

LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CARLOS S. NINO*

Robert Alexy

Universidad Christian Albrecht de Kiel

El iusfilósofo argentino Carlos *Nino*, fallecido muy tempranamente con apenas 50 años en 1993, presentó en su libro “The Ethics of Human Rights”¹, publicado en 1991, un ensayo impresionante y ampliamente elaborado de fundamentación de los derechos humanos. El propio *Nino* califica su teoría como un “conjunto de puntos de vista” que desde la perspectiva histórica se basa en Kant (p. 63, 91, 83, 129); en lo metodológico cultiva un constructivismo metaético traído a la discusión sobre todo por *Rawls*² (p. 83, 129), y en lo sustancial defiende principios liberales donde “liberal” ha de entenderse aquí en sentido anglosajón, como “liberal, social y democrático”. *Nino* incluye dentro de esa familia a *K. Baier*, *W.K. Frankena*, *R.M. Hare*, *J. Rawls*, *D.A. Richards*, *G. Warnock*, *T. Nagel*, *A. Gewirth*, *P. Singer*, *B.A. Ackerman*, *K.-O. Apel* y *J. Habermas*, sin perjuicio de profundas diferencias en los detalles (p. 63, 91).

* Original: “Carlos Santiago Ninos Begründung der Menschenrechte”, en Ziemske, Langheid, Wilms, Haverkate (eds.) *Festschrift für Martin Kriele*. München. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 1996. Traducción de M. C. Añaños Meza, estudiante de doctorado (Universidad Carlos III, Madrid), revisión de Carla Huerta (profesora de teoría del derecho, Universidad Autónoma de México), adaptación y supervisión de Francisco J. Laporta (Universidad Autónoma de Madrid).

¹ Oxford 1991 (en lo que sigue del texto se citará con indicación de la página). En la presente traducción se han tratado de adaptar las citas inglesas de Alexy a la edición española de *Ética y derechos humanos*. Barcelona. Ariel. 1989. Para ello se utilizan las páginas en cursiva tras la paginación inglesa. La edición inglesa, sin embargo, no coincide muchas veces con la española, por lo que cuando no aparezca cifra en cursiva es que no existe la página equivalente en español.

² Cfr. J. Rawls, Kantian Constructivism in Moral Theory, en: *Journal of Philosophy* 77 (1980), p. 515 ss.

I. El programa de fundamentación de *Nino*

Nino señala el objetivo general del constructivismo con las siguientes palabras:

“El objetivo es descubrir una estructura subyacente al razonamiento, discurso o acción moral que dé soporte a derechos morales básicos por referencia a los que las instituciones y prácticas de cualquier sociedad puedan ser evaluadas”. (p. 83)

Se trata de un programa de fundamentación de tres niveles. En el primer nivel se encuentra el análisis de la estructura de la argumentación y de la acción moral, en el segundo se fundamentan derechos con base a esta estructura que finalmente, en un tercer nivel, han de constituir parámetros para las instituciones.

Este programa de fundamentación general experimenta en *Nino* una agudización teórico- discursiva en el primer nivel ya que se introduce un segundo plano, el de los principios liberales, de tal manera que en total aparece un modelo de cuatro niveles: (1) discurso, (2) principios, (3) derechos, (4) instituciones. La relación entre los tres primeros escalones se define como sigue:

“los aspectos estructurales del discurso moral revelarán criterios que permitan la justificación de principios sustantivos que den soporte a los derechos humanos” (p. 80, 125).

La fundamentación de los principios y de los derechos también podría concentrarse en un segundo nivel dividido a la vez, de modo que nuevamente se podría volver a un modelo de tres niveles. Esto no afectaría en nada la materia. Sólo es importante no perder de vista la relación escalonada en la fundamentación de los principios, por un lado, y de los derechos, por el otro.

Todo ello tiene la apariencia de una fundamentación lineal, deductiva o cuasideductiva y, de hecho, el trayecto desde el discurso pasando por los principios hacia los derechos e instituciones conforma el núcleo del argumento de *Nino*. Junto a ello hay un gran número de relaciones transversales y no pocos argumentos adicionales. Además *Nino* engloba la totalidad de su argumento en un modelo de coherencia, en el que debe producirse un equilibrio reflexivo como en *Rawls*. Este equilibrio debe producirse entre tres polos: (1) las convicciones intuitivas, (2) los principios sustantivos generales y (3) un test formal de validez que se refiera a los aspectos estructurales del discurso moral. Aquí se puede dejar de lado la cuestión de la exactitud de la tesis de *Nino* cuando sostiene que su modelo de equilibrio reflexivo se diferencia del de *Rawls* en que presenta una estructura triádica, mientras que *Rawls* se ciñe a la armonía entre juicio individual y principio

(p. 70, 106).³ Sólo debe ser de interés el hecho de que *Nino* comprende su transición de la estructura del discurso moral a principios sustanciales como la aplicación de “una suerte de método ‘trascendental’” (p. 115, 178).⁴ Esto diferencia a *Nino* de *Rawls* -muy en especial del último *Rawls*- y lo acerca a ensayos de fundamentación teórico-discursiva como los de *Apel* y *Habermas*. Precisamente por ello se hace atrayente hacer una revisión más de cerca de la teoría de *Nino*.

II. La estructura del discurso moral

Todo argumento trascendental se compone como mínimo de dos premisas. La primera premisa identifica el punto de partida del argumento, que consta de cosas como percepciones, pensamientos, actos de habla, acciones o interacciones, y sostiene que este punto de partida es necesario en algún sentido. Luego, la segunda premisa afirma que algunas categorías o reglas son necesarias si el objeto elegido como punto de partida ha de ser posible. Finalmente, la conclusión dice que estas categorías y reglas son necesariamente válidas.

El punto de partida de *Nino* es la estructura del discurso moral. Sin embargo, no se esfuerza demasiado en su elaboración. Más bien renuncia expresamente a una reconstrucción completa. En lugar de ello, *Nino* sólo proporciona breves referencias de algunos caracteres formales, en donde se remite de forma muy genérica a autores como “*Baier, Frankena, Hare, Rawls, Nagel* y *Richards*” (p. 71, 108). A pesar de la brevedad, se encuentran en *Nino* todos los elementos fundamentales de la teoría del discurso.

1. La libertad de argumentación

La idea fundamental de toda teoría del discurso racional es la idea de la libre argumentación. *Nino* expresa esta idea con las siguientes palabras:

“El discurso moral está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de la aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a a las acciones de los otros” (p. 71, 109.)

Ello excluye la referencia obligatoria a autoridades, el uso de amenazas, así como toda forma de coacción. Es interesante que *Nino* extiende también esta lista de prohibiciones al ofrecimiento de ventajas. De este modo se

³ Cuando se incluyen los “formal constraints of the concept of right”, empleados también por *Nino* (Cfr. J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge Mass. 1971, p. 130 ss.), en el equilibrio reflexivo, se llega rápidamente a una estructura triádica en *Rawls* dentro de la cual se puede seguir diferenciando (Cfr. W. Kerstin, *John Rawls zur Einführung*, Hamburg 1993, p. 119 ss.).

⁴ Cfr. Además p. 253 de la edición inglesa: “Kantian ,transcendental method”

hace claro que el discurso no es un procedimiento de negociación sino de argumentación. Sólo debe contar la fuerza del argumento. Asimismo, *Nino* excluye argumentos que se fundan en la tergiversación (*misrepresentation*) y en técnicas de motivación que tienden a un puro condicionamiento. Uno podría preguntarse si tales exclusiones o prohibiciones pertenecen directamente a la estructura del discurso racional o si el impedimento o eliminación de tales males no puede dejarse más bien a la libre actividad del coparticipante en el discurso de tal manera que la exclusión de la manipulación y de las tergiversaciones sea una consecuencia de la estructura del discurso. Mas esto puede dejarse de lado aquí. De todas formas está claro que la libertad en el discurso no es sólo una libertad de coacción externa sino que es también una libertad de juicio.

2. Cinco condiciones

Para que los principios de convivencia en el discurso puedan ser aceptados libremente, deben, según *Nino*, presentar cinco propiedades: deben ser públicos, generales, supervinientes y universales, así como deben poseer prioridad frente a otras razones de actuar (p. 72 s. 110 s.). El parentesco de estas exigencias con las “*formal constraints of the concept of right*” de *Rawls*⁵ salta a la vista y es también señalado por *Nino*. Mientras la publicidad y prioridad de las razones morales son exigencias formales claramente distinguibles, no es tan simple la delimitación entre generalidad, universalidad y superveniencia.

Un principio será general cuando su formulación sólo se refiera a cualidades y relaciones y no contenga nombres propios ni descripciones definidas de casos determinados. Mientras la generalidad se refiere a la estructura formal del contenido del principio y con ello designa algo que, de acuerdo con *Hare*, es llamado predominantemente “universal”, aquello que *Nino* designa como “universalidad” apunta a la aplicación de principios. Un principio será aplicado universalmente cuando encuentra aplicación a todo caso al que según su contenido sea aplicable independientemente del espacio y tiempo (p. 72 s., 110). Uno podría preguntarse si esto no está ya contenido en el concepto de validez de un principio. La superveniencia se refiere, como la generalidad, al modo de formulación de los principios. Según *Hare* las expresiones normativas como “bueno” y “debido” son supervinientes porque su aplicación depende de predicados empíricos.⁶ Cuando el acto h,

⁵ J. Rawls (Fn.3), p. 131 ss.

