], ed. Espasa-Calpe, (1975), *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, [Trad. al castellano M. García Morente], ed. Espasa-Calpe, (1973).

satisfacción de presupuestos formales inherentes al razonamiento práctico de todo individuo, en especial el de que un principio moral es válido si es aceptable o no rechazable por todos en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes. Aunque en opinión de Nino el desarrollo de Rawls no es claro, éste parece suponer que "la forma de la teoría moral es algo que cada uno tiene en sí mismo" y que no parece relevante para constituir la verdad moral las reglas del discurso monológico sino de algo más abstracto e inmaterial que él llama "razonamiento práctico". Rawls, en trabajos posteriores, da relevancia a la práctica del discurso moral haciendo referencia -en opinión de Nino, 'de forma sintética y enigmática'- a la "razón pública libre"⁶⁴.

El intento kantiano de fundamentación de la moral fue criticado por Hegel quien señaló que la base constituida por los presupuestos de nuestro razonamiento práctico es demasiado débil para derivar principios morales definidos, ya que en muchos casos tanto un principio como su opuesto parecen compatibles con tales presupuestos. Esta crítica llevó a Hegel a proponer como básicas para la constitución de principios morales sustantivos las *Sittenlichkeiten*, esto es, las costumbres de una sociedad. Pero son varios los problemas que, según escribe Nino, ha de afrontar esta construcción: 1) Implica un conservadurismo moral puesto que hace ininteligible la posición de una minoría disidente ya que ésta al mismo tiempo que reconoce que la posición opuesta es mayoritaria, la juzga incorrecta. No permite pues explicar el progreso moral. 2) No permite explicar las discusiones morales transculturales, ya que quienes formularan juicios morales tomando en cuenta las costumbres diversas de sus respectivas sociedades no estarían en realidad discrepando⁶⁵. Este convencionalismo -nos dice

⁶⁴ Rawls, J., *Free Public Reason*; tomo la referencia de Nino, C.S., *El constructivismo ético, op.cit.*, pág.106.

⁶⁵ Cfr. en este sentido, la crítica que hace Nino al convencionalismo moral en su trabajo *Ética y derechos*

Nino- ignora uno de los presupuestos básicos del discurso moral de la modernidad que es que toda práctica o institución social puede someterse a crítica y debe justificarse.

Nino explora las posiciones de Apel y Habermas trazadas en un intento por superar la crítica hegeliana a Kant. Para ello estos autores no se apoyan en posiciones morales sustantivas sino en la práctica de la deliberación colectiva en materia práctica. Las propuestas de estos autores agregan a las condiciones de la capacidad individual y universal del razonamiento práctico en los términos de Kant recogidos por Rawls, nuevas condiciones que surgen de la práctica social de la discusión moral constituyendo -en opinión de Nino- una plataforma lo suficientemente sólida como para permitir la derivación de principios definidos sustantivos⁶⁶. La práctica social de la discusión moral así reconstruida se caracteriza porque la discusión pública no es una interacción en la que se trata de negociar entre quienes tienen intereses contrarios, sino un intento por determinar cuáles de los intereses en conflicto son válidos.

A diferencia de una postura convencionalista como la de Hegel, el intento de Apel y Habermas no está sujeto a la variabilidad de las costumbres morales sustantivas y es mucho más general que ellas permitiendo así criticar las costumbres de una determinada sociedad. Además, los presupuestos de nuestra práctica discursiva nos llevan a aplicar los principios que derivan de ellos aun a aquellos que no los pueden reconocer por partir de presupuestos discursivos diferentes (podremos excusarles de las consecuencias de no reconocer tales principios precisamente por no poder reconocerlos)⁶⁷.

Dentro de esta concepción se presentan a su vez dos posibles alternativas: a) la que sostiene que la validez de los principios morales intersubjetivos está dada por el consenso

humanos, op.cit., pág. 57-63.

⁶⁶ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política, op.cit.*, pág.168.

⁶⁷ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política, op.cit.*, pág.169.

efectivo que se logre en una discusión real que satisfaga ciertos presupuestos -estos presupuestos son los que conformarían lo que Habermas denomina situación ideal de habla⁶⁸-; y b) la que sostiene que la validez de los principios morales sustantivos está dada por la satisfacción de los presupuestos cualquiera que sea el consenso efectivo que se conforme en una discusión real. La posición sostenida por Nino -a diferencia de Habermas- es esta segunda que consiste en entender que los principios morales se constituyen a partir de los presupuestos de la práctica deliberativa de justificar acciones y decisiones. Tales presupuestos que todo principio debe satisfacer son: las condiciones formales de generalidad, universalidad, superveniencia, publicidad y los valores de autonomía en la adopción de los principios y el de imparcialidad que define la validez de estos. De estos presupuestos se derivan una serie de principios (el de autonomía, el de inviolabilidad de la persona y el de dignidad). Y de estos principios podemos derivar los derechos humanos básicos.⁶⁹ Por lo demás, y sin entrar a considerar esta cuestión, podemos decir con Nino, que, siendo así las cosas, parece que, por lo que se refiere a la constitución de los principios morales, si la teoría de los presupuesto del discurso moral fuera correcta, entonces no parecería diferir por sí sola del individualismo

⁶⁸ Escribe Nino, que en el caso de Habermas su posición en cuanto a la constitución de la verdad moral parece ser la de que esta se constituye por el consenso que resulta efectivamente de la práctica real de la discusión moral cuando ella es llevada a cabo siguiendo restricciones procedimentales de los argumentos como el de que un principio propuesto debe ser aceptable o no rechazable por todos bajo condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento. Nino señala que Habermas en diversos párrafos de su trabajo *Conciencia moral y acción comunicativa* sostiene que no hay principios morales válidos sino como resultado de una discusión moral real llevada a cabo respetando la exigencia de imparcialidad, que sí puede determinarse *a priori* de esa discusión si bien en otros párrafos y sobre todo en la discusión con Tugendhat donde Habermas parece más bien sostener que la validez de los principios de justicia está dada por los presupuestos y no por los resultados de la práctica de la discusión moral. Nino, C.S., *El constructivismo ético*, *op.cit.*, pág. 106. Habermas, J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, [Trad. al castellano, Ramón García Cotarelo], Península, Barcelona, (1985).

⁶⁹ Cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, *op.cit.*, y "La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos", *Doctrina Penal*, año 12, n° 45, BsAs, 1989.

metaético del proyecto kantiano como teoría de los presupuestos de la capacidad individual de razonar prácticamente⁷⁰.

Veamos qué sucede en el plano epistémico. Aquí, como apunté siguiendo a Nino, también podemos trazar dos grandes grupos de posiciones: individualismo y societarismo metaético. Según escribe nuestro autor, hay una posición individualista extrema que sostiene que los principios morales intersubjetivos, cualquiera sea la forma en que se constituyen, se conocen por la reflexión o intelección aislada de un individuo, esto es, sin que sea preciso la discusión con otros individuos. En su trabajo *El constructivismo ético*, donde analiza -como antes indiqué- la obra de Rawls en este sentido, Nino considera que Rawls sostiene la siguiente tesis epistemológica: el acceso al conocimiento de la verdad moral se produce mediante la reflexión individual que, empleando un método de equilibrio reflexivo u otra alternativa, determine si se da la relación apropiada entre presupuestos formales y principios sustantivos. La discusión con otros es en la reconstrucción de Rawls un auxiliar útil de la reflexión individual, pero, en última instancia, es inevitable que actuemos de acuerdo a los dictámenes finales de esta última. Por lo tanto, el método de Rawls de equilibrio reflexivo está pensado para ser usado por cada individuo por separado, para determinar si las condiciones de la posición originaria (que, en opinión de Nino, son las condiciones de la capacidad individual de razonamiento práctico) se ven o no satisfechas⁷¹.

⁷⁰ Cfr. Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, *op.cit.*, págs. 172-173. Salvo, creo yo, que tales presupuestos vinieran caracterizados en términos dialógicos en cuyo caso, la diferencia relevante no sería tanto que el sujeto individual fuera más o menos capaz de satisfacer los requisitos de universalidad, generalidad e imparcial, sino que tales sólo se satisfacen a partir de las reglas del discurso dialógico y no del monólogo.

⁷¹ Escribe Nino que muchos juristas rawlsianos favorecen un amplio poder de los jueces para descalificar las leyes dictas democráticamente convirtiéndose así los jueces en esta concepción según escribe Walzer en *Spheres of Justice*, en los nuevos reyes filósofos. Tomo la cita de Nino, C.S., *El constructivismo ético*, *op.cit.*, pág. 108.

En el mencionado trabajo⁷² se ocupa también Nino de analizar la postura de Habermas en *Conciencia moral y acción comunicativa*⁷³. Para Habermas -nos dice Nino- es el consenso efectivo, obtenido en una discusión real sometida a ciertas condiciones ideales, el que tiene un valor epistémico para determinar qué principios sustantivos satisfacen tales presupuestos. Según escribe Nino, esta posición se apoya en la idea de que un consenso unánime que se logra después de un proceso en el que todos los interesados pueden hacer oír sus intereses y participar libremente en la decisión colectiva, es, prácticamente, el equivalente funcional de la imparcialidad, bajo el presupuesto empírico de que cada uno es el mejor juez de sus propios intereses. Según Habermas, en ningún caso es posible alcanzar la verdad moral por vía de la reflexión individual, sino a lo sumo, hacer un aporte a la discusión colectiva. La idea sería la siguiente: la reflexión monológica se halla siempre distorsionada por prejuicios del individuo a favor de sí mismo, por su condicionamiento contextual y por la dificultad insalvable de ponerse exactamente en el lugar de otro. Por esto, el método de discusión y decisión colectiva es la única vía posible de acceso a la verdad moral en el área de la justicia y sólo el consenso efectivo obtenido luego de un amplio debate con las menores exclusiones, manipulaciones y desigualdades posibles es una guía confiable para satisfacer las exigencias de la moral.

Sin embargo, en opinión de Nino, tanto la posición del individualismo epistémico como la del societarismo epistémico, tal y como son ejemplificados por Rawls y Habermas, respectivamente, presentan deficiencias⁷⁴.

a) En contra del individualismo epistémico, Nino señala que, por más sabia que pueda ser una persona, es muy difícil que, por su propia reflexión y sin discusión y decisión

⁷² Nino, C.S., *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 105.

⁷³ Habermas, J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, [Trad. al castellano, Ramón García Cotarelo], Península, Barcelona, (1985).

⁷⁴ Nino, C.S., *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 106-110.

compartidas con los otros interesados, llegue a una posición de imparcialidad. Esto es así, apunta Nino, por la dificultad de representarse con la suficiente vivacidad y de calibrar en su justo peso los intereses de todas las demás personas involucradas en un conflicto, sobre todo cuando éstas ocupan posiciones sociales lejanas a las de la persona en cuestión. Además, en opinión de nuestro autor, tales barreras no son sólo sociológicas y psicológicas sino también lógicas, puesto que los intereses de los individuos, a diferencia de sus meros deseos, implican decisiones sobre cómo jerarquizar tales deseos, y éstas son decisiones que sólo pueden tomar los individuos involucrados cuando se ven llamados a orientar sus acciones. Sostener este individualismo epistémico conduce, por lo demás, a una suerte de elitismo que está detrás de muchos autoritarismos, terrorismos etc y, en el campo del Derecho, pone de manifiesto que el reconocimiento de la conexión entre Derecho y moral no siempre conduce a una conexión del Derecho con la política. En efecto, según esta concepción -escribe Nino-, la moral se manifiesta de forma absolutamente individual, y se distingue de la política, que es una actividad esencialmente colectiva.

b) Por su parte, el tipo de colectivismo defendido por Habermas que apoya el conocimiento de la verdad moral en el consenso efectivo, resulta -en opinión de Nino- implausible -al igual que la posición que Habermas también parece sostener acerca de la constitución de los principios morales (estos serían fruto del consenso efectivo) : si esta teoría epistémica fuera válida -escribe nuestro autor- quiénes participarían en la discusión moral, salvo que incurrieran en un error sobre la validez de esta teoría misma, no tendrían ningún motivo para alegar conocimiento de principios morales, y para formular propuestas con pretensión de validez moral antes de que se constituyera el consenso efectivo que sería el que daría títulos exclusivos a tal conocimiento.

Las anteriores observaciones llevan a Nino a sostener una posición intermedia que consiste en considerar que el consenso efectivo es una forma privilegiada de conocimiento moral, ya que cuando hay consenso unánime sobre cierta solución moral, después de un proceso de discusión, hay una altísima probabilidad de que la solución sea efectivamente correcta, o sea, imparcial; si cada uno es el mejor juez de sus propios intereses, el consenso de todos es un indicio sumamente fiable sobre cuál sea la solución que satisfaga imparcialmente los intereses de todos. Pero esto no implica que sea imposible que, por reflexión individual, podamos conocer soluciones moralmente correctas, si llegamos a ellas después del esfuerzo de imaginar cuáles son los intereses de todos los involucrados en un conflicto y de llegar a un equilibrio adecuado entre tales intereses. Así, la postura defendida por Nino en el nivel metaético admite como métodos de conocimiento moral tanto el consenso colectivo como la reflexión individual, si bien da una clara prioridad al primero sobre el segundo⁷⁵. En cuanto a la constitución de tales principios, como ya apunté, estaría dada -en opinión de Nino- por los presupuestos del discurso moral; sin diferir demasiado, seguramente, del proyecto kantiano de unir la constitución de los principios morales a los presupuestos de la capacidad individual de razonar en materia práctica.

2.2.1.2 La moralización de la política democrática⁷⁶.

Otra de las piezas clave para la comprensión del mapa que Nino traza del universo práctico es su tesis acerca de la concepción de la democracia como un sucedáneo del discurso

⁷⁵ Un reflejo de esto en su visión del control judicial de las leyes puede verse en el penúltimo punto del Capítulo IV de este trabajo.

⁷⁶ E. Díaz, si bien desde un marco teórico-conceptual diferente al de Nino, sostiene una concepción esencialmente similar de la democracia a la defendida por este último. Puede verse Díaz, E., *Ética contra política*, Fontamara, México, (1993).

moral. En opinión de Nino, de las posibles justificaciones que se han propuesto del sistema democrático es la concepción que sostiene que el sistema democrático es un sistema que permite -aunque de forma imperfecta- acceder al conocimiento de lo moralmente correcto la que lo legitima moralmente frente a otros sistemas de gobierno y la que lo constituye, además, en moralmente relevante en el esquema del razonamiento práctico.

Esta comprensión de la democracia defendida por Nino, tiene, como he tenido ocasión de apuntar a lo largo de estas páginas, importantes consecuencias prácticas puesto que va a suponer un particular compromiso en cuanto al sistema de distribución de poderes, a la creación e implementación de determinadas instituciones y a la interpretación de las Constituciones vigentes para que nuestros Estados y sistemas jurídicos sean moralmente legítimos y para conseguir satisfacer en el caso de este último la pretensión de corrección que caracteriza a los ordenamientos jurídicos como tales y los distingue de formas no legítimas de ejercicio del monopolio de la fuerza y ordenación de la sociedad⁷⁷.

Nuestro autor lleva a cabo un detallado análisis de la democracia en su trabajo *The Constitution of Deliberative Democracy*, profundizando en la concepción de la democracia que ya había trazado, especialmente, en su trabajo *Ética y derechos humanos*. Ya tuve ocasión de apuntar cuál es la concepción que, según Nino, legitimaría a la política: ésta debería ser política democrática que tratara de acercarse lo más posible a las exigencias de imparcialidad del discurso moral. A continuación, voy a presentar algunos aspectos más del análisis de Nino en la medida en que sea necesario para presentar la concepción de la política que según nuestro autor permite reconstruir de forma satisfactoria el razonamiento práctico en el que se articula, también, el Derecho.

⁷⁷ R.Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, ed. Gedisa, (1997), págs. 37-40 y 81-85.

Veamos pues los dos grandes grupos de concepciones acerca de la democracia que -en opinión de Nino- pueden trazarse: 1) aquellas que presuponen su capacidad para moralizar los intereses y preferencias de los individuos y 2) aquellas que consideran a la democracia simplemente como un marco de discusión donde llegar a acuerdos y equilibrios entre los diversos intereses en pugna. Las primeras concepciones serían más optimistas acerca del papel de la discusión democrática. Según éstas, el debate democrático ampliaría nuestras perspectivas y nuestros conocimientos ayudándonos a detectar y corregir errores de razonamiento y ayudándonos así a limitar nuestra parcialidad. Las segundas toman las preferencias de los individuos como dadas y no pretenden que el valor de la democracia aumenta por el cambio que produciría en dichas preferencias, enfocadas a una mayor imparcialidad. De hecho, -nos dice Nino- tales concepciones suelen asumir un cierto pesimismo acerca de la posibilidad de superar la tendencia al autointerés por parte de los individuos, y acerca de la posibilidad de evitar que éstos se agrupen para la acción política sobre la base del autointerés. Estas concepciones de la democracia legitiman la representación de los intereses simples, sobre todo a través de la modalidad de partidos políticos especialmente identificados con grupos económicos y sociales. Incluso -añade Nino- según ellas no hay una diferencia relevante entre los intereses ideológicos y políticos, por un lado, y los económicos y sociales, por otro. Para estas concepciones la virtud de la democracia consiste en permitir la canalización de todos estos intereses y su adecuada estructura⁷⁸. Lo que la democracia requiere es que los distintos grupos de interés económico o social se equilibren mutuamente y que ninguno de ellos monopolice totalmente ese poder, sino que lo comparta tanto a través del tiempo como, en un momento dado, con la distribución de diversos centros

⁷⁸ Una fundamentación de este tipo puede verse en, Dahl, R., *Preface to Democratic Theory*, Chicago U.P., (1956), y como tesis descriptiva, Dahl, R., *Democracy and its critics*, New Haven, Yale University Press, (1989), Schmill O., U. "Una fundamentación de la democracia", *Doxa*, n° 23, (2000), pág. 393-425.

de decisión. Ciertas instituciones como la representación, la división de poderes, la descentralización territorial y el consentimiento periódico del electorado políticamente activo son mecanismos que impedirían la monopolización del poder por parte de algún grupo de interés, al mismo tiempo que garantizarían que éstos tuvieran adecuada expresión en proporción a la fuerza y a la intensidad de sus intereses. Entre este tipo de concepciones Nino cita: la concepción basada en el consentimiento de las normas jurídicas, la utilitarista, la economicista y la pluralista⁷⁹.

Nuestro autor se ocupa de las críticas que podemos dirigirles a estos intentos de fundamentación de la democracia en varios de sus trabajos⁸⁰ y recoge una crítica general a ellas en *Derecho, Moral y política*. Según Nino, la objeción que se puede dirigir a todas ellas es que no distinguen entre preferencias personales y preferencias impersonales y que, debido a esto, no es posible para ellas dar cuenta no sólo de dónde radica la legitimidad de la democracia sino de su eficacia como sistema de composición de intereses.

El argumento de Nino es el siguiente: los intereses personales son preferencias acerca de estados de cosas que el individuo supone que benefician su propia vida o la de sus allegados. Estas preferencias incluyen la pretensión de que sean satisfechas sin que otros entren a juzgar si son o no validas, y, además, si fuera preciso para satisfacer las preferencias parciales de otros individuos, es lógicamente posible satisfacerlas de modo parcial. Los

⁷⁹ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política, op.cit.*, pág. 178-179. La contribución específica del pluralismo consiste en introducir facciones o corporaciones como principales actores de los grupos políticos competitivos, en lugar de las personas individuales que conjuntamente constituyen las élites. La concepción pluralista sostiene que el sistema democrático impide que ningún grupo o facción monopolice el poder, ya que tales grupos pueden ser separados del poder por la decisión periódica del electorado. Pero, como nos recuerda Nino, el problema de este tipo de justificación es que debe limitarse a la idea de neutralización, diversificación y equilibrio entre diferentes grupos de poder. Por lo tanto, el único mérito que puede atribuir a la democracia es el negativo de impedir la monopolización del poder político por alguno de tales grupos. Nino, C.S., *The Constitution of Deliberative Democracy, op.cit.*, 82-86.

⁸⁰ Nino, C.S., *Ética y derechos humanos, op.cit.*, pág. 371-387, *Fundamentos de Derecho Constitucional, op.cit.*, y *The Constitution of Deliberative Democracy, op.cit.*, pág. 70-93.

intereses impersonales, sin embargo, son preferencias acerca de estados de cosas que son considerados buenos o justos para el conjunto de la sociedad, independientemente de las perspectivas de cada individuo. El interés impersonal se centra en cuál es la organización política más apta y cuáles son los mecanismos específicos que compatibilizan la satisfacción de los diversos intereses personales. Los intereses impersonales no se concilian combinándolos, sino que es preciso un sistema que permita determinar la validez de las preferencias impersonales respecto de mecanismos para esa satisfacción de intereses personales. Y de ahí que, según las consideraciones sostenidas por Nino, una comprensión de la democracia como procedimiento eficaz de composición de intereses resulte, en última instancia, ser parasitaria de una comprensión de ésta a la luz de una teoría que la justifique sobre la base de la transformación de los intereses impersonales. Aunque no puedo entrar aquí en esta cuestión que supondría desviarme en exceso del argumento central de mi exposición, señalaré que, según Nino, el problema de los distintos intentos por justificar la democracia (teoría del consentimiento, teoría utilitarista, teoría economicista y teoría pluralista) es que no dan cuenta de -no permiten explicar- cuál es el valor que tiene la satisfacción de preferencias impersonales y cómo la validez de tales preferencias es determinada a través del sistema democrático⁸¹.

Además, esta conclusión a la que Nino llega al analizar la lógica de las preferencias - como el propio autor señala- está respaldada también por un análisis desde el punto de vista externo de la política democrática como práctica colectiva que influye sobre la dinámica de interacción; esto es, para la coordinación de la actividad humana a modo de solucionar conflictos y lograr la convivencia pacífica.

⁸¹ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 180-181, *The Constitution of a Deliberative Democracy*, op.cit., pág. 92.

La teoría de los juegos y su derivada -la teoría de la acción colectiva- han mostrado estructuras formales de interacción que conducen a la frustración de los intereses de los individuos⁸². Cuando se dan esas estructuras, salvo en condiciones muy excepcionales, es imposible la cooperación entre los individuos o grupos. La única manera de salir de esa trampa de interacción autofrustrante -apunta nuestro autor- es modificando los intereses o preferencias de los individuos o grupos. Pero nos dice Nino que no hay posibilidad de que cambien los intereses personales de los individuos, si no cambian antes las preferencias impersonales, que justifican tales intereses. Cuando la democracia se concibe como un mecanismo que permite un cambio de las preferencias impersonales contribuye a la posibilidad de satisfacción de expectativas en relación con intereses personales.

2) Hay otras teorías que sí conciben a la democracia como un procedimiento de transformación de los intereses impersonales de los individuos. Estas teorías (como la de la soberanía popular⁸³, la perfeccionista⁸⁴ -apoyada en desarrollo de virtudes cívicas⁸⁵-, y las diferentes concepciones deliberativas de la democracia) son más optimistas acerca de la posibilidad de atenuar la tendencia de los individuos a agruparse para la defensa de sus intereses primarios y de transformar moralmente los intereses o preferencias de los individuos, por lo menos, matiza Nino, de los impersonales. Nino descarta las dos primeras concepciones: una porque nos lleva a tener que hablar de entes colectivos cuya realidad ontológica y moral -señala- despierta dudas y la otra porque también suscita dudas la legitimidad del perfeccionismo a que conduciría una política destinada a educar a los ciudadanos en un

⁸² Nino, C.S., *Un país al margen de la ley*, *op.cit.*, pág. 137-173.

⁸³ Acerca de esta concepción, cfr. Nino, C.S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, *op.cit.*, pág. 93-97.

⁸⁴ Cfr. Nino, C.S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, *op.cit.*, pág. 97-101.

⁸⁵ Stuart Mill, J., "Considerations on Representative Government", en *Three Essays: On Liberty; Representative Government; The Subjection of Women* (Oxford University Press, 1975) y Sunstein, C., "Beyond the Republican Revival", *Yale Law Journal*, n° 97, (1988).

sentido moral aunque ello sea en el sentido de aumentar la fraternidad, sentimientos de solidaridad social, participación en la vida pública, etc.

De entre las concepciones deliberativas, nuestro autor se aparta también de concepciones como la de Rawls⁸⁶ o Ackerman⁸⁷ que niegan que la deliberación democrática cumpla un papel de aproximación a la verdad moral y consideran que lo que le daría valor sería el permitir alcanzar soluciones plausibles bajo ciertos límites que vendrían dados en términos de neutralidad acerca de las distintas concepciones de lo bueno. De esta forma, p.ej. según Rawls el papel de la filosofía política y de la política práctica sería conseguir lo que se denomina "consenso superpuesto", siendo este neutral en relación con distintas concepciones morales, incluyendo la del liberalismo.

Ya hemos visto que Nino sostiene una 'concepción dialógica y epistémica de la democracia' -derivada, como he apuntado, de su concepción, también dialógica, de la moral. La legitimidad de la democracia vendría dada por el valor epistémico que tendría el procedimiento de discusión entre todos los interesados en una solución, la justificación recíproca de sus posiciones y la decisión mayoritaria para la determinación de soluciones en materia de preferencias impersonales. Frente a posturas como la de Rawls o Ackerman, Nino, entonces, enfatiza la idea de la discusión en el seno del debate democrático acerca de la corrección moral de las posturas que los interesados esgrimen en relación con la esfera intersubjetiva de la moral.

En opinión de nuestro autor, un procedimiento democrático así concebido genera una dinámica de interacción con más tendencia hacia un consenso imparcial que cualquier otro

⁸⁶ Rawls, *A Theory of Justice*, (1971), Harvard University Press, (1999).

⁸⁷ Ackerman, B., "Why dialogue?", *Journal of Philosophy*, nº 86, (1989), Ackerman, B. y Rosenkrantz, "Tres concepciones de la democracia constitucional", 29, *Cuadernos y debates*, 13 (1991) [Tomo la referencia de Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, *op.cit.*, pág. 237.

procedimiento de decisión. El procedimiento democrático de discusión y decisión puede verse así como un sustituto imperfecto e institucionalizado del discurso moral informal que termina en un consenso unánime. El carácter institucionalizado de este tipo de debate viene dado entre otras muchas razones por la necesidad de fijar un tiempo para tomar una decisión y el consenso de la mayoría -en vez de la unanimidad- si se quiere evitar que una minoría a favor del *statu quo* termine imponiéndose por la pérdida de la ocasión para decidir. En este caso la propuesta que suele hacerse es que se ponga punto final a la discusión y que se vote, decidiéndose por mayoría.

Aunque la regla de la mayoría impuesta por exigencias prácticas de la democracia no equivale a la imparcialidad, esto -sostiene Nino- no impide defender que el valor epistémico del discurso moral informal se preserva en las democracias institucionalizadas, aun en las muy imperfectas "democracias reales", por esta serie de razones⁸⁸:

a) la participación de todos los interesados en el procedimiento democrático de discusión permite a todos los demás conocer los intereses de cada uno;

b) el debate democrático implica no sólo hacer conocer a los demás los intereses de cada uno, sino también intentar justificar esos intereses frente a los demás, y esto impone un límite a la parcialidad de las posiciones que se pueden desarrollar, ya que, si bien no puede exigirse que todos den justificaciones válidas, es importante observar que no se admite como justificación cualquier cosa que se haga o diga en el contexto de la discusión;

c) el debate democrático suele ir acompañado de actitudes emotivas que, aunque bajo ciertas condiciones pueden conducir a movimientos irracionales, bajo otras condiciones que

⁸⁸ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, *op.cit.*, págs. 184-185, *The Constitution of a Deliberative Democracy*, *op.cit.*, págs. 117-128. Para un análisis crítico de la concepción de Nino en este punto y por lo que se refiere a que la posibilidad de que tales requisitos se cumplan en las democracias reales, cfr. Garzón Valdés, E., "El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías", *Isonomía*, nº12, Abril, (2000), pág. 7-34.

deben ser promovidas incentivan la búsqueda de la imparcialidad; sería el caso de sentimientos tales como la simpatía hacia la situación de otros, la vergüenza cuando se descubre en el debate un autointerés, etc.

d) el debate democrático, como toda discusión, ayuda a corregir errores lógicos o fácticos que puedan haber llevado a la propuesta de una cierta solución;

e) el procedimiento de decisión mayoritaria promueve un comportamiento estratégico -que no queda excluido por el hecho de estar enmarcado por la necesidad de justificación- que lleva, entre otras cosas, a intentar lograr el apoyo de la postura defendida por mayor número de partícipes, por miedo a que se rompa la coalición mayoritaria debido a la seducción que puedan ejercer minorías marginadas sobre partes de dicha coalición;

f) si los factores anteriores determinan una mayor tendencia individual hacia la imparcialidad, son aplicables teoremas como los de Concordet, que proyectan esa tendencia al plano colectivo, ya que predicen la mayor probabilidad de que la decisión colectiva sea imparcial cuanto mayor apoyo tenga.

