

Capítulo III

De la Validez como Concepto Normativo

*Ningún sistema jurídico puede constituirse en fundamento de su propia validez.
"Una constitución puede conferir validez a otras normas sólo si ella misma es válida; ella misma no
puede constituirse en fundamento de su propia validez (...)
Dado que la constitución no puede validarse a sí misma,
la constitución no puede por sí misma adscribir validez a otras normas"²⁴¹*

Carlos Santiago Nino

3.1. Conceptos de Validez

En la Teoría del Derecho y bajo el rótulo de *La validez del Derecho* han sido tratados generalmente diversos problemas que pese a su estrecha relación es preciso, sin embargo, distinguir. Así, la cuestión acerca de la validez del Derecho es -al menos tal y como ha sido utilizado este término en la literatura- una cuestión ambigua ya que con ella se ha hecho referencia tanto a problemas puramente descriptivos (pertenencia e identidad) como a problemas normativos o prácticos (la vinculatoriedad o fuerza obligatoria). Pero, claro está, el mayor problema no ha sido el de la utilización de una terminología ambigua sino el que, de hecho, varias cuestiones que están en planos diversos, han sido conceptualmente vistas como algo idéntico o confundidas dando lugar, en muchas ocasiones, no sólo a espurias discusiones filosóficas sino, también, (algo que es, sin duda, más grave) a respuestas no bien fundamentadas a problemas prácticos. Esta es la principal denuncia y contribución de Nino en el debate acerca de la validez del Derecho:

²⁴¹ Nino, C.S., *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*, UNAM, México, ver mas nitido en, Nino C.S., *Dworkin and legal Positivism*, en Mind vol. 89, 1980. El teorema está formulado en Nino C. S. *La Validez del Derecho*, editorial Astrea, Bs. As. 1985, capítulo IX.

Nino trata de perfilar las distintas cuestiones que bajo el rótulo de validez han sido analizadas (existencia e individualización de un sistema jurídico, pertenencia de las normas jurídicas a un sistema jurídico y validez o fuerza obligatoria de las normas jurídicas y validez o fuerza obligatoria del sistema jurídico en su conjunto) arrojando así luz sobre ellas. Esto le permitirá, como veremos, desenredar controversias, presentando, en nuestra opinión, un mapa conceptual mucho más claro a partir de las discusiones en torno a la norma fundamental de Kelsen y a la regla de reconocimiento hartiana y, yendo más allá de tales análisis, apuntando con claridad -con expresa claridad- que la cuestión acerca de la validez del Derecho entendida como obligatoriedad o fuerza vinculante de sus normas nos lleva a reconstruir el fenómeno jurídico, el Derecho, como un discurso y un sistema normativo conectado con la moral: la tesis principal de Nino es que la validez jurídica está conectada, desde el punto de vista justificativo, con la validez o corrección moral.

En la mayoría de sus trabajos más importantes Nino se ocupa de problemas que directa o indirectamente reflejan la mencionada tesis; si bien es, principalmente, en *Introducción al análisis del Derecho*, en *La validez del Derecho* y en *Derecho, Moral y Política* donde su tesis quedará expresamente articulada. Hay dos problemas centrales que han sido, muchas veces, al menos parcialmente, confundidos y tratados como uno sólo: Uno es el problema descriptivo acerca de la pertenencia de una norma a un sistema jurídico o la individualización de un sistema jurídico frente a otros sistemas jurídicos; y Otro es el problema normativo acerca de la fuerza vinculante u obligatoriedad de una norma jurídica o del sistema jurídico en su conjunto.

Como veremos, cada uno de estos problemas aparece vinculado a una de las dimensiones de la regla de reconocimiento: La dimensión conceptual o la regla de reconocimiento como criterio de identificación (problema descriptivo) y la

dimensión directiva y valorativa (problema normativo).²⁴² Y, en opinión de Nino, mientras que el problema de la identidad o pertenencia puede ser solucionado de forma intrasistemática, el problema acerca de la validez o fuerza vinculante del sistema jurídico nos lleva, necesariamente, más allá del Derecho. Además, tratándose, como se trata en este caso, de una esfera en la que intereses de terceros están afectados, el ámbito normativo en el que nos vemos necesariamente inmersos es el de la moral. Nino trata de mostrar que, pese a la opinión de otros iusfilósofos, el concepto de validez de Kelsen no se aparta del concepto clásico de validez: ambos, según el análisis de nuestro autor, son conceptos normativos. La presentación del análisis que hace Nino del concepto de validez en Kelsen nos permitirá perfilar, además, los dos problemas centrales aquí abordados (el de la pertenencia y el de la validez) y continuar con el hilo argumental que lleva a Nino a presentar el concepto de validez como un concepto normativo puente entre el discurso jurídico y el discurso moral²⁴³ y que resulta imprescindible para dar cuenta de forma plausible del fenómeno jurídico.

La presentación del análisis de una serie de problemas que lleva a cabo Nino (las cuestiones acerca de la competencia originaria, la pertenencia de las normas primitivas del sistema, la validez de las normas de facto, el control judicial de constitucionalidad) pondrá de manifiesto que, como él sostiene, para presentar de forma plausible determinadas cuestiones es preciso dar cuenta del hecho de que ellas exceden el marco jurídico y que, además, sólo es posible responder correctamente a una serie de problemas prácticos si se reconoce que el concepto de la validez del Derecho está relacionado con la moral. Esta es su tesis de la conexión justificativa entre Derecho y moral.

Si entendemos que los juicios internos de deber son necesariamente morales y que el razonamiento jurídico justificativo exige adhesión normativa a juicios morales, entonces aunque para el Derecho sea irrelevante (en el sentido de que

²⁴² Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del Derecho*, ed. Ariel, pág. 154 y ss.

²⁴³ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 72.

no sanciona) las razones por las cuales los sujetos acepten o usen una determinada premisa y aunque la cadena de razones justificativas que ha de hacer explícitas el juez se termina en las fuentes del Derecho siendo irrelevante a los efectos jurídicos si ese juez actúa moral o prudencialmente, a la moral no le es irrelevante si las razones sobre las que se apoya una determinada premisa jurídica con pretensión normativa son o no moralmente plausibles; como veremos, la moral impregna el razonamiento jurídico justificativo o, lo que a los efectos es lo mismo, la vertiente de juicio de deber o juicio valorativo de la cadena de normas que concluyen p.ej. con una decisión judicial. O, expresado de otra manera, el razonamiento jurídico justificativo es un razonamiento moral complejo del que forma parte como fenómeno relevante -moralmente relevante- la existencia de una práctica social institucionalizada.

En *Introducción al análisis del Derecho*, Nino da cuenta de la ambigüedad de la expresión "validez" tanto cuando ésta caracteriza a una norma jurídica como cuando la validez se predica de un ordenamiento jurídico. Nuestro autor, en *Introducción al análisis del Derecho*, uno de los primeros trabajos en los que da cuenta de esta ambigüedad, comienza enunciando una serie de propiedades que, combinadas, darán lugar a distintos conceptos de validez (en sentido amplio, es decir, tanto en sentido descriptivo como en sentido normativo). Nino, además, hace notar que una diferencia crucial entre los diferentes conceptos de validez que pueden construirse viene dada precisamente por la inclusión o no de un rasgo normativo como parte de ese concepto. Veamos pues esas distintas propiedades o focos de significado de los que da cuenta Nino.²⁴⁴

- a) *Validez como existencia*. Aquí -apunta Nino- está pensándose en un sentido meramente descriptivo de existencia, esto es, como vigencia o eficacia de un sistema o norma (un sistema jurídico o una norma son válidos en el sentido de que existen, cuando son aplicados y observados) o, en el caso de las normas jurídicas, se dice que una norma es válida en el sentido de que existe, cuando

²⁴⁴ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, ed. Ariel, pág. 132-134.

pertenece a un sistema jurídico vigente (o, también se habla de validez como pertenencia).

- b) *Validez como pertenencia.* Se predica como acabamos de ver en (a) sólo de las normas y no del sistema en su conjunto.
- c) *Validez como eficacia.* Como también ha quedado reflejado en (a), este sentido se puede predicar tanto de las normas como del sistema en su conjunto.
- d) *Validez como justificabilidad de una norma u ordenamiento.* Este es el rasgo normativo antes mencionado: hablamos aquí de validez como fuerza obligatoria moral.
- e) *Validez como obligatoriedad jurídica.* Según esto, una norma es “válida” cuando hay otra norma jurídica que declara que su aplicación u observancia es obligatoria. Este sentido de validez no puede predicarse de todo un sistema jurídico ya que siempre habrá por lo menos una norma del sistema cuya obligatoriedad no esté determinada por otras normas del sistema.
- f) *Validez como autorización.* En este sentido, hablar de validez implica que el dictado de una norma ha sido autorizado por otras normas jurídicas. De nuevo, no puede predicarse validez en este sentido de todo un sistema jurídico ya que siempre habrá alguna norma cuyo dictado no fue autorizado por otra norma.

Señala Nino que distintos autores han combinado estos posibles significados de múltiples formas y que esto ha generado muchas confusiones en torno a la validez. Resulta, a estos efectos, un primer paso clarificador la clasificación que hace Nino atendiendo a si se incluye o no el sentido de validez como “*fuerza obligatoria*”. Según esto tendremos:²⁴⁵

²⁴⁵ Nino, C.S., op.cit., pág. 134-135.

I Concepto normativo de validez.

Cuando la designación de validez incluye la justificabilidad o fuerza obligatoria moral de las normas o del sistema jurídico (el elemento (d) antes mencionado) de los que se predica validez, entonces el concepto se convierte en una noción normativa. En este sentido de validez, decir que una norma o un sistema son válidos implica afirmar que deben ser observados y aplicados, que proveen razones para justificar una acción o decisión. Cuando se usa la expresión “*validez*” con este significado normativo y se sostiene, además, que una norma sólo es una norma jurídica si es válida (o sea, si está justificada o tiene fuerza obligatoria), está presuponiéndose una definición no positivista de Derecho (esto es, una definición que alude no a las normas reconocidas por ciertos órganos sino a las normas que deben ser reconocidas por ellos).

II Concepto descriptivo de validez.

Cuando el significado de “*validez*” está asociado con la vigencia de una norma o de un sistema jurídico, con la pertenencia de una norma a un sistema o con la circunstancia de que una norma ha sido permitida o declarada obligatoria por otra (sentidos (a), (b), (c), (e) y (f) antes apuntados), entonces el concepto de validez es puramente descriptivo. Su aplicabilidad depende solamente de verificaciones fácticas. Nino considera que, aunque es muy difícil modificar los hábitos lingüísticos que determinan cierta identidad de uso entre las expresiones “*validez*” y “*existencia*” (cuando son aplicadas a las normas) y generan la ambigüedad que afecta a ambas palabras, sería conveniente reservar la palabra “*validez*” para hacer referencia a la justificabilidad o fuerza obligatoria de las normas jurídicas, y otorgar a la palabra “*existencia*” exclusivamente un significado descriptivo (una norma jurídica existe cuando está vigente o cuando pertenece a un sistema jurídico etc). Según esta propuesta de Nino la existencia de un sistema jurídico estaría asociada con su vigencia o eficacia: diremos que:

“Un orden jurídico existe cuando sus normas primitivas no derivadas son generalmente observadas por sus destinatarios y aceptadas efectivamente

*en sus decisiones por los órganos que tienen la posibilidad fáctica de poner en movimiento el monopolio de la fuerza estatal para ejecutar las medidas coactivas que el sistema autoriza.*²⁴⁶

La Pertenencia al Sistema de las Normas Derivadas.

En Introducción al análisis del Derecho, Nino formula el criterio de pertenencia que ha sido aceptado por casi la mayoría de autores:

*“Una norma pertenece a un sistema jurídico cuando el acto de dictarla está autorizado por otra norma que pertenezca al sistema jurídico en cuestión”*²⁴⁷

Cuando Nino aborda este problema reproduce la terminología utilizada por los diversos autores; es importante, no perder de vista que el término validez empleado por ellos está siendo utilizado en un sentido puramente descriptivo y no como fuerza obligatoria. Para Kelsen²⁴⁸ p.ej. una norma es válida -en este sentido de validez como pertenencia- cuando concuerda con lo establecido por otra norma válida en cuanto:

- 1) Al órgano que debe dictarla;
- 2) Al procedimiento mediante el cual debe ser mencionada, y;
- 3) Al contenido que debe tener dicha norma.