⁶ R.M. Hare, *The Language of Morals*, London/Oxford/New York 1952, p. 80 s., 153 s. Cfr. Además T. Horgan, *From Supervenience to Supersupervenience: Meeting the Demands of a Material World*, en: *Mind* 102 (1993), p. 555 ss.

está mandado pero el acto h_2 está prohibido, entonces tiene que haber una diferencia fáctica entre h_1 y h_2 que justifique la distinta categorización normativa. No puede decirse: “ h_1 coincide exactamente en todo sentido con h_2 excepto en una sola cosa, que h_1 está mandado y h_2 , prohibido”. La superveniencia vincula el discurso moral con las razones empíricas. *Nino* se refiere a un aspecto esencial de esta idea cuando exige que los principios morales tienen que conectarse con cualidades empíricas o fácticas constatables por cada persona. Normas oscuras, como “lo que es malo está prohibido”, quedan así excluidas.

3. Imparcialidad

Nino constata acertadamente que tales criterios formales no son suficientes para asegurar un consenso en cuestiones morales. Pero en cualquier caso excluyen algo, por lo que resulta del todo razonable formularlos de alguna manera como condiciones o reglas del discurso práctico. Finalmente, un criterio más necesario que la relación observada hasta ahora de libertad argumentativa y racionalidad práctica formal es el tercer criterio, el de imparcialidad. La imparcialidad puede expresarse en la filosofía moral mediante construcciones muy diferentes. El espectro alcanza desde las teorías del observador ideal hasta la de la posición original de *Rawls*. *Nino* opta por un “punto de vista imparcial” que exige de nosotros:

“considerar cada interés por sus propios méritos y no tomando en cuenta la persona en quien se origina “ (p. 75, 117).

Esta exigencia puede expresarse también con el postulado del cambio de roles⁷.

Hasta aquí *Nino* se sitúa fundamentalmente en la corriente principal de la teoría del discurso. Sin embargo, su argumento parece tomar otro giro cuando él mismo observa inmediatamente después de la introducción de su “punto de vista imparcial”, que:

“esto no sería un rasgo distintivo del discurso moral sino que sería un presupuesto fundamental de nuestra concepción del mundo y de nosotros mismos” (p. 75, 117).

Con esto parece que *Nino* despoja al discurso moral de su sustancia moral. Ésta se encuentra precisamente en la imparcialidad. Cuando se traslada la imparcialidad a “nuestra concepción del mundo y de nosotros mismos”, la justificación de los derechos humanos se convierte esencialmente en una justificación desde nuestra comprensión del mundo y de nosotros mismos.

⁷ Cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Ed., Frankfurt a.M. 1991, p. 251. Hay traducción española de Manuel Atienza e Isabel Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1989.

Esto no concuerda con el programa de fundamentación de *Nino* y no se ajusta a sus demás aseveraciones. Así *Nino* fundamenta su principio de la inviolabilidad de la persona con el “punto de vista impersonal *que subyace al discurso moral*” (p. 158, cursiva R. A., 255). Esto último habla más bien a favor de que *Nino* desea sostener un vínculo necesario entre los conceptos de discurso moral y de imparcialidad.

4. *Verdad moral*

Esta interpretación se apoya en el análisis de *Nino* sobre el significado de un juicio moral de la forma “Una acción X debe moralmente ser realizada” y en su definición de la verdad de tales juicios que incluyen una referencia a la imparcialidad. Como *Nino* une a la vez sus rápidas afirmaciones sobre el discurso moral con aquel análisis y esta definición, se citan ambas aquí:

“Un juicio que expresa que debe moralmente hacerse X puede analizarse como un juicio que predica de la acción X que ella es requerida, en ciertas circunstancias definidas por propiedades fácticas de índole genérica, por un principio público que sería aceptado como justificación última y universal de acciones por cualquier persona que fuera plenamente racional, absolutamente imparcial y que conociera todos los hechos relevantes. Un juicio de este tipo es verdadero si el principio a que alude fuera efectivamente aceptado en tales condiciones” (p. 75, 117)

Este análisis y su correspondiente definición de la verdad moral se aplican a un consenso hipotético bajo condiciones ideales: un juicio moral individual es verdadero cuando es exigido por un principio moral que encontraría la aprobación de todas las personas plenamente racionales, imparciales e informadas. Incluso se podría renunciar a la mención de las cinco cualidades del principio en cuestión (público, general, factual/superviniente, universal, final/preeminente) ya que una persona que aprueba un principio que no presenta estas cualidades no podría ser plenamente racional. De esta forma se puede atribuir cierta significación al carácter definitorio de “racional”, no definido por *Nino*.

Aun quien esté de acuerdo total o muy ampliamente con el contenido de la definición de *Nino* podría dudar de que sea adecuado designar como “verdad” aquello que se define. Se puede ser de la opinión de que en el ámbito de lo práctico o de la moral el concepto de corrección es más adecuado. Mas esto no ha de responderse aquí. Por ello, en adelante se emplearán las expresiones “verdad moral” y “corrección moral” como sinónimas y cuando simplemente se trate de verdad o corrección, será para referirse a la verdad moral o la corrección moral. Tampoco se tratará aquí de cual sea el rol que juega en *Nino* la graduación entre el juicio individual y el principio. ¿Por qué sólo los juicios individuales deben ser susceptibles de verdad? ¿Qué habla en contra de designar también como “correctos” a los principios que bajo

las condiciones dadas encuentran aprobación general? Si se aceptase esto se llegaría a la clave siguiente de la teoría del discurso de *Nino*: Es correcto o verdadero precisamente aquel principio,

“que sería aceptado por cualquier persona imparcial, racional y concedora”
(p. 76, 117).

En esta definición se trata solamente del resultado hipotético y no del procedimiento de la argumentación o del discurso; pero puede modificarse ligeramente de manera que incluya explícitamente el aspecto procedimental como elemento decisivo de definición. Se pueden designar como “teórico-discursivas” todas aquellas teorías que hacen depender la verdad práctica o corrección de una norma de la aprobación con base en argumentos bajo condiciones ideales. Si se toma como base este criterio, la teoría de *Nino* es sin duda teórico-discursiva.

III. La necesidad del discurso moral

La primera premisa de un argumento trascendental, como se explicó antes, no sólo debe identificar el punto de partida del argumento sino que debe afirmar también su necesidad. Hasta ahora sólo se han reconstruido las presuposiciones necesarias del discurso moral, lo que sirve a la identificación del discurso moral como punto de partida, pero por lo demás pertenece al ámbito de la segunda premisa del argumento trascendental. Sobre la necesidad del discurso moral así identificado, sin embargo, todavía no se ha dicho nada. Todo depende de ésta para el argumento total. Si el discurso moral sólo fuera un juego entre otras alternativas, entonces los derechos humanos que se fundamentan en el mismo serían también sólo una de tantas alternativas.

1. Fundamentación moral

La pregunta por la necesidad del discurso es la pregunta por su fundamentación, en la medida, pero sólo en la medida de que represente la última pieza de la fundamentación, aquella a la que pueda designarse como “fundamentación última”. Con esta expresión se designa aquí sólo el nivel de fundamentación y no cosas como la irrefutabilidad o la infalibilidad. *Nino* considera otras posibilidades más pero las rechaza todas. Como primera alternativa considera la posibilidad de una fundamentación moral. Los consensos producidos discursivamente tienen una función social esencial: evitan o eliminan conflictos y posibilitan o facilitan la cooperación (p. 71, 109). Entonces, se podría pensar en justificar los discursos, primero, por ser el medio para el fin de la solución pacífica de conflictos y de la cooperación, y segundo, porque la solución pacífica de conflictos hasta evitar la guerra civil, así como la cooperación social, representan valores morales. Así, toda guerra civil pone en peligro el derecho a la vida e integridad corporal, y sin

cooperación social difícilmente pueden satisfacerse las necesidades básicas de cada uno en una medida moralmente requerida. Mas todo esto no puede alegarse como última fundamentación del discurso, pues, según la construcción total del argumento trascendental, todos los principios, derechos e instituciones deben ser fundados en el discurso, y no éste en aquéllos (cfr. p. 80 s., 125 s.). Las fundamentaciones circulares pueden quizá ser posibles en el modelo de coherencia del equilibrio reflexivo, pero destruyen el argumento trascendental lineal.

