

Capítulo I

De la Conexión Conceptual entre Derecho y Moral

*“Toda teoría del derecho implica una teoría acerca de la legitimidad del derecho.
O lo que es lo mismo, presupone una serie de criterios cuyo cumplimiento
nos permite calificar una norma o principio legal como legítimo”*

Carlos Santiago Nino

1.1. Tensión entre Iusnaturalismo y Iuspositivismo

Dar cuenta de la complejidad de la evolución histórica¹⁹ del concepto de Derecho a través de las complejas relaciones que, a lo largo de la historia, han tenido lugar entre el Derecho Natural -Ley natural- y el Derecho positivo -Ley humana- es una labor que excede los límites de este trabajo. Baste señalar que la milenaria corriente iusnaturalista puede ser vista como una corriente que reivindicó la conexión que, a efecto de entender el Derecho como vinculante, había entre el Derecho y la moral²⁰. Cuando por el siglo XVII, con Hobbes²¹, dio sus primeros

¹⁹ Welzel, H. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1979. González Vicén, F., *De Kant a Marx, Estudios de Historia de las ideas*, ed. Fernando Torres, 1984.

²⁰ En este sentido puede citarse a San Agustín y a Santo Tomás. San Agustín toma del estoicismo la división fundamental del Derecho en ley eterna, ley natural y ley temporal. La *Lex temporalis*, es decir, la ley positiva y mudable, adaptada a las circunstancias del momento, sólo es Derecho y sólo posee fuerza vinculatoria, en tanto que deriva del Derecho eterno e inmutable. Una “ley” que no es justa, no es ley, y no posee fuerza de obligar. San Agustín, *De Libero arbitrio*, I, 5, 11; I,6,14, *Epodos*, 105, 2, 7 (citado en González Vicén, F., *op.cit.*, pág. 52). Santo Tomás, siguiendo la tradición estoico-agustiniana, distingue -además de la *lex divina*, que conocemos por la revelación y nos señala nuestro fin sobrenatural- tres leyes del orden natural universal: la *lex aeterna*, la *lex naturalis* y la *lex humana seu positiva*. Según Santo Tomás también, sólo en tanto que la ley positiva es deducida de la ley natural tiene fuerza de ley, *ratio legis*, y obliga en conciencia a los súbditos. Una ley, en cambio, que se aparta del Derecho natural no es verdadera ley, *lex legalis*, sino sólo una corrupción de su propio sentido, una *legis corruptio*. Esta última no obliga en conciencia; aunque, sin embargo, puede ser obedecida, para evitar escándalo y perturbación. Sólo

pasos el positivismo jurídico surgió la centenaria polémica que, aunque con importantes matices, se ha perpetuado hasta nuestros días.

A diferencia de los debates en el propio seno de la corriente iusnaturalista anterior en los que la discusión giraba acerca de la procedencia y fundamentación del Derecho natural, con los primeros pasos del iuspositivismo, el marco de la discusión cambia: Nos encontramos ahora con la polémica entre quienes consideran que las normas dictadas por la autoridad que detenta el poder político son, sin más, Derecho y quienes sostienen que tales normas, para ser calificadas como Derecho, han de ser conformes con pautas de justicia.

La discusión ya no girará en torno al Derecho Natural en sí, sino en torno a las relaciones entre Derecho positivo y Derecho Natural. En última instancia, nos encontramos a partir de entonces con el debate acerca del problema de la fuerza vinculante de los ordenamientos jurídicos positivos; debate que tendrá lugar de forma expresa con toda su virulencia después de la II Guerra Mundial, cuando los iuspositivistas fueron considerados por los iusnaturalistas como legitimadores, en el terreno de las ideas, de regímenes atroces como el nacionalsocialismo alemán.

La pregunta acerca de qué es el Derecho abre uno de los debates clásicos en la Filosofía del Derecho: el debate entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Los términos en los que se ha desarrollado este debate nos remiten en última instancia al problema acerca de si existe o no una conexión conceptual entre Derecho y moral. Hoy en día, la polémica acerca de si existe o no esta conexión conceptual viene a ser el paradigma de discusión entre las teorías del Derecho

en el caso de que vulnere la misma *lex divina*, está prohibido obedecerla en absoluto. Santo Tomás, *Summa Theologica*, II,1 (citado en González Vicén, F., *op.cit.*, pág. 55).

²¹ Cfr. González Vincén, F., *op.cit.*, pág. 207. En el mismo sentido, pero trazando la trayectoria del iusnaturalismo, Welzel señala a Hobbes como el pensador en quien aparece en toda su pureza el pensamiento nominalista. En él -y de forma paralela al mandato divino- aparece el mandato estatal como causa de justificación. Welzel, H., *Introducción a la filosofía del Derecho*, *op.cit.*, págs. 116-126.

desde el punto de vista “*del observador*”²² y las teorías del Derecho desde el punto de vista del “*participante*”; y también, entre quienes reivindican la capacidad del Derecho para crear autónomamente deberes, y quienes sostienen que esto sólo es posible cuando el Derecho es entendido conceptualmente unido a la moral.

Lo que tienen en común las teorías desde el punto de vista del participante es que reivindican la prioridad ontológica y la prioridad epistemológica (identificación de qué sistema normativo es “*Derecho válido*”) de tal punto de vista y, concretamente, de una versión fuerte de participante -aquél que asume el punto de vista moral-; además, precisamente por ello, consideran que es necesario establecer puentes con la filosofía moral y con la filosofía política. Esto es así porque para estas teorías la pregunta acerca de qué es el Derecho no se puede separar de la cuestión acerca de por qué se debe obedecer el Derecho y, en última instancia, de la pregunta acerca de “*por qué debo actuar*” de una determinada forma.

Entre estas teorías del participante se encuentran, sin duda, la de Dworkin y la de Nino. Citar a Nino entre las teorías del Derecho del participante, podría ser visto como una denuncia de que Nino, pese a haber pretendido defender la tesis de que la pluralidad de puntos de vista o perspectivas en relación con el Derecho impide dar una respuesta *a priori* acerca de la conexión conceptual entre Derecho y moral, acaba, sin embargo, por inclinarse hacia una teoría normativa del Derecho.

El intento de Nino por resolver la tradicional polémica comienza con la denuncia de que ambas posiciones parten de lo que es, en su opinión, un falso presupuesto: la existencia de un único y verdadero concepto de Derecho. Frente a este presupuesto, Nino reivindica la utilidad de acuñar distintos conceptos de Derecho que den cuenta de cómo esta expresión se emplea desde los diversos puntos de

²² Las teorías de orientación hartiana sostienen que una teoría del Derecho tiene que incluir una descripción de las pretensiones normativas formuladas por quienes aceptan o aplican el sistema jurídico; sin embargo, el problema de Hart fue -según escriben Nino y Garzón Valdés- que su intento de explicar la normatividad fracasa puesto que trató de explicarla sin recurrir a la pretensión de autoridad, de legitimidad o de corrección de la parte oficial del sistema, haciéndolo en términos de consideraciones prudenciales, apatía o hábito no reflexionado. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, ed. Astrea.

vista que pueden asumirse en relación con el fenómeno jurídico (súbditos, jueces, legislador, abogado, teóricos del Derecho). Es ésta su tesis de la pluralidad de conceptos de Derecho: Según cual sea el tipo de discurso ante el que nos encontremos, precisaremos un concepto de Derecho u otro. Y, además, la respuesta a la pregunta acerca de la conexión conceptual entre Derecho y moral dependerá del concepto de Derecho que tengamos presente en ese momento.

Caracterización del Iusnaturalismo

En *Introducción al análisis del Derecho*, Nino escribe que la tesis de que el Derecho y la moral tienen una relación esencial puede entenderse de diversas maneras:

- 1 Puede considerarse que tal relación es de índole fáctica;
- 2 Que esa conexión es de tipo valorativo o normativo (el Derecho debería incorporar la moral crítica); o bien;
- 3 Que la conexión entre Derecho y moral es de índole conceptual²³

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

- a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana:

Los denominados principios de Derecho natural. Entre los iusnaturalistas hay, sin embargo, discrepancias, por un lado, acerca del origen o fundamento de los

²³ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ed. Ariel, pág. 17.

*principios morales que conforman el llamado Derecho natural y, por otro, acerca de cuáles son tales principios*²⁴.

- b) Una tesis acerca de la definición del concepto de Derecho según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de “*jurídicos*” si contradicen los principios morales que conforman el Derecho natural²⁵.

²⁴ Nino señala entre otras corrientes: el iusnaturalismo teológico, el iusnaturalismo racionalista y otros iusnaturalismos, de índole encubierta, como la concepción historicista y la corriente que se funda en “*la naturaleza de las cosas*”. Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, pág. 28 y ss.

²⁵ Nino construye, un ilustrativo ejemplo de las consecuencias prácticas significativas que implicaría la adopción de esta postura de ser sostenida por un juez durante los juicios de Nuremberg en los que se juzgaron los crímenes de guerra y contra la humanidad cometidos durante el régimen de Hitler. Es interesante contrastar, en esta dramatización idealizada del momento en que dictan sentencia judicial, la argumentación del juez iusnaturalista con la argumentación del juez iuspositivista ideológico y con la del juez que sostiene la postura denominada iuspositivismo metodológico. El núcleo de la cuestión discutida es si procede o no aplicar la normativa en vigor tras la II Guerra Mundial y penar a los procesados por actos perpetrados durante el régimen nazi. En esta dramatización construida por Nino, el juez Sempronio sostiene una postura que podríamos calificar de iusnaturalista puesto que rechaza una concepción del Derecho según la cuál estamos frente a un sistema jurídico cada vez que un grupo humano logra imponer cierto conjunto de normas en determinada sociedad y cuenta con la fuerza suficiente para hacerlas cumplir, cualquiera que sea el valor moral de tales normas; y sostiene que, por encima de las normas dictadas por los hombres, hay un conjunto de principios morales universalmente válidos e inmutables que establecen criterios de justicia y derechos fundamentales insitos a la verdadera naturaleza humana y que las normas positivas dictadas por los hombres sólo son Derecho en la medida que se conforman al Derecho natural y no lo contradicen. A partir de esto, el juez Sempronio concluye que resulta absurda la pretensión de la defensa de que condenar a los imputados implicaría violar el principio no hay pena sin ley previa que prohíba el acto, ya que “no siendo las regulaciones del régimen nazi verdaderas normas jurídicas, ellas son inoperantes para legitimar los actos ejecutados de conformidad con las mismas” y, además, “*hay una ley eterna que prohíbe tales actos y ésta es la ley que aplicaremos si sometemos a los procesados a su justo castigo*”. Por su parte, el juez Cayo representa la voz de lo que se denomina positivismo ideológico. Este juez, tras sostener la imposibilidad de demostrar la validez de ciertos juicios morales y la invalidez de otros mediante un procedimiento objetivo, señala que “*cada vez que nos encontramos frente a un conjunto de normas que establecen instituciones distintivas, como tribunales de justicia, y que son dictadas y hechas efectivas por un grupo humano que tiene el monopolio de la fuerza en un territorio definido, estamos ante un sistema jurídico, que puede ser efectivamente identificado como tal cualesquiera que sean nuestros juicios morales acerca del valor de sus disposiciones. [...] Si la mafia lograra asumir el control efectivo y estable sobre una porción definida de territorio y población, las normas que dictara constituirían un ordenamiento jurídico*”. A partir de esto, el juez Cayo señala que “por las mismas razones, el sistema normativo vigente en la Alemania nazi y en los países ocupados por sus tropas era un sistema jurídico, por más que el contenido de sus disposiciones nos parezca aborrecible”. Por lo demás, concluye el juez Cayo que “*la existencia de normas jurídicas implica la obligatoriedad de la conducta que ellas prescriben y la legitimidad de los actos realizados de conformidad con ellas [...]*”; y que, por lo tanto, “*debemos aceptar la tesis de la defensa de que estos actos moralmente horribles fueron jurídicamente legítimos y no pueden ser penados*”.

Por último, Nino da la palabra al juez Ticio que ilustraría la postura del positivismo metodológico o conceptual. Este juez cuestiona a Sempronio –el juez iusnaturalista– la existencia de principios de Derecho natural y, concretamente, cómo se produce la inferencia de principios normativos a partir

Esta segunda tesis es la que interesa a nuestro autor por ser *-escribe-* la tesis centro de la polémica con la corriente iuspositivista. En definitiva, en esta primera

de ciertos presuntos datos acerca de la condición humana. Ticio arroja claridad sobre los términos del debate: *"La cuestión que se presenta en este proceso es si, como jueces, podemos hacer valer tales convicciones morales para decidir este caso, o si debemos atenernos exclusivamente a la aplicación de principios y normas jurídicas"*. Ticio (el positivista metodológico) y Cayo (el positivista ideológico) coinciden en que para identificar un sistema normativo como Derecho no es preciso comprobar si satisface o no mínimas exigencias de justicia (el Derecho debe ser identificado sobre la base de rasgos fácticos y empíricos. De tal forma hemos de proceder para evitar mezclar Derecho y moral; algo que nos llevaría a mezclar el contenido de los dos. Cuando vamos a una sociedad desconocida y queremos saber de qué sistema jurídico disponen, es absurdo que contestemos a los miembros de esa comunidad teniendo en cuenta si el sistema en cuestión respeta o no nuestros principios morales); así, ambos coinciden en que podemos hablar de Derecho incluso cuando nos encontramos ante sistemas normativos aberrantes como el del Tercer Reich. Pero sus coincidencias acaban allí puesto que, según la postura defendida por Ticio, sostener que las normas jurídicas estipulan la obligación de realizar determinados actos no implica que debamos *-en el sentido de deber moral-* realmente realizar tales actos. La obligación de obedecer las normas jurídicas surge de las normas morales *-que son intrínsecamente obligatorias*. De esta forma *-según Ticio-* cuando el juez Cayo sostiene que las normas jurídicas son obligatorias está presuponiendo una norma o principio moral que prescribe obedecer las disposiciones de todo sistema jurídico. En definitiva, no está siendo consecuente con su tesis de que se debe juzgar teniendo en cuenta sólo normas jurídicas y no nuestras convicciones morales porque introduce encubiertamente sus convicciones morales al postular que toda norma jurídica es obligatoria y debe ser reconocida por los jueces. La cuestión aquí *-continúa Ticio-* no es que Cayo (positivista ideológico) introduzca sus convicciones morales *-ya que toda decisión moralmente relevante (y ésta, obviamente, lo es) implica adoptar una posición moral (aunque lo deseable es que esto se haga de forma expresa y no de forma encubierta)-* sino si las convicciones morales del juez Cayo son o no aceptables. Sucede que junto con el principio moral que ampara la postura del juez Cayo *-el principio de que deben obedecerse y aplicarse las normas jurídicas vigentes vinculado con los valores como la seguridad, el orden, la coordinación de actividades sociales, etc-* también hay obviamente otros principios como los que consagran el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad etc y añade Ticio que, en circunstancias excepcionales como las que se dieron durante el régimen nazi, la violación de estos principios, en la que se incurriría si se observaran las reglas jurídicas sería tan radical y grosera que justificaría apartarse del principio moral que prescribe atenerse al Derecho vigente (si un juez en el momento de la comisión de las acciones hubiera ignorado el sistema jurídico vigente para, en su lugar, defender la dignidad humana y la inviolabilidad de la persona, no lo hubiéramos condenado sino que hubiésemos aplaudido su proceder).

En definitiva, *"ningún valor moral por importante que sea (y lo son los principios de efectividad del Derecho internacional o el principio nulla poena sine lege praevia) es absoluto y prevalece sobre todos los demás valores. El tribunal entonces tiene que ratificar contundentemente el valor de la vida, el de la integridad física, el de la intrínseca igualdad de todos los seres humanos. Esto implica dejar de lado principios jurídicos normalmente valiosos, pero esto ha de asumirse como un mal menor. La postura del juez Sempronio (iusnaturalista) no elude tal consecuencia, sino que la implica en forma encubierta y esto *-concluye Ticio-* es sumamente peligroso pues si no se reconoce abiertamente que se está violando un principio valioso (como es el principio nulla poena sine lege, no se deja sentado con claridad en qué circunstancias extremas tal violación es permisible, y se abre las puertas a otras violaciones encubiertas menos justificables"*. Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, pág. 19-27 y Nino, C.S.

aproximación a la polémica, lo que caracteriza, según Nino, a los iusnaturalistas frente a los iuspositivistas es:

“La defensa que hacen los primeros de un concepto valorativo o normativo de Derecho según el cual para identificar el Derecho es preciso determinar bajo qué condiciones las prescripciones sobre el empleo de la coacción estatal están moralmente justificadas y deben ser obedecidas”²⁶.

Caracterización del Positivismo Jurídico.

En *La validez del Derecho*²⁷, Nino da cuenta de las diversas tesis que, en su opinión, de forma no siempre acertada, han sido atribuidas al positivismo.

“El escepticismo en cuanto a la posibilidad de demostrar racionalmente la validez de reglas e ideales morales, la consideración de que la eficacia o vigencia de un sistema jurídico en una determinada comunidad implica el deber moral de esa comunidad y de los funcionarios de obedecerlo (positivismo ideológico), la atribución al sistema jurídico de los rasgos de plenitud y coherencia, la tesis que señala que el Derecho sólo incluye estándares que son reconocidos por los jueces y otros funcionarios por el hecho de haberse originado en cierta fuente fáctica con independencia de su contenido, son tesis que, según nuestro autor, pese a haber sido atribuidas a la corriente iuspositivista, no han sido defendidas por todos los autores que se consideran dentro de esta corriente”²⁸.

Baste señalar, a modo de ejemplo, que aunque autores como Kelsen, Ross, Alchourrón y Bulygin pueden ser calificados como escépticos en materia ética, sin embargo, no pueden recibir este calificativo otros autores como Hart, Bobbio,

²⁶ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, ed. Ariel, pág. 26.

²⁷ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, ed. Astrea, pág. 145 y ss.

²⁸ Nino, C.S., *La validez del Derecho, op.cit.*, pág. 146 y ss.

Carrió o Raz²⁹; también la atribución al positivismo de la tesis de la legitimación moral de cualquier sistema normativo carece totalmente de justificación. Esta tesis, una de las que con mayor frecuencia han sido atribuidas a esta corriente, involucra una posición ideológica o moral puesto que apunta Nino:

“Combina una definición de Derecho en términos puramente fácticos con la idea de que toda norma jurídica tiene fuerza obligatoria moral. Pero ni Bentham, ni Austin, ni Hart, ni Ross ni Bobbio, representantes del positivismo jurídico, la sostienen”³⁰.

Pues bien, según Nino, la única tesis central al positivismo jurídico es la que sostiene que:

“El Derecho es un fenómeno social que puede ser identificado y descrito por un observador externo sin recurrir a consideraciones acerca de su justificación o valor moral o acerca del deber moral de obedecerlo y aplicarlo”³¹.

Esta es una tesis conceptual acerca de la definición de Derecho distintiva del iuspositivismo; mientras que, como hemos visto, lo que caracteriza al iusnaturalismo es que éste afirma que la identificación de un orden jurídico o de una norma jurídica presupone juicios valorativos acerca de la adecuación de ese orden a ciertos principios morales o de justicia; lo que caracteriza al positivismo jurídico como corriente es la negación, precisamente, de esa tesis.

1.1.1. Crítica de Dworkin al planteamiento iuspositivista

Las críticas que Dworkin dirigió al positivismo, concretamente a la versión del positivismo de Hart han provocado el desarrollo teórico del positivismo en las

²⁹ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 19.

³⁰ Nino, C.S., *Introducción al Derecho*, op.cit., pág. 32.

³¹ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 148.

últimas décadas. De hecho; las divisiones más importantes dentro de esta corriente pueden ser vistas como resultados de respuestas alternativas a las críticas de Dworkin. A su vez, esto ha supuesto un cierto desarrollo de la polémica positivismo versus iusnaturalismo.

La repercusión que tuvo el ataque antipositivista de Dworkin en la mencionada polémica llevó a Nino a ocuparse de dilucidar los términos de la discusión entre Dworkin y los iuspositivistas. Nino en su trabajo *La validez del Derecho* donde, tras subrayar que Dworkin comete un error de argumentación al no dirigir sus ataques contra la tesis central del positivismo, Nino señala el interés que, aun así, tiene el análisis de su crítica antipositivista. Este análisis permitirá a Nino no sólo poner de manifiesto la falsedad de los presupuestos de los que parte Dworkin, sino, también, llevar a cabo una reconstrucción de la argumentación de éste para presentarla como una crítica acertada contra el positivismo. La lectura que hace Nino de las objeciones de Dworkin contra el positivismo y las observaciones críticas de Nino contra estas objeciones.

Dworkin, en varios artículos³², dirige sus ataques contra las tres siguientes tesis supuestamente defendidas por los iuspositivistas:

- 1) La denominada tesis de la separabilidad entendida como la pretensión de que el valor sustantivo o moral de una norma no puede ser una condición de su juridicidad.
- 2) La tesis de la indeterminación del Derecho y de la discrecionalidad judicial. Es la pretensión de que en los llamados casos difíciles no hay una respuesta correcta impuesta por el Derecho vigente y de que los jueces en tales casos ejercen una tarea ilimitada de "*creación de Derecho*"; es decir, poseen poder "*cuasi-legislativo*".

³² Dworkin, R., *Los derechos en serio*, ed. Ariel.

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

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

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

Como es sabido, Dworkin sostiene que la tesis positivista de que sólo son normas jurídicas aquéllas que son reconocidas por su origen fáctico es insatisfactoria pues no permite reconocer como parte del Derecho a los principios, que son ciertos estándares que los jueces suelen aplicar en sus decisiones y que expresan consideraciones de justicia, equidad u otras dimensiones de la moralidad (como fines valiosos a alcanzar³³).

Según este autor, los principios, aunque se diferencian de las reglas en que tienen una "*dimensión de peso*" -no se aplican de la forma todo o nada-, se asemejan a ellas en que establecen derechos y deberes que preexisten a la decisión judicial que los reconoce. Además, y debido precisamente a que cumplen la misma función que las reglas, lo razonable sería considerarlos también como parte del Derecho. Atendiendo a estas consideraciones, Dworkin considera que es preciso descalificar la pretensión básica del positivismo de distinguir por medio de un test de origen o *pedigree* los estándares jurídicos de otros estándares sociales, por no permitir dar cuenta de una parte importante del Derecho.

La réplica que los positivistas dirigieron a las posiciones de Dworkin en este punto fue que algunos de los principios que Dworkin mencionaba podían ser captados por un test de origen y que, además, no se diferenciaban de las reglas; entiende

³³ Cfr. M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, ed. Ariel.

Nino que esta crítica fue, sin embargo, desafortunada³⁴. El desacierto en la replica de los positivistas a Dworkin no cierra, sin embargo, a favor de Dworkin su crítica contra el positivismo; la razón está en si es acertado o no sostener que el pensamiento positivista en general señala que forman parte del Derecho sólo aquellos estándares jurídicos que derivan de cierta fuente con autoridad³⁵. Nino, tratando de hallar respuesta para este interrogante, se centra en los trabajos de Hart; trabajos, que, por otra parte, son los que Dworkin había tenido en cuenta al dirigir su crítica contra el positivismo.

En *El concepto de Derecho* nos encontramos con que Hart tiene cuidado en aclarar que la regla de reconocimiento puede contener cualquier criterio para la identificación de los estándares jurídicos por su contenido general y no sólo por su origen³⁶. Incluso, según Nino, el positivismo de Hart no se vería afectado si, recogiendo una posible crítica de Dworkin, la concepción del sistema jurídico hartiano fuera modificada para:

“Hacer lugar a que la base del sistema esté integrada no sólo por reglas de reconocimiento sino también por principios que los jueces apliquen en sus decisiones”³⁷.

2) El Positivismo y la Discrecionalidad Judicial.

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

a) Considerarlos como parte del Derecho ésta es la opción elegida por Dworkin; o

³⁴ Nino señala que en sus anteriores artículos Dworkin se había basado en presupuestos erróneos que lo confundieron a él y a sus críticos. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 154.

³⁵ Nino, C.S. *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 154.

³⁶ Hart, H.L.A., *Post scriptum al concepto de Derecho*, eds. Penélope A. Bulloch y J. Raz, Oxford University Press, Trad. R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México.

³⁷ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 156.

b) Considerarlos como algo extrajurídico, hablando, entonces, de discreción judicial³⁸, entendida como la posibilidad que se presenta a los jueces de recurrir en ciertas ocasiones a estándares extrajurídicos *ésta segunda sería, según Dworkin, la opción tomada por los iuspositivistas*³⁹.

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

- 1) En un primer sentido (sentido fuerte), los jueces tienen discreción cuando una regla no les impone una obligación específica sino que les concede una opción entre diferentes alternativas. En este caso los jueces deben acudir a estándares extrajurídicos.
- 2) En un segundo sentido (sentido débil), se dice que los jueces tienen discreción cuando una regla, por ser indeterminada, no puede ser aplicada mecánicamente sino que su aplicación exige ciertos juicios ponderados (problema epistémico).

Según este sentido de discreción, los jueces no precisan acudir a estándares extrajurídicos. La crítica que Dworkin dirige a los positivistas es que estos parecen sostener que cada vez que los jueces tienen discreción en el sentido de que es incierto lo que el Derecho exige (es decir, en el segundo sentido) tienen discreción también en el primer sentido. Es decir, según Dworkin, los iuspositivistas, en los casos en los que no se sabe cuál es la respuesta correcta, presentan la discusión como si el juez no tuviera deber alguno sino que pudiera elegir entre lo que se supone que son varias posibles respuestas.

³⁸ En este trabajo seguiré la terminología utilizada por Nino en relación con este fenómeno, quien aquí ha recogido este término de *discreción judicial* de la literatura anglosajona sobre esta cuestión en inglés el término "*discretion*" se utiliza igualmente para hablar tanto de la discreción -como sensatez, capacidad de discernimiento-, como de la discrecionalidad en el sentido de permiso.

³⁹ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 150 y ss.

Mientras que el propio Dworkin distingue entre los casos de indeterminación en los que no hay una obligación específica sino una obligación entre diferentes alternativas, y los casos en los que, habiendo una única respuesta correcta, tenemos problemas epistémicos para hallarla (sería éste el caso que Nino denomina sentido débil de indeterminación y Dworkin en su *trabajo Objectivity and Truth: You'd better believe it*⁴⁰ denomina incertidumbre [*uncertainty*] frente al primero que sería un problema de indeterminación [*indeterminacy*]).

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

- 1) Existe una especie de espacio lógico entre las *proposiciones* “*el contrato X es válido*” y “*el contrato X no es válido*”.