En palabras de Nino, podemos decir que la pertenencia de una norma a un sistema, o sea, su validez en sentido descriptivo, está en función de la pertenencia al sistema -o “validez”- de otra de la cual derive la primera y, de esta forma, se construye la “cadena de validez.” Sin embargo, la cuestión se complica cuando nos enfrentamos con aquellas normas respecto de las cuales no puede aplicarse

²⁴⁶ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, op.cit., pág. 139-141.

²⁴⁷ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, op.cit., pág. 114.

²⁴⁸ Kelsen, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, Trad. García Maynez, UNAM, y *Teoría pura del Derecho*, Trad. de la 2ª edición, ed. Porrúa, México.

el criterio de la cadena de validez para determinar su pertenencia al sistema por constituir tales normas el último eslabón de cualquier cadena de validez que se forme.²⁴⁹

Además, advierte Nino, esta dificultad se proyecta asimismo sobre las normas derivadas, ya que la atribución de validez (en este sentido de pertenencia) de tales normas es condicional a la atribución de validez de las normas primitivas o no derivadas del sistema (recordemos que la validez es vista como una cadena).

3.1.1. La Norma Fundamental

Este sería el propuesto por Kelsen. Al determinar la validez de una norma por su derivación de otra norma válida se encuentra con el problema de cómo predicar la validez de la primera norma positiva de un sistema jurídico. Como es sabido, según Kelsen, sólo podrá decidirse su pertenencia a aquél en virtud de un criterio diferente del que exige la derivación de otra norma positiva válida. Sólo puede eludirse ese camino si se recurre a alguna norma no positiva, o sea a alguna norma no dictada por un acto de seres humanos y de la cual se derivaran las normas positivas en que concluyen las cadenas de validez: *La norma fundamental o básica*. Esta no es una norma dictada por algún legislador humano o divino, sino un presupuesto epistemológico, una especie de hipótesis de trabajo que utilizan implícitamente los juristas en sus elaboraciones y cuya validez, además, ha de presuponerse y aceptarse dogmáticamente. **Los distintos sistemas jurídicos se diferencian, según Kelsen, por estar originados en diferentes normas fundamentales.**

Nino considera que la posición de Kelsen a este respecto no es satisfactoria puesto que suponer que la norma fundamental es válida implica suponer que deriva de otra norma válida. Esto es, apunta nuestro autor, no bastaría con suponer una norma fundamental sino que habría que presuponer la existencia de

²⁴⁹ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, op.cit., pág. 117.

otra norma de nivel superior y esto se prolongaría hasta el infinito. Nuestro autor, además, se adhiere a la crítica que Raz dirige a este criterio de pertenencia o individualización. Según Raz, el contenido de la norma fundamental kelseniana sólo puede ser formulado a partir de las últimas normas positivas del sistema, con lo que antes de formular la norma fundamental, tendríamos que tener ya individualizado un sistema jurídico y ordenadas jerárquicamente sus normas. Según esto, la norma básica kelseniana no puede cumplir ningún papel en la individualización de un determinado Derecho y en la determinación de su estructura.

3.1.2. La Regla de Reconocimiento: Hart

El criterio de pertenencia que sugiere Hart estipula que una norma pertenece a un cierto sistema jurídico cuando su aplicación está prescrita por la regla de reconocimiento de ese sistema jurídico; el criterio de individualización que emplea este autor establece que un cierto sistema jurídico se distingue de otro por el hecho de que la aplicación de todas sus normas está directa o indirectamente prescrita por una regla de reconocimiento diferente de la que prescribe aplicar las normas de otro.

En el esquema hartiano, la regla de reconocimiento existe en cuanto es generalmente aceptada por los jueces²⁵⁰ como un criterio común y público de decisiones judiciales correctas; las desviaciones respecto a ella provocan reacciones críticas, en general, de esos mismos jueces.²⁵¹ Aunque el lenguaje de Nino nos hace pensar en la vertiente directiva de la norma de reconocimiento hartiana (Nino escribe que según Hart “una norma pertenece a un determinado sistema jurídico cuando su aplicación está prescrita por la regla de reconocimiento

²⁵⁰ Hart hace referencia a una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, cfr. Hart, *El concepto de Derecho*, [Trad. de G. R. Carrió], ed. Abeledo-Perrot, pág. 137.

²⁵¹ Hart, *El concepto de Derecho*, op.cit., pág 144.

de ese determinado sistema jurídico”) tal norma tiene un aspecto conceptual o definitorio que es, en realidad, el que está en juego aquí.²⁵² Para Hart:

“Decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos por la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema.”²⁵³

Pues bien, en opinión de Nino, aunque la regla de reconocimiento hartiana está en mejor disposición que la norma fundamental de Kelsen para servir como punto de referencia de los criterios de pertenencia e individualización,²⁵⁴ sin embargo, la regla de reconocimiento de Hart también presenta dificultades de individualización que acaban por hacerla fracasar como criterio de individualización de un sistema jurídico. Estos son los problemas que, en opinión de Nino, presenta la regla de reconocimiento hartiana.

I Es circular.

Para identificar la regla de reconocimiento es preciso identificar previamente quienes son los órganos de adjudicación, pero -y de ahí la circularidad- para determinar quienes son tales órganos, debemos atender a las reglas que les

²⁵² Creemos que no hay ningún problema en entender que la regla de reconocimiento cumple funciones de diversa naturaleza. No había que confundir la regla de reconocimiento de un sistema jurídico como conjunto jerárquicamente ordenado de criterios últimos de validez jurídica aceptados como vinculantes por los jueces en su conjunto, con el criterio utilizado por un observador externo para identificar las reglas de ese mismo sistema jurídico. Este último vendría a decir algo así -en palabras de J. Ruiz Manero-: “son reglas del sistema aquellas que satisfacen directa o indirectamente los criterios últimos de validez jurídica aceptados como vinculantes por los jueces en su conjunto, esto es, los criterios de validez establecidos en la regla de reconocimiento”, Ruiz Manero, J., op.cit., pág. 138.

²⁵³ Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, op.cit., pág. 129.

²⁵⁴ Por un lado, según Nino, Hart elude el enredo en que incurre Kelsen cuando sostiene que la validez de la norma fundamental debe presuponerse, aclarando que de la regla de reconocimiento no tiene sentido predicar validez o invalidez, puesto que ella sirve precisamente para determinar cuándo las demás normas son válidas. Además, la regla de reconocimiento hartiana no es una mera creación intelectual, una hipótesis del pensamiento jurídico sino que es una norma positiva, una práctica social. A diferencia de la norma fundamental kelseniana que, al no ser una norma positiva, debía ser individualizada a partir de su contenido -y para ello teníamos que haber individualizado ya el sistema jurídico al que la norma fundamental otorga validez-, la regla de reconocimiento de Hart es una regla positiva, y por ello -concluye Nino- puede ser individualizada, distinguiéndola de otras, por otros aspectos, además de su contenido, como quiénes la practican, dónde se la practica etc. Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, op.cit., pág. 124.

confieren poder, y la validez de éstas -en el sentido de su pertenencia al sistema- depende a su vez de la regla de reconocimiento. Sobre esto volveré más adelante cuando dé cuenta de la formulación que Nino hace de la regla de reconocimiento para intentar evitar esta circularidad.

II Hart no consigue justificar su tesis de que todo orden jurídico tiene sólo una regla de reconocimiento. En esta crítica, Nino sigue a Raz.

Según Raz, Hart no consigue justificar su tesis de que todo orden jurídico tiene sólo una regla de reconocimiento. Si Hart admitiera que un sistema jurídico puede tener más de una regla de reconocimiento, entonces la individualización de un sistema ya no podría estar basada en la singularidad de su regla de reconocimiento, sino que habría que buscar algún elemento común que vinculara entre sí, y distinguiera de otras, a las reglas de reconocimiento de un sistema; en tal caso, según Raz y Nino, sería ese elemento en común el que serviría, en última instancia, para individualizar a un sistema jurídico. Vamos a detenemos en esta crítica que Raz dirige a Hart y que Nino suscribe.

Para ello introduciremos el análisis que de ésta hace Ruiz Manero en Jurisdicción y Normas y, junto con Atienza, en *Las piezas del Derecho*.²⁵⁵ Escriben estos autores que, según Hart, cuando la regla de reconocimiento remite a más de una fuente última, tenemos una regla de reconocimiento compleja que contiene más de un criterio último de validez jurídica y una clasificación de los mismos “*en un orden de subordinación y primacía relativas*.”²⁵⁶

Es, precisamente, el hecho de que los criterios aparezcan unificados por su distinta jerarquía lo que nos permite hablar de una sola regla de reconocimiento.²⁵⁷ Raz, sin embargo, cuestiona tal unidad y considera que no hay razón para

²⁵⁵ Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del Derecho*, ed. Ariel.

²⁵⁶ Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, op.cit., pág. 126.

²⁵⁷ Hart, H.L.A., *Una visita a Kelsen*, Cuadernos de crítica, nº 4, UNAM.

suponer que todo sistema jurídico tenga sólo una regla de reconocimiento, sino que puede tener más. Según Raz:

- a) Puede darse el caso de un sistema jurídico donde tanto la costumbre como el precedente sean fuente del Derecho pero donde no haya una disposición jurídica válida que establezca que ambas lo son.

En tales casos no tenemos que asumir que haya una sola regla de reconocimiento sino más bien dos (una relacionada con cada fuente de Derecho) por la mera razón de que el sistema tiene que contener medios para resolver los conflictos entre disposiciones jurídicas de diversas fuentes. -

La regla de reconocimiento aun si fuera una podría ser incompleta implicando esto que el sistema podría carecer de medios de resolución de conflictos (este sería el caso si la regla de reconocimiento fuera lagunosa a la hora de determinar cuál es el criterio supremo de validez jurídica y cuál el subordinado).

Quizás el problema nunca ha surgido y no se ha dado una solución que sea generalmente aceptada.

- b) También pudiera darse el caso de que hubiera dos o más reglas de reconocimiento que provean métodos de resolución de conflictos compatibles: p.ej. la regla que impone la obligación de aplicar ciertas costumbres puede indicar que es suprema, mientras que la regla relacionada con el precedente puede indicar que es subordinada.²⁵⁸

Pues bien, tal y como escriben Atienza y Ruiz Manero en el trabajo antes mencionado, el primer caso apuntado por Raz (esto es, el caso de una regla de reconocimiento lagunosa) es posible pero, seguramente, sólo en un sistema jurídico embrionario, ya que en un sistema mínimamente desarrollado es difícil

²⁵⁸ Cito a partir de Atienza y Ruiz Manero, cfr. Raz, J., *La autoridad del Derecho*, pág. 126-127.

pensar que el problema no haya surgido nunca; y, si ha surgido, y no se le ha dado una solución comúnmente aceptada por la judicatura y, en general, por la comunidad jurídica correspondiente, encontrándose divididas en un punto tan central para la identificación del Derecho válido, entonces no parece -según sostienen los mencionados autores- que pueda hablarse de un mismo sistema jurídico, sino, más bien, de dos sistemas que se encuentran en competencia entre sí.

En el segundo caso (esto es, cuando hay dos reglas de reconocimiento distintas que establecen el mismo orden de subordinación y primacia relativas entre las dos fuentes a que remiten, respectivamente, una y otra) no parece haber ninguna diferencia relevante con la tesis hartiana de la unidad de la regla de reconocimiento, puesto que esto implica lo mismo que lo afirmado por tal tesis: Esto es, que dicho sistema jurídico contiene una única regla de reconocimiento que indica la ordenación jerárquica de las dos fuentes últimas a las que la misma remite.²⁵⁹

c) Por otra parte, el criterio expuesto por Hart se ha de enfrentar a la bien conocida crítica de Dworkin según la cual: un sistema jurídico no está compuesto sólo por reglas sino también por otro tipo de normas que Dworkin denomina "principios" de los cuales la regla de reconocimiento no permite dar cuenta, ya que esta regla identifica a las normas del sistema por su origen o fuente, y aquellos principios no son reconocidos por los jueces por derivar de cierta fuente con autoridad, sino porque su contenido se considera válido, apropiado o justo.

3.1.3. La crítica de Dworkin:

"Hace pensar que si fuera el caso que ciertas normas son reconocidas por los jueces con independencia de lo que la regla de reconocimiento

²⁵⁹ Aienza, M., Ruiz Manero, J., *Las piezas del Derecho*, op. cit., pág. 160-161.