2. *Fundamentación técnica*

Una segunda posibilidad es la fundamentación del discurso a partir de consideraciones de utilidad individual o colectiva. Tal fundamentación puede designarse como “técnica” o “pragmática”. Aquí sólo debe interesar la relación entre el discurso y la maximización de la utilidad individual. Que sea ventajoso para el individuo en general evitar las guerras civiles y la cooperación social independientemente de todas las consideraciones morales, es, desde *Hobbes*, la idea rectora de todas las teorías del contrato y de la decisión orientadas a la maximización de la utilidad. *Nino* parece tener poca consideración hacia tal fundamentación. Ya que las razones morales deben ser razones del más alto rango, la moral no puede ser fundada en consideraciones finalistas que, según *Nino*, representan razones de un rango más bajo (p. 81, 126).

Lo cierto es que las consideraciones finalistas no pueden crear ninguna razón que en caso de conflicto prevalezca sobre la solución maximizadora de la utilidad individual. Las consideraciones finalistas son razones para una conducta de acuerdo con la moral sólo en la medida en que la conducta sea adecuada. Ninguna fundamentación última de la moral o del discurso puede basarse en esto. De todos modos, un punto que la teoría de los derechos humanos no debe perder de vista es una posible congruencia fáctica entre maximización de la utilidad y discurso. En un mundo en el que se tiene que contar con numerosos maximizadores de utilidad más o menos genuinos sólo puede ser bueno para la realización de los derechos humanos que pueda demostrarse también que éstos son beneficiosos para la utilidad individual y colectiva, por lo menos a largo plazo.

3. *La renuncia de Nino a la fundamentación última*

Debido a la circularidad de una fundamentación moral⁸ y de la fuerza insuficiente de una mera fundamentación técnica o pragmática, *Nino* renuncia

⁸ *Nino* ilustra acertadamente la circularidad necesaria de toda fundamentación moral de la moral con ayuda de la pregunta: “Qué razón moral tengo yo para hacer lo que prescribe la moral, que no sea una razón que derive de los mismos principios morales” (p. 82, 127).

por completo a una fundamentación última de la práctica del discurso moral y con ello, de la moral fundamentable en ella. Nuestra práctica del discurso moral estaría condicionada históricamente (p. 103, 161) y no sería universal ni en el tiempo ni en el espacio (p. 109, 170). No se podría convencer a las personas que se niegan a escuchar razones (p. 104, 162). Por ello, en vez de una fundamentación última sólo sería posible una explicación

“de por qué una sociedad desarrolla una cierta práctica de discurso moral y por qué buena parte de los individuos tienden a participar en ese discurso” (p. 82, 127).

Tal explicación podría incluir reflexiones evolucionistas, pero no se trataría de una justificación.

Esto es una renuncia explícita a una fundamentación última. Esta renuncia incluye la renuncia al carácter trascendental de todo el argumento. Al discurso no se le adscribe ya ninguna necesidad. Aún cuando deba implicar derechos humanos, no podría transferirles necesidad alguna. Sólo quien se decide en favor del discurso tiene que optar también por los derechos humanos. Con ello, el carácter “trascendental” de los derechos humanos se relativiza totalmente en una práctica contingente.

Todo esto tendría que admitirse, si fuera imposible demostrar que el discurso moral, o por lo menos ciertos elementos del discurso moral, son necesarios para los hombres y en este sentido, universales. De todas formas, en *Nino* se encuentran algunas referencias de que esto último sería posible. Contra la objeción de que la fundamentación de sus principios desde la estructura del discurso moral es de poco valor por demostrar solamente que el discurso moral es una institución liberal, se defiende *Nino* al sostener que también no-liberales y aún ejemplares extremos como Hitler se esforzaron, en general, en justificar sus acciones y orientaciones, embarcándose en una práctica que corresponde esencialmente a la estructura del discurso moral (p. 184, 300). Sin embargo, *Nino* no continúa con este hilo de argumentación, de manera que ha de constatar que la primera premisa de su argumento no es la primera premisa de un argumento trascendental completamente desarrollado. Si fuera posible tal argumento, podría reforzarse sustancialmente el argumento de *Nino*.⁹

IV. Los principios liberales de *Nino*

La pregunta sobre si la estructura o las reglas del discurso moral se pueden fundamentar debe diferenciarse de la pregunta sobre si los derechos humanos pueden fundamentarse a partir de aquéllas. Esta es propiamente la pregunta de *Nino*.

⁹ Cfr. aquí R. *Alexy*, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M. 1995, p. 132 ss.

1. Cuatro principios

Según *Nino*, a partir de la base expuesta se pueden fundamentar cuatro principios liberales sustantivos: (1) el principio de la autonomía personal, (2) el principio hedonista, (3) el principio de la inviolabilidad de la persona y (4) el principio de la dignidad de la persona. Estos cuatro principios no deben estar sin orden entre sí, sino más bien constituir un sistema.

Los dos primeros principios tratan del contenido de los derechos humanos. El principio de la autonomía personal contiene una valoración positiva de la libre elección y realización de concepciones personales de lo bueno y de planes de vida basados en ellas, así como una prohibición dirigida al Estado y a todos los demás de impedir el ejercicio de la autonomía personal ya definida. (p. 137 s., 229 s). El principio hedonista es incorporado incidentalmente por *Nino* como un complemento del principio de autonomía. Este principio dice que el placer y la ausencia de dolor son *prima facie* valiosos (p. 147 s., 227). Ambos principios han de ser principios agregativos (p. 187). Asignan valores positivos a las situaciones y acciones definidas por ellos independientemente de cómo estén repartidas entre los distintos individuos.

Carácter distributivo tiene en cambio el tercer principio, el principio de la inviolabilidad de la persona. En su formulación primera y general, prohíbe que los individuos sean despojados de los bienes definidos por los dos primeros principios a favor de otros individuos o de valores holísticos supraindividuales (p. 186). Por tanto, el contenido garantizado por los dos primeros principios debe tener la función de derechos (p. 164, 260 s, 186). Ya que debido a esta función, no toda repartición de bienes de los dos primeros principios es posible, estos principios son restringidos por el de inviolabilidad. En su segunda y definitiva versión la formulación general del principio de inviolabilidad experimenta una restricción socio-estatal. De acuerdo a esto, estarían permitidas las limitaciones a la autonomía personal en tanto que amplíen la inferior autonomía de otras personas (p. 232, 368).

En los detalles, las formulaciones de *Nino* plantean algunas preguntas. Sus respuestas se facilitan en virtud de su afirmación de que la combinación del principio de autonomía personal con su principio reformulado de la inviolabilidad

“puede ser equivalente al principio de diferencia de Rawls y quizás a la combinación de sus dos principios” (p. 215, 345).

Sin perjuicio del hecho, de que según *Nino* la igualdad como tal no es un valor en sí mismo (p. 216, 346), su teoría pertenece a la familia del liberalismo igualitario.

El cuarto principio, el principio de dignidad de la persona exige que la voluntad del ser humano sea tomada en serio (p. 176, 286). Permite

reconocer las decisiones, intenciones y declaraciones de voluntad como condiciones de obligaciones y responsabilidades. Este principio no sólo ha de ser la base de la autonomía privada en derecho civil sino también fundamento de competencias jurídico-públicas como las del derecho al voto. En derecho penal debe configurar el fundamento de la responsabilidad (p. 176 s., 286 s.). Así como el principio de inviolabilidad limita los principios de autonomía y del hedonismo, el principio de dignidad limita el principio de inviolabilidad. Permite que se renuncie, por ejemplo, por medio de un contrato, a bienes protegidos u otorgados por el principio de inviolabilidad. Así como los dos primeros principios conducen al contenido de los derechos, y el tercero a su función, el cuarto conduce a su dinámica. De este modo puede contribuir mediante el intercambio a proveer al individuo de bienes que amplíen su capacidad de realizar un plan de vida autoelegido (p. 186).

2. Cuatro capacidades

A los cuatro principios corresponden en el sistema de *Nino* cuatro capacidades. El principio de autonomía ha de tener valor sólo para quienes puedan elegir y realizar concepciones del bien y planes de vida organizados en base a las mismas. El principio hedonista sería de importancia sólo para aquél que pueda sentir dolor y placer. El principio de inviolabilidad sólo ha de ser relevante para quien disponga de una conciencia de sí mismo. Y finalmente, el principio de dignidad es aplicable sólo a quienes sean capaces de tomar decisiones y de asumir las consecuencias de sus acciones (p. 221 s., 359 s.). Con estas cuatro capacidades se relaciona el nivel de los principios con el concepto de persona:

“una persona moral plena es una persona que tiene las cuatro capacidades en su máximo alcance”(p. 222, 359)

Este concepto de persona ha de ser un concepto normativo y además un concepto liberal debido a su énfasis en la capacidad para la elección de la forma de vida, en la individualidad a través de la conciencia de sí mismo y en la decisión (p. 110 ss., 171 ss.). Como los elementos de este concepto de persona y los cuatro principios son los dos lados de una misma cosa, no sorprende que *Nino* sea de la opinión de que también el concepto liberal de persona pueda fundamentarse en la estructura y reglas del discurso moral:

“la precedente concepción normativa de la persona...está asumida necesariamente cuando participamos en la práctica del discurso moral y ...es parte esencial de la estructura subyacente al razonamiento que desarrollamos mediante ella” (p. 112, 174)

Se puede suponer por tanto que la fundamentación de los cuatro principios ha de implicar la fundamentación de la concepción liberal de la persona, y al revés.