La concepción que Nino defiende de la democracia no le lleva a sostener que lo que la mayoría decide es siempre correcto pero sí considera que, debido a su mayor fiabilidad epistémica en relación con cualquier otro sistema de gobierno y en relación con la práctica discursiva monológica, el resultado obtenido tras el discurso regimentado de la democracia podemos predicar del resultado de un debate democrático (p.ej una ley aprobada en el parlamento) que en determinadas condiciones y de forma limitada tiene un valor excluyente. Esto es -escribe nuestro autor-, si bien el valor epistémico que se da al resultado del proceso de deliberación democrática es compatible con la percepción de que, en ocasiones particulares, la decisión democrática es moralmente errónea, tal valor epistémico que consideramos que la democracia tiene ofrece una razón para obedecer la decisión aun en esos casos. El fundamento

último de este valor excluyente aun en tales casos vendría dado, en su opinión, del hecho de que -como ya tuve ocasión de apuntar- todo sistema moral debe incluir el principio que establece que se deben maximizar las posibilidades de obrar en forma moralmente correcta empleando los procedimientos epistémicos más adecuados para ello. Entonces, si llegamos a la conclusión de que, en términos generales, y, siempre que se cumplan los prerequisites que otorgan calidad epistémica al debate, la discusión colectiva y la decisión mayoritaria son métodos más fiables de acceder a soluciones moralmente más correctas que la reflexión individual aislada, esto nos dará una razón para otorgar un valor a la decisión colectiva, aun cuando nuestra reflexión individual nos asegure, tal vez acertadamente, en algún caso, que la decisión colectiva es errónea; de lo contrario, el último juez de nuestra decisión sería siempre nuestra reflexión individual -socavando el proceso colectivo y contradiciendo el presupuesto de que éste es, en general, más fiable. Algo que terminaría violando -apunta Nino- el principio de maximización de la actuación moralmente correcta.

2.2.2 La tesis de la conexión del Derecho y la política: el Derecho como práctica colectiva institucional.

Es este un punto muy relevante del análisis de Nino por cuanto que nos va a permitir ver su comprensión del aspecto o dimensión institucional del Derecho y apreciar, así, la especificidad del discurso jurídico justificativo en relación con el razonamiento moral ordinario. Como veremos, el Derecho, concebido como práctica colectiva institucional permitirá, manteniendo la tesis de la conexión justificativa entre Derecho y moral, resolver lo que se presentarán, finalmente, sólo como aparentes paradojas: la de la irrelevancia práctica

del Derecho y la de su indeterminación radical a las que me referí en páginas precedentes de este capítulo.

2.2.2.1 Precisiones conceptuales.

Comenzaré con algunas precisiones conceptuales que considero que pueden ayudar a entender la contribución de Nino en relación con la dimensión del Derecho de la que en este punto voy a ocuparme:

a) En el análisis de Nino, decir que el Derecho, el fenómeno jurídico, es una práctica colectiva implica dar cuenta del hecho de que una pluralidad -enorme pluralidad- de sujetos contribuye mediante acciones y decisiones a esa práctica y de que, derivado de lo anterior, cualquier acción realizada o decisión tomada en el marco del Derecho ha de realizarse o tomarse ponderando las acciones o decisiones de otros, que se dieron en el pasado, se realizan en la actualidad o se darán en el futuro. Ese carácter de práctica colectiva es lo que lleva a Nino a hablar de 'la naturaleza esencialmente política del Derecho'. De esta forma, señala Nino que "toda acción jurídica es una acción política en el sentido de que debe tener en cuenta las acciones, reacciones, actitudes y expectativas de otros, en la medida en que ellas tengan a su vez poder para determinar nuevas acciones, reacciones, actitudes y expectativas (sobre todo, en cuanto ellas incidan en el manejo del aparato coactivo)"⁸⁹.

b) Por otra parte, Nino también subraya el aspecto institucional⁹⁰ del Derecho, haciendo con esto referencia a una pluralidad de ideas -todas ellas relacionadas. Hablar del

⁸⁹ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, *op.cit.*, pág. 147.

⁹⁰ En un trabajo reciente, M. Atienza y J. Ruiz Manero centran su atención en la mencionada dimensión institucional de Derecho y, en un sentido coherente con el análisis de Nino y que creo que puede permitirme iluminar las contribuciones de este último, escriben que el carácter institucional del Derecho implica

Derecho como práctica institucional significa en el análisis de Nino (1) que las normas jurídicas establecen autoridades u órganos centralizados para operar de cierta manera con las normas del sistema; es decir, nos encontramos con unos órganos encargados de la producción y cambio de las normas del sistema, otros órganos encargados de la aplicación de tales normas para, entre otras funciones, resolver conflictos entre particulares⁹¹; (2) que -en el caso de las instituciones democráticas- las decisiones de los órganos encargados de la producción y cambio de las normas del sistema son fruto de debates regimentados y tomadas -como vimos- por mayorías; y que, los procedimientos jurídicos de resolución de conflictos tienen carácter regimentado por cuanto que están sujetos a límites temporales, se pone fin al conflicto mediante una decisión obligatoria que, dentro de unos ciertos márgenes temporales, ya no puede ser sometida a ulterior revisión y esas decisiones obligatorias no se fundamenta en el consenso unánime de todos los afectados sino en la autoridad que, a tales efectos, tienen determinados órganos; (3) lo anterior, podríamos decir, se traduce en que el Derecho no pertenece a la esfera de los hechos brutos sino a la de aquellos hechos sociales cuya existencia y persistencia depende de la aceptación colectiva de ciertas reglas constitutivas⁹².

Además, es preciso tener en cuenta que esta obra colectiva e institucionalizada en que consiste el fenómeno jurídico forma parte de un proceso todavía más amplio: el complejo de prácticas, instituciones, costumbres, actitudes culturales y creencias básicas que definen a una sociedad.

exigencias que limitan el logro de los valores y fines sustantivos que el propio Derecho trata de realizar; y ello es así porque, a diferencia del discurso moral ordinario en el que sólo operan razones sustantivas, en el caso del Derecho, para la preservación de la vigencia de un determinado sistema jurídico y la eficiencia de su "maquinaria" -que es el medio con el que contamos para conseguir en mayor grado la implementación de valores y fines sustantivos- se requiere el cuidado de la eficacia del sistema normativo y el cuidado de la eficiencia de la maquinaria. Atienza, M. y Ruiz Manero, J. "Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho", *Doxa*, nº 24, en prensa.

⁹¹ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, ed. Ariel, (1ª edición de 1983, ed. cit. 1987), pág. 106.

⁹² Cfr. Atienza, M. y Ruiz Manero, J., "Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho", *op.cit.*, pág. 10-11.

En las páginas que siguen daré cuenta del análisis que hace Nino de las consecuencias que tiene en el razonamiento jurídico justificativo estos rasgos del fenómeno jurídico y después, utilizando, también, algunas ideas extraídas de un reciente trabajo de Atienza y Ruiz Manero⁹³, realizaré algunas observaciones que quizá puedan enriquecer o precisar el análisis de la dimensión institucional del Derecho.

2.2.2.2 El fenómeno jurídico como institución colectiva.

En *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Nino lleva a cabo un interesante y pormenorizado análisis de la práctica constitucional como práctica colectiva en relación con la cual -y en cuanto que tal práctica colectiva- se van a aplicar criterios de racionalidad distintos a los que rigen en relación con la valoración de las acciones individuales. Este análisis lleva a Nino a defender el siguiente argumento: la visión sobre la estructura del razonamiento práctico que conduce a concluir que el Derecho es superfluo para ese razonamiento, concibe a las acciones o decisiones jurídicas como si fueran acciones o decisiones aisladas, cuando, de hecho, son parte de un proceso de interacción colectiva institucionalizada que se extiende en el tiempo. En el esquema de Nino, cada uno de los partícipes tiene un compromiso moral de mejora de la práctica del Derecho, pero en la consecución de tal objetivo han de tener en cuenta (1) que ellos son uno más entre los muchos partícipes en esa empresa colectiva que consiste en la implementación de una práctica jurídica justa, (2) que ellos sólo pueden tomar decisiones que, además de moralmente válidas, sean eficaces si lo hacen en el marco de esa empresa o práctica colectiva, y (3) que para preservar tal eficacia general es preciso limitar la consecución de los fines sustantivos últimos respetando los límites institucionales que

⁹³ Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *op.cit.*

implican la conservación de la institución del Derecho como práctica colectiva para la ordenación de la convivencia y la protección de los derechos humanos.

En el mencionado trabajo, Nino construye la metáfora de la catedral para ilustrar la racionalidad específica de las obras colectivas⁹⁴:

"supongamos -escribe Nino- que uno de nosotros es el arquitecto encargado de continuar con la construcción ya iniciada de una de estas catedrales, sabiendo que probablemente no la pueda completar sino que sería completada por otros, tal vez en un futuro remoto. Por supuesto, uno seguramente tendrá sus valoraciones estéticas, por ejemplo, la convicción de que sólo el gótico es el estilo por el cual una catedral adquiere su máximo esplendor como ámbito de inspiración espiritual. Sobre la base de esa valoración uno juzgara los méritos de la obra incompleta sobre la que debe continuar la construcción. Si, por ejemplo, la catedral fue comenzada en otro estilo, digamos el románico, uno puede llegar a diferentes conclusiones: una posibilidad es juzgar que lo construido es tan disvalioso desde el punto de vista estético, que lo razonable es destruirlo y comenzar una nueva construcción en otro sitio. Por supuesto, para llegar a estas conclusiones en forma razonable el arquitecto deberá suponer que, efectivamente, es posible comenzar una nueva construcción. Sería irresponsable de su parte adoptar algunas de estas propuestas, sabiendo que, efectivamente, es posible comenzar una nueva construcción. Sería irresponsable de su parte adoptar algunas de estas propuestas, sabiendo que, por cualquier razón, es imposible comenzar *ex nihilo* con la construcción de la catedral, a menos que piense -y esta es una alternativa muy relevante- que el que *no haya ninguna catedral* es mejor que continuar con ese proyecto mal orientado.

Otra posibilidad es que aquel de nosotros encargado de proyectar la continuación de la obra concluya que, aun cuando lo construido hasta el momento es defectuoso, es, sin embargo, valioso continuar el proyecto antes de destruirlo o abandonarlo, comenzando o no con un nuevo proyecto. En este caso, el arquitecto tiene que resolver una serie de problemas técnicos y estéticos muy complejos. Supongamos, por ejemplo, que la continuación de la obra de acuerdo con un estilo más atractivo implique cambios estructurales que pueden poner en peligro la estabilidad de la catedral [...]"⁹⁵

La tesis que Nino defiende es pues que existe una racionalidad específica para la actuación en obras colectivas: cualesquiera que fueren los criterios o modelos que definen lo que es óptimo en la clase de cosas o fenómenos a los que pertenece la obra colectiva, esos

⁹⁴ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional, op.cit.*, págs. 64-65. En *Derecho, Moral y Política* opta, con este mismo fin, por la metáfora de la pieza de música para orquesta y el músico que en ella participa como Nino, C.S., *op.cit.*, pág. 135.

⁹⁵ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional, op.cit.*, pág. 64-65.

modelos o criterios resultan calificados en su aplicación a una acción que contribuye a esa obra cuando, precisamente, como es el caso del Derecho, no se tiene control sobre la obra total.

Advierte Nino de que el problema derivado del carácter colectivo de un fenómeno es diferente de los meros obstáculos a la creación de ideales (derivados p.ej. de la limitación de recursos) que obligan a algún ajuste, o a un comportamiento táctico dirigido a superar los obstáculos, y es también diferente a la mera presencia de condiciones fácticas que determinan la inferencia de implicaciones específicas a partir de ciertos principios valorativos. La dificultad y peculiaridad a la que Nino apunta con su análisis se refiere a que cuando participamos en obras colectivas contamos con principios que valoran las acciones por ciertos resultados finales y, sin embargo, nos encontramos con acciones que no producen por sí solas esos resultados sino, en todo caso, junto con otras acciones que no se controlan totalmente.⁹⁶

Pues bien, Nino nos dice que lo que resulta afectado y se modifica cuando contribuimos con acciones individuales a una práctica colectiva e institucional no es la validez de los principios valorativos últimos, sino los criterios de racionalidad en la elección de

⁹⁶ Cfr. M. Singer en su artículo "Ética institucional". En este artículo, el autor considera el problema acerca de si los principios y parámetros aplicables a los juicios morales referidos a acciones y personas, esto es, lo que él denomina principios individuales, son también aplicables, aunque con pequeñas modificaciones, al juicio y a la crítica y evaluación de las instituciones y prácticas; y la tesis converso, es decir, si un juicio moral respecto de una acción institucionalmente constituida se sigue de un juicio moral relacionado con la institución en cuestión. Singer denomina a éste el problema de la brecha inferencial. A partir del juicio "ésta es una ley mala y debe ser derogada" no se deduce sin más -escribe Singer- que "un juez no debe aplicar esta ley al decidir un caso". El primer juicio puede proveer una razón para el segundo pero no lo implica. Tampoco el hecho de que un juez no deba aplicar una ley al decidir un caso implica que tal ley sea injusta y que deba ser derogada. Lo que Singer sostiene es que: sólo del hecho (verdad o juicio) de que alguna institución es inmoral, nada se sigue acerca de lo que debe hacer cada uno en conexión con esta institución y ni siquiera si debe realizar o no realizar un acto constituido por la institución. O, en su versión positiva, que sólo de la verdad o juicio de que una institución es moral o justa o buena, nada se sigue acerca de si uno debe o no debe realizar un acto constituido por la institución. Singer, M. "Ética Institucional", *Análisis filosófico*, X (1990), pág. 123-138.

principios o modelos valorativos de las acciones concretas que conforman la práctica colectiva⁹⁷.

Sucede entonces que, en las obras colectivas como el Derecho, hay una racionalidad constreñida por las elecciones de los otros. Como ya mencioné, Nino denomina a esta racionalidad la "racionalidad de lo segundo mejor": como nuestra aportación a una obra colectiva es limitada y no controlamos el producto final, lo racional puede ser -escribe nuestro autor- elegir no el modelo o principio más defendible, sino otros con méritos menores. Esto nos lleva a alejarnos del modelo óptimo⁹⁸ en relación con un caso concreto para tratar de hallar la mejor solución considerando sus efectos sobre la obra global. Creo que un ejemplo del mundo del Derecho que pudiera ilustrar la peculiaridad a la que Nino está apuntando aquí es el caso individual en el que se considera justificado el sacrificio de principios sustantivos cuya vulneración se sospecha pero no con el grado de certidumbre suficiente como para considerar que es posible destruir la presunción de constitucionalidad de la ley (respetando, en definitiva, la presunción epistémica del legislador democrático)⁹⁹; o, en otros casos, se considera justificado el sacrificio de principios sustantivos porque su cumplimiento sólo sería posible si un órgano jurisdiccional invadiera el ámbito de competencias legítimo del legislador¹⁰⁰.

⁹⁷ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, *op.cit.*, pág. 136-137.

⁹⁸ Nótese que, por lo demás, el descubrimiento de cuál sea ese modelo óptimo también es, en la concepción de la moral de Nino, una empresa colectiva (recuérdese que nuestro autor defiende un constructivismo ético que descansa a diferencia del individualismo metodológico kantiano en un societarismo metodológico). La tarea de construcción de los principios morales y la de su conocimiento son dialógicas.

⁹⁹ Ferreres, en su trabajo *Justicia constitucional y democracia*, lleva a cabo un interesante análisis, enriquecido por los debates en materia constitucional en EEUU, en el que indica en qué supuestos ha de operar la presunción de constitucionalidad de la ley y en qué casos ha de darse una inversión de tal presunción correspondiendo al legislador democrático la carga de la argumentación. Tales son, especialmente, los casos en los que se ven afectados los intereses de grupos social y políticamente vulnerables o en los que hay una restricción de los derechos de participación política; en tales casos en EEUU la judicatura lleva a cabo lo que se denomina el test del escrutinio estricto. Ferreres, V. *Justicia Constitucional y democracia*, *op.cit.*

¹⁰⁰ En este sentido M.Atiienza y J.Ruiz Manero, ponen como ejemplo el caso de la STC 45/1989 que declaró la inconstitucionalidad de la acumulación de rentas de los integrantes de una unidad familiar a efectos de la determinación de la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas pero considerando que "la infracción del principio constitucional de igualdad no podría ser reparada, en este caso, mediante la pura y

Entonces, en relación con el Derecho, nuestro autor indica la necesidad de concebir la acción de los constituyentes, legisladores, jueces etc, precisamente como partícipes en una obra colectiva.

Por lo que se refiere a los jueces, Nino escribe:

"sería irracional que un juez resolviera un caso como si estuviera creando con su decisión todo el ordenamiento jurídico o todo el orden jurídico relativo a esa cuestión. El juez debe tener en cuenta que se generan expectativas de lo que otros legisladores y jueces han decidido en el pasado y que su decisión se combinará con otras que tomen contemporáneamente sus colegas".¹⁰¹

Y ya en un trabajo anterior Nino escribía que:

"decir que los jueces han de tener en cuenta razones axiológicas en sus decisiones de aplicar o no una norma positiva no implica necesariamente que jueces moralmente responsables vayan a reemplazar en cada caso la solución prescrita por una norma general por la que ellos habrían considerado justa si hubieran sido los llamados a legislar sobre la materia: si el sistema jurídico es en general justo y los órganos encargados de emitir normas generales son legítimos, seguramente la decisión moralmente correcta será preferir que se mantenga la vigencia general del sistema, promoviendo la obediencia a las normas generales y la previsibilidad de las decisiones judiciales que dejar de aplicar una norma moderadamente injusta".¹⁰²

La característica del enfoque de Nino frente a otros modelos -a los que me referiré después-, que también reconocen el hecho de que la acción de los legisladores y jueces se desarrolla en el contexto de una obra colectiva institucionalizada cuyos restantes contribuciones ellos no controlan, es la siguiente: el modelo propuesto por Nino no implica ni

simple extensión a los contribuyentes integrados en unidades familiares del régimen legal establecido para la tributación de quienes no lo están, pues [...] tal hipotética equiparación habría de provocar, en el actual marco normativo, resultados irracionales e incompatibles, a su vez, con la igualdad, en la medida en que otras piezas del sistema legal (destacadamente, el sistema de deducciones) no han sido afectadas por el fallo de inconstitucionalidad" (FJ 11). Según esto, las liquidaciones efectuadas anteriormente con arreglo a tal sistema ahora declarado inconstitucional no podrían ser revisadas.

¹⁰¹ Nino, C.S., *Derecho, moral y política*, op.cit., pág. 138.

¹⁰² Nino, C.S., *Los límites de la responsabilidad penal*, op.cit., pág. 8.

darle un valor especial a las tradiciones ni tampoco entender que los jueces y funcionarios deban tener en cuenta sólo los principios que permiten justificar mejor las decisiones y medidas de otros legisladores y jueces¹⁰³.

Esto tiene importantes consecuencias prácticas: en este sentido, un juez o legislador que siguiera el modelo de Nino podría llegar a la conclusión de que el Derecho vigente hasta ese momento es tan precario que vale la pena el esfuerzo de arriesgar una refundación e incluso justifica, si ese esfuerzo fracasa o es imposible, una situación de anarquía o de disgregación del orden jurídico. Sin embargo, si la conclusión a la que llega es que tales alternativas no aparecen como aceptables, entonces la decisión del juez -o del legislador- debe concebirse, como se ha dicho, como parte integral de un orden jurídico fundado en cierto hecho constitucional, y contribuir a la vez a preservar y a mejorar ese orden jurídico. Como escribe Nino: "si la única forma de que legisladores y jueces tomen decisiones moralmente justificadas es en el contexto de prácticas sociales como el Derecho, entonces es necesario preservar los distintos Derechos positivos, salvo que éstos sean moralmente tan deficientes como para que la única decisión moralmente justificada sea precisamente la que decide no tenerlos en cuenta, aun corriendo el riesgo de no poder establecer otros con éxito"¹⁰⁴.

Entonces, recapitulando las anteriores consideraciones, tenemos que, según Nino: si el sujeto institucional¹⁰⁵ (sea legislador o juez) entiende que el orden jurídico en su conjunto contribuye a lograr una ordenación justa de las relaciones intersubjetivas en una determinada

¹⁰³ Este último es el denominado por Nino "modelo de articulación consistente", defendido por Dworkin en su trabajo *Tacking Rights Seriously*. Cfr. Nino, C.S., *Los límites de la responsabilidad penal*, pag. 21. Dworkin, R., *Tacking Rights Seriously*, Gerald Duckworth & Co. Ltd., (1977), [Trad. castellano, Marta Guastavino], *Los derechos en serio*, ed. Ariel, (1989).

¹⁰⁴ Nino, C.S., *Derecho, moral y política, op.cit.*, pág. 140.

¹⁰⁵ Aunque con un peso menor el ciudadano participante en una determinada práctica constitucional también ha de realizar -en algunas esferas- un razonamiento semejante al de los sujetos institucionales. Cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos, op.cit.*, págs. 400-411.

sociedad, entonces, la medida legislativa, judicial o administrativa debe contribuir -a la vez- a preservar y a mejorar ese orden jurídico sin requerir para ello -en el modelo de Nino- que la medida pueda justificarse sobre la base de los mismos principios que permitan justificar el resto de las contribuciones al orden jurídico que se presupone valioso.

Veamos con más detalle el análisis de Nino:

a) Por lo que se refiere al juicio acerca del valor moral de un determinado sistema jurídico en cuestión, Nino nos dice que, aunque muchas veces se ha sostenido que hay valores *prima facie* que son inherentes a un orden jurídico independientemente de su contenido, este razonamiento necesita ser precisado para evitar su implausibilidad. Los valores como la paz y el orden son derivados del valor justicia puesto que sólo se predicen de una situación social cuando no se toman en cuenta ciertos actos de violencia por considerarlos justificados. Por otra parte, valores como el de que las consecuencias de nuestros actos sea predecible, que si son inherentes a un orden jurídico, están en última instancia relacionados instrumentalmente con algún otro valor (p.ej. la protección de la confianza) y dependerá de que este último prevalezca sobre valores sustantivos que entren en conflicto con él¹⁰⁶.

b) Otro argumento que se suele esgrimir para tratar de fundamentar la vinculación del legislador y del juez -de distinta forma- a la práctica jurídica existente es que ni el legislador ni el juez podrían haber dictado su ley o sentencia sin el orden jurídico que les da autoridad. Frente a este tipo de argumento, Nino señala que el que esto sea así no implica en sí mismo una restricción moral en sus decisiones puesto que el orden jurídico puede ser tan malo que justifique que se aprovechen de esa autoridad para destruirlo; aunque sí llama la atención sobre el hecho de que, sin la preservación de ese orden jurídico probablemente futuras

¹⁰⁶ En este sentido puede verse el análisis de la validez de las normas *de facto* que llevé a cabo en el capítulo anterior de este trabajo.

decisiones de ellos serían absolutamente ineficaces. Por lo tanto, la complejidad de la situación viene dada porque si la única forma de tomar decisiones moralmente justificadas y eficaces es en el contexto de prácticas sociales existentes fundadas por una Constitución, es necesario preservar esa Constitución y las prácticas generadas por ella; y esto requiere que nuestro razonamiento tome esa práctica institucionalizada como un dato moral básico¹⁰⁷.

1. Nos encontramos pues, a la luz de todas estas consideraciones, con que resulta ineludible la referencia al Derecho y la Constitución (como su elemento más sobresaliente) en el razonamiento práctico dirigido a justificar acciones y decisiones puesto que, sin esa referencia, la aplicación de los principios morales y de justicia tiene un objeto inapropiado. Según la reconstrucción de Nino, pues, los principios morales en cuestión tienen como materia de valoración el Derecho positivo y no la acción del individuo aislado.

Así nos dice Nino: "el Derecho positivo, aunque no provee razones últimas para justificar acciones o decisiones, -que sólo están provistas por aquellos principios aceptados autónomamente- constituye el objeto de referencia de tales razones y una etapa intermedia obligada en el razonamiento práctico que conduce a una decisión. Sin ese Derecho positivo no hay decisiones jurídicas justificadas, simplemente porque no hay decisiones jurídicas; sólo hay acciones y decisiones aisladas, carentes de relevancia social"¹⁰⁸.

De esta forma los operadores jurídicos (jueces, legisladores y órganos de control de constitucionalidad) de acuerdo con el análisis de Nino deberán llevar a cabo un razonamiento escalonado en dos niveles: a) en el primero y más básico deben articular las razones que legitiman o no la práctica social constituida por la presente Constitución (es para ello relevante el grado en que la Constitución reconoce derechos fundamentales que son prerequisites para

¹⁰⁷ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 70.

¹⁰⁸ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 145-146.

la formación de un consenso que tenga suficiente calidad epistémica), y que consiste, precisamente, en el resto del ordenamiento jurídico (además de la Constitución como elemento más saliente) y en el conjunto de instituciones; b) si el resultado del primer nivel es favorable a la legitimidad, aún imperfecta, de la presente Constitución, es posible pasar al segundo nivel en que se trata de aplicar esa Constitución para justificar acciones o decisiones. De esta forma, en el modelo de Nino, un principio que tiene impecables credenciales desde el punto de vista de los criterios de validación implícitos en nuestro discurso moral, puede ser, sin embargo, descalificado o excepcionado si ello es necesario para preservar la vigencia de la Constitución como práctica necesaria para tomar decisiones moralmente legítimas y eficaces.

Sin embargo, nos advierte Nino de que esto de ningún modo significa que los principios y procedimientos moralmente válidos no tengan relevancia en el discurso jurídico ni que éste tenga autonomía respecto del discurso moral. Y esto es así: en primer lugar, porque esos principios y procedimientos son el último tribunal de apelación en el primer nivel del razonamiento jurídico justificativo, y dada la prelación de este nivel sobre el segundo, tal jerarquía determina los resultados del razonamiento en su conjunto. Y, en segundo lugar, porque esos principios y procedimientos tienen relevancia decisiva en el segundo nivel del razonamiento justificativo en la medida en que no sean incompatibles con las conclusiones alcanzadas en el primer nivel (de lo contrario serían autofrustrantes, puesto que neutralizarían las conclusiones alcanzadas mediante su propio empleo)¹⁰⁹.

Sobre el razonamiento práctico escalonado en dos niveles volveré en el siguiente apartado al dar cuenta de la reconstrucción que hace Nino del razonamiento jurídico justificativo. Concluiré aquí señalando que, para esta concepción defendida por Nino:

¹⁰⁹ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 70-72.

"los principios valorativos básicos sirven para determinar qué prácticas sociales tienen legitimidad, pero una vez que ello queda determinado, son tales prácticas las que determinan qué principios se aplican para justificar acciones y decisiones. El tipo de razonamiento apropiado para acciones aisladas en las que éstas se justifican directamente sobre la base de principios universales aceptados autónomamente supondría un quebrantamiento de la práctica o convención para dar lugar, en el mejor de los casos a una convergencia de comportamientos. La estructura de razonamiento práctico escalonada en dos niveles, al mismo tiempo que se apoya en conductas y actitudes precedentes, permite avanzar sobre ellos. Por un lado, la necesidad de justificar la regularidad de conductas y actitudes sobre la base de principios autónomos y universales exige hacer, seguramente, recortes en tal regularidad, de modo de hacerla compatible con las exigencias de esos principios, sin romper -si se juzga apropiado desde el punto de vista moral- la generación de expectativas y actitudes que es lo que habilita la posibilidad de tomar decisiones eficaces. Por el otro lado, esos principios valorativos son aplicables para generar nuevas soluciones en los intersticios que deja abiertos la trama de la práctica social"¹¹⁰.

Parece pues que una reconstrucción del razonamiento jurídico justificativo conforme es articulada por Nino permite salvar la amenaza de la paradoja de la superfluidad del Derecho, aun afirmando la conexión de éste con la moral.

2. La concepción que Nino defiende y que señala la necesidad de ver el Derecho positivo como práctica colectiva extendida en el tiempo ofrece también una solución para superar la paradoja de la indeterminación radical del Derecho a la que también me referí en anteriores páginas de este capítulo. En este sentido, Nino señala que dado que la práctica social que constituye el Derecho no procede sólo de ciertos textos sino que consiste también en convenciones interpretativas de esos textos, entonces, la necesidad de preservar una práctica jurídica moralmente justificada implicará también la necesidad de preservar sus convenciones interpretativas. Entonces, los jueces (así como otros sujetos institucionales) en la toma de sus decisiones estarán limitados por ciertas convenciones interpretativas. Vistas así las cosas -según nuestro autor- el Derecho deja de ser una caja negra de la que ellos puedan sacar a su antojo cualquier decisión.

¹¹⁰ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 80-81.

Y de nuevo aquí puede reproducirse -en opinión de Nino- lo dicho líneas antes, es decir, puede suceder que las convenciones interpretativas vigentes sean moralmente tan inadecuadas que conviertan en deficiente una práctica basada en textos que hubieran producido otra práctica mucho más plausible desde el punto de vista axiológico de haberse interpretado de acuerdo a convenciones diferentes. Ahora bien, si no es éste el caso, entonces el juez actúa de forma moralmente correcta cuando al tomar su decisión tiene en cuenta tales convenciones interpretativas¹¹¹.

2.2.2.3. Algunas consideraciones sobre los límites institucionales.

Como apunté al comienzo de este apartado, Atienza y Ruiz Manero en su artículo "Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho" trazan el marco de un desarrollo que consideran que podría permitirles superar algunas insuficiencias de su trabajo *Las piezas del Derecho*¹¹². Estos autores, tratan de articular instituciones como el estado de excepción y de sitio y la prisión provisional en el esquema de reconstrucción del Derecho que presentaron en el mencionado trabajo.

El argumento de estos autores es el siguiente: en uno de los posibles sentidos de institucional "al calificar la realidad jurídica como una realidad 'institucional', aludimos a que el Derecho no pertenece a la esfera de los hechos brutos, ni tampoco a la de los estados mentales, sino a la de aquellos hechos sociales cuya existencia y persistencia depende de la aceptación colectiva de ciertas reglas constitutivas"¹¹³. Esto es, las instituciones pertenecen a

¹¹¹ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 145-146.

¹¹² Atienza, M., Ruiz Manero, J., *Las piezas del Derecho, Teoría de los enunciados jurídicos*, ed. Ariel, (1996).