*prescribe, ésa no sería razón para no considerarlas parte del sistema jurídico.*²⁶⁰

Aunque esa situación se de muy rara vez en la realidad, si se admite -escribe Nino- que un sistema jurídico podría estar integrado por normas que los jueces no tienen la obligación de aplicar según las reglas de reconocimiento del sistema, pero que aplican de hecho, entonces debería concluirse que el criterio de pertenencia de una norma a un sistema no puede estar basado sólo en las reglas de reconocimiento. Y si se admite que la base de un sistema jurídico (o sea el conjunto de las normas primitivas) puede estar integrada no sólo por varias reglas de reconocimiento, sino también por normas o principios cuya aplicación no está fundada en lo que aquellas reglas de reconocimiento prescriben, entonces -concluye Nino- hay que admitir que el criterio de individualización de un sistema jurídico no puede apoyarse en la identificación de cierta regla única que pueda distinguirse de la que encabeza otro sistema jurídico.

Pero ante esto podría replicarse que si fuera el caso que el sistema contara con reglas y principios como criterios últimos de validez (piénsese en la regla de reconocimiento del sistema Mexicano que remite a una fuente última, la Constitución, que, además de reclamar la obligatoriedad para las prescripciones dictadas por las autoridades que ella misma instituye, reclama asimismo obligatoriedad para todo un conjunto de valores y de principios que ella misma contiene o en el caso de principios que pertenecen al sistema únicamente en virtud de su aceptación por parte de los órganos de aplicación) cabría, como indiqué anteriormente, hablar de una regla de reconocimiento última que contiene diversos criterios de validez,²⁶¹ problema distinto será la cuestión acerca de la jerarquización de tales criterios incluidos en la fuente última.²⁶²

²⁶⁰ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, pág. 125. Hart, *Postscriptum a El concepto de Derecho*, dio la razón a Dworkin en este punto.

²⁶¹ Hart en su *Postscriptum a el Concepto de Derecho* señala que sus críticos (concretamente, en este punto, Dworkin) parecen no reparar en que la regla de reconocimiento por él conceptualizada puede incorporar como criterios de validez jurídica criterios que no consisten necesariamente en lo

El Reconocimiento de los Órganos Primarios

En opinión de Nino, el elemento de la teoría hartiana que ha de ser rescatado es la idea de que a la hora de buscar criterios de individualización y pertenencia operativos es relevante “el reconocimiento que de las normas del sistema hacen ciertos órganos de aplicación” pero, según nuestro autor:

“No debemos buscar el elemento unificador de un orden jurídico en una cierta norma maestra”²⁶³

Nos hemos ocupado -siguiendo el análisis de Atienza y Ruiz Manero- de ver en que medida la regla de reconocimiento hartiana presenta los problemas que Nino, Raz y Dworkin parecen ver por lo que se refiere a la unidad o pluralidad de reglas.

Ahora desarrollaremos el problema que, en un nivel teórico, enfrentamos cuando, siguiendo el criterio hartiano para identificar o individualizar un determinado sistema jurídico nos encontramos con que para saber cuáles son los criterios últimos de validez del sistema, hemos de acudir a la práctica judicial, pero, a su vez, para saber quienes son los jueces hemos de acudir a las normas (reglas de adjudicación en la terminología hartiana) del sistema que indican quienes están legitimados para llevar a cabo las funciones de jueces. Comenzaremos dando cuenta de los distintos intentos llevados a cabo para tratar de solucionar esta circularidad con que se enfrenta el observador que trata de identificar un sistema jurídico siguiendo el esquema hartiano, examinaremos en qué medida este problema es tan grave como Nino entre otros²⁶⁴ parece creer.

que Dworkin denomina “pedigrí” sino en p.ej. la conformidad con principios morales o valores sustantivos. Hart, H.L.A., op.cit., pág. 26.

²⁶² Cfr. Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del Derecho*, op.cit., pág. 162-163.

²⁶³ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, op.cit., pág. 127.

²⁶⁴ Cfr. Ruiz Manero, J., *Jurisdicción y normas*, op.cit., págs. 124-134.

Comencemos pues con el intento de Raz por romper la circularidad antes indicada: Según escribe Nino, Raz es uno de los autores que más han insistido en que los criterios de individualización y pertenencia deben basarse en los órganos que aplican las normas a casos particulares. El reconocimiento por parte de esos órganos (jueces en sentido amplio) es lo que parece ser decisivo para otorgar una unidad a un grupo de normas y para predicar de una cierta norma que pertenece a ese conjunto unitario. Pero, en opinión de Nino, la propuesta de Raz²⁶⁵ (y también, en el mismo sentido, la de Ross²⁶⁶) de caracterizar a los órganos primarios sobre la base de la competencia que les otorgan las mismas normas que pertenecen al sistema que esos órganos reconocen, incurre, también en el riesgo de circularidad que quería evitar. Veamos antes una objeción previa.

En *The concept of a Legal System*, Raz apuntaba como criterio para caracterizar a los órganos primarios, el que tales órganos están autorizados para decidir cuándo el uso de la fuerza en ciertas circunstancias está jurídicamente prohibido o permitido. En su trabajo posterior *Practical Reasons and Norms*, Raz abandona la mención al uso de la coacción y caracteriza a los órganos primarios, cuyo reconocimiento de las normas determina su pertenencia al sistema, como aquellos órganos facultados a adoptar decisiones con fuerza obligatoria. Nino considera poco plausible el abandono que hace Raz del uso de la coacción al que hace referencia en el primer trabajo.²⁶⁷ En opinión de nuestro autor:

“La vinculación entre los órganos cuyo reconocimiento de una norma es relevante para su pertenencia a un sistema y el ejercicio de medidas coactivas es importante no sólo por la relevancia que las normas que regulan la coacción tienen para caracterizar a un sistema como jurídico sino porque lo que nos interesa es formular un criterio de pertenencia a sistemas

²⁶⁵ Raz, J., *El concepto de sistema jurídico. Una introducción al concepto de sistema*, trad. R. Tamayo y Salmorán, México, UNAM.

²⁶⁶ Ross, A., *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. G.R. Carrió y O. Paschero, BsAs, Centro editor de América Latina.

²⁶⁷ Nino apunta que quizá esto se debe a que Raz pasó a considerar que la coactividad no es una propiedad necesaria de los sistemas jurídicos. Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, op.cit., pág. 128.

*existentes (la existencia de un orden jurídico está vinculada al ejercicio de la coacción).*²⁶⁸

Pero el criterio de individualización que se apoya en el reconocimiento de las normas por ciertos órganos presenta también problemas. Al igual que el criterio de la regla de reconocimiento hartiana también este criterio incurre en circularidad.²⁶⁹

Nos encontramos ante la cuestión de qué es lo que unifica en un mismo conjunto a diferentes órganos primarios, de tal modo que las normas que todos ellos reconocen formen parte del mismo sistema jurídico y, en cambio, no formen parte de ese sistema las normas que otros órganos primarios reconocen, esto es, ¿cuál es el criterio que permite que agrupemos en el mismo conjunto a determinados jueces y no a otros?

Nino denuncia la circularidad de la propuesta de Raz por establecer ésta como criterio el hecho de que los órganos del mismo conjunto se reconozcan mutuamente la fuerza obligatoria o autoridad de sus decisiones: el reconocimiento de la fuerza obligatoria de las decisiones de otros órganos se funda en las normas del sistema y éstas para ser identificadas como tales deben ser reconocidas por los órganos en cuestión; además, las normas de un sistema jurídico suelen reconocer la fuerza obligatoria o autoridad de las decisiones de los jueces de otro sistema jurídico en su ámbito de aplicabilidad territorial por lo que si éste fuera el criterio distintivo entonces la mayoría de los Derechos del mundo formarían parte de un solo sistema jurídico, ya que -de acuerdo con las normas del Derecho Internacional privado- los jueces de la mayoría de los países -apunta Nino- reconocen mutuamente sus decisiones. En opinión de nuestro autor, lo que llevó a Raz a recurrir al criterio recién discutido fue su negativa a considerar la coactividad

²⁶⁸ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, op.cit., pág. 128.

²⁶⁹ Nino recoge aquí una observación de Caracciolo: "Si se exige que los órganos estén autorizados para decidir cuándo el uso de la fuerza está prohibido o permitido, para determinar cuáles son órganos primarios habremos de recurrir a las normas del sistema y para determinar cuáles son las normas del sistema habrá que determinar si ellas son reconocidas por los órganos primarios". Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, op.cit., pág.128.

como distintiva de los sistemas jurídicos. En efecto, Raz en *Practical Reasons and Norms* escribía que:

“El recurso a las sanciones, aunque es universal y probablemente lo seguirá siendo (mientras no se transforme la naturaleza humana), no es una característica que forme parte de nuestro concepto de Derecho.”²⁷⁰

Otro problema que en opinión de Nino suscita el criterio de individualización y pertenencia fundado en el reconocimiento de las normas por parte de los órganos reconocida por tales órganos.

La Individualización de un Sistema de Nino

A partir de las objeciones que Nino dirige a los criterios de pertenencia expuestos y de su propuesta para superar los inconvenientes que presentan, podemos reconstruir la postura de nuestro autor en relación con la cuestión acerca de la pertenencia de las normas no derivadas o, con más exactitud, acerca de la individualización de un sistema. El propio Nino, además, presenta de forma tentativa un criterio de individualización del sistema jurídico y de pertenencia de las normas derivadas.

En opinión de nuestro autor, y según escribe en *Introducción al análisis del Derecho*, para evitar el círculo vicioso en el que incurre el criterio raziano de pertenencia habría que caracterizar a los órganos primarios no como aquellos que están autorizados a declarar prohibidos o permitidos los actos de coacción, sino

²⁷⁰ Ruiz Manero, J. *Jurisdicción y Normas*, op.cit., pág. 129. Señala este autor que tampoco Hart considera el establecimiento de sanciones una propiedad definitoria de “sistema jurídico”, aunque tampoco una simple propiedad contingente de algunos sistemas jurídicos. Hart considera que son inadecuadas las dos alternativas “que a menudo se consideran exhaustivas: por un lado, la de decir que eso [el establecimiento de sanciones] es lo que exige “el” significado de las palabras “Derecho” o “sistema jurídico” y, por otro, la de decir que es ‘simplemente un hecho’ que la mayor parte de los sistemas jurídicos establecen sanciones. [...] Dado el engarce de hechos naturales y de propósitos humanos, que hacen que las sanciones sean a la vez posibles y necesarias en un sistema nacional, podemos decir que se trata de una necesidad natural”. Hart, *El concepto de Derecho*, op.cit., pág. 246.

como los que de hecho pueden (en el sentido fáctico y no normativo de la palabra “poder”) determinar el ejercicio del monopolio coactivo estatal en casos particulares; esto es, caracterizar a los órganos primarios como aquellos que están, efectivamente, en condiciones de disponer que se ponga en movimiento el aparato coactivo del Estado. Si se considera una característica central del Derecho el regular el monopolio de la fuerza estatal, entonces, escribe Nino:

“Una hipótesis plausible es que lo que nos hace agrupar en el mismo conjunto a los órganos que reconocen las normas que consideramos, por tal razón, parte de un mismo sistema jurídico, es el hecho de que todos ellos recurren, directa o indirectamente, al mismo aparato coactivo para hacer cumplir sus decisiones.”²⁷¹

En un trabajo posterior, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, y en este mismo sentido, nuestro autor escribe que:

“La Constitución, como un conjunto de reglas de reconocimiento, adquiriría unidad y serviría para individualizar al resto del sistema jurídico,²⁷² en la medida en que todas sus reglas sean practicadas por un cierto grupo de órganos primarios -fundamentalmente jueces- que se unifica y se distingue de otros grupos por el hecho de recurrir, para hacer valer sus decisiones, al mismo aparato coactivo.”²⁷³

Pero, aunque en *Introducción al Derecho*, Nino parece resultar satisfecho, pese a las dificultades que presenta su reconstrucción -tales como qué criterio hemos de utilizar para individualizar, a su vez, las organizaciones que controlan el monopolio de la fuerza- para proveer un criterio adecuado de individualización de los sistemas jurídico, ese optimismo acerca del criterio se desvanece, en

²⁷¹ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, pág. 130.