V. La fundamentación de los principios liberales

Hasta aquí han sido presentadas la idea del discurso moral en *Nino* y su sistema de principios incluyida su concepción de la persona. La primera nos sonaba familiar pero no fue fundamentada en sentido “trascendental” alguno. La última, siguió de hecho considerablemente la línea rawlsiana de un liberalismo igualitario. Ahora la pregunta es si al menos los principios liberales pueden fundamentarse en la estructura del discurso moral como su condición necesaria. De ser este el caso, *Nino* habría suministrado si no la primera, al menos la segunda premisa de un argumento trascendental para el fundamento de sus principios.

1. Principio de autonomía personal

La fundamentación del principio de autonomía personal de *Nino* es de lo más interesante. Dicho principio sólo se referiría a la concepción individual de lo bueno y por ende, sólo a la moral concerniente al individuo mismo (*self-regarding*) y en este sentido, a la moral personal. Se fundamenta indirectamente mediante la fundamentación del principio de la autonomía moral. Ésta comprendería tanto la moral personal mencionada, como también la moral intersubjetiva que trata de las relaciones morales con otros (p. 137, 229). Como en el sentido definido aquí la autonomía moral implica la personal, con la fundación de aquella estaría fundada también ésta.

a) La norma básica del discurso moral

La premisa decisiva en la fundamentación del principio de autonomía en *Nino* es su norma básica del discurso moral. Dice así:

“Es deseable que la gente determine su conducta solo por la libre adopción de los principios morales que, luego de suficiente reflexión y deliberación, juzgue válidos” (p. 138, 230)

Esta norma sería el contenido de un acuerdo mínimo tácito que suscribiríamos cuando participáramos seriamente en un discurso moral. Con ello se plantean dos preguntas. La primera es si en realidad presuponemos necesariamente la norma básica de *Nino* al participar seriamente en el discurso moral. La segunda es si el principio de autonomía personal puede, en realidad, fundamentarse en esta norma básica.

aa) El participante serio del discurso

La respuesta a la primera pregunta depende de lo que se entienda por participación “seria” en un discurso moral. Se pueden distinguir varias acepciones. Aquí nos interesan dos de ellas. Según la primera, participa seriamente en un discurso moral, aquél que está interesado en la verdad o

corrección moral y en nada más. Supongamos que éste es el caso de A. A no está seguro si el principio PA, defendido por él hasta ahora, es correcto y por tanto, válido; o si esto se aplica al principio PB, defendido por B e incompatible con PA. A empieza, entonces, un discurso con B. Después de cierto tiempo A llega a la convicción de que su principio PA es el único correcto y que no son evidentes nuevos argumentos. A interrumpe el discurso con B y pasa al ámbito de la acción. Aquí A intenta ante todo mover a B con persuasión y ofertas favorables para que organice su vida según PA. Al no tener éxito, A recurre a la violencia. En este supuesto A trató a B como un participante en el discurso con igualdad de derechos durante el tiempo de su incertidumbre que coincide con el tiempo del discurso. Pero desde el momento en que A se convenció de la corrección de PA, terminó para él con el discurso la igualdad de derechos y la libertad de B. No obstante, en ninguna fase A se embarcó en la norma básica de *Nino*. Por tanto existe una participación en discursos, que en un sentido puede ser calificada de “seria” y no presupone la norma básica de *Nino*.

Para llegar a la norma básica de *Nino*, debe entenderse el concepto de participación seria en otro sentido más fuerte. Según este, participa seriamente en discursos morales sólo quien desea solucionar conflictos sociales a través de consensos producidos y controlados discursivamente. Un consenso producido discursivamente es un consenso que se ha alcanzado en base a un discurso. Un consenso producido discursivamente permanece bajo control discursivo y, por tanto, es controlado discursivamente si es nuevamente cuestionado en todo momento. Entonces, nuevamente se ha de intentar producir un consenso discursivamente. Según la primera acepción de seriedad, después del surgimiento de una convicción firme le fue posible a A sin más el recurso a la persuasión y a la violencia. Esto está excluido en la segunda acepción del concepto de participación seria. En ésta, no se separa el discurso de la acción. Con ello la libertad e igualdad en el discurso se trasladan al ámbito de la acción. Como las reglas de conducta social han de ser determinadas por consensos y continuamente sustentadas por éstos, la segunda acepción incluye de hecho el reconocimiento de la norma básica de *Nino*. Esta explica exactamente aquello que quiere, como deseable, alguien que participa seriamente en discursos en la segunda acepción: el control de la conducta a través de principios que después de un discurso son reconocidos libremente como correctos, y por tanto, válidos. Discurso y autonomía se convierten en los dos lados de una misma cosa.

Quien participa seriamente en discursos morales en la segunda acepción expuesta, puede ser denominado “participante genuino del discurso”. Como un participante genuino del discurso presupone necesariamente la validez de la norma básica del discurso de *Nino*, sólo queda por preguntar

si el concepto de participación genuina del discurso es un punto de partida adecuado para la fundamentación. Pero antes debe preguntarse primero por el contenido exacto de aquella norma básica. También aquí son posibles muchas interpretaciones.

bb) El contenido de la norma básica

Según el tenor literal de la norma básica de *Nino*, la libre elección de principios y la consiguiente acción han de ser valorados positivamente en forma definitiva cuando el actor juzga el principio elegido como válido después de una reflexión y deliberación suficiente. Los problemas que lleva consigo esta formulación se hacen evidentes cuando se considera el caso de un fanático político que da por válido un principio que contraviene la autonomía de otros. Aquí son posibles dos soluciones: La primera consiste en una interpretación ideal de la norma básica. Efectúa una interpretación ideal aquel que sólo admite como “suficiente” la reflexión y deliberación exigida por la norma básica cuando se han satisfecho las condiciones del discurso ideal. Sin embargo, no es seguro que se produzca un consenso en todas las cuestiones según los discursos ideales¹⁰, aunque puede asumirse que bajo aquéllas condiciones todos excluirán violaciones extremas de la autonomía como las producidas por la injusticia nacionalsocialista o comunista. Lo que es elegido libremente por todos como resultado de un discurso ideal, no viola la autonomía de nadie. El problema de la elección autónoma de principios contrarios a la autonomía está resuelto. Sin embargo, el precio de esta idealización es alto. Debido a que el ideal nunca puede ser alcanzado en la realidad, jamás se da una “reflexión y deliberación suficiente” en el sentido de la norma básica, lo que significa que ninguna acción podrá ser jamás valorada positivamente en virtud de la libre elección de principios. La norma básica se hace inaplicable.

Entonces sólo queda la solución pragmática. Según ésta, la reflexión y deliberación precedentes a la elección y acción es suficiente cuando alcanza una intensidad media. Este es un criterio muy impreciso. Sólo se hace viable cuando se introduce una presunción en favor de una reflexión y deliberación suficiente. De otra forma podría resultar mermada o eliminada la autonomía con el establecimiento de obligaciones de reflexión y deliberación. Quien desee negar a otro la capacidad de acción autónoma sólo necesitaría sostener que estas obligaciones no han sido lo suficientemente cumplidas. El precio que se tiene que pagar por el debilitamiento pragmático del concepto de reflexión y deliberación suficientes consiste en que la norma básica del discurso moral sólo conduce prima facie a una valoración positiva de la elec-

¹⁰ Cfr. R. Alexy (nota 9), p. 114 ss.

ción autónoma de principios y de la acción basada en ella. De acuerdo con ello *Nino* describe la autonomía como un valor prima-facie (p. 141, 234). Entonces, las primeras palabras de su norma básica han de ser reformuladas como sigue:

“es prima facie deseable que...”

Este carácter prima facie se incorpora a toda la estructura del sistema de *Nino*. De acuerdo con él, el principio de autonomía tiene carácter agregativo. La cantidad de autonomía que le corresponde al individuo se decide por el tercer principio, el principio de inviolabilidad, que tiene carácter distributivo. Éste exige una igual distribución de la autonomía. Quien desarrolla su autonomía a costa de la autonomía de otros, realiza con su autonomía algo prima facie valioso (p. 141, 234) pero en último término prohibido, porque contraviene el principio de inviolabilidad.

cc) Validez subjetiva y objetiva

Con esto se establece el contenido de la norma básica que presupone necesariamente un participante genuino del discurso. La pregunta es si esta norma queda así fundamentada. Y aquí se interpone la objeción de que la fundamentación es circular. Lo que en último término se hace evidente es sólo que aquél que desea solucionar conflictos por medio de principios reconocidos libremente por todos, valora positivamente el libre reconocimiento de principios. El concepto de participación seria o genuina se define de tal manera que incluye el reconocimiento de la norma básica. Pero este concepto no podría ser aplicado a la fundamentación de la norma básica. Esta objeción tiene razón al afirmar que la norma básica ya está contenida en el concepto de participación genuina. Mas esto no es sólo inofensivo; se corresponde también con la estructura de todo el argumento. Éste apunta a una explicación de aquello que está siempre presupuesto. La pregunta realmente interesante no es por ello si la norma básica está contenida en el concepto de participación genuina, sino si el concepto de participación genuina apunta a algo que en algún sentido está relacionado necesariamente con la estructura del discurso, que sin duda, debe conformar el punto de partida para la fundamentación de los principios. Esta es la pregunta por la adecuación del concepto de participación genuina.

