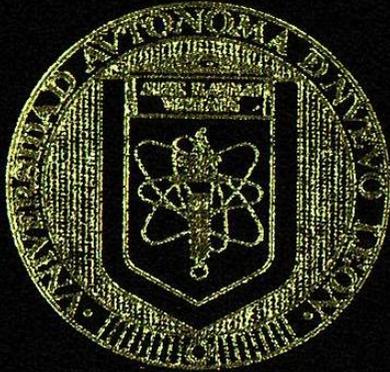


UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON

FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA

DOCTORADO EN DERECHO



TESIS DOCTORAL:

"LA VALIDEZ JURIDICA EN EL CONTEXTO DE  
LA UNIDAD DEL RAZONAMIENTO PRACTICO"  
UNA INTERPRETACION DE LA TEORIA JURIDICA  
DE CARLOS S. NINO

DIRECTOR DE TESIS:

DR. ISMAEL RODRIGUEZ CAMPOS

TESISTA:

MTRO. FRANCISCO JAVIER HERRERA GONZALEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA

JUNIO DE 2004

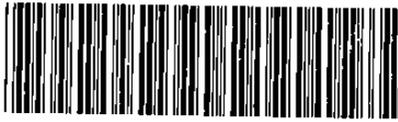
TD

K1

FDYC

2004

.R627

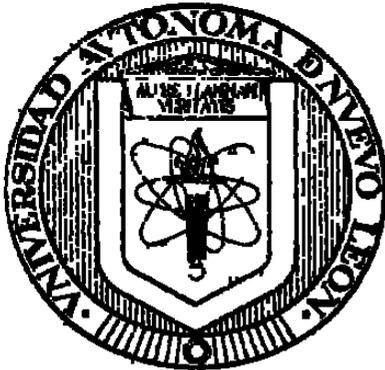


1020150256

m

# UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON

FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA  
DOCTORADO EN DERECHO



TESIS DOCTORAL:  
"LA VALIDEZ JURIDICA EN EL CONTEXTO DE  
LA UNIDAD DEL RAZONAMIENTO PRACTICO"  
UNA INTERPRETACION DE LA TEORIA JURIDICA  
DE CARLOS S. NINO

DIRECTOR DE TESIS:

DR. ISMAEL RODRIGUEZ CAMPOS

TESISTA:

FRANCISCO JAVIER HERRERA GONZALEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA

JUNIO DE 2004

99028

TD  
KI  
FDYC  
2004  
.R627



FONDO  
TESIS

A mi padre  
Don Ricardo Herrera Rosas

Don Antonio Herrera González  
*Con afecto y gratitud*

**Universidad Autónoma de Nuevo León**  
Facultad de Derecho y Criminología  
**Doctorado en Derecho**

Tesis Doctoral:

**“La Validez Jurídica en el Contexto de la  
Unidad del Razonamiento Práctico”**

Una interpretación de la Teoría Jurídica de Carlos S. Nino

Director de Tesis:

**Dr. Ismael Rodríguez Campos**

Tesista:

**Mtro. Francisco Javier Herrera González**

Ciudad Universitaria, Junio de 2004

## INTRODUCCIÓN

*"La filosofía es como el búho de Minerva que  
alza su vuelo al anochecer cuando todo ha pasado"*  
Hegel

La filosofía es un reflexionar sobre el saber, sobre el comprender. Es, como dicen los analíticos, un saber de segundo nivel. Un meta-saber, un metalenguaje del lenguaje del conocimiento jurídico<sup>1</sup>. Y ello puede cumplirse, de una mejor manera, desde el final de este conocimiento, desde el momento en que este conocimiento ya ha pasado, desde su crepúsculo, que es cuando el búho de Minerva, la filosofía, inicia su vuelo de reconocimiento, al decir de Hegel.