¹¹³ Atienza, M. y Ruiz Manero, J., "Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del

la esfera de aquellos hechos sociales cuya existencia y persistencia dependen de la aceptación colectiva de ciertas reglas constitutivas. Tal aceptación colectiva de reglas constitutivas hace posible que a ciertos objetos se les pueda imponer funciones-o pueden realizar finalidades- que, de otra forma, no podrían cumplir. Es el caso p.ej de la regla en virtud de la cual ciertos individuos cuentan como legisladores o como jueces: de este modo sus preferencias pueden contar como normas generalmente obligatorias o como resoluciones autoritativas de las disputas -algo que no ocurriría si se les viera como meros individuos- y, de este modo, cumplir funciones sociales que, de otro modo, sería imposible que cumplieran. Señalan estos autores que hay una serie de exigencias regulativas que surgen de la dimensión institucional del Derecho -existen reglas sobre los plazos o sobre la distribución de competencias, reglas que establecen cosas tales como que una cierta demanda debe presentarse dentro de cierto plazo de forma que el juez competente tendría el deber de rechazarla si se presenta fuera de él o que el juez de familia del domicilio de los esposos tiene el deber de conocer de una eventual solicitud de divorcio que le sea presentada por alguno de ellos. Lo peculiar de estas reglas no se halla en su estructura ni en la índole de las razones para la acción que proporcionan (razones perentorias). La especificidad de este tipo de reglas se halla, por un lado, en la clase de sus destinatarios -se trata de pautas dirigidas centralmente a los órganos y sólo de manera muy derivada a los ciudadanos- y, en segundo lugar, y sobre todo, en la clase de razones que constituyen su justificación subyacente: pues se trata de razones que aparecen centralmente como derivadas de exigencias del propio Derecho como aparato institucional y no de razones sustantivas. En este sentido, las reglas sobre plazos, por ejemplo, responden centralmente a la exigencia de que debe haber algún plazo (aunque no, necesariamente, de 15 días) para que el sistema procesal pueda funcionar adecuadamente, y lo mismo ocurre con las reglas que

Derecho", *op.cit.*, pág. 10.

estipulan qué órganos judiciales deben entender de qué clase de asuntos. Claro que, como apunté, y estos autores señalan expresamente, que el sistema procesal funcione adecuadamente es, a su vez, una condición necesaria para que el Derecho pueda realizar satisfactoriamente sus funciones sustantivas, esto es, externas¹¹⁴.

El aspecto específico de la dimensión institucional del Derecho que quiero ahora resaltar para, después, tratar de realizar algunas consideraciones a la luz de algunas ideas de Nino sería el siguiente: como escriben M. Atienza y J. Ruiz, sucede que si bien las exigencias derivadas de la dimensión institucional del Derecho están, globalmente consideradas, orientadas a satisfacer sus exigencias sustantivas, en determinados supuestos, las primeras pueden entrar en conflicto con estas últimas. Algunos supuestos característicos ofrecidos por estos autores como ilustración de esta tensión o conflicto y de eventual "triumfo" de los principios institucionales serían los siguientes: un primer supuesto es el de aquellas instituciones cuya justificación implica el sacrificio de principios sustantivos en aras de la preservación de la estabilidad del sistema jurídico como un todo. Los estados de excepción y de sitio proporcionan el mejor ejemplo. Un segundo supuesto es el de aquellas instituciones cuya justificación implica el sacrificio de principios sustantivos en aras de la efectividad de otra institución: la institución de la prisión provisional en relación con la efectividad del proceso penal es un ejemplo de este caso. Un tercer supuesto estaría integrado por aquellos casos individuales en los que se considera justificado el sacrificio de principios sustantivos porque su cumplimiento sólo sería posible invadiendo, por parte, por ejemplo, de un órgano jurisdiccional, el perímetro de permisiones en cuyo marco se desenvuelve el ejercicio legítimo de las competencias de otro órgano, por ejemplo, el legislador. A este caso corresponden todos

¹¹⁴ Atienza, M. y Ruiz Manero, J, "Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho", *op.cit.*, pág. 12.

los supuestos en los que el TC declara la inconstitucionalidad de preceptos legales sin anularlos sino recomendando al legislador su sustitución. Otros supuesto estaría integrado por aquellos casos individuales en los que se considera justificado el sacrificio de principios sustantivos cuya vulneración se sospecha, pero no con el grado de certidumbre suficiente como para considerar destruida la presunción de regularidad de los actos de otro órgano, como es el caso, muy señaladamente, de la presunción de constitucionalidad de la ley.

La tesis que estos autores defienden no implica que los principios institucionales derroten siempre a los principios sustantivos. Esto sería lo propio de una concepción formalista del Derecho entendida como una concepción para la cual el elemento autoritativo del Derecho (presente sobre todo en las reglas y principios institucionales: estos últimos reflejarían algo así como la autoridad del Derecho tomado en su conjunto) debiera prevalecer siempre (o en la mayor parte de las ocasiones) sobre el elemento sustantivo, sobre los valores a realizar y los objetivos a lograr en el mundo no jurídico. Lo que estos autores sostienen -y creo que sería suscrito por Nino- es una tesis más débil, esto es, que el elemento autoritativo es esencial al Derecho, y que, en ocasiones, los principios institucionales tienen fuerza suficiente para derrotar a los de carácter sustantivo. De ahí que la vertiente institucional del Derecho haya de ser tenido en cuenta como un ingrediente necesario para poder reconstruir de forma acertada el razonamiento jurídico.

Hay algunos matices en la obra de Nino que quizá valdría la pena utilizar para examinar bajo su luz las peculiaridades de los distintos ejemplos ofrecidos por los mencionados autores para dar cuenta de aquellos casos en los que la vertiente institucional del Derecho "triumfa" al menos de forma instrumental, esto es, para que pueda ser posible, en última instancia, satisfacer los valores sustantivos últimos. Esto, además, me permitiría arrojar, aunque sea de forma tentativa, un argumento que pudiera salvar los inconvenientes que

podiera presentar a primera vista la elección que Nino hace al denominar "racionalidad de la segunda mejor opción" al modelo de racionalidad que han de seguir los sujetos individuales en tanto que participes en empresas o prácticas colectivas institucionalizadas.

Lo que quisiera avanzar es lo siguiente:

a) en aquellos casos en los que las exigencias institucionales que determinan el sacrificio de principios sustantivos derivan de la separación de poderes en el marco de un Estado democrático de Derecho (p.ej cuando lo que sucede es que hay una percepción por parte del órgano jurisdiccional -incluido el TC- de cierta inconstitucionalidad en la interpretación que hace el legislador democrático de la Constitución pero esto no es suficiente como para derrotar la presunción de constitucionalidad que opera a favor de la ley democrática), lo que sucede es que esos no son límites institucionales en el mismo sentido en que lo son otras medidas sin las cuales el Derecho no sería operativo (como plazos, decisiones no revisables, etc). En efecto, lo que amparamos mediante el primer tipo de limitaciones institucionales (es decir, el fundamento de éstas) es la legitimidad de las soluciones alcanzadas: y -según el análisis de Nino- la presunción de legitimidad es más fuerte en el caso de los resultados de una deliberación democrática aunque esté regimentada. Mientras que el fundamento del segundo tipo de limitaciones institucionales deriva (como es el caso del carácter de cosa juzgada de las sentencias, la existencia de plazos etc) de consideraciones de operatividad, esto es, de cómo el Derecho ha de operar para conseguir materializar valores últimos (en situaciones límite, el estado de excepción sería un medio para proteger la estabilidad del sistema jurídico democrático como un todo y esta estabilidad es, finalmente, necesaria para proteger los derechos humanos fundamentales; el carácter de cosa juzgada de las sentencias tras un determinado plazo permite cerrar los conflictos que el Derecho pretende, precisamente, solucionar).

b) La anterior precisión acerca del fundamento en el que descansaría el primer tipo de limitaciones institucionales me permite, como señalaba, tratar de arrojar algo de luz en la racionalidad que caracteriza a las obras colectivas como el Derecho, que Nino denomina "racionalidad de la segunda mejor opción".

En el análisis de Nino, vimos que el debate democrático tiene, en principio, un valor epistémico superior, por lo que se refiere a la articulación de soluciones en la esfera de la moral intersubjetiva, en relación con cualquier otro sistema de toma de decisiones. Pero, en el contexto de las democracias reales en las que la calidad epistémica dista de la del modelo ideal, sostener lo anterior no implica, según Nino, negar valor epistémico a la deliberación individual ni negar el enriquecimiento que mediante ésta se puede lograr del debate público al cuestionar las soluciones mayoritarias alcanzadas en el debate democrático parlamentario. Según esto pues, creo que la denominada "racionalidad de la segunda mejor opción" no está negando la racionalidad óptima que puede alcanzarse mediante -y en muchos casos, según Nino, sólo mediante- las prácticas colectivas, sino que a lo que, en mi opinión, está apuntando con esta idea es a que ha de entenderse que el sujeto institucional (o no) que participa en la práctica democrática disfruta de una suerte de distanciamiento crítico de la práctica colectiva, o mejor dicho, del resultado alcanzado mediante una mayoría más o menos cualificada, que le evitará así incurrir en una aceptación no crítica poco recomendable (aunque se trate de sistemas constitucionales en los que se respeta un amplio catálogo de derechos fundamentales) si tenemos en cuenta la exigencia moral de mejorar las prácticas colectivas en las que participamos, enriqueciendo el debate y tratando de acercar la práctica colectiva a su modelo más perfecto. Me parece entonces que, quizá, las connotaciones aparentemente individualistas que pudiera tener -creo yo que a su pesar- el modelo presentado por Nino se salvarían en la medida en que consideremos que Nino suscribiría que, si bien las opciones morales que

tomamos en el seno de una institución moralmente perfecta (pensemos en un modelo moralmente perfecto de sistema democrático) son óptimas (aunque, seguramente, diferentes de las soluciones morales a las que llegaríamos en un caso particular al margen de una institución, algo que, por lo demás, es imposible de satisfacer por nuestra condición de seres que viven en comunidad), no lo son las que son tomadas en los modelos imperfectos de democracia; aquí la práctica institucional real -y su funcionamiento- dista de ser moralmente perfecta como institución. Y, lo que sucede es que, concretamente, cuando la práctica en su conjunto es justa, los esfuerzos por mejorarla han de proceder según los cauces por ella habilitados porque es la única forma de conservar la práctica y conseguir incluso su mejora en el futuro y de ahí que, en tales casos, el sujeto haya de conformarse con la segunda mejor opción (tomándose en serio p.ej el principio democrático y aplicando una ley democrática o una norma constitucional aunque considere que no articula la mejor solución a la luz de la Constitución ideal de derechos porque tomarse en serio tal principio es la única forma de poder materializar en un futuro tal Constitución ideal), pero sin olvidar que la práctica puede - y debe- ser mejorada (incitando el debate público que lleve a reconsiderar por los canales institucionales adecuados p.ej. la interpretación que de determinado artículo de la Constitución hayan hecho los órganos estatales con capacidad para tomar decisiones autoritativas).

3. LA ESTRUCTURA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO.

3.1 La reconstrucción de Nino de la estructura del razonamiento jurídico justificativo: la dimensión colectivo-institucional del Derecho y la tesis de la conexión justificativa del Derecho y la moral

Las acciones y decisiones jurídicas no son acciones y decisiones individuales y aisladas sino contribuciones a una acción o práctica colectiva que tiene como fin la protección de valores fundamentales y la organización de la convivencia promoviendo, además, prácticas colectivas cooperativas para la consecución de fines valiosos.

Como apunté antes, esta dimensión del Derecho va a implicar importantes consecuencias que alumbran la relevancia en el razonamiento práctico de la práctica constitucional y, con ella, del Derecho.

Entonces, a la luz de las anteriores consideraciones, podemos decir que una concepción del Derecho como la que presenta nuestro autor va a suponer ver el razonamiento jurídico justificativo -siguiendo la terminología del propio Nino- como una estructura escalonada en dos niveles. Nuestro autor, en varios de sus trabajos¹¹⁵ lo reconstruye de esta forma:

(1) Los principios autónomos de moralidad social, que constituyen las premisas últimas del razonamiento práctico, no se aplican directamente a las acciones y decisiones individuales, sino a la práctica colectiva. Así, en un primer nivel -señala Nino- habrán de articularse las razones tanto sustantivas como procedimentales que nos permitan ubicar el

¹¹⁵ Nino, C.S., *Los límites del Derecho penal, op.cit., Fundamentos de Derecho Constitucional, op.cit., Derecho, Moral y Política, op.cit.*

Derecho vigente en un continuo de legitimidad. Dentro del Derecho vigente, la Constitución será uno de los elementos más importantes. A tales efectos deberemos tener en cuenta en qué medida es fruto de un consenso democrático y en qué medida reconoce derechos fundamentales que son prerequisites para la formación de un consenso democrático que tenga suficiente calidad epistemológica¹¹⁶. Es importante también valorar si las limitaciones constitucionales al procedimiento democrático están o no justificadas. Nos dice Nino que es importante tener en cuenta que hablar de "gobierno de la mayoría" no quiere decir gobierno de un grupo específico de ciudadanos, sino que quiere decir gobierno por medio de lo que no es más que una construcción conceptual: mayor número de manos levantadas a favor de una cierta solución sobre una determinada cuestión que sobre otras, sin importar quienes son los dueños de esas manos y cómo ellas se combinan cuando se tratan de otras cuestiones o en otros momentos. Lo que debe tratarse de preservar es la posibilidad de que se dé cualquier combinación de mayorías y no quede congelada una en especial. Muchas limitaciones constitucionales pueden estar al servicio de este objetivo valioso. Esto habrá de ser valorado en el caso de cada práctica constitucional¹¹⁷.

Tendremos que tener aquí en cuenta las alternativas más probables a la vigencia del presente orden jurídico; si éstas son un régimen autoritario o una situación de anarquía o de disgregación del poder, deberemos tener presente -nos dice Nino- que quizá de esa forma van a satisfacerse todavía menos determinados fines.

En definitiva, en este nivel trazado por Nino se trata de determinar en qué medida se acerca o se aleja una determinada práctica constitucional o jurídica a su modelo ideal para la consecución de los fines de justicia y organización de esa sociedad en particular. Si el

¹¹⁶ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 70.

¹¹⁷ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 71.

resultado es positivo, entonces, la práctica constitucional normativa pasa a ser punto de referencia relevante a la hora de considerar y valorar las acciones y decisiones individuales, especialmente, pero no sólo, las procedentes de los sujetos institucionales.

(2) Si tras el razonamiento del primer nivel llegamos a la conclusión de que el orden jurídico en cuestión, aunque de forma imperfecta, es moralmente legítimo, entonces es posible pasar al segundo nivel. En este segundo nivel se desarrolla un razonamiento acotado por la necesidad de respetar el resultado del razonamiento del primer nivel. Si el resultado de tal razonamiento ha sido que una determinada práctica es más legítima que cualquier alternativa realista, entonces quedan excluidas las razones justificativas incompatibles con la preservación del Derecho positivo. Y, en tales casos, esto es, si resulta necesaria para preservar la vigencia del sistema jurídico del que predicamos legitimidad en el primer nivel, pudiera ser que tengamos que descalificar o exceptuar un principio válido desde el punto de vista moral (esto es, pudiera darse el caso de que razones autoritativas hubieran de tener preferencia sobre razones sustantivas, o que, p.ej. una ley democrática que se aproxime más a la constitución ideal haya de ser, sin embargo, rechazada por el TC si este considera que atenta contra la Constitución vigente).

Nino se ocupa también de ver en qué medida esta distribución en niveles del razonamiento jurídico justificativo afecta a la relevancia de los principios y procedimientos moralmente válidos en el mismo. La distribución en niveles de ningún modo implica que los principios y procedimientos moralmente válidos no tengan relevancia en el discurso jurídico y que éste tenga autonomía respecto del discurso moral. Según nuestro autor, tales principios y procedimientos son el último tribunal de apelación en el primer nivel del razonamiento jurídico justificativo y la prioridad de este nivel sobre el segundo determina los resultados del razonamiento en su conjunto. Pero, además, esos principios y procedimientos tienen todavía

relevancia decisiva en el segundo nivel del razonamiento justificativo en la medida en que no sean incompatibles con las conclusiones alcanzadas en el primer nivel. Si en el primer nivel hemos concluido que el ordenamiento es legítimo, entonces, en la segunda etapa del razonamiento -como dije-, la acción y decisión que se tome debe justificarse tanto a la luz de la preservación de la práctica como por el hecho de que trata de mejorarla acercándola a los principios de justicia: la preservación del Derecho positivo como convención o práctica social no implica congelar esa convención o práctica. Veamos las implicaciones prácticas de esta afirmación.

Podemos entender mejor el modelo trazado por Nino si lo observamos a partir de las observaciones críticas que nuestro autor dirige al modelo de la "articulación consistente" de Dworkin. En el modelo de Dworkin (que este autor concibe no como una reconstrucción de un sistema jurídico positivo, sino como una elucidación del contenido implícito en el Derecho vigente) los casos respecto de los cuales las normas positivas son indeterminadas deben resolverse según principios que puedan justificarse a la luz de la teoría normativa axiológicamente más adecuada que permita justificar también las normas institucionalmente reconocidas. En efecto, el juez Hércules dworkiniano es capaz de solucionar los casos difíciles recurriendo a la construcción de una teoría coherente que resulte valorativamente la más plausible de entre las que justifiquen y expliquen mejor que ninguna otra el Derecho vigente¹¹⁸. Así, en la construcción de Dworkin, una teoría jurídica de la cual se infieran estándares para resolver los casos en que el Derecho positivo aparece inicialmente como indeterminado, debe satisfacer dos exigencias: (1) permitir justificar las normas efectivamente reconocidas por las instituciones del sistema; esto permitirá presentar el sistema como

¹¹⁸ Dworkin, R., *Los derechos en serio*, ed. Ariel, (2ªed.1989). Calsamiglia, A., "Ensayo sobre Dworkin", en Dworkin, R. *op.cit.*

ideológicamente consistente algo que puede favorecer, hasta cierto punto, el ideal de certeza y predecibilidad y (2) que sea la teoría valorativamente preferente de todas las que satisfacen el primer criterio.

En opinión de Nino, sin embargo, este modelo es innecesariamente conservador puesto que en ocasiones recomendará que el Derecho positivo se reformule y complete según principios que no son los más adecuados axiológicamente, a pesar de que el sistema podría completarse manteniendo su consistencia lógica, de acuerdo con principios que se consideran valorativamente preferibles a los primeros. El modelo pues exige al interprete expandir el alcance de soluciones jurídicas establecidas aunque sean por él consideradas como poco plausibles¹¹⁹.

Con esto nuestro autor quiere decir que la evolución compatible con la práctica no implica necesariamente, al contrario de lo que el modelo de "articulación consistente" de Dworkin sostiene, que las **decisiones innovadoras** -decisiones sobre cuestiones no resueltas por el Derecho, esto es en los casos de intederminación- deban ser acordes con principios que permiten justificar coherentemente las otras acciones o decisiones que constituyen la práctica. Según el análisis de nuestro autor, es posible proponer un principio incompatible con buena parte de las acciones o decisiones adoptadas hasta ahora apoyándonos en que tales acciones o

¹¹⁹ En *Los límites de la responsabilidad penal*, Nino ilustra esto con el siguiente ejemplo: "Supongamos que consideraciones de filosofía moral nos lleven a adoptar una teoría retribucionista de la cual se infiere el principios de que la responsabilidad penal siempre debe presuponer ciertos estado mentales por parte del autor de un delito; supongamos también que nuestro Derecho positivo prevé claramente algunos casos de responsabilidad penal objetiva y otros casos respecto de los cuales el sistema es impreciso en cuanto a sí deben requerirse o no actitudes subjetivas; en la reconstrucción del sistema para resolver estos últimos casos, el modelo de la *articulación consistente* no nos permitiría recurrir sin más a la teoría retribucionista que consideramos moralmente correcta (a pesar de que las soluciones que se infieren del principio de responsabilidad subjetiva para los casos no previstos no son lógicamente inconsistentes con las soluciones establecidas para los casos previstos), sino que nos obligaría a buscar otra teoría que nos permitiera justificar las normas que prevén responsabilidad objetiva (p.ej. si las normas que estipulan responsabilidad objetiva se refieren a delitos leves, tal vez podríamos pergeñar una teoría que justificara la pena según diferentes criterios de acuerdo con la mayor o menor entidad de ella: retribución para los delitos graves, prevención para los leves)". Nino, C.S., *op.cit.*, pág. 22.

decisiones no han captado cuál es la base justificativa de la práctica, aunque -si bien, como matiza el propio Nino, para esto no hay formas exactas-, sin algún respeto por conductas y decisiones precedentes constitutivas de la práctica, ésta puede resultar totalmente socavada. Además, va a ser precisamente la resolución de tales indeterminaciones lo que va a permitir un enriquecimiento y evolución de la práctica jurídica hacia formas más aceptables de legitimidad, sin riesgo de ruptura. El modelo defendido por Nino se articula más bien como un modelo de estrategia en el que asumiendo las reglas del juego uno trata de aprovechar sus indeterminaciones para conseguir soluciones valorativamente más adecuadas. Aunque podríamos pensar que fortalece la práctica existente sobre cierto problema específico extender -como defiende el modelo de aplicación judicial de Dworkin- el peso gravitacional de decisiones pasadas para solucionar, sobre la base del mismo estándar aplicado en ella, casos no explícitamente decididos, nos dice Nino que podría acercar la práctica a formas más perfectas de legitimidad, declarar que hay una laguna y resolverla de acuerdo con principios o procedimientos moralmente válidos. Esto podría, incluso, fortalecer la práctica constitucional en su conjunto si así se consiguiera eliminar una fuente de tensión con exigencias de justicia, que podría llegar a minar la legitimidad de tal práctica¹²⁰.

¹²⁰ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 73. Por lo demás, en el modelo de actividad teórica en relación con el Derecho que Nino propone se repite también este esquema escalonado de razonamiento con las precisiones apuntadas en relación con el juego de los principios morales a la hora de iluminar soluciones a los casos no previstos por las normas positivas. Incluso, aunque esto no supone eximir de responsabilidad a los jueces en relación con su propio razonamiento, Nino recuerda la situación más propicia a la dilucidación intelectual que tienen los teóricos (entre otras cosas por no estar sometidos a la misma urgencia temporal que los jueces) a la hora de articular las mejores reconstrucciones del sistema jurídico que acerquen a éste a formas más perfectas de legitimidad. Según el modelo propuesto por Nino, las normas que los jueces reconocen no son datos que es preciso incorporar a cualquier teoría normativa que se proponga para reconstruir el sistema, sino que, simplemente, constituyen el marco dentro del cual puede operar la teoría. Ese marco, sin embargo, puede ampliarse si la teoría resulta lo suficientemente convincente como para alterar el reconocimiento institucional de las normas y, además, no se dan razones axiológicas fuertes de previsibilidad y certeza que prevalezcan en relación con principios sustantivos acerca de la correcta solución de los casos. Si la teoría considerada axiológicamente adecuada permite justificar las normas institucionalmente reconocidas tanto mejor, pero si no ocurre así, la teoría operará como propuesta *de lege ferenda* respecto de tales normas y como estrategia *de sententia ferenda* en el ámbito de los casos no resueltos por ellas. Nino, C.S., *Los*

Obviamente, todas estas consideraciones han de unirse a las que apunté en las páginas anteriores acerca del valor epistémico que tiene el debate democrático parlamentario y, también, en el capítulo anterior en el que me ocupé del modelo de Nino de control judicial.

A la luz de todo esto, podemos concluir que la obligación moral de un juez (u otro funcionario) de obedecer el Derecho deriva de principios morales que prescriben promover derechos individuales básicos, pero eso no significa que tan pronto como el juez juzgue que el ordenamiento jurídico se desvía del reconocimiento pleno de esos derechos está facultado para dejar de lado ese orden jurídico y actuar según su juicio, sino que el juez sólo está facultado a apartarse del orden jurídico cuando éste sea en su conjunto una práctica injusta (lo será si contiene disposiciones que violan derechos humanos fundamentales), no meramente -por cierto- cuando el juez juzgue que éste es injusto; el juez -nos dice Nino- corre con el riesgo de sus errores de juicio¹²¹.

Para concluir este apartado retomaré la idea con la que lo comencé. Esta dimensión del Derecho como práctica colectiva institucional es un factor muy importante que permite dar cuenta de la especificidad del razonamiento jurídico frente al razonamiento moral ordinario. Mientras que este último está abierto a todas las razones relevantes, no hay límites temporales y las soluciones se alcanzan por unanimidad entre los sujetos afectados y pueden ser sometidas a constantes revisiones, en el caso del razonamiento jurídico justificativo a veces las razones autoritativas tienen un peso más fuerte que las razones de contenido (aunque, este balance está apoyado, en última instancia en razones morales), las decisiones no se toman por unanimidad

límites de la responsabilidad penal, ed. Astrea, (1980).

¹²¹ Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, *op.cit.*, pág. 405.

sino por sistemas de mayorías y, pasados ciertos plazos, algunas decisiones (como las sentencias judiciales que dirimen controversias entre las partes) no son revisables.

Los rasgos del discurso moral lo hacen necesariamente deficitario o insuficiente como método de resolución de los conflictos. El sistema jurídico como sistema regimentado para llegar a acuerdos acerca problemas que se suscitan en esferas muy diversas de la vida en sociedad, como sistema de resolución de controversias y coordinador de otras prácticas intersubjetivas, se presenta como un método más eficaz para la protección y garantía de los derechos humanos y para la coordinación de las prácticas cooperativas que son precisas en nuestras sociedades a fin de que los individuos puedan ver satisfechos más o menos felizmente sus intereses y realizados sus planes de vida. Pero, en cuanto sistema que, precisamente, implica la afectación de intereses de otros precisa aparecer como legítimo o justificado a la luz de los principios morales, en los términos indicados en todas las páginas anteriores. Como hemos tenido también ocasión de ver, el carácter regimentado de la práctica político-jurídica que se presenta como un rasgo necesario para que la práctica cumpla los fines valiosos que la legitiman implica, al tiempo, unas exigencias que limitan el logro de los valores y fines sustantivos que el propio Derecho trata de realizar; algo que no ocurre en el discurso moral ordinario, en el que no hay lugar para razones distintas de las sustantivas. Pero, si consideramos que la preservación de la vigencia del sistema jurídico y de cierta eficiencia de su "maquinaria" es condición de posibilidad de la implementación de tales valores y fines sustantivos, parece razonable el cuidado de la preservación del mismo como sistema normativo eficaz y el cuidado de la eficiencia de su "maquinaria"¹²². Esto mismo es lo que Nino articula como un modelo de razonamiento en dos niveles. En el primero juzgamos la

¹²² Atienza, M. y Ruiz Manero, J., "Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho", *op.cit.*

legitimidad de un determinado sistema jurídico en cuanto institución adecuada para lograr fines morales sustantivos. En el segundo nivel operarán las restricciones derivadas de la dimensión institucional del Derecho, tanto las referidas a plazos, competencias etc como las que presentan a la democracia como la práctica discursiva cuyo resultado tiene un valor epistémico más próximo que cualquier otra al discurso moral (algo que, como vimos, lleva a la autorrestricción del poder judicial a favor del legislador democrático). El mapa que se presenta es, ciertamente, complejo: junto con consideraciones derivadas de exigencias prácticas (límite de tiempo, recursos etc), encontramos otras que vienen articuladas en términos (como ya señalé) del diseño político institucional legítimamente superior, pero, también, junto a esto, nos encontramos con dudas importantes acerca de la calidad epistémica de las democracias reales que nos llevan entonces a subrayar el compromiso por parte de los jueces (y, especialmente, del TC) de acercar la propia práctica, en la medida en que sea posible, a formas más perfectas de legitimidad¹²³. Todas estas consideraciones no hacen más que subrayar la tensión que existe entre dos funciones importantes del Derecho: la protección de los derechos humanos, de un lado, y la articulación de la infraestructura institucional adecuada para implementar prácticas cooperativas en la sociedad que eviten conflictos entre los participantes, así como la resolución de los conflictos que surjan tanto entre particulares como a nivel institucional (dentro del propio aparato institucional estatal) y, en definitiva, la consecución de la mayor operatividad o eficacia en la protección de los derechos humanos. En el primer caso nos encontramos con razones sustantivas, en el segundo, han de entrar en juego necesariamente también razones autoritativas.

¹²³ Cfr. R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, *op.cit.*, "En un Estado constitucional democrático, los principios tienen sino exclusivamente, sí en una buena parte su ubicación jurídico-positiva en la Constitución. No se pierde por ello la independencia del derecho legislado ordinario [...]. Se convierte en un problema de la ponderación entre el principio formal de la competencia de decisión del legislador legitimado democráticamente y los principios materiales de la Constitución", pág. 176.