El concepto de participación genuina es definido por medio de una intención: la voluntad de solucionar conflictos sociales a través de consensos producidos y controlados discursivamente. Esto provoca la objeción de que toda la fundamentación tiene un mero carácter hipotético. Sólo aquél que hubiera decidido respetar la autonomía de otros habría optado por la norma básica. Sin embargo, también podría haber decidido otra cosa, y para quien así lo hiciese no tendría significado alguno la norma básica. Para refutar

esta objeción hay que diferenciar entre validez subjetiva y validez objetiva de las reglas del discurso. La validez subjetiva se refiere a la motivación o al interés; la objetiva, al comportamiento externo.¹¹ Existe, sin duda alguna, un gran número de seres humanos que no tienen interés en la corrección moral o la justicia, o que su interés por ella es tan escaso que pasa a un segundo término en cada colisión con la utilidad propia. Para estas personas la norma básica del discurso no tiene ninguna fuerza motivacional o ninguna fuerza motivacional prácticamente relevante y, por tanto, ninguna validez subjetiva. Ni la corrección moral, ni el respeto a la autonomía de otros, son para ellas una razón para participar seriamente en discursos. No obstante, se puede justificar una validez objetiva para estas personas, que consiste en que para ellas existen razones de tipo no-moral para embarcarse en discursos sobre cuestiones de justicia, y hacer por lo menos como si respetaran la autonomía de los demás en estos discursos. Imaginemos una sociedad compuesta de una clase dominante relativamente pequeña y de una multitud relativa de dominados. Los que dominan no sólo explotan a los dominados sino también los desprecian y sólo se comunican con ellos a través de órdenes, que se imponen por la fuerza en caso de desobediencia. Las preguntas de los dominados están prohibidas, las fundamentaciones no se dan. Naturalmente puede haber tal forma de sociedad, pero no es una sociedad racional. La fuerza es cara y el recurso exclusivo a ésta es arriesgado, por lo menos a largo plazo. Es más barata y más segura a largo plazo una legitimación. Nuestros dominadores seguirán, entonces, la conocida recomendación de Machiavelo:

“¡Quien ha entendido que es mejor ser un zorro está mejor guiado! Pero debe cuidarse de esconder bien la naturaleza de zorro y ser maestro en la hipocresía y fingimiento... Pues un gobernante en realidad no necesita poseer las buenas cualidades mencionadas, pero debe dar la apariencia de que las tiene.”¹²

Por tanto, para quien subjetivamente no está interesado ni en la corrección moral ni en la autonomía de otros existe también un motivo para participar en discursos fundado en la maximización de utilidad, para legitimar su posición con cualquier argumento que sea.

Pero participar en discursos morales significa hacerlo al menos como si se observaran las reglas del discurso, incluyendo la norma básica. Esto

¹¹ Cfr. R. Alexy (nota 7), p. 421 s.

¹² (Trad. por M. C. Añaños) “Wer am besten Fuchs zu sein verstanden hat, ist am besten gefahren! Doch muß man sich darauf verstehen, die Fuchsnatur gut zu verbergen und Meister in der Heuchelei und Verstellung zu sein ...Ein Herrscher braucht also alle die vorgenannten guten Eigenschaften nicht in Wirklichkeit zu besitzen; doch muß er sich den Anschein geben, als ob er sie besäße.” N. Machiavelli, *Il principe/Der Fürst*, trad. Y Ed. por R. Zorn, 6.ed., Stuttgart 1978, p. 72 s.

puede llevar, como resultado, a propaganda pura, que sin embargo tenga éxito. Pero es el paso al reino de la argumentación y ésta es veneno para toda tiranía. Existe un dilema teórico-discursivo del tirano: Por un lado, el terror encubierto con argumentos es mejor que el poder desnudo, por otro, fundamentar conduce fácilmente a la revelación de lo injusto. Este dilema muestra tanto la validez objetiva de las reglas del discurso, incluida la norma básica, como la fuerza inmanente de la razón en ellas. A ambas pudo aludir Nino cuando señala acertadamente en su introducción:

“Aun los tiranos más desvergonzados se ven en la necesidad de dar alguna justificación para sus actos y ese intento de justificación, por burdo e hipócrita que sea, abre las puertas para la discusión esclarecedora” (p. 3, 5.)

Aquí ha de retenerse que el concepto de participante genuino es un punto de partida adecuado de la fundamentación porque también aquéllos que no tienen las correspondientes intenciones, tienen que hacer como si las tuvieran, esto es, como si fueran participantes genuinos.

b) Del principio del discurso al principio del Derecho

La norma básica del discurso moral es un principio del discurso. Vale para aquél que participa en un discurso. El principio de autonomía es, en cambio, un principio jurídico. Se refiere al ámbito de la acción social. Hasta ahora sólo se ha fundamentado la norma básica. Para la fundamentación del principio de autonomía hay por ello que dar un paso: el paso de un principio del discurso a un principio jurídico. Para esto se habrá de pasar del ámbito del discurso al de la acción.

Existe un puente entre los dos principios y, por tanto, entre los dos ámbitos. Esto se puede demostrar con ayuda de la contradicción performativa que, en virtud del principio discursivo, surge cuando el principio de autonomía es impugnado como principio jurídico en el discurso. Comete una contradicción performativa, quien, con la ejecución de un acto de habla, presupone, pretende o implica algo que está en contradicción con el contenido de ese acto del habla.¹³ Se ha señalado que los discursos morales presuponen la participación genuina, ya sea sincera o fingida. Ésta implica la valoración de que la elección autónoma de principios morales es algo *prima facie* bueno. Quien sostiene en un discurso moral que la elección autónoma de principios morales ni siquiera debe ser *prima facie* valorada positiva-

¹³ Nino habla de una “inconsistencia pragmática” (p. 140, 233). Puesto que él también se refiere a una contradicción en lo que se hace con una declaración y en lo que se dice con ella, no hay diferencia en el asunto. En particular han de diferenciarse varias clases de contradicciones performativas; cfr. a esto M. Kettner, *Ansatz zu einer Taxonomie performativer Selbstwidersprüche*, en: A. Dorschel/M. Kettner/W. Kuhlmann/M. Niquet (ed.), *Transzendentalpragmatik*, Frankfurt a.M. 1993, p. 187 ss.

mente, contradice el contenido de esta afirmación con lo que él presupone necesariamente al hacerla cuando es una afirmación en un discurso moral. Entre lo que él presupone necesariamente (**p**) y lo que él dice (**-p**), existe una contradicción lógica en el sentido usual. Esta contradicción es performativa debido al modo en que “**p**” entra en juego. “**P**” está presupuesta necesariamente en la realización de afirmaciones en discursos morales independientemente de que se haga referencia explícita a “**p**”. En cambio “**-p**” debe manifestarse en forma explícita.

Dado que en un discurso moral toda impugnación del valor *prima facie* de la elección autónoma de principios morales implica una contradicción performativa, el juicio de que la elección autónoma de principios morales ni siquiera tiene un valor *prima facie* positivo es discursivamente imposible.¹⁴ Contraviene la prohibición de contradicción, que representa un postulado de racionalidad elemental válido en todos los discursos.¹⁵ Con esto se está diciendo a la vez, que el juicio de que la elección autónoma de principios morales tiene un valor *prima facie* positivo, es discursivamente necesario. A este juicio le corresponde una prohibición *prima facie* dirigida al Estado y a otros ciudadanos, de obstaculizar o impedir la elección autónoma de principios morales y de sus acciones correspondientes. Esta prohibición está referida al comportamiento externo; por tanto, es un principio jurídico moralmente fundamentado.

Contra esta fundamentación se podría objetar que el reconocimiento de la autonomía moral del otro en el discurso no significa necesariamente que también ha de reconocérsele como autónomo en el ámbito de la acción. Así, no se podría excluir que en un discurso A convenza a B de que lo mejor para B es subordinarse en todo aspecto a A, y hacer sólo aquello que le diga A. Ello significaría que en un discurso se podría decidir autónomamente la renuncia a la autonomía en el ámbito de la acción. Esto mostraría ya que la autonomía en el discurso no implica la autonomía en el ámbito de la acción. Para responder a esta objeción ha de diferenciarse entre ambos elementos de la participación genuina, sea sincera o fingida, en el discurso, es decir, entre los dos elementos de la participación seria en el discurso en sentido fuerte. Ésta presupone la voluntad de solucionar conflictos sociales a través de consensos que son, en primer lugar, producidos discursivamente, y en segundo lugar controlados discursivamente. Es ya improbable que se produzca discursivamente, esto es, exclusivamente mediante argumentos racionales, el consentimiento a un status sin autonomía, el equivalente al status de un esclavo. De todos modos este consentimiento debe permanecer

¹⁴ Para este concepto cfr. R. Alexy (nota 7), p. 256.