Los jueces no se encontrarían ante una obligación específica, sino que hay opción entre diversas alternativas. Las proposiciones entonces no tendrían valor de verdad hasta que el juez escogiera entre las alternativas. Según esta versión hay que acudir a criterios extrajurídicos. Dworkin considera que esta versión es errónea ya que:

“Esas proposiciones incluyen “conceptos dispositivos”, como el de “contrato válido”, cuya función es, precisamente, excluir la posibilidad de que los jueces tengan facultad para adoptar una u otra solución en vez de tener el deber de aplicar alguna de ellas”⁴¹.

- 2) La otra versión no niega que haya una respuesta correcta (entre la proposición “*el contrato X es válido*” y “*el contrato X no es válido*” no hay un espacio lógico)

⁴⁰ Dworkin, Ronald, *Objectivity and Truth: You'd better believe it*, en *Philosophy & Public Affairs* 25, no. 2 Spring.

⁴¹ Cito a partir de Nino, *La validez del Derecho*, pág. 151-152. Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ed. Ariel, pág. 83-101 y 130-134.

pero señala que, en ocasiones, no es posible determinar cuál de las dos proposiciones es verdadera por alguna de las siguientes razones:⁴²

- a) Debido a la vaguedad del lenguaje.
- b) Por la imposibilidad de identificar las proposiciones jurídicas cuando falte el acto de creación de Derecho en cuestión con el que se identifican tales proposiciones jurídicas (según esto, la proposición “*el contrato X es válido*” es equivalente a “*el legislador ha prescrito p*”, luego, si falta el acto legislativo, no podemos identificar la proposición jurídica).
- c) Ninguna de las proposiciones jurídicas opuestas puede ser demostrada en relación con hechos empíricos.

Según escribe Nino, Dworkin considera que tampoco esta versión de la tesis es correcta, pues en los casos de incertidumbre⁴³ contamos con instrumentos para hallar cuál de las dos proposiciones es verdadera. Pero Nino considera errónea la crítica que Dworkin dirige a los positivistas acusándoles de confundir los sentidos fuerte y débil de discreción:

“Teorías positivistas como la de Ross y la de Hart permiten una clara distinción entre los casos en los que el Derecho es indeterminado y los casos en los que el Derecho contiene una solución cierta consistente en facultar a los jueces a decidir según su arbitrio”⁴⁴.

Además, en opinión de Nino, Dworkin presenta su ataque en contra del positivismo de forma equívoca ya que, después de destacar la necesidad de hacer una distinción entre los dos sentidos de discreción, él mismo vacía de contenido el

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Nino, *La validez del derecho*, pág. 151-152. Cfr. Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*, ed. Ariel, pág. 83-101 y 130-134.

⁴⁴ Nino, *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág.157.

segundo sentido al rechazar la tesis de que el Derecho pueda contener casos de discrecionalidad en el sentido débil; es decir, derivada de las dificultades epistémicas para hallar la respuesta correcta. Por último, y en tercer lugar, Nino, contrariamente a lo sostenido por Dworkin, considera que las dos posibles versiones (indeterminación ontológica e indeterminación epistémica o incertidumbre, según la terminología del último Dworkin) de la tesis de que puede no haber una respuesta correcta⁴⁵ no son incompatibles y que, por lo tanto, ambas pueden ser correctas.

Veamos el análisis que hace Nino de estas dos últimas cuestiones. Para Nino, la primera versión de la tesis *-hay un espacio lógico entre proposiciones del tipo "el contrato X es válido" y "el contrato X no es válido"-* sí es correcta.

En relación con esta tesis, lo que a Nino le interesa no es tanto demostrar su corrección⁴⁶, cuanto clarificar de qué hablan los iuspositivistas cuando se refieren a que el Derecho es indeterminado. Según el análisis de Nino, la oración *"el contrato X no es válido"* puede expresar dos proposiciones diferentes:

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

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

2 *"Es el caso que el Derecho ha declarado al contrato X no válido"*.

⁴⁵ De nuevo, Dworkin lo que parecía sostener es que, o bien entendemos tales casos como de indeterminación -y eso significa que no hay una respuesta correcta, sino que el juez tiene diferentes alternativas-, o como un caso de incertidumbre -en el que sí hay una respuesta correcta y lo que sucede es que el juez habrá de hacer uso de criterios interpretativos para hallarla-. Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, op.cit.

⁴⁶ Nino, C.S., *La validez del derecho*, op. Cit., pag. 158

La verdad de esta proposición sí es compatible con la verdad de la proposición que sostiene que *“Es el caso que el Derecho ha declarado al contrato X válido”*. Si ambas son verdaderas, entonces estaremos ante una contradicción en el Derecho, y si ambas son falsas, nos encontraremos ante una laguna.

Según Nino, Dworkin cree, erróneamente, que los positivistas sostienen que el Derecho es indeterminado no cuando se da este último caso, sino cuando fuera verdadera una proposición que sostuviera que el Derecho concede a los jueces facultad para declarar a un contrato válido o inválido.

Y, es esta creencia errónea la que explica la urgencia de Dworkin en señalar que el concepto de contrato válido es un concepto dispositivo que excluye esta posibilidad. Pero, como hemos visto, a partir del análisis de Nino, la existencia de indeterminaciones en el Derecho no depende de que se dé esa facultad a los jueces, sino que hay indeterminaciones también cuando o bien el Derecho no se pronuncia acerca de la validez o invalidez de un contrato (laguna) o se pronuncia pero lo hace de forma contradictoria (antinomia). Según esto, el argumento de Dworkin en contra de la tesis positivista en este punto es irrelevante.

Hasta aquí nos referimos a la primera versión de la tesis. Pero, según Nino, Dworkin también se equivoca cuando señala la incorrección de la segunda versión de la tesis. En opinión de Dworkin, como apunté, no es cierto que no sea posible determinar cuál de entre dos proposiciones contradictorias es verdadera, puesto que contamos con instrumentos para saberlo. La crítica que a esta postura dirige Nino es que esos instrumentos no siempre ofrecen la posibilidad de solucionar la indeterminación:

- 1 En el caso de la vaguedad lingüística, Dworkin ofrece como respuesta que los principios y teorías de la interpretación nos pueden ayudar a dilucidar tales problemas; Nino, sin embargo, sostiene ante esto que:

“No tenemos ninguna garantía de que los principios y teorías de la interpretación a los que alude Dworkin para resolver los problemas de vaguedad eliminen toda incertidumbre. Ellos mismos pueden ser vagos, dejar casos sin regular y ser mutuamente contradictorios”⁴⁷;

- 2 Ante el problema que supondría la identificación de las proposiciones jurídicas cuando falte el acto de creación, la respuesta de Dworkin es que la equivalencia entre proposiciones jurídicas y proposiciones acerca de actos creadores de Derecho permitiría solucionar otros tantos casos de indeterminación.

Sin embargo, nos dice Nino, Dworkin comete un error: Si la proposición *“el contrato X es válido”* fuera equivalente a *“el legislador ha prescrito p”*, la proposición opuesta que dice *“el contrato X no es válido”* debe ser equivalente a la proposición *“el legislador no ha prescrito p”* y no -como Dworkin parece suponer- a la proposición *“el legislador ha prescrito p”*.

Por lo tanto, según el análisis de Nino, la equivalencia entre proposiciones jurídicas opuestas y proposiciones opuestas acerca de actos creadores de Derecho no implica, como supone Dworkin, que siempre tiene que haber un acto creador de Derecho;

- 3 En los casos en los que la dificultad está en demostrar las proposiciones jurídicas opuestas, Dworkin aquí sugiere la analogía entre la actividad intelectual en cuyo contexto se formulan las proposiciones jurídicas y otras empresas intelectuales como la crítica literaria; Nino señala que los positivistas rechazarían la analogía con la crítica literaria señalando que ésta, en la versión de Dworkin, no se limita a describir sino que realiza una reconstrucción de la obra.

⁴⁷ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 159.

Aunque el positivismo no niega que los juristas puedan hacer algo parecido con el sistema jurídico, las proposiciones jurídicas cuyo análisis está en discusión son las que se formulan en el contexto de una estricta descripción del sistema y, por lo tanto, en opinión de nuestro autor, la réplica de Dworkin es fallida. La conclusión a la que Nino llega tras su análisis es que Dworkin falla en su crítica al análisis positivista de la discreción judicial, pues ni los positivistas hablan sólo de discreción en el sentido fuerte (es decir, en el sentido de que el Derecho deje abierta una alternativa en vez de imponer una obligación específica) ni es cierto que, como apunta Dworkin, contemos siempre con instrumentos que nos permitan dilucidar sin recurrir a principios extrajurídicos cuál de entre dos proposiciones es verdadera.

Aun dejando aparte pues los casos de discreción en sentido fuerte, hay casos en los que existe discreción en sentido débil. Según Nino, la crítica que Dworkin dirige a los positivistas descansa en la presuposición errónea de que cuando los positivistas hablan de indeterminación están pensando en el punto de vista de un juez, en vez de en el punto de vista de un observador externo.

Si fuera así -escribe Nino- tendría razón Dworkin:

"Si un juez dijera que él no puede determinar qué solución corresponde a un caso y que, por lo tanto, tiene discreción para resolverlo en un sentido u otro, esto sería visto como una confesión de que carece de una concepción valorativa comprensiva y de que es incapaz de razonar adecuadamente en el plano normativo"⁴⁸. Pero los positivistas -objeta Nino-, cuando hablan de discreción judicial, no consideran el punto de vista del juez sino que "están considerando el punto de vista del observador que comprueba que las reglas, hasta el momento reconocidas, no contienen una solución para el caso"⁴⁹.

⁴⁸ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 164.

⁴⁹ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 164.

Y esta confusión del punto de vista al que están haciendo referencia los iuspositivistas según Nino:

“Deriva a su vez de la presuposición errónea por parte de Dworkin de que los positivistas aceptan un concepto de Derecho tal que no podría ser usado adecuadamente en el tipo de empresa descriptiva cuya factibilidad es la principal bandera del positivismo”⁵⁰.

Así, la única forma de entender la crítica de Dworkin es considerando que éste atribuye a los iuspositivistas un concepto “antipositivista” -esto es normativo- de Derecho, pero Nino sostiene que esto dista mucho de ser así y lo que sucede es que cuando los positivistas señalan que en los casos de discreción judicial se acude a principios extrajurídicos están operando con un criterio descriptivo de Derecho y se sitúan no como jueces, sino como observadores externos (describen el contenido del sistema jurídico y comprueban que las reglas hasta el momento reconocidas no contienen una solución para el caso)⁵¹.

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

Dworkin considera que:

“Otro de los defectos de la regla de reconocimiento hartiana es que está concebida como una práctica social de la que se seguiría el deber de los jueces de aplicar los estándares que ella identifica”⁵².

Sin embargo, afirma este autor, cuando un juez dice que tiene el deber de aplicar una regla, no está refiriéndose al hecho de que otros jueces consideran que él tiene tal deber, ya que dar cuenta de lo que otra gente piensa o hace no permite

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 152.

justificar el juicio de que uno esté obligado a hacer algo. Según Dworkin, la tesis plausible acerca de cómo se justifican las proposiciones acerca del deber de los jueces es, precisamente, la tesis antipositivista de que tales proposiciones no se apoyan en una práctica social sino que presuponen una teoría o concepción normativa que permite identificar reglas y principios y cuya validez no depende de que sea generalmente aceptada⁵³.

Además, las concepciones normativas a las que recurren implícitamente los jueces difieren entre sí impidiendo la constitución de una práctica uniforme de reconocimiento⁵⁴. Nino considera que esta crítica descansa, de nuevo, en el presupuesto erróneo de que los positivistas asumen un concepto de Derecho que haría falsa por estipulación la tesis central del positivismo. Es decir, Dworkin estaría atribuyendo, erróneamente, a los positivistas un concepto de Derecho según el cual, éste estaría:

“Conformado por los estándares que establecen derechos y obligaciones que el gobierno, a través de las instituciones [...] de los tribunales y de la

⁵³ Hart en su *Postscriptum* reconoce que Dworkin sí tenía razón en la necesidad de distinguir entre un consenso por convención de un consenso por concurrencia; las reglas son prácticas sociales convencionales si la conformidad general de un grupo hacia ellas es parte de las razones que los individuos miembros tienen para su aceptación; y, son prácticas meramente concurrentes, como la moralidad compartida de un grupo, cuando están constituidas, no por convención, sino por el hecho de que los miembros de un grupo han, generalmente, actuado por las mismas, pero independientes, razones para comportarse de ciertas formas específicas. Y que su teoría se mantiene como una explicación fidedigna de las primeras, entre las que se encuentra el caso de la regla de reconocimiento. Hart, sin embargo, considera excesivo incluso la condición débil de que para la existencia de una regla social tenga que ser el caso que los participantes tengan que creer en que hay buenos fundamentos morales para conformarse con ella; algunas reglas pueden ser aceptadas simplemente por deferencia a la tradición o por el deseo de identificarse con los otros o en la creencia de que la sociedad conoce mejor qué es lo que le conviene a los individuos. En opinión de Hart, estas aptitudes pueden coexistir con una más o menos vívida conciencia de que las reglas son moralmente objetables. Por supuesto, una regla convencional puede ser moralmente correcta y justificada y creerse que lo es. Pero, cuando surge, pues, la cuestión de por qué determinada sociedad ha aceptado las reglas convencionales como guías para su comportamiento o como estándares de crítica, Hart no ve ninguna razón -nos dice- por la que haya de seleccionar, de entre muchas respuestas que dar, la creencia en la justificación moral de las reglas como la única respuesta posible o adecuada. Hart, H.L.A., *Postscriptum al concepto de Derecho*, *op.cit.*, pág. 33-34.

⁵⁴ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 153.

*policía, tiene el deber, al menos en principio, de reconocer y hacer efectivos*⁵⁵.

Según Nino, podemos ver que Dworkin parte de este error en el hecho de que la única forma de entender la crítica que éste dirige a la tesis positivista es interpretándola como tesis normativa y no como tesis descriptiva. Esto es, la crítica de Dworkin sólo se entiende si la tesis positivista se interpreta de la siguiente forma:

*“Invocar una práctica social es un argumento suficiente para justificar un juicio normativo de que alguien tiene el deber de hacer lo que la práctica prescribe donde lo relevante es que deber tiene un sentido normativo”*⁵⁶.

Esa crítica, sin embargo, no tendría sentido si la expresión “deber” se usara -como de hecho la utilizan los iuspositivistas- en sentido puramente descriptivo.

Entonces, en opinión de Nino:

*“El error de Dworkin está precisamente allí: la tesis positivista tiene un valor puramente descriptivo y los positivistas, lejos de asumir un concepto como el que les atribuye Dworkin lo critican puesto que contradice su tesis central de que el Derecho es un fenómeno que puede identificarse sobre la base exclusiva de hechos empíricos y sin adoptar una posición acerca de su justificación moral”*⁵⁷.

Cuando Hart afirma que los jueces siguen una práctica de reconocimiento cuyo contenido puede ser descrito diciendo que ella prescribe a los jueces aplicar los estándares que ella menciona, esto no implica que uno deba aceptar que los

⁵⁵ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 161.

⁵⁶ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 162.

⁵⁷ En este mismo sentido véase Ruiz Manero, *op.cit.*, pág. 196.

jueces están moralmente obligados a aplicar esos estándares por la sola razón de que ellos [los jueces] siguen una práctica que prescribe tal cosa.

Los jueces mismos no pueden citar a la práctica general como único fundamento para justificar su juicio normativo de que están obligados a aplicar tales estándares⁵⁸. En opinión de Nino, cuando Hart introduce la idea de la regla de reconocimiento lo hace:

“Para esclarecer cómo un observador externo identifica las reglas de un sistema y no para explicar cómo razonan los jueces en su aceptación de las mismas”⁵⁹.

Nino disculpa la confusión en la que incurre Dworkin señalando que hay una cierta oscuridad en la obra de Hart que pudo llevar a Dworkin a confundir el punto de vista de un observador externo con el punto de vista interno de un juez. En este sentido escribe Nino que: Hart no pone en claro que la regla de reconocimiento, aun vista externamente como un hecho, no es el criterio de pertenencia que un observador externo usa para identificar las reglas del sistema”; el criterio de pertenencia que presupone sin formularlo explícitamente es -según Nino- el siguiente: una regla pertenece a un sistema cuando la regla de reconocimiento de éste prescribe directa o indirectamente su aplicación.

⁵⁸ En este sentido, -escribe Nino- Dworkin acierta cuando dice que “los juicios de los jueces señalando que tienen el deber de aplicar ciertos estándares presuponen, al menos, en el caso de jueces moralmente responsables, la aceptación de principios que integran una concepción normativa o valorativa cuya validez no está relacionada con el hecho de ser generalmente aceptada en prácticas judiciales [...]. Sin embargo -añade Nino-, es más cuestionable la afirmación de este autor de que “la aceptación de tales concepciones valorativas no conduce en los hechos a la formación de una práctica de reconocimiento, más o menos uniforme: [...] que los jueces no basen sus juicios de deber en una práctica de reconocimiento no impide que haya tal práctica y que la misma no pueda ser tomada en cuenta por un observador externo interesado en determinar qué normas forman parte del sistema jurídico”. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 162-163.

⁵⁹ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 163. En este sentido también Ruiz Manero escribe: “La argumentación de Dworkin en contra de Hart fracasa en cuanto crítica a la doctrina hartiana del deber jurídico pues dicha doctrina es meramente descriptiva y no tiene las pretensiones justificativas que Dworkin le atribuye”. La crítica de Dworkin si estaría justificada si fuera dirigida contra el pseudo positivismo o positivismo ideológico según el cual la vigencia de una determinada práctica fundamenta su justificación moral. Pero Hart no defiende esta postura. Ruiz Manero, op.cit., pág. 171.

En definitiva, que una cuestión es la regla de reconocimiento usada por los jueces (y ésta es una norma genuina que, en cuanto tal, impone deberes) y otra es el criterio teórico de identificación de las reglas del sistema basado en tal regla de reconocimiento y que utiliza el observador externo. En definitiva, que el criterio o regla conceptual empleado por los teóricos del Derecho para el fin cognoscitivo de determinar los límites del sistema jurídico presupone la regla de reconocimiento como norma de conducta aceptada por la judicatura⁶⁰.

Quizá fuera esta oscuridad apunta Nino.⁶¹

“La que llevó a Dworkin a suponer que para Hart el problema de determinar la pertenencia (problema descriptivo) era el mismo problema que los jueces enfrentan cuando tienen que decidir qué reglas deben justificadamente reconocer (problema normativo)”⁶².

Esta confusión, en opinión de Nino descansa a su vez en la presuposición errónea de que los positivistas aceptan un concepto “antipositivista” de Derecho⁶³, es la misma que, llevó también a Dworkin a criticar la tesis positivista acerca de la discreción judicial. Cuando los positivistas señalan que en los casos de discreción judicial se acude a principios extrajurídicos, están operando con un criterio descriptivo de Derecho y se sitúan no como jueces sino como observadores externos (describen el contenido del sistema jurídico y comprueban que las reglas hasta el momento reconocidas no contienen una solución para el caso).

⁶⁰ Ruiz Manero, J., *Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 9, pág. 282.

⁶¹ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 164.

⁶² En este mismo sentido escribe Ruiz Manero que “Una cosa es la norma última del sistema que prescribe a sus órganos de aplicación aplicar las normas que satisfagan determinados criterios y otra cosa -y parasitaria de la anterior- es el criterio conceptual basado en una proposición normativa que describe cuáles son los criterios de validez jurídica contenidos en dicha norma última”. Ruiz Manero, J., “Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales”, 9, pág. 282.

⁶³ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, pág. 164.

1.1.2. Reconstrucción a la tesis de Dworkin.

A pesar de todas las objeciones, Nino considera que la crítica de Dworkin contra el positivismo es susceptible de ser reconstruido de tal forma que constituya un: *"Interesante desafío a las tesis positivistas"*⁶⁴. Nino considera que Dworkin tendría que alterar radicalmente la estrategia de su crítica: en vez de asumir, como parece hacer, que los positivistas aceptan un concepto antipositivista de Derecho, tendría que atacar directamente la definición de Derecho expresamente sostenida por los positivistas como tesis principal. Es decir, tendría que atacar el uso de una definición descriptiva pasando a defender una definición normativa de Derecho como la que está implícita en sus propios argumentos contra el positivismo. Considera Nino que lo que caracteriza al positivismo es el combatir una noción normativa de Derecho como la defendida por Dworkin y por los iusnaturalistas, proponiendo en su lugar un concepto descriptivo cuya aplicación no tiene ninguna implicación acerca de lo que los funcionarios y el público deben hacer en relación con los estándares que tal concepto identifica como Derecho.

De esta forma lo que en opinión de Nino tendría que hacer Dworkin es esgrimir argumentos a favor de la utilización de un concepto normativo de Derecho, no siendo suficiente para ello con que Dworkin señalara que un concepto normativo es el que está vigente en los usos lingüísticos de jueces y abogados⁶⁵, sino que para defender su postura tendría que atacar las razones dadas por los positivistas para preferir una definición descriptiva de Derecho.

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

⁶⁴ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 164.

⁶⁵ Cfr. Hart, *El concepto de Derecho*, op. Cit., pág. 128

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

- a) Dado que la filosofía del Derecho debe ocuparse de reconstruir el aparato conceptual de la ciencia jurídica y como ésta, para ser una verdadera ciencia, ha de ser descriptiva, entonces el concepto de Derecho que la filosofía del Derecho debe caracterizar y reconstruir tiene que ser apropiado para esa función descriptiva de la ciencia jurídica.

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

- 1) Que no parece haber justificación alguna para que la filosofía del Derecho se centre únicamente en el análisis y reconstrucción del aparato conceptual empleado en el trabajo de juristas teóricos descuidando el análisis del discurso práctico de jueces y abogados; en este último tipo de discurso, no es tan urgente la necesidad de contar con un concepto de Derecho puramente descriptivo.
 - 2) Que, además, tampoco se precisa un concepto puramente descriptivo de Derecho en el ámbito de la dogmática jurídica. En efecto, la dogmática no sólo lleva a cabo una actividad meramente descriptiva, sino que cumple también la función de reconstrucción del orden jurídico para adaptarlo a ideales de justicia y de racionalidad (función que, por otra parte -añade Nino-, es conveniente que siga llevando a cabo)⁶⁶.
- b) El segundo argumento defendido por los positivistas en defensa de un concepto descriptivo de Derecho es que una clara distinción entre el Derecho que “es” y el Derecho que “debe ser”, que sólo es posible bajo un concepto de Derecho como el que ellos proponen, implica una serie de ventajas teóricas:

⁶⁶ Cfr. Nino, C.S., *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, ed. Fontamara, México.

- I Es elemental distinguir la realidad de nuestros ideales acerca de cómo esa realidad debería ser y,
- II La confusión de planos lleva no solamente a tener una visión distorsionada de esa realidad, sino, también, a perjudicar la materialización de ideales⁶⁷.

Frente a esto, la réplica que -según Nino- Dworkin podría articular sería que los argumentos que suelen darse en apoyo de una u otra posición, muchas veces, suponen una *petitio principii*: p.ej. el argumento de Hart y de tantos otros positivistas de que hay que distinguir el Derecho que “es” del Derecho que “debe ser” presupone un concepto descriptivo de Derecho, como un conjunto de normas que son de hecho reconocidas. Si se adoptara, en cambio, un concepto valorativo de Derecho, como un conjunto de normas que deben ser reconocidas se podría establecer la misma distinción, pero empleando conceptos diferentes:

“Habría que distinguir entre “lo que es considerado “Derecho” y lo que es “Derecho”, correspondiendo cada término de este segundo par a los términos del primer par en el mismo orden”⁶⁸.

1.2. Concepto Descriptivo vs Concepto Normativo

Hemos tenido ocasión de ver que tras la polémica iusnaturalismo vs positivismo jurídico se encuentra -en opinión de Nino- la supuesta tensión entre un concepto descriptivo y uno normativo de Derecho. La tesis de Nino es que esta tensión se origina por la creencia de que es preciso acuñar un único concepto de Derecho, cuando, en realidad, varios conceptos son necesarios, dependiendo su idoneidad del contexto en el cual hayan de ser utilizados. Con el fin de introducir esta tesis defendida por Nino paso a dar cuenta, por un lado, de las consecuencias que

⁶⁷ Nino, C.S., *Derecho, Moral y política*, op.cit., pág. 25.

⁶⁸ Nino, C.S., *Derecho, Moral y política*, op.cit., pág. 33.

tendría la adopción de uno u otro concepto de Derecho y del análisis crítico que Nino hace de los conceptos de Derecho acuñados por diversos autores que asumen, precisamente, la necesidad de un único concepto de Derecho.

¿Consecuencias teóricas de la adopción de un concepto descriptivo o de un concepto normativo?

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

¿Los enunciados jurídicos expresan razones autónomas para justificar acciones o decisiones?

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

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

¿Puede haber contradicciones y lagunas en el derecho?

Esta cuestión también recibe una respuesta distinta según partamos de un concepto descriptivo de Derecho o de un concepto normativo. En efecto, si asumimos un concepto descriptivo de Derecho, entonces, el sistema jurídico puede ser inconsistente e incompleto: Cuando la existencia y el contenido del Derecho dependen exclusivamente de ciertos hechos, entonces puede darse el caso de que se dicten o se reconozcan de hecho reglas que estipulan soluciones incompatibles o que no establezcan soluciones para ciertos casos.

Sin embargo, si partimos de un concepto normativo, no es posible predicar coherentemente de un sistema jurídico que estipule soluciones contradictorias, ya que esto implicaría sostener que dos reglas inconsistentes deben ser ambas observadas⁶⁹. Por lo que se refiere a las lagunas -escribe Nino-, también estarán excluidas si partimos de un concepto normativo de Derecho.

Efectivamente, la aplicación de ese concepto depende de una concepción valorativa y toda concepción valorativa es potencialmente exhaustiva: no es posible sostener que nuestra concepción valorativa es impotente para dar una respuesta a un caso dudoso.

1.2.1. Concepto Descriptivo de Derecho.

Nino se ocupa de este problema en *La validez del Derecho*, para su análisis parte de la postura de Kelsen y de Raz. Estos dos autores sostienen que la exigencia definicional del positivismo la tesis positivista de que la existencia y contenido de un sistema jurídico pueden ser determinados sin recurrir a consideraciones

⁶⁹ Esto sería lo que -en opinión de Nino- explicaría la resistencia de Kelsen a admitir, en sus principales obras, contradicciones en el Derecho. Véase en este sentido Nino, C.S., *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, op.cit., pág. 21-40.

valorativas o morales puede ser satisfecha también con un concepto normativo de Derecho.