El lenguaje del derecho contiene, dentro de sí, tanto a la ciencia jurídica como a la filosofía del derecho del pasado, por lo que, la filosofía del presente, al estudiar al lenguaje del derecho, no hace más que estudiarse a sí misma, en su desarrollo histórico y en su facticidad práctica<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Tamayo y Salmorán, *Elementos para una Teoría General del Derecho*. P 294: "La filosofía del derecho deviene una reflexión de segundo orden, i.e. deviene una disciplina metateórica que proporciona un análisis de los conceptos y de los métodos de la dogmática jurídica."

<sup>2</sup> Rosenfield Denis, *Política y Libertad*. p. 34: "La filosofía del derecho es, por tanto, resultado de esta totalidad, bajo la condición de que este producto sea comprendido como resultado puesto que en sí mismo lleva el poder de ponerse de nuevo (y de otro modo) en la inmediatez de las cosas. El estatuto específico del punto de partida de la ciencia filosófica del derecho, consiste, así, en el hecho de que ésta debe engendrar, de modo particular, la lógica que contiene su propio objeto. El espíritu no podrá jamás ahorrar su desarrollo, porque la meta es la realización misma del concepto."

Redeterminar significa, hegelianamente, unir dos determinaciones por medio de una tercera, en una cuarta<sup>3</sup>. La idea de la redeterminación permite relacionar, no sin problemas, ideas o determinaciones por muy opuestas que nos parezcan. Del mismo modo, posibilita relacionar dos determinaciones muy separadas en la historia de manera que se clarifiquen recíprocamente. La redeterminación es el internet de la historia. El siguiente trabajo es un ejercicio de redeterminación de la filosofía del derecho, surgido de mis clases de filosofía del derecho, a partir de la moderna filosofía Analítica.

Nos parece que la resistencia de la filosofía tradicional del derecho a la recepción de la filosofía del lenguaje radica en que esta se niega a reconocerle a aquella cualquier merito y, por su parte, el desprecio de la segunda a la primera deriva de esta resistencia. Este "circulo vicioso", creemos que puede transformarse en un "circulo hermenéutico"<sup>4</sup> por medio de la redeterminación, sin tan solo la filosofía del lenguaje relativiza su escepticismo y la filosofía tradicional relativiza su dogmatismo, ya que en eso radica el verdadero absoluto, en la relativización de la relativización.

La tesis que presento, implica un análisis de los partícipes en la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo, en su vertiente más contemporánea, entre Dworkin y Hart a la luz de Carlos Santiago Nino por lo que nuestro trabajo se centra en la re-construcción y redeterminación de su obra.

## **Hipótesis**

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

---

<sup>3</sup> Berumen, Arturo, *La Etica Jurídica como redeterminación dialectica del Derecho Natural*. p. 67

<sup>4</sup> Aguilar Rivero, Mariflor, *Confrontación, Crítica y Hermenéutica*. p. 133: "este sentido previo se va revisando en las vueltas sucesivas que va dando el círculo mediante las cuales se avanza en la penetración del sentido, lo cual exige que los conceptos iniciales sean sustituidos progresivamente por nuevos conceptos."

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 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. Es decir 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.

Continuando; 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.

*La unidad del razonamiento práctico -implica- lo siguiente: 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.*

En definitiva, el debate democrático y su regimentación, así como todas las otras exigencias institucionales 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. La mayor fiabilidad en el ámbito de la moral inter-subjetiva 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. Es decir, 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.

## **Planteamiento del Problema**

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 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.

El reflejo de aquellas violaciones a los derechos humanos 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. La cuestión acerca de qué postura intelectual favorece la comisión de tales conductas atroces durante un sistema dictatorial<sup>5</sup> (si bien las acusaciones más directas fueron lanzadas contra el positivismo, que

---

<sup>5</sup> Sobre esta cuestión Cfr. Garzón Valdés, E., *Derecho Natural e ideología, Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral*, en Garzón Valdés, E., *Derecho, Ética y Política*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

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.

## **Génesis**

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. Recordemos, Kelsen, en su *Teoría pura del Derecho*,<sup>6</sup> introdujo unas coordenadas que luego se han demostrado equivocadas pero que, sin duda, sentaron la base para una discusión. ¿Cuales 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

---

<sup>6</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, ed. Porrúa, 1993.