¹⁵ R. Alexy (nota 7), p. 234 s.

bajo control discursivo después de haber sido producido discursivamente. Esto sucede sólo cuando el status sin autonomía puede cuestionarse nuevamente en cualquier momento; lo que significa que hay que buscar un nuevo consenso en un nuevo discurso y está excluido todo uso de la fuerza para el mantenimiento de dicho status. En suma, si se pudiera fundamentar en el discurso un status sin autonomía equivalente al status de esclavo, entonces sería un status anulable en cualquier momento mediante argumentos.¹⁶ Tal status sería algo así como un libre status de esclavo o un status autónomo sin autonomía. Sin embargo, con ello no se habría renunciado en realidad a la autonomía. A pesar de una renuncia en el discurso, seguiría existiendo la autonomía en el ámbito de la acción como una autonomía potencial exigible discursivamente en cualquier momento. El reconocimiento de la autonomía en el discurso incluye necesariamente el reconocimiento de la autonomía en el ámbito de la acción.

c) Autonomía moral y personal

Se ha señalado arriba que *Nino* fundamenta el principio de autonomía personal mediante un rodeo a través de la fundamentación de la autonomía moral. En rigor esto no sería un rodeo, pues la autonomía personal, como se ha expuesto, está contenida en la autonomía moral como parte de ésta. Por tanto, una fundamentación de la autonomía moral incluye necesariamente una fundamentación de la autonomía personal. Según *Nino*, se da exclusivamente una particularidad con respecto a la limitabilidad. La autonomía moral, en tanto afecte a la moral intersubjetiva, debe ser limitable en favor de la autonomía moral de otros. Esto no es cuestionable si con “autónomo” se desea designar sólo aquello que se contiene en los límites puestos por la razón.¹⁷ En cambio, la autonomía personal, que trata de una concepción propia de lo bueno y del plan de vida basado en ésta, nunca puede ser restringida en favor de la autonomía de otros, pues la autonomía personal está definida de tal modo que afecta a acciones “que no afectan a la autonomía de terceros” (“*which cannot adversely affect the autonomy of others*”) (p. 142, 235). Difícilmente puede dudarse que, por lo que respecta especialmente a deberes positivos, también se puede perjudicar a otros con la persecución de ideales que son en sí puramente personales (cfr. p. 254). Pensemos en la madre soltera de un niño discapacitado, totalmente dependiente de ella

¹⁶ R. Alexy (nota 7), p. 171.

¹⁷ Esto correspondería a una teoría interna de la autonomía; cfr. a esto R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985 (Frankfurt a.M. 1986), p. 250 ss. Hay traducción española de Ernesto Garzón Valdés, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993

para el desarrollo y desenvolvimiento de su autonomía, que se marcha a la India para perfeccionarse espiritualmente. Por último, es difícil que pueda haber un criterio que por sí mismo, esto es, sin una consideración de las consecuencias para otros, permita establecer lo que es personal y lo que no es. De modo que la cosa acaba en que puede dejarse a la moral personal aquello que no pueda perjudicar la autonomía de otros. Tan pronto como algo perjudique la autonomía de otros, pertenecerá a la moral intersubjetiva. Con ello no se ha ganado mucho, pues ahora todo el problema depende del concepto de perjuicio. De todos modos, sobre esta base se podría decir con *Nino* lo siguiente: lo que pertenece a la moral personal nunca debe ser restringido debido a la autonomía de otros. Por tanto, las intervenciones en la autonomía personal no sólo están prohibidas prima facie sino que lo están también definitivamente. Pero esto sólo vale para un concepto de la autonomía personal que sea definido mediante el concepto de no perjuicio de la autonomía de otros.¹⁸

d) Autonomía y derechos

El principio de autonomía personal muestra dos dimensiones: la de la elección y la de la satisfacción. En la dimensión de la elección, el principio exige que el individuo esté en condiciones de elegir entre el mayor número posible de planes de vida. En la dimensión de la satisfacción se trata de que el individuo pueda realizar su plan de vida elegido lo más ampliamente posible. Para *Nino*, ambos se engloban en el principio de la autonomía, aunque a la libertad de elección le correspondería cierta preeminencia.

aa) La lista de *Nino*

Desde este principio de autonomía bimembre hay todavía un pequeño paso hacia los bienes que han de ser protegidos por los derechos humanos.¹⁹ Según *Nino*, deben ser protegidos por los derechos fundamentales, aquellos bienes que son necesarios para la elección y realización de planes de vida por los individuos (p. 145, 223). *Nino* incluye en una lista, como dice,

¹⁸ Se puede apreciar que *Nino* no es claro en este punto, ya que en un desarrollo posterior de sus reflexiones considera justificadas las intervenciones en la autonomía personal apoyadas en la coerción legítima “when a personal ideal is pursued in such a way that it impinges on other people’s autonomy” (p. 254).

¹⁹ *Nino* habla de “basic individual rights” (p. 145, 222) o simplemente de “basic rights” (p. 253). Como derechos morales, son estos “basic rights” derechos humanos; con la incorporación en una Constitución obtienen el carácter adicional de derechos jurídicos y por tanto, se convierten en derechos fundamentales (cfr. a esto *R. Alexy*, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, a publicarse). Cuando en el texto se alude a “derechos fundamentales”, está entendido en este contexto.

“lejos de ser exhaustiva” (p. 147, 227): (1) la libertad general de acción; (2) la vida, donde le correspondería a la vida biológica consciente un valor ostensiblemente más alto que la mera vida vegetativa; (3) la integridad física y psíquica; (4) la libertad de la actividad corporal y psíquica de obstáculos externos, que incluye, por ejemplo, la libertad de movimiento; (5) una educación liberal; (6) la libertad amplia de expresar ideas y orientaciones religiosas, científicas, artísticas, políticas y demás; (7) la libertad de la vida afectiva, sexual y familiar; (8) la libertad de asociación; (9) el control sobre recursos materiales, donde el principio de autonomía no debe, por cierto, exigir un sistema económico basado en la propiedad privada (p. 221, 353); (10) la libertad de profesión; y (11) el tiempo libre. A estos bienes se les ha de agregar, en un segundo nivel, el bien de la seguridad personal, que consistiría en la protección ante la supresión arbitraria de estos bienes (p. 145 ss., 226 ss.).

bb) Derechos a priori y a posteriori

La fundamentación de todos estos bienes como objeto de derechos fundamentales resulta de su relación con el principio de autonomía personal. Deben ser necesarios para la elección y realización de planes de vida individuales.²⁰ Para los derechos fundamentales comunicativos, en especial la libertad de opinión, *Nino* considera posible una fundamentación todavía más profunda: deben seguirse directamente de la norma básica del discurso moral y, con ello, de la autonomía moral (p. 146, 225, 253). En esto se puede estar de acuerdo con él, pues esta norma básica no solamente exige que los conflictos sociales sean solucionados en virtud de consensos producidos discursivamente en algún momento, sino también que una vez producidos los consensos, sigan bajo control discursivo. Esto presupone la libertad de expresión de la opinión. *Nino* llama “a priori”, tanto a la fundamentación desde el principio de la autonomía personal como a la fundamentación directa desde la norma básica del discurso moral (p. 253).

A los derechos fundamentados de alguna forma apriorísticamente, *Nino* contrapone derechos que no pueden resultar de las condiciones y presuposiciones del discurso moral (p. 253) sino que son sólo resultado de discusiones morales y procedimientos democráticos (p. 254). Estos derechos, a los que pertenecerían sobre todo los derechos sociales fundamentales (p. 217, 253), son considerados como derechos “a posteriori” (p. 253 s.). Además, la solución de conflictos entre derechos debe pertenecer al ámbito de lo a posteriori (p.254). La diferenciación entre un ámbito a priori y a posteriori

²⁰ *Nino* no se formula la pregunta de si esta necesidad se agota en relaciones de fin/medio o incluye también relaciones conceptuales.

es de gran significación para la fundamentación discursivo-teórica de los derechos fundamentales. Ella descarga considerablemente a la teoría pura del discurso en la medida en que delega tareas esenciales de fundamentación en los discursos sobre derechos fundamentales y en el proceso político. Sin embargo, ha de preguntarse todavía si la división de *Nino* es correcta.

2. El principio hedonista

Mientras el principio de autonomía es fundamentado y explicado a fondo, el principio hedonista sólo encuentra un tratamiento de lo más sumario. La necesidad de este principio se daría en dos formas. Por un lado, el estar libre de dolor y el placer como condiciones necesarias para la elección y realización de planes de vida no pueden fundamentarse suficientemente en el principio de autonomía. Sin duda el dolor podría impedir u obstaculizar la elección y realización de planes de vida, y la satisfacción de planes de vida podría provocar placer, pero estas conexiones no son lo suficientemente estrechas. Por otro lado, tendríamos la intuición (p. 147, 227) de que el placer y la ausencia de dolor son *prima facie* algo bueno. Por ello, el principio hedonista se haría necesario como principio independiente para completar el principio de autonomía.