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

La compatibilidad de un concepto normativo de Derecho susceptible de ser utilizado desde el punto de vista interno con la pretensión positivista de determinar la existencia y contenido del Derecho independientemente de consideraciones valorativas vendría dada porque hay un punto de vista interno (los enunciados "desde un punto de vista" o no comprometidos⁷⁰) frente a las normas que implica sólo una aceptación hipotética de ellas y no involucra ningún compromiso moral. Sin embargo, en opinión de Nino, el empleo de este concepto normativo desde el punto de vista que distingue Kelsen -y también Raz- sólo permitiría una identificación hipotética de un sistema jurídico: una identificación categórica exigiría recurrir a argumentos morales para determinar la fuerza obligatoria real de las reglas del sistema⁷¹.

De esta forma, mientras que una identificación categórica precisa un concepto normativo de Derecho, la exigencia definicional del positivismo sólo puede ser satisfecha por una identificación hipotética en la que el observador no asume un compromiso moral con el sistema.

⁷⁰ Raz, J., *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 204-207.

⁷¹ Para Kelsen, señalar que esas son normas jurídicas implica que "*deben ser obedecidas*"; esto, como vemos, es precisamente lo que le diferencia de los positivistas quienes sí diferencian entre "*Derecho que es*" y el "*Derecho que debe ser*".

En definitiva, esto se traduce en el manejo de un concepto puramente descriptivo de Derecho (en él, los enunciados normativos, aparecerán, según la terminología de Hare, como enunciados entrecomillados⁷²).

1.2.1.1. Concepto de Hart

Nino trata de ver si el concepto que Hart pretende caracterizar en su obra es un concepto descriptivo que será empleado en forma directa por un observador externo para dar cuenta de (describir) ciertas reglas sin expresar su adhesión a ellas, o si es un concepto normativo destinado a ser empleado en enunciados internos⁷³. Según escribe nuestro autor, uno de los aportes más valiosos de Hart es su distinción entre enunciados internos y enunciados externos⁷⁴ y el que llamara la atención sobre el hecho de que algunos conceptos jurídicos fundamentales son predominantemente usados en enunciados internos⁷⁵; pues bien, Nino considera que aunque Hart no extendiera explícitamente el mismo tipo de análisis al propio concepto de Derecho, hay ciertos elementos implícitos en su obra, que permiten inferir que considera que la noción vigente de Derecho se usa en forma directa, predominantemente, en enunciados internos⁷⁶.

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

⁷² Hare, *The language of Morals*, Oxford, Clarendon Press.

⁷³ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 178.

⁷⁴ Para algunas precisiones acerca de la terminología participante-observador, punto de vista interno punto de vista externo puede verse Ruiz Miguel, "Derecho y punto de vista moral", *Anuario de Filosofía del Derecho XIV*, pág. 573-574

⁷⁵ Es p.ej. -apunta Nino citando a Hart- el caso del concepto de validez jurídica frente al de eficacia. El primero es utilizado generalmente en enunciados internos mientras que el segundo encaja mejor en enunciados externos. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 177.

⁷⁶ Esto se pone especialmente de manifiesto cuando Hart dice que la forma típica de un enunciado interno es "el Derecho dispone que...", mientras que la expresión natural del punto de vista externo es mediante enunciados de la forma "en Inglaterra reconocen como Derecho", Hart, *El concepto de Derecho*, pág. 128.

que no haga una distinción ulterior que le hubiera llevado a adoptar para definir el significado central de Derecho no cualquier punto de vista interno sino el punto de vista de quien acepta moralmente las reglas del sistema⁷⁷. Dworkin, también atribuye a Hart un concepto normativo de Derecho⁷⁸. Dworkin, como Finnis y Raz, presupone que Hart adopta un concepto de Derecho que:

“Sólo es apropiado para ser empleado en forma directa en enunciados internos”⁷⁹.

Frente a estas opiniones, Nino considera que Hart no caracteriza un concepto de Derecho normativo destinado, en cuanto tal, a ser utilizado en enunciados internos.

En opinión de nuestro autor:

“Si se tuvieran que enunciar brevemente los rasgos fundamentales que, según Hart, caracterizan a un sistema jurídico, habría que decir que se trata de un conjunto de reglas de obligación, cambio y adjudicación cuya aplicación les está prescrita a ciertos jueces por una regla de reconocimiento que ellos mismos aceptan”⁸⁰.

Y éste -señala Nino- es un concepto puramente descriptivo de Derecho que, aunque presupone las actitudes típicas del punto de vista interno, puede ser empleado de forma directa para hacer referencia a ciertos estándares, sin implicar que ellos deban ser obedecidos o reconocidos. Una definición descriptiva de Derecho -continúa Nino- puede, sin embargo, hacer referencia a conceptos no descriptivos que se emplean en el marco de la institución que el concepto de Derecho denota; las expresiones normativas estarían usadas en el sentido que

⁷⁷ Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, pág. 12.

⁷⁸ Véase Dworkin, R., *Taking rights Seriously*, *op.cit.*, pág. 47 y Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 165.

⁷⁹ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 160.

⁸⁰ *Op. cit.*, pág. 180.

Hare llama “entrecorchetados”, que, como es un sentido descriptivo de creencias valorativas de otros⁸¹.

1.2.2. Concepto Normativo de Derecho.

En aquellos contextos en los que se trata de justificar acciones, el empleo de un concepto normativo de Derecho es el que pasará a resultar central. Así en contextos como p.ej. el de la deliberación judicial, se necesita un concepto de Derecho que aluda a la existencia de ciertas razones y no únicamente a la suposición de otra gente de que existen tales razones. La propiedad distintiva en contextos justificativos es la propiedad normativa de que “*la regla o el sistema deben ser reconocidos*”; de ahí la conveniencia de contar con una clase de reglas formadas a partir de esta propiedad⁸².

1.2.2.1. Concepto de Finnis.

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

El punto de vista que Finnis propone tomar a la hora de definir Derecho es el punto de vista del hombre moral o razonable que acepta las reglas del sistema por considerarlas moralmente justificadas. Finnis, en su trabajo *Natural Law and Natural Rights*, ofrece un significado central de Derecho:

⁸¹ Nino, C.S., *La validez del Derecho, op.cit.*, pág. 181.

⁸² Resulta especialmente útil para entender este punto, la caracterización que hace Nino del positivismo ideológico. El positivismo ideológico “*nace -señala nuestro autor- cuando se introduce un concepto descriptivo de Derecho en contextos en los que se formulan enunciados jurídicos para expresar razones justificativas. Se produce así una errónea asociación inmediata entre las propiedades fácticas que el concepto destaca y la propiedad normativa que es relevante para el razonamiento práctico que concluye con una decisión*”. Nino, C.S., *La validez del Derecho, op.cit.*, pág. 188.

“El Derecho es un conjunto de reglas que, entre otras propiedades empíricas, se caracterizan por estar respaldadas por sanciones y reconocidas por ciertas instituciones y que están dirigidas a resolver los problemas de coordinación de la comunidad en aras del bien común de esa comunidad, respetando ciertas exigencias que están adaptadas a la satisfacción de ese bien común”⁸³.

Nos encontramos pues ante una definición parcialmente normativa que, en opinión del propio Finnis, puede ser empleada también en el ámbito de las ciencias sociales.

Además, las propiedades mencionadas pueden darse en diversos grados o estar ausentes del todo, y el término Derecho puede ser igualmente aplicable si, aun estando ausente alguna de las propiedades, se dan algunas de las restantes en alguna medida⁸⁴. De esta forma, Finnis admite que un sistema moralmente aberrante puede ser Derecho. Este autor⁸⁵ escribe que el punto de vista interno al que tanto Hart como Raz dan prioridad no está suficientemente acotado, y tal punto de vista ofrece una posición -en su opinión- inestable e insatisfactoria. Considera Finnis que no es suficiente con que, apartándose acertadamente de Austin y Kelsen, diferencien el punto de vista “interno” o “legal” del punto de vista del hombre que simplemente obedece el Derecho y que lo hace solamente cuando y en la medida en que teme el castigo que seguirá a su desobediencia.

Para Finnis, el que Hart y Raz consideren que el punto de vista “interno” o “legal” es una amalgama de varios puntos de vista diferentes y que la obediencia al sistema pueda fundarse también en consideraciones diferentes -como cálculos de intereses a largo plazo, interés desinteresado en otros, actitud no reflexiva o tradicional, simple deseo de hacer lo que hacen otros-, no es satisfactorio, puesto

⁸³ Finnis, John, *Natural law and natural right*, Oxford Clarendon Press, pág. 279.

⁸⁴ Op. cit., pág. 277.

⁸⁵ Op.cit., pág. 12.

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

En opinión de Finnis:

"Las consideraciones y actitudes a las que hacen referencia Hart y Raz son sólo instancias diluidas del punto de vista práctico que crea y consolida el Derecho en su especificidad como un tipo significativamente diferenciado de orden social; y en cuanto tales, esas actitudes son parasitarias respecto del punto de vista moral"⁸⁶.

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

- 1) El punto de vista interno del "hombre razonable" constituye el punto de vista frente al Derecho más relevante.

Para Finnis:

⁸⁶ Finnis, John, Op. cit., pág. 14.

“Sólo en tal punto de vista es una cuestión de suprema importancia que el Derecho, a diferencia de otras formas de control social, se materialice, y se convierta así en objeto de la descripción del teórico”⁸⁷.

El punto de vista al que Finnis se refiere es el punto de vista del hombre que no sólo apela a la razonabilidad práctica sino que es él mismo razonable, esto es, el hombre que es:

“Coherente; que cuida de todos los aspectos de las oportunidades que se le ofrece a los humanos y a su desarrollo y es conocedor de las limitaciones en la posibilidad de ponderar; que se preocupa por remediar las deficiencias y fallos y que es consciente de sus raíces en varios aspectos de la personalidad y en las condiciones económicas y sociales de la interacción social”⁸⁸.

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

También añade Nino:

“Finnis alega que el teórico, en la elección de cierto material de estudio y en la identificación de ciertos datos, está guiado por valoraciones y por exigencias de razonabilidad práctica”⁸⁹.

⁸⁷ Finnis, J., Op.cit., pág. 15.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ En efecto, Finnis, citando a Max Weber, señala que *“las evaluaciones que lleva a cabo el propio teórico son un componente indispensable y decisivo en la selección o formación de cualquiera de los componentes usados en la descripción de tales aspectos de los asuntos y preocupaciones humanas [...] ¿Significa esto que la ciencia del Derecho descriptiva -“descriptive jurisprudence”- (y ciencia social como un todo) está inevitablemente sujeta a las concepciones y prejuicios de todos y cada uno de los teóricos acerca de lo que es bueno y prácticamente razonable?”*. En palabras de

Pero Nino considera que estos argumentos no resultan del todo plausibles.

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

“Si el interés en materializar un fenómeno que puede ser objeto de atención teórica fuera relevante para la elección del punto de vista desde el cual definir el respectivo concepto, entonces p.ej. la noción de delito debería definirse desde el punto de vista de los delincuentes”⁹⁰.

Esta objeción, sin embargo, será matizada implícitamente en trabajos posteriores en los que Nino señala la importancia del punto de vista interno y de cómo éste ha de ser tenido en cuenta también cuando se ofrece una visión del fenómeno jurídico desde la perspectiva externa del teórico -sociólogo o antropólogo- o, incluso, desde la perspectiva ultraexterna del filósofo del Derecho.⁹¹

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

Finnis “hay una interdependencia mutua aunque nototalmente simétrica entre el proyecto de describir las prácticas humanas a través de una teoría y el proyecto de evaluar opciones humanas, con vistas, al menos de forma remota, a actuar bien y de forma razonable. Las valoraciones de ninguna forma son deducidas a partir de las descripciones pero quien tenga un conocimiento limitado de los hechos acerca de una situación humana es muy difícil que pueda juzgar bien a la hora de discernir las implicaciones prácticas de los valores básicos. De la misma manera, las descripciones no son deducidas a partir de las evaluaciones, pero sin las evaluaciones uno no puede determinar que descripciones son realmente iluminadoras y significantes”. Finniss, J., *Natural Law and Natural Rights*, op.cit., pág. 19.

⁹⁰ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 190.

⁹¹ Cfr. Nino, C.S., *Derecho, Moral y política*, ed. Ariel.

finalidad práctica y no teórica. El tercer argumento que ofrece Finnis hace referencia al argumento corriente de la incidencia de valoraciones en la elección de fenómenos científicamente relevantes:

La respuesta que se da normalmente a este tipo de argumentos, y que es aquí asumida por Nino, es que esas valoraciones no tienen por qué reflejarse en la caracterización de los conceptos teóricos. Lo que, en opinión de Nino, lleva a Finnis a ofrecer estos argumentos en defensa de su concepto de Derecho, es que este autor parte también del presupuesto de que un concepto normativo y un concepto descriptivo de Derecho son excluyentes y que la única forma de defender uno de ellos es descalificando al otro.

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

A partir de estas observaciones a Finnis, Nino concluye que la única forma de satisfacer las finalidades que Finnis pretende satisfacer mediante un concepto gradual y abierto de Derecho es mediante la reconstrucción de varias nociones de Derecho, puesto que un concepto como el que propone Finnis puede resultar poco operativo:

“En el marco de investigaciones sociológicas, antropológicas, etc. parece ser innecesario y perturbador que para identificar ciertas técnicas específicas de control social haya que determinar si ellas contribuyen o contribuían, o no, al bien común (a lo sumo, podría ser relevante la propiedad descriptiva de que los autores o destinatarios de las normas en

cuestión crean que ellas contribuyen al bien común). Por otra parte, en el contexto de la argumentación judicial, en el que se emplea el concepto de Derecho para expresar razones que justifiquen decisiones, puede ser superfluo y equívoco tomar como relevante para la identificación de las reglas jurídicas la propiedad descriptiva constituida por su efectivo reconocimiento judicial”⁹²

1.2.2.2. Concepto de Dworkin.

Ya vimos -a partir de Nino- que Dworkin parte de un concepto normativo de Derecho según el cual éste está compuesto por los estándares que los poderes públicos *deben* (en sentido normativo pleno, esto es, en sentido moral) reconocer e imponer.

“Para Dworkin, afirmar que un estándar es jurídico es enunciar un juicio de valor que implica, para los poderes públicos, el imperativo moral de reconocerlo e imponerlo”⁹³.

Esta tesis acerca del concepto de Derecho, se proyecta sobre el problema de la discreción judicial. Siguiendo a Ruiz Manero:

“Si a un concepto de Derecho como el de Dworkin [...] le añadimos una concepción objetivista de la ética como la también sostenida por Dworkin no hay lugar, evidentemente, para hablar de discreción judicial en sentido fuerte”⁹⁴

⁹² Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 191.

⁹³ Así a diferencia de Dworkin, Hart -señala Ruiz Manero- usa “Derecho” para referirse no a los estándares que los poderes públicos *deben* aplicar sino a los estándares que a estos “les es *requerido*” reconocer e imponer de acuerdo con “algún test comúnmente reconocido”; esto es -señala Ruiz Manero- de acuerdo con la regla de reconocimiento aceptada por la judicatura en su conjunto que estipula los criterios últimos de validez jurídica. Ruiz Manero, J., *Jurisdicción y normas*, op.cit., pág. 196.

⁹⁴ Ruiz Manero, J., *Jurisdicción y normas*, op.cit., pág. 196.

En efecto -según escribe el mencionado autor:

“Afirmar que el juez goza de discreción en sentido fuerte sería tanto como afirmar que el juez es moralmente libre de hacer o no hacer aquello que moralmente debe hacer”⁹⁵.

Si asumimos, pues, el concepto de Derecho de Dworkin y su objetivismo ético, tan solo cabe hablar de discreción en el sentido débil:

“El juez debe utilizar su propio discernimiento para hallar la -única- solución moralmente correcta”⁹⁶.

Esta lectura de Dworkin hecha por Nino y suscrita por Ruiz Manero, deja de lado - como dice el propio Ruiz Manero- elementos presentes en *Taking Rights Seriously*; concretamente, deja de lado el que la noción de Derecho operante en esa obra es “en parte normativa (incluye los estándares que derivan de la mejor teoría valorativa que justifique los estándares institucionalmente reconocidos) y en parte descriptiva (incluye tales estándares independientemente de su justificación)”⁹⁷; pero esta interpretación, a cambio:

“mayor consistencia a la teoría de Dworkin porque el problema fundamental al que pretende responder la misma es el de fundamentar afirmaciones relativas a los deberes que (en sentido normativo pleno, esto es, en sentido moral) tienen los jueces. Y el que un estándar sea, de hecho, institucionalmente reconocido no puede constituir ninguna razón operativa para fundamentar el juicio normativo pleno de que los jueces tienen el deber

⁹⁵ *Ibidem*

⁹⁶ *Ibidem*

⁹⁷ Esta noción en parte normativa y en parte descriptiva de Derecho -escribe Nino- nos ayuda a entender que Dworkin admita en *Taking Rights Seriously* que puede haber, por un lado, estándares injustos que sean Derecho y que, por otro, no todo lo moralmente correcto es Derecho. Sin embargo, esta caracterización -añade nuestro autor- también sugiere la pregunta acerca de si esta mezcla de criterios descriptivos y normativos como parte de un solo concepto es adecuada, o si, en cambio, se requiere la adopción de dos conceptos alternativos de Derecho. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 165.

moral de reconocerlo e imponerlo (salvo que se caiga en el llamado "positivismo ideológico")⁹⁸.

Además, la teoría del Derecho como una valoración comprensiva de las instituciones sociales, en las que el Derecho es entendido como caudal a través del cual afirmar una particular concepción jurídico moral y rechaza el intento de Hart de entender la teoría del Derecho como estudio (descripción) de hechos sociales, ligado a un criterio de verificación al menos en principio insuficientemente riguroso.

"Para Dworkin, considerar justificado un ordenamiento implica considerar que los estándares que lo integran son justificadamente reconocidos como Derecho, esto es, deben ser así reconocidos"⁹⁹.

1.3. Pluralidad de Conceptos

En opinión de nuestro autor, el presupuesto erróneo del que nace la controversia, entre iusnaturalismo y iuspositivismo es la creencia en la necesidad de un solo concepto de Derecho. Abandonar este falso presupuesto permitiría en palabras de Nino:

"Reemplazar buena parte de las preocupaciones tradicionales por la preocupación de determinar cuáles son las exigencias que los distintos conceptos de Derecho deben satisfacer para ser operativos en el tipo de discurso para el que están destinados"¹⁰⁰.

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

⁹⁸ Ruiz Manero, J., *Jurisdicción y normas*, op.cit., pág. 197.

⁹⁹ idem

¹⁰⁰ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 192.

consistentemente por un único concepto. Nino pone como ejemplo dos tipos de problemas¹⁰¹ que permiten poner de manifiesto la conveniencia de una pluralidad de conceptos de Derecho para salvar las dificultades teóricas que no pueden ser satisfechas consistentemente por un único concepto de Derecho: El problema de la divergencia que se produce en la integración de un sistema jurídico según uno tenga en cuenta las normas vigentes (sancionadas y no derogadas de acuerdo con los procedimientos previstos en el propio sistema) o las normas que, según ciertas otras normas vigentes del sistema, los jueces están obligados a aplicar.

Si escogemos la segunda alternativa, según E. Bulygin, tendríamos que incluir normas derogadas pero que los jueces han de aplicar porque se refieren a actos que han de juzgar y que fueron realizados antes de su derogación.

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

Un segundo problema que pone de manifiesto la necesidad de varios conceptos de Derecho -apuntado, en este caso, por Guibourg- es la pregunta acerca del carácter descriptivo o normativo de la ciencia jurídica. Guibourg sostiene que aunque nos situemos en el ámbito conocido como positivismo queda otro problema más por enfrentar que es el de poner el acento en lo empírico o en lo normativo.

¹⁰¹ idem

Si ponemos el acento en lo empírico -dice este autor- construimos una ciencia realista que será útil al sociólogo o al antropólogo, pero incapaz de proveer bases para las argumentaciones que constituyen la profesión de abogado.

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

Pues bien, si elegimos como propiedad relevante el efectivo reconocimiento judicial y, por lo tanto, partimos de un concepto de Derecho que resulte interesante para los sociólogos- deberíamos incluir como parte del sistema a normas contradictorias con normas superiores pero efectivamente aplicadas, al tiempo que excluiríamos normas que, a pesar de estar dictadas de acuerdo con lo dispuesto por otras normas del sistema, no son generalmente aplicadas. Esto, sin embargo:

“Resultará perturbador para un abogado que necesita un concepto que ofrezca distinciones no incluyendo el primer tipo de normas pero sí el segundo. Si tomamos como propiedad relevante -al menos para las normas derivadas- el que estén dictadas y no derogadas de acuerdo con lo prescrito por normas superiores tendremos una noción de Derecho satisfactoria para el abogado pero inoperante para el sociólogo (puesto que le proporcionará una imagen distorsionada de la realidad que se propone describir)”¹⁰².

La conclusión a la que llega Nino es que si partimos de que el concepto de Derecho surge de estipulaciones y prácticas que tienen en cuenta las necesidades del discurso en el que ese concepto se emplea, entonces inmediatamente constatamos que puede haber una pluralidad de conceptos -aunque probablemente relacionados entre sí.- La aceptación de este relativismo

¹⁰² Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 193.

conceptual, en opinión de nuestro autor, nos permitirá satisfacer las necesidades de los discursos “de la heterogénea clientela” de la filosofía del Derecho: el de los abogados y jueces, el de los juristas teóricos, el de los antropólogos, sociólogos e historiadores, el de los economistas, el de los políticos, el de los politólogos y el de los filósofos políticos y morales. Y, precisamente, como algunos de los mencionados discursos parecen ser teóricos y especulativos, otros teóricos pero con implicaciones prácticas, otros puramente prácticos, entonces escribe Nino:

“Cuando nos planteamos la cuestión acerca del concepto de Derecho y tratamos de acuñar los distintos conceptos tendremos que atender al tipo y fines del discurso para el cual estamos reconstruyendo el concepto de Derecho en cuestión”¹⁰³.

Desde una postura convencionalista escribe nuestro autor:

“Aceptaremos la posibilidad de una pluralidad en teoría indefinida de conceptos o definiciones de Derecho y de nociones relacionadas, evaluaremos esos conceptos de acuerdo a las finalidades y necesidades del contexto de discurso de que se trate y, además, a diferencia de lo que sucede en la práctica vigente en la que se desarrollan esquemas conceptuales sin tener en cuenta ninguna teoría jurídica particular, podremos conectar la tarea de elucidación conceptual con la tarea de discutir tales cuestiones sustantivas puesto que las distinciones conceptuales que sean relevantes vienen determinadas por ciertas hipótesis, principios o teorías de carácter sustantivo”¹⁰⁴.

Teniendo en cuenta, pues, todas estas consideraciones con las que nuestro autor trata de poner fin a la polémica en torno al concepto de Derecho, la conclusión a la que llegamos es que en los diversos contextos del discurso jurídico se usan

¹⁰³ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 42.

¹⁰⁴ Op. cit., pág. 35.

distintos conceptos de Derecho. Tales conceptos son de diversos tipos: Algunos de tales conceptos son puramente descriptivos, otros normativos y otros de naturaleza mixta. En su trabajo *Derecho, Moral y Política*, Nino da cuenta de algunos de ellos.¹⁰⁵

Conceptos Descriptivos

Concepto descriptivo realista de Derecho.

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

Concepto descriptivo sistemático de Derecho.

Este concepto denota no sólo aquellos estándares identificados por un criterio como el anterior, sino, también, aquellos que son consecuencia de los primeros. Autores como Alchourrón y Bulygin preocupados por mostrar las relaciones lógicas entre normas propician -apunta Nino- esta noción de Derecho.

Concepto descriptivo institucional de Derecho.

Este concepto de Derecho es más restringido que el primero, alude sólo a aquellos estándares que son de hecho reconocidos por los órganos primarios por la razón de que fueron prescritos por una cierta autoridad o fuente. Esto es, esta noción de Derecho no denota todos los estándares que los jueces y otros órganos

¹⁰⁵ Nino, C.S., *Derecho, moral y Política*, op.cit., pág. 36.

primarios reconocen en sus decisiones, sino sólo aquellos que lo son por el hecho de derivar de cierta fuente a la que se le asigna autoridad¹⁰⁶.

Este concepto -añade Nino- puede restringirse aún más si se le agrega la cláusula de que los estándares que forman parte del Derecho son aquellos reconocidos por los órganos primarios por el hecho de considerar que están obligados a aplicarlos por haber sido prescritos por una autoridad. (Bajo este concepto quedarían excluidos ciertos estándares que si bien están dictados por cierta autoridad, los jueces no se consideran obligados a aplicarlos). Quedarían dentro de este último tipo restringido de Derecho, los conceptos propuestos por Hart y por Raz en algunas de sus obras¹⁰⁷.

Conceptos Normativos:

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

Concepto de lege ferenda.

Según este concepto, el Derecho está formado por todos aquellos estándares que deben ser reconocidos en el empleo del monopolio de la cuasi-coacción estatal. Este concepto no discrimina entre los órganos que deben reconocer los estándares que son identificados como jurídicos.

¹⁰⁶ Sería el caso del legislador, los precedentes, las costumbres, pero no p.ej. de los "principios" que los jueces pueden considerar válidos sin importar que alguna autoridad los haya o no prescrito. Nino, C.S., *Derecho, moral y política, op.cit.*, pág. 37.

¹⁰⁷ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política, op.cit.*, pág. 37.

Concepto normativo judicial amplio.

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

Concepto normativo judicial restringido

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

Concepto mixto de Derecho.

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

Concepto normativo hipotético.

El Derecho está integrado por aquellos estándares que son hipotéticamente válidos y que, en consecuencia, deben hipotéticamente ser aplicados en el empleo de la coacción estatal, por haber sido prescritos por fuentes que se supone autorizadas para hacerlo. Esta caracterización se aproxima a la de Kelsen. El recurso a una norma básica evita que el empleo de este concepto para identificar al Derecho conduzca a la adopción de normas extrajurídicas, sobre todo de índole moral, gracias al carácter hipotético con que tal norma básica es aceptada por los juristas teóricos.

Por último, aunque todos los conceptos de Derecho distinguidos (tanto descriptivos como normativos) parecen incluir el concepto de norma jurídica como proposición deóntica -ya que aluden a estándares prescritos o reconocidos-, esto nos dice Nino:

“No es exactamente así. Cuando se actualiza un concepto descriptivo de Derecho se asegura la existencia de normas, pero en el sentido de prescripciones, textos o prácticas, por más que se identifiquen por las proposiciones normativas cuya mención constituye el contenido significativo de tales prescripciones, textos o prácticas; y sólo los conceptos normativos de Derecho parecen hacer referencia a normas entendidas como proposiciones deónticas, ya que presuponen condiciones de existencia apropiadas a tales proposiciones, tal es: que debe hacerse lo que ellas estipulan”¹⁰⁸.