²⁷² Aquí se está presentando a la Constitución como un instrumento que cumpliría el mismo papel que la regla de reconocimiento de un sistema: esto es explicar su unidad y permanencia. En este mismo sentido.

²⁷³ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 41.

Fundamentos de Derecho Constitucional. Quedémonos de momento con lo que dice en el primer trabajo: el teórico u observador, para determinar los criterios últimos de validez de un sistema jurídico, debería acudir a ver quienes son los órganos primarios (hasta aquí no hay diferencia con Hart o Raz), pero, para descubrir quienes son órganos primarios de un mismo sistema, sostiene que no se deberá acudir a las normas de adjudicación del sistema (à la Hart), ni tendrá que ver qué grupo de órganos se reconocen mutuamente la obligatoriedad de sus decisiones (à la Raz), sino que debería observar quienes, de hecho, recurren directa o indirectamente al mismo aparato coactivo para hacer cumplir tales decisiones. Este sería el criterio, pues, que de forma tentativa -en sus propias palabras- presenta nuestro autor:

“Dos normas no derivadas pertenecen al mismo sistema jurídico cuando ellas son reconocidas por órganos que están en condiciones de disponer medidas coactivas recurriendo a la misma organización que ejerce el monopolio de la fuerza estatal.”²⁷⁴

Implicando lo anterior -añade Nino- que el sistema cambia no sólo cuando se produce una modificación sustancial en el aparato coactivo, sino también en el caso de que cambien las normas primitivas que los órganos reconocen. Este intento de Nino -en *Introducción al análisis del Derecho*- por definir “juez” en términos puramente fácticos, tratando de esta forma de no incurrir en la circularidad que podía objetársele a los otros criterios, fue objeto de crítica. Ruiz Manero en su trabajo *Jurisdicción y normas* escribe que los problemas de la caracterización de “juez” que propone Nino no provienen de su referencia al empleo de la fuerza -como podrían quizá objetarle, y Nino es consciente de ello, Hart o Raz-, sino de los términos puramente fácticos en que dicha caracterización presenta la relación entre el “juez” y el empleo de la fuerza.

²⁷⁴ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, op.cit., pág. 131.

“Ciertamente -escribe Ruiz Manero- si fuese posible elaborar en términos puramente fácticos una caracterización adecuada de “juez” el problema de la circularidad estaría resuelto, ya que a partir de tal caracterización podríamos determinar quién es juez de forma independiente y previa a la determinación de cuáles son las reglas pertenecientes al sistema jurídico (en cuanto que conformes con los criterios últimos de validez aceptados por los “jueces”).”²⁷⁵

Sin embargo, en opinión de este autor, caracterizar en términos puramente fácticos el rol judicial deja abiertos problemas a los que tal enfoque no puede dar respuesta: en efecto, la caracterización propuesta por Nino vendría a ser una versión aplicada a la judicatura de la caracterización de “legislador” en términos de obediencia habitual propuestas por Bentham y Austin. De esta forma, según Ruiz Manero, la definición de juez de Nino en términos fácticos equivaldría a esta otra definición, paráfrasis de la del legislador de Austin:

“El juez es aquel cuyas decisiones relativas al ejercicio del monopolio de la coacción estatal en casos particulares son habitualmente obedecidas.”²⁷⁶

Y, claro, esta caracterización presenta - como escribe Ruiz Manero-, los mismos problemas que Hart puso de manifiesto respecto de una caracterización del “legislador” en términos de “obediencia habitual a las reglas generales por él dictadas”. **En efecto, apunta este autor, la caracterización del juez en términos puramente fácticos:**

- 1 Es fallida a la hora de dar cuenta de la continuidad de la autoridad jurisdiccional a lo largo de una sucesión cambiante de jueces;

²⁷⁵ Ruiz Manero, J., op.cit., pág. 130.

²⁷⁶ Ibidem.

- 2 Tampoco la obediencia habitual a los jueces anteriores puede hacer probable que las decisiones de los jueces “nuevos” sean obedecidas. Para fundamentar la presunción de que las decisiones del “nuevo” juez serán obedecidas, hemos de hacer referencia a la aceptación de la regla según la cual el nuevo juez tiene título para suceder al anterior en sus competencias de decisión;
- 3 Lo mismo sucede -continúa Ruiz Manero- con el problema de la persistencia de las decisiones judiciales por encima de la sucesión de unos jueces por otros: el que una decisión judicial se ejecute o continúe ejecutándose cuando el juez o tribunal que la dictó ha sido reemplazado, sólo puede explicarse a partir de una regla aceptada que confiere autoridad a las decisiones adoptadas, mientras fueron jueces, por aquellos que lo fueron y ya no lo son;
- 4 Además, el funcionario perteneciente a un órgano de ejecución no ve el que una decisión haya sido dictada por un órgano jurisdiccional como un indicador de su probable conducta futura de obediencia a la misma, sino que el que haya sido dictada por el órgano jurisdiccional constituye para él la razón de su conducta conforme a lo ordenado por tal decisión;
- 5 Entender que juez es aquel que de hecho puede determinar el ejercicio del monopolio coactivo estatal en casos particulares imposibilita el dar cuenta de la distinción entre juez y órgano de ejecución, que no puede trazarse más que normativamente, atendiendo a que el primero, y no el segundo, está autorizado para dictar determinaciones aplicativas ya que estas determinaciones aplicativas son obligatorias para el segundo.

Ruiz Manero dibuja su postura a partir de la crítica que dirige a Nino y también, en otro sentido, a MacCormick.

En opinión de Ruiz Manero, caracterizar qué sea un juez -y, a partir de ahí, determinar quiénes lo sean- tan sólo parece posible (frente a la propuesta de Nino)

en términos normativos y, más específicamente (frente a la propuesta de MacCormick quien caracteriza a los jueces en términos de reglas de deber), en términos que den cuenta de las potestades o poderes normativos del juez y no sólo de sus deberes: la cuestión se reconduce a si podemos caracterizar qué sea un juez, y determinar quiénes lo sean, en términos de reglas que confieran poderes normativos -el poder de dictar determinaciones aplicativas de carácter obligatorio o, si lo preferimos así, el poder de decidir cuándo el uso de la fuerza está prohibido o permitido- sin que se trate de reglas que existan como tales en tanto que válidas, esto es, en tanto que conformes con los criterios de validez jurídica aceptados por los jueces. Ruiz Manero considera que esta pregunta puede contestarse de forma afirmativa yendo mas allá de lo que Hart expresamente dice, pero sobre la base de categorías presentes en su propia obra: en concreto, sobre la base de la categoría de regla social. De esta forma, Ruiz Manero ofrece una caracterización teórica de juez a partir de la definición de legislador de Hart²⁷⁷:

“Son jueces aquellas personas (o grupos de personas, etc.) a quienes, en virtud de reglas sociales aceptadas, se considera titulares de los deberes y poderes normativos que definen el rol de juez: el deber de decidir los casos que se presentan ante ellos, el deber de hacerlo sobre la base de estándares o reglas preexistentes y el poder de decidir tales casos con carácter obligatorio. O, dicho en términos más simples, son jueces aquellos que son reconocidos socialmente como tales, esto es, como titulares de los deberes y poderes normativos que definen el rol judicial.”²⁷⁸

En el caso de sociedades más complejas en las que la disponibilidad efectiva de los medios para el empleo de la fuerza no se encuentra repartida por igual entre los miembros de la sociedad, sino fuertemente concentrada en determinados aparatos (grupos organizados de personas), qué se considere reconocimiento

²⁷⁷ En la teoría hartiana el legislador lo es en virtud de una regla socialmente aceptada que confiere autoridad a las reglas generales por él dictadas. Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, pág.133.

²⁷⁸ Ruiz Manero, J., *Jurisdicción y Normas*, op.cit., pág. 133 y Atienza, M., Ruiz Manero, J. *Las piezas del Derecho*, op.cit., pág. 154.

social requiere una precisión ulterior: las condiciones para que en una sociedad de este género la afirmación "X es juez" sea verdadera son, escribe Ruiz Manero, análogas a las requeridas para considerar verdadera la afirmación de que, en tal sociedad, "existe el sistema jurídico S".

Ruiz Manero a partir de la caracterización de Hart acerca de la existencia de un ordenamiento jurídico:

*"Tal es un enunciado bifronte, una de cuyas caras mira a la obediencia por parte de los ciudadanos ordinarios y la otra a la aceptación de reglas secundarias como pautas o criterios comunes críticos de conducta oficial, por parte de los funcionarios"*²⁷⁹

Sostiene que:

*"Podríamos decir que la afirmación "X es juez" es también un enunciado bifronte, cada una de cuyas caras hace referencia a una condición distinta: la primera, a que las decisiones dictadas por X sean, en general, efectivas (esto es, logren obediencia) y la segunda a que X sea reconocido, por parte de los aparatos (grupos organizados de personas) que posean el monopolio de la fuerza en esa sociedad, como titular de los deberes y poderes que definen la posición institucional de "juez" -en virtud de reglas sociales aceptadas-. Cada una de estas condiciones es necesaria, y su conjunción suficiente, para que la afirmación "X es juez" sea verdadera."*²⁸⁰

En opinión de este autor, esta alternativa, que recogerá con algunos recortes en su análisis en *Las piezas del Derecho*,²⁸¹ permite romper la circularidad que padece una caracterización intrasistemática de juez como la que presenta Hart debido a su referencia a las reglas válidas de adjudicación del sistema jurídico y,

²⁷⁹ Hart, H., *El concepto de Derecho*, op.cit., pág. 134.

²⁸⁰ Ruiz Manero, J., op.cit., pág. 134.

²⁸¹ Atienza, M., y Ruiz Manero, J., *Las piezas del Derecho*, op.cit., págs. 161-163.

al mismo tiempo, presenta la ventaja, frente a las propuestas de MacCormick o de Nino, de recoger en la caracterización de “juez” todas las propiedades que juzgamos necesarias para poder hablar de tal. Apuntábamos antes, sin embargo, que el propio Nino encontró dificultades insalvables a su criterio tal y como apareció apuntado en *Introducción al análisis del Derecho*. Así, en *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Nino señala que aquel criterio por él apuntado nos lleva de nuevo a incurrir en esa circularidad de la que, precisamente, había tratado de salir. Escribe nuestro autor que el recurso al mismo aparato coactivo para tratar de identificar a los jueces de un mismo sistema, que había presentado como su criterio individualizador para completar y salvar las dificultades del de Hart y Raz, presenta estas dificultades:

- 1) En un sistema federal como p.ej. el argentino no todos los jueces recurren al mismo aparato coactivo para hacer efectivas sus decisiones; ante esto, continúa nuestro autor, se podría decir que hay ciertos estratos superiores comunes del aparato coactivo -p.ej., los niveles más altos de las fuerzas armadas de un país- que, si bien pueden no ser empleadas normalmente, están uniformemente disponibles para hacer valer en última instancia las decisiones de los jueces de todas las jurisdicciones de un mismo Estado; pero esto es -añade Nino- fácticamente dudoso, y, si acudimos al plano normativo, tampoco tendremos siempre una respuesta positiva, la que de cualquier modo sería circular (puesto que estaríamos recurriendo a normas jurídicas cuya pertenencia al sistema precisamente queremos determinar);

- 2) Así, en un nivel más fundamental que el argumento anterior, la unidad misma del aparato coactivo no podría definirse en términos normativos sin incurrir en circularidad y es extremadamente difícil proveer una caracterización de esa unidad en términos puramente fácticos (debería hacerse sobre la base del predominio de hecho, posiblemente disposicional, de ciertos individuos sobre otros, de modo que se pueda establecer una jerarquía que determine la unidad del aparato);

3) Si es difícil establecer la unidad de un aparato coactivo en un momento temporal dado, es todavía mucho más difícil determinarla a través de largos períodos de tiempo sin acudir circularmente a las normas del sistema jurídico que se quiere individualizar: no parece posible establecer sobre la base de relaciones puramente fácticas la continuidad de un aparato coactivo distinguiéndolo de otros.