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*<sup>7</sup>, 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.

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 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*

---

<sup>7</sup> Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, ed. Abeledo-Perrot, 1992.

*mora*<sup>8</sup> 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*<sup>9</sup> 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 insoportable<sup>10</sup>.

La tesis de Hart, va, más allá de 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.

---

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Fuller, L., *La moral del Derecho*, trad. F. Navarro, ed Trillas, México, 1967.

<sup>10</sup> Radbruch, G., *Die Wandlung*, y *Filosofía del Derecho*, 1959.

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”<sup>11</sup>.*

Dworkin, en un trabajo de 1965 *Philosophy, Morality and the Law-Observations prompted by Profesor Fuller's novel claim*<sup>12</sup> 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 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

---

<sup>11</sup> Hart, *El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la moral*, op.cit., pág. 47-48.

<sup>12</sup> Dworkin, *Philosophy, Morality and the Law-Observations prompted by Profesor Fuller's novel claim*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 1965.

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 Derecho<sup>13</sup>.

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 corrección<sup>14</sup>. Desde esta perspectiva, la filosofía del Derecho se sumerge en la filosofía política y en la filosofía moral.

### **Motivo**

El complejo y delicado proceso de (re)construcción y consolidación de una democracia constitucional en países –como México- que viven una transición tras una cruenta dictadura –de Partido- 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

---

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> Cfr. R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, trad. J. Malem, ed. Gedisa, 1997.

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.

Este es el motivo que me lleva a trazar este trabajo de tesis sobre la filosofía del Derecho de Carlos Santiago Nino presentando no sólo el contexto intelectual sino también el político en el que ha de situarse y articularse su obra. El compromiso político de Nino fue tan fuerte que, determinó en gran medida el curso de sus proyectos intelectuales.

## **Método**

Intentaremos una especie de equilibrio reflexivo entre los desarrollos teóricos -de Nino- (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)

Anexaremos concepciones de política-práctica, que nos permitan ver las características y distintos tipos de límites con los que se encuentran las sociedades reales a la hora de tratar de organizarse conforme a las exigencias de la justicia. Estructuramos el trabajo a la luz de los siguientes elementos: la formación analítica, el objetivismo moral y 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 nos permitirán situar e iluminar este trabajo.

### **Bibliografía importante**

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 EEUU, 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): *Ética y derechos humanos* (1984, 1989, 1991) 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 y Política* (1994), *The Constitution of Deliberative Democracy* (1996) y *Radical Evil on Trial* (1996).

### **Límites**

Este trabajo es considerado *Work-in-progress*, 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 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.

### **Importancia**

En la 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, uno de sus mejores trabajos.

En la Preocupación por las constantes y grandes violaciones a los derechos humanos intentamos 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 -y que retomamos en este trabajo- 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.

Pertrechado con el instrumental analítico, nos proponemos contribuir a la vigencia de los derechos del hombre a través de la discusión teórica de las ideas que les son adversas y ensayamos 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 -nos permiten 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).

En su Filosofía política. De los presupuestos y del discurso moral -a estudiar- 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. Por tanto la democracia aparece como un sucedáneo del discurso moral. Sostenemos que la relación del discurso moral y de la democracia con los principios morales de los que derivan derechos humanos no es meramente instrumental. Construir una concepción ética que nos lleve 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 y, por otro, un liberalismo igualitario por lo que hace al tratamiento de las necesidades básicas y de la intervención de Estado en la implementación de los derechos básicos. Nos oponemos así a un liberalismo conservador y sostenemos que el acceso a bienes no sólo ha de estar libre de obstáculos sino que se ha de facilitar positivamente<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Nino, C.S., *Los límites de la responsabilidad penal*, Ed Astrea, 1980, *Ética y derechos humanos*, Ed Ariel 1989.

La construcción de una 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 en la concepción acerca del sistema institucional adecuado para garantizar los derechos constitucionales de las minorías<sup>16</sup>.