Según nuestro autor pues -y de ahí su referencia a las condiciones de existencia de las proposiciones normativas- para que una proposición deóntica exista -y, si interpreto bien a Nino, aquí existencia equivale a validez- es preciso que se presuponga su condición de existencia -o validez- esto es, que debe hacerse lo que ellas estipulan.

La pregunta acerca de si existe una relación conceptual entre Derecho y moral, núcleo -según Nino- del debate iuspositivismo versus iusnaturalismo, no tiene una única respuesta. Hay conceptos de Derecho que remiten necesariamente a estándares extrajurídicos que, bajo ciertas condiciones, pueden ser considerados morales. Hay otros conceptos que sólo designan propiedades de hecho y que no remiten a principios morales. No hay una respuesta *a priori* sobre la relación conceptual entre Derecho y moral. Esta dependerá del concepto de Derecho del que hablemos en cada momento.

¹⁰⁸ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, *op.cit.*, pág. 40-41.

Objeción y Replica

Carrió rechaza que el concepto de Derecho manejado por los positivistas sea un concepto que sólo pueda ser utilizado en contextos no justificativos. Según esto, el intento conciliador de Nino fallaría puesto que positivistas y iusnaturalistas lo que disputan es cuál es el concepto de Derecho apto para reconstruir la esfera del razonamiento jurídico justificativo; ámbito que es, precisamente, el que Nino niega al concepto de Derecho positivista. Por su parte, lo que denuncia Ruiz Miguel es que pese a que Nino da buena cuenta de la necesidad de distintos conceptos de Derecho, él, sin embargo, acaba por hacer, sin advertirlo, una Teoría del Derecho, no neutral, es decir, más apegado a Dworkin que a Hart.

En la reconstrucción que hace Nino de la tradicional polémica entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo, el núcleo del debate se debería a un falso presupuesto que consiste en la creencia *-fundamentada en un cierto esencialismo lingüístico-* en la necesidad de manejar un único concepto de Derecho (descriptivo en el caso del positivismo y normativo en el caso del iuspositivismo). Frente a esto, la postura defendida por Nino *-y que reconciliaría a las anteriores-* consiste en sostener que, dependiendo del tipo de discurso, precisaremos un concepto descriptivo o uno normativo puesto que cada uno de estos conceptos cumple funciones distintas. Carrió¹⁰⁹, sin embargo, considera que el intento conciliador de Nino no resulta exitoso puesto que parte de adjudicar al positivismo un concepto descriptivo de Derecho que, en opinión de Carrió, no haría justicia al concepto acuñado por los positivistas.

En opinión de Carrió, el concepto de Derecho positivista cumple funciones que Nino le niega.

¹⁰⁹ Carrió, Genaro, *Un intento de superación de la controversia entre positivistas y iusnaturalistas. Réplica a Carlos S.Nino*, en *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, ed. Abeledo-Perrot, 4ªed., pag. 375-401

Estas funciones serían, según Carrió, las siguientes:

- a) Permite identificar prescripciones que, en cuanto tales, dan lugar a genuinos deberes¹¹⁰, con independencia de cualquier valoración moral.
- b) Los defensores de un concepto descriptivo de Derecho, sin renunciar a su actitud positivista, están perfectamente habilitados para usar las reglas del sistema jurídico para -como es el caso del juez- justificar acciones y decisiones.

En opinión de Carrió, no es correcto afirmar que el punto de vista desde el cual los sostenedores de la actitud positivista proporcionan su definición de Derecho es el del observador “externo” y, además, señala que “un juez positivista está en mejores condiciones que un juez iusnaturalista para participar correctamente del “juego” del Derecho, ya que este último, usando una definición normativa, reemplazaría las reglas del sistema por sus criterios subjetivos de justicia”, mientras que el juez positivista desempeñará su función aplicando las reglas públicas del Derecho positivo y no las pautas que pueda extraer de sus principios morales; un juez positivista actuará, pues, como un juez de Derecho¹¹¹.

- c) Es incorrecto suponer que un deber jurídico sea un deber “entre comillas” entendiendo por esto que tal deber no es un deber genuino por carecer de fuerza normativa.

“Un juez de un orden jurídico positivo normalmente justifica sus decisiones en las normas del sistema, identificadas con arreglo a los criterios de identificación vigentes en el mismo. Si en lugar de proceder así optara por fundar sus pronunciamientos en una concepción acerca de cuáles son los

¹¹⁰ Carrió reivindica frente a Nino que el lenguaje normativo no se reduce al ámbito de la moral ideal (sino que también tiene vigencia en instituciones como el Derecho positivo, la moral positiva, etc). *Op. cit.*, pág. 393-395.

¹¹¹ *Op. cit.*, pág. 392-393.

*estándares que el Estado debe, por razones morales, reconocer e imponer, y si, para simplificar el modelo, procediera de ese modo de manera explícita, sus decisiones serían dura y justificadamente criticadas*¹¹².

Esto demostraría en opinión de Carrió:

*“Que los estándares identificados mediante criterios positivistas tienen fuerza justificativa y que los jueces deben aplicarlos; aunque, en su opinión, esto no significa que pudiera considerarse suficiente el criterio según el cual sólo se acuerda fuerza justificativa plena a aquellos estándares que han sido y son reconocidos como obligatorios, sino que, quizá, hiciera falta atribuir tal fuerza también a los estándares que tienen una intrínseca jerarquía o dignidad”*¹¹³.

- d) La ciencia del Derecho precisa de un concepto descriptivo de Derecho para poder identificar las lagunas, contradicciones, ambigüedades, etc como paso previo a su superación; aunque, además, para superar lagunas, contradicciones y ambigüedades es importante contar con una concepción coherente sobre el tipo de normas que deberían existir.

En opinión de Carrió, aquí no hay que tomar sólo en cuenta principios morales ideales sino también las reglas y valoraciones de la moral positiva de la comunidad.

- e) Carrió no comparte la opinión de Nino de que la distinción entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser sea equivalente a la distinción entre “lo que es considerado Derecho” y “lo que es, realmente, Derecho” (o sea el conjunto de estándares que los jueces tienen el deber moral de reconocer y aplicar). Según Carrió, esta segunda distinción no permite criticar las decisiones de los jueces

¹¹² Carrió, *op.cit.*, pág. 395.

¹¹³ Esta afirmación de Carrió, parece trazar la postura que luego ha sido conocida como positivismo inclusivo.

y funcionarios, ni permite criticar el Derecho existente por no reflejar la moral comunitaria, ya que tanto lo que es considerado Derecho como lo que es realmente Derecho estarán integrados por apreciaciones éticas subjetivas del crítico de turno¹¹⁴.

- f) El intento de conciliación de Nino asigna al positivismo un concepto de Derecho no normativo que, por lo demás, no es el que defienden sus principales representantes (Kelsen, Hart).

De nuevo, en palabras de Carrió:

“El actor a quien Nino adjudica el modesto papel que, según su modo de ver, cabe desempeñar al positivismo jurídico, no es el mismo que hoy protagoniza la polémica contra las distintas formas de reacción antipositivista”¹¹⁵

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

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

Según Nino:

¹¹⁴ Carrió, *op. cit.*, pág. 398-400.

¹¹⁵ *op. cit.*, pág. 401.

“Esas prescripciones consisten en el hecho de la formulación de ciertos juicios deónticos con la intención de que tal formulación sea relevante para las razones (morales o prudenciales) de los destinatarios a favor de la conducta prescrita. No todo juicio deóntico es una prescripción. Sólo lo es cuando él se independiza de sus posibles razones subyacentes ya que su misma formulación está dirigida a integrar ciertas razones”¹¹⁶

Pero -y esto es lo relevante- el concepto positivista no puede ser usado en esas mismas prescripciones, sino que sólo permite identificarlas. En efecto, según señala Nino, cuando, usando el concepto positivista, se dice, por ejemplo, “el Derecho dispone que el homicidio es punible”, este enunciado no es en sí mismo una prescripción.

b) Un enunciado como el anterior que emplea de forma directa (o sea, no a través de la mención de creencias de otros) el concepto positivista de Derecho “describe un hecho, o un complejo de hechos, y es verdadero o falso según ese hecho se dé o no en la realidad”¹¹⁷

Este enunciado -según Nino- debe ser interpretado de la siguiente forma: “Entre los jueces del grupo X existe una práctica (o sea un conjunto de conductas repetidas, de creencias y actitudes críticas frente a desviaciones) que incluye la aplicación regular de las directivas emitidas por el órgano O, y actitudes críticas frente a quienes no lo hacen; este órgano O formuló la directiva “el homicidio debe ser penado”. Estos enunciados se limitan a describir hechos. Su formulación por parte de alguien no compromete a ninguna acción ni actitud.

El uso de la palabra “deber” en el segundo enunciado analizado es “entrecorillado”, en el sentido de que describe el hecho de la aceptación de una prescripción que emplea el concepto normativo de deber¹¹⁸. La tesis defendida por

¹¹⁶ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 212.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 212-213.

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

c) Pero estos enunciados descriptivos que emplean en forma directa el concepto positivista de Derecho no expresan -en opinión de Nino- razones para justificar acciones o decisiones.

Esto es obvio -explica Nino- porque un enunciado sólo expresa una razón para actuar si de él se infiere un juicio deóntico o práctico que califique como debida la acción o decisión en cuestión, y de un juicio descriptivo no se puede inferir tal juicio de deber. De la descripción de la vigencia de una regla no se puede, sin más, derivar razones para hacer lo que la regla prescribe. Nino asume las palabras de Richard cuando este autor señala que:

"Uno puede estar de acuerdo en que una conducta está prescrita por una regla social y sostener, sin embargo, que ello no debe ejercitarse y que esto es consecuencia del hecho de que las reglas sociales, a diferencia de los principios de racionalidad y moralidad, no implican la existencia de razones, sino la suposición por parte de cierta gente de que existen razones para actuar"¹¹⁹

¹¹⁹ Richard, D., *A Theory of Reasons for Action*, Oxford, pág. 24.

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

d) Nino analiza el caso de quienes, como los jueces, por un lado, formulan típicamente enunciados del tipo “el Derecho dispone que matar es punible” y, por otro, usan ese tipo de enunciados para justificar decisiones. Tales juicios no son prescripciones, pues parecen presuponer ciertas razones y su formulación no parece estar dirigida a incidir en las razones de sus destinatarios (cosa distinta ocurre con el resultado del fallo), pero tampoco parece tratarse de enunciados puramente descriptivos, ya que expresan razones para justificar decisiones, o sea permiten inferir juicios deónticos o de deber ser.

El juicio; “El Derecho prohíbe matar” deriva de dos premisas: una descriptiva describe lo que cierta autoridad ha dispuesto (en este caso, prohibido matar) y una normativa que reviste de esa autoridad a un individuo o costumbre social, esto es, da validez a sus directivas (“debe hacerse lo que el Derecho dispone”). De esta forma, para que un juicio del tipo “el Derecho dispone que el homicidio es punible” exprese razones justificativas cuando es formulado en el contexto judicial es preciso asumir -según el análisis de Nino- Que él deriva de un juicio que da autoridad al autor de ciertas prescripciones, asignando, por lo tanto, validez a éstas, y que es aceptado categóricamente y no como una mera hipótesis de trabajo. Tal juicio es un juicio moral:

“Esto es, se trata de un juicio que provee una justificación final cuya validez no depende de los dictados de alguna autoridad y que tiene un carácter universal general y superviniente”¹²⁰.

¹²⁰ Los rasgos que los principios morales tienen en la concepción de Nino son: publicidad, generalidad, supervinencia y universalidad. Con el rasgo de supervinencia Nino se refiere a que “las propiedades y relaciones que determinan los casos relevantes deben ser de índole fáctica, de

Lo que sucede, escribe Nino, es que tanto Carrió como otros autores se niegan a integrar un juicio semejante en un mismo sistema con el resto de los principios morales. Para ellos ese juicio justificativo básico de las prescripciones positivas no debe ser confundido con aquellos principios morales y debe ser distinguido como un juicio estrictamente jurídico. Según escribe Nino:

“La razón por la cual Carrió distingue ese juicio de los principios morales es porque este autor supone que hay ciertos roles como el del juez que están sometidos, necesariamente, al principio que otorga validez al orden coactivo y que excluyen la consideración de otros principios justificativos”¹²¹.

Según Nino, sin embargo, este principio ha de ser integrado entre los principios morales¹²². En este sentido, escribe nuestro autor que el propio Carrió cuando sostiene que en el diseño del Derecho que debería ser se tienen que tomar en cuenta no sólo principios morales ideales sino también valoraciones de la moral positiva está formulando también un juicio perteneciente a una moral ideal. Pero Nino considera infundado el temor de que si se reconoce que la aceptación de las normas jurídicas se apoya en razones morales, entonces el juez se decidirá a aplicar o no aplicar cada norma sobre la base de la adecuación valorativa de su contenido. Las razones morales de seguridad en que se funda este temor:

modo que las circunstancias que condicionan las diferentes soluciones normativas sean susceptibles de verificación por parte de todos; de ahí que los principios morales sean supervinientes respecto de circunstancias de hecho”. Nino, C.S. *Ética y derechos humanos*, ed. Ariel, pág. 110.

¹²¹ Este parece ser el caso del positivismo ideológico.

¹²² Entre otras razones porque: 1) comparte con estos una serie de propiedades formales; 2) sólo en un sentido muy restringido de “moral” habría una cesura entre las materias que tratan los principios de esta índole y la que trata el principio de validez jurídica; 3) cuando se dice que los jueces deben restringirse a aplicar las prescripciones positivas sin valorar su contenido según principios morales se está formulando un juicio valorativo o moral basado p.ej. en el valor moral del juramento judicial o en los beneficios para la sociedad de un poder judicial autolimitado; 4) resultaría muy extraño que nuestro razonamiento práctico se haya desarrollado de tal modo que incluya razones justificativas de carácter tan distinto que cuando están en conflicto no haya forma de decidir entre ellas: esta integración supone que el principio que dé validez (moral) a las normas positivas por su origen puede sufrir limitaciones o excepciones sobre la base de principios morales que valoran las prescripciones por su contenido. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 218-219.

"Hacen que sea moralmente debido aceptar una norma moderadamente injusta cuando su origen es legítimo desde el punto de vista moral"¹²³.

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

e) Si este tipo de juicios -Nino denomina de adhesión normativa- emplea en forma directa un concepto normativo de Derecho, es razonable -en opinión de nuestro autor- suponer que es este concepto el que le da al enunciado el carácter normativo que lo habilita para poseer la fuerza justificativa transmitida por el principio moral del cual deriva. Cuando decimos: "*el Derecho dispone que*", estamos utilizando un concepto normativo de Derecho; ahí Derecho quiere decir que lo ha dictado la autoridad moralmente legitimada.

Este concepto normativo de Derecho que identifica estándares con validez o fuerza obligatoria moral es semejante al que los iusnaturalistas propugnan. Pero -matiza Nino- un juez o un jurista, cuando reformula el ordenamiento jurídico, no necesita emplear la expresión "Derecho" en la formulación de sus juicios de adhesión normativa. Puede emplear el término "Derecho" en la formulación de las premisas descriptivas de su razonamiento normativo (aludiendo a las premisas efectivamente reconocidas) y expresar, en cambio, los juicios de adhesión normativa que son condición de ese razonamiento por medio de otra expresión como p.ej. "Derecho válido". Así pues, sostiene Nino:

¹²³ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, pág. 220.

“Contrariamente a la tesis que me atribuye Carrió, un juez o un jurista pueden realizar su tarea normativa manteniéndose fiel a la actitud positivista de emplear un concepto descriptivo de Derecho”¹²⁴

- f) Pero, por otro lado, si el juez o jurista deciden emplear un concepto normativo de Derecho, no enfrentarán por ello ninguna desventaja, ya que los enunciados que emplean un concepto son traducibles a enunciados que emplean otro.

Según Nino, no parece ser cierto que el empleo de un concepto normativo de Derecho impida la crítica de los jueces que no aplican el Derecho existente. Si por Derecho existente entendemos: Lo que la mayoría de los órganos que tienen acceso al aparato coactivo estatal considera que es Derecho o sea lo que la mayoría cree que son estándares que deben moralmente aplicar en sus decisiones.

Entonces, podemos, a partir de esta descripción, criticar al juez que se desvíe de esa práctica mayoritaria (de la misma forma -dice Nino- que podremos criticar, si fuera el caso, a la mayoría de los jueces por apartarse de las convicciones de la moral positiva, como sugiere Carrió). También -añade Nino- podemos detectar las lagunas, contradicciones e imprecisiones en lo que los jueces consideran Derecho, o sea los estándares que ellos creen que deben aplicar.

Nino pues considera que las objeciones de Carrió no derriban su tesis acerca de que la distinción entre el positivismo y el iusnaturalismo parece reducirse meramente a la cuestión de si la expresión “Derecho” debe usarse en una premisa descriptiva del razonamiento de jueces y juristas o en una conclusión normativa y de que, siendo así las cosas, la polémica puede cerrarse asignando a cada concepto de Derecho un campo de aplicabilidad diferente¹²⁵. Sin embargo, el análisis de Nino implica profundizar en el marco conceptual de los puntos de vista

¹²⁴ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 221.

¹²⁵ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, pág. 221.

o perspectivas en relación con el Derecho aportando con ello un mapa que ha permitido iluminar mejor análisis posteriores, la intervención de Carrió pone de manifiesto que el núcleo del debate entre los iuspositivistas y los iusnaturalistas no era un problema puramente conceptual que pudiera ser solucionado, meramente, con el instrumental analítico.

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

Y es, en última instancia, la polémica entre quienes a partir de lo anterior defienden la tesis -normativa- de la unidad del razonamiento práctico o bien se oponen a ella. Nino defiende que existe una conexión justificativa esencial del Derecho con la moral, no aludiendo sólo a la primacía lógica del punto de vista interno que ha de ser tenido en cuenta al describir el fenómeno jurídico, sino que Nino va más allá y acepta, normativamente, la conexión entre Derecho y moral el modo en que Nino hace esto, señala Ruiz Miguel:

“Es ilustrativo del cambio de perspectiva que se opera cuando se pasa desde la descripción del Derecho como conceptual o lógicamente

*conectado con la moral, a la propuesta normativa de identificar al Derecho en conexión con la moral.*¹²⁶

Así, apunta Ruiz Miguel que Nino no sólo reconoce descriptivamente la conexión entre Derecho y moral, sino que señala que el Derecho sólo tiene fuerza justificativa cuando se presenta unido a la moral; y toma, además, posición por determinados criterios morales sustantivos que le llevan a descalificar como Derecho a sistemas normativos procedentes de países no democráticos. En opinión de Ruiz Miguel, el desarrollo de la teoría nineana colocaría a ésta en una posición más cercana a una teoría del Derecho como la de Dworkin que a una como la de Hart. Es una teoría del Derecho interesada en la dimensión argumentativa -o justificativa- del Derecho y, por lo tanto, en la perspectiva del participante.

A Nino le interesa hacer una teoría del Derecho normativa; y es así como ha de ser entendida su reflexión acerca de las normas *de facto* y el problema acerca de la validez jurídica. Así, una cosa es apuntar que según el interés que persigamos en la identificación del Derecho, precisaremos un concepto u otro de Derecho, (aquí es donde Nino articula su tesis de la pluralidad de conceptos de Derecho) y otra, optar por la perspectiva que resulta adecuada a los fines del teórico.

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

¹²⁶ Ruiz Miguel, A., *op. cit.*, pág. 584.

Capítulo II

De las Normas Jurídicas como Razones para Actuar

Las Normas Jurídicas no reúnen las condiciones necesarias para ser consideradas razones concluyentes, "razones para la acción de carácter primario"...
... El razonamiento Jurídico parte del mas amplio y complejo discurso práctico general que está encaminado a determinar las razones morales de la acción, o lo que es lo mismo, razones que pueden ser consideradas autónomamente y que se caracterizan por las propiedades de universalidad, generalidad, finalidad, etc.¹²⁷

Carlos Santiago Nino

2.1. La Normatividad como vía de Conexión entre Derecho y Moral

La pregunta acerca de qué son las normas jurídicas y de cuál es su papel en el razonamiento práctico nos traslada al marco del debate acerca de la normatividad del Derecho, en los términos en los que, desde Hart, tiene lugar en la filosofía del Derecho. En efecto, nos hace pensar en toda una serie de problemas que se discuten dentro de ese debate en un intento por armonizar dos consideraciones en relación con el fenómeno jurídico. De un lado, el Derecho como una institución social (como un conjunto de hechos sociales complejos) que puede ser observada y descrita desde un punto de vista valorativamente neutro.

De otro, el Derecho, o más exactamente, las normas jurídicas como razones para la acción en un razonamiento jurídico justificativo; esto es, en una deliberación dirigida a valorar o justificar acciones y decisiones que afectan intereses ajenos.

¹²⁷ Nino, *Positivism and Communitarianism: Between Human Rights and Democracy*, en *Ratio Juris* vol. 7, 1994, p. 31

Pero, además, la pregunta acerca de la normatividad del Derecho nos traslada a su vez a otro debate: El que existe acerca del principio de unidad del razonamiento práctico (en la versión según la cual las razones últimas son razones morales o valores morales¹²⁸) o, por decirlo utilizando una expresión de Nino, la tesis del "imperialismo del discurso moral"¹²⁹.

La pregunta acerca de las normas jurídicas y de su papel en el razonamiento práctico es definida por Nino como el tema central de la Filosofía del Derecho.¹³⁰

¿Las normas jurídicas constituyen razones autónomas -es decir, distintas de las razones morales- para justificar acciones y decisiones? ¿Es el discurso jurídico justificativo un discurso independiente del discurso moral general o debemos, por el contrario, mantener la tesis de la unidad del razonamiento práctico? Como es sabido, la tradición positivista sostiene dos tesis:

- La tesis de las fuentes sociales del Derecho (atendiendo a la cual, la determinación de la existencia y el contenido del Derecho es exclusivamente una cuestión de hechos sociales complejos para la que no es necesario acudir a ninguna clase de consideraciones morales) y;
- La tesis de la falibilidad moral del Derecho (es decir, que una norma forme parte del Derecho no implica que tenga que haber razones morales para actuar de acuerdo con ella).

¹²⁸ Cuando se habla de los valores o razones morales como razones últimas, no es ésta una pura cuestión definicional según la cual las razones que aparecen como razones últimas en la escala de preferencias de un individuo se denominan razones morales esto dejaría vacío el concepto de razones morales. Dicho a muy grandes rasgos, lo que en nuestra práctica discursiva recibe el nombre de razones morales son consideraciones que, llevadas a cabo desde un punto de vista imparcial, se formulan con pretensión de universalidad. Nino, *Ética y derechos humanos*, ed. Ariel.

¹²⁹ Nino, *Derecho, moral y política*, ed. Ariel.

¹³⁰ Nino, *La validez del Derecho*, ed. Astrea, pág. 125.

El positivismo deslinda el Derecho que es del Derecho que debe ser. Pero, y tomamos aquí las palabras de Bayón, el problema surge cuando, posteriormente, se afirma que el Derecho que “es” debe (jurídica, no moralmente) ser aplicado:

“Si los enunciados a través de los que se identifica lo que el Derecho dispone son puramente descriptivos, entonces tenemos que preguntarnos cómo es posible construir con ellos un razonamiento práctico justificativo, cómo es posible llegar a una conclusión que entrañe una determinada actitud práctica si ésta no aparece en alguna de las premisas del razonamiento. Si, por el contrario, consideramos que los enunciados acerca de lo que el Derecho dispone son enunciados prácticos y no meramente descriptivos y, por lo tanto, nos permiten articular un razonamiento práctico, entonces, es preciso aclarar cómo puede extraerse ese tipo de premisas, que entrañan actitudes prácticas, a partir de hechos de índole social; una categoría que pertenece al mundo del ser”¹³¹.

La solución a este problema la avanzó Hart en *El concepto de Derecho*. Desde Hart, entender los enunciados prácticos como enunciados que pueden ser reducidos a enunciados descriptivos de ciertos tipos de hechos (tales como la emisión de un mandato por parte de alguien, la probabilidad de sufrir una sanción si se realiza una acción diferente a la prescrita en el mandato, que los tribunales dicten una determinada decisión, o el experimentar una cierta sensación psicológica de constricción) significa ignorar la cuestión acerca del carácter justificativo o práctico que tienen tales enunciados cuando son utilizados o formulados por los participantes de la institución¹³². Hart señaló que hay una clase de enunciados jurídicos que no pueden ser adecuadamente explicados como enunciados descriptivos de alguna clase de hechos, sino que son enunciados que expresan juicios prácticos o genuinamente normativos con los que se manifiesta la

¹³¹ Bayón, J.C., *op.cit.*, pág. 19.

¹³² Bayón, J.C., *op.cit.*, pág. 20.

aceptación de una norma y se hace uso de ella como criterio de evaluación de conductas.

Son los enunciados internos, es decir, aquellos formulados por quienes adoptan un punto de vista práctico en relación con el Derecho. Frente a ellos, los enunciados externos son puramente descriptivos y son los formulados por los observadores que no adoptan el anterior punto de vista, sino que se limitan a constatar desde fuera una serie de regularidades de conducta. Pues bien, recogiendo junto a las categorías trazadas por Hart, las observaciones de sus críticos (Raz, MacCormick), podemos distinguir varios puntos de vista en relación con el fenómeno jurídico:

- 1 El punto de vista externo extremo que se limita a registrar regularidades de conducta;
- 2 Un punto de vista extremo moderado, que es el propio de quienes no se limitan a registrar regularidades de conducta y reacciones críticas sino que entienden que los agentes cuyo comportamiento se observa aceptan ciertas reglas como criterios de evaluación y realizan aquellas conductas en tanto que requeridas por dichas reglas o manifiestan aquellas reacciones críticas en tanto que justificadas por ellas (sin necesidad de que el observador las acepte a su vez);
- 3 Los denominados por Raz “imparciales o no comprometidos”: son aquellos que hacen uso del lenguaje normativo y que el hablante formula desde el punto de vista de quien verdaderamente acepta la regla, pero sin que sea necesario que él, por su parte, la acepte.

Así, -y creemos que esto es lo que los distinguiría conceptualmente de los enunciados denominados “*desde un punto de vista extremo moderado*” al menos si limitamos el uso de estos- los enunciados imparciales o no comprometidos no son meramente enunciados acerca de los hechos complejos de que otros

individuos aceptan reglas y actúan guiados por ellas, sino formulados desde el punto de vista (en el que el hablante se sitúa sólo hipotéticamente; es decir, sin comprometerse con él o hacerlo suyo) de aquéllos que aceptan las reglas. Este tipo de enunciados, los enunciados imparciales o no comprometidos, serían formalmente normativos, pero cumplirían una función "*descriptiva-informativa*". La tesis que Nino defiende es que todos estos enunciados (tanto los externos como los imparciales o no comprometidos) son parasitarios o conceptualmente dependientes respecto a los correspondientes.