3.2 El razonamiento jurídico justificativo a partir de un Derecho justo¹²⁴

A continuación y antes de pasar a ver las críticas que han sido dirigidas a la tesis de la conexión tal y como es defendida por Nino, quiero retomar algunas cuestiones de las que me ocupé en el capítulo III de este trabajo cuando presenté los distintos sentidos en los que hablamos de normas jurídicas y cuál es el rol de cada uno de ellos en el razonamiento jurídico justificativo. El fin que me propongo aquí es presentar de una forma que pueda resultar más clarificadora la impregnación que la moral tiene -debe tener- en todo el razonamiento jurídico justificativo si es que se persigue que cumpla el fin pretendido. Primero comenzaré con algunas precisiones. Cuando hablo ahora de 'Derecho justo' lo hago en un sentido mínimo de justicia del Derecho. Esto es, como un Derecho que ha superado el primer test de legitimidad: esto significa que consideramos que, pese a sus insuficiencias, la alternativa es o bien un régimen autoritario o bien una situación de disgregación del poder tal que supondría un riesgo mayor de atentados contra los derechos humanos. Esto significa, claro, que habrá regímenes que sean tan poco respetuosos con los derechos humanos más fundamentales que cualquier situación -aunque corramos el riesgo de que no se puedan implementar a corto plazo los mecanismos para su protección- pueda presentarse como moralmente más plausible y cuyas prescripciones no tengan ninguna relevancia práctica en el razonamiento justificativo ni de los

¹²⁴ La razón por la que dejo de lado el caso de un Derecho injusto, en el sentido de un Derecho que no supera el primer test o nivel del modelo de Nino es porque, en mi opinión, es el caso de un Derecho justo el que resulta de mayor interés cuando se trata de demostrar -como quiero hacer en este epígrafe- por un lado, cómo afecta a la complejidad del razonamiento práctico (y a la idea de autonomía cuando estamos ante un Derecho justo emanado de una autoridad democrática) la relevancia que moralmente tiene la existencia de una práctica jurídica y, por otro, cómo el razonamiento jurídico, aun a partir de un Derecho justo -en su conjunto-, está impregnado de juicios morales que son los que constituyen la vertiente valorativa de las normas jurídicas (o, lo que en la terminología de Bayón recibe el nombre de 'directivos'). Lo que aparece aquí es, una vez más, el hecho de que no existen razones jurídicas justificativas independientes de juicios morales.

sujetos institucionales ni de los particulares (esto sin perjuicio de que, especialmente en el caso de estos últimos -donde la complicidad con el régimen puede resultar más dudosa-, puedan articularse excusas atenuantes cuando han actuado bajo la coacción o amenazas de un determinado régimen y, en la medida en que así lo hayan hecho). Pero lo anterior también significa que en aquellos casos en los que hay cierta protección de los derechos humanos fundamentales, aunque el poder ha sido tomado por la fuerza por parte de determinado sector de la sociedad, las normas procedentes de los órganos legislativos de ese gobierno tendrán cierta relevancia en el razonamiento práctico. Si bien, como es el Derecho que procede de un régimen democrático el que nos permite ver los detalles del análisis de Nino será tal Derecho el que principalmente tenga presente. Además, en este último caso, esto es, dentro de los Derechos justos por razón de su origen, es preciso individualizar también casos de normas que sean extremadamente injustas por atentar directamente contra derechos humanos que protejan los prerequisites de la calidad epistémica del debate democrático.

A partir de las precisiones anteriores lo que quiero señalar es lo siguiente: la reconstrucción que hace Nino del razonamiento jurídico justificativo comienza con un principio normativo moral puro y acaba con un juicio normativo moral de un tipo particular. Entre la primera premisa y la conclusión de ese razonamiento (juicio normativo moral de un tipo particular al que Nino denomina juicio de adhesión normativa) lo que sucede es que hay una serie de elementos relevantes relacionados con el dictado de ciertas prescripciones por parte de las autoridades legítimas que hacen que el razonamiento jurídico justificativo no sea igual que un razonamiento moral puro aunque, y esto es aquí importante, sí está inmerso en él (y es que, como hemos tenido ocasión de ver, Nino defiende la tesis fuerte de que los principios morales son excluyentemente justificativos en su campo de aplicación, y que sólo

los derechos establecidos directa o indirectamente por tales principios, y que son, por lo tanto, derechos morales, pueden servir de razones para actuar)¹²⁵.

Me limitaré aquí, como decía, a apuntar unas breves notas y articular un esquema con el que pretendo iluminar la reconstrucción de Nino del razonamiento jurídico justificativo, remitiéndome, por lo demás, al capítulo II, punto 5 de este trabajo.

A partir de las ideas expuestas por Nino en los trabajos ya mencionados¹²⁶ es posible decir que:

1) Entre los principios morales puros, podemos distinguir aquellos que se refieren a derechos humanos (en el sentido de derechos morales) y aquellos que se refieren a la organización justa de una comunidad: p.ej el principio que establece el deber de obediencia a autoridades legítimas, o el deber de implementar y cuidar de los mecanismos que posibiliten la organización justa de una sociedad, o el principio moral que aconseja adoptar aquellos procedimientos epistémicos que maximicen la probabilidad de actuar de forma moralmente correcta.

2) Los derechos humanos básicos son derechos morales que los individuos tienen frente a los otros individuos y también frente al Estado (esto es, frente a la decisión de la mayoría articulada a través de los cauces institucionales estatales). Los derechos humanos¹²⁷ derivan de los principios morales que se constituyen a partir de los rasgos estructurales del debate moral y que serían -estos últimos- aceptados en condiciones contrafácticas como justificación última y universal de acciones por cualquier persona que fuera plenamente

¹²⁵ Nino, C.S., "Sobre los derechos morales", *Doxa* 7, (1990).

¹²⁶ Véase, entre otros, especialmente, *Ética y derechos humanos, op.cit.*, (1989), "Sobre los derechos morales", *op.cit.* y *Derecho, Moral y Política op.cit.*

¹²⁷ Para un desarrollo de este ensayo de fundamentación de los derechos humanos, cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, ed. Ariel, (1989). Para un desarrollo en el campo penal a partir de esta fundamentación, "La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos", 12 *Doctrina Penal*, (1989).

racional, absolutamente imparcial y que conociera todos los hechos relevantes. La discusión y la deliberación intersubjetiva es el procedimiento más confiable para conocer tales principios morales de los que derivarían los derechos humanos. La práctica efectiva del discurso moral tendrá pues valor epistémico¹²⁸.

3) Cuando los derechos humanos son positivizados en una Constitución pasan a denominarse derechos fundamentales. Cuando tales derechos son positivizados a partir de una deliberación democrática en la que se dan los presupuestos para confiar en su valor epistémico (conciéndose ésta, como hemos visto, como un sucedáneo del discurso moral), entonces tales derechos fundamentales se constituyen en indicios epistémicos de la existencia de los derechos humanos a los que ellos se refieren y de los principios morales que son su fundamento. Lo mismo sucede cuando en el seno de una democracia en la que se han respetado los prerequisites que garantizan su valor epistémico se dictan leyes democráticas en desarrollo de tales derechos fundamentales reconocidos en los textos constitucionales.

4) Desde el punto de vista lógico, esos derechos -en cuanto que derechos morales- justifican las decisiones tomadas en el ámbito de lo jurídico en relación con su ámbito de aplicación. Ahora bien, el razonamiento del juez ha de partir del valor epistémico de la norma jurídica democrática que los positiviza y aceptarla, precisamente, no por su contenido, sino por el hecho de haber sido formulados por una autoridad legítima. Según esto, pues, lo distintivo en este ámbito en el que son relevantes los derechos humanos no es el contenido del juicio normativo en cuestión (en eso puede haber coincidencia más o menos plena entre el juicio moral puro y el jurídico) sino que lo distintivo es el origen de los juicios jurídicos.

5) Esto me permite introducir el otro tipo de principios morales: aquellos que establecen el deber de obedecer a las autoridades legítimas. A la luz de este principio, las

¹²⁸ Nino, C.S., *El constructivismo ético, op.cit.*, pág. 104-105.

normas jurídicas vistas como prescripciones procedentes de la autoridad democrática constituyen razones auxiliares que, junto al principio moral de deber de obediencia a las autoridades legítimas constituyen normas morales jurídicas (también denominados por Nino, juicios de adhesión normativa) y pueden dar lugar a los que Nino denomina siguiendo a Dworkin derechos institucionales¹²⁹.

6) También hay otro tipo de principios morales -como el que aconseja adoptar aquellos procedimientos epistémicos que maximicen la probabilidad de actuar de forma moralmente correcta. Este principio es el que junto con una prescripción democrática que, sin embargo, pueda ser considerada de baja calidad epistémica y que, en consecuencia, actuará aquí como razón auxiliar, llevarán al juez a formular un juicio normativo de adhesión cuyo contenido será el establecido por la prescripción democrática y su fuerza vinculante procederá del principio moral apuntado.

7) Puede haber conflictos entre las normas morales puras y las normas jurídico morales, es decir, entre los derechos fundamentales derivados de las normas morales puras y los derechos y deberes institucionales derivados de normas morales puras que otorgan legitimidad a una cierta autoridad o práctica social. Cuando se trata, sin embargo, de derechos humanos básicos, la cuestión es de tal importancia moral que difícilmente estará justificada, en opinión de Nino, una norma jurídica que negara o recortara ese reconocimiento, por más que su origen sea legítimo. Jueces y juristas, entonces, han de centrar su atención en determinar cuáles son los derechos humanos que derivan de principios morales válidos, estén o no consagrados en normas jurídicas ya que, si los derechos que derivan de esas normas no coinciden con aquellos -nos dice Nino- deberán hacerlos coincidir por vía interpretativa o se

¹²⁹ Dworkin, R., *Los derechos en serio*, ed. Ariel, (1989), pág. 171 y ss. Nino, C.S., "Sobre los derechos morales", *op.cit.*, pág. 323.

deberá ir más allá de tales normas positivas en tanto se pretenda alcanzar una decisión justificada¹³⁰.

3.3 Algunas críticas que han sido dirigidas a la tesis de la conexión del Derecho con la moral en la reconstrucción de Nino del razonamiento jurídico justificativo.

Ya apunté en la introducción que la tesis que defiende Nino, y que consiste en sostener que una teoría del razonamiento jurídico justificativo tiene que admitir una conexión necesaria entre Derecho y moral, ha sido denominada la tesis de la inseparabilidad. Es contra esta tesis, tal y como ha sido articulada por Nino, contra la cual Moreso, Navarro y Redondo dirigen una serie de objeciones en su artículo “Argumentación jurídica, Lógica y Decisión judicial”¹³¹. En este apartado me ocuparé de presentar los argumentos en contra de la tesis de Nino esgrimidos por estos autores y de la réplica de Nino y de Atienza y, posteriormente, de nuevo de este último y Ruiz Manero en un artículo donde contestan la posición que mantiene Redondo en contra de la tesis de la unidad del razonamiento práctico como viene siendo defendida en trabajos más recientes¹³².

Ya hemos visto que la tesis de la inseparabilidad sostiene que la premisa principal de un razonamiento jurídico justificativo es una norma o principio moral y, por consiguiente, la justificación de las decisiones judiciales implica el uso de normas y principios morales. Así en contra de las tesis del positivismo jurídico que sostiene que la justificación judicial es una

¹³⁰ Nino, C.S., *Ética y derechos humanos, op.cit.*, pág. 24.

¹³¹ Moreso, J.J., Navarro, P.E., Redondo, M.C., “Argumentación jurídica, Lógica y decisión judicial”, *Doxa* nº11, pág. 247-262.

¹³² Redondo, C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, (1996) y *Sulla rilevanza pratica del diritto*, (1999).

justificación formal a partir de premisas jurídicas se sostiene que (i) la justificación judicial no puede ser otra que una justificación sustantiva; y (ii) en virtud de la unidad del razonamiento práctico, dicha justificación supone el apoyo en premisas morales¹³³.

Según la tesis de la inseparabilidad, la pretensión de justificar decisiones normativas con independencia de la moral constituye una falacia; un error lógico (y no meramente axiológico).

Y esto es así porque como hemos visto según la tesis de la inseparabilidad sostenida por Nino, el único sentido de norma que permite fundamentar o derivar la proposición justificativa de la acción o decisión es el de norma jurídica como juicio normativo; y, en la concepción de Nino, sólo tienen fuerza normativa los juicios normativos moralmente válidos. La única normatividad es una normatividad justificada.

Lo que permite saber que un determinado juicio es una norma jurídica es -según escribe Nino- su origen. Los juicios normativos jurídicos son aceptados en el razonamiento práctico que justifica una acción o decisión por el hecho de haber sido formulados por cierta autoridad que puede ser legislativa o convencional. Siguiendo el ejemplo del que da cuenta Nino en su artículo "Sobre los derechos morales"¹³⁴ un juicio del tipo "el propietario que no cobra de su inquilino dos meses de alquiler tiene derecho a recuperar su inmueble locado" sólo es concebido como una norma jurídica cuando es aceptado en el razonamiento práctico de un juez, p.ej., por la razón de haber aceptado previamente un juicio del tipo "el legislador ha prescrito que el propietario que no cobra dos meses de alquiler tiene derecho a recuperar la tenencia de su inmueble". Sólo si se acepta el primer juicio porque se acepta este segundo tipo de juicio, el primero es concebido como una norma jurídica. Pero, nos dice Nino que el

¹³³ Redondo, C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, op.cit., pág. 239.

¹³⁴ Nino, C.S., "Sobre los derechos morales", *Doxa*, n° 7, (1990), pág. 319-322.

razonamiento no puede acabar allí, puesto que el segundo tipo de juicio consiste en la descripción de una norma jurídica entendida como una prescripción y ese tipo de juicio no tiene fuerza justificativa. Como escribe nuestro autor, tal juicio es pragmáticamente compatible con cualquier acción o decisión. Entonces, el anterior juicio "el legislador ha prescrito..." sólo puede ser parte de una razón para aceptar "el propietario tiene derecho a ...", teniendo que ser la parte operativa de la razón un juicio con fuerza justificativa del tipo "el legislador L debe ser obedecido o tiene autoridad o derecho para emitir prescripciones". Este último tipo de juicio no es, sin embargo, ya aceptado por razón de su origen sino por sus propios méritos y esto es, precisamente, lo que suele identificarse como juicio moral.

No todo principio o juicio moral es una norma jurídica, pero toda norma jurídica que tiene un rol de razón operativa en el razonamiento práctico es un juicio moral especial, que se distingue por derivar de un principio moral que legitima a cierta fuente de prescripciones y de una descripción de tales prescripciones"¹³⁵. Sólo este sentido de norma jurídica -como norma jurídico-moral o juicio de adhesión normativa- en tanto que norma conectada con principios morales puede justificar acciones y decisiones.

En opinión de Moreso, Navarro y Redondo, la caracterización de Nino impone la siguiente conclusión: "Si la justificación de una decisión involucra razones morales, entonces, la exigencia de *justificación jurídica* de una decisión judicial –o, al menos, una justificación independiente de normas o principios morales- es imposible de satisfacer. Por consiguiente toda justificación es justificación moral y toda obligación jurídica sería una especie de obligación moral"¹³⁶.

Según los mencionados autores esta posición es incorrecta.

¹³⁵ Nino, C.S. "Sobre los derechos morales", *op.cit.*, pág. 319-322.

¹³⁶ Moreso, Navarro, Redondo, "Argumentación jurídica, Lógica y decisión judicial", *op.cit.*, pág. 249.

Para argumentar a favor de su objeción, Moreso, Navarro y Redondo presentan la reconstrucción que hace de Páramo, siguiendo a Nino, de un argumento justificativo. La reproduzco aquí porque creo que puede ayudar a ver con claridad la crítica que dirigen a este último.

“1) Se debe obedecer a X, siempre que X sea un legislador elegido mediante un procedimiento democrático.

2) el legislador X ha sido elegido democráticamente.

3) X ha dictado una norma jurídica que dice “si p, entonces debe ser q”

4) Si p, entonces debe ser q.

5) p

6) q”¹³⁷.

Tras corregir un pequeño error en el esquema propuesto [es evidente que la conclusión 6) no se sigue de las premisas y tiene que ser sustituida por 6') debe ser q], Moreso, Navarro y Redondo escriben que puesto que una razón completa es un conjunto de premisas no superfluas de un razonamiento práctico y que una premisa es superflua cuando no es necesaria ni suficiente para derivar la conclusión del argumento (i.e. 6') entonces, en el esquema analizado, como 6' se infiere de 4 y 5 (es decir: las premisas 4 y 5 son necesarias y conjuntamente suficientes para la derivación de 6'), las restantes premisas de esta inferencia serán superfluas. Esto significa -en opinión de estos autores- que la justificación normativa de 6' es meramente la norma jurídica 4 y, según estos, la reticencia a admitir esta conclusión se fundamenta, al menos, en tres argumentos que ellos consideran erróneos. En su opinión, el

¹³⁷ Juan Ramón de Páramo, “Razonamiento jurídico e interpretación constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 22, pág. 98.

propio carácter de institución social del Derecho determina el carácter genuino de los deberes que surgen de él. Veamos los argumentos que ellos consideraban erróneos:

- (i) Si la premisa mayor (razón operativa) es aceptada en virtud de su contenido, entonces, funciona en el razonamiento práctico como una norma moral. Queda por tanto pendiente la tarea de identificación de una norma jurídica.
- (ii) Si se acepta que el fundamento de una decisión judicial sólo puede ser una norma jurídica entendida como juicio normativo, entonces, es necesario establecer que este juicio normativo justificativo es, al fin y al cabo, una norma jurídica; en esta identificación es preciso presuponer en algún momento como premisa necesaria una norma o principio moral¹³⁸.
- (iii) El defender la idea que sostiene la tesis de que caben tantas justificaciones como sistemas normativos existan vacía tanto el contenido de la moral que hace que nuestro razonamiento práctico no sólo no sirva para dirimir conflictos prácticos, sino que no sirva para nada, produce su desintegración por la pérdida de su función.

Veamos a continuación la réplica que a estos argumentos dirigen Moreso, Navarro y Redondo.

(i) Por lo que se refiere al primer argumento, escriben que el hecho de que las normas jurídicas funcionen de manera similar a las normas morales en el razonamiento de los sujetos no prueba que no existan diferencias entre ambos tipo de normas. El hecho de que un enunciado funcione como norma moral porque la aceptación del mismo obedezca a razones morales no lleva a que tal enunciado se convierta en una norma moral. El carácter del

¹³⁸ Cfr. Nino, C.S., "Sobre los derechos morales", *op.cit.*, pág. 318.

enunciado no debe confundirse con el carácter de las razones en las que se apoya su aceptación.

Sin embargo, tiene razón Manuel Atienza cuando en su artículo "Lógica y argumentación jurídica"¹³⁹ sostiene que éste no es un argumento convincente ya que lo que decía Nino era que las razones jurídicas no son razones autónomas y esto es, precisamente, lo que los mencionados autores están reconociendo como correcto. Es decir, si una norma jurídica es aceptada por razones morales, entonces -como escribe Atienza- tiene pleno sentido decir que no es autónoma, y que la justificación es, en última instancia, moral.

(ii) Por lo que se refiere al segundo argumento, Moreso, Navarro y Redondo, citando a Byrce¹⁴⁰, señalan que no es preciso ningún razonamiento práctico como el reconstruido por Nino para mostrar que un enunciado es una norma jurídica. Solamente es preciso un razonamiento teórico apoyado en las siguientes definiciones:

Dfa: Si N es una norma soberana entonces N es jurídica.

Dfb: Si una norma jurídica N autoriza a un órgano O a dictar una norma N' y O dicta N, entonces N' es una norma jurídica.

Según los mencionados autores "no puede sostenerse que el razonamiento justificativo del juez deba, por **razones lógicas**, utilizar una premisa moral. Un razonamiento como el anterior es **suficiente** para que el juez justifique su decisión en el Derecho y la pregunta acerca de por qué debo obedecer las normas jurídicas, o en el caso del juez, por qué deben mis sentencias justificarse en normas jurídicas es una cuestión distinta y no puede contestarse más que apelando a alguna cuestión extra jurídica"¹⁴¹. Según Moreso, Navarro y Redondo, uno de

¹³⁹ M. Atienza, "Lógica y argumentación jurídica", *Calculemos... Matemáticas y Libertad. Homenaje a Miguel Sánchez Mazas*, ed. Trotta, (1996).

¹⁴⁰ Cita tomada de J. Raz, *The concept of Legal System*, Clarendon Press, Oxford, (1980), pág. 99.

¹⁴¹ Moreso, Navarro y Redondo, "Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial", *op.cit.*, pág. 252.

los posibles razonamientos de un juez acaba cuando muestra que de acuerdo al Derecho (de acuerdo a un código de normas) está obligado a dictar la sentencia S, y dicta S. Si S se deduce de una norma jurídica y de la descripción de los hechos relevantes, entonces S está justificada en el Derecho. Que el juez se pregunte acerca de si debe obedecer o no las normas jurídicas ya no es una cuestión referida a la obligatoriedad jurídica, sino de obligatoriedad de acuerdo a algún otro tipo de código normativo. Frente a lo que Nino sostiene, Moreso, Navarro y Redondo objetan que esta pregunta no está referida siempre a la obligatoriedad moral sino que, según ellos, puede ser referida a la obligatoriedad religiosa o a otro tipo de códigos normativos.

Los mencionados autores dudan de que la pregunta -en sentido normativo- acerca de por qué debe un juez identificar una norma jurídica deba ser respondida alegando una razón última. Incluso cuestionan por qué debe aceptarse como últimas las razones morales¹⁴². Para ilustrar su posición ponen el hipotético ejemplo de una sociedad en donde todos los órganos de aplicación y todas las autoridades piensen que sus reglas jurídicas son inmorales, pero las impongan por razones inicuas como p.ej. por conservar la dominación, y en donde los ciudadanos acepten las normas por convicción o por miedo. Decir, concluyen, que como esas razones son las últimas razones entonces son razones morales parece un criterio muy poco intuitivo para identificar normas morales.

De nuevo, creo que es acertada la argumentación de Atienza en contra de este argumento que pretende negar la necesidad de recurrir a razones morales en la fundamentación de soluciones jurídicas. Atienza sostiene que para evaluar la postura mantenida aquí por estos autores hay que aclarar qué significado tienen las expresiones "razones lógicas" y "es suficiente" al que hacen referencia en el párrafo que he transcrito más

¹⁴² Moreso, Navarro y Redondo, *op.cit.*, pág. 254.

arriba. Por lo que se refiere a la primera expresión, según Atienza, en el lenguaje ordinario, ésta se usa en un sentido lo suficientemente amplio como para poder afirmar que el razonamiento justificativo del juez debe, "por razones lógicas", utilizar una premisa moral: cuando el juez justifica una decisión basándose en una norma del Derecho vigente, cabría formularle la pregunta de por qué procede de esa manera y en ese proceso de argumentación llegaríamos tarde o temprano a una respuesta de tipo moral.¹⁴³

Por lo que se refiere a la expresión "es suficiente", escribe M. Atienza que, tanto en el esquema de Páramo, como en el que los autores proponen falta una premisa (que, en realidad, está implícita) que dijera: "se debe obedecer la norma...". El esquema que proponen los autores es *suficiente* como esquema de argumentación jurídica si se acepta como necesario que se deben obedecer las normas jurídicas. Pero, si consideramos que esto no es necesariamente así, entonces, como dice Atienza, es arbitrario querer, como quieren estos autores, detener ahí la argumentación.¹⁴⁴

Hemos visto que Moreso, Navarro y Redondo niegan que la aceptación de la regla de reconocimiento haya de llevar a algún tipo de razón última y también que las razones últimas tengan que considerarse razones morales¹⁴⁵. La respuesta que Atienza da a esto es la siguiente:

¹⁴³ No sucedería esto si por "razones lógicas" se entendiera sólo las razones que tienen que ver con el paso de ciertas premisas ya dadas a una conclusión. La competencia de la lógica se restringe a la comprobación de si las premisas establecidas –no importa como- llevan en efecto a la conclusión pretendida y, si se quiere, también a mostrar qué otras premisas, además de las explicitadas, se necesitan para llegar a la conclusión.

¹⁴⁴ M. Atienza considera que si lo que defienden Moreso, Navarro y Redondo es la tesis débil según la cual "la lógica no proporciona un argumento a favor de la relación necesaria entre Derecho y moral", entonces, tales autores tienen razón. No tendrían razón, sin embargo, si sostuvieran la tesis fuerte acerca de la separabilidad: la justificación jurídica es independiente de la justificación moral. Atienza, M. "Lógica y argumentación", en *op.cit.*, pág. 234.

¹⁴⁵ Moreso, Navarro y Redondo, "Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial", *op.cit.*, pág. 254.

- 1) En relación con la cuestión de por qué no detenerse en algún momento previo al moral en el proceso de inquirir razones de por qué aceptar la regla de reconocimiento, la contestación es que la apertura del discurso moral es una exigencia de racionalidad.
- 2) La segunda cuestión también implica problemas muy básicos concernientes al concepto de razón moral y de racionalidad práctica. El sostener que el enunciado de que el juez debe obedecer las normas jurídicas no tiene que referirse, necesariamente, a una obligatoriedad moral, sino que bien puede basarse en una obligatoriedad de tipo religioso, lo único que prueba -nos dice Atienza- es que, para algunos sujetos, las razones últimas -las razones morales- son de tipo religioso. Según este autor, al margen de las razones que uno pueda tener para rechazar un código moral que apele en última instancia al Corán o a la Biblia, no cabe, sin embargo, negar que ése es un tipo de moral. Por lo que se refiere al ejemplo de una sociedad imaginaria al que hacen referencia Moreso, Navarro y Redondo en su artículo para mostrar que las razones últimas pueden no ser morales, pone de manifiesto, como dice Atienza, que esos argumentos no prueban lo que los autores pretenden. En efecto, en la hipótesis acuñada por los mencionados autores, decir que como esas razones son las últimas razones entonces, son razones morales, resultaría, como ellos señalan, un criterio muy poco intuitivo para identificar normas morales. Pero, si esto es así, es, precisamente, porque los autores están asumiendo que éstas no pueden ser las razones últimas y que las razones morales son razones últimas.

(iii) En relación con el tercer argumento -admitir a las normas jurídicas como razones operativas autónomas supondría producir la desintegración del razonamiento práctico por la pérdida de su función-, Moreso, Navarro y Redondo señalan que la tesis de la fragmentación del discurso práctico -según la cual existen tantas justificaciones como sistemas normativos haya- puede interpretarse al menos en dos sentidos diferentes: (1) puede

entenderse normativamente, es decir, como una tesis que recomienda la existencia de múltiples perspectivas de justificación. Consecuentemente, la oposición a esta postura consistirá, también, en una tesis normativa: no debe fragmentarse el discurso práctico. Para este último punto de vista, la unidad del razonamiento práctico constituye una condición necesaria para que el mismo pueda cumplir con su función de resolución de conflictos prácticos. Según escriben los mencionados autores, esta afirmación presupone un concepto diferente de razonamiento práctico. Mientras que el concepto considerado previamente no hace referencia a un procedimiento *para resolver conflictos*, independientemente de su unidad o fraccionamiento, en cambio, el concepto de razonamiento que alude al cotejo o comparación de razones sí puede entenderse como un modo de resolución de conflictos prácticos. En este sentido, el razonamiento práctico es un método para elegir una, de entre dos o más razones en conflicto, i.e. la razón más adecuada, conveniente, etc.

Esta precisión -señalan- es indispensable para advertir que, mientras hablemos de razonamiento práctico en sentido clásico, su función no queda en absoluto afectada por la existencia de una pluralidad de marcos normativos a partir de los cuales se puede ofrecer una justificación. Consecuentemente -concluyen-, deberá ser otra razón, diferente a la pérdida de función, el fundamento de una tesis normativa contraria a la fragmentación del razonamiento práctico.

(2) Pero una posición diferente, y con presupuestos más fuertes, es la que supone una interpretación descriptiva de la tesis en cuestión, i.e. el razonamiento práctico *es* unitario y sostener su fragmentación es incurrir en error. Y es, precisamente, esta postura la que sostiene Nino y contra la cual estos autores dirigen sus críticas en el artículo del que aquí me ocupo.

Según escribe Nino en *La validez del Derecho*, tal error consiste “en una profunda incomprensión acerca de las reglas formales a que está sometido nuestro razonamiento

práctico en general que incluye una regla de prioridad que impide su desintegración; esa regla es que los principios morales son el último tribunal de apelación para justificar una acción que cae bajo su dominio; es decir, que las razones de índole moral excluyen cualquier otro tipo de razones en las situaciones en las que son aplicables”¹⁴⁶.

Escriben Moreso, Navarro y Redondo que analizar esta interpretación requiere destacar, nuevamente, la existencia de un significado distinto de la noción ‘razonamiento práctico’ y su función de ‘justificación’: en un sentido estrictamente lógico, la justificación puede entenderse como una relación de deducción existente entre las premisas y la conclusión de un argumento, sea éste práctico o teórico. La justificación en sentido lógico es ajena a la corrección material del argumento. Esto es, así como en un razonamiento teórico la validez del mismo no supone la verdad de las premisas, en un razonamiento práctico, la validez del argumento no supone la corrección o bondad de aquellas. Pero, sucede que la interpretación que discuten estos autores -tal y como ellos expresan- supone que hay razones mejores que otras y sólo las mejores razones justifican. Esto es – según escriben- lo que comúnmente se distingue con expresiones como justificaciones *prima facie* y justificaciones concluyentes. Esta tesis supone un concepto más comprensivo y no descriptivo de justificación y, además, supone la existencia de una respuesta única a la pregunta acerca de las razones adecuadas. En efecto, para que haya unidad es imprescindible que no existan dos razones igualmente correctas (concluyentes) que justifiquen acciones diferentes. Esta posición tiene que negar, en última instancia, un pluralismo valorativo porque de lo contrario dejaría abierta la posibilidad de dos marcos para la justificación igualmente plausibles y, con ello, reaparecería el fraccionamiento del razonamiento práctico que se pretendía impugnar, aun cuando esto ocurra dentro del ámbito de la moral ideal. Conforme a esta posición, pues, el razonamiento práctico

¹⁴⁶ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 65.

justificativo no es solamente un razonamiento lógico, sino que requiere, además, la corrección material del mismo, ie. la bondad de las premisas. Además, es necesario que para cada situación de justificación sólo haya una premisa que lo sea¹⁴⁷.

En opinión de Moreso, Navarro y Redondo, una tesis de este tipo debe afrontar un problema particularmente grave a la hora de identificar cuál, de entre todas las alternativas, es *la* premisa correcta. Las diferentes respuestas ofrecidas a este problema epistémico y la inexistencia de un método infalible de búsqueda parecen demostrar que, aun admitiendo los mencionados presupuestos de esta tesis, estamos irremediabilmente limitados a esbozar diferentes marcos normativos que, por ser considerados los más plausibles, se proponen como puntos de partida de la justificación. Esto les lleva a concluir que, dadas nuestras limitaciones epistémicas, la fragmentación es inevitable.