En este trabajo Nino concluye -como también lo harán Ruiz Manero y Atienza en *Las Piezas del Derecho*- restando importancia al problema de la circularidad a nivel teórico a la hora de identificar e individualizar un sistema estableciendo que:

“Si hay un conjunto de órganos primarios que observa las mismas reglas de reconocimiento [Nino, siguiendo a Raz, habla de la posibilidad de una pluralidad de reglas de reconocimiento] ello sirve para individualizar a ese grupo [aunque las reglas sean varias], y para identificar al sistema jurídico formado por normas dictadas de acuerdo con ellas, sin necesidad de acudir a alguna otra característica común independiente que sirva para unificar al grupo de órganos primarios: es su aceptación de esas mismas reglas lo que los unifica como parte de un grupo.”²⁸²

Por lo que se refiere a cómo determinar las condiciones en que puede decirse que una regla es reconocida por tales órganos primarios -que habrán sido identificados como parte del mismo sistema jurídico-, nuestro autor, en *Introducción al análisis del Derecho* y siguiendo a Ross, señala que:

“Lo que debe exigirse es que la norma forme parte substancial del razonamiento que conduce a las decisiones judiciales.”²⁸³

²⁸² Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 42.

²⁸³ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, op.cit., pág. 131.

Pero -añade nuestro autor- como resulta que:

“Hay normas que uno está dispuesto a decir que son parte de un sistema aunque ningún órgano primario haya tenido oportunidad de aplicarla”²⁸⁴

Resulta clarificador tomar en cuenta las reglas de reconocimiento del tipo que señala Hart: una norma pertenecerá al sistema si ella reúne las condiciones que definen la clase de normas que una práctica de reconocimiento del sistema prescribe aplicar. Creemos que esto es compatible con lo sostenido por nuestro autor en *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Como apuntaba, también Ruiz Manero junto con Atienza en *Las piezas del Derecho* reconocen la sobrevaloración de la dificultad del problema de la circularidad. Y así, señalan, por un lado, que basta un criterio de identificación de los jueces y tribunales cual es atender a quienes son socialmente reconocidos como tales, esto es, como titulares de los poderes y deberes que definen la posición institucional de la judicatura. Pero para esto, añaden estos autores, no hace falta una gran sofisticación teórica, o conocimientos de algún modo especiales, sino que es un asunto de mera experiencia común. Creemos que esto es, en el fondo, de algún modo similar a lo que venía a decir Nino cuando tratando de salir del embrollo que suponía intentar solucionar el supuesto problema de la circularidad concluía diciendo:

“[...] es posible partir de un órgano primario como una Corte Suprema, determinar qué reglas de reconocimiento sigue ese órgano, investigar luego qué otros órganos siguen las mismas reglas de reconocimiento y concluir así que todos esos órganos corresponden a un mismo sistema jurídico, que está dado por las reglas de reconocimiento seguidas por ellos y por las restantes normas que ellas identifican. Muchas veces, los órganos primarios no aceptarán exactamente las mismas reglas y, en ese caso, el sistema

²⁸⁴ Ibidem

*jurídico identificado por el grueso de reglas de reconocimiento, que sí son aceptadas en forma compartida, tendrá contornos borrosos.*²⁸⁵

3.2. Concepto Normativo de Validez

El primer paso que da Nino en su reconstrucción de un concepto normativo de validez es tratar de rescatarlo de la teoría kelseniana frente a interpretaciones llevadas a cabo por otros autores y que ven en Kelsen un concepto meramente descriptivo de validez. Ya en su *Introducción al análisis del Derecho*, Nino apuntaba que en la teoría jurídica contemporánea se ha generado una confusión “bastante perturbadora” alrededor del concepto de validez que emplea Kelsen en su teoría, si bien es en su trabajo *La validez del Derecho* donde nuestro autor, con mayor extensión, intenta clarificar algunos aspectos del concepto kelseniano de validez normativa y trata de dilucidar los malos entendidos que la ambigüedad de la obra de Kelsen en este punto ha generado.

Según escribe Nino, la presuposición corriente entre diversos autores es que la noción de validez kelseniana se aparta de la idea de validez prevaleciente en la filosofía tradicional. Mientras que esta última noción estaría principalmente conectada con la justificación de las normas, diversos autores interpretan que la noción kelseniana de validez está referida a temas de naturaleza puramente descriptiva como los de la identidad de un sistema jurídico, la pertenencia de normas particulares a éste o la coherencia interna del sistema. En opinión de Nino, ésta presuposición no es correcta; aunque dos consideraciones permiten comprender el error: en efecto, de un lado, la fuerte inclinación positivista de Kelsen hace que el intento de asociar su noción de validez con la del enfoque tradicional de inspiración iusnaturalista no parezca plausible y, además, por otro, la teoría pura trata el problema de la pertenencia de una norma que, en opinión de Nino, evoca, de forma engañosa, una identificación con el problema de la validez. La reconstrucción que hace Nino del concepto de validez en Kelsen le permite

²⁸⁵ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 42.

presentarlo como un concepto normativo que no se separa del significado central del concepto tradicional de validez, dedicaremos unas líneas a dar cuenta de los rasgos que caracterizarían a este último concepto. Según Nino, el concepto de validez acuñado en la filosofía tradicional en obras tan heterogéneas como las de Tomás de Aquino, Suárez, Puchta, y al margen de discrepancias entre los diversos autores, presenta los siguientes rasgos:

- a) Predicar validez de un sistema jurídico, o de una norma particular es afirmar que tiene fuerza vinculante, que sus prescripciones constituyen razones concluyentes para actuar.
- b) Validez equivale a existencia. Desconocer la validez de un sistema jurídico o de una norma equivale a negar su existencia ya que se consideraba que la falta de validez implica que el sistema o la norma no tiene las consecuencias normativas estipuladas por el sistema.
- c) Aunque la adscripción de validez debe depender de ciertos hechos como, en el caso de algunas concepciones, la eficacia de un sistema, el significado de validez no es descriptivo sino normativo: decir que un sistema o una norma jurídica particular son válidos es avalarlos, implica sostener que su aplicación y observancia son obligatorias y justificadas.

Una lectura de la *Teoría general del Derecho y del Estado* y de la *Teoría pura del Derecho* permite a Nino señalar la presencia en estos trabajos de Kelsen de una serie de párrafos²⁸⁶ que pondrían de manifiesto que este autor equipara, al igual que las tradicionales explicaciones filosóficas del Derecho, la validez de una norma con su fuerza vinculante. Aunque a través de tales citas podemos ver como Kelsen habla de validez como equivalente a fuerza vinculante (las normas jurídicas válidas obligan a los individuos a quienes ellas están dirigidas), a existencia ("por validez entendemos la existencia específica de las normas") y de

²⁸⁶ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 9-11.

validez como concepto normativo, Nino considera que es este último el punto crucial que nos permite entender el concepto kelseniano de validez, ya que es éste el que permite evitar que pudieran aparecer como plausibles las interpretaciones que lo identifican, por ejemplo, con la pertenencia de una norma a un sistema jurídico.

Y esto es así -observa Nino- porque, de no considerar ese último sentido de validez como el punto crucial en la teoría kelseniana, siempre podrían mantenerse las interpretaciones que sostuvieran que cuando Kelsen equipara validez con fuerza vinculante está usando "fuerza vinculante" en el sentido por ej. de que otra norma del sistema prescribe obedecer la norma en cuestión y que, cuando equipara validez con existencia, ésta pueda significar aquí pertenencia de una norma a un sistema jurídico. En *La validez del Derecho*, Nino analiza las diversas interpretaciones propuestas por diferentes autores y las controversias generadas en torno al concepto de validez kelseniano; por los límites de este trabajo nos ocuparemos aquí únicamente de la propuesta interpretativa de Nino, haciendo mención a las interpretaciones propuestas por otros autores sólo cuando pueda resultar de interés al hilo de la exposición central de la lectura de nuestro autor.

3.2.1. La Reconstrucción de Nino del Concepto de Validez kelseniano.

Nino considera que la mejor forma de mostrar el carácter normativo que en la teoría kelseniana tiene el concepto de validez es mostrando que tal carácter viene impuesto por la estructura general de tal teoría. En opinión de nuestro autor, y como presentaremos a continuación, sólo una interpretación del concepto de validez como concepto normativo permitirá dar una respuesta plausible a distintos problemas abordados por Kelsen y comprender en un esquema coherente sus soluciones. Creemos que es precisamente en este sentido como ha de ser entendido el intento de nuestro autor por rescatar un concepto normativo adecuado en la obra de Kelsen: es decir, más que de un intento -más o menos interesante- por hacer la interpretación más fiel de lo que Kelsen quiso decir, el

interés está en tratar de ver si un esquema como el kelseniano nos proporciona buenos elementos para comenzar a dibujar un buen mapa que reconstruya el concepto de validez utilizado en el discurso jurídico práctico. Veamos pues. Nino señala que en el esquema de Kelsen para que una norma jurídica sea válida se requiere que su dictado sea autorizado por otra norma que sea, ella misma, válida.

Los juicios jurídicos de validez acerca de reglas que se encuentran en una cierta relación de derivación entre ellas (constituida por el hecho de que una autoriza el dictado de otra) se encuentran también en una relación de derivación entre ellos:

“Una regla deriva de otra cuando ésta autoriza la creación de la primera; un juicio jurídico de que una norma es válida deriva del juicio de que otra norma es válida cuando la primera presupone la última.”²⁸⁷

Además, la validez o fuerza vinculante de la norma superior de un sistema jurídico es presupuesta en la teoría kelseniana y la formulación de tal presuposición es la bien conocida norma básica: *“uno debe comportarse como la Constitución prescribe”*. En la lectura que hace Nino de Kelsen, la norma básica no es una norma que pertenezca a la cadena de derivación de normas, sino que es parte de la cadena de derivación de los juicios de validez. Según esto, si, de acuerdo con Kelsen, el primitivo juicio de validez es una norma y si de las normas nada sino normas puede derivarse entonces, dice Nino, la conclusión obvia es que todos los demás juicios de validez sobre normas que no sean la Constitución deben ellos mismos ser normas.

Los juicios de validez (incluida la norma básica) prescriben que lo que las normas, a los que ellos se refieren, estipulan debe ser hecho. Si la norma en cuestión estipula que algún acto es obligatorio, predicar de esa norma que es válida implica sostener que hay una obligación de hacer ese acto (y esto no es lo mismo que decir, meramente, que hay una norma que prescribe esa obligación, puesto que

²⁸⁷ Nino, C.S., *El concepto de validez jurídica*, op.cit., pág. 11.

decir de una norma que es válida conlleva la declaración de que esa norma logra crear la obligación que prescribe). De esta forma -escribe Nino-, la adscripción de validez a una directiva (que llega a ser por eso concebida como una norma) habilita, en la teoría kelseniana, el pasaje de un lenguaje normativo "entrecorillado" para describir el contenido del Derecho, a un lenguaje normativo directo. Pero, como apuntábamos, la interpretación del concepto de validez en Kelsen no está libre de controversia. Nino señala que algunos autores consideran que el concepto de validez en Kelsen es descriptivo y que, por lo tanto, se aparta del concepto de validez tradicional. A partir de una interpretación que se apoya, por un lado, en algunos textos de Kelsen y, por otro, en la posición decididamente positivista de éste, autores como Hart²⁸⁸, Alchourrón y Bulygin²⁸⁹ sostienen que Kelsen emplea un concepto puramente descriptivo de validez, completamente ajeno a toda asociación con la justificabilidad o fuerza obligatoria de una norma o sistema jurídico.

Sin embargo, la lectura que Nino²⁹⁰ hace de Kelsen le lleva a sostener que la respuesta de Kelsen a ambas cuestiones es, en realidad, sustancialmente diferente puesto que, aunque parezca que la norma básica hace que un grupo de normas constituyan un sistema jurídico unitario diferente de otros, la respuesta de Kelsen a la cuestión de la validez (esto es, la presuposición de una norma básica que prescribe que debe ser lo que sus normas establecen) resultaría en opinión de Nino absurda e ininteligible si se diese como respuesta a la cuestión acerca de la identidad de un sistema jurídico (esto es, si se presupusiera una norma que identificara la unidad de un sistema jurídico). Nino llega a la conclusión de que la solución de Kelsen a la cuestión de la individualización no es la presuposición de una norma -como interpretan y critican Alchourrón y Bulygin-, sino un criterio que establecería que:

²⁸⁸ Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, op.cit.

²⁸⁹ Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, ed. Astrea, BsAs.

²⁹⁰ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, pág. 14-16 y pág. 72.