4 Enunciados comprometidos.

Es ésta la tesis de Nino acerca de la primacía lógica del punto de vista interno que este autor, además, defiende en relación con toda la praxis humana¹³³: si no hay sujetos que adopten el punto de vista interno hacia el *item* práctico en cuestión, no hay fenómeno que pueda ser observado desde la perspectiva externa. Además, cuando nos preguntamos acerca de la cuestión de si las normas jurídicas son o no razones autónomas para la justificación de acciones y decisiones, es en este último tipo de enunciados -los enunciados jurídicos comprometidos- en los que debemos centrar nuestra atención.

Así, las premisas que, como genuinos juicios prácticos, forman parte de razonamientos justificativos están constituidas por los juicios que un individuo expresa a través de enunciados comprometidos y, de esta forma, el razonamiento con el que un juez justifica una decisión no puede hacerse en términos de enunciados imparciales o no comprometidos (ya que éstos no implican la aceptación de razones para actuar), sino en términos de enunciados comprometidos¹³⁴.

¹³³ Cfr. Nino, C.S., *Derecho, moral y política*, pág. 47.

¹³⁴ En opinión de Nino, no sólo y necesariamente los jueces, sino también, quienes quieren que su tarea resulte de especial utilidad para la solución de problemas prácticos, los juristas teóricos -la tradicional dogmática jurídica-, han de asumir para llevar a cabo su trabajo el punto de vista interno. Por supuesto, uno podría pensar que, en la medida en que en nuestro sistema jurídico las decisiones judiciales son tarea de los jueces, es posible reconstruir el discurso de la denominada

El análisis de Nino acerca del papel que cumplen las normas en el razonamiento práctico arranca de la crítica a algunos puntos de la propuesta de Raz de reconstrucción del papel de las normas jurídicas como razones excluyentes para la acción.

A diferencia de Raz, Nino toma especial interés en trazar qué tipo de autoridad esgrime una pretensión normativa justificada. En el análisis de Nino sólo las normas jurídicas procedentes de una autoridad democrática pueden pretender aparecer de forma legítima como razones justificativas. Su postura en relación con el problema del que nos ocuparemos, puede articularse en tres tesis parcialmente relacionadas:

a) Las normas jurídicas como razones epistémicas;

"Ciencia del Derecho" como un discurso desde un punto de vista imparcial o no comprometido. Nino, piensa en un modelo de actividad teórica en relación con el Derecho en el que los juristas asumen un compromiso moral genuino al desarrollar tareas propiamente normativas o valorativas. En el modelo de actividad teórica en relación con el Derecho -o ciencia del Derecho- defendido por Nino, los juristas teóricos, si quieren llevar a cabo una tarea útil para los juristas prácticos, no han de limitarse a emitir enunciados puramente descriptivos, sino que deben llevar a cabo una actividad valorativa acerca del sistema en cuestión: de un lado, y en una primera fase, han de valorar la justicia del conjunto de sus instituciones y establecer medidas de *lege ferenda* acerca de la mejor articulación de estas y de otro, de *sententia ferenda*, han de interpretar los enunciados del sistema y solucionar, entre otros, problemas de lagunas y antinomias. Por lo demás, esta tarea normativa es, en opinión de Nino, la tarea que ha venido desempeñando la denominada "ciencia" del Derecho o dogmática jurídica, lo que sucede es que lo ha hecho presentando sus soluciones no como propuestas normativas a partir de consideraciones valorativas, sino como soluciones halladas -a partir del recurso a las denominadas "naturalezas jurídicas"- en el ordenamiento jurídico. Cfr. Nino, C.S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, y *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, 1ª ed. Universidad de Carabobo, Venezuela, Fontamara, México. En cuanto a la utilidad práctica de un modelo de actividad teórica normativo escribe Nino: *"Puesto que los órganos de decisión jurídica deben, inevitablemente, asumir posiciones valorativas para justificar la aplicación de cierta norma jurídica a un determinado caso y la asignación a esa norma de una determinada interpretación entre varias posibles, es irrazonable pretender que los juristas académicos renuncien a asistirlos en su tarea. Los teóricos del Derecho se encuentran, en varios sentidos, en mejores condiciones que los jueces para explorar problemas de fundamentación axiológica de soluciones jurídicas. Mientras una sentencia judicial no puede explayarse en especulaciones filosóficas acerca de las posibles justificaciones de los principios morales y políticos que -a través o no de una norma jurídica- determinan la decisión del caso, los juristas académicos no están urgidos por la necesidad de resolver el caso presente y pueden detenerse a analizar diferentes justificaciones de los principios relevantes, explorando sus consecuencias en distintas situaciones reales o hipotéticas"*, Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, ed. Ariel, pág. 340-341.

- b) Las normas jurídicas como razones justificativas autónomas (o la dimensión valorativa de las normas jurídicas¹³⁵).

En el análisis de Nino, las normas jurídicas tienen este carácter únicamente cuando su valor epistémico (en relación con la existencia de principios morales) es alto y existen fuertes razones para creer en la existencia de las razones morales que ellas reflejan;

- c) Las normas jurídicas como razones auxiliares y directivas excluyentes.

Cuando el valor epistémico de una norma en cuestión es muy bajo, aun así, sin embargo, articuladas junto con un principio moral que establece la exigencia de implementar y cuidar de instituciones en cuyo marco sea más posible que en ningún otro la toma de decisiones justas, las normas jurídicas pueden constituirse en razones auxiliares que junto con el mencionado principio moral forman una razón completa.

Solo la Moral aporta Auténticas Razones para la Acción

En sus artículos "*Razones y Prescripciones*" y en "*Razones y prescripciones: una respuesta a Alchourrón*"¹³⁶, Nino comenzó a esbozar la relación entre juicios de valor y razones para la acción. Sin pronunciarse entonces de forma concluyente sobre la cuestión acerca de la existencia de las razones para la acción, la intuición de la que partía Nino -dentro de un paradigma que predica la racionalidad de los juicios morales- es la de que el carácter veritativo, universalizable y superviniente de los juicios valorativos -o, en este caso, juicios morales- parecía estar conectado con el hecho de que los juicios valorativos implican, en algún sentido, juicios acerca de razones.

¹³⁵ Cfr. Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del Derecho*, ed. Ariel, especialmente cap. IV y V.

¹³⁶ Nino, C.S., *Razones y prescripciones: una respuesta a Alchourrón*, *Análisis Filosófico*, nº2.

Siguiendo a Hare, Nino sugería que esas entidades llamadas razones consisten en principios; esto es, las razones operativas son principios ideales de la racionalidad y moralidad asumidos como válidos.

La validez de tales principios vendría dada en virtud de ciertos hechos de un carácter especial, que podrían ser la aceptación efectiva de los principios en cuestión por cierto grupo social al que pertenecen el juzgador y el juzgado su aceptabilidad hipotética por cualquiera que reuniera las condiciones de imparcialidad, racionalidad y conocimiento su aceptabilidad hipotética por todos lo que estuvieran en una posición originaria de egoísmo, racionalidad e ignorancia (según Rawls¹³⁷ y Richards), etc. El concepto de razones para la acción es un concepto recurrente cuando proyectamos un análisis de la perspectiva interna de la praxis humana (sea individual o colectiva) y, además, resulta un concepto clave para entender el análisis de Nino en relación con las normas jurídicas. Sin embargo, es un concepto muy controvertido¹³⁸ pese a que muchas han sido las aportaciones para contribuir a su dilucidación. Como señaló Cristina Redondo¹³⁹, la discusión filosófica acerca de las razones para la acción se centra en dos ejes de problemas:

- a) La cuestión conceptual acerca de qué son las razones para la acción y
- b) La cuestión ontológica acerca de su existencia.

Por lo que se refiere al primer problema, encontramos cuestiones tales como si es posible identificar las razones con deseos o con creencias acerca de la “existencia” de *items* que justificarían un determinado curso de acción y la caracterización de las razones como razones explicativas o como razones justificativas. Por lo que se refiere al segundo grupo de problemas, la pregunta

¹³⁷ Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford.

¹³⁸ Aparece caracterizado de una u otra forma en función, entre otras, de la concepción en filosofía moral que se sostenga.

¹³⁹ Redondo, C. *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, pág. 58 y ss.

central que marca dos posturas respecto de la existencia de las razones para la acción es la que formula Bayón siguiendo la terminología de Williams¹⁴⁰:

¿Hay o no algún sentido en el que se pueda decir que “existe” una razón para actuar aunque nadie en el mundo la incluya en su “conjunto de motivaciones”?

Esta pregunta se vuelve especialmente compleja cuando abordamos la cuestión acerca de las razones morales. Este marco de problemas nos parece que puede ser completado, además, con el marco de respuestas que Bayón presenta en su trabajo *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, para de esta forma iluminar el examen de la postura de Nino acerca de esta cuestión.

Nos Permitiremos pues avanzar en algunas cuestiones conceptuales que nos aproximen un poco a la idea de razones morales de la mano del primero. Bayón escribe que:

“Un agente acepta una razón moral cuando la concibe como dominante sobre los deseos e intereses de cualquiera (incluido, por supuesto, él mismo). Las razones morales son, por tanto, en primer lugar, las razones últimas o jerárquicamente supremas dentro de la estratificación de preferencias de un sujeto (lo que implica que, por definición, son razones no dominadas). Pero, además, son razones que, desde el punto de vista del agente, rigen universalmente; es decir, razones para actuar que desde su punto de vista tiene cualquiera (que satisfaga una cierta descripción genérica, i.e. una que no incluya referencias individuales) con independencia de cuáles resulten ser sus deseos o intereses (y cuáles sean las razones que éstos acepten como morales). Este segundo requisito (la universalidad) es importante para evitar llegar a conclusiones como la de que el egoísmo es “la moral del amoral”. [...] La especificidad de las razones

¹⁴⁰ B.Williams, *Rational Action: “Internal and External Reasons”* en Harrison R. edit. *Studies in Philosophy and Social Science*, [Tomo la referencia de Bayón, *op.cit.*].

*morales sólo se capta al pasar del plano intrapersonal al plano interpersonal.*¹⁴¹

Esto por lo que se refiere a la caracterización conceptual de las razones morales que lleva a cabo Bayón. Nino suscribiría la mayor parte de tal caracterización excepto -y esto es una cuestión ontológica- las referencias “al punto de vista de alguien”. Para Nino, a partir de su teoría constructivista (constructivismo epistemológico) en el plano de la metaética, las razones morales son razones objetivas, razones externas. Esto nos lleva al segundo grupo de problemas, esto es, la cuestión acerca de si las razones morales -como un tipo de razones para la acción- existen y si es así, en que sentido. Es este el problema apuntado por Bayón acerca de si la existencia de una razón para actuar en sentido justificativo está ligada conceptualmente a su aceptación como tal razón por parte de alguien, o de si, por el contrario, es posible sostener que tales razones son objetivos externos (independientes de los intereses y deseos del agente en cuestión) fruto de una necesidad práctica¹⁴². Es la relación entre deber -o juicio de valor o normativo, en la terminología de Nino- y motivación.

A continuación presentaremos la caracterización que de estas dos posiciones hace Bayón para, de esta forma, tener un mapa donde poder tratar de situar la concepción de Nino acerca de las razones para la acción. Bayón distingue:

- 1) El modelo externalista, para el cual el carácter valioso de una acción o de un estado de cosas no depende en absoluto de que algún agente en el mundo se lo atribuya.

¹⁴¹ Bayón Mohino, J.C., *op.cit.*, pág. 196. Bayón lleva a cabo en este trabajo un profundo estudio de las diferentes clases de razones para la acción. Entre ellas distingue: las razones instrumentales (los deseos), las razones prudenciales (intereses) y las razones morales (valores morales). En su análisis la incidencia del factor tiempo era la clave para comprender la diferencia entre las razones de primer y segundo nivel (deseos e intereses), de manera que el sentido de estas últimas solo se captaba plenamente al concebirlas como metapreferencias de un yo con respecto a las preferencias de nivel inferior de sus yoes sucesivos. Y como hemos recogido en el texto principal la especificidad de las razones morales se capta al pasar del plano intrapersonal al interpersonal. *Sobre las razones prudenciales*, Cfr. Bayón Mohino, J.C., *op.cit.*, pág. 95- 128.

¹⁴² Cfr. Bayón, J.C., *La normatividad del Derecho*, *op.cit.*, págs. 196-203.

Para estas posiciones -escribe Bayón- el valor no es un producto o una proyección de las preferencias del sujeto, sino algo exterior a (e independiente de) las mismas. Sucede que, como el agente que prefiere algo lo prefiere porque entiende que es valioso, entonces, concebido el valor como algo externo a los conjuntos de preferencias de los individuos, tendría perfecto sentido decir que puede estar equivocado en su apreciación. El reconocimiento o descubrimiento del valor (se supone que un sujeto, quizá no en cualesquiera condiciones, pero sí al menos tras haber desarrollado un punto de vista apropiado, puede reconocer o descubrir el valor que reside en un cierto objeto, y descubrirlo como algo que es independiente de -y previo a- su adopción de ese punto de vista) generaría una preferencia, es decir, lo que es una verdadera razón justificativa se incorporaría al conjunto subjetivo de motivaciones del agente, convirtiéndose entonces, además, en una "razón interna": toda verdadera razón externa debería ser una razón interna para cualquier agente racional, i.e. debería motivarle y ello con independencia de que de hecho no forme parte del conjunto subjetivo de motivaciones de ningún agente empírico.

2) El modelo internalista o proyectivista, para el cual la idea de un valor externo u objetivo carece de sentido.

Las acciones, estados de cosas, etc., poseen ciertas propiedades o características naturales, pero tales propiedades no son en sí mismas portadoras de ninguna clase de "valor intrínseco". Lo que sucede es que el sujeto mantiene actitudes prácticas ante la presencia o ausencia de esas propiedades. Esas actitudes prácticas pueden ser llamadas, siguiendo a Hume, "afectos", "pasiones" o, más genéricamente, preferencias. Preferir algo sería entonces atribuirle valor. Para una concepción proyectivista carece de sentido la idea de un conjunto de razones externas u objetivas por comparación con las cuales pudiera un sujeto evaluar, depurar y ajustar su propio conjunto de preferencias. Todos los valores o razones lo son desde el punto de vista de alguien, y todo lo que se diga al respecto se dice

siempre desde un punto de vista. Para Bayón, esta concepción no tiene un punto arquimédico en el que situarse para contemplar y evaluar desde fuera si verdaderamente son razones para actuar lo que, desde uno u otro punto de vista, se acepta como razones para actuar¹⁴³.

Junto a estas dos posiciones, Bayón da cuenta de una tercera postura que una serie de filósofos, entre los que se encuentra Nino, trataron de trazar sugiriendo que el sentido en que se habla de validez o racionalidad en relación con los juicios morales no es en el sentido de su correspondencia con presuntos valores externos u objetivos tal como apunta el realismo moral. Así, estos autores trataron de romper la dicotomía externalismo-internalismo (o, más exactamente, realismo moral-proyectivismo) trazando una tercera postura acerca del universo moral y del sentido en que existen los juicios morales, según la cual la postulación de valores externos u objetivos debe entenderse¹⁴⁴ “por referencia a un punto de vista social adecuadamente construido”¹⁴⁵. Es decir, lo moralmente correcto será, a grandes rasgos, lo que resulte aceptable en determinadas condiciones ideales o para un sujeto o comunidad de sujetos ideales¹⁴⁶. Los motivos y razones que un individuo tiene para actuar son elementos fundamentales tanto para explicar (y predecir) como para justificar su comportamiento.

Nino escribe que parece que los motivos y razones establecerían un puente entre el ser y el deber ser puesto que, por un lado, están conectados con datos fácticos como deseos, inclinaciones, aspiraciones, rasgos de carácter de los individuos, y, por el otro, con principios, normas y fines que legitiman una acción. En el análisis de Nino, las razones para actuar aparecen como razones externas, justificativas, vinculadas con principios y valores y se distinguen de los motivos (también denominadas razones explicativas).

¹⁴³ Cfr. Bayón Mohino, J.C., *op.cit.*, pág. 209-211.

¹⁴⁴ Nino, C.S., *Razones y prescripciones: una respuesta a Alchourrón*, Análisis Filosófico, I, pág. 44. En este mismo sentido, *Ética y derechos humanos*, págs. 85-86.

¹⁴⁵ Rawls, J., *El constructivismo kantiano en la teoría moral*, en Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la Justicia, ed. Tecnos.

¹⁴⁶ Cfr. Bayón, *op.cit.*, pág. 225 y ss.

Razones Explicativas.

Las razones explicativas o motivos son las razones a las que se recurre para explicar o predecir un comportamiento sin valorarlo, y se diferencian de las razones justificativas o razones a las que se acude para mostrar la corrección o legitimidad de una conducta o, visto desde la perspectiva del sujeto que delibera antes de actuar, para tratar de actuar de forma justificada¹⁴⁷. Quienes señalan que las razones pueden ser causas de acciones están pensando en razones explicativas o motivos. Aunque se ha sostenido que el caso central de razón explicativa o motivo está dado por una combinación de creencias (*“tener un motivo para una acción implica en primer término creer en un cierto fin a ser obtenido a través de ella”*) y deseos (*“además es necesario que uno quiera obtener el fin”*).

No es cierto que sólo las creencias y deseos (en sentido estricto¹⁴⁸), y en particular estos últimos, sean antecedentes causales apropiados de acciones; no es cierto, que las razones para la acción deban estar identificadas con tales pares de creencias-deseos (en sentido estricto). Lo que sí es cierto es que junto con la creencia acerca de la existencia de una razón para actuar ha de darse una actitud favorable, es decir, una decisión o voluntad de actuar conforme con tal razón.

Por lo demás, la tesis errónea de que toda razón para la acción se identifica con el por creencias-deseos conduce a quienes la sostienen a defender posturas subjetivistas en materia práctica puesto que, como se supone que los deseos de la gente no son controlables intersubjetivamente, ellos no pueden ser evaluados según su correspondencia con cierta *“realidad”* a la que, según se supone, todos

¹⁴⁷ Cfr. Nino, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, pág. 79.

¹⁴⁸ Un deseo en sentido estricto es una inclinación espontánea, un apetito o cierto tipo de emociones, mientras que deseo en sentido amplio es un género que incluye en tanto que especies suyas a todas las actitudes favorables hacia un curso de acción determinado. Si entendemos por deseo un deseo en sentido estricto no es cierto que cuando alguien ha hecho algo intencionalmente, haya tenido el deseo de hacerlo. Este sentido estricto de deseo permite contraponer hacer lo que uno desea y hacer lo que uno cree que debe hacer. Cfr. Bayón Mohino, J.C., *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, pág. 53-54.

tienen en principio acceso. Las creencias son por sí solas inertes y precisan estar conectadas con algún deseo del agente para generar acciones. Según esta posición, si no se conecta con algún deseo del agente, cualquier factor o consideración será irrelevante para generar una acción. Esto es importante porque cuando alegamos razones en pro o en contra de una acción (p.ej. en el contexto de un discurso moral) estamos primariamente interesados en inducir ciertas conductas. Veamos con un poco más de detenimiento el análisis de Nino acerca de las razones explicativas. En la caracterización del concepto de motivo que Nino presenta en sus trabajos,¹⁴⁹ Nino sigue a E. D'Arcy.¹⁵⁰ D'Arcy sostiene que sólo las acciones intencionales son sujetos de predicados acerca de motivos. Para que una explicación de una acción aluda a un motivo ella debe poner la acción a la luz de un objetivo del agente. Lo relevante acerca de este tipo de explicación es que al hacerse presente el motivo de la acción se pone a ésta en una perspectiva moral diferente. Ello ocurre de tres maneras diferentes:

- 1 Cuando se asigna a una acción aparentemente buena un motivo disvalioso;
- 2 Cuando se adscribe a una acción mala un motivo noble;
- 3 Cuando tanto la acción como el motivo, que pueden ser ambos buenos o malos, pertenecen a géneros diferentes de bondad o maldad¹⁵¹.

D' Arcy distingue dos sentidos centrales de motivo.

- 1 Un sentido prospectivo en el que el motivo señala una meta u objetivo que no está asociado normalmente con la acción y que hace a la acción valiosa para el agente (responde a la lógica de la relación medio-fin) y;
- 2 Un sentido retrospectivo, que, como en el caso de los motivos de venganza y gratitud, apuntan hacia el pasado; según D'Arcy, ese tipo de explicaciones se distinguen por el hecho de que, si bien presuponen un objetivo

¹⁴⁹ Nino, C.S., *La validez del Derecho y Introducción a la Filosofía de la acción humana*.

¹⁵⁰ D'Arcy, E., *Human Acts: An essay in their Moral Evaluation*, Oxford.

¹⁵¹ Nino, C.S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, op.cit., pág. 79 y ss.

normalmente asociado con la acción, aluden a un hecho del pasado o contemporáneo en relación con ésta, que hace que la acción resulte especialmente atractiva para el agente.

Nino se aparta de esta última distinción trazada por D'Arcy ya que, en su opinión, tal caracterización de los motivos retrospectivos puede inducir al error de pensar que el carácter de los enunciados sobre motivos retrospectivos es radicalmente diferente del de los enunciados sobre motivos prospectivos, cuando en su opinión -y creemos que tiene razón- no es así, puesto que los enunciados acerca de motivos retrospectivos, como venganza y gratitud, también describen la intención del agente de producir en el futuro un cierto estado de cosas (quedar agradecido), del mismo modo que los enunciados sobre motivos prospectivos. La diferencia que sí se da entre los motivos que miran al pasado y los que miran al futuro reside sólo en que, en el caso de los motivos retrospectivos, el futuro estado de cosas que el agente persigue está constituido por una combinación entre un hecho ya dado, antes o contemporáneamente con la acción, y otro que se dará en el futuro.

Es decir, lo que el agente procura es una situación compleja que resulta de la combinación entre un hecho pasado y un hecho futuro, y esa combinación está, ella misma, en el futuro. Según esto, los enunciados sobre motivos retrospectivos también responden a la misma lógica de la relación medio-fin; lo que sucede es que en este caso la relación medio-fin no suele ser causal¹⁵². Por lo demás, junto con D'Arcy, Nino sostiene la identidad de denotación entre el significado central de "motivo" y el de "intención": ambas expresiones se refieren al deseo de materializar una situación ulterior al estado de cosas tomado como relevante para identificar a la acción por la descripción que estemos empleando (matar para conseguir la herencia). Distinto es, sin embargo, el adjetivo intencional (matar intencionalmente). Este, yuxtapuesto a una descripción de acción, marca el hecho

¹⁵² Nino lo ilustra con el siguiente ejemplo: Matar es un medio para vengarse, pero la muerte de la víctima no es una condición causal de la situación de venganza perseguida por el agente. Nino, C.S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, op.cit., pág. 81. Es decir, el acto de vengarse puede verse como conceptualmente relacionado con la acción de matar en determinadas circunstancias.

de que el mismo estado de cosas mencionado en esa descripción -y no uno ulterior- es deseado como un medio o como un fin. Pero, los motivos del agente, además de explicar la acción, permiten tener más elementos para su valoración. Al colocar la acción en un contexto más amplio, el contexto de motivos-fines, podemos entender -en el sentido de explicar- la acción como parte de un proyecto más amplio que la mera intención -en el sentido de intencionalidad- de realizarla y, además, podemos valorar a qué tipo de plan de vida corresponde esa conducta y en última instancia a qué tipo de individuo¹⁵³.

2.1.1. Reconstrucción de la razón justificativa en el razonamiento práctico.

Nino reconstruye el concepto de razón justificativa de acciones partiendo del concepto de razonamiento práctico,¹⁵⁴ puesto que escribe:

“Una de las cosas claras acerca de la noción de razón justificativa es precisamente que la función primaria de este tipo de razones es servir de premisas de un razonamiento que conduce a una acción”¹⁵⁵.

Sin embargo, esta primera aproximación no carece de dificultades; las propias divergencias entre filósofos acerca de la naturaleza del razonamiento práctico les lleva a dar respuestas distintas a las cuestiones acerca de la lógica y la conclusión característica de los razonamientos prácticos¹⁵⁶. Así, si atendemos al criterio de la conclusión puede entenderse el razonamiento práctico:

¹⁵³ Cfr. Nino, C.S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, op.cit., capítulo VI.

¹⁵⁴ Cfr. Raz, J., *Introducción, Practical Reasoning*, Oxford University Press, 197, pág. 4.

¹⁵⁵ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 130.

¹⁵⁶ Cfr. Aristóteles, *Ética nicomáquea*. Hierro, J., *Análisis del lenguaje moral*, Raz, J. *Introduction, Practical Reasoning*. Para una aproximación crítica a los usos de la expresión entre los distintos autores, así como una propuesta de clasificación, cfr Redondo, C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 103-142. Se distingue entre argumento práctico 1) en sentido lógico (las normas pueden aparecer como razones-premisas y, además, si son válidas dentro de alguna teoría normativa, son razones sustantivas a favor de la acción), 2) como modelo teórico-reconstructivo (de la acción intencional, de la explicación intencional de la acción, del concepto de deber en sentido técnico), 3) como modelo normativo (como forma de comportamiento correcto en la toma de decisiones; como procedimiento ideal diseñado para justificar, en sentido concluyente, el deber o la permisión de realizar una

- a) Como proceso psicológico que conduce a la formación de una intención y a la realización de una acción; la conclusión será la formación de una intención.
- b) Como inferencia lógica que permite explicar o predecir una acción a partir de leyes y proposiciones fácticas; quien defiende este concepto sostiene que la conclusión es un juicio descriptivo.
- c) Como inferencia lógica que permite evaluar, fundamentar o guiar una acción; para estos, la conclusión es un juicio valorativo o normativo.

Nino considera que a los efectos de dilucidar el concepto de razón justificativa es el último sentido de “razonamiento práctico” el que deberemos tener en cuenta, y a partir de esto señala que, para que un razonamiento práctico permita fundamentar o guiar una acción, su conclusión habrá de ser un tipo de juicio normativo, que, en cuanto tal, “no sea compatible con cualquier acción o actitud del que lo emite”¹⁵⁷; la formulación de tal juicio normativo implicará, pues, cierta inconsistencia práctica con la no realización de la acción o con la adopción de la decisión opuesta.¹⁵⁸

Volvamos ahora sobre un ejemplo que Nino introducía para dar cuenta de un sencillo razonamiento práctico en la esfera individual. Esto nos permitirá introducir algunas precisiones conceptuales. El ejemplo de Nino era el de un sujeto que desea estar en La Plata a una hora determinada y está deliberando acerca de cómo hacer esto posible. Su deliberación podría ser reconstruida de la siguiente manera:

acción. En esta interpretación, la propia implementación del argumento práctico se considera justificada como una conducta debida). En este último sentido de argumento práctico, cfr. Atienza, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

¹⁵⁷ Nino, *La validez del Derecho*, op. cit., pág. 130.