Se puede estar de acuerdo con *Nino* en que el placer y el estar libre de dolor son *prima facie* algo bueno. Pero ha de preguntarse qué significado tiene esto para una teoría de los derechos fundamentales fundada teórico-discursivamente. A diferencia del principio de autonomía, el principio hedonista no tiene nada que ver con el discurso como tal. Él afecta más bien a propiedades vitales fundamentales del ser humano. Quien tiene que elegir entre dos situaciones que se igualan perfectamente en todos los aspectos relevantes, menos en uno, que en la primera hay algo que provoca placer, y en la segunda no, elegirá la primera cuando esté en condiciones de reconocerla, elegirla y experimentar placer. Lo correspondiente vale para el dolor. Naturalmente, con ello no se excluye que alguien elija el dolor o que no elija el placer para alcanzar metas o cumplir con normas que de otro modo no pueden ser alcanzadas o cumplidas. Pero para quien elige así, no son iguales ambas situaciones en todos los aspectos excepto en el dolor y el placer. Quien, por los motivos mencionados, elige el dolor o no elige el placer, con el dolor o la renuncia al placer elige otra cosa distinta que no se daría en la situación sin dolor o con placer. Puede tratarse, para el individuo, de bienes importantes elegidos autónomamente. El hecho de que esos bienes sean decisivos para el que elige, no modifica en nada el valor *prima facie* positivo del placer y del estar libre de dolor. Ese valor se pierde para alguien a quien no podemos entender porque no puede dar ninguna razón, ni siquiera oscura, de su elección del dolor y de la evitación del placer. El

principio hedonista se remite a la base antropológica vital del discurso. Se refiere a algo que aquellos participantes en el discurso a los que podemos entender desean necesariamente *prima facie* como portadores de sentimientos, necesidades e intereses.

3. El principio de la inviolabilidad de la persona

Como ya se señaló, los principios de autonomía y hedonismo son principios agregativos. Sólo dicen que una situación es mucho mejor cuando en ella se realiza más autonomía y placer y cuando existe menos dolor. No tratan de la distribución de la autonomía, la alegría y el dolor entre los individuos particulares. Según *Nino*, esta tarea queda reservada al principio de inviolabilidad.

a) De bienes a derechos

Ante todo, aquí sólo debe interesar la versión primera y general de este principio. En *Nino* se encuentran diversas formulaciones. El núcleo de la idea es que los individuos no deben ser privados de los bienes definidos por los dos primeros principios en favor de otros individuos o de todos supraindividuales (p. 186). En otros pasajes, se habla de una prohibición de sacrificar o dañar a una persona por los motivos indicados (p. 164). Con ello no se está diciendo algo distinto. Ello vale también para la afirmación de que, sin su consentimiento, no se debe imponer a los individuos un sacrificio que no redunde en su beneficio (p. 149, 239). Este principio se dirige contra modelos de distribución utilitarista y colectivista. Subraya la separabilidad y la independencia de la persona (p. 150 s., 242 s., 159, 247).

Según *Nino*, la función de los derechos consiste en que determinados intereses de los individuos están tan protegidos (*entrenched*) que no pueden dejarse de lado sin su consentimiento para provecho de los intereses de otros individuos o de bienes colectivos (p. 162, 261). Esto se establece exactamente por el principio de la inviolabilidad:

“El principio atrinchera los bienes que, como vimos en la sección precedente, son necesarios para la autonomía o el placer. Establece que nadie puede ser privado de esos bienes para beneficiar a otros o a una entidad colectiva” (p. 164, 261)

Con ello, el principio de la inviolabilidad conduce desde el ámbito de los bienes al de los derechos.

b) Status quo y redistribución

El principio de inviolabilidad parece a primera vista como una garantía absoluta del status quo. Parece prohibir todo cambio en la distribución dada de los bienes necesarios para la autonomía o el placer cuando no se realiza

voluntariamente; lo que por regla general implica una plena compensación. No parece aludir a la justicia de la distribución dada. Sin embargo *Nino* elimina rápidamente esta impresión al subrayar que no debemos partir de una distribución de bienes dada sino solamente de un esquema justo de distribución. Éste último debe montarse sobre el concepto de privación o supresión, en el principio de inviolabilidad. Una privación ha de definirse, no según la distribución dada sino según la distribución justa (p. 164). Todo esto conduce, como ya se observó, a una reformulación del principio de inviolabilidad según la cual los derechos de defensa clásicos han de complementarse con derechos positivos a prestaciones sociales (p. 215 ss., 340 ss.). Mas para *Nino* esto no debe ser una cuestión de existencia de derechos sino sólo de su alcance (p. 164). Sin embargo, las cuestiones sobre el alcance de los derechos serían cuestiones a posteriori que no pueden responderse desde la estructura del discurso moral sino solamente dentro del discurso moral y en el proceso democrático (p. 253 s.). Con ello se abandona el ámbito de la fundamentación puramente discursivo-teórica de derechos, denominado por *Nino* “a priori”.

c) Discurso e imparcialidad

En este lugar debe interesar solamente la fundamentación teórico-discursiva del principio de la inviolabilidad. *Nino* es poco preciso al respecto. En el fondo, todo está contenido en la proposición siguiente:

La justificación del principio de inviolabilidad de la persona podría estar dada por el hecho de que él esta involucrado en la misma adopción del punto de vista impersonal subyacente al discurso moral, al menos cuando este punto de vista se articula de un cierto modo y se combina como ya sugerí con determinados presupuestos respecto de la identidad personal” (p. 158, 255)

El “punto de vista impersonal” de *Nino* se caracteriza por dos rasgos. El primero lo comparte con el utilitarismo: el peso de un interés no depende de quién sea su titular. Su identidad, en este sentido, es indiferente. El segundo le separa del utilitarismo: otorgar, en principio, igual peso a los intereses de cada uno independientemente de cómo estén constituidos. Por tanto, la identidad del individuo en el sentido de su individualidad e independencia de otros es de importancia decisiva (cfr. p. 159, 257). A ello correspondería la posición original de *Rawls* así como el postulado de cambio de roles. Lamentablemente *Nino* no se toma mucho trabajo en fundamentar más detalladamente esta posición que puede ser designada como “imparcialidad personal”, y como se expuso arriba, hay también algunas preguntas sobre la forma en que la imparcialidad personal está relacionada con el discurso moral. Se constata aquí una cierta laguna en el argumento de *Nino*.

4. El principio de dignidad de la persona

El cuarto principio, el de dignidad de la persona, exige que la voluntad del ser humano sea tomada en serio (p. 176, 285-6). Forma la base de instituciones jurídicas tan fundamentales como la autonomía privada en derecho civil y la culpa en derecho penal. Su fundamentación se asemeja a la del principio de autonomía personal, y no puede extrañar que se manifieste, entre otras, como autonomía jurídica. Otra vez se hace uso aquí de la figura argumentativa de la contradicción performativa:

“Hay por tanto una inconsistencia práctica en proponer a la aceptación voluntaria un principio que prohíbe tomar en cuenta las voliciones o decisiones de la gente. Al proponer honestamente este principio de forma que nuestro interlocutor lo acepte, estamos admitiendo que su voluntad tiene significación, al margen de los factores causales que puedan determinarla” (p. 184, 299)

Para *Nino* éste es en primer lugar un argumento contra las consecuencias normativas de las tesis deterministas. Sin embargo, también antes de esa cuestión de fondo sigue habiendo un problema. La norma básica del discurso moral que forma la base de tales argumentos no se aplica, a diferencia del principio de dignidad de la persona, a expresiones volitivas o a decisiones sino a la libre aceptación de principios que después de suficiente reflexión y consideración han sido estimados como válidos (p. 138, 230). Aquí se trata de juicios, allí de decisiones. Entre ambos hay una diferencia categorial. Sin embargo, esta brecha puede franquearse. Se sugiere utilizar el principio de autonomía personal como puente. De suceder esto, el respeto a las expresiones volitivas y decisiones del individuo serán un aspecto parcial del respeto a la autonomía personal. Mas se ha de preguntar si el principio de dignidad de *Nino* puede todavía conservar su carácter independiente en el sistema de los cuatro principios o si se convierte en un subprincipio del principio de autonomía.

VI. Discurso y democracia

Después del amplio programa de fundamentación de *Nino* sigue el análisis de la estructura del discurso moral y de la fundamentación de los principios liberales resultante de ella, así como de los derechos resultantes de los mismos y la justificación de las instituciones. *Nino* trata dos instituciones: la autoridad y la pena. Aquí sólo nos ha de interesar la primera.

En cuanto a la autoridad, *Nino* se pregunta cómo puede surgir una obligación moral de observancia del derecho positivo (p. 232, 369). Se trata del viejo problema de la conciliación de la autonomía de la moral con la heteronomía del derecho (p. 252). Para *Nino* esta conciliación es posible en la democracia. Esta conciliación no debe crearse mediante una identificación entre destinatarios y autores del derecho construida de cualquier manera (p.