“Un conjunto de normas constituyen un sistema jurídico unitario cuando adscribimos validez a todas ellas sobre la base de una y la misma norma básica.”²⁹¹

Lo que sucede, apunta Nino recogiendo una crítica de Raz, es que:

“Como criterio de identidad el anterior es vacuo ya que, en el contexto de la teoría de Kelsen, el contenido de cada norma básica (y, consecuentemente, su propia identidad) no puede ser establecido antes de circunscribir las normas que pertenecen al sistema jurídico al cual la norma básica adscribe fuerza vinculante.”²⁹²

Por lo que se refiere a las cuestiones acerca de la validez de una norma particular y de su pertenencia a un sistema jurídico, según escribe Nino, Kelsen parece resolverlas de forma idéntica:

“Una norma es válida, si pertenece a un sistema jurídico, cuando deriva de otra norma válida de ese sistema”²⁹³

Sin embargo, nuestro autor señala que esto es equívoco ya que tal respuesta puede ser desdoblada:²⁹⁴

- a) “Una norma es válida cuando deriva de otra norma válida”.
- b) “Una norma pertenece a un sistema jurídico cuando deriva de otra norma que pertenece a ese sistema jurídico”.

La última formulación -escribe Nino- sostiene un criterio “genético” de pertenencia que no es discutido en la moderna teoría general del Derecho²⁹⁵. En la

²⁹¹ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, pág. 13.

²⁹² Nino, C.S., *Introducción al Derecho*, op.cit., pág. 123.

²⁹³ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 14.

²⁹⁴ *Ibidem*.

interpretación que hace Nino de Kelsen, el criterio de pertenencia de las normas no primitivas y el criterio para “transmitir” validez desde la Constitución, a la que se refiere la norma básica hasta las normas a las que ésta no se refiere directamente, son independientes, aunque ambos se basen en la misma noción de “derivación”, de acuerdo con la cual, una norma deriva de otra cuando su dictado fue autorizado por esta última. Pese a que el propio Kelsen parece querer demostrar lo contrario, generando la confusión de sus interpretes, Nino considera que esta independencia entre los criterios da lugar a que, cuando las normas primitivas del sistema son tomadas como válidas, no hay coextensividad entre las clases de normas que son válidas de acuerdo con cierta norma básica y la clase de normas que pertenecen a un sistema para el cual esa norma básica se usa, ya que puede darse el caso de que la norma en cuestión no pertenezca al sistema según el criterio de pertenencia pero sea válida por cuanto otra norma disponga su obligatoriedad (es decir la validez no sólo se predica de las normas que pertenecen al sistema según el criterio genético de pertenencia).

Como pone Nino de manifiesto -y veremos a continuación-, el intento de Kelsen de hacer coextensivo la clase de normas que son válidas de acuerdo con cierta norma básica y la clase de normas que pertenecen a un sistema genera muchos resultados negativos en su propia teoría: mientras que con relación a la pertenencia, la derivación de una norma a partir de otra, según lo apuntado, resulta plausible, no sucede lo mismo con relación a la “transmisión” de validez. En este último caso, el criterio genético resulta insuficiente: cuando aceptamos la validez de cierto grupo de normas jurídicas, estamos obligados a aceptar la validez de algunas otras normas no sólo cuando su creación fue autorizada por las primeras (criterio genético), sino, también, cuando las normas cuya validez es aceptada reconocen o establecen el deber de obedecer aquellas normas.

²⁹⁵ Nino matiza que este criterio de pertenencia debería ser completado con una cláusula que se ocupe de la pertenencia de las primitivas normas del sistema y señala que esta cláusula no está provista con éxito por Kelsen. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, pág. 14.

Prueba de esto es -nos dice Nino- no sólo el hecho de que un sistema jurídico puede reconocer como válidas las reglas de otro sistema jurídico o las reglas de asociaciones privadas sin que esto implique que aquellas normas formen parte del sistema jurídico en cuestión,²⁹⁶ sino, especialmente, los problemas que ha de afrontar Kelsen cuando trata de resolver el problema de las normas jurídicas anulables. El análisis del tratamiento que hace Kelsen de esta cuestión permite a Nino mostrar que la teoría kelseniana implícitamente también está postulando que la validez no sólo se transmite mediante el criterio genético sino mediante el criterio de que una norma postula la vinculatoriedad u obligación de obedecer otras. Veamos los pasos del análisis de Nino.²⁹⁷ Según Kelsen -escribe Nino- es contradictorio hablar de normas nulas. Si un acto de voluntad no se adecua a las condiciones que el Derecho establece para la creación de las normas válidas, su sentido objetivo no puede ser normativo. Esto es, no hay tal norma.

En opinión de Kelsen, sólo tiene sentido jurídico la anulabilidad; ésta consiste en privar a un acto del significado objetivo de norma jurídica que el Derecho le reconocía originariamente. Este problema sólo puede responderse a la luz de la determinación de quién es competente para decidir sobre la anulabilidad de una norma jurídica. Según Kelsen, la resolución judicial sobre si una norma concuerda con otra superior es constitutiva de tal hecho y no declarativa de un hecho preexistente: de esta forma, una norma será válida aunque contradiga sus condiciones de creación si así lo decreta un juez que decide en última instancia o si un órgano competente no se ha pronunciado sobre su validez.

Pero este recurso teórico al que recurre Kelsen es en opinión de Nino²⁹⁸ -y como luego veremos- muy desafortunado, puesto que si la validez de una norma no dependiera de la satisfacción objetiva de las condiciones establecidas por las normas superiores sino de la declaración de un juez, entonces el concepto de

²⁹⁶ Véase en este sentido Raz, J., *Practical Reasons and Norms*, op.cit., pág. 15.

²⁹⁷ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 29-40

²⁹⁸ Nino, C.S., *The Constitution of the Deliberative Democracy*, op.cit., pág. 192.

validez no estaría a disposición de los jueces para que estos pudieran justificar su propia decisión acerca de la validez de la norma en cuestión.

Otro recurso poco satisfactorio al que Kelsen recurre para solucionar el problema de normas de diferente grado que se contradicen es el de la famosa “cláusula alternativa tácita”. Según Kelsen, el hecho de que una norma conserve su validez, a pesar de no adecuarse a las condiciones que expresamente se establecen para su creación, sólo puede explicarse mediante la hipótesis de que la norma superior contiene tácitamente una autorización abierta que faculta al órgano a dictar normas mediante el procedimiento y el contenido que él determine, aun en contradicción con el texto expreso de dicha norma. Por lo tanto, según la teoría kelseniana: Toda norma jurídica coincide con una norma superior, ya sea con su alternativa expresa o con la cláusula tácita de habilitación indeterminada; el juego de la cláusula tácita permite en el esquema kelseniano sostener que no hay conflictos entre normas de diferentes grados. La diferencia entre ambas alternativas de creación jurídica (regularidad en la edición o la cláusula tácita que permite plena autonomía en la elección del procedimiento y el contenido) residiría en que si se elige la segunda entonces el órgano se expone a la anulación de las normas que dicta y, eventualmente, a ser sancionado. La anulabilidad admite distintos grados; el máximo de los cuales, muy cercano a la nulidad, pero cualitativamente diferente, se caracteriza por el hecho de que puede ser decretada por órganos descentralizados con efecto retroactivo.

Nino considera inaceptable esta tesis que Kelsen, expresamente, defiende en relación con el problema del conflicto de normas de diferente jerarquía. Estas son sus objeciones:²⁹⁹

- 1) Como en la teoría de Kelsen toda norma de un sistema jurídico –salvo las de grado inferior- regula la creación de otras, si se admitiera que todas ellas incluyen una cláusula que contiene una autorización abierta, se daría el caso

²⁹⁹ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 32-34.

de que ninguna norma del sistema, excepto las que no fueran aplicables para la creación normativa, tendría posibilidad de ser desobedecida, ya que el órgano inferior siempre se ajustaría a alguna de las dos alternativas que la norma le ofrece.

- 2) El propio Kelsen requiere que para que un acto de voluntad tenga sentido objetivo de norma jurídica debe haber posibilidad incluso empírica de desobedecerlo. Siendo la posibilidad lógica más fuerte que la empírica, uno podría sostener que, con mayor razón, de no darse ésta, privaría al acto de voluntad de todo sentido objetivo de norma jurídica si todas las normas del sistema jurídico incluyeran una cláusula de habilitación abierta, ninguna de ellas cumpliría con esa exigencia.
- 3) La tesis de Kelsen implica suponer que todas las normas del sistema jurídico son tautológicas, puesto que autorizarían una conducta normativa y también su opuesta. La cuestión acerca de la anulabilidad de la norma sancionada y la eventual responsabilidad del órgano -añade Nino- no resulta satisfactoria ya que no obstan a que, según Kelsen, se sostenga que se ha cumplido en todos los casos con las condiciones que la norma superior establecía para la validez de las inferiores (sea con el criterio genético regular o con la cláusula tácita).
- 4) Aunque Kelsen sólo dedica párrafos incidentales al problema de la determinación del órgano competente para dictar normas válidas, su tesis implica que se extienda la alternatividad también a él. La competencia funcional está estrechamente vinculada con el procedimiento y la materia normativa. Si se admite el contenido abierto de las normas que regulan la creación de otras respecto del procedimiento y de la materia, debe admitirse esto mismo en relación con el órgano. Siendo así, no puede dejar de ser desconcertante, por tanto, -señala Nino- una tesis que induce a sostener que el Derecho positivo autoriza a cualquier persona a dictar normas mediante cualquier procedimiento y sobre cualquier materia.

5) Es interesante la distinción que hace Kelsen entre la anulabilidad jurídica y aquellos casos en que la dogmática civil habla de "inexistencia". Estos últimos se caracterizan por no estar previstos por el Derecho, de modo que cualquiera está en condiciones de rechazar que un acto de voluntad tenga el sentido objetivo de una norma válida. Pero si la cláusula alternativa tácita se aplica también a las normas de competencia, entonces esta distinción aparece oscurecida ya que el carácter ilimitadamente abierto e implícito de la cláusula alternativa, no permite considerar esos casos como no previstos jurídicamente, no habiendo ningún criterio que impida considerarlos comprendidos en dicha cláusula.

A la luz de las anteriores consideraciones apuntadas por Nino, nos damos cuenta de que tiene razón cuando concluye que la cuestión acerca de la existencia de las normas jurídicas anulables resulta mejor resuelta si, en vez de presuponer la cláusula tácita para explicar la autorización, se entiende que la validez se transmite no sólo mediante el criterio genético, como parece querer mostrar Kelsen explícitamente, sino también mediante algún otro criterio de transmisión de la validez de una norma a otra: De esta forma, nos dice Nino, a pesar de que Kelsen parece definir la noción de validez jurídica como la propiedad que consiste en que el dictado de una norma está autorizado por otra de nivel superior, su noción subyacente de validez no es ésta:

*"Sino un concepto normativo equivalente a fuerza obligatoria o justificabilidad y cuya predicación de una norma implica adherir a su contenido, concibiéndola como un juicio de deber ser 'objetivo' y no como una mera orden de alguien."*³⁰⁰

Las dificultades que enfrenta Kelsen cuando trata los conflictos entre normas de grados diferentes serían inexplicables si la validez de una norma se redujera a su

³⁰⁰ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 29.

derivación de otra superior (una norma que contradice lo prescrito por otra superior sería lisa y llanamente inválida), y, en cambio, son perfectamente explicables si se parte del concepto de validez como fuerza obligatoria o justificabilidad. El concepto de validez que la Teoría pura parece formular en forma explícita implica que no son válidas aquellas normas que contradicen las condiciones para su creación prescritas por normas de nivel superior. Pero esta supuesta definición de "validez" -nos dice Nino-³⁰¹ es incompatible con el reconocimiento de que la validez o invalidez de una norma que se aparta del criterio genético regular de edicción de normas depende de la declaración efectiva en uno u otro sentido por un órgano competente. Y es que, como escribe nuestro autor:

"Las condiciones de verdad del enunciado "la norma p es válida" son radicalmente diferentes si es interpretado como equivalente a "la norma p satisface los requisitos que el sistema establece para su creación" o como "el órgano competente ha determinado que p cumple con los requisitos prescriptos para su creación."³⁰²

Uno de estos enunciados puede ser verdadero siendo falso el otro y, por lo tanto, la determinación que hace un juez respecto de la concordancia de una norma con la superior puede ser incorrecta.³⁰³ Kelsen, sin embargo, escribe Nino, rechaza expresamente esta conclusión y, sobre la base del carácter constitutivo de las decisiones judiciales, sostiene que las determinaciones que los jueces hacen de la concurrencia de algún hecho -por ejemplo, el de la concordancia entre dos normas-, no son meramente declarativas del mismo, sino que lo constituyen.³⁰⁴ Nino considera que el planteamiento que hace Kelsen del problema de la cosa

³⁰¹ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 35.