¹⁵⁸ Nino, *Sobre los derechos morales*, pág. 317.

1. Debo (o es deseable/conveniente...) estar en La Plata antes de las 4.
2. Para estar en La Plata antes de las 4 hay que tomar el tren de las 2.
3. Ergo, debo (o es deseable/ conveniente...) tomar el tren de las 2.

Nino, siguiendo a Raz,¹⁵⁹ distingue entre:¹⁶⁰

- a) Razón completa: estaría constituida por el conjunto de premisas no superfluas de un razonamiento práctico válido (en el anterior razonamiento, las premisas 1 y 2);
- b) Razón operativa: sería la premisa normativa o deóntica, que en si misma podría constituir una razón completa (la premisa 1).

Es de notar que en la premisa (1) Nino parece considerar que también puede ser una razón operativa el contenido proposicional de un deseo por cuanto que ese contenido proposicional es un juicio normativo o valorativo (tal o cual cosa es deseable; los deseos consisten en endosar juicios valorativos generales y *prima facie*)¹⁶¹

- c) Razón auxiliar: está constituida por un juicio fáctico que indica un medio para satisfacer una razón operativa (la premisa 2)

Pues bien, Nino señala que si el sentido de razonamiento práctico al que aquí estamos aludiendo concluye con un juicio de deber ser y las razones justificativas funcionan como premisas de él junto con juicios empíricos, entonces:

*"Necesariamente tales razones deben estar constituidas por juicios o proposiciones e incluir entre ellos al menos un juicio de deber ser"*¹⁶².

¹⁵⁹ Raz, J., *Practical Reasoning*, op.cit., pág. 15 y *Razón práctica y normas*, op.cit., pág. 37- 38.

¹⁶⁰ Nino, C.S., *Introducción a la Filosofía de la acción humana*, op.cit., pág. 84.

¹⁶¹ Nino, C.S., *op. cit.*, pág. 72-73.

¹⁶² Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 130.

Cuando hablamos de razón en el sentido de razón justificativa u objetiva ya no estamos tratando de explicar por qué se realizó una acción o tratando de predecir su ejecución sino que estamos pensando en justificar o valorar tal acción, esto es, estamos tratando de determinar si fue buena o mala desde algún punto de vista (moral, prudencial, jurídico)

En la caracterización de Nino, las razones justificativas presentan un comportamiento como legítimo o ilegítimo, independientemente de lo que el agente creyó o deseó. Las razones para actuar existen al margen de que aparezcan como tales en el esquema motivacional de un agente.

2.1.2. Características de las razones justificativas.

A partir de los aspectos estructurales del discurso moral¹⁶³, Nino identifica estos rasgos como rasgos característicos de las razones para la acción¹⁶⁴.

a) Autonomía

Este rasgo se refiere a que la validez de un juicio valorativo, esto es, su capacidad para servir como razón justificativa operativa de un razonamiento práctico, o bien no depende del hecho de que alguna persona o grupo de personas lo haya formulado o aceptado o, si depende de tal hecho, se constituye como razón justificativa en virtud de otro juicio valorativo que haga relevante ese hecho (como veremos, este sería el caso de un sentido de norma jurídica) sin que su validez dependa a su vez de la circunstancia de que alguien lo haya formulado o aceptado. No solamente las razones justificativas operativas sino también el razonamiento práctico del que forman parte tiene carácter autónomo. Esto, por lo demás, implica la independencia de cada individuo que desarrolla un razonamiento práctico.

¹⁶³ Estos rasgos que caracterizan a las razones para la acción se predicen respecto de los principios morales que son las entidades relevantes en el análisis de Nino sobre razones para la acción. Cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, pág. 108.

¹⁶⁴ A partir de ahora, siempre que hagamos referencia a razones para la acción estaremos refiriéndonos -siguiendo a Nino- a razones justificativas; salvo advertencia en contrario.

b) Generalidad

Los juicios que constituyen razones justificativas operativas no pueden identificar situaciones a través de nombres propios o de descripciones definidas sino que han de hacerlo a través de propiedades genéricas.

c) Universalidad

Este rasgo está relacionado con la aplicabilidad de los juicios prácticos a los que nos estamos refiriendo y no con su contenido. En efecto, escribe Nino, si uno de tales juicios es aceptado para evaluar una cierta situación particular, debe también ser aceptado para evaluar cualquier otra situación que no difiera de la anterior en una propiedad que esté recogida en el antecedente del mismo juicio.

d) Superveniencia

La propiedad que puede justificar la discriminación entre dos situaciones a los fines de una razón operativa no sólo debe ser genérica, o sea debe ser una genuina propiedad, sino que también debe ser fáctica, en el sentido de no estar identificada meramente por la aplicabilidad de esa u otra razón operativa¹⁶⁵.

e) Integración

Las razones operativas justificativas son comparables entre sí y, en principio, jerarquizables. El que las razones operativas puedan agruparse en un sistema guardando un cierto orden jerárquico permite hablar del principio de unidad del razonamiento práctico.

En *Ética y derechos humanos*, Nino escribe que algunos autores hablan de una justificación moral, otra jurídica, otra prudencial, etc, como si se tratara de

¹⁶⁵ "Si un pasajero de un tren le dice a su vecino de asiento "no debe fumar en este vagón, pero sí puede hacerlo en el siguiente", está comprometido a indicar alguna diferencia fáctica relevante entre uno y otro vagón (como p.ej. la existencia de un cartel de prohibición en uno pero no en el otro). En cambio, esto no ocurre en el caso de una orden o de una norma jurídica. Si el reglamento del ferrocarril dispone que no se debe fumar en los vagones pares pero sí se puede en los impares, no se presume que esto tiene que estar fundado en alguna diferencia fáctica relevante entre las dos clases de vagones". Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág.114-115.

justificaciones independientes de las acciones. Esto, en opinión de nuestro autor, implicaría una desintegración del pensamiento práctico:

“Alguien podría saber que su conducta no está justificada moralmente pero que sí lo está jurídicamente o prudencialmente, y no saber aún, cómo, en definitiva, debe actuar”¹⁶⁶.

2.1.3. Razones para la acción en el razonamiento práctico, según Nino.

Nino siguiendo a Raz en *The morality of Freedom* excluye de la consideración como razones justificativas a los deseos. Según Nino, este tipo de entidades, aun vistas desde el punto de vista interno, esto es, concebidas como juicios de valor p. ej. el juicio de que escalar una montaña es deseable o valioso no son en sí mismas la razón sino que:

“Constituye un hecho antecedente aludido por un principio prudencial implícito que estipula la conveniencia de satisfacer cierta clase de deseos en determinadas circunstancias; es ese principio prudencial el que constituye una razón operativa para actuar (de lo contrario cualquier deseo sería una razón, y no lo es; p.ej., dado el alto costo de los vuelos y la limitación de los recursos de la mayoría de la gente, no es en general una razón justificativa para viajar en avión el deseo de ver una de las viejas películas que pasan en los vuelos transatlánticos”¹⁶⁷

Creemos que puede resultar de interés aquí traer el análisis de Bayón acerca de si los deseos son sólo razones internas o explicativas, esto es, factores que motivan al agente o si constituyen además -en determinadas circunstancias- razones justificativas. En principio, creemos que tiene razón Bayón cuando afirma que negar que los deseos constituyan razones para la acción en los términos en los

¹⁶⁶ Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, Paidós, pág. 92.

¹⁶⁷ Nino, C.S., *Idem.*, págs. 79-80.

que parecen hacerlo Nino y Raz supone infravalorar el papel de la cláusula *ceteris paribus* (esto es la cláusula que implica que un deseo constituye una razón para la acción cuando no están en juego intereses o valores del agente¹⁶⁸ a la hora de caracterizar a los deseos como razones y a la confusión de deseos con “intención de.” Si denominamos con Bayón “*deseo (1)*” a las actitudes prácticas de primer nivel (dominables por otras de niveles superiores como intereses o valores) y “*deseo (2)*” a la “intención de”, esto es, a lo que el sujeto intenta como producto de su deliberación, entonces nos damos cuenta de que los “*deseos (1)*” constituyen por sí mismos razones para actuar cuando no están en juego intereses o valores del agente (esto es, *ceteris paribus*) y que cuando un agente “*desea (2)*” algo lo “*desea (2)*” por una razón, que en ese caso sería su “*deseo (1)*” más su convicción de que no hay en ese supuesto concreto ninguna otra razón para la acción que prevalezca sobre su “*deseo (1)*”. Por lo tanto, podremos concluir con Bayón, que los deseos no son razones para la acción por sí solos, ya que únicamente lo son en compañía del juicio según el cual queda satisfecha la condición *ceteris paribus*.

Por lo tanto, los deseos no son razones concluyentes para actuar, sino que hay que proceder a una deliberación teniendo en cuenta todas las razones en pro y en contra, pero esto no significa que cuando no se dé ninguna razón de nivel superior en contra no constituyan así *-ceteris paribus-* razones para actuar. Y si tomamos el ejemplo que construye Nino precisamente para dar cuenta del hecho de que los deseos no pueden constituir por sí solos razones para actuar nos damos cuenta de que quizá lo que llevó a confusión a nuestro autor es precisamente el no darse cuenta *-al construir el ejemplo-* de la necesidad de la condición *ceteris paribus*, pues, en efecto, en el ejemplo que él pone nos encontramos con que tal circunstancia no ha sido tomada en cuenta ya que existen razones de orden superior *-prudenciales y quizá eventualmente, morales para no satisfacer el deseo de volar por el placer de ver una de las viejas películas que ponen en los vuelos transatlánticos.*

¹⁶⁸ Bayón Mohino, J.C., *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, *op.cit.*, pág. 76.

Si asumiéramos esta forma de hablar de razón, entonces es verdad que podríamos hablar también de los deseos como razones para la acción. Junto al análisis en términos de la cláusula *ceteris paribus*, Bayón añade que hay dos sentidos diferentes en los que puede decirse que una acción está justificada moralmente:

- 1 Equivale a afirmar que existen razones morales (concluyentes) para realizarla;
- 2 Equivale a afirmar que no existen razones morales para no realizarla.

Cuando una acción es moralmente indiferente, su realización está “moralmente justificada” en el segundo sentido, aunque no en el primero. Según esto, cuando no haya razones-valores o razones-intereses, los deseos pueden ser identificados como razones concluyentes y podríamos afirmar, al menos en un sentido débil, que determinada acción apoyada en ellos está moralmente justificada.

Pero, además, Bayón considera que, en realidad, una objeción como la que plantea Nino:

*“El deseo no es en sí mismo la razón, sino que constituye un hecho antecedente aludido por un principio prudencial implícito que estipula la conveniencia de satisfacer cierta clase de deseos en determinadas circunstancias; es ese principio prudencial el que constituye una razón operativa para actuar”*¹⁶⁹

Se basa en la presuposición de un sentido reconocible en el que se puede afirmar que algo constituye *verdaderamente* una razón (justificativa) para actuar que no está ligado al punto de vista de nadie (o si se quiere, que no es interno a la ordenación de preferencias de ningún sujeto), de manera que ese “*principio*

¹⁶⁹ Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, pág. 79.

prudencial implícito que estipula la conveniencia de satisfacer cierta clase de deseos en determinadas circunstancias” no sería simplemente el contenido de preferencias de niveles superiores del sujeto evaluador (de sus propias acciones o de las de un tercero), sino algún principio *objetivamente* válido que atribuiría o no relevancia práctica al *hecho* de que un sujeto tenga determinados deseos.¹⁷⁰

Creemos que la respuesta a esta cuestión viene dada por la explicación que el propio Bayón apunta y es que Nino parte de una teoría metaética constructivista que le permite hablar de razones morales como razones objetivas o externas, existentes al margen de que formen parte de la estructura de preferencias de algún sujeto. Y esto, seguramente, le lleva a articular las razones prudenciales también como razones externas al conjunto de preferencias de un individuo y a que, por lo tanto, los deseos sin más sean vistos o bien como hechos que pueden formar parte junto con una razón prudencial de un razonamiento práctico completo cuando no afectamos a intereses de terceros o bien como simples caprichos que - a pesar de estar ausentes intereses de terceros- no pueden ser considerados razones justificativas ya que pertenecen al mundo de lo irracional. De todas formas, creemos que aunque la postura metaética que Bayón atribuye a Nino y el papel que en ese esquema tendrían las razones sería suscrito por este autor, Nino resulta, por lo demás, muy confuso acerca del papel que los deseos tendrían en el razonamiento práctico. Así en *Introducción a la Filosofía de la acción* escribe que:

“Aunque un deseo no puede constituir en sí mismo una razón operativa puesto que un deseo es un hecho y de un hecho no puede inferirse un juicio normativo, como es la conclusión de un razonamiento práctico, lo que sí puede constituir una razón operativa es el contenido proposicional de un deseo, y ese contenido proposicional es precisamente un juicio normativo o valorativo”¹⁷¹.

¹⁷⁰ Bayón, J.C., *La normatividad del Derecho*, op.cit., pág. 84.

¹⁷¹ Nino, C.S., *Introducción a la Filosofía de la acción humana*, op.cit., pág. 84-85.

Tratando de explicar a Nino, creemos que lo que sucede es que trata de dar cuenta de un nivel del razonamiento en el que en su opinión se confunden - funden- deseos con creencias acerca de la existencia de un principio moral y de ahí su urgencia por dar cuenta del aspecto interno de los deseos:

“La adhesión a un juicio valorativo o normativo como los que constituyen razones últimas puede describirse también como una creencia en su validez: esto sugiere que en el nivel de las razones últimas, los deseos se confunden con creencias, lo que permite descalificar, por un lado, la tesis de que las creencias son inertes, y, por otro lado, la tesis de que los deseos, a diferencia de las creencias, no son objetos de argumentación: estas creencias-deseos, que expresan adhesión a los últimos principios de conducta, serían tan causalmente activas como cualquier deseo y tan sujetas a contrastación intersubjetiva como otras creencias”¹⁷².

Creemos que lo que sucede en este párrafo es que Nino está utilizando un sentido amplio de deseo y no como un tipo de entidad de rango inferior a los intereses (o razones prudenciales) y valores en el razonamiento práctico. Y esto es lo que quizá le permite hablar de las adhesiones a juicios normativos morales como deseos al tiempo que sólo unos párrafos después escribe:

“Está de más decir que los principios, tanto prudenciales como morales, pueden referirse a la satisfacción de deseos. La descripción de un deseo puede figurar, entonces, en el razonamiento práctico como razón auxiliar o como contenido de su conclusión normativa. Esto puede explicar, aunque no justificar, que muchas veces se haya incurrido en el error de pensar que los deseos pueden constituir no sólo motivos sino razones para valorar una acción”¹⁷³

¹⁷² Nino, C.S., *Introducción a la Filosofía de la acción*, op.cit., pág. 85.

¹⁷³ Nino, C.S., op.cit., pág. 86. *Acerca de los deseos como razones para la acción*, cfr, Raz, J., *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 38.

Hemos visto que un razonamiento práctico que concluye en un juicio normativo o valorativo ha de partir de premisas entre las que exista alguna que tenga ese carácter (principio de Hume). Estas serán las que aparezcan como razones justificativas.

Antes de pasar a ver el análisis de Nino acerca de si las normas jurídicas constituyen o no razones justificativas para la acción es preciso entrar a hacer una serie de precisiones acerca del concepto de razón justificativa en un razonamiento práctico orientado precisamente a guiar o a valorar la acción. Sucede que, según escribe Redondo, la expresión razón justificativa es ambigua. La comprensión, pues, de la posición de Nino, exige un análisis más detallado.

Redondo nos dice que la expresión razón justificativa puede entenderse como razón-premisa o bien como razón sustantiva para la acción; marcando esto, según la autora, la diferencia entre razón en sentido formal, como elemento de un argumento lógico, o razón en sentido material o sustantivo, como elemento de un argumento práctico en sentido no lógico¹⁷⁴; es decir, como razones sustantivas para la acción. Nino, sin embargo, ve las cosas de forma algo diferente. En el análisis de Nino una premisa sólo puede ser una razón-premisa normativa de un razonamiento lógico práctico si tal premisa está constituida por una razón sustantiva válida; pues sólo éstas tienen carácter normativo, es decir, constituyen

¹⁷⁴ Según Cristina Redondo, los enunciados que componen un argumento práctico en sentido no lógico no son razones en sentido lógico (esto es, no son razones-premisas); aunque esos enunciados describan o mencionen razones en sentido sustantivo. En su opinión, el origen lógico de las expresiones "argumento" y "premisa", o quizás el prestigio asociado al rigor y la precisión de esta materia, explican la permanente tendencia a asimilar estos significados, o a considerar los usos metafóricos como tipos o ampliaciones de los conceptos lógicos. Redondo, *op.cit.*, págs. 142 y 232-234. Y, en relación con el razonamiento judicial, escribe que: *Los parámetros de la lógica permiten controlar la justificación de la sentencia en sentido formal*, sin embargo, "sólo el consenso en torno a una teoría normativa permitiría exigir la justificación sustantiva de las decisiones judiciales. La garantía de objetividad será siempre en relación a esa teoría. Si quienes controlan y quienes son controlados en su tarea de justificar no sustentan una misma teoría normativa, la discusión acerca de la corrección de la justificación no es racional, *op.cit.* pág. 258. Por lo demás, "la posibilidad de diseñar un argumento adecuado para la fundamentación de los enunciados concluyentes de deber es tema de reflexión central de la metaética", *op.cit.*, pág. 137.

un deber¹⁷⁵. Como veremos, Nino reconstruye el razonamiento jurídico justificativo como un razonamiento práctico sustantivo de carácter lógico por lo que se refiere a la derivación de la validez o justificación moral de la solución a partir de la validez moral de las premisas. En el análisis de Nino, la reconstrucción de una sentencia judicial implica una justificación sustantiva en sentido objetivo¹⁷⁶ y esto, a su vez, implica la necesidad de garantizar la corrección material de las premisas del argumento jurídico justificativo.

Para Nino, la justificación de las premisas normativas de la sentencia se articula, precisamente, a partir de la misma noción de razonamiento práctico:

“Las premisas normativas válidas son aquellas obtenidas como conclusión de un argumento práctico válido. Las premisas normativas tienen carácter moral; a su vez, los principios morales de los que derivan directa o indirectamente las premisas del razonamiento judicial dependen de ciertas

¹⁷⁵ A diferencia de Nino, Redondo no admite un único concepto de normatividad vinculado con la constitución de razones sustantivas para la acción. Redondo, C., *op.cit.*, pág. 169. Aunque señala que si es cierto que la noción de razón justificativa es necesaria para analizar el concepto de normatividad entendida como carácter práctico y no meramente como contenido o significado normativo (atendiendo a una concepción semántica acerca de las normas), Redondo, C., *op.cit.*, pág. 148.

¹⁷⁶ A partir del análisis de Nino, creemos que es posible sostener que desde el punto de vista interno (razonamiento jurídico justificativo del juez), esto significa que el juez ha de esgrimir una pretensión de corrección acerca de las premisas de su razonamiento si su propósito es actuar -y esto es una exigencia derivada de su responsabilidad moral a la hora de llevar a cabo sus acciones o decisiones institucionales (aunque, obviamente, el razonamiento moral justificativo aquí, como veremos, tendrá una naturaleza más compleja) - conforme a razones válidas. Desde el punto de vista interno, pues, es necesario que el juez acepte las normas jurídicas por razones morales si el juez pretende que su comportamiento esté justificado (él, por cierto, corre con el riesgo de error acerca de la corrección objetiva de las razones por él pretendidas y aceptadas como razones últimas; este error, puede, todo lo más, quizá, articular la posibilidad de excusas pero no de justificaciones). Pero eso no significa que decir que una decisión esté justificada no sea algo conceptualmente distinto de sostener la aceptación por razones morales por parte del juez de los elementos de su argumentación. Una decisión estará justificada (en el sentido sustantivo) cuando - independientemente de la creencia o aceptación de las normas como razones sustantivas válidas por parte del juez- tal decisión derive de normas válidas (esto es, derive directa o indirectamente de razones sustantivas válidas). Nino, *La validez del Derecho*, págs. 139 y ss. Por lo que se refiere a la responsabilidad moral del juez puede verse, *Ética y derechos humanos*, ed. Ariel, págs. 400-411.

*condiciones formales y sustantivas de la práctica del discurso moral (es decir, de la argumentación moral)*¹⁷⁷.

En cualquier caso, lo que en este momento es de hacer notar es que el razonamiento práctico en el que manejamos razones para la acción como premisas, es un razonamiento práctico en el que lo que se extrae a partir de las premisas es un contenido de significado pero, también, fuerza normativa; algo que, sólo puede extraerse *-a los efectos del razonamiento justificativo judicial que es el que aquí nos interesa-* a partir de la fuerza normativa que deriva sólo de premisas normativamente válidas. No hay justificación genuina si las premisas normativas no son correctas; es decir, según el análisis de Nino, si no constituyen razones para la acción. Para reconstruir el razonamiento jurídico justificativo la noción formal de justificación no es pues suficiente.

2.2. Las Normas Jurídicas en el Razonamiento Práctico

El problema central del que nos hemos propuesto dar cuenta del papel que juegan las normas jurídicas en el razonamiento práctico y, concretamente, de la cuestión acerca de si las normas jurídicas son razones autónomas para la acción; esto es, si apelar a una norma jurídica, sin más, permite o no justificar una acción. Para dar respuesta a esta pregunta ha sido preciso dilucidar qué son las razones para la acción, pero, además, es preciso introducir algo más de claridad acerca de otro de los términos que aparecen en la pregunta; nos referimos a las normas jurídicas.

La tesis que defiende Nino es la de la pluralidad de sentidos de norma jurídica. Entonces, será necesario proceder a ver los diversos sentidos posibles para, después, pasar a dar cuenta de cuál es el papel que tiene cada uno de esos sentidos de norma jurídica en el razonamiento práctico.

¹⁷⁷ Nino, C.S., *El constructivismo ético*, págs. 69-71. Según esto, la teoría moral intenta reconstruir y captar los hechos morales que resultan de la práctica humana.

Comenzaremos con una exposición de los distintos sentidos de norma jurídica de los que Nino da cuenta, partiendo para ello de un sencillo ejemplo de razonamiento jurídico justificativo; después, nos ocuparemos de las normas jurídicas como razones para actuar. Esto nos llevará a presentar las notas principales de la concepción raziana en relación con este problema puesto que, Nino tiene especialmente en cuenta el trabajo de Raz a la hora de trazar su postura; concretamente la tesis -que atribuye a Raz- según la cual para este último las normas jurídicas son razones autónomas excluyentes.

2.2.1. Los conceptos de norma jurídica de acuerdo con Nino.

Como el contexto necesario para comprender el problema acerca de si las normas jurídicas expresan o no razones operativas autónomas para justificar acciones o decisiones es el contexto del razonamiento práctico, comenzaremos presentando un sencillo ejemplo de razonamiento jurídico justificativo -el del destinatario de una prescripción jurídica- ofrecido por nuestro autor con este mismo propósito.

El razonamiento jurídico justificativo puede presentarse como una especie de razonamiento práctico; además, para proceder a la reconstrucción de un razonamiento judicial, lo primero que uno ha de tener en cuenta es que los actos de los jueces suelen afectar a intereses ajenos a los propios, entrando, por lo tanto, en una esfera en la que las razones morales desplazan a las prudenciales en cuanto a su capacidad justificativa. A partir de este hecho, Nino reconstruye la estructura de un razonamiento judicial. Este podría aparecer así:¹⁷⁸

- 1) Se debe obedecer a quien ha sido elegido democráticamente para legislar.
- 2) El legislador L ha sido elegido democráticamente.
- 3) L ha dictado una norma jurídica que estipula “el que mata a otro debe ser penado”.
- 4) Debe pensarse a quienes matan a otro.

¹⁷⁸ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 139.

- 5) Juan mató a alguien.
- 6) Se debe penar a Juan.

Según escribe Nino, la primera proposición es un juicio normativo puro, una subclase (en cuanto que referida a la organización de una comunidad política) de juicio moral. La tercera proposición es un juicio constatativo de una prescripción: la emisión de una prescripción -o dictado de una norma, en este caso- es un hecho. La premisa que refleja un juicio constatativo de una prescripción es una premisa meramente descriptiva. Por último, el cuarto juicio es denominado por Nino, juicio normativo de adhesión. A veces hablamos de normas jurídicas como juicios normativos puros, esto es el caso de los juicios como el primero que señalan que es justo o debido moralmente obedecer a una autoridad democrática; a veces hablamos de normas jurídicas como prescripciones y en otras ocasiones de normas jurídicas como juicios de valor o juicios de adhesión normativa¹⁷⁹.

La expresión norma jurídica es utilizada, pues, con sentidos muy diferentes según los contextos en los que aparece. De forma más sistemática Nino identifica los siguientes:¹⁸⁰

a) Norma jurídica como regularidad de conductas y actitudes, esto es como práctica social¹⁸¹. Así, cuando hablamos de normas jurídicas en este sentido, estamos haciendo referencia a las normas como hechos sociales, como fenómenos históricos. Las normas como hechos sociales nacen en un tiempo y su existencia se prolonga durante un lapso. Este sentido apunta al aspecto externo de las normas.

¹⁷⁹ Estos últimos son los que en la terminología de Bayón se denominan juicios de deber dependientes de la existencia de reglas jurídicas. Bayón Mohino, J.C., *La normatividad del Derecho*, págs. 314-315.

¹⁸⁰ Nino, C.S, *La validez del Derecho*, op.cit., págs. 134 -137, y *Derecho, Moral y Política*, op.cit., págs. 111-127.

¹⁸¹ Cfr. Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, op.cit.

b) Norma jurídica como un acto lingüístico, esto es, como prescripción (concepción pragmática). En este sentido, la norma jurídica consiste en un acto lingüístico de un tipo particular. El acto consiste en expresar la intención de que otro individuo haga algo teniendo en cuenta la expresión de esa intención. Aquí, siguiendo a Alchourrón y Bulygin¹⁸², Nino señala que existen diversas posibilidades y, entre ellas, las que a los efectos interesan son las dos siguientes:

- 1) La que considera que la norma jurídica está constituida por la mera expresión lingüística.
- 2) La que considera que la norma sólo se completa con la recepción de la expresión por sus destinatarios.