En opinión de Atienza, sin embargo, pueden aducirse tres razones en contra de la corrección del anterior argumento: (1) la primera es que los autores están de alguna manera confundiendo el relativismo moral en cuanto tesis descriptiva y en cuanto tesis metaética. La tesis de Nino supone -apunta Atienza- el rechazo del relativismo metaético, pero, es perfectamente compatible con el pluralismo axiológico entendido como la existencia –de hecho- de códigos morales plurales. Por otro lado -continúa Atienza-, de la existencia en el plano subjetivo de varias respuestas a un mismo problema que pretenden ser correctas no se sigue que en el plano objetivo existan diversas respuestas correctas (aunque tampoco lo contrario: que exista una sola respuesta correcta). Si las cosas son así, entonces no hay argumento que pueda sustentar la tesis del relativismo en un plano que no sea el puramente descriptivo;

¹⁴⁷ J.J.Moreso, P.E.Navarro y M.C.Redondo, *op.cit.*, pág. 255.

(2) la segunda razón –estrechamente vinculada a la anterior- es que la existencia de “dos marcos justificativos igualmente plausibles” no lleva consigo el “fraccionamiento del razonamiento práctico” cuando se trate de dos sujetos distintos o de un mismo sujeto pero en momentos temporales distintos. Es decir, lo que excluye la tesis de la unidad del razonamiento fraccionamiento práctico es que un mismo sujeto acepte como igualmente plausibles normas o principios morales incompatibles entre sí; esto es, lo que se excluye es, precisamente, el relativismo moral en cuanto tesis prescriptiva.

Finalmente, añade Atienza, (3) la tercera razón es que la argumentación de Moreso, Navarro y Redondo –al menos la tesis fuerte que podría desprenderse de su argumentación¹⁴⁸- presupone que la justificación jurídica se puede reducir a justificación lógica (es decir, justificación en el sentido de que la conclusión se sigue necesariamente de las premisas) y que, por tanto, no se necesita para nada lo que ellos llaman “el sentido valorativo de justificación” (es decir, justificación en el sentido de que las premisas de que se parte son correctas o adecuadas en algún sentido moral). Pero esta presuposición es, en opinión de Atienza, infundada.

Y es este, precisamente, el punto donde Nino centra su replica a las objeciones que le dirigen los mencionados autores.

En este sentido escribe Nino que lo que interesa para el tema en discusión no es el sentido “puramente lógico” de justificación como derivación del contenido de una decisión de algún enunciado, sino el sentido de justificación como derivación de un enunciado válido, correcto, plausible o verdadero. En este sentido el concepto de ‘validez’ que es relevante para esa justificación no puede depender solamente de (a) otras normas jurídicas, ni de (b) hechos,

¹⁴⁸ En realidad, como ya señalé antes, según M. Atienza, la tesis última articulada expresamente por estos es una tesis débil con la que el estaría de acuerdo “la lógica no proporciona un argumento a favor de la relación necesaria entre Derecho y Moral”, Atienza, M., "Lógica y argumentación", *op.cit.*

ni de (c) normas extra-sistemáticas que sean meramente presupuestas como hipótesis, ni de (d) normas que se refieran solamente a los intereses del hablante. La justificación jurídica, o sea la justificación que recurre a una norma jurídica que se supone válida, debe depender en última instancia para fundamentar esa validez, de (a) normas, que sean (b) categóricamente aceptadas, (c) por su contenido, y que (d) pretendan tomar en cuenta imparcialmente los intereses de todos los afectados. Esto es, según concluye Nino, de normas morales¹⁴⁹.

Redondo, en trabajos posteriores¹⁵⁰, sigue manteniendo su postura y considera que frente a las objeciones en contra del enfoque positivista y su imposibilidad de explicar la normatividad de las disposiciones jurídicas,¹⁵¹ es decir, de explicar "en qué modo, y en qué condiciones, el Derecho establece un 'genuino' deber de actuar, el positivismo debe mostrar que es capaz de explicar esta propiedad en el interior de su propio esquema teórico, es decir, del esquema teórico que separa el Derecho de la moral¹⁵². Redondo, en el mencionado trabajo, sigue rechazando "la formulación habitual del llamado principio de unidad del razonamiento práctico"; esto es, de una tesis como la sostenida por Nino, según la cual "existe un conjunto de principios últimos del razonamiento práctico" integrado por "los principios morales, que

¹⁴⁹ Nino, C.S., "Respuesta a J.J. Moreso, P.E. Navarro y M.C. Redondo" en *Doxa* n°11, (1992).

¹⁵⁰ Redondo, C., *La noción de razón para la acción*, ed. Centro de estudios constitucionales, pág.239-252, 1996, *Sulla rilevanza pratica del Diritto*, 1999, *Normativity in Legal Context*, 2000. Las citas de estos dos últimos trabajos que aparecen a continuación las tomo del análisis que de la tesis de la fragmentación de la unidad del razonamiento práctico según C. Redondo hacen M. Atienza y J. Ruiz Manero en "Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho", *op.cit.*

¹⁵¹ Esta insatisfacción que produce el positivismo cuando sostiene la existencia de deberes jurídicos como algo independiente de los deberes morales puede verse reflejada también en este párrafo de F. Laporta "Una obligación que por sí misma sea una razón para la imposición de un castigo es, sin duda, una obligación muy fuerte. Tan fuerte que es necesario que se nos diga en qué se diferencia de la obligación moral. Es decir, que se nos diga específicamente en qué se diferencia ese 'debe' jurídico del 'debe moral'. Y eso es, justamente, lo que no se puede hacer con la teoría de Hart", Laporta, F., *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, (1993), pág. 93.

¹⁵² Redondo, C., *Sulla rilevanza pratica del diritto*, (1999), pág. 206.

confieren homogeneidad y prevalecen sobre todos los demás discursos prácticos" y ello implica que el Derecho sólo logra "constituir deberes genuinos" si es "conforme a los principios morales" o regula "situaciones que son indiferentes desde el punto de vista de tales principios"¹⁵³. El fundamento de la conexión necesaria entre la justificación jurídica y la justificación moral se encuentra en un rasgo atribuido a todo razonamiento involucrado en una justificación: el carácter unitario; y, tal y como señala Redondo, es precisamente esta peculiaridad la que se afirma que no es tenida en cuenta por el positivismo cuando admite que el argumento justificativo judicial puede finalizar correctamente en una premisa jurídica. Desde este punto de vista, la tesis positivista implica fragmentar el razonamiento, violando una de las reglas fundamentales de la argumentación práctica que exige su unidad bajo un conjunto de pautas morales.

Antes de pasar a ver cual es la tesis alternativa defendida por Redondo, según la cual el Derecho y la moral, así como otros ordenes normativos, aparecerían en el mismo plano generando deberes genuinos sin que ello implique la negación de esa unidad del razonamiento, voy a dar cuenta de algunos elementos más de su análisis para tratar de ver qué proceso argumentativo le ha llevado a sostener tal postura. Quizá en presupuestos más profundos esté el núcleo del debate entre esta autora y la tesis defendida, entre otros, por Nino.

En su trabajo *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*,¹⁵⁴ Redondo señalaba que la expresión 'principio de unidad del razonamiento práctico' es ambigua pues tal enunciado ha recibido distintas interpretaciones; si bien, en cualquier

¹⁵³ Redondo, C., *op.cit.*, pág. 211.

¹⁵⁴ Redondo, C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, *op.cit.*, pág. 239 y ss.

caso -añade- involucra, al menos, dos elementos: (i) una concepción general de la racionalidad conforme a la cual existe una jerarquía entre las diversas pautas justificativas existentes y (ii) la aceptación de que existe un conjunto de normas morales, constitutiva del último peldaño en esa jerarquía de pautas de justificación. Como acertadamente expresa Redondo, conforme a la idea de unidad, si el argumento que fundamenta un deber es correcto, lo es en un único sentido. Aunque existen distintos tipos de discursos prácticos, por ejemplo, el discurso político, el jurídico, el moral, el religioso, etc, quienes sostienen la unidad del razonamiento práctico consideran que todos ellos están integrados por medio de un conjunto de pautas últimas, a las que se concede el rango de moral ideal o verdadera. Bajo esta hipótesis, la corrección del argumento del juez no puede considerarse como relativa al ámbito jurídico¹⁵⁵ puesto que esto significaría admitir un punto de vista parcial o insular y, con ello, el fraccionamiento del discurso práctico. La mayor parte de los filósofos preocupados por el tema de la justificación judicial acepta explícitamente este principio de unidad¹⁵⁶.

Según Redondo, la propuesta de unidad del razonamiento práctico puede concebirse como una tesis de ética descriptiva o como una tesis de metaética; a su vez, puede entenderse en un sentido subjetivo o en un sentido objetivo. Además, a todas

¹⁵⁵ En este sentido escribe Nino, C.S. " Hay quienes se sienten tentados a hablar de una justificación moral, otra jurídica, otra prudencial, etc, como si se tratara de justificaciones independientes de las acciones. Esto implicaría una desintegración del razonamiento práctico que frustraría el objeto de la pregunta acerca de la justificación de las acciones: alguien podría saber que su conducta no está justificada moralmente pero que sí lo está jurídicamente o prudencialmente, y no saber aún cómo, en definitiva, debe actuar. El razonamiento práctico presupone una jerarquización de razones que evita esa situación: las razones prudenciales justifican acciones sólo cuando no son desplazadas por razones morales; no hay, en cambio, razones jurídicas autónomas sino que la existencia de ciertas normas jurídicas constituye una razón auxiliar que sólo justifica una decisión cuando se combina con razones morales o prudenciales adecuadas", Nino, C.S., *Ética y derechos humanos, op.cit.*, pág. 112.

¹⁵⁶ Este es el caso de D.Richards, J. Raz, Nino, C.S., P.Soper, M.Atiienza, J. Ruiz Manero y J.C.Bayón Mohino. Tomo la referencia de Redondo, C., *La noción de razón para la acción*, pág. 240, pie de pág. 50.

estas posibilidades hay que agregar la posibilidad de una tesis normativa. El principio de unidad puede defenderse en cualquiera de estas diferentes formas. Lo que interesa - nos dice Redondo- es identificar bajo cuál de ellas el fraccionamiento práctico constituye un error. Es decir, cuál de ellas muestra el carácter necesario de la unificación entre distintos órdenes de justificación, en especial, la unificación de la justificación jurídica con la justificación moral.

Veamos en qué consisten las distintas posibilidades:

(1) Como ejemplo de postura que defiende la unidad del razonamiento práctico bajo premisas morales sustentada como una tesis de ética descriptiva o sociológica referida a los diferentes tipos de discursos justificativos (argumentos prácticos) objetivamente válidos, Redondo cita el siguiente párrafo de Nino: "Lo que trato de defender es que el discurso moral de la modernidad tiene un carácter imperialista que impide la subsistencia de discursos justificativos insulares [...] Las cosas podrían ser diferentes de lo que son, y podríamos vivir bajo una cultura en la que hubiera discursos jurídicos insulares"¹⁵⁷.

Es cierto que este párrafo aislado de Nino podría hacernos pensar que éste defiende sólo una tesis puramente contingente acerca de la unidad y, si así fuera, Redondo tendría razón cuando sostiene que tal tesis, en cuanto que tesis descriptiva, podría ser verdadera o falsa respecto de una sociedad determinada, en un momento y en un lugar específicos. Más adelante, me ocuparé del supuesto "relativismo" implicado por la postura de Nino. De momento, sigamos viendo la trayectoria argumentativa de C. Redondo.

¹⁵⁷ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 79.

(2) Según esta autora, otra de las formas de entender el principio de la unidad es como tesis referida al razonamiento subjetivo de un agente. Esta puede ser mantenida como tesis psicológica. Afirmar la unidad del razonamiento es afirmar la imposibilidad de que una misma persona pueda desdoblar la propia jerarquía de preferencias o pautas en las que apoya su argumentación en un momento determinado¹⁵⁸. Cuando la tesis de la unidad del razonamiento individual se considera válida sin la restricción temporal, pierde su carácter descriptivo. En esta hipótesis, el principio de unidad se defiende o bien como una definición o bien como una pauta normativa de racionalidad. En el primer caso significa que para que un agente pueda ser calificado como agente racional ha de juzgar y justificar sus decisiones manteniendo una posición consistente con una escala de prioridades determinada¹⁵⁹. Por su parte, la idea de unidad, entendida como un principio normativo, consiste en un requerimiento tanto de jerarquización de las propias preferencias internas, como de razonamiento y de actuación conforme con la jerarquía establecida. Esta versión subjetivista del principio tampoco muestra -nos dice Redondo- que se cometa un error al no considerar a la moral como último parámetro unificador de toda justificación. Las pautas morales tendrán este status sólo si figuran como las preferencias de mayor jerarquía del individuo que razona. Para aquellos cuyas preferencias últimas no están constituidas por razones morales, el principio de unidad del razonamiento es válido, pero no guarda relación alguna con la moral. En todo caso, sólo habilita a afirmar que si un individuo emprende razonamientos prácticos (y actúa conforme a ellos) sin ser

¹⁵⁸ Redondo, C., *op.cit.*, pág. 242.

¹⁵⁹ *Ibidem.*

consistente con su propia escala de preferencias, o bien pone en duda su condición de ser humano racional, o bien se hace acreedor a un reproche por irracionalidad.

Y, en opinión de la autora, en cualquiera de las interpretaciones señaladas hasta aquí, la única forma de llegar a sostener la moral como patrón unificador del razonamiento del individuo es vaciándola de contenido atribuyendo, para ello, calidad moral a cualquier principio que ocupe el rango más alto dentro de la escala de preferencias o de pautas aceptadas. Por lo demás, y al margen de estas posibilidades, nos dice Redondo que la idea de unidad del razonamiento, interpretada como una pauta de racionalidad referida al razonamiento psicológico del individuo, es aceptada de manera general. Pero, así entendida, -añade- es perfectamente compatible con la admisión de diversos marcos objetivos de justificación y, por consiguiente, con la tesis positivista que afirma que el esquema de argumentación judicial puede terminar correctamente en una premisa jurídica, sin necesidad de recurrir a una premisa moral¹⁶⁰. Esta interpretación de la tesis de la unidad del razonamiento práctico parece ser la que Redondo propone como alternativa a la tesis de la unidad bajo el patrón de la moral en su trabajo *Sulla rilevanza pratica del diritto* cuando sostiene que "todo individuo puede, y si es racional debe, realizar una comparación entre todas las razones -de todos los tipos- aplicables a un caso individual, y a partir de tal valoración derivar un deber concluyente de actuar. Y esto es lo que significa actuar racionalmente"¹⁶¹. Lo que sucede, además, sostiene Redondo, es que la comparación, que desemboca en la determinación del curso racional de acción, de aquello que se debe hacer después de haber tomado en consideración todas las alternativas exige

¹⁶⁰ Redondo, C., *op.cit.*, pág. 143.

¹⁶¹ Redondo, C., *Sulla rilevanza pratica del diritto*, *op.cit.*, pág. 211

criterios últimos neutrales respecto de todos los ámbitos. Y esto en el sentido de que "no debería postularse que ellos mismos son, siempre y necesariamente, criterios de un determinado tipo" y tales criterios últimos "deben jerarquizar razones o deberes, y no sistemas normativos (p.ej. la moral por encima del Derecho o el Derecho por encima de la moral). Esto es, no deben dar prioridad necesaria a ninguno de los ámbitos prácticos".¹⁶² Sobre las dudas que suscitan estos denominados "criterios últimos" volveré más adelante.

(3) Otra manera de entender el principio de unidad es -escribe Redondo- como una propuesta de nivel metaético. Es decir, como una condición que debe satisfacer toda concepción de ética normativa, o de racionalidad. Aquí la autora comienza explorando la idea de unidad como concepción sistemática (versión débil del principio de unidad del razonamiento práctico); en este caso, escribe Redondo, la pregunta por la corrección de un razonamiento práctico tendrá una respuesta unívoca, es decir, en última instancia, debe haber una sola forma válida de juzgar un argumento práctico. Esta noción sistemática de unidad no excluye, sin embargo, la posibilidad de coexistencia de múltiples concepciones normativas. Algunas de ellas establecen que, en determinadas circunstancias, hay más de una perspectiva correcta para evaluar una situación: por ejemplo, cuando se admite la legitimidad de ciertas razones excluyentes. Una concepción normativa sistemáticamente unitaria, puede admitir el fraccionamiento del razonamiento en el sentido de que, en una misma situación, está justificado hacer algo diferente de lo que estaría justificado hacer, consideradas todas las cosas¹⁶³. Así mismo, aún cuando se niegue la posibilidad antes mencionada y se

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ Raz, postscriptum a la 2ª ed. de *Razón práctica y normas*, *op.cit.*, pág. 229-231.

insista en que toda concepción normativa se asienta en una última instancia de principios que unifican el juicio acerca de la corrección de un argumento, el fraccionamiento -nos dice Redondo- no queda descartado. Si dicho conjunto de principios es diferente en cada concepción reaparece la pluralidad de los marcos de evaluación y con ella, el fraccionamiento. Según la autora, entonces, los críticos del positivismo no pueden objetar la tesis de la suficiencia de la justificación jurídica, sustentándose sólo en la idea de unidad sistemática de distintos tipos de discursos normativos bajo un conjunto de principios últimos, sino que para demostrar el error del fraccionamiento es necesario demostrar que también es un error admitir que existe una pluralidad de puntos de vista igualmente correctos. Y es que, según la autora, tal pluralidad de puntos de vista, aún cuando cada uno de ellos constituya una articulación unitaria de distintos tipos de discursos normativos, implica la fragmentación de los parámetros de evaluación de los argumentos prácticos en sentido objetivo.

Parece pues que lo que sucede es que los presupuestos metaéticos de la tesis de la unidad y de la tesis de la fragmentación son distintos. Como afirma Redondo, la forma de evitar la fragmentación por ella apuntada sería defendiendo una concepción fuerte de unidad y exigiendo (i) que el conjunto de principios últimos sea también único y (ii) que dentro de ese conjunto único no haya pautas que, siendo incompatibles, tengan igual rango o sean incomparables. Es decir, es preciso postular, a nivel metaético, la existencia de una única forma válida de justificación¹⁶⁴. Y es esta, precisamente, la tesis metaética de Nino, quien, como tuve ocasión de señalar, enraza su posición acerca de la moral en el proyecto universalista y objetivista kantiano

¹⁶⁴ Redondo, C., *La noción de razón para la acción*, *op.cit.*, pág. 245.

(aunque, a diferencia de éste, los principios se constituirían a partir de los presupuestos del dialogo o discurso moral y no de forma monológica).

Tal requerimiento metaético de unidad se opone, tanto al escepticismo respecto a las razones para la acción como a la posibilidad de que haya una pluralidad de propuestas admisibles de razones para la acción. Y, además, una consecuencia inevitable es el compromiso con la existencia de razones independientes de toda construcción teórica (ya que si se admitiera que las razones dependen de una teoría normativa entonces, como concluye Redondo, la pluralidad reaparecería). Sólo bajo la presuposición de que existe una única concepción normativa correcta, el fraccionamiento justificativo que defiende el positivismo jurídico constituye -según Redondo- un error¹⁶⁵.

Pero ante esta conclusión, Redondo avanza un nuevo argumento que, en su opinión, apunta nuevas dificultades. La defensa de un postulado de unidad en sentido fuerte no implica -sostiene la autora- que el conjunto de pautas de justificación correctas ya haya sido identificado. Lo que sucede, en opinión de Redondo, es que esta empresa de identificación de los principios morales o pautas de justificación correctas tropieza con un obstáculo hasta ahora insalvable: satisfechas determinadas condiciones, cada intento de individualizar los principios morales correctos constituye una teoría moral diferente. Toda teoría moral es la propuesta de un conjunto de pautas (criterios) de corrección de acciones. Y esto hace necesario que, a nivel metaético, se cuente con algún criterio que permita establecer qué teoría moral propone las pautas realmente correctas.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

Sin embargo, sostiene la autora, tenemos que afrontar dos fuentes de dificultades epistémicas:

(1) la primera dificultad radica en la aplicación del criterio correspondentista de verdad. Preguntarse por la verdad de una teoría normativa, es equivalente a preguntarse por cuáles son las razones existentes. La identificación de semejantes razones, que son el fundamento de verdad de una teoría normativa, no puede depender a su vez de una teoría normativa. Esto conduciría a su vez a un razonamiento circular. Ellas necesitan ser independientes de las teorías, puesto que son las que permiten identificar cuál es la teoría correcta. En opinión de Redondo, tesis como la de Nino que adoptan una postura constructivista sobre la que apoyan la defensa de la unidad del razonamiento práctico son equivocadas. Si las razones objetivas son los datos que permiten verificar o falsar las teorías normativas y demás creencias morales vigentes, entonces, dichas razones no pueden depender ni de las teorías ni de las creencias de los individuos. Y, en su opinión, la idea de unidad objetiva del razonamiento práctico, sumada a una concepción de la verdad como correspondencia, exigiría la aceptación del realismo moral¹⁶⁶.

Veamos la segunda dificultad apuntada por Redondo y que estaría, por lo demás, vinculada a la primera.

(2) dados los inconvenientes que plantea el acceso al conocimiento de las razones morales, pueden sugerirse dos formas de solución: o bien se rechaza la interpretación del criterio de verdad como correspondencia, adoptándose p.ej., una concepción coherentista de la verdad moral; o bien, se estipulan las razones con las que los principios normativos deben corresponderse para considerarse correctos. La

¹⁶⁶ Redondo, C., *op.cit.*, pág. 246.

primera opción debe desecharse si se pretende garantizar la unidad en sentido fuerte. Si lo único que se exigiese a nivel metaético fuese la verdad en el sentido de coherencia, debería admitirse la posibilidad de que una pluralidad de concepciones satisfagan esa condición. La segunda opción es la que se adopta, p.ej. cuando se define lo 'correcto' como aquello que provoca el incremento de la felicidad general. Dicha posición propone la felicidad general como la única razón justificativa, y sostiene que la verdad o corrección de un principio moral consiste en su capacidad instrumental para promoverla.

Sucedee, sin embargo, que es posible que distintas concepciones metaéticas, a pesar de sustentar el principio de unidad, propongan razones justificativas diferentes de la felicidad general, a la luz de las cuales serán distintos los conjuntos de principios que resulten moralmente correctos. Consecuentemente, concluye la autora, a nivel metaético aparece el mismo problema que surge en el nivel de la ética normativa. Así como la existencia de múltiples teorías normativas exige contar con un criterio para decidir cuál de ellas es la correcta, también la existencia de diversas propuestas metaéticas exige algún parámetro que permita determinar cuál es la concepción metaética correcta. En definitiva, según su argumentación, aún si se presupusiese la existencia de un único conjunto correcto de criterios de validez de los argumentos prácticos, las limitaciones epistémicas para identificar ese conjunto conducirían, inevitablemente, al fraccionamiento del razonamiento en sentido subjetivo, y tornarían inaplicable la idea de unidad en sentido objetivo¹⁶⁷.

Redondo parece pues cerrar su argumentación con la conclusión según la cual las dificultades epistémicas para hallar no sólo qué principios morales son válidos,

¹⁶⁷ Redondo, C., *op.cit.*, pág. 247.

sino, incluso, cómo hemos de hallar tales principios (esto es, para optar entre distintos proyectos metaéticos) nos ha de llevar a sostener no la tesis de la unidad sino la tesis de la fragmentación o una tesis alternativa de la unidad del razonamiento como la que ella sostiene; esto es, una tesis que sostuviera que la unidad sería algo que sólo se puede predicar en relación con el esquema de razonamiento de cada individuo y que, por lo tanto (salvo que optáramos por un vaciamiento del concepto de moral) no necesariamente se apoyaría siempre en el patrón de la moral.

En opinión de la autora, entonces, lo que sucede es que quienes sostienen el principio de unidad a nivel metaético no demuestran que el fraccionamiento constituya un error, sino que lo postulan a través de los conceptos que proponen. La idea de unidad es un axioma y conforme a él, hay un único concepto de corrección y de deber.

Esto es, en su opinión, lo que sucedería con la idea de unidad que defiende Nino (para quien -tal y como ella escribe- la tesis de la unidad no se refiere sólo al razonamiento psicológico de los agentes que justifican una decisión, sino a los esquemas válidos de argumentación, que aparecerían respaldados en última instancia por un conjunto último de pautas morales que serían las únicas que proveerían razones justificativas genuinas). Para Nino, en efecto, un argumento práctico (y la justificación que por medio de él se brinda) es válido o inválido (correcto o incorrecto) desde un solo punto de vista: el de la moral objetiva. Y de esto se deduce, como expresamente señala la autora, que el principio de unidad impone una conexión justificativa y una subordinación del Derecho a la moral. La fuerza normativa de los denominados deberes jurídicos viene dada en última instancia por su conexión más o menos directa con la moral.

Pero Redondo sostiene que la defensa coherente de este principio lleva a una posición esencialista respecto del significado de 'deber'. La unidad del razonamiento supondría, necesariamente, la unidad de la noción de deber.

Sucede, sin embargo, que -nos dice Redondo- si se aceptase el carácter convencional del significado de 'deber', habría que aceptar la posibilidad de diversos sentidos en que algo puede ser debido. Sería posible -escribe la autora- contar con cuantos tipos de deberes se decidan deliberadamente entrando esto en contradicción con el principio de unidad. Luego, suscribir la tesis de la unidad implica abandonar una postura convencionalista acerca del concepto de deber.

Independientemente de los argumentos a favor o en contra del esencialismo conceptual, lo que la autora crítica a Nino es su compromiso con una postura esencialista.¹⁶⁸ El problema de esta posición -escribe C. Redondo- no reside en la reapertura de la discusión esencialismo-convencionalismo, sino el retorno a la asimilación de conceptos del ámbito del 'deber ser' a conceptos del ámbito del 'ser' que, por lo demás, mostraría la conexión entre el iusnaturalismo actual y el iusnaturalismo clásico-. El esencialismo conceptual está supuesto en la idea de unidad del deber a nivel metaético, del mismo modo que el convencionalismo conceptual está supuesto en la idea relativista del deber a nivel metaético. La interpretación objetiva del principio de unidad del razonamiento práctico torna necesario el esencialismo respecto de los conceptos de deber, de corrección y, sobre todo, de razón para la acción que, en esta concepción, es primario respecto del deber¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Redondo, C., *op.cit.*, pág. 249.

¹⁶⁹ Redondo, C., *op.cit.*, pág. 251.

En su opinión, la afirmación de que, en virtud del principio de unidad del razonamiento práctico, la justificación judicial es una especie de justificación sustantiva y moral tiene carácter retórico ya que (1) si la noción de unidad se interpreta en sentido débil la afirmación es vacua; puesto que sólo significa que la justificación jurídica presupone ciertas premisas últimas que por esa única razón se llaman morales; (2) si la unidad se entiende en sentido fuerte, entonces es impracticable; puesto que aunque se postule la inadmisibilidad de otros parámetros de justificación que no sean los de la moral crítica o verdadera, los diversos intentos de identificar cuál es esa moral conducen al fraccionamiento. Por lo tanto, concluye que si el análisis desarrollado es correcto, en ninguno de los sentidos propuestos el principio de unidad puede mostrar la necesidad de que, para dar una justificación sustantiva, el juez deba remontarse a una moral ideal. Aunque existiesen razones objetivas (y, conforme a ellas, un conjunto único de pautas de justificación sustantiva) es imposible exigir este tipo de justificación. Las dificultades epistémicas que se le presentarían al juez, al momento de cumplir con su obligación de dar la justificación correcta, son las mismas que se presentarían al momento de intentar evaluar si logró cumplir con su obligación¹⁷⁰.

El rechazo del esencialismo, y con él, el del principio de unidad, no clausura la posibilidad de diseñar teorías normativas, i.e. teorías sobre las razones sustantivas para la acción, que permitan resolver conflictos prácticos. Claro que, sólo el acuerdo respecto de una determinada teoría permitiría brindar o criticar 'objetivamente' una justificación sustantiva y, en su caso, exigir su cumplimiento¹⁷¹.

¹⁷⁰ Redondo, C., *op.cit.*, pág. 252.

¹⁷¹ *Ibidem*.

Pero ¿es correcta la argumentación de Redondo?. Me ocuparé aquí de dos puntos de su razonamiento que no me parecen satisfactorios. Uno ya lo apunté, el otro surge a partir de las consideraciones de la autora acerca del esencialismo y del convencionalismo.

(1) Retomo el primero. Ya señalé que resulta por lo menos dudoso el paso que da la autora tratando de apoyar la tesis del fraccionamiento a partir de las dificultades epistémicas con las que nos venimos enfrentando a la hora de tratar de dilucidar cuáles son los principios morales válidos. Por supuesto a esto se podría objetar que de la debilidad de este punto no se deriva la fuerza de la tesis de la unidad apoyada en la pretensión objetivista construida p.ej al modo de teorías metaéticas del discurso como hace Nino,¹⁷² pero quizá algo de fuerza existe en el enraizamiento que estas teorías tienen en rasgos que caracterizarían al hombre como ser social, y que de alguna forma determinan la participación de éste en determinadas prácticas comunicativas y de discusión en las no puede dejar de incurrir en algún tipo de contradicción si niega la corrección de determinados principios que él mismo está afirmando al participar en tal práctica. En este sentido p.ej. escribe Alexy que "la manifestación de una aseveración significa ingresar en el ámbito de la argumentación y [...] quien nunca en su vida efectúa una aseveración (como acto lingüístico con el que se formula una pretensión de verdad o corrección) y no ofrece ninguna fundamentación (mostrando razones por las que asevera) no participa en aquello que uno puede llamar la 'forma de vida más universal de la persona.[...] La tesis sobre la forma de vida más universal de la persona

¹⁷² Cfr. Alexy, R., *El concepto y la validez del Derecho*, op.cit., pág. 136 y ss. También el constructivismo de Nino tiene sus raíces en las teorías del discurso. En los presupuestos y rasgos del discurso moral a partir de los cuales pueden construirse los principios morales válidos. Como vimos, el debate y el resultado del discurso son fuertes indicios con valor epistémico acerca de cuáles son tales principios morales válidos. Nino, C.S., *El constructivismo ético*, Op.cit., *Ética y derechos humanos*, op.cit.

es conciliable con el hecho de que existen diferentes formas de vida.[...] Puede suceder que debido a tabúes, tradiciones o terror estos universales tengan muy poca vigencia en la realidad. Pero sólo desaparecerían totalmente si los miembros de una forma de vida pierden, completa y definitivamente, su capacidad de formular la pregunta ¿por qué?"¹⁷³.