Estudiar la filosofía del Derecho en Carlos 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 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.

La reconstrucción a la teoría del Derecho de Nino se presenta aquí pues como un prisma privilegiado a partir del cual daré 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.

## **Objetivo**

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

---

<sup>16</sup> Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Ed Astrea, 1992, *The Constitution of a Deliberative Democracy*, Yale University Press, 1996.

-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 desarrollar la tesis acerca del *imperialismo de la moral*, o acerca del *discurso jurídico como un caso especial del discurso moral*. En definitiva, la tesis acerca de *la unidad del razonamiento práctico*.

## **Esquema**

De la Conexión Conceptual entre Derecho y Moral; 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. Las concepciones (dworkiniana y hartiana) nos permitieran 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).

De las Normas Jurídicas como Razones para Actuar; 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. Me ocupo de dar cuenta de los distintos sentidos en los que, hablamos de normas jurídicas en el razonamiento jurídico justificativo.

El hecho de llevar 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, especialmente del aspecto interno de las acciones individuales y de las prácticas colectivas como el Derecho y la moral, 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. 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*<sup>17</sup> y de algunas importantes diferencias conceptuales trazadas por C. Redondo en su trabajo *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*. Pertrechado 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 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*<sup>18</sup>. 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

---

<sup>17</sup> Bayón, J.C., *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

<sup>18</sup> Ródenas Calatayud, *Sobre la justificación de la autoridad*, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

justificativa entre el Derecho y la moral. Esta tesis será el objeto central del capítulo siguiente en el que me ocupo del concepto de validez, que Nino define como un concepto puente entre el Derecho y la moral. De la Validez como Concepto Normativo; 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. 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.

*Del 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. 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. 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 ocupo de nuevo de cómo, en la concepción de Nino, la moral impregna todas las fases del razonamiento jurídico justificativo.

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.

El proceso de elaboración de este trabajo ha sido arduo y dilatado en el tiempo. Mi Gratitude a mi querida Facultad que me acogió como estudiante y como profesor, me dio la oportunidad de plantear y discutir mis opiniones acerca del derecho, deseando reciprocamente los bienes recibidos mi agradecimiento.

Las críticas del Dr. Agustín Basave me han llevado a modificar los aspectos fundamentales de mi concepción y formación, me han permitido afinar el análisis en diversos aspectos. En su cátedra aprendimos que nada podía llenarnos del

todo, fuera de la posesión o al menos la pesquisa del saber supremo en el orden natural, el saber autónomo y pantónimo, el que a todo se extiende y que no reconoce ninguna instancia ulterior. Gracias por tratar de establecer una manera de pensamiento, método y comportamiento autónomo para alcanzar nuestra identidad propia, sus alumnos somos testigos de la transmutación que opera en nuestro ánimo, la metáfora del cisne modernista en la serpiente buho. Mi gratitud y compromiso de mejora.

Esta tesis no hubiera podido ver la luz sin el apoyo de mi asesor de tesis el Dr. Ismael Rodríguez Campos, de riguroso análisis, un hombre culto, con amplio criterio jurídico, de gran ética. Mucho contribuyó usted a comunicar reciedumbre a mi pensamiento general.

A mis inolvidables maestros del Doctorado; Agustín Basave, Ismael Rodríguez, Germán Cisneros, Héctor Zertuche, Francisco Gorjon, José Luis Prado, Héctor Ruiz y a la Dra. Vaca, dedicados a transmitir de generación en generación, la antorcha de la sabiduría, según la recibimos de nuestros mayores, de la Grecia antigua a los días que vivimos. Siempre les guardaré admiración, respeto y gratitud.

La filosofía, según lo dijo Aristóteles, brota de la admiración, honro a mi padre Don Ricardo Herrera Rosas, su ser es como una constelación que tapiza y alumbra los derroteros de mi vida, me abrió los horizontes del pensamiento y la conducta moral.

A mis alumnas y alumnos de quienes siempre he recibido su respeto y atención.

Monterrey, Julio de 2004