En este sentido, al margen de algunas diferencias relevantes, las normas se asemejan a las órdenes. En *Derecho, moral y política*, Nino se refiere a esto mismo hablando del sentido de normas como prescripciones. En efecto, la prescripción es un acto lingüístico que consiste en formular un juicio normativo al que el destinatario se adhiere. Cuando las normas jurídicas son identificadas con las órdenes o directivas de legisladores u otros órganos del Estado, estas “son actos de prescribir juicios normativos”¹⁸³. Lo que forma parte del razonamiento del destinatario no es, sin embargo, la prescripción emitida por el sujeto competente, ya que tal prescripción es un hecho que transcurrió en un tiempo pasado, sino una proposición que constata el hecho de que tal prescripción fue formulada.

Nino apunta que una norma jurídica puede, entonces, identificarse con actos constatativos de prescripciones (en el ejemplo anterior, este sentido de norma jurídica correspondería con la segunda premisa que establece L ha dictado una norma jurídica que estipula “el que mata a otro debe ser penado”). El juicio constatativo de una prescripción es un juicio fáctico.

¹⁸² Alchourrón, C.E. y Bulygin, E., *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia, Universidad de Carabobo.

¹⁸³ Nino, C.S. *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág.114.

Este último sentido de norma jurídica (como juicio constativo de una prescripción) ha de ser incluido en el sentido (d), es decir, normas jurídicas identificadas con cierto tipo de juicios o proposiciones.

c) Norma jurídica como serie de signos lingüísticos, generalmente de tipo gráfico. A este sentido de norma se refieren los juristas cuando afirman que una norma es la misma aunque su interpretación judicial haya variado y que, en cambio, se trata de una nueva norma si se modificó la formulación lingüística, aunque esta tenga el mismo significado que la anterior. (concepción sintáctica).

d) Norma jurídica como juicio o enunciado que constituye el significado de tales grafismos o el contenido del acto lingüístico o de las actitudes críticas que forman parte de una práctica social y que predica de una acción que debe, no debe o puede hacerse. En este sentido, escribe Nino, una norma no nace, perdura o muere, no tiene autor y no puede tener distintos significados o interpretaciones. (Este es el sentido de norma al que se refiere la concepción hilética). Es precisamente, éste el sentido de norma jurídica que Nino considera que ha de ser explorado con más detenimiento para tratar de dar respuesta a la pregunta acerca de si las normas jurídicas expresan o no razones operativas autónomas para justificar acciones o decisiones como las judiciales. En *Derecho, Moral y política*¹⁸⁴ dentro de esta categoría, Nino distingue:

I Enunciados constativos de prescripciones (sería un enunciado del tipo: “El legislador ha prescrito “debe sancionarse a aquel que no pague sus impuestos”). Estos son juicios meramente fácticos. La verdad o falsedad de las proposiciones constativas depende de que se hayan pronunciado determinadas palabras y de que esto se haya hecho con la intención correspondiente y que las palabras y la intención correspondan al juicio normativo que se dice prescrito o que haya convenciones apropiadas para la asignación de esa intención. La interpretación no se agota en la descripción de los hechos, sino que depende de ciertos criterios

¹⁸⁴ Nino, C.S, op.cit., pág. 117 y ss.

normativos de interpretación que el destinatario debe adoptar según razones morales o prudenciales.

II Los juicios normativos puros. Son aceptados independientemente de las circunstancias de su formulación o de las consecuencias de su aceptación. Los juicios normativos puros son proposiciones que predicán que una conducta es debida, permitida o prohibida y pueden ser verdaderos o falsos (el juicio de que todos debemos abstenemos de matar es verdadero si y sólo si todos debemos abstenemos de matar).

No debemos afirmar un juicio normativo si no creemos que es verdadero y que hay razones a favor de su veracidad; esas razones no pueden consistir en el hecho de que alguien haya formulado el juicio en cuestión, aunque tal hecho, a veces, puede funcionar como indicio epistémico para suponer que es probable que esa persona tenga razones para formular el juicio normativo.

Entre los juicios normativos Nino cita: los juicios morales, los juicios prudenciales.

Los juicios morales puros. Entre estos identifica cierto tipo de juicios a los que también se refiere uno de los sentidos de norma jurídica (en este sentido puede hablarse de juicios normativos puros jurídicos); tal sería el caso, apunta nuestro autor, de un juicio intersubjetivo de moral, que se refiere a la forma en que debe organizarse y emplearse el cuasimonopolio de la coacción que se constituye en un grupo social. Estos juicios normativos puros son los que se aceptan desde el punto de vista interno. Es importante señalar que el carácter moral de este tipo de juicio intersubjetivo es lo que permite, en última instancia, que un determinado tipo de razonamiento práctico que va a afectar los intereses de terceros, aparezca justificado. Los juicios normativos de la moral intersubjetiva tienen como razones principios acerca de los intereses subjetivos de todas las personas.

Nino señala en “Los derechos morales”¹⁸⁵, que hay un sentido de norma jurídica que se identifica con estos: nos referimos a las normas jurídicas que reconocen los derechos fundamentales. Una tercera categoría dentro de este tipo de juicios normativos puros estaría formada por los juicios normativos de moral personal que se refieren a un tipo de intereses objetivos de cada persona. En el caso del razonamiento jurídico escribe Nino que podemos citar como ejemplo de juicio normativo puro moral un juicio como el siguiente:

“Es justo o debido moralmente obedecer a la autoridad L (p.ej. porque es democrática)”¹⁸⁶.

Los juicios prudenciales. Se caracterizan porque vienen implicados a partir de principios acerca de los intereses subjetivos de una persona. Como ejemplo de un juicio normativo puro de naturaleza prudencial, Nino escribe: Me conviene o es debido, prudencialmente, obedecer a la autoridad L (porque, de lo contrario, será sancionado). Creemos, sin embargo, que si tenemos en cuenta que lo que caracteriza a los juicios normativos puros (del tipo que sea) es el que son aceptados al margen de las circunstancias de su formulación y de las consecuencias de su aceptación, el correspondiente juicio normativo puro de naturaleza prudencial no sería el que Nino pone como ejemplo, sino otro que dijera: “Debo evitar ser sancionado”.

III Juicios normativos de adhesión, categóricos e hipotéticos. Los juicios normativos de adhesión derivan de juicios normativos puros (morales o prudenciales) que, como hemos visto, legitiman al autor de la prescripción relevante de juicios normativos puros a los que se acude también para interpretar tales prescripciones y de juicios constatativos de prescripciones. Los juicios normativos de adhesión son verdaderos o falsos en la medida en que vengan respaldados por juicios morales que, a su vez, derivan de razones operativas para

¹⁸⁵ Nino, C.S., *Sobre los derechos morales*, págs. 311-325.

¹⁸⁶ Nino, C.S., *Derecho, moral y política*, ed. Ariel, pág. 122.

la acción (principios morales) y de la verdad del juicio constatativo de una prescripción (razón auxiliar) que media en esa derivación y la corrección de la deducción a partir de tales juicios. Una misma acción puede ser debida de acuerdo a un juicio normativo puro y no de acuerdo a un juicio normativo de adhesión, aunque éste se funde en un juicio normativo puro que pertenezca al mismo sistema del anterior juicio normativo puro (p.ej. moral). Es este el conflicto que puede darse entre un principio moral que establece la legitimidad de una autoridad y el deber de obediencia y otro que establece un principio moral sustantivo.

Las normas jurídicas como juicios normativos de adhesión (normas jurídico-morales¹⁸⁷) aparecen en el discurso práctico judicial tanto en el caso de los abogados y litigantes que reclaman una cierta solución para el conflicto, como en el caso de los jueces que deben justificar su decisión. Pero, también, en el contexto del discurso de los juristas teóricos en el modelo de “ciencia” del Derecho propuesto por Nino (y que de forma no manifiesta ha llevado a cabo la dogmática¹⁸⁸) en el que los juristas no se limitan a describir las prescripciones formuladas sino que tienen, como tarea central, la de proponer soluciones a los jueces y otros agentes jurídicos, aparece este sentido de norma jurídica. Los primeros constituyen juicios de adhesión normativa categóricos y los segundos juicios de adhesión normativa hipotéticos (éste sería el sentido que manejaría Kelsen en su teoría pura).

La diferencia entre unos y otros estaría -escribe Nino- en la actitud proposicional respecto del juicio normativo puro del que deriva el juicio de adhesión en cuestión. Ese juicio sólo es supuesto como hipótesis. La aceptación hipotética de un juicio normativo no es pragmáticamente incompatible con la realización de la acción opuesta a la que el juicio califica como debida¹⁸⁹. Los juicios hipotéticos de adhesión son juicios normativos pero vaciados de su dimensión pragmática, ya

¹⁸⁷ Nino, C.S., *Sobre los derechos morales*, op.cit., pág. 322.

¹⁸⁸ Nino, C.S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*.

¹⁸⁹ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 127.

que el que deriven de un juicio normativo puro aceptado sólo hipotéticamente neutraliza el compromiso práctico justificativo. Y, por lo tanto, no sirven de razones para justificar acciones o decisiones. Nino, sin embargo, cuestiona que el discurso relevante de la ciencia jurídica sea meramente normativo hipotético a partir de la aceptación dogmática de ciertas normas jurídicas; y muchos menos, sólo descriptivo.¹⁹⁰

Según nuestro autor, sólo cuando manejamos el último sentido de norma jurídica (concepción hilética, o norma jurídica como contenido o significado) tiene sentido decir, aunque con determinados matices y calificaciones de las que nos ocuparemos más adelante, que éstas son razones operativas para justificar una acción o decisión. Afirmar esto, sin embargo, no significa que sólo las normas jurídicas entendidas en el último de los sentidos constituyan razones para justificar una acción o decisión en el análisis que hace Nino (aunque, es cierto, en los otros sentidos no son razones completas). También en los otros sentidos las normas jurídicas son relevantes para reconstruir, en sus peculiaridades, el razonamiento jurídico práctico de los sujetos.

2.2.2. Normas Jurídicas como razones para actuar según Raz.

A continuación pasamos a dar cuenta de los elementos más sobresalientes del análisis de Raz a efecto de poder entender después el análisis que Nino hace utilizando el instrumental raziano, así como la crítica que Nino dirige a la concepción de Raz acerca de las normas jurídicas. La tesis de Raz sobre la estructura de los razonamientos prácticos se basa en la distinción entre dos niveles de la deliberación práctica:¹⁹¹

¹⁹⁰ Nino, C.S., *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, op.cit., págs. 91-109.

¹⁹¹ El propio Raz advierte al comienzo de su mencionado trabajo que su propósito al introducir algunas distinciones relativas a las razones para la acción no es realizar un análisis en profundidad de la estructura de los razonamientos prácticos, sino tratar de relacionar las normas y el Derecho con las razones. Raz, J., *op.cit.*, pág.17.

1 Un primer nivel más elemental de razonamiento en el que se tomarían en consideración exclusivamente razones de primer orden.

Estas, en el análisis de Raz pueden ser bien razones operativas o bien razones auxiliares. Veamos esto a partir de un ejemplo: “Yo deseo ayudar a mi amigo; Prestar mi casa a mi amigo es una forma de ayudarlo; Por consiguiente, tengo una razón para prestar mi casa a mi amigo”. Pues bien, mi deseo de ayudar a mi amigo es una razón operativa. En el análisis de Raz, los deseos (en el sentido de deseo espontáneo¹⁹²), los intereses y los valores constituyen este tipo de razones.

Una razón operativa es aquella cuya creencia en su existencia implica tener una actitud crítica práctica. Tal actitud no es necesariamente una actitud de aprobación o desaprobación moral. Sólo cuando la razón para la acción es una razón moral la actitud crítica asume un carácter moral. Las razones que no son operativas son razones auxiliares. Las razones auxiliares juegan diversos papeles en el razonamiento práctico. Raz señala dos que a los efectos interesan (las razones identificadoras y las razones que afectan a la fuerza¹⁹³). Aquí nos interesan las de primer tipo, las que Raz denomina razones identificadoras porque su función es ayudar a identificar el acto que hay razón para realizar y, de alguna forma, transmite la fuerza de la razón operativa al acto particular de p.ej prestar mi casa a mi amigo.

Pero las cosas suelen presentarse de forma más complicada. Imaginemos que otro amigo que también necesita alojamiento me pide que no le deje mi casa al primero, sino a él. Su ruego constituirá una razón que yo deberé sopesar con la razón que yo tenía para prestárselo. Los conflictos entre razones de primer orden se resuelven por medio de la fuerza relativa de las razones en conflicto.

¹⁹² Raz, J., *op.cit.*, pág. 38.

¹⁹³ Raz, J., *op.cit.*, pág.39.

Raz formula lo que se considera generalmente como el principio más elemental de la racionalidad práctica:

“Es siempre el caso que se debe, todas las cosas consideradas, hacer lo que se debe hacer sobre la base del balance de razones”¹⁹⁴.

Pero, según el análisis de Raz, la complejidad de la racionalidad práctica no se agota en este nivel. Es preciso reparar en la existencia de un segundo nivel de deliberación. Este, nos dice Raz, resulta fundamental para explicar el papel que tienen las reglas en el razonamiento práctico.¹⁹⁵ Imaginemos que ante la ansiedad que me crea encontrarme en tales situaciones, adopto la regla de dejar mi casa al primero de mis amigos que me lo solicite.

Según Raz, salvo excepciones, adoptar una regla como la anterior supone dejar de tomar en consideración todos los factores relevantes para juzgar los méritos del caso. No se tienen en cuenta tales factores porque se acepta una razón excluyente para guiar la conducta en ciertos supuestos. Pues bien, según Raz, los conflictos entre una razón de primer orden y una razón excluyente no se resuelven en virtud de la fuerza de las razones en competencia, sino mediante un principio general del razonamiento práctico que determina que las razones excluyentes - dentro de su alcance- prevalecen siempre cuando están en conflicto con razones de primer orden¹⁹⁶.

2 Raz formula entonces el segundo principio de racionalidad: “No se debe actuar sobre la base del balance de razones si las razones que inclinan el balance son excluidas por una razón excluyente no derrotada”. Esto, a su vez, implica un cambio en el primer principio antes enunciado. Este deberá ser sustituido por:

¹⁹⁴ Raz, *op.cit.*, pág. 41.

¹⁹⁵ Raz, *op.cit.*, págs. 41-44.

¹⁹⁶ Raz, *op.cit.*, págs. 45-52, Ródenas, *op.cit.*, págs. 148, nota 9.

“Es siempre el caso que se debe, todas las cosas consideradas, actuar por una razón no derrotada”¹⁹⁷

La idea de Raz es pues que tener una regla consiste en “haber decidido por adelantado qué hacer. Cuando se presenta la ocasión para la acción no se ha de considerar el asunto, pues la decisión ya está tomada”. La regla se toma no meramente como una razón para realizar la acción normada, sino, también, como una razón que resuelve conflictos prácticos excluyendo razones en conflicto.

Detengámonos aquí: en la concepción de Raz la razón excluyente no está constituida por la norma (en sentido hilético), sino por el hecho de que una autoridad la promulga. Es precisamente ese origen autoritativo el que da carácter excluyente a las normas jurídicas.¹⁹⁸

Por otra parte, las normas, (esta vez sí, en sentido hilético), califican deónticamente conductas. Por lo demás, antes de pasar a ver la caracterización de Raz de las normas jurídicas en términos de razones para la acción, es preciso señalar que Raz maneja una noción de razón en el sentido de razón justificativa y sustantiva (no en el sentido de razón-premisa).¹⁹⁹ La explicación del uso común del lenguaje normativo ha de encontrarse en las creencias (justificadas o injustificadas) de quienes usan ese lenguaje. Nos dice Raz que las reglas jurídicas pueden ser razones válidas para la acción o pueden no serlo; aunque esto es irrelevante para la explicación del uso del lenguaje normativo en un contexto jurídico.²⁰⁰ En la concepción de Raz, las directivas autoritativas (las normas jurídicas de mandato) son analizadas en términos de razones protegidas. Entre los casos que, según Raz, pueden constituir razones válidas para la acción, además de ejemplos como aquellas situaciones en las que la necesidad de ahorrar tiempo, trabajo o preocupación constituyen razones excluyentes justificadas en los que se

¹⁹⁷ Raz, *op.cit.*, pág. 45.

¹⁹⁸ Redondo, *op.cit.*, pág.175.

¹⁹⁹ Redondo, *op.cit.*, pág. 171.

²⁰⁰ Raz, *op.cit.*, pág. 198.

debe aplicar el segundo principio de razonamiento (“No se debe actuar sobre la base del balance de razones si las razones que inclinan el balance son excluidas por una razón excluyente no derrotada”), se encuentran las normas jurídicas.

Las normas jurídicas constituyen este tipo de razones cuando son válidas. Pero aún en aquellos casos en que no lo son, su existencia como normas debe analizarse en términos de razones para la acción. Como escribe Redondo, interpretando a Raz:

“Esto significa que, aún cuando las autoridades se equivoquen y, por tanto, las disposiciones jurídicas no estén justificadas, ellas igualmente son vistas como razones justificativas, desde la perspectiva de los sujetos que creen en ellas. Las reglas, aún cuando no sean válidas, siempre funcionan como razones, por su propia naturaleza. Consecuentemente, si se pretende comprender en qué consiste una directiva dictada por una autoridad, es necesario tener en cuenta ese rasgo”²⁰¹.

En la concepción de Raz, el carácter de razón excluyente es una nota definitoria de toda regla. Sólo que no todas las reglas son razones válidas; i.e. no todas provienen de autoridades legítimas.²⁰²

Además, en esta concepción, las directivas dictadas por una autoridad poseen siempre un valor positivo de racionalidad, puesto que maximizan la posibilidad de adecuación con las razones existentes. Este valor se sustenta en el carácter experto de las autoridades normativas y justifica la probabilidad de que ellas no se equivoquen. Este valor, sin embargo, se pierde cuando las autoridades se equivocan y si se admite que una autoridad ha errado, no puede esgrimirse la probabilidad de acierto como fundamento del deber de obediencia.²⁰³

²⁰¹ Redondo, C., *op.cit.*, pág. 173. Raz, J., *op.cit.*, pág. 239.

²⁰² Redondo, C., *op.cit.*, pág. 174, nota nº 56.

²⁰³ Redondo, C., *op.cit.*, pág. 174, nota nº 58.

2.3. Las normas jurídicas como razones para actuar

Presentaremos un análisis que lleva a Nino a defender la distinta naturaleza que en el razonamiento práctico tienen los juicios de valor por un lado, y las normas jurídicas por otro. Después de haber señalado la pluralidad de conceptos de norma jurídica que, según sabemos por Nino, manejamos en el razonamiento jurídico justificativo, es preciso hacer constar que esta parte del análisis de Nino en el que, como veremos, dibuja su postura a partir de una serie de observaciones críticas a la concepción prescriptivista de Hare acerca de los juicios de valor, no se comprendería si no comenzara aquí señalando que aunque Nino se refiere a normas jurídicas sin matizar y señala que éstas, a diferencia de los juicios de valor, no evocan razones para la acción sino que las crean, está pensando en el sentido de normas jurídicas como prescripciones o directivas de una autoridad. Es decir, las normas jurídicas entendidas como prescripciones pretenden crear razones para la acción.

a) Juicios de valor y presuposición de razones. Nino utiliza la expresión juicio de valor para referirse a:

- I Los juicios normativos puros (como son los juicios morales y los juicios prudenciales) y a;
- II A los juicios normativos de adhesión o normas jurídico-morales.

A diferencia de algunas teorías metaéticas que consideran los juicios de valor como expresiones de emociones, y prescripciones, etc., Nino, tras analizar el papel que desempeñan los juicios de valor en el discurso práctico, llega a la conclusión de que tales juicios tienen naturaleza descriptiva, ya que presuponen la existencia de razones para la acción.

Nino comienza su análisis acerca de la naturaleza de los juicios de valor a partir del análisis crítico de la concepción prescriptivista de Hare de los juicios valorativos.²⁰⁴

Según la lectura que hace Nino de Hare, para esta concepción, el significado de un juicio de valor no hace referencia a ningún hecho sino que pretenden dirigir la conducta por sí mismos, sin necesidad de invocar razones preexistentes. Según esto, los juicios de valor no pueden ser ni verdaderos ni falsos. Concretamente, la teoría prescriptivista de Hare establece una asociación entre los juicios de valor y los imperativos. Hare considera que tanto los juicios de valor como los imperativos aunque no comparten los mismos rasgos, pertenecen a la clase general del lenguaje prescriptivo.²⁰⁵ Según su teoría, de todo juicio de valor se deduce un imperativo²⁰⁶ y órdenes y mandatos son casos paradigmáticos de imperativos. Hare propone incluso el término *command*²⁰⁷ para referirse en forma general a los imperativos acerca de los que le interesa discutir en relación con los juicios de valor.²⁰⁸

En opinión de nuestro autor, pese a la asociación que se hace entre reglas jurídicas (como prescripciones), órdenes y juicios de valor, el papel que cada uno de ellos juega en nuestro discurso práctico es muy diferente. Concretamente, aquí, las diferencias que interesa señalar son las que se dan en cuanto a rasgos y papel que juegan en el discurso práctico las normas jurídicas (como prescripciones) y las órdenes, por un lado, y los juicios de valor, por otro. Los juicios de valor tienen las características de superveniencia (como vimos, esto se refiere a que las propiedades y relaciones que determinan los casos relevantes deben ser de índole fáctica, de modo que las circunstancias que condicionan las diferentes soluciones normativas sean susceptibles de verificación por parte de todos) y de universalidad (el que formula un juicio valorativo, o asiente seriamente a él, está

²⁰⁴ Hare, *The Language of Morals*, Oxford, Clarendon Press.

²⁰⁵ Hare, *op. cit.*, pág. 3.

²⁰⁶ Hare, *op. cit.*, pág. 168-169.

²⁰⁷ Command [orden, mandato]

²⁰⁸ Hare, *op. cit.*, pág. 134.

comprometido a extenderlo a todas las situaciones que presentan las propiedades que son relevantes para el juicio valorativo en cuestión).

Estos dos rasgos de los juicios valorativos están intrínsecamente relacionados con el hecho de que tales juicios necesariamente evocan razones en su apoyo: Tales razones consisten en los principios generales bajo los cuales es subsumible el juicio valorativo en cuestión (así, de los principios que constituyen razones para la acción, se derivan juicios valorativos). Nino está aquí siguiendo al propio Hare quien -como señala nuestro autor- relaciona juicios valorativos con principios generales: para Hare, las razones que subyacen a los juicios valorativos son ciertos principios generales; y, si este autor está en lo cierto, entonces señala Nino:

“Todo juicio valorativo implicaría el juicio de que existe un principio general aplicable al caso”²⁰⁹.

En opinión de Nino, sin embargo, la afirmación de Hare de que todo juicio valorativo implica un imperativo resulta desconcertante. En efecto, en su opinión, resulta difícil imaginar qué puede ser un imperativo que no sea una orden, una regla, un pedido, una exhortación, un consejo, etc. Si lo que se pretende decir es que todo juicio valorativo implica una orden, pedido o exhortación, entonces, esto es, en opinión de nuestro autor, falso:

“Es absurdo sostener que de todo juicio moral se puede inferir un enunciado cuya formulación esté destinada a constituir razones para actuar. La relación de implicación entre enunciados es ajena a la función que puede cumplir la formulación de esos enunciados”²¹⁰

²⁰⁹ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., págs. 117.

²¹⁰ Nino, C.S., op.cit., pág. 123.

Según esto, el hecho de que tanto los juicios de valor como las prescripciones cumplan una función directiva no implica que de los primero se puedan extraer prescripciones puesto que las relaciones de implicación se dan entre las proposiciones, no entre las funciones. Quizá la forma de introducir algo de claridad en la teoría prescriptivista de Hare es entendiendo, como propone Bayón, que:

“Lo que se trata de subrayar cuando se dice sin mayores matizaciones que los juicios de deber son “una clase de prescripciones” es que sostener que algo constituye una razón para actuar no es meramente describir, constatar o caer en la cuenta de algo, sino que supone adoptar una actitud, formar o suscribir una preferencia”²¹¹.

Pero, en cualquier caso, del hecho de que unos enunciados cumplan igualmente la función directiva no significa que no haya, como de hecho hay, diferencias importantes entre un tipo de enunciados y otros. Que los juicios de valor se apoyan en la existencia de razones para la acción lleva a Nino a sostener que de los juicios de valor puede predicarse verdad o falsedad. Así -escribe Nino- tiene perfecto sentido decir que:

“Es verdad que la pena de muerte es injusta”²¹²,

Y ello porque la emisión de un juicio de valor no crea, sino que presupone razones. En opinión de Nino, es importante precisar que el juicio valorativo que expresa que debe realizarse determinada conducta implica un juicio del tipo “*hay razones para hacer X*”, pero eso no significa que tales enunciados sean equivalentes, ya que “ las premisas “*hay razones para q*” y “*r contribuye a hacer q*” justifican “*hay razones para r*” pero no justifican que “*se debe realizar r*”, mientras que, parece que todo enunciado que justificara a este último justificaría también al primer enunciado “*hay razones para hacer r*”.

²¹¹ Bayón Mohino, *La normatividad del Derecho*, op.cit., pág. 312.

²¹² Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 114.

En definitiva, según el análisis de Nino, los juicios valorativos son análogos a los descriptivos y no a las órdenes y normas jurídicas (como prescripciones) puesto que cuando se formula un juicio de valor no se pretende crear razones sino llamar la atención sobre la existencia de tales razones. El que uno formule un juicio moral puede influir en el comportamiento de la gente (en muchos casos ese es el propósito con el que se formula), pero esto es así porque esa formulación propaga la creencia de que hay razones para actuar, y no porque la formulación de un juicio de valor genere esas razones.

De esta forma, si los juicios valorativos (o juicios morales) implican la existencia de razones para la acción (esto es, la existencia de principios morales) entonces podemos decir que los juicios valorativos son aceptados no por la autoridad de quien los formula, sino porque uno cree que existen las razones que el juicio implica.²¹³ Dicho lo anterior, Nino admite que puede haber consejos y exhortaciones morales que presuponen cierta autoridad de quien los formula y, en consecuencia, pueden generar razones pero, en este caso, la autoridad moral es banáloga a la autoridad científica. Las razones que generan son, pues, razones para creer: la afirmación de un determinado juicio de valor es una razón para creer en su contenido sólo porque es una razón para creer que el hablante tiene otros fundamentos para aceptarlo. Por lo tanto, los juicios valorativos, según escribe Nino, se caracterizan por:

- 1) Implicar un juicio acerca de la existencia de razones para realizar la acción indicada.
- 2) Su formulación por alguien en cierta ocasión no esta destinada a constituir una razón para ejecutar la acción valorada.
- 3) Se puede predicar de ellos verdad o falsedad.