En cualquier caso, y retomando, concretamente, el punto acerca de las dificultades epistémicas en la identificación de principios morales objetivos, creo que puede volver a resultar pertinente la respuesta que daba Nino al mencionado artículo que escribió Redondo manteniendo esta misma posición junto con Moreso y Navarro. Estas eran las palabras de Nino: "Que 'no existen dos razones igualmente correctas (concluyentes) que justifiquen acciones diferentes' es supuesto, por lo menos en muchos casos, por todos los seres humanos que actúan intencionalmente" y, además, especialmente en este caso -como en el también controvertido de si existe el mundo exterior, objetos físicos, u otras mentes, o leyes de la naturaleza o números- esto "puede ser motivo de perplejidad y de esfuerzos denodados de fundamentación, pero su negación lisa y llana difícilmente pueda hacerse sin recurrir a presupuestos más débiles que él mismo. Los autores tienen derecho a no estar conformes con las respuestas que se ha intentado dar a este problema epistémico [...]sin embargo tienen menos derecho a suponer que ninguna se va a poder nunca dar, y que, por lo tanto, hay que contentarse, en la filosofía del Derecho, con sentidos de 'justificación' cuyas implicaciones pueden resumirse en el slogan: 'todo vale, menos la contradicción' "¹⁷⁴.

¹⁷³ Alexy, R., *El concepto y la validez del Derecho*, op.cit., págs. 146-147. Nagel, T., *The possibility of altruism*, op.cit.

¹⁷⁴ Nino, C.S., "Respuesta a J.J.Moreso, P.E.Navarro y M.C. Redondo", *Doxa* 11, (1992), pág. 261-264.

(2) Esto me permite introducir el segundo punto que no se presenta -en mi opinión- como convincente en la argumentación de Redondo: su crítica al esencialismo en el que se apoyaría Nino al tratar de buscar el sentido de justificación correcto.

Identificado el ámbito de la realidad que tratamos de reconstruir y teniendo en cuenta cuáles son las funciones que ese aspecto de la realidad cumple en la vida de los seres humanos, me parece que no supone incurrir en un esencialismo conceptual ilegítimo el señalar que, al margen de problemas epistémicos, el concepto de deber que a los efectos nos interesa es un concepto de deber que aparezca, tratándose como se trata de reconstruir cual es el instrumental conceptual necesario que precisamos para justificar acciones y decisiones que van a afectar a terceros, unido a la idea de razones sustantivas morales válidas. Y creo que tampoco implica asumir un esencialismo ilegítimo reivindicar que la concepción de la moral que se deriva de presupuestos más profundos de nuestro razonamiento implica una moral que se proyecta como discurso no sólo último sino que impregna -con las especificidades ya vistas en los apartados anteriores- otros discursos prácticos. Y, que es difícil salirse de esto, parece poder ser ilustrado con la propia propuesta de la autora en sus más recientes trabajos antes mencionados. Ya apunté, que quedaba pendiente de ver cuáles son esos criterios últimos de resolución de conflictos entre distintos tipos de deberes (moral, jurídico, religioso) que deben ser neutros respecto de los "diversos ámbitos prácticos". Parece que tienen razón M. Atienza y J. Ruiz Manero cuando sostienen que "la razón de ello es -posiblemente- que el propio intento de descubrir, o de construir, tales criterios últimos, neutrales respecto al Derecho y la moral, es un intento vano. Y ello porque un criterio último es un criterio que se acepta como tal no porque haya sido prescrito por

alguien, o porque constituya una práctica social, sino, exclusivamente, por sus propios méritos. Y ello es, precisamente, lo característico de los criterios, o principios morales"¹⁷⁵.

4. LA TESIS DE LA UNIDAD DEL RAZONAMIENTO PRÁCTICO: LA TESIS DEL CASO ESPECIAL.

Los trabajos de Nino sobre el razonamiento práctico (moral y Derecho) se enmarcan en la tradición kantiana de la razón práctica¹⁷⁶, apoyada en la idea de universalidad. Dentro de tal tradición, los trabajos de nuestro autor pueden verse dentro del movimiento filosófico que defiende lo que se ha denominado teoría del discurso; movimiento al que como es sabido pertenecen autores como Apel, Alexy, Habermas etc. Este movimiento se caracteriza por considerar que el discurso práctico es un procedimiento de argumentación en el que se esgrime una pretensión de corrección¹⁷⁷. Además, estos autores, como tuve ocasión de apuntar en la introducción de este capítulo, sostienen lo que se viene denominando la tesis de la unidad del razonamiento práctico en el plano metaético. Esto les ha llevado, como también he tenido ocasión de exponer, a sostener que el razonamiento jurídico justificativo, esto

¹⁷⁵ Atienza, M. y Ruiz Manero, J., "Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho", pág. 6.

¹⁷⁶ La idea misma de la razón práctica no ha sido una idea fuera de controversia. Escribe Alexy que "si se echa una mirada a la literatura iusfilosófica de nuestro siglo, es fácil comprobar que puede dudarse acerca de la posibilidad y, por lo tanto, de la existencia de la razón práctica. Nada menos que A. Ross y H. Kelsen consideraban que el concepto de razón práctica era un 'concepto autocontradictorio'. La razón se referiría sólo al conocimiento; el campo de lo práctico correspondería, en cambio, al querer. Pero, el conocimiento estaría justamente definido por el hecho de que no es un querer y sería constitutivo del querer no tener el carácter del conocer. Por ello, el concepto de razón práctica sería un 'concepto lógicamente insostenible'". Alexy, R., *El concepto y la validez del Derecho*, op.cit., pág. 131.

¹⁷⁷ A diferencia de las teorías contractualistas que son también procedimentales pero que conciben el procedimiento como un procedimiento de negociación. Cfr. Buchanan, *The Limits of Liberty* y "The Gauthier Enterprise", *Social Philosophy and Policy* 5 (1988).

es, el discurso jurídico práctico es un caso especial del razonamiento práctico general. Aunque es cierto que Nino considera el razonamiento jurídico justificativo inmerso en el discurso moral y no se refiere al discurso práctico general como viene caracterizado por Habermas, ya tuve ocasión de apuntar, que creo que los rasgos propios del Derecho que nuestro autor identifica como derivados de su carácter de práctica colectiva y que, en definitiva, apuntan a la denominada dimensión institucional nos pueden permitir sostener que Nino estaría de acuerdo con Alexy y Habermas acerca de que en el discurso jurídico justificativo serían también relevantes razones pragmáticas y ético-políticas.

De esta forma la tesis del Derecho como caso especial en la articulación de Nino se traduce en dos importantes consideraciones:

1. Su especialidad viene implicada por una serie de rasgos que pueden resumirse en lo que se conoce como su dimensión institucional. Por lo demás, esta institucionalización es una exigencia de la propia racionalidad práctica. No sería posible la vida en sociedad, la regulación de la interacción colectiva y la satisfacción de los derechos humanos como exigencias de la moral si el discurso moral no fuera completado con el Derecho como discurso en el que se combinan dos tipos de elementos: autoridad y valores últimos. La forma que Nino tiene de armonizar en cierta forma estos dos elementos -sin negar por ello la existencia de una tensión permanente-, es sosteniendo que el tipo de Derecho que se presenta como una exigencia de la propia moral no es cualquier Derecho, sino uno que tenga su fuente en la política democrática. Además, como ya vimos, en la concepción de nuestro autor, es también la política democrática una suerte de exigencia de la moral, en el sentido de que el discurso moral por sí sólo no permite resolver los problemas de la vida en

sociedad y de ahí que hayamos de acudir a lo que en su concepción es un sucedáneo del discurso moral: un sistema democrático de gobierno. O, para ser más exactos, una concepción de la democracia como sucedáneo del discurso moral permite legitimar a ésta como sistema de gobierno y constituir al Derecho -teniendo en cuenta, además, su carácter de práctica colectiva- en un elemento relevante del razonamiento práctico (esto es, del razonamiento justificativo de nuestras acciones). Este fundamento de la democracia, ya lo apunté, va a tener también importantes consecuencias a la hora de establecer cómo habrá de estar organizada la maquinaria jurídica y las instituciones con el fin de aproximar lo más posible las democracias reales al modelo ideal de democracia. En definitiva, el debate democrático y su regimentación, así como todas las otras exigencias institucionales que garantizan, por un lado, la eficacia del Derecho en la persecución de los valores morales últimos y, por otro, la mayor legitimidad moral en la producción de normas jurídicas (el denominado principio democrático y la separación de poderes) habrán de articularse con el fin de conseguir la satisfacción más eficaz de los derechos humanos.

Por lo demás, el elemento autoritativo en la concepción del Derecho de Nino viene construido a partir de la idea de autoridad epistémica y esto se va a traducir en una especial forma de entender el rasgo de autoridad del Derecho. Hablar de autoridad epistémica en relación con el sistema de gobierno democrático implica que el resultado del discurso democrático nos da razones para creer en la existencia de tales razones morales. Y ello lo hace con mayor fiabilidad que cualquier otro sistema de toma de decisiones que vayan a afectar el ámbito de lo que se denomina moral intersubjetiva. La mayor fiabilidad no significa que el discurso democrático arroje siempre el resultado correcto. Sucede, sin embargo como vimos, que cuando el valor

epistémico pierde su fuerza opera el principio moral según el cual es preciso salvaguardar las instituciones que permiten implementar la toma de decisiones moralmente legítimas y de ahí que, en tales casos, opere el carácter autoritativo del Derecho, ahora ya, como sistema, en su conjunto, moralmente legítimo. El principio democrático exigirá que, especialmente, aquellos que toman decisiones como parte de esa maquinaria institucional acepten -apliquen autoritativamente- las decisiones democráticas aunque estas no coincidan con su propio juicio; y ello porque respetando ese principio ampliamos las posibilidades de que, en muchos otros casos, se tomen decisiones correctas.

2. Pero ser un caso especial implica obviamente también "ser un caso de". Y es aquí, aunque ya ha quedado parcialmente esbozado en el párrafo anterior, donde es preciso señalar que lo que caracteriza además a la tesis de la unidad del razonamiento práctico es, como vimos, el sostener -en la terminología de Nino- que las normas jurídicas sólo pueden verse como razones autónomas para la acción si se las concibe como juicios de adhesión normativa. Esto es, como un juicio complejo a partir de un juicio moral que legitima las normas dictadas por un órgano más el juicio fáctico -razón auxiliar- acerca del dictado de tal o cual norma. Pero, además, esto resulta algo más complejo si tenemos en cuenta que, precisamente, lo que concede legitimidad a un sistema de gobierno sobre otro es la mayor fiabilidad epistémica en relación con los principios morales válidos. Entonces, nos encontramos con que las normas jurídicas procedentes de un sistema democrático constituyen razones para la acción en la medida en que -tenemos razones para creer que-, en su vertiente valorativa están ejemplificando, o especificando, principios morales (es decir, se presenten como exigencias derivadas de la legítima protección de bienes). Y cuando esto no es así,

como señalé antes, entonces, es preciso ver si, en última instancia, opera también el principio moral que exige implementar aquellos procedimientos epistémicos que maximicen la probabilidad de actuar de forma moralmente correcta: esto es, si el juicio del primer nivel del razonamiento acerca de la legitimidad de la institución en su conjunto es positivo, entonces, esa legitimidad moral se proyectaría -aunque suponga una legitimidad más débil- sobre la norma jurídica que carece de valor epistémico y esa norma jurídica sería una razón auxiliar que combinada con el mencionado principio moral constituiría, en cuanto que juicio de adhesión normativa, una razón completa para la acción.



CONCLUSIONES¹

1. Las peculiaridades de la filosofía del Derecho de Nino sugieren que su estudio se vea, no tanto como un análisis de una parte de su obra intelectual, cuanto como un prisma privilegiado que nos permite estudiar a través de él elementos clave de su filosofía moral y de su filosofía política.

2. La filosofía del Derecho de Nino ofrece una rica y útil dilucidación conceptual, una concepción acerca del Derecho democrático trazada a partir de una concepción de la democracia y del constitucionalismo en cuyo fundamento último aparece una metaética constructivista (constructivismo epistémico), y un modelo de 'ciencia' normativa del Derecho en el cual el jurista teórico debe llevar a cabo de forma abierta -facilitando así el debate acerca del fundamento de sus propuestas- una actividad normativa de propuesta de soluciones de problemas prácticos (el modelo de jurista práctico que Nino reconstruye es un jurista que, en un Derecho democrático, estará comprometido con la tarea de proyectar -a partir de consideraciones axiológicas- el Derecho bajo su mejor luz, tanto a los efectos de asistir al legislador en su desarrollo de las normas constitucionales, como, también, a los efectos de asistir a los jueces en su actividad de aplicación del Derecho).

3. Un problema que es especialmente ilustrativo para ver la proyección de la teoría del Derecho de Nino es la pregunta acerca del papel que en el razonamiento práctico -entendido como razonamiento dirigido a tomar una decisión para emprender determinado curso de acción o a la valoración *ex post* de una determinada acción- juega el Derecho; es, en definitiva, la pregunta acerca del papel justificativo del Derecho o la pregunta acerca del problema de la validez del Derecho.

¹ El orden de estas conclusiones no es exactamente el mismo que he seguido en mi exposición de los diversos problemas abordados a lo largo de este trabajo. Además, como se verá, hay conclusiones que atraviesan varios capítulos y otras en las que, sin embargo, se recogen aspectos más puntuales.

4. La teoría normativa que, según Nino, permite legitimar a la democracia como sistema de gobierno moralmente más plausible y trazar el diseño institucional adecuado para organizar nuestras sociedades conforme con las exigencias de justicia se articula dentro del paradigma de organización político-social de una democracia constitucional. Nino analiza el papel del Derecho dentro del mencionado paradigma, presentando, además, a la luz de su constructivismo epistémico el Derecho democrático en su mayor -y más rica-complejidad. Constructivismo metaético y constitucionalismo democrático serán las coordenadas no cuestionadas dentro de las cuales pueden entenderse las conclusiones de este trabajo acerca de la teoría del Derecho de Carlos S. Nino.

5. De acuerdo con Nino, la proyección en el ámbito del Derecho del convencionalismo conceptual nos lleva al reconocimiento de la necesidad de operar, según el contexto y finalidad de nuestro discurso, con distintos conceptos de Derecho tanto descriptivos como normativos. Los principales conceptos de Derecho individualizados por Nino serían: entre los conceptos descriptivos, a) concepto descriptivo realista de Derecho; b) concepto descriptivo sistemático de Derecho; c) concepto descriptivo institucional de Derecho; y entre los conceptos normativos: a) concepto de *lege ferenda*; b) concepto normativo judicial amplio; c) concepto normativo judicial restringido; d) concepto mixto de Derecho; e) concepto normativo hipotético de Derecho.

6. Lo anterior, que es conceptualmente correcto, no hace, sin embargo, justicia al debate más importante que se encuentra tras la polémica iusnaturalismo vs iuspositivismo. La crítica que Carrió dirige al intento conciliador de Nino muestra que, en realidad, el problema de fondo no es una mera cuestión conceptual, sino un problema más complejo en el que están implicadas controvertidas cuestiones de filosofía moral. Cuando Carrió reivindica que los iuspositivistas utilizan un concepto de Derecho que, sin estar

conceptualmente conectado con la moral, cumple funciones normativas, está apuntando al núcleo del debate -que aun hoy sigue teniendo lugar, ahora entre positivista y postpositivistas: es la polémica en torno a si el Derecho puede crear deberes de forma autónoma.

7. La crítica que algunos autores dirigen a Nino -denunciando el deslizamiento que habría cometido este último desde una pretendida neutralidad valorativa propugnada con su tesis de la pluralidad de conceptos de Derecho a una teoría del Derecho *à la Dworkin*- no resulta plausible como crítica: no hay un deslizamiento, sino una opción entre las distintas perspectivas en relación con el fenómeno jurídico. A Nino, como teórico, le interesa una perspectiva argumentativa, práctica o justificativa acerca del Derecho.

8. Nino deja de lado una identificación con fines puramente descriptivos de las complejidades del fenómeno jurídico. En cualquier caso lo que si que pone de manifiesto es que cuando queremos saber cuál es el sistema jurídico de una determinada comunidad y lo que éste establece, no debemos tener en cuenta nuestras normas morales, sino que tal identificación ha de ser hecha sobre la base de datos puramente empíricos. Aunque Nino no se pronuncia expresamente en este sentido, en mi opinión y a la luz de los elementos de su obra, Nino suscribiría una tesis que, de alguna forma, puede articularse a partir de elementos que -en mi opinión- ya estaban presentes en la obra de Hart y que pone de manifiesto Alexy en su trabajo sobre el concepto del Derecho: una de las pretensiones que caracterizan a los sistemas jurídicos y a las autoridades políticas es la pretensión de legitimidad. La pretensión de legitimidad se traduce en una pretensión de corrección moral del sistema jurídico, algo que, a su vez, de ser aceptado por los sujetos destinatarios (institucionales o ciudadanos), logra que el sistema no sea solamente eficaz (un régimen de pura dominación también pudiera serlo) sino, también, estable.

9. Según Nino, la praxis individual puede ser analizada desde una perspectiva interna o desde una perspectiva externa. Hablar del aspecto interno de la praxis individual implica dar cuenta de cómo se representa el propio sujeto los *item* que intervienen en tal praxis. La perspectiva interna viene constituida por los contenidos proposicionales de creencias y deseos, etc; desde esta perspectiva, además, podemos identificar relaciones lógicas entre los contenidos proposicionales de los mencionados elementos mentales.

Adoptar una perspectiva externa implica dar cuenta de lo que se presenta ante un observador (incluido el propio sujeto que reflexiona sobre su conducta pasada para valorarla). Desde esta perspectiva lo observado es el hecho de aceptar una determinada creencia o tener un determinado deseo. Desde el punto de vista externo la relación entre los mencionados elementos es una relación causal.

10. De entre los elementos mentales relevantes en la deliberación previa a la acción podemos destacar: los motivos o razones explicativas y las razones justificativas u objetivas. En la caracterización de Nino, motivos o razones explicativas resultan de una combinación entre deseos y creencias del agente. Sin embargo, creo que es posible sostener que no era ajeno a Nino que ese concepto de deseos es ambiguo: puede ser entendido como deseo en sentido estricto (como 'actitudes prácticas de primer nivel no dominadas por otras de nivel superior' -intereses o valores-) o como deseo en sentido amplio (en el que junto con el anterior sentido de deseo, encontramos un sentido de deseo como disposición o actitud favorable a un determinado curso de acción). Además, hay un tipo especial de creencias que son especialmente relevantes en la deliberación previa a la acción: la creencia en la existencia de razones justificativas o razones objetivas para la acción. Las creencias de este tipo no precisan para determinar la acción, para constituir motivos para la acción, ir acompañadas de ningún deseo (en sentido estricto) correspondiente. Claro está que para

que el individuo realice la acción, conforme a esta razón para actuar será preciso una disposición o actitud favorable en el sentido de una decisión -o deseo en sentido amplio- de actuar haciendo lo que cree que debe hacer. El tipo de motivos que interesa a Nino es el motivo o razón explicativa como creencia en la existencia de una razón justificativa.

Esta dilucidación permite, además, ver el error en que incurren autores como Harman quienes suscriben el relativismo moral apoyándose en la premisa errónea de que uno sólo puede tener una razón para hacer algo si desea el fin que el acto tiende a satisfacer y concluyendo que, por lo tanto, sólo la gente que desea los fines de la moral tiene razones para ser moral. Este autor incurre en esta confusión al no identificar la existencia de un tipo de razones para la acción que son independientes de la existencia de deseos en sentido estricto; y que, además, constituyen razones justificativas que nos permiten valorar las acciones de los sujetos independientemente de que estos las acepten o no como tal tipo de razones.

11. Nino reconstruye la noción de razón para la acción a partir del concepto de razonamiento práctico -en el sentido antes indicado [*vid.* conclusión nº 3]. Las razones justificativas o razones para la acción que funcionan como premisas -junto con juicios empíricos- de tal razonamiento práctico están constituidas por juicios o proposiciones entre los que se incluye, necesariamente, un juicio de deber ser. La normatividad que es relevante a los efectos del análisis de Nino es una normatividad justificada: cuando hablamos de premisas normativas de un razonamiento práctico no hablamos de premisas en un sentido formal, sino de premisas cuyo contenido es un 'juicio de deber ser' válido; es decir, de premisas que constituyen razones sustantivas válidas, al margen de la consideración como tales por parte del propio sujeto.

Cuando hablamos de razón justificativa u objetiva estamos pensando en justificar o valorar una acción; es decir, estamos tratando de determinar si una acción es (o fue) buena o mala desde algún punto de vista (moral, prudencial, jurídico).

12. Aisladas conceptualmente las razones para la acción y diferenciadas de otros elementos que pueden formar parte de la deliberación de un sujeto es preciso dar respuesta a dos problemas: si existen -y en qué sentido- las razones para la acción y si las normas jurídicas son un tipo de razones para la acción independientes de las razones morales. El primer problema nos lleva al ámbito de la metaética [vid. conclusiones nº 17-20] conclusiones y el segundo exige, además de tener en cuenta conclusiones extraídas a partir de consideraciones de filosofía moral y de filosofía política (el valor epistémico de las normas fruto de una deliberación democrática en la que se han respetado determinados prerequisites), distinguir varios sentidos de norma jurídica antes de poder ofrecer una respuesta plausible. [remisión a conclusiones nº 33 y ss.].

13. Una caracterización como la de Nino de las razones explicativas -en el sentido de adhesión a razones justificativas- proyecta un modelo de persona que cuando delibera y actúa lo hace siempre con la pretensión de actuar conforme a razones justificativas.

Las conclusiones a las que podemos llegar tras examinar el análisis de Nino del papel de las normas *de facto* injustas en el razonamiento práctico y su reflejo en términos de la responsabilidad moral de los individuos (1. el Derecho procedente de una autoridad *de facto* y contrario a los derechos humanos básicos que se presenta como Derecho aparentemente en vigor no tiene ningún valor justificativo; 2. las exigencias de trato digno a los seres humanos llevan a concebirlos no como autómatas que excluyen cualquier deliberación previa a la acción obedeciendo los mandatos de una determinada autoridad *de facto* dejando así de lado su responsabilidad moral y jurídica, sino como sujetos autónomos

que, al margen de la aceptación -bajo ciertas condiciones- de determinadas autoridades epistémicas, no dejan por ello de ser autónomos en su deliberación y que, por ello, son moralmente responsables), así como su fundamentación de la democracia a partir de la idea de una deliberación que va a permitir transformar las preferencias en relación con los intereses intersubjetivos de los sujetos participantes, proyectan un modelo de persona en el que junto con la mencionada disposición a actuar conforme a las razones consideradas válidas aparece un fuerte sentimiento de empatía o capacidad de ponerse en el lugar del otro y de llegar así a formular juicios cuya aceptación pretenda ser universal.

14. El fenómeno de la propagación de deseos (en el sentido de pro-actitudes o actitudes favorables a determinado curso de acción) en el ámbito intersubjetivo parte de la necesidad de los individuos de acciones coordinadas de otros sujetos para, de esta forma conseguir satisfacer en la medida de lo posible sus distintos planes de vida. Cuando el interlocutor no tiene razones referidas a nuestro beneficio o placer o bien cuando no podemos apelar a sus propios beneficios, lo único que nos queda es invocar razones que sean válidas en el marco de algún discurso intersubjetivo en el que el otro sujeto esté dispuesto a participar a partir de compromisos mutuos tales como el actuar conforme a los principios aceptados como resultado de una práctica discursiva. Entre tales prácticas, el discurso moral es el discurso jerárquicamente superior. Lo que caracteriza al discurso moral liberal es que vincula a las razones últimas que en él se invocan no con nuestros deseos o con los dictados de alguna autoridad o tradición, sino con la consideración imparcial de todas las personas.

15. Como sucedía en el caso de la acción individual, la *praxis* colectiva puede ser vista desde una perspectiva externa o desde una perspectiva interna. Desde Hart sabemos que el punto de vista interno en relación con fenómenos de la *praxis* colectiva como el

Derecho y la moral consiste en un uso de las reglas como guías o estándares para criticar o para justificar acciones. Según Nino -y en esto se separa de la postura de Hart- lo que caracteriza al punto de vista interno jurídico es la aceptación por razones morales de las reglas [remisión a conclusión nº 16]. La diferencia entre el punto de vista interno en relación con el Derecho y el punto de vista interno en relación con la moral vendría dada porque en el primer caso el consenso no se da meramente por concurrencia como sucede con la moral social (que es el producto de la adhesión independiente de los distintos sujetos a pautas de conducta que se pretenden conformes con la moral crítica), sino que el punto de vista jurídico interno viene caracterizado por una mayor complejidad: a diferencia del caso de la moral, el punto de vista interno jurídico viene caracterizado por la presencia de un componente convencional junto a las razones morales; por así decirlo, la práctica convencional - el hecho de que los demás actúen según una determinada práctica- es moralmente relevante a los efectos del razonamiento práctico del sujeto. Así, en el caso del punto de vista interno en relación con el Derecho, nos encontramos con juicios de deber que son dependientes de la existencia de reglas sociales jurídicas.

Por su parte, el punto de vista externo en relación con el Derecho nos presenta un complejo de hechos sociales que consisten, entre otras prácticas, en la utilización de una serie de reglas emanadas de determinados órganos para la guía -o posterior valoración- de las acciones llevadas a cabo por los sujetos que interactúan y cooperan para la satisfacción de sus planes de vida.

En el caso de la moral, mientras que el punto de vista interno viene caracterizado por la pretensión de actuar conforme a los enunciados de la moral crítica (de esta forma nos encontraremos con valores, criterios de validación -tales como la universalidad, imparcialidad, racionalidad- y procedimientos, etc.), desde el punto de vista externo, vemos

el producto causal de ciertos desarrollos históricos (p.ej la progresiva extensión de los sujetos morales) y un mecanismo que ha venido cumpliendo funciones de resolución de conflictos conforme a las necesidades de la adaptación evolutiva. En este último caso, además, es importante advertir -frente al escepticismo- que los juicios morales no se formulan en el vacío, sino en el contexto de una práctica social a la que subyacen criterios procedimentales y sustantivos de validación, como la universalidad, generalidad y la aceptabilidad de los juicios en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento y -frente al comunitarismo- que, pese a ser el discurso de la moral liberal un producto histórico (punto de vista externo) no por ello ha de tomar en cuenta las tradiciones particulares y los bienes involucrados en cada sociedad pues, desde el punto de vista interno, el discurso de la moral liberal es universal y abstracto.

16. Sin un punto de vista interno acerca de las acciones individuales o de las prácticas colectivas, no hay acción o práctica que identificar y, además, sólo dando cuenta del punto de vista interno es posible entender desde una perspectiva externa su funcionamiento. La perspectiva interna en relación con el fenómeno jurídico está indisolublemente ligada a la perspectiva interna de la práctica discursiva moral. La pretensión normativa o justificativa del Derecho sólo puede satisfacerse cuando el discurso jurídico se entiende como un discurso inmerso en el discurso moral. La pretensión normativa está pues conectada con la pretensión de corrección del Derecho.

17. Nino desarrolla su concepción metaética a partir de una reconstrucción de los elementos presentes en la práctica efectiva del discurso moral tal y como ha venido desarrollándose a partir de la Ilustración. Esta concesión al relativismo no ha de malinterpretarse. Es un relativismo de tipo conceptual: el significado, verdad y validez de los juicios morales son relativos a las reglas y a la estructura que subyace a la práctica

social o la institución del discurso moral; pero, lo que viene caracterizando a esta práctica desde la Ilustración es, precisamente, que sus criterios de validez son la universalidad o la imparcialidad (presupuesto éste también, por cierto, de nuestra concepción del mundo y de nosotros mismos, si aceptamos la negación del solipsismo) la generalidad y la superveniencia.

18. Nino defiende un constructivismo epistémico que le lleva a sostener que la práctica efectiva de la deliberación moral colectiva y su resultado -el consenso unánime de los afectados- constituye el método más fiable de acceso a la verdad moral. También es posible que el sujeto pueda alcanzar la verdad moral a partir de un discurso monológico, pero en su opinión es muy difícil pensar en la posibilidad de que un sujeto pueda llegar a tener todo el conocimiento necesario y la capacidad de representarse con la imparcialidad suficiente los intereses de todos los afectados. Es esta su tesis de la politización de la moral. La moral es una práctica colectiva.

19. La posición metaética de Nino, que evolucionó desde un constructivismo ontológico defendido en su primera versión de *Ética y derechos humanos* al constructivismo epistémico de sus trabajos posteriores, no ha de hacernos descuidar su posición acerca de la constitución de la verdad moral. Aunque los consensos reales fruto de la deliberación moral tienen un valor puramente epistémico, la práctica real del discurso moral sigue teniendo, aun en las últimas versiones del constructivismo de Nino, un cierto valor ontológico en el sentido de que la validez de los principios morales viene constituida por reglas o presupuestos de la práctica efectiva del discurso moral -como la aceptación en condiciones ideales de los principios en cuestión. Según esto pues, en la concepción de Nino, no hay un orden moral absolutamente independiente de cualquier práctica discursiva

moral real - de la que, por cierto, una parte importante se proyecta en la constitución, reconocimiento y ejercicio del gobierno.