³⁰² Ibidem

³⁰³ Ibidem

³⁰⁴ En este sentido Kelsen afirma que los hechos jurídicos no coinciden con los hechos naturales, sino que están constituidos por decisiones judiciales, correctas o incorrectas para el sentido común, acerca de la ocurrencia de los mismos; por ejemplo: la comisión de un homicidio no constituye el hecho condicionante de una norma, sino que lo es la declaración judicial de que el homicidio se ha cometido. [Tomo cita de Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 35]

juzgada deforma el análisis de las normas jurídicas en cuanto pautas de conducta para los tribunales y los súbditos³⁰⁵ y la incorrección de este análisis queda todavía más manifiesta cuando abordamos la cuestión desde el punto de vista de los jueces: parece que es razonable pensar que el comportamiento que las normas legislativas prescribe o autoriza a los tribunales está condicionado por el acaecimiento de un hecho de los que Kelsen califica de “naturales” y no por el hecho jurídico de su propia decisión.

En opinión de Nino, el planteamiento kelseniano es válido hasta cierto punto si se restringe exclusivamente al ámbito del cumplimiento de las normas particulares que dictan los jueces. Sin embargo, aunque la situación de un condenado o la de un funcionario público que debe ejecutar la sentencia judicial es exactamente la misma si se ha dado o no la condición que prevé la norma general en que pretende fundamentarse dicha sentencia, no es correcto decir, escribe Nino, que el hecho condicionante de la norma particular sea la declaración del juez y no un hecho “natural”, ya que las sentencias, salvo casos excepcionales, son normas categóricas y la declaración judicial de que se ha cometido un cierto acto antijurídico constituye la fundamentación de la misma, no una condición mencionada en ella. Si es cierto, sin embargo, -continúa Nino- que en este nivel normativo es aceptable la pregunta que motiva la preocupación de Kelsen acerca de las razones por las cuales se considera la conducta del súbdito condenado o la del oficial ejecutor jurídicamente debida y no sólo compelida de hecho. La sentencia judicial ilegal, o la que se funda en una ley inconstitucional es inválida de acuerdo con la aparente definición de Kelsen de “validez” como autorización de su dictado por una norma superior, y como tal pareciera inhábil para originar obligaciones jurídicas. La respuesta podría venir por otro lado: la obligación del condenado y la del funcionario público derivan de otra norma válida que prescribe el cumplimiento de las penas establecidas por decisiones judiciales, sean estas

³⁰⁵ “Sería evidentemente absurdo reintegrar todas las normas primarias poniendo, por ejemplo, la cláusula: “*si un juez declara que se ha cometido un homicidio...*”, en vez de: “*si se cometiere un homicidio...*”. Si procediéramos de este modo, no sabríamos qué era lo que, en realidad, prescribe la norma”. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 36.

válidas o inválidas de acuerdo con el criterio genético de validez. Bulygin³⁰⁶ extrae de la anterior idea la conclusión de que Kelsen estaría manejando dos sentidos de validez:

- 1) Una norma es válida cuando su ejecución está prescrita por otra norma.
- 2) Una norma es válida cuando cumple las condiciones establecidas para su creación, pudiendo, por lo tanto, ser calificada de válida e inválida según un sentido u otro de validez una norma jurídica que está en conflicto con normas de nivel superior.

La conclusión de Nino es distinta: a su juicio nos encontramos no ante dos sentidos de validez, sino ante dos formas de transmitirla. Veamos esto con más detenimiento: En opinión de Nino, cuando Kelsen sostiene que la validez de una norma depende de su concordancia con otra norma superior, menciona sólo una condición necesaria para que las normas no soberanas sean válidas, pero tal formulación no implica una definición del concepto de validez.

En la teoría kelseniana -nos dice Nino- la propiedad relevante de las normas válidas es que expresan un deber ser "objetivo" por ser el producto de un acto de voluntad que coincide con otra norma válida o con el producto gnoseológico de la dogmática jurídica. Si consideramos este concepto material de validez que Kelsen adopta, entonces se hace borrosa -en opinión de Nino- su distinción con la noción de obligatoriedad: si el deber jurídico de ejecutar u obedecer una norma constituye un "deber ser objetivo" si éste coincide con la prescripción subjetiva que expresa la norma obligatoria, entonces, ésta viene a ser válida ya que cumple con el requisito, exigido por Kelsen, de que el sentido subjetivo de su acto creador coincida con otra norma válida. Si las cosas son así, concluye Nino, entonces resulta que son válidas no sólo las normas cuya creación está autorizada, sino también aquellas cuya obediencia o ejecución es obligatoria. La obligatoriedad es

³⁰⁶ E. Bulygin, *Sentencia judicial y creación de Derecho*, 124-1307, [Tomo referencia de Nino, C.S., *La validez del Derecho*, pág. 37].

compatible con el permiso otorgado a otros órganos para sancionar al usurpador y derogar la norma obligatoria; la autorización, en cambio, excluye lógicamente la posibilidad de sancionar a algún usurpador puesto que -por definición- no lo hay. Y es, entonces, cuando nuestro autor se pregunta si no habrá en la teoría kelseniana una hipertrofia de la función que cumple la derivación formal –autorización de la creación de una norma por parte de otra- respecto de su concepto central de validez que designa una normación objetiva. Si de lo que se trata es de que una norma, para ser válida, tiene que coincidir con la voluntad del primer legislador, entonces, la voluntad que los juristas consideran “objetiva”, la delegación, constituye sólo una condición suficiente, no necesaria, para determinar esa coincidencia: importa en tanto en cuanto a través de ella se puede suponer que el soberano se adhiere a las prescripciones de sus órganos delegados; pero también aquél, declarándolas obligatorias, puede avalar las prescripciones de los usurpadores, por lo menos cuando presentan una apariencia de legitimidad, hasta que se pongan en funcionamiento los recursos dispuestos para preservar su monopolio normativo.

Aquí es cuando Nino se aparta de la opinión de Bulygin y considera que no hay confusión entre dos sentidos de “validez”, sino que lo que sucede es que no se está teniendo en cuenta que la validez en el único sentido relevante aquí (como fuerza obligatoria) puede transmitirse de una norma a otra no sólo autorizando el dictado de la última, sino, también, imponiendo el deber de obedecerla. Este es, en opinión de nuestro autor, uno de los puntos críticos del concepto de validez que ofrece la *Teoría pura del Derecho*. Si designara meramente la derivación de ciertas normas respecto de las primitivas del sistema, no habría razón para preocuparse por la existencia de normas obligatorias inválidas (esto es que no respetan el criterio genético de derivación) puesto que tales normas serían directamente no vinculantes. La explicación que da Nino al hecho de que Kelsen no señale tal solución es que este autor recoge de la dogmática y de la tradición iusfilosófica el significado normativo de la palabra “validez”, diferente de la mera derivación, que expresa el reconocimiento de fuerza obligatoria a determinadas

normas. Hay normas que si bien no pertenecen formalmente al sistema, el legislador ha dispuesto que sean obligatorias. El no reconocer que hay vías alternativas para transmitir la propiedad designada por el concepto central de validez que Kelsen emplea (equivalente a fuerza obligatoria y justificabilidad) es, en opinión de nuestro autor, lo que ha provocado estos extravíos de su teoría.

Cuando la extensión del concepto normativo de validez que maneja Kelsen coincide con el concepto de derivación de una norma a partir de otra no surgen problemas pero cuando no es así, en las ocasiones que antes hemos visto -o en el caso de las leyes extranjeras cuando las declara obligatorias el legislador nacional- Kelsen se ve obligado a debilitar el segundo de los conceptos -el del criterio genético-. Esto lleva a Kelsen exactamente al mismo problema que quiso resolver pero en el sentido opuesto: al haber convertido en casi vacío el requisito de derivación formal (incluyendo su famosa "cláusula tácita"), resulta que su extensión es mucho más amplia que el ámbito de reconocimiento dogmático de la fuerza obligatoria de determinadas normas. En opinión de Nino, la solución correcta consiste, en cambio, en admitir que la validez normativa o justificabilidad no se transmite sólo por el hecho de que una norma válida autorice la creación de otra, sino también porque declare su cumplimiento o aplicación obligatorios. Otro de los aspectos de la obra de Kelsen que vale la pena examinar a estos efectos es su modelo de ciencia del Derecho. Raz trató de hacer una reconstrucción del pensamiento kelseniano a partir de su modelo de ciencia jurídica. Inicialmente, en *The concept of a Legal system*³⁰⁷, traza una serie de posibles interpretaciones del concepto de validez a partir de pasajes de Kelsen en los que éste apuntaba la idea de que las normas jurídicas no sólo sirven para justificar acciones, sino que ellas mismas están justificadas.

Raz, sin embargo, descarta inicialmente incluso la que entonces le parecía la más plausible de las interpretaciones -"los juicios de "deber ser" que describen el Derecho no expresan juicios categóricos en el sentido de que las normas en

³⁰⁷ Raz, J., *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, op.cit.

cuestión estén justificadas, sino meros juicios hipotéticos de que están justificadas si la norma básica del sistema está justificada"- porque consideraba que traería aparejada -dada la equivalencia entre validez y existencia- que las normas tendrían una existencia meramente condicional³⁰⁸. En un trabajo posterior, *Social Rules and Legal Theory*³⁰⁹, Raz considera que para reconstruir la idea de Kelsen de que las normas no sólo sirven para justificar acciones, sino que ellas mismas están justificadas; así que Raz considera que esta idea de Kelsen debe entenderse en el sentido de que los juicios de "deber ser" no implican que las normas a las que ellos se refieren estén justificadas, sino que cuando los usamos asumimos implícitamente nuestra creencia de que lo están.

La forma que tiene Raz de hacer compatible el intento de Kelsen por mantener la separación de la actividad de describir el Derecho de la actividad de valorarlo es señalando -nos dice Nino- que hay algunos contextos en los que tiene sentido presuponer, por hipótesis, la validez o justificabilidad de ciertas reglas sin tomar partido, categóricamente, acerca de tal justificabilidad. El ejemplo que pone Raz para ilustrar este tipo de situaciones es el caso del creyente en la fe judía que, ante un punto oscuro de las reglas religiosas hebreas acerca de cómo debe actuar en un caso particular, consulta a un amigo cristiano experto en la ley talmúdica.

El amigo cristiano experto lo que hace en este caso -según Raz- es emitir un enunciado que presupone la adopción hipotética de cierto "punto de vista" (en este caso, el de la religión judía). Los juristas harían lo mismo cuando formulan

³⁰⁸ Nino, sin embargo, escribe que las consideraciones de Raz son desacertadas puesto que Kelsen está equipado con una teoría epistemológica de inspiración kantiana que le permite mantener que una cierta clase de conocimiento presupone algunas hipótesis normativas, y, por lo tanto, le permite sostener que algún tipo de proposiciones descriptivas no pueden ser formuladas sin adoptar un punto de vista normativo. Para Kelsen, la existencia de las normas, pues, parece ser condicional, en cierto sentido de "condicional". En opinión de Nino, no sorprende que, de acuerdo con el enfoque kantiano que Kelsen adoptó, esté dispuesto a admitir que las condiciones para el conocimiento de normas jurídicas son también condiciones para su existencia. Una condición para conocer a las normas jurídicas como tales sería suponer su justificabilidad, que es lo que hacemos cuando presuponemos una norma básica que establece su obligatoriedad. Por lo tanto, la existencia de las normas jurídicas estaría condicionada a esa presuposición. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 17-18.