²¹³ Este es el rasgo de los juicios morales al que Kant denominó autonomía. Nino, C.S., *La validez del Derecho, op.cit., pág. 120.*

En efecto, señala Nino, que si se considera que la alusión a la existencia de razones se refiere a las condiciones de verdad de un juicio valorativo entonces las anteriores características nos llevan también a sostener que de los juicios de valor podemos predicar verdad o falsedad. Incluso la versión más débil de esta tesis, esto es, si se considera que la alusión a la existencia de razones se refiere sólo a las condiciones para sostener o aceptar un juicio valorativo (en cuyo caso el juicio valorativo no implicaría estrictamente un juicio acerca de la existencia de razones) esto tiene relevancia respecto de la posibilidad de predicación veritativa en el discurso valorativo: si se admite que hay ciertas condiciones para aceptar un juicio valorativo, esto implica que se pueda formular juicios de segundo nivel respecto de la satisfacción de esas condiciones, y estos juicios podrían ser verdaderos o falsos.²¹⁴

Nino sugiere que esto último podría ser aplicable al esquema de Hare. Como hemos apuntado antes, Hare concibe a los juicios valorativos como prescripciones, sin perjuicio de señalar una serie de condiciones para la formulación de esas prescripciones. Esto permitiría, precisamente, -en opinión de Nino- la formulación de juicios descriptivos acerca de lo que prescribiría un “*prescriptor*” universal benevolente y saber cómo serían estos juicios descriptivos que son los que interesan en el discurso moral. De esta forma, aunque Nino considera desafortunada la referencia a imperativos, concluye que en el esquema de Hare podría articularse una clase de juicios valorativos que son descriptivos.

b) Normas jurídicas como prescripciones y constitución de razones. A diferencia de los juicios de valor, lo que caracteriza a las normas jurídicas (como prescripciones; entendidas como acto lingüístico, es decir según la concepción expresiva o pragmática) y a las órdenes es que no indican la existencia de razones para actuar, sino que ellas mismas pretenden constituir parte de tales razones. En *Derecho, Moral y Política* define así las prescripciones:

²¹⁴ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 122.

“Una prescripción es un acto lingüístico que consiste en formular un juicio normativo con la intención de que ese mismo acto lingüístico constituya parte de una razón del destinatario para realizar la acción normada, dado algún juicio normativo al que el destinatario se adhiere.”²¹⁵

Además, añade Nino que el que formula la prescripción cree que el destinatario acepta, por su parte, un juicio normativo que hace relevante su propio acto lingüístico como condición de que la acción en cuestión sea debida²¹⁶. Nino señala que las órdenes no informan acerca de la pre-existencia de ciertas razones para realizar la conducta prescrita, sino que la emisión de tal orden procura hacer aplicable una razón independiente a favor de una acción. Tal razón, además, es siempre una razón auxiliar que especifica la aplicabilidad de una razón operativa, de índole moral o prudencial²¹⁷. De esta forma, la formulación de la orden se combina a veces con consideraciones morales que dan autoridad al emisor; otras veces se combina con consideraciones prudenciales relacionadas, generalmente, con el deseo de eludir la materialización de cierta amenaza que acompaña a la orden.

Nino cuestiona, sin embargo, la afirmación de Raz de que las órdenes y las reglas, si son válidas, constituyen un tipo especial de razones para actuar de segundo orden, que llama “excluyentes” (razones para no tener en cuenta otras posibles razones para no realizar una cierta acción).

Nino considera que la especificidad de las razones generadas por reglas y órdenes es cuestionable, y más adelante, al examinar el distinto papel que cumplen los distintos sentidos de norma jurídica sostiene que:

“Es razonable concluir que, contrariamente a lo que han sostenido autores como Joseph Raz, las normas jurídicas no expresan razones operativas

²¹⁵ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 111.

²¹⁶ Nino, C.S., *op.cit.*, pág. 113.

²¹⁷ Raz, *Razones prácticas y Normas*, op.cit., págs. 37-39.

*autónomas para justificar decisiones, salvo cuando ellas son identificadas con juicios morales; cuando las normas jurídicas son concebidas como prescripciones o prácticas, al igual que las órdenes y a diferencia de las expresiones emocionales, operan sobre la razón, o sea, inciden en el comportamiento a través de las razones que el destinatario pudiera eventualmente tener, pero, a diferencia de los principios valorativos [...], no expresan por sí mismas razones operativas para actuar.*²¹⁸

Según el análisis de Nino, las normas jurídicas (como prescripciones) a semejanza de las órdenes -y a diferencia de los juicios de valor- no parecen afirmar la existencia de razones para actuar, sino que su dictado está dirigido a constituir parte de una razón moral o prudencial de sus destinatarios para realizar la acción indicada.

Tipos de normas jurídicas y tipos de razones para actuar.

Retomamos la reconstrucción que hace Nino de un sencillo razonamiento judicial; pertrechados con los sentidos de norma jurídica apuntados al comienzo de este punto, junto con algunas nociones ya apuntadas de Raz, y el análisis de Nino sobre la diferencia entre los juicios de valor y las prescripciones como acto lingüístico que pretende constituir razones para actuar creemos que podremos entender mejor las conclusiones a las que llega Nino acerca del valor que tienen en el razonamiento práctico los distintos sentidos de norma jurídica. Recordemos los distintos sentidos de norma jurídica que son manejados según Nino en el razonamiento práctico:

- a) Como prácticas o hechos sociales
- b) Como actos lingüísticos de prescribir (concepción expresiva, lo que pasa a formar parte del razonamiento práctico del destinatario de este tipo de acto

²¹⁸ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 143.

lingüístico es una proposición que constata la formulación de una prescripción.

- c) Como conjunto de signos lingüísticos (concepción sintáctica)
- d) Como juicio o significado o contenido del acto lingüístico o de las actitudes críticas que forman parte de una práctica social (concepción hilética)

Y volvamos sobre un ejemplo de razonamiento jurídico justificativo²¹⁹:

- 1) Se debe obedecer a quien ha sido elegido democráticamente para legislar.
- 2) El legislador L ha sido elegido democráticamente.
- 3) L debe ser obedecido.
- 4) L ha dictado una norma jurídica que estipula *“el propietario que no cobra de su inquilino dos meses de alquiler tiene derecho a recuperar su inmueble”*
- 5) El propietario que no cobra de su inquilino dos meses de alquiler tiene derecho a recuperar su inmueble.
- 6) María (inquilina) no pago dos meses de alquiler al propietario Juan.
- 7) La demandada María debe desalojar la vivienda alquilada.

Según el análisis de Nino, los sentidos de norma como acto lingüístico y de norma como conjunto de símbolos lingüísticos (es decir, los sentidos (b) y (c)) recogen distintos tramos de la formulación de un juicio moral; la formulación de una norma entendida como acto lingüístico o conjunto de signos lingüísticos constituye una razón auxiliar respecto de ciertas razones operativas morales (o prudenciales) que cierto grupo de gente, incluyendo los jueces, pudieran tener. El sentido de norma como práctica social, es decir el sentido (a), alude al fenómeno social que resulta cuando el grupo de gente mencionado, incluyendo a los jueces, toma, efectivamente, aquella formulación en forma regular, como hecho relevante (esto es, como una razón auxiliar) para sus razones operativas de índole moral -o prudencial- y actúa en consecuencia. Por último, el sentido de norma jurídica como significado o contenido del acto lingüístico, como significado de los signos

²¹⁹ Nino, C.S., *Sobre los derechos morales*, op.cit., págs. 317-321.

lingüísticos o como contenido de las actitudes críticas que forman parte de una práctica social (d) hace referencia a un juicio que, en tanto contenido de la intención con que se lleva a cabo la formulación antes mencionada, es un juicio moral ordinario (p.ej. la premisa 3, 5 y 7 del anterior razonamiento), y en tanto conclusión general intermedia que extraen los que acatan esa formulación -esto es, la norma jurídica como prescripción o práctica social- a partir de razones operativas morales (o prudenciales), es un juicio moral de adhesión normativa (p.ej. de nuevo, las premisas 3, 5 y 7) Veamos esto último con algo más de detenimiento.

Cuando nos preguntamos por el papel de estos juicios deónticos en el razonamiento práctico podríamos distinguir:

- 1) Los casos en los que tales juicios son aceptados como premisas del razonamiento práctico en virtud de su contenido.

En tal caso el juicio en cuestión es indistinguible de los juicios morales, ya que tal juicio deóntico estaría comportándose en el razonamiento práctico como una razón de carácter moral y reuniría los rasgos formales de universalidad, generalidad, superveniencia e integración. Pensemos en el caso de un juez que acepte y aplique la norma jurídica que establece que "el homicidio debe ser castigado con la pena de X años de prisión".

Lo que sucede, como bien hace notar Nino, es que si el juez partiera en su razonamiento de ese juicio como razón operativa primitiva entonces su conducta subsiguiente no implica que esté observando lo que un legislador ha dispuesto por el hecho de que éste lo haya establecido, sino que simplemente habrá coincidencia entre su conducta y el contenido de esa norma jurídica. En definitiva, si el razonamiento práctico del juez tiene como razón última el principio moral que establece que hay que castigar a quienes matan, no estará observando una norma

jurídica; su razonamiento no será un razonamiento jurídico sino que será un razonamiento moral ordinario.²²⁰

2) Los casos en los que el juicio jurídico es aceptado en virtud de su origen.

Como el origen -el dictado de una autoridad- es un hecho que en sí mismo no determina la actitud de aceptación, en estos casos es preciso recurrir a un principio normativo subyacente que haga relevante ese origen para la aceptación del juicio. Volvamos al ejemplo de Nino, si el juez considera que ha de castigar a los que matan porque (entre otras cosas) el legislador así lo ha establecido, eso implica que concibe aquel juicio como una conclusión intermedia a partir de un juicio fáctico y de un principio moral, que establece el deber de obedecer a las autoridades legítimas, esto es, como un "juicio de adhesión normativa".

Los juicios de adhesión normativa o -en la terminología de Derecho, Moral y Política- "juicios normativos de adhesión", se caracterizan, entonces, por ser enunciados de deber moral que toman como circunstancia relevante el hecho de que se ha dictado una norma jurídica.

*"Para que una norma sea acatada como norma jurídica, las razones que tiene el juez para tomarla en cuenta en su decisión deben ser diferentes de las razones que tuvo el legislador para dictarla. El juez desarrolla un razonamiento jurídico en la medida en que no razone como legislador."*²²¹

¿Son las Normas Jurídicas razones autónomas para actuar?

La pregunta acerca de si las normas jurídicas expresan o no razones operativas autónomas para justificar acciones o decisiones como las judiciales es, según Nino, la pregunta central de la filosofía del Derecho. Nino proyecta su análisis

²²⁰ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 141.

²²¹ Nino, C.S., op.cit., pág. 142.

cuestionando la corrección de posturas como la de Raz. Para este último autor, las normas jurídicas son un tipo especial de razones para actuar:

“Las reglas, y en general las normas de mandato, deben poder distinguirse de otras razones, con independencia de que se crea en ellas, se las siga o se las practique.[...] Una norma de mandato es, o bien una razón excluyente, o bien, más comúnmente, a la vez una razón de primer orden para realizar el acto normativo y una razón excluyente para no actuar por ciertas razones en conflicto. [...] Si la autoridad ha de justificarse por las exigencias de la coordinación debemos considerar a las manifestaciones [utterances] autoritativas como razones excluyentes [...] como razones para no actuar sobre la base del balance de razones tal como ellas [las personas] las perciben incluso aunque estén en lo correcto. Aceptar una autoridad sobre estos fundamentos no es actuar de forma irracional o arbitraria. La necesidad de una autoridad puede estar bien fundamentada en razones. Pero las razones son de un tipo especial. Establecen la necesidad de considerar las manifestaciones autoritativas como razones excluyentes. [...] No todas las manifestaciones autoritativas son razones excluyentes, las normas dictadas por una autoridad son razones excluyentes”²²².

En opinión de Nino, sin embargo, la cuestión merece un análisis más complejo. No podemos simplemente sostener que “las normas jurídicas son un tipo especial de razones para actuar” como hace Raz, sino que la corrección de esta afirmación dependerá del concepto de “razón” y de “norma jurídica” que estemos manejando.

El concepto de razón y la relevancia de las razones morales como razones justificativas en aquella esfera de la actuación humana que afecta intereses de terceros, los distintos sentidos de norma jurídica que según Nino pueden ser identificados. Pues bien, de todos aquellos sentidos, solamente cuando

²²² Raz, J. *Razón práctica y Normas*, págs. 66 y ss.

entendemos las normas jurídicas bien como juicios normativos puros de organización social (sería el caso de la premisa 1 del anterior razonamiento), bien como juicios morales de adhesión normativa (premisas 3, 5 y 7 del anterior razonamiento jurídico justificativo), expresan, según Nino, razones operativas autónomas para justificar decisiones que afecten a terceros.

No son sin embargo razones operativas, sino sólo, razones auxiliares, las normas en el sentido de actos de prescribir, prácticas sociales etc. Pero, en realidad, lo que está sucediendo aquí es que este sentido de norma jurídica -juicio normativo de adhesión- ya incluye el componente normativo moral. Sólo cuando apelamos al sentido de norma jurídica con este componente moral podemos hablar, según Nino, de normas jurídicas como razones operativas. A partir de aquí podemos considerar, sin embargo, que, en el fondo, la postura de Raz y la de Nino en este punto no es, distinta puesto que, cuando Raz habla de normas jurídicas como razones para la acción está pensando en las reglas jurídicas válidas entendidas, además, como juicios prácticos.²²³ Nos parece que esta interpretación puede verse apoyada con sus palabras:

“Lo que sucede es que las reglas -como cualquier otra razón excluyente- no son razones últimas. Una razón para no actuar por una razón siempre ha de estar justificada por consideraciones más básicas o fundamentales, de manera que en el caso de las reglas habría que distinguir entre las razones que justifican tener o aceptar una regla y la regla así justificada como razón para realizar cierta acción y para no tener en cuenta otras razones en contra de su ejecución.”²²⁴

Parece, pues, que Raz estaría diciendo que sólo las normas jurídicas como normas válidas, esto es, como normas derivadas de un razonamiento práctico en el que las razones operativas son consideraciones más básicas o fundamentales,

²²³ Cfr. Raz, J. *Razón práctica y normas*, pág. 91 y ss.

²²⁴ Raz, J. *Razón Práctica y Normas*, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 86.

pueden aparecer como razones operativas de otro razonamiento en el que se procede a resolver una acción en tanto que conforme a la regla.²²⁵ Creemos que en este punto, entonces, las tesis de ambos autores son, en el fondo, la misma puesto que lo sostenido por Raz equivale, en el esquema de Nino, a sostener que las normas jurídicas sólo expresan tales razones operativas autónomas cuando son identificadas con juicios de adhesión normativa, esto es, con juicios morales.

Sin embargo, cuando las normas jurídicas son concebidas como prescripciones o prácticas, al igual que las órdenes y a diferencia de las expresiones emocionales, operan sobre la razón, o sea, inciden en el comportamiento a través de las razones que el destinatario pudiera eventualmente tener, pero, a diferencia de los principios valorativos no expresan por sí mismos razones operativas para actuar. Para concluir el análisis que hace Nino de las normas como juicios de adhesión normativa quisiera añadir una observación de la que da cuenta nuestro autor en su artículo "*Las limitaciones de la teoría de Hart sobre las normas jurídicas.*"²²⁶ La cuestión de la que aquí nos queremos ocupar es la referida a la verdad o no de la tesis que sostendría que "nada puede ser reconocido como jurídicamente obligatorio si no es aceptado como moralmente obligatorio".

Según escribe Nino en el mencionado trabajo, esta tesis es correcta en un sentido e incorrecta en otro. Si bien es cierto que toda obligación jurídica está fundada en alguna razón moral (como la que da legitimidad al legislador) hay casos en los que sólo surge la obligación moral cuando se dan los mismos hechos que dan lugar a la obligación jurídica (piénsese en el frecuente ejemplo de la ordenación del tráfico por parte de la autoridad competente). Por lo tanto -como señala Nino- no es siempre verdad que para que una conducta sea jurídicamente obligatoria ella deba ser moralmente obligatoria con independencia de los hechos que dan lugar a la obligación jurídica. Pero sí que es verdad -en contra de lo que sostiene Hart- que

²²⁵ Cfr. Bayón, J.C. *La normatividad del Derecho*, op.cit., pág. 491.

²²⁶ Nino, C.S., *Las limitaciones de la teoría de Hart sobre las normas jurídicas*, Anuario de Filosofía jurídica y social, nº 5, ed. Abeledo-Perrot, Bs As.

si una conducta es jurídicamente obligatoria (en un sentido normativo o justificativo) ella es moralmente obligatoria.²²⁷ De esta forma:

“Aun cuando desde el punto de vista externo debe ser posible en principio distinguir un sistema jurídico de uno moral, desde el punto de vista interno los juicios jurídicos (justificativos) se presentan como una subclase de juicios morales y sólo son distinguibles de otros juicios morales porque, a diferencia de ellos, no derivan de juicios acerca de la legitimidad de ciertas autoridades y acerca de lo que ellas han dispuesto.”²²⁸

La posible contradicción entre un juicio de adhesión normativa (juicio jurídico justificativo) y un juicio normativo puro moral al que antes hice referencia será, en opinión de Nino:

“Reflejo de la inconsistencia dinámica entre algún juicio moral sustantivo y el que dispone obedecer a las autoridades que reúnen ciertas condiciones”²²⁹

Obligatoriedad de las Normas Democráticas

“Aunque desde el punto de vista lógico las normas jurídicas sólo tienen poder justificativo en la medida en que deriven de normas morales, desde el punto de vista epistemológico, las normas jurídicas de origen democrático sirven como indicio para determinar cuáles pueden ser las normas morales válidas”²³⁰

²²⁷ Cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, pág. 112.

²²⁸ Nino, C.S., *Las limitaciones de la teoría de Hart sobre las normas jurídicas*, Anuario de Filosofía jurídica y social, nº5, pág. 93.

²²⁹ Nino, C.S., *op. cit.*, pág. 93.

²³⁰ Nino, C.S., *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Emecé editores, pág. 210.

Hemos dado cuenta de los diversos sentidos de norma jurídica y de cómo esos sentidos implican que las normas jurídicas, según sean entendidas, impliquen uno u otro tipo de razones para la acción. Vimos que podemos hablar de las normas jurídicas como:

- a) **Razones auxiliares:** Cuando son concebidas como prácticas sociales o juicios constatativos de prescripciones; en este caso junto con razones operativas morales (el principio moral que establece el deber de obedecer a las autoridades legítimas) darían lugar a los denominados juicios jurídicos justificativos o juicios de adhesión normativa (o, normas jurídicas, en otro sentido de éstas).
- b) **Razones operativas:** Cuando con norma jurídica nos referimos precisamente al juicio de adhesión normativo apuntado. Esto es, como derivadas lógicamente de un principio moral que legitima la autoridad y un juicio constatativo de cierto hecho.

Pero las normas jurídicas también pueden verse como derivadas directamente de principios morales o incluso como reflejo de cuáles sean estos. Esto nos permite presentar una importante aportación de Nino en relación con otra dimensión del papel que en el razonamiento práctico cumplen las normas jurídicas procedentes de una autoridad democrática y que permite, además, profundizar en el análisis de ese principio moral que Nino recurrentemente presenta como razón operativa primitiva en el razonamiento jurídico justificativo: el deber de obedecer a las autoridades legítimas. Desde el punto de vista lógico las normas jurídicas sólo tienen poder justificativo en la medida en que deriven de normas morales; pero hay, además, una importante dimensión de las normas jurídicas identificadas en el análisis de Nino:

“Las normas jurídicas procedentes de una autoridad democrática tienen un valor epistemológico especial.”²³¹

²³¹ Nino, C.S., *Un país al margen de la ley.*, op.cit., pág. 210.

Lo que Nino sostiene es que las normas jurídicas de origen democrático sirven como indicio para determinar cuáles pueden ser las normas morales válidas, es decir, son argumentos a favor de que hay razones para actuar, las normas jurídicas:

“Constituyen razones epistémicas, o sea razones por las que se cree que las normas prescritas por la autoridad democrática derivan de principios morales válidos y que constituyen argumentos que justifican decisiones.”²³²

La legitimación de la autoridad democrática vendría dada por el hecho de que -en el análisis de Nino- el procedimiento democrático es un sucedáneo del discurso moral, la autoridad democrática se presentaría al menos en principio, no como una autoridad práctica sino como una autoridad teórica en materia práctica. El origen democrático de una norma nos proporcionaría -en la concepción de Nino- razones para creer que hay razones para realizar el contenido de la norma. Porque la discusión -respetando los presupuestos y reglas del discurso- favorece el acceso a la verdad moral y si tras ese debate se llegara a una conclusión unánime este reflejaría, presuntivamente, el logro de ese conocimiento compartido. Por supuesto, en el caso de la democracia como procedimiento de resolución de conflictos todos los requisitos se debilitan y con ello la presunción de reflejar la verdad moral por parte del consenso (mayoritario) alcanzado. Pero aunque sea de una forma más débil, el hecho de que las decisiones democráticas gocen de una presunción de validez moral explica por qué tenemos razones morales para cumplir con sus prescripciones:

“Tenemos razones para hacer aquello que tenemos razones para creer que tenemos razones para hacer.”²³³

²³² Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 188.

²³³ Nino, C.S., *El constructivismo ético*, op.cit., pág. 133.

Pero en la reconstrucción que hace Nino del discurso moral y de su sucedáneo, el discurso democrático, aunque la deliberación colectiva y el resultado tienen un valor epistémico superior al discurso moral monológico, éste también tiene valor (entre otras cosas explica el *input* de cada sujeto en la deliberación colectiva).²³⁴ Entonces surge la cuestión de qué sucedería cuando nuestra reflexión individual nos indicara –acertadamente-²³⁵ que el consenso alcanzado en el proceso democrático es erróneo. Aquí es preciso hacer una serie de consideraciones.

Por un lado, si bien existe una presunción a favor de la justificabilidad de las decisiones democráticas -presunción que tiene más o menos fuerza según el grado en que el procedimiento se aparta de las exigencias del discurso originario- se trata de una presunción revocable a la luz de las conclusiones a que pueda llegarse en el marco del discurso moral.²³⁶ Junto con esto, sin embargo, Nino llama la atención sobre un principio moral básico que todo sistema moral debe incluir, que es aquel que aconseja adoptar y cuidar del mantenimiento de aquellos procedimientos epistémicos que maximicen las posibilidades de actuación moralmente correcta.

A partir de estas consideraciones, Nino concluye que, en los casos en que no sólo creamos que nuestra solución es la moralmente correcta sino que, de verdad, lo sea, lo moralmente debido será no apartarnos de la norma democrática; esta vez, la prescripción jurídica de origen democrático aparecería como un argumento auxiliar de razones operativas para actuar o decidir de un cierto modo.²³⁷ El argumento sería el siguiente: si no observamos el procedimiento democrático éste acabaría por socavarse y violaríamos el principio moral que establece que tenemos que adoptar aquellos procedimientos epistémicos que maximicen la

²³⁴ Como en el constructivismo epistemológico de Nino lo que tiene valor epistémico es el procedimiento llevado a cabo de acuerdo con los presupuestos y reglas del discurso, un sujeto individual con una fuerte capacidad para imaginar y, además, imparcial pueda en principio por sí sólo llegar a soluciones moralmente correctas. Cfr. *El constructivismo ético*, op.cit., pág. 130.

²³⁵ Escribe Nino que “*ni el juez ni el súbdito pueden estar facultado a apartarse del orden jurídico cuando juzgue que éste es injusto sino, en todo caso, cuando sea injusto; ellos corren con el riesgo de sus errores de juicio*”, Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, págs. 405 y 407.

²³⁶ Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, op.cit., pág. 403.

²³⁷ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 189.

probabilidad de actuar de forma moralmente correcta. En esos casos en los que falla el carácter epistémico de las normas jurídicas democráticas debemos, aun así, considerarlas como razones auxiliares, que junto con la razón operativa que vendría constituida por el mencionado principio, constituiría una razón operativa completa -de naturaleza moral-. Sucede, sin embargo, que las posibilidades de deterioro de una práctica que consideramos en su conjunto justa no descansa en todos por igual. La judicatura tiene un papel mucho más comprometido en relación con el cuidado de las instituciones democráticas que los ciudadanos; eso implica, en la concepción de Nino, que el deber de la judicatura de cuidar de la práctica democrática es más fuerte que el de un ciudadano ordinario.²³⁸ La pregunta que ahora resulta de interés es en qué medida es compatible la tesis de Nino acerca de que se debe obedecer las prescripciones democráticas incluso cuando se tiene la certeza de que son moralmente incorrectas con su tesis acerca de que las autoridades democráticas no son autoridades prácticas, sino autoridades teóricas.

Sobre esta cuestión se ocupa Ródenas en su trabajo *Sobre la justificación de la autoridad*²³⁹ donde señala su desconcierto ante el mantenimiento de Nino de las dos mencionadas tesis de forma conjunta (de un lado la que defiende el carácter excluyente de las normas jurídicas democráticas y, de otro, la que las caracteriza como razones para creer en la existencia de razones para la acción -esto es, la afirmación de que las autoridades democráticas no pueden considerarse autoridades prácticas, sino autoridades teóricas). Creemos que puede ayudar a entender a Nino el hecho de que, considera que las normas procedentes de la autoridad democrática tienen una doble dimensión:

- 1 Por un lado, el carácter de razones epistémicas y;
- 2 Por otro, el de razones sustantivas auxiliares.

²³⁸ De esta forma -escribe Nino- hay casos, sobre todo de desobediencia civil, en que la acción del desobediente puede estar moralmente justificada, y, en cambio no estarlo la decisión del juez de eximirlo de responsabilidad jurídica, Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, pág. 410.

²³⁹ Ródenas, A., *Sobre la justificación de la autoridad*, op.cit., pág. 261-263.

Lo que sucede es que, si interpretamos bien sus palabras en *Derecho, moral y política*, entre estas dos dimensiones hay una relación: la segunda es suplementaria de la primera y opera, en el razonamiento práctico, en defecto de la primera. Cuando la norma jurídica en cuestión falla en su dimensión epistémica, opera el principio moral de deber de obediencia a autoridades legítimas o el, más amplio, principio que aconseja adoptar aquellos procedimientos epistémicos que maximicen la probabilidad de actuar de forma moralmente correcta. Entonces, en este segundo caso, la moral crítica pretende que se aplique la norma jurídica democrática como razón excluyente.²⁴⁰

²⁴⁰ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 180.