20. Los principios morales -y los derechos humanos como derechos morales de ellos derivados- a cuyo conocimiento se accede mediante el debate intersubjetivo y los consensos efectivos fruto de la práctica dialógica constituyen razones justificativas y objetivas para la acción.

21. El constructivismo epistémico en la concepción de Nino se limita al ámbito de la moral intersubjetiva. Quedan fuera de este ámbito los ideales de excelencia y virtudes personales. En ese ámbito de la moral intersubjetiva, Nino concibe la autonomía como la libre participación en un diálogo colectivo lo más amplio posible -y en el que se respeten los prerequisites que contribuyen a su valor epistémico- con el fin de llegar a obtener un consenso acerca de los principios morales correctos.

Nótese, por lo demás, que aquí solo trazo la distinción conceptual entre moral intersubjetiva y moral personal y el distinto valor que el diálogo tiene en uno y otro caso. Sin embargo, una cuestión abierta y que excede los límites de este trabajo es la siguiente: viviendo como vivimos los seres humanos en sociedad y teniendo como tienen nuestras acciones y omisiones consecuencias en los planes de vida de otros seres humanos ¿cuál es el ámbito en el que el sujeto puede desarrollar su plan de vida sin entrar en consideraciones acerca de la aceptación en condiciones de imparcialidad de sus juicios morales? ¿dónde está, en definitiva, el umbral que separa la moral personal de la moral intersubjetiva?

22. Nino defiende una concepción de la democracia como democracia deliberativa que, en su análisis, presentaría a este sistema de gobierno como el único moralmente legítimo. Sólo este sistema de gobierno hace de la discusión o debate en las instituciones - parte esencial de la organización del gobierno. Pero un sistema democrático de gobierno

nace de una necesidad más: el acceso a los principios morales correctos de los que derivan los derechos humanos es un primer paso para conseguir el fin socialmente valioso que legitima la organización estatal: garantizar los derechos humanos y resolver los conflictos sociales de forma moralmente legítima.

Para la consecución de tales fines valiosos, el discurso moral general es insuficiente; de ahí que por la necesidad, entre otras, de alcanzar un consenso en un determinado plazo de tiempo permitiendo resolver los conflictos sociales, la unanimidad haya de ser sustituida por la regla de mayorías o principio democrático (ésta constituye una desviación legítima del discurso moral originario). La tesis defendida por Nino es que un proceso de deliberación y resolución por mayorías, siempre y cuando estén representados en la deliberación todos los sujetos que van a ser afectados por una decisión, tiende a alcanzar resultados más próximos a los que se alcanzarían en condiciones absolutas de imparcialidad que el resultado producido por cualquier otro sistema de gobierno. Las diferencias ideológicas (o de fundamentación) acerca de cuáles son los principios de la moral intersubjetiva válidos para armonizar los intereses de todos los implicados son, precisamente, el objeto del debate democrático. La transformación de preferencias interpersonales que resultaría de la práctica deliberativa de justificación contribuiría a que pudiera alcanzarse un resultado -la ley democrática- que reflejaría ese consenso alcanzado por mayorías acerca de cual es la forma legítima de regulación de una determinada esfera social en la que existe un conflicto de intereses. Cuanto más amplia haya sido la mayoría que haya votado a favor de una determinada decisión más alto será, *ceteris paribus*, su valor epistémico. Sin embargo, el valor epistémico fundamental es el que se predica del procedimiento deliberativo o de la práctica en su conjunto: en este sentido, tendremos razones para guiar nuestra conducta por una ley democrática porque, en general, la

deliberación democrática resulta más fiable que ningún otro tipo de procedimiento en relación con el conocimiento de las soluciones moralmente legítimas.

23. El intento por demostrar que el concepto normativo de validez jurídica es un concepto puente entre el discurso jurídico y el discurso moral lleva a Nino a analizar varios problemas que se presentan desde el punto de vista interno. Uno de esos problemas es el del fundamento de un control judicial de constitucionalidad. La tesis de Nino es que para dar una respuesta plausible a esta cuestión es preciso ir mas allá del propio sistema jurídico y de la existencia de una constitución como norma jurídica suprema, siendo preciso una inmersión en el ámbito de consideraciones de filosofía moral y política acerca del valor de la democracia.

El ámbito de legitimidad de la democracia deliberativa como conjunto institucional es el reconocimiento y protección de los derechos humanos, siendo un paso importante en este sentido el que tales derechos aparezcan positivizados en un texto constitucional bajo la forma de derechos fundamentales. La proyección jurídico-política del constructivismo epistémico que defiende Nino en el plano metaético es un sistema de gobierno democrático constitucional.

Aunque el debate ideológico acerca de los principios morales intersubjetivos o el balance acerca de las ponderaciones que entre valores constitucionales haya de llevarse a cabo (el ámbito que Nino denomina de los derechos *a posteriori*) es competencia de la deliberación democrática parlamentaria, en una serie de supuestos, una fundamentación deliberativa de la democracia legitima el control judicial de constitucionalidad. Tales supuestos o excepciones al principio de mayorías parlamentarias (que se refieren a una serie de desviaciones ilegítimas del procedimiento democrático en relación con el discurso moral general) son las siguientes: cuando se trate de garantizar la satisfacción de los

prerrequisitos para la calidad epistémica del debate democrático o derechos *a priori*, cuando el legislador democrático se exceda de aquella esfera donde la deliberación democrática tiene un valor epistémico superior a cualquier otro procedimiento, o bien, por razones institucionales (cuando se trate de proteger una práctica constitucional valiosa en su conjunto que pudiera verse minada en el caso de una ley democrática cuya legitimidad a la luz de la constitución ideal de derechos es mucho mayor pero que, sin embargo, fuera en contra de algún elemento importante para la estabilidad de esa práctica y para que, en definitiva, en el futuro se pueda seguir tomando decisiones jurídicas moralmente legítimas y, además, efectivas).

24. En mi opinión, hay un fundamento que se articula en un nivel más profundo que las excepciones identificadas por Nino y que vendría a constituir el fundamento de todas ellas y, en definitiva, de la defensa de un organigrama institucional en el que aparezca, también, un Tribunal Constitucional. La relevancia de la institución -especialmente en aquellos casos en los que nos movemos en un terreno de dificultades epistémicas acerca de dónde se encuentra el umbral que separa el ámbito del debate parlamentario del ámbito que, por el contrario, ha de sustraerse a él- podría ser defendida a partir de estos dos argumentos que surgen si tiramos un poco de algunos hilos que de alguna forma aparecen ya en la argumentación de Nino: (1) El argumento del enriquecimiento deliberativo. La institución del tribunal constitucional puede contribuir a mejorar la calidad epistémica del debate democrático parlamentario estimulando el debate público y posibilitando así la toma de decisiones fruto de reflexiones más profundas; y (2) el argumento del control o mediación autoritativa. La institución del Tribunal Constitucional (tanto más legítima si, siguiendo el modelo de Nino, se trata de un Tribunal Constitucional con una amplia representación democrática distinta a las fuerzas políticas representadas en el parlamento) como órgano

que tiene la última respuesta en materia de interpretación constitucional, se presenta como una institución necesaria en muchas de nuestras democracias para resolver de forma autoritativa (como órgano independiente mediador) los conflictos en relación con la protección de los derechos fundamentales de las minorías frente a las mayorías parlamentarias coyunturales.

25. El concepto de validez jurídica es ambiguo ya que, en la literatura iusfilosófica, ha sido utilizado para hacer referencia tanto a un sentido descriptivo de validez (validez como pertenencia o individualización de un sistema) como a un sentido normativo de validez. Para analizar los problemas que se presentan en torno a estos dos sentidos de validez y ensayar respuestas plausibles, Nino analiza una serie de controversias que, desde el punto de vista interno, tienen los juristas.

Una dilucidación del concepto descriptivo y del concepto normativo de validez llevan a Nino a abordar, además del debate acerca del control judicial de constitucionalidad del que me ocupé en las conclusiones previas, las siguientes cuestiones: (a) la individualización espacial de un sistema; (b) la competencia jurídica originaria; (c) la modificación de las normas básicas del sistema y la cuestión acerca de si un sistema jurídico puede generar su propia validez.

A continuación me ocuparé de las tres primeras. Las conclusiones acerca del análisis de las normas *de facto* vendrán después [remisión a conclusión nº 30].

26. Al abordar el sentido descriptivo de validez nos encontramos con un problema teórico recurrente: cómo evitar la circularidad a la hora de individualizar espacialmente un sistema. La conclusión a la que aquí llegamos es la siguiente: la circularidad sólo se le presenta al observador que trata de individualizar desde el punto de vista teórico o perspectiva externa un sistema jurídico y no al participante, que tiene una actitud práctica

en relación con el sistema. Ahora bien, el supuesto problema de la circularidad a la que se vería abocada el observador que al tratar de individualizar un sistema jurídico necesita acudir a identificar quienes son o los órganos que cumplen la función de aplicación del Derecho o bien quienes son los órganos sancionadores, precisando para ello a su vez acudir a normas que establezcan quienes son los sujetos institucionales competentes, puede dejar de ser visto como tal problema si, sin grandes complejidades, lo que hacemos para identificar un sistema es tratar de identificar un órgano que sea socialmente reconocido como órgano aplicador del Derecho (identificamos p.ej. un tribunal supremo), a partir de eso vemos qué reglas de reconocimiento utiliza y buscamos otros órganos de aplicación también reconocidos así socialmente, para llegar a la conclusión de que si aplican la misma regla de reconocimiento forman parte del mismo sistema.

Al participante que trata de identificar el sistema jurídico con una actitud práctica o justificativa no se le presenta este problema de circularidad pues debe, necesariamente, ir más allá del propio sistema. Pero esta afirmación sólo puede entenderse a la luz del análisis de los otros problemas apuntados.

27. Según una noción descriptiva de competencia jurídica originaria, alguien tiene tal tipo de competencia cuando tiene el control del aparato coactivo estatal y sus facultades para dictar normas jurídicas no derivan de normas dictadas por otros órganos, sino de una norma dictada por él mismo a ese efecto o, en última instancia, de la regla de reconocimiento del sistema. Sin embargo, cuando se pretende reconstruir el concepto de competencia -originaria o derivada- tal cual él es empleado en enunciados que expresan razones para actuar, no es suficiente concluir que las aplicaciones de ese concepto presuponen juicios descriptivos acerca de la vigencia de normas jurídicas. En el análisis de Nino, cuando el concepto de competencia jurídica es empleado en contextos justificativos

es un concepto moral, o sea, presupone la aplicabilidad de ciertos principios de justicia y moralidad social que establecen en qué condiciones cabe observar y reconocer las directivas de quienes detentan el monopolio de la coacción en una determinada comunidad. Si la adjudicación del poder constituyente originario involucra un compromiso moral, la legitimidad de tal poder vendrá dada en función de su éxito al hacer efectivos los derechos humanos derivados de los principios morales.

28. Como sucede con el anterior problema, la pregunta acerca de si un sistema jurídico puede generar su propia validez puede proyectarse en dos niveles: uno descriptivo y otro normativo. El problema descriptivo consiste en ofrecer una respuesta a la pregunta acerca de si un sistema es o no autosuficiente para regular el dictado y derogación de sus normas básicas (la reforma regular de la Constitución). En este caso, en opinión de Nino, no hay ningún problema en afirmar que el sistema es autosuficiente puesto que incluye una norma originaria que no va ser a su vez modificada y que establece que -si no hay otra norma que diga lo contrario- el procedimiento para cambiar la norma de reforma constitucional será idéntico al que ella fija para las demás normas del sistema. Esta norma 'de reforma de las normas de reforma' es más básica que las que plantean el problema y suele ser implícita.

El problema normativo es el de si es posible que la obligación de obedecer las normas del sistema jurídico provenga de lo establecido por una de ellas. La tesis de Nino es que la derivación de la validez (como fuerza vinculante) de las normas del sistema a partir de una norma del propio sistema debe ser, rechazada (el sistema jurídico no es autosuficiente por lo que se refiere a la generación de su propia fuerza vinculante). La validez en sentido normativo de la nueva norma de reforma constitucional no puede derivar de la norma de reforma anterior que ya no es válida, pero puede haber una norma que

pertenece a un plano más profundo y, generalmente, no articulado en el que se desarrolla una práctica básica de reconocimiento de reglas que, a su vez, reconocen la validez de otras. Tal práctica no coincide con la Constitución, sino que se refiere a ella. Pese a la opinión de la mayoría de los juristas que han considerado, erróneamente, a esa norma como un juicio de adhesión normativa, es decir como un juicio valorativo que tiene como contrapartida una norma jurídica (exigencia por lo demás que exigiría una cadena infinita de normas jurídicas), se trata de un juicio normativo puro que, por regir en el ámbito en el que intereses de terceros están afectados, ha de ser, necesariamente, de carácter moral.

29. Cuando se transforma la base de un sistema jurídico se produce un cambio del sistema y, a tales efectos, da lo mismo que se convoque una asamblea constituyente o que el presidente del país tome la decisión de modificarla. Así, no todo cambio regular de la fuente suprema del sistema implica la continuidad de la misma regla de reconocimiento. Lo que permite marcar la diferencia, en términos de legitimidad, entre un cambio democrático y un cambio violento de las normas que constituyen la base del sistema es reivindicar que la validez de las normas jurídicas depende de presupuestos morales y no de meras normas jurídicas. A la luz de las anteriores consideraciones, una autoridad *de facto* que pretende legitimar su ejercicio del poder y sus actos subsiguientes mediante el dictado de una serie de normas o directivas verá frustrado su intento de cambio de orden jurídico si las normas que dicta pretenden amparar violaciones de derechos humanos. Ese pretendido Derecho será nulo *ab initio* y el Derecho válido y vigente será el correspondiente al ordenamiento anterior. Así, en el caso de las normas jurídicas procedentes de una autoridad no democrática, no se presume su validez de origen y la pregunta acerca de si ha habido o no un cambio exitoso de orden jurídico sólo puede ser respondida a la luz de consideraciones morales acerca del contenido de las nuevas directivas.

30. En realidad la tesis de la conexión entre Derecho y moral en el análisis de Nino es más compleja de lo que parece desprenderse de la tesis del anclaje moral del sistema jurídico. El propio Nino, de alguna forma, rechazaba la tesis del mero anclaje del sistema jurídico en la moral señalando que ante la constatación de que los jueces no razonan sólo a partir de normas jurídicas resulta insuficiente e implausible presuponer sólo una norma extrajurídica en la cúspide del sistema.

Nino considera que el razonamiento jurídico justificativo de jueces y juristas nunca se basa en normas jurídicas, sino en juicios paralelos acerca de su validez. Para que el razonamiento jurídico justificativo consiga el fin que persigue: justificar acciones y decisiones que afecten los intereses de terceros, debe estar impregnado de juicios morales válidos. Es su tesis acerca de la inmersión del discurso jurídico justificativo en el discurso moral.

31. El examen que hace Nino del problema de la validez de las normas *de facto* o normas procedentes de regímenes no democráticos permite avanzar en la comprensión de la conexión justificativa entre Derecho y moral o su tesis acerca de la inmersión del discurso jurídico justificativo en el discurso moral.

El carácter democrático o no de un gobierno no incide en el tipo de justificación a que están sometidas sus normas para ser válidas puesto que tal justificación ha de ser siempre de índole moral. La cuestión en que sí incide el carácter del gobierno es en la respuesta a la pregunta acerca de si esa justificación moral se alcanza o no invocando meramente la norma jurídica en cuestión.

Las normas procedentes de un gobierno no democrático no gozan de ningún tipo de presunción acerca de su valor epistémico y de ahí que sea preciso entrar en consideraciones acerca de la corrección moral de su contenido. El problema teórico-práctico de mayor

gravedad se nos presenta en el caso de normas procedentes de regímenes no democráticos que tratan de amparar violaciones a derechos humanos. Según el análisis de Nino los órganos del poder judicial de la democracia subsiguiente no enfrentan un problema de aplicación retroactiva de leyes penales sancionadoras puesto que los crímenes eran considerados como tales a la luz del Derecho válido en ese momento: Derecho que, por cierto, no coincidía con el que aparecía como el Derecho escrito positivizado y eficaz sino, si tenemos en cuenta la nulidad de las leyes que violan los derechos humanos, con el nivel previo de normas jurídicas positivas válidas.

32. Nino parece no darle ni siquiera un valor *prima facie* a las normas procedentes de autoridades *de facto* que aparecen como Derecho vigente. Ahora bien, si entendemos el principio de legalidad como la protección de la confianza en la ley que aparece en ese momento como ley positiva y eficaz (esto es, como reflejo del principio moral de la seguridad jurídica o seguridad depositada por el ciudadano y operadores jurídicos en el Derecho institucionalizado) nos damos cuenta de que si bien la conclusión de Nino es correcta es preciso invocar un argumento más: si el principio de legalidad protege la confianza en la ley que aparece en ese momento como positiva y eficaz, cuando excluimos de ese ámbito de protección las leyes o cláusulas penales extremadamente injustas estamos -por decirlo *à la Hart*- escogiendo entre dos males: (1) dejar sin punición a quienes actuaron amparándose en prescripciones extremadamente injustas pero que, bajo el régimen, se presentaban como el Derecho positivo eficaz; o bien, (2) entender que el principio de legalidad para que sea moralmente legítimo ha de excluir de su ámbito de protección la supuesta confianza depositada en normas que aparecen como Derecho positivo y eficaz pero que son extremadamente injustas (tal confianza no sería pues merecedora de protección). Por lo tanto, a la luz de consideraciones morales es preciso

condicionar en tal sentido la comprensión del principio de legalidad. Al margen de que en determinado tipo de supuestos y en orden a otro tipo de consideraciones puedan articularse las excusas o atenuantes pertinentes.

33. El mapa que permite entender la complejidad de dimensiones de las normas jurídicas procedentes de una autoridad democrática en la concepción de Nino tiene dos puntos clave: (a) normas jurídicas como razones para creer (y reconocimiento de derechos); (b) normas jurídicas como razones para la acción; y aún en este caso podemos distinguir: normas jurídicas como razones operativas y normas jurídicas como razones auxiliares, según el sentido de norma jurídica que manejemos.

34. Las normas jurídicas pueden verse como derivadas directamente de principios morales o como reflejo de cuáles sean estos. Así los derechos fundamentales que aparecen en las constituciones y su desarrollo mediante leyes democráticas serían indicios epistémicos para creer en la existencia de los correspondientes derechos humanos -como derechos morales derivados de los principios morales últimos-. Esto permite presentar una importante aportación de Nino en relación con una dimensión del papel que en el razonamiento práctico cumplen las normas jurídicas procedentes de una autoridad democrática: las normas jurídicas procedentes de una autoridad democrática tienen un valor epistémico especial. Su origen democrático constituye una razón para creer que hay una buena razón para aceptar su contenido y actuar en conformidad con ellas. Este valor epistémico se predica con mayor fuerza de la práctica democrática en su conjunto, algo que llevó a Nino a sostener que, aunque en un determinado caso particular el sujeto dude legítimamente acerca de la calidad epistémica de la norma democrática en cuestión, aun así, ésta puede verse como una razón excluyente para actuar conforme a lo que establece si, en cuanto que razón auxiliar, la combinamos con el principio moral que establece el deber de

implementar instituciones justas: el respeto del principio democrático, aun en aquellos casos en los que la mayoría se equivoque, permitirá conservar una práctica que en general garantiza con más intensidad que cualquier otro sistema la obtención de resultados justos.

35. Además, cuando reconstruimos el razonamiento jurídico justificativo, a partir de las categorías razianas de razones operativas y razones auxiliares y de los distintos sentidos de norma jurídica identificados por Nino (como hechos sociales, como prescripciones, como juicios deónticos o juicios de deber ser) podemos establecer estas relaciones entre los distintos sentidos de norma jurídica y las razones para la acción:

a) Normas jurídicas como directivas (aspecto directivo): las normas jurídicas se presentan como razones auxiliares cuando son concebidas como prácticas sociales o juicios constatativos de prescripciones procedentes de una autoridad. En este sentido de norma jurídica estas se presentan como entidades diferentes a los principios morales o juicios de valor y no son razones autónomas para la acción.

b) Normas jurídicas como juicios de deber (aspecto valorativo): las normas jurídicas se presentan como razones operativas cuando el sentido de norma jurídica que manejamos es el juicio normativo puro acerca de la organización de una sociedad, juicio normativo puro que establece derechos humanos o juicio de adhesión normativa. Estos últimos (los juicios de adhesión normativa o normas jurídico-morales) combinan: el sentido de norma como prescripción o directiva (esto constituye una razón auxiliar) junto con razones operativas morales (el principio moral que establece el deber de obedecer a las autoridades legítimas). Cuando con norma jurídica nos referimos al juicio de adhesión normativo apuntado estamos haciendo referencia con el término norma jurídica a un juicio de deber ser dependiente del dictado de una regla jurídica. En el análisis de Nino, sólo las normas jurídicas entendidas en estos sentidos aquí recogidos son razones autónomas para la acción.

Pero lo que está sucediendo aquí es que estos sentidos de norma jurídica ya incluyen el componente normativo moral.

En el fondo, por cierto, la postura de Raz y la de Nino en este punto no es, como parece pensar Nino, distinta, puesto que si mi lectura de Raz es correcta, cuando este autor habla de normas jurídicas como razones para la acción está pensando en las reglas jurídicas como juicios prácticos válidos.

36. La dimensión del Derecho como práctica colectiva institucional es un punto del análisis de Nino que permite ver su comprensión de la especificidad del discurso jurídico justificativo en relación con el razonamiento moral ordinario. Las anteriores tesis acerca de la conexión entre moral y política [vid. conclusiones 17 a 22] junto a ésta, que supone la conexión del Derecho con la política, permiten mantener la tesis de la conexión justificativa entre Derecho y moral, al tiempo que resolver las que se presentan finalmente sólo como paradojas aparentes (la de la irrelevancia del Derecho y la de su indeterminación radical).

La visión sobre la estructura del razonamiento práctico que conduce a concluir que el Derecho es superfluo para ese razonamiento concibe erróneamente a las acciones o decisiones jurídicas como si fueran acciones o decisiones aisladas, cuando, de hecho, son parte de un proceso de interacción colectiva institucionalizada para el reconocimiento y protección eficaz de los derechos humanos que se extiende en el tiempo y a cuya mejora han de contribuir todos los partícipes, si bien, especialmente los sujetos institucionales, han de tener en cuenta, a la hora de perseguir este objetivo, dos importantes dimensiones -fuertemente entrelazadas- del Derecho:

a) Su dimensión de práctica colectiva (o la vertiente colectiva de la dimensión institucional): los partícipes en esta práctica han de ser conscientes de que ellos son uno más entre los muchos partícipes en esa empresa colectiva que consiste en la implementación de una

práctica justa (acercándola al modelo ideal) de ordenación de la sociedad. Cada uno de los participantes contribuye a esa práctica pero no controla el resultado final.

b) Su dimensión institucional (o la vertiente regimentada de la dimensión institucional): (1) los participantes en la práctica jurídica sólo pueden tomar decisiones que, además de moralmente válidas, sean eficaces, si lo hacen en el marco de esa empresa o práctica colectiva; (2) para preservar tal eficacia general es preciso limitar la consecución de los fines sustantivos últimos en beneficio de los fines institucionales que implican la conservación de la institución del Derecho como práctica colectiva para la ordenación de la convivencia y la protección de los derechos humanos; (3) los cauces adecuados para los cambios están establecidos en un organigrama de instituciones que se considera, en su conjunto, como el más idóneo en términos de legitimidad de la práctica.

37. Los operadores jurídicos (jueces, legisladores y órganos de control de constitucionalidad) de acuerdo con el análisis de Nino deberán llevar a cabo un razonamiento escalonado en dos niveles: (1) en el primero deben juzgar la legitimidad de un determinado sistema jurídico como institución adecuada para lograr fines morales sustantivos; (2) en el segundo nivel operarán las restricciones derivadas de la dimensión institucional del Derecho, tanto las referidas a plazos, competencias, etc., como las que presentan a la democracia como la práctica discursiva cuyo resultado tiene un valor epistémico más próximo que cualquier otra al discurso moral.

El mapa que se presenta es, ciertamente, complejo: junto con consideraciones derivadas de exigencias prácticas (límite de tiempo, recursos etc), encontramos otras que vienen articuladas en términos del diseño político institucional superior por lo que se refiere a su calidad epistémica; pero, también, junto a esto, nos encontramos, precisamente, con dudas importantes acerca de la calidad epistémica de las democracias reales, que nos llevan a

subrayar el compromiso por parte de los jueces (y, especialmente, del TC) de acercar la propia práctica, en la medida en que sea posible, a formas más perfectas de legitimidad.

38. Si superponemos la tesis de Nino acerca del carácter colectivo e institucionalizado de la práctica jurídica a los análisis de otros autores que tratan de dar cuenta de los límites derivados de la dimensión institucional del Derecho, podemos, en mi opinión, avanzar las siguientes consideraciones acerca de los límites derivados del carácter de práctica colectiva e institucional del Derecho:

a) en aquellos casos en los que las exigencias institucionales que determinan el sacrificio de principios sustantivos derivan de la separación de poderes en el marco de un Estado democrático de Derecho, los límites institucionales que identificamos no lo son en el mismo sentido en que lo son otras medidas sin las cuales el Derecho no podría conseguir eficazmente sus objetivos (como plazos, decisiones no revisables, etc). Mediante el primer tipo de limitaciones institucionales amparamos la legitimidad de las soluciones alcanzadas (si acordamos con Nino que la presunción de legitimidad es más fuerte en el caso de los resultados de una deliberación democrática aunque esté regimentada). El fundamento del segundo tipo de limitaciones institucionales deriva de consideraciones de operatividad o eficacia del sistema, es decir, de cómo el Derecho ha de operar para conseguir materializar valores últimos.

b) La anterior precisión acerca del fundamento en el que descansaría el primer tipo de limitaciones institucionales creo que permite arrojar algo de luz en lo que Nino denomina 'racionalidad de la segunda mejor opción' y se presenta cuando, como participes, estamos pensando en cómo mejorar prácticas institucionales reales acercándolas a modelos de instituciones ideales. Creo que es posible sostener que el término de "la segunda mejor opción" no apunta al carácter institucional -o, regimentado- de la práctica sin más, sino a lo

siguiente: si bien las opciones morales que tomamos en el seno de una institución moralmente perfecta (pensemos en un modelo moralmente perfecto de sistema democrático) son óptimas (aunque, claro, diferentes de las soluciones morales a las que llegaríamos en un caso particular al margen de una institución; algo que, por lo demás, en nuestras sociedades no sería operativo), no lo son las tomadas en las democracias reales que vienen caracterizadas por una serie de desviaciones que afectan (de forma ilegítima) a la calidad epistémica de sus resultados; lo que sucede es que cuando la práctica en su conjunto es justa, los esfuerzos por mejorarla han de proceder según los cauces por ella habilitados ("el juez no puede dictar sentencia como si estuviera creando con su decisión todo el orden jurídico"). ¿por qué racionalidad de la segunda mejor opción? Pues porque si bien el juez debe respetar autoritativamente el principio democrático ya que tomarse en serio tal principio es la única forma de poder materializar en un futuro la constitución ideal (en Nino la deliberación colectiva es la forma más fiable para alcanzar el conocimiento moral), al tiempo no debe olvidar que la práctica puede -y debe- ser mejorada (incitando el debate público que lleve a reconsiderar por los canales institucionales adecuados determinados consensos autoritativos que considera erróneos). La idea de 'racionalidad de la segunda mejor opción', que operaría en la participación del sujeto en prácticas regimentadas colectivas, estaría apuntando a este distanciamiento crítico de la deliberación del sujeto que participa en prácticas regimentadas colectivas no ideales sino reales y, por lo tanto, muchas veces imperfectas.

39. La tesis de la unidad del razonamiento práctico o la tesis del discurso jurídico como caso especial del discurso moral general significa lo siguiente:

1. Su especialidad viene implicada por una serie de rasgos que pueden resumirse en lo que se conoce como su dimensión institucional. Esta institucionalización es una exigencia de la propia racionalidad práctica. No sería

posible la vida en sociedad, la regulación de la interacción colectiva y la satisfacción de los derechos humanos si el discurso moral no fuera completado con el Derecho como discurso en el que se combinan dos tipos de elementos: autoridad y valores últimos. La forma que Nino tiene de armonizar, en cierta forma estos dos elementos - sin negar por ello la existencia de una tensión permanente-, es sosteniendo que el tipo de Derecho que se presenta como una exigencia de la propia moral no es cualquier Derecho, sino uno que tenga su fuente en la política democrática. Una concepción de la democracia como sucedáneo del discurso moral permite legitimar a ésta como sistema de gobierno y constituir al Derecho -teniendo especialmente en cuenta, además, las implicaciones derivadas de su carácter de práctica colectiva- en un elemento relevante del razonamiento práctico (esto es, del razonamiento justificativo de nuestras acciones). Este fundamento de la democracia tiene también importantes consecuencias a la hora de establecer cómo habrá de estar organizada la maquinaria jurídica y las instituciones con el fin de aproximar lo más posible las democracias reales al modelo ideal de democracia. En definitiva, el debate democrático y su regimentación, así como todas las otras exigencias institucionales que garantizan, por una lado, la eficacia del Derecho en la persecución de los valores morales últimos y, por otro, la mayor legitimidad moral en la producción de normas jurídicas (el denominado principio democrático y la separación de poderes) habrán de articularse con el fin de conseguir la satisfacción más eficaz de los derechos humanos.