235 ss., 371 ss.) sino mediante una conexión intrínseca entre el discurso moral, la verdad moral y la democracia (p. 245, 387). La fundamentación de *Nino* de la autoridad del derecho en la democracia y con ello, de la forma de gobierno democrática, tiene de este modo un carácter genuinamente discursivo-teórico.

1. *Discurso y verdad*

Como ya se expuso, *Nino* sostiene un concepto de verdad discursivo-teórico. Según él, un juicio moral ha de ser verdadero cuando bajo condiciones ideales encuentra el consentimiento de todas las personas íntegramente racionales, imparciales e informadas (p. 75, 117). Se puede estar de acuerdo con él sin perjuicio de la necesidad de algunas diferenciaciones, limitaciones y precisiones.²¹ En efecto, en vez de hablar de “verdad” se debería hablar de “corrección”. Como *Nino* no entra en más detalles sobre estas cuestiones, no se ahondará más en esto. En todo caso se debe aceptar con *Nino* que un consenso ideal surgido al final de un discurso ideal garantiza la verdad o la corrección.

El punto de partida de la teoría de la democracia de *Nino* es la diferencia entre discursos ideales y reales. Los discursos reales y, con ello, también los procesos democráticos reales nunca pueden garantizar la corrección moral o la verdad (p. 246, 388). Esto conduce a la pregunta de qué tienen que ver los discursos reales con la corrección moral. *Nino* responde con una teoría a la que designa de “constructivismo epistemológico” (p.247, 389). Esta teoría se compone de tres tesis bien conocidas de la teoría del discurso. La primera dice que la discusión favorece el acceso a la verdad moral (p. 247, 389). Esta es una tesis que como tal puede interpretarse también en sentido de una utilidad heurística de la discusión en la búsqueda de la verdad, y que en esta interpretación apenas nadie contradice. Aun aquél que considera el reconocimiento de la verdad moral como un asunto del juicio aislado monológico, difícilmente podrá negar que una discusión precedente le pueda ser de utilidad en la elaboración de su juicio. La primera tesis se hace interesante cuando es interpretada más allá de una utilidad heurística, en el sentido de una aproximación a la verdad. Como tesis de la aproximación dice que un consenso que ha sido obtenido en un discurso real en el que las reglas del discurso fueron observadas lo más ampliamente posible, se aproxima a un consenso ideal y por tanto, lleva en sí una presunción fuerte de corrección (p. 247, 390).

La segunda tesis, no claramente diferenciada de la primera por *Nino*, subraya la necesidad del carácter comunicativo del discurso. Por tanto,

²¹ Cfr. aquí *R. Alexy* (nota 9), p. 95 ss., 113 ss.

puede ser llamada “tesis de la comunicación”. Esta tesis dice que una compensación justa de intereses sólo puede producirse cuando cada uno como participante en el discurso puede comunicar sus intereses y discutir con los otros sobre su peso relativo.²² *Nino* concibe la necesidad de la participación de todos en el discurso con las siguientes palabras:

“Raramente es cualquiera mejor juez de los intereses de uno que uno mismo”
(p. 247, 369)

La tercera tesis es la tesis del falibilismo. No es posible más que una aproximación al discurso ideal. Por ello tampoco puede producirse más que una presunción de corrección. Ésta se puede contradecir. Entonces, los consensos reales son siempre falibles.

2. Discurso y democracia

La relación entre verdad, discurso y democracia se puede describir como relación de aproximación doble: sólo en el discurso puede uno aproximarse a la verdad moral tanto como sea posible, sólo en la democracia, al discurso.

Nino empieza su fundamentación de la necesidad de una institucionalización de los procesos de decisión democráticos con el conocido argumento del conocimiento. Los discursos reales no conducen a un consenso en numerosos casos en los que deben resolverse conflictos sociales. No es posible entonces una decisión en virtud de un conocimiento obtenido en común en el discurso. Por consiguiente, el consenso tiene que sustituirse por otro criterio. En la democracia éste es la regla de la mayoría.

De este modo, la democracia como regla de la mayoría sería un sustitutivo de la discusión moral ordinaria (p. 248)

Como *Nino* observa acertadamente, debe decidirse en principio por mayoría simple, ya que de otro modo las minorías obtendrían un poder de veto no compatible con el principio de imparcialidad (p. 248, 395).

¿Pero por qué debe ser la democracia como regla de la mayoría aquella forma de gobierno que se aproxima más al ideal del discurso? Según *Nino* esto es así por dos motivos. Uno concierne a la estructura, el otro, al contenido de las decisiones democráticas. El argumento de la estructura dice que la competencia por la mayoría en una democracia establece en todos un fuerte estímulo para convencer con argumentos a tantos conciudadanos como sea posible de la corrección de las propias ideas. (p. 249, 395). Así pues, la democracia es esencialmente discursiva. El argumento del contenido dice que la lucha por los consensos y la necesidad de compromisos conducen a que:

²² *R. Alexy* (nota 7), p. 409 s.

“En general las decisiones democráticas son probablemente más imparciales y por consiguiente más correctas que las decisiones que un individuo o una minoría habrá tomado desde fuera del procedimiento democrático” (p. 251, 395-6).

3. *Democracia y derechos fundamentales*

Naturalmente *Nino* ve que la práctica democrática real con frecuencia está muy alejada de los ideales discursivos (p. 251, 396) y es posible que la propuesta de la minoría, y no de la mayoría, pueda ser la correcta (p. 250). Junto a la exigencia de maximizar las cualidades discursivas del proceso democrático (p.251, 396), la introducción de derechos fundamentales con jurisdicción constitucional (p. 253 s.) constituye su remedio más importante.

Antes se han diferenciado los derechos con fundamentación a priori y a posteriori. Los fundados a priori son aquellos derechos fundamentales que se pueden fundar en la estructura del discurso moral. Estos derechos deben estar fuera del alcance del proceso democrático (p. 254), es decir, deben ser sólidos frente a la mayoría (p. 244). Con estos derechos la autonomía personal debe sustraerse del proceso democrático de decisión en tanto que no colisione con la autonomía personal de otros (p. 254). En el ámbito del proceso democrático, junto con los bienes colectivos deben permanecer tanto la determinación del alcance de los derechos como la solución de conflictos entre ellos. Una jurisdicción constitucional debe velar por la observancia de los derechos a priori. Como *Nino* postula adhiriéndose a Ely, esa jurisdicción debe limitarse en primer término a las condiciones procedimentales del proceso democrático. Junto a esta tarea primariamente procedimental, debe cuidar de que la mayoría no convierta los ideales personales en jurídicamente obligatorios (p. 254, nota 30).

Contra este modelo se pueden poner tres objeciones. La primera hace notar que en él la concesión de derechos sociales se deja completamente a la mayoría parlamentaria correspondiente, pues si han de reconocerse o no derechos sociales es, según *Nino*, cuestión del alcance de los derechos fundamentales. Ello no hace justicia a la importancia de derechos fundamentales sociales mínimos como el derecho de alimentación, vestido y vivienda para la existencia y autonomía del individuo.²³ En cambio la segunda objeción

²³ Cfr. aquí *R. Alexy* (nota 17), p. 458 ss. En la última frase de su tardío ensayo “On Social Rights” dice: “a pesar de que la total y absoluta negación de los derechos sociales se encuentra fuera de los límites del liberalismo constitucional, el alcance preciso de esos derechos *vis-à-vis* los relativos a la propiedad y al comercio, debe ser establecido a través del proceso democrático de discusión y toma de decisiones” (C.S. *Nino*, “On Social Rights”, en A. Aarnio/S.L. Paulson/O. Weinberger/G.H. v. Wright/D. Wyduckel (Eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*. Homenaje a Werner Krawietz, Berlin 1993, p. 299). Si, en primer lugar, aquello que está

se dirige contra que la jurisdicción constitucional no deba tener que ver con la solución de conflictos de derechos fundamentales porque haya que dejarlos al proceso democrático. Una mirada a la práctica de los tribunales constitucionales muestra que el control en la solución de conflictos de derechos fundamentales constituye su pan de cada día. Ello se basa en que una solución desproporcionada de un conflicto de derechos fundamentales significa la violación de un derecho fundamental. Por tanto, las soluciones de conflictos por parte de la mayoría democráticamente legitimada tienen que ser sometidas por lo menos a un examen jurisdiccional-constitucional de proporcionalidad. Finalmente, en tercer lugar ha de cuestionarse por qué la jurisdicción constitucional no está obligada en general al mantenimiento de los derechos fundamentales. Una concepción teórica-discursiva dará desde luego un peso especial a los derechos procedimentales, pero cuando también se puedan fundamentar en ella otros derechos humanos no procedimentales, todo habla a favor de protegerlos también constitucionalmente contra el legislativo en toda su extensión.

(Traducción de M. C. Añaños Meza)

“fuera de los límites del liberalismo constitucional” cae en el ámbito del control jurisdiccional constitucional, y, en segundo lugar, cuando se trata de una “total y absoluta negación de los derechos sociales”, cuando los derechos fundamentales sociales mínimos no están garantizados, entonces esta tesis de *Nino*, es conforme con la la objeción de arriba contra las consideraciones hechas en “The Ethics of Human Rights”.