Por lo demás, el elemento autoritativo en la concepción del Derecho de Nino viene construido a partir de la idea de autoridad epistémica y esto se va a traducir en una especial forma de entender el rasgo de autoridad del Derecho. Hablar de autoridad epistémica en relación con el sistema de gobierno democrático implica que el

resultado del discurso democrático nos da razones para creer en la existencia de tales razones morales. La mayor fiabilidad en el ámbito de la moral intersubjetiva no significa que el discurso democrático arroje siempre el resultado correcto. Sucede, sin embargo, que cuando pierde fuerza epistémica, opera el principio moral según el cual es preciso salvaguardar las instituciones que permiten implementar la toma de decisiones moralmente legítimas y de ahí que, en tales casos, opere el carácter autoritativo del Derecho; ahora ya, como sistema, en su conjunto, moralmente legítimo. El principio democrático exigirá que, especialmente, aquellos que toman decisiones como parte de esa maquinaria institucional acepten -apliquen autoritativamente- las decisiones democráticas aunque estas no coincidan con su propio juicio; y ello porque respetando ese principio ampliamos las posibilidades de que, en muchos otros casos, se tomen decisiones correctas.

2. Pero ser un caso especial implica obviamente también "ser un caso de". Y es aquí, aunque ya ha quedado parcialmente esbozado en el párrafo anterior, donde es preciso señalar que lo que caracteriza además a la tesis de la unidad del razonamiento práctico es, como vimos, el sostener -en la terminología de Nino- que las normas jurídicas sólo pueden verse como razones autónomas para la acción si se las concibe como juicios de adhesión normativa. Pero, además, esto resulta algo más complejo si tenemos en cuenta que, precisamente, lo que concede legitimidad a un sistema de gobierno sobre otro es la mayor fiabilidad epistémica en relación con los principios morales válidos. Entonces, nos encontramos con que las normas jurídicas procedentes de un sistema democrático constituyen razones para la acción en la medida en que -tenemos razones para creer que-, en su vertiente valorativa están ejemplificando, o especificando, principios morales (es decir, se presenten como exigencias derivadas de

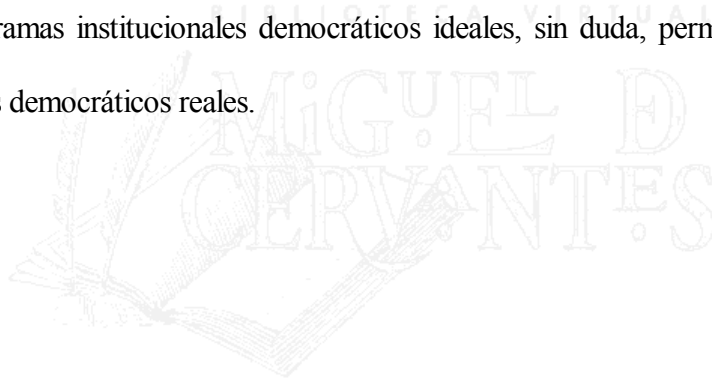
la legítima protección de bienes). Y cuando esto no es así, como señalé antes, es preciso ver si, en última instancia, opera también el principio moral que exige implementar aquellos procedimientos epistémicos que maximicen la probabilidad de actuar de forma moralmente correcta: esto es, si el juicio del primer nivel del razonamiento acerca de la legitimidad de la institución en su conjunto es positivo, entonces, esa legitimidad moral se proyectaría -aunque suponga una legitimidad más débil- sobre la norma jurídica que carece de valor epistémico y esa norma jurídica sería una razón auxiliar que combinada con el mencionado principio moral constituiría, en cuanto que juicio de adhesión normativa, una razón completa para la acción.

40. Pueden darse conflictos entre las normas provenientes de las autoridades legítimas y los derechos humanos derivados de los principios morales. En realidad este conflicto viene implicado por un conflicto que se da ya entre principios morales. En el sistema moral y a la luz de las exigencias de organización de nuestras sociedades (por razones epistémicas y de protección eficaz de derechos humanos), un principio moral establece el deber de implementación de sistemas justos de gobierno y derivado de esta exigencia el deber moral de obediencia a las autoridades legítimas. Junto con estos principios hay otros principios morales de los que derivan los derechos humanos como derechos morales. Es fácil percibir que las exigencias derivadas de unos y otros pueden entrar en conflicto en las sociedades reales sobre las que se proyectan (Nino establece que cuando el conflicto afecta a los derechos humanos fundamentales, por muy legítima que sea la autoridad, el principio moral de los que estos derivan tiene prioridad, pues tales derechos son excluyentes en su ámbito de aplicación).

El anterior conflicto reaparece en la propia Constitución entre, por un lado, el deber de obediencia a las normas dictadas por las autoridades democráticas legítimamente constituidas y, por otro, el respeto a los derechos fundamentales.

De esta forma puede haber conflictos entre las normas morales puras y las normas jurídico morales, es decir, entre los derechos fundamentales derivados de las normas morales y los derechos y deberes institucionales derivados de normas morales que otorgan legitimidad a una cierta autoridad o práctica social.

Es la tensión entre razón y voluntad, una tensión que si bien puede ser anulada en el seno de organigramas institucionales democráticos ideales, sin duda, permanece en el seno de nuestros sistemas democráticos reales.



BIBLIOGRAFÍA

Libros de Nino:

- *El concurso en el Derecho Penal*, ed. Astrea, BsAs, (1972).
- *Notas de introducción al análisis del Derecho*, Ed. Astrea, BsAs, 4 vols.(1973-1975).
- *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*, México, (1974).
- *Algunos Modelos Metodológicos de "Ciencia" Jurídica*, Universidad de Carabobo, Venezuela (1979), ed. Fontamara, México (1993).
- *Los límites de la responsabilidad penal*, BsAs, ed.Astrea, (1980).
- *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, ed. Astrea, (1982).
- *Introducción al Análisis del Derecho*, BsAs, Astrea (1980), ed. Ariel (1983).
- *Ética y derechos humanos*, ed. Paidós, (1984), ed. Ariel (1989)
- *La validez del derecho*, ed. Astrea,(1985).
- *Introducción a la Filosofía de la Acción Humana*, BsAs, Eudeba, (1987).
- *El Constructivismo Ético*, Centro de Estudios Constitucionales, (1989).
- *The Ethics of Human Rights*, Clarendon Paperbacks, (1991).
- *Fundamentos de Derecho Constitucional*, ed. Astrea, (1992).
- *Un País al Margen de la Ley*, Emecé editores, (1992).
- *Derecho, Moral y Política*, ed. Ariel, (1994).
- *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, (1996).
- *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, (1996).

Trabajos editados por Nino:

- *El lenguaje de derecho*(junto con otros editores), Abeledo-Perrot, BsAs, (1983).
- *Rights*, Dartmouth, (1992).

Artículos de Nino:

- "Efectos del ilícito civil", *Lecciones y Ensayos*, nº32, pág. 157, (1966).
- "Lesiones y retórica", con J.A. Bacqué, *Revista Jurídica Argentina. La Ley*[L.L], pág. 966, (1967).
- "El tema de la interpretación de la ley en Alf Ross ejemplificado en dos fallos argentinos", con J.A. Bacqué, *Lecciones y Ensayos*, pág. 3, (1967).
- "La definición del 'delito'", *Notas de Filosofía del Derecho*, nº5, pág. 47, (1969).
- "La pequeña historia del dolo y el tipo", *L.L.*, nº148, pág.1063, (1972).
- "El concepto de Validez y el Problema del Conflicto entre Normas de Diferente Jerarquía en la Teoría pura del Derecho", en *Derecho, Filosofía y Lenguaje*, (1976).
- "Las concepciones fundamentales del liberalismo", *Revista Latinoamericana de Filosofía*, nº4, pág. 141, (1978).
- "Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity", 64 *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, pág. 357, (1978).
- "La fundamentación de la legítima defensa. Réplica al profesor Fletcher", en *Doctrina Penal*, nº2, pág. 235, (1979).
- "¿Es la Tenencia de Drogas Con Fines de Consumo una de `las Acciones Privadas de los Hombres`?", en *La Ley*, pág. 743, (1979).
- "Dworkin and Legal Positivism", en *Mind*, nº 89, pág. 519, (1980).

- “Libre Albedrío y Responsabilidad Penal”, en *I Archivos Latinoamericanos de Metodología y Filosofía del Derecho*, pág. 79, (1980).
- “Pena de Muerte, Consentimiento y Protección Social”, en *La Ley*, pág. 708, (1981).
- “Los conceptos de derecho” en *Crítica*, nº13, pág. 29, (1981).
- “Razones y prescripciones: Una respuesta a Alchourrón” en *I Análisis Filosófico* 41, (1981).
- “Concurso y continuación de delitos de omisión”, en *Doctrina Penal*, nº5, pág. 283, (1982).
- “A Consensual Theory of Punishment”, en *Philosophy Public Affairs*, nº12, pág. 289, (1983).
- “El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica”, en *El Lenguaje del Derecho*, E.Bulygin y otros eds., (1983), pág.339.
- “Legal Ethics: Between Metaphysics and Futility”, en *Oikeustiede Jurisprudencia*, nº16, pág.189, (1983).
- “Una Nueva Estrategia para el Tratamiento de las Normas 'de Facto'”, en *La Ley*, (1983), pág. 935.
- “La concepción de Alf Ross sobre los juicios de justicia”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, nº3, (1983).
- “The Limits of the Enforcement of Morality through the Criminal Law” en *Philosophical Analysis in Latin America*, J.J.E. Gracia y otros, (1984), pág. 93.
- “Liberty, Equality, and Causality”, en *Rechtstheorie*, nº15, pág. 23, (1984).
- “Legal Norms and Reasons for Action”, en *Rechtstheorie*, nº15, pág. 489, (1984).
- “Ross y la Reforma del Procedimiento de Reforma Constitucional”, en *Revista de Ciencias Sociales*, nº 25, pág. 347, (1984).
- “The Human Rights Policy of Argentine Constitutional Government: A Reply”, en *Yale Journal of International Law*, nº 11, pág. 217, (1985).
- “¿Da Lo Mismo Omitir Que Actuar?”, en *Análisis Filosófico en América Latina*, J.J.E.Gracia y otros eds., pág. 91, (1985).
- “Las Limitaciones de la Teoría de Hart Sobre Las Normas Jurídicas”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, nº 5, (1985).
- “Does Consent Override Proportionality?”, en *Philosophy Public Affairs*, nº15, pág.183, (1986).
- “Los hechos morales en una concepción constructivista”, en *I Cuadernos de Ética*, pág. 67, (1986).
- “Begriff und Rechtfertigung der ursprünglichen verfassungsgebenden Gewalt,” en *Argentinische Rechtstheorie und Rechtsphilosophie Heute* 85, E. Bulygin y E. Garzón Valdéz eds., (1987).
- “El Concepto de Derecho en Hart”, en *H.L.A. Hart y el concepto de Derecho*, *Revista de Ciencias Sociales*, nº28, Valparaíso, (1986).
- “La Participación Como Remedio a la Llamada Crisis de la Democracia”, en *Alfonsín: Discurso Sobre el Discurso*, (1987).
- “Prólogo”, en *Raúl Alfonsín: El Poder de la Democracia*, (1987).
- “The concept of moral person”, en *Crítica*, nº19, pág. 47, (1987).
- “El Cuatrilema del Consecuencialismo”, en *Doxa*, nº4, pág. 365, (1987).
- “El voto Obligatorio”, en *Reforma Constitucional: Segundo dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, pág. 219, (1987).
- “Constructivismo Epistemológico: Entre Rawls y Habermas”, en *Doxa*, nº 5, pág. 87, (1988).

- "Presidencialismo vs. Parlamentarismo", en *Presidencialismo vs. Parlamentarismo* pág.115, (1988).
- "Liberalismo 'versus' comunitarismo", en *I Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, pág. 363, (1988).
- "Transition to Democracy, Corporatism, and Constitutional Reform in Latin America", en *University of Miami Law Review*, nº44, pág.129, (1989).
- "Consolidating Democracy", en *Yale Law Report* nº12, Spring, (1989).
- "La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos", en *Doctrina Penal*, nº12, (1989).
- "Justicia a la conciencia", en *La Ley*, pág.1197, (1989).
- "Moral Discourse and Liberal Rights", en *Enlightenment, Rights, and Revolutions*, N. MacCormick and Z. Bankowski eds., (1989).
- "La Conciencia de la Crisis", en *La Encrucijada Argentina*, S. Labourdette ed., (1989).
- "Democracy and Criminal Laws" en *Aktuelle Probleme der Demokratie*, Ota Weinberger ed., (1989).
- "Autonomía y necesidades básicas", en *Doxa*, nº7, pág. 21, (1990).
- "Los derechos morales", en *Doxa*, nº7, pág. 311, (1990).
- "Entrevista a Genaro R. Carrió", en *Doxa*, nº 7, pág. 343, (1990).
- "Liberalismo Conservador: ¿Liberal o Conservador?", en *Revista de Ciencia Política*, nº12, pág. 19, (1990).
- "La Constitución como convención", en *Revista del Centro de Estudios constitucionales*, nº 6, pág. 189, (1990).
- "The Epistemic Moral Relevance of Democracy", en *Ratio Juris*, nº4, pág. 36, (1991).
- "The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina", en *Yale Law Journal*, nº100, pág. 2619, (1991).
- "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad", en *Cuadernos y Debates*, nº29, pág. 97, (1991).
- "Respuesta a J.J. Moreso, P.E. Navarro y M.C. Redondo", en *Doxa*, nº10, pág. 261, (1993).
- "The Debate over Constitutional Reform in Latin America", en *Fordham International Law Journal*, nº16, pág. 635, (1993).
- "Derecho, moral y política", en *Doxa*, nº14, (1993).
- "Contexto social y régimen de gobierno", en *Doxa*, nº14, (1993).
- "Justicia", en *Doxa*, nº14, (1993).
- "Positivism and Communitarianism: Between Human Rights and Democracy", en *Ratio Juris*, nº 7, pág. 14, (1994).
- "A Philosophical Reconstruction of Judicial Review", en *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*, M. Rosenfeld ed., pág. 285, (1994).

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

Ackerman, B.:

- "Why dialogue?", en *Journal of Philosophy*, nº86, (1989).
- "Tres concepciones de la democracia constitucional", en *Cuadernos y debate*, 13, (1991), junto con Rosenkraft.

Aguiló, J.:

- "Buenos y malos. Sobre el valor epistémico de las actitudes morales y

- prudenciales", en *Doxa. Cuaderno de Filosofía del Derecho*, nº15-16, (1994).
 - *La Constitución del Estado constitucional*, inédito.
- Alchourrón, C.E. y Bulygin, E.:
 - *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1971), Ed. Astrea, (1974).
 - "Sobre la existencia de las normas jurídicas", en *Cuadernos de Metodología y filosofía del Derecho*, Universidad de Carabobo, (1980).
 - "La concepción expresiva de las normas", en *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1991).
- Alexy, R.:
 - *El concepto y la validez del Derecho*, [trad. J. Malem], Ed. Gedisa, (1997).
 - "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 23, (2000).
- Arendt, H.:
 - *The Human Condition*, University of Chicago Press, (1958).
 - *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil* (1963), ed. Penguin, (1994).
- Aristóteles:
 - *Ética nicomáquea*, [trad. J. Pallí Bonet], ed. Gredos, (1988).
- Atienza, M.:
 - *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1991).
 - "Lógica y argumentación jurídica", en *Calculemos...Matemáticas y Libertad. Homenaje a Miguel Sánchez Mazas*, ed. Trotta, (1996).
 - *Las piezas del Derecho*, ed. Ariel, (1996); junto con Ruiz Manero.
 - *El sentido del Derecho*, ed. Ariel, (2001).
 - "Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho", en *Doxa* nº24, (en prensa). Junto a Ruiz Manero.
 - "A propósito de la argumentación jurídica", en *Doxa*, nº21, II, (1998).
- Bayón Mohino, J.C.:
 - *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, (1991).
 - "Razones y reglas: sobre el concepto de 'razón excluyente' de Joseph Raz", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 10, (1991).
 - "Participantes, observadores e identificación del Derecho", en *I Congreso Italo-español*, Imperia, Italia, (1995).
- Bickel, A.M.:
 - *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, (1962) Yale University Press, (2ªed. 1986).
- Bobbio, N.:
 - "Algunos argumentos contra el Derecho Natural" (1959), en Kelsen, H., Bobbio, N. y otros, *Crítica del Derecho Natural*, Biblioteca Pública Taurus (1966).
- Buchanan:
 - "The Gauthier Enterprise", en *Social Philosophy and Policy*, 5, (1988).
- Bulygin, E.:
 - "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº9, (1991).
 - "Regla de reconocimiento: ¿Norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº9, (1991).

- “Sobre la regla de reconocimiento”, en AAVV, *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Astrea, BsAs (1976).
- "Time and Validity", en *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, Amsterdam-New York-Oxford, (1982), [Trad. al castellano, "Tiempo y validez", en *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1991)].

Calsamiglia, A.:

- “Teoría del participante versus teoría general del Derecho: una aproximación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho XIV* (1997).
- "Constitutionalism and Democracy", en Hongju Koh, H. y Slye, R.C. comps., *Deliberative Democracy and Human Rights*, Yale University Press, (1999).
- "Ensayo sobre Dworkin", en Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, (1984).

Caracciolo, R.:

- El sistema jurídico. Problemas actuales*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, (1988).

Carrió, G.R.:

- Principios jurídicos y positivismo jurídico*, BsAs, (1970).
- *Sobre los límites del lenguaje normativo*, BsAs, Ed. Astrea, (1973).
- "Un intento de superación de la controversia entre positivistas y iusnaturalistas. Réplica a Carlos S.Nino", en *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Ed. Abeledo-Perrot, (4ªed. 1990; 1ª publicación del artículo en un volumen homenaje a Bobbio en 1983).
- *Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Ed. Astrea, BsAs, (1992).

Coleman, J.:

- The Clarendon Lectures in Law*.

D'Arcy, E.:

- Human Acts: An Essay in Their Moral Evaluation*, Clarendon Press, Oxford (1963).

Davidson, D.:

- "Actions, reasons and causes" (1963), trabajo incluido en White, A.R. (comp.), *The Philosophy of action*, Oxford, (1968).
- Actions and Events*, Clarendon Press, Oxford, (1982).

De Jouvenel, B.:

- “La idea del Derecho Natural”, en Kelsen, H., Bobbio, N. y otros, *Crítica del Derecho Natural*, Biblioteca Política Taurus, (1966).

Dworkin, R.:

- “The model of Rules”, en *University of Chicago Law Review XIV* (1967).
- “Social Rules and Legal Theory”, en *The Yale Law Journal LXXXI* (1972).
- "Hard Cases", en *Harvard Law Review*, vol. 88, nº6, (Abril 1975).
- “No Right Answer?”, en *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.Hart*, editado por P.M.S. Hacker y J. Raz (Londres, 1977).
- *Taking Rights Seriously*, (Cambridge, 1977). Edición española, R. Dworkin, *Los derechos en serio*, [trad. de M. Guastavino], Ed. Ariel, (1984, 2ªed.1989).
- “Objectivity and Truth: You’d better believe it”, en *Philosophy & Public Affairs*, nº 2 (Spring 1996).

- Fassó, G.:
-*Historia de la Filosofía del Derecho*, (tomo 3, siglos XIX), ed. Pirámide, (4ª edición, 1985)
- Ferrerres Comella, V.:
-*Justicia Constitucional y Democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, (1997).
- Finnis, J.:
-*Natural Law and Natural Rights*, Oxford, (1980).
- Fiss, O.:
- "Groups and the Equal Protection Clause", en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 5, nº2, (1976).
- "The death of a Public Intellectual" en *Deliberative Democracy and human rights*, ed. por H. Hongju Koh y R.C. Slye, Yale University Press, New Haven, (1999).
- Foot, Ph.:
- "Postscript to 'Reasons for Action and Desires'" en *Virtues and Other Essays in Moral Philosophy* (1978) [traducción al castellano, *Las virtudes y los vicios*, ed. Instituto de Investigaciones Filosóficas].
- Frankena W.K.:
-*Ethics*, New Jersey, (1973).
- Fuller, L.:
- "Human purpose and Natural Law", en *Journal of Philosophy*, nº53, (1956).
- *La moral del Derecho*, [trad. F. Navarro], ed. Trillas, México, (1967).
- Garzón Valdés, E.:
- "Derecho Natural e ideología" (1968), en *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1993).
- "Derecho y 'naturaleza de las cosas'", (1970) en *Derecho, Moral y Política*, (1993) ed. Centro de Estudios Constitucionales.
- "Derecho e ideología" (1968), en Garzón Valdés, E., *Derecho, Moral y Política*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, (1993).
- Contribución a "Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 1, (1984).
- "Acerca de la tesis de la separación entre moral y política" (1987), en *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1993).
- "El concepto de estabilidad de los sistemas políticos" (1987), en *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1993).
- "La democracia argentina actual: problemas etico-políticos de la transición" (1988), en *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1993).
- "Representación y democracia" (1989), en *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1993).
- "Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral" (1990), en *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1993).
- "Ética, economía y criterios de legitimidad" (1992), en *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1993).
- "El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías", *Isonomía*, nº12, Abril, (2000).
- Goldman, A.:

- A theory of human action*, Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, (1970).
- González Lagier, D.:
 -*Acción y Norma en G.H. Von Wright*, Centro de Estudios Constitucionales,(1995).
 -*Las paradojas de la acción*, Ed. Publicaciones Universidad Alicante, (2001).
- González Vicén, F.:
 -*De Kant a Marx (Estudios de Historia de las ideas)*, Ed. Fernando Torres (1984).
- Greenwalt, K.:
 -"Too Thin and too Rich", en R.George, ed. *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford University Press, (1996).
- Grice, I.G.R.:
 -"Motive and reason", en *Practical Reasoning*, Raz, J. (comp.), Oxford University Press, (1978).
- Guibourg, R.A.:
 - "La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional", en Bulygin, Farrell, Nino, Rabossi, comps., *El lenguaje del Derecho*, BsAs, (1983).
 -"Hart, Bulygin y Ruiz Manero: tres enfoques para un modelo", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº14, (1993).
- Hampshire, S.:
 -*Thought and Action*, London: Chatto&Windus, (1959, 2ªed. 1982), y ed. americana Notre Dame, Ind., University Press, (1983).
- Hare, R.M.:
 -*Freedom and Reason*, Oxford University Press, (1963).
 -*The language of Morals*, Oxford, Clarendon Press, (1972) [trad. al castellano de G.R. Carrió y E. Rabossi, México, UNAM, (1975)].
- Harman, G.:
 -*The Nature of morality. An Introduction to Ethics*, New York: Oxford University Press, (1977).
- Harris, J.W.:
 - "When does the Grundnorm Change?", en *Cambridge Law Journal*, 29, (1971).
- Hart, H.L.A.:
 -*El concepto de Derecho*, Trad. Genaro R. Carrió, Ed. Abeledo-Perrot, BsAs, (1963).
 -"El positivismo y la separación entre el Derecho y la moral". Pronunciado como conferencia en Harvard en 1957, este trabajo fue publicado en 1958 y aparece recogido en *Derecho y Moral. Contribuciones a un análisis*, ed. Depalma, BsAs, (1962), [Trad. y nota preliminar de G.R.Carrió].
 - "Self-referring Laws", en *Festskrift Tillagnad Karl Olivecrona*, Estocolmo, (1964).
 -*Post scriptum al concepto de Derecho*, eds. P. A. Bulloch y J. Raz, (Oxford University Press, 1994), [Trad. R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México (2000)].
 -*Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, (1982).
- Hierro, J.:
 -*Problemas del análisis del lenguaje moral*, Madrid, Tecnos, (1970).
- Hornsby, J.:
 -*Actions*, Routledge&Kegan Paul, Londres, (1980).

- Kant, E.:
 -*La religión dentro de los límites de la mera razón*, (1793), ed. Alianza editorial, (2001).
- Kelsen, H.:
 -*Teoría general del Derecho y del Estado*(1945), [trad. García Maynez], UNAM, (1979).
 -*Teoría pura del Derecho* (1960), Ed. Porrúa, (1993).
 -"Justicia y Derecho Natural", en Kelsen, H., Bobbio, N. y otros, *Crítica del Derecho Natural*, Biblioteca Política Taurus (1966).
- Laporta, F.:
 -"Derecho y Moral: Vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 8, (1990).
 - *Entre el Derecho y la Moral*, ed. Fontamara, (1993).
- Lifante Vidal, I.:
 -*Sobre el concepto de discrecionalidad jurídica*, inédito.
- Locke, D.:
 -"Beliefs, Desires and Reasons for Action", en *American Philosophical Quarterly*, nº19 (1982).
- MacCormick, N.:
 -"Comment" (a G. Postema "The normativity of Law"), en *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A.Hart*, (1987).
- Malamud Goti, J.:
 -*Game Without End, State Terror and the Politics of Justice*, University of Oklahoma Press, (1996).
- Malem Seña, J.F.:
 -"Carlos Santiago Nino. Apuntes bio-bibliográficos"
- Mill, S.:
 -"Considerations on Representative Government", en *Three Essays: On Liberty; Representative Government; The Subjection of Women*; Oxford University Press, (1975).
- Moreso, J.J.:
 -"Disposiciones de reforma constitucional", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº10, (1991).
 - "Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial", junto con P.Navarro y C. Redondo, en *Doxa* nº 11, (1992).
 -"Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional", en *Doxa*, nº23, (2000).
- Muguerza, J:
 -*La razón sin esperanza*, ed. Taurus, (1977).
- Nagel, E.:
 -*La estructura de la ciencia*, Ed. Paidós, BsAs, (1981).
- Nagel, Th.:
 -*The Possibility of Altruism*, Princeton University Press, (1970).
- Navarro, P.E:
 -*La Eficacia del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, (1990).

- Páramo J.R.:
 -"Razonamiento jurídico e interpretación constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº22.
- Passerin D'Entreves, A.:
 -"El Derecho Natural", en Kelsen, H., Bobbio, N. y otros, *Crítica del Derecho Natural*, Biblioteca Política Taurus, (1966).
- Pintore, A.:
 -*Norme e Principi. Una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milano (1982).
- Postema, G.:
 -"The normativity of Law", en R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy, The Influence of H.L.A.Hart*, Oxford; Clarendon Press, (1987).
- Rabossi, E.:
 -Discurso homenaje a C.S. Nino en *Deliberative Democracy: A Conference in Remembrance of Carlos Santiago Nino*, Yale Law School, Septiembre 23-24, 1994.
- Radbruch, G.:
 -*Rechtsphilosophie*, (1932), ed. Revista de Derecho privado, Madrid, (4ªed.1959).
 -*Die Wandlung*, (1947).
 -"Die Natur der Sache als juristische Denkform" en *Festschrift für Rudolf Laun*, Hamburgo, (1948).
- Ralws, A.:
 -*Theory of Justice* (1971) Harvard University Press, (1971).
 -"El constructivismo kantiano en la teoría moral", en *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la Justicia*, ed. Tecnos, (1986).
- Raz, J.:
 -*Razón práctica y normas*, (1975, 2ªed. incluye Postscriptum, 1990), Centro de Estudios Constitucionales, (1991).
 -"Legal Reasons, Sources and Gaps", en *The Authority of Law*, London, (1975).
 -"Legal Validity" en *The Authority of Law, op.cit.*
 -Introducción, *Practical Reasoning*, Oxford University Press, (1978).
 -"The Purity of the Pure Theory", en *Révue Internationale de Philosophie*, 35 (1981).
 -"Autoridad y consentimiento", en Bulygin, Farell, Nino, Rabossi, comps., *El lenguaje del Derecho. Homenaje a G. R. Carrió*, ed. Abeledo Perrot, (1983).
- Redondo, M.C.:
 -*La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales (1996).
 - *Sulla rilevanza pratica del Diritto*, (1999).
 - *Normativity in Legal Context*, (2000).
- Richard, D.A.J.:
 -*A Theory of Reasons for Action*, Oxford:Clarendon Press, (1971).
- Ródenas Calatayud, A.:
 - "Sobre la justificación de la democracia en la obra de C.S. Nino", en *Doxa.Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº10, (1991).
 -*Sobre la justificación de la autoridad*, Centro de Estudios Constitucionales (1996)

- Rodriguez Paniagua, J. M^a.:
-*Historia del Pensamiento Jurídico*, ed. Universidad Complutense, (1984).
- Ross, A.:
-*Sobre el Derecho y la Justicia*, [Trad. G. Carrió}, BsAs, Eudeba, (1963).
-*El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, BsAs, (1969).
- Rousseau, J.:
-*Contrat social, II, 6*, citado en *Introducción a la Filosofía del Derecho*, H. Welzel, ed. Biblioteca Jurídica Aguilar (1979).
- Ruiz Manero, J.:
-*Jurisdicción y normas*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, (1990).
-“Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n°9, (1991).
- *Las piezas del Derecho*, ed. Ariel, (1996), junto a M. Atienza.
- "Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho", en *Doxa*, n°24 (en prensa), junto a M. Atienza.
- Ruiz Miguel, A.:
-“Derecho y punto de vista moral”, en *Anuario de Filosofía del Derecho XIV* (1997).
- San Agustín:
- *De Libero arbitrio*
- *Epodos*
- Santo Tomás:
- *Summa Theológica*
- Sartorius:
-*Positivism and the Foundations of Legal Authority*, Gavison, (1987).
- Singer, M.:
-“Ética Institucional”, en *Análisis filosófico*, X, (1990).
- Sunstein, C.:
-“Beyond the Republican Revival”, en *Yale Law Journal*, n°97, (1988)
- Welzel, H.:
-*Introducción a la Filosofía del Derecho*, ed. Biblioteca Jurídica Aguilar, (1979).
-*Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorf*, Berlín, De Gruyter, (1958).
- Williams, B.:
-“Internal and External Reasons” en R.Harrison (ed.) *Rational Action*, Cambridge University Press, (1980), también en B.Williams, *Moral Luck*, Cambridge University Press, (1981).