³⁰⁹ Raz, J., *Social Rules and Legal Theory*, Yale Law Journal, 81.

enunciados jurídicos: presupondrían, por hipótesis, la validez o fuerza obligatoria de las normas jurídicas sin que eso implique que las consideren realmente justificadas. Esto sería compatible con la postura positivista que Kelsen defiende firmemente en cuanto que los juristas no han de asumir un compromiso axiológico genuino acerca de la validez o justificabilidad de las normas de un determinado sistema jurídico sino que sólo han de adoptarlo de forma hipotética. El problema, según Nino, de una reconstrucción como la de Raz es que no deja de presentar dificultades si pensamos en la mera función descriptiva que Kelsen otorga a su modelo de ciencia jurídica. La adopción hipotética de un punto de vista parece tener sentido cuando se trata de “recrear” o reconstruir el sistema que resulta de este punto de vista, no cuando se trata, simplemente, de describir el sistema. En un modelo puramente descriptivo como el que parece proyectar Kelsen este recurso a la norma fundamental, esto es, la presuposición de la fuerza obligatoria del sistema, resultaría innecesaria. En definitiva, pues, en el modelo de ciencia proyectado por Kelsen, el andamiaje conceptual resulta excesivo si las funciones son puramente descriptivas.

Lo que Nino sostiene es que toda la construcción resulta más fundamentada si pensamos en una tarea teórica normativa que sí precisa la presuposición de la validez o justificabilidad; el que se trate de una presuposición haría compatible tal actividad con el positivismo metodológico de Kelsen por lo que se refiere a la identificación y conocimiento del Derecho. Kelsen, por lo demás, a diferencia de algunos de sus interpretes limita el postulado de la norma básica y su presuposición hipotética al ámbito de la esfera acerca del conocimiento del Derecho, sin abarcar el ámbito de lo judicial (donde, claro está, no es posible operar con categorías asumidas sólo hipotéticamente).

3.3. Concepto de Validez en Nino

El concepto de validez es considerado por Nino como uno de los conceptos cruciales en el discurso jurídico justificativo al establecer, como establece, el

puente entre ese discurso y el discurso moral más amplio. Nino sostiene que sólo un concepto normativo de validez permite reconstruir de forma plausible el razonamiento jurídico en contextos en los que tal razonamiento está dirigido a justificar categóricamente acciones y decisiones (como es el caso de la predicación de validez de una norma en contextos como la práctica judicial). De esta forma, desde una perspectiva ultraexterna³¹⁰, la tesis principal que Nino trata de demostrar en relación con esta cuestión es la tesis de la conexión justificativa entre Derecho y moral: la perspectiva interna en relación con el fenómeno jurídico está indisolublemente ligada a la perspectiva interna de la moral y, en especial, a la perspectiva interna de la práctica discursiva que la modernidad ha acoplado a la moral positiva.

Si ello es así, nos dice Nino, la perspectiva externa del Derecho como práctica social se distorsiona si no relaciona explicativamente esa práctica social con la práctica social del discurso moral. Desde una perspectiva externa -como la de un antropólogo jurídico-, podemos apreciar que las proposiciones normativas con las que los jueces justifican sus decisiones coactivas son las prescritas por ciertos individuos a quienes ellos consideran autorizados para hacerlo, o que cuentan con legitimidad para emitir tales prescripciones, o que son fuentes de normas válidas. Es posible que los jueces acepten algunas de esas normas por el hecho de haber sido prescritas por legisladores a quienes ellos consideran legitimados para ello según otras normas, pero llegará un momento en el que las normas que legitiman a quien emite prescripciones que contienen normas que, a su vez, los jueces aplican, ya no sean reconocidas por los jueces por haberlas prescrito otros legisladores. Aquí -concluye nuestro autor- nos damos cuenta de que el razonamiento de los jueces se apoya en proposiciones normativas no jurídicas,

³¹⁰ La perspectiva ultraexterna sería la que adoptan los iusfilósofos y que les permite dar cuenta de rasgos comunes a los distintos sistemas jurídicos, esto es, dar cuenta de una serie de conceptos que forman parte del esquema conceptual básico de cualquier sistema jurídico. Mientras que desde una perspectiva meramente externa podemos hablar de la posibilidad de un punto de vista interno y de un punto de vista externo, cuando nos desplazamos a una perspectiva ultraexterna podemos hacer una distinción previa a esta última: podemos distinguir entre conceptos normativos y conceptos descriptivos, sólo estos últimos nos permiten distinguir entre el punto de vista interno y el externo. Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, pág. 71.

puesto que no son aceptadas por los jueces por el hecho de haber sido prescritas por autoridades legítimas. Nino se pregunta por el carácter de estas normas a las que debemos remitirnos necesariamente y señala que la adopción de tales normas que legitiman las fuentes de normas jurídicas se ve sometida a una práctica discursiva para conectarla con la moral positiva de la modernidad³¹¹.

La tesis defendida por Nino es que la identificación descriptiva de ciertas proposiciones normativas como jurídicas implica mostrar que derivan de ciertas normas morales que -desde el punto de vista de los participantes en un sistema- legitiman a determinadas autoridades y de proposiciones descriptivas de las prescripciones de tales autoridades. La adopción de una de tales normas de legitimación de la autoridad jurídica no es el fin de la cuestión sino que el discurso continúa y tal adopción es sometida a crítica. El discurso propiamente jurídico está inmerso pues en el marco de un discurso práctico más amplio.

Para dar cuenta de la inmersión del discurso jurídico justificativo en el discurso moral, Nino analiza una serie de problemas que los participantes en tal discurso jurídico justificativo han de afrontar. El objetivo que nuestro autor persigue es demostrar que sólo siendo conscientes de que tales controversias internas desbordan el discurso jurídico y conectan a éste con la moral es posible ofrecer una solución plausible a tales problemas³¹². Esto nos permitirá ir trazando las líneas de la tesis de la conexión justificativa del Derecho con la moral defendida por nuestro autor. Según Nino:

“Esa validez o justificabilidad es de carácter moral y compromete con posiciones de esa índole cuando la validez de una norma -o, lo que es lo

³¹¹ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit.,pág. 58.

³¹² Nos dice Nino que los problemas de los que se ocupa demuestran que los jueces, abogados y juristas al remitirse a normas no captables por un concepto descriptivo judicial institucionalizado de Derecho, para legitimar prescripciones de las autoridades cuyo contenido significativo emplean en sus decisiones y propuestas, no se agotan en tales normas sino que en realidad implican una remisión a todo un sistema de justificación más amplio que el que está basado en las prescripciones de las autoridades. Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 60-61.

*mismo, la competencia jurídica para dictarla- se predica en la conclusión de un razonamiento jurídico justificativo*³¹³.

La Competencia Originaria

Nino da cuenta de este problema a partir del análisis que hace Carrió de la noción de competencia originaria en su monografía *Sobre los límites del lenguaje normativo*³¹⁴. En este trabajo, Carrió da un paso importante en la dilucidación de la idea de poder constituyente originario, sacándolo del enredo en el que aparece en los estudios de Derecho constitucional dónde es utilizado, en opinión de Carrió, transgrediendo los límites del lenguaje normativo: se habla de competencia constituyente originaria en un contexto en el que se niega la existencia de normas que establecieran tal competencia y considerando que el titular de ese poder goza de él, no porque haya una norma o un conjunto de normas que previamente se lo haya conferido, sino porque puede llevar a la práctica lo que quiere; es decir, porque es de hecho capaz de adoptar decisiones a la vez globales y concretas acerca de los modos de existencia de la comunidad política. Según Carrió:

*“El uso del concepto de poder constituyente originario para justificar la reforma revolucionaria de normas constitucionales importa la pretensión de llevar el concepto normativo de competencia (en el sentido de “potestad” o de “atribución”) más allá de los límites dentro de los cuáles este último concepto puede ser usado informativamente o servir realmente de justificación.”*³¹⁵

³¹³ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 69.

³¹⁴ Carrió, G., *Sobre los límites del lenguaje normativo*, BsAs, ed.Astrea, incluido en Carrió, G.R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo -Perrot, BsAs, pág. 237- 259.

³¹⁵ Carrió, G.R., op.cit., pág. 253. A partir de unos párrafos de Sánchez Agesta: *“Titular del poder constituyente [...] no es quien quiere o quien se cree legitimado para serlo, sino más simplemente quien puede [...]”* *“Para que un poder pueda considerarse como efectivo poder constituyente”* es necesaria *“la plena consumación del hecho, la plena consecución de su objeto creando un orden nuevo”*; Carrió señala que *“si para saber si estamos o no en presencia de un acto del poder constituyente originario, de un ejercicio de su incondicionada e ilimitada potencia, hace falta la plena consumación del hecho, los enunciados que afirman que algo es (ha sido) una manifestación o ejercicio del poder constituyente originario sólo pueden referirse al pasado. Hay que esperar a que la revolución tenga éxito para poder decir que, al instaurar un nuevo gobierno y, en su caso,*

El análisis que de este problema hace Nino ha de verse pues, no tanto como una crítica al ensayo de Carrió cuanto como una profundización en esa línea análisis y respuestas que Nino considera acertada, aunque eso suponga, apartarse de algunas de las implicaciones que aparecían implícitas en el mencionado ensayo. Lo que aquí pasamos a exponer pues son tales divergencias y con ellas el paso dado por Nino en un camino que apareció ya iluminado por Carrió. Nos dice Nino que la tesis principal de Carrió en relación con este tema es que el concepto de competencia originaria es un caso de transgresión de los límites externos del lenguaje normativo. Nino articula así esta tesis de Carrió:

“La noción de una competencia originaria o de un poder originario para dictar normas es auto contradictoria puesto que ‘competencia’ o ‘poder’ son términos que aluden a la existencia de normas que estipulan ciertas facultades, y el adjetivo ‘originario’ está precisamente destinado a negar la existencia de tales normas. Se pretende pues emplear un concepto de índole normativa en contextos en que, por hipótesis, las normas están ausentes”³¹⁶

Sin embargo, este planteamiento no resulta -en opinión de Nino- convincente, resultando más plausible que, en realidad, al hablar de la competencia de órganos “soberanos” estaría aludiéndose implícitamente no a normas jurídicas, sino a principios de una cierta moral ideal que quien emplea el concepto sustenta. En este sentido -escribe Nino-, el propio Carrió sostiene que este concepto, aunque desprovisto de utilidad teórica, tendría una vital importancia práctica cuando lo

reformular la Constitución, los revolucionarios ejercieron el poder constituyente originario o, lo que es lo mismo, realizaron actos y dictaron normas en ejercicio de competencias o prerrogativas propias de dicho poder”. En cuyo caso -continúa con una analogía tan lúcida e ilustrativa como simpática- “dentro de esta línea de pensamiento la fuerza o el papel legitimador que tiene o cumple la invocación del poder constituyente originario, en tales circunstancias, no parece ser mayor que la fuerza o el papel que tiene o cumple la invocación de la voluntad divina en la cuarteta que, con un dejo de desencanto, informa que vinieron los sarracenos/ y nos molieron a palos/ que Dios ayuda a los malos/ cuando son más que los buenos”. Carrió, G.R., op.cit., págs. 255-256; Sánchez Agesta, Principios de teoría política, págs. 330-332.

³¹⁶ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 44-45.

conectamos con la idea de que el titular del poder constituyente es el pueblo, remitiendo así a principios ideales de legitimación política. Serían estos principios, y no las normas de Derecho nacional o internacional, los que harían de puente entre ciertos datos fácticos -como puede ser el efectivo control de la fuerza estatal- y la conclusión normativa de que ciertos individuos gozan de facultades normativas de índole moral.

Pero, frente a esta objeción, Nino considera que alguien podría replicar que el concepto de poder constituyente originario tal como fue acuñado y es empleado de hecho por juristas y jueces es una noción jurídica que pretende cumplir un cierto papel en la explicación del Derecho y, sobre todo, en la justificación jurídica de actos y decisiones a partir de la Constitución. Siendo así, entonces podría cuestionarse el que los juristas y jueces que usan la noción de poder constituyente originario precisen invadir un territorio completamente ajeno a sus preocupaciones que no son ni éticas ni ideológicas, sino las de explicar y justificar fenómenos jurídicos. Lo que sucede es que -como señala Carrió- en tal caso habría que mostrar que incurren en un error quienes hablan de la competencia jurídica del constituyente originario porque falta el presupuesto básico para poder predicar tal competencia jurídica correctamente pues no hay normas jurídicas de referencia pertinentes. El problema es que el planteamiento inicial de Carrió -en opinión de Nino- no parece resultar totalmente plausible aun a pesar de estas consideraciones. Veamos porqué: Lo que demostraría el análisis de Carrió es que el concepto de competencia jurídica no puede aplicarse al legislador originario y que, por lo tanto, el razonamiento jurídico no puede partir de esa predicación de competencia para alcanzar el mismo tipo de justificación que se obtendría a través de otras aplicaciones correctas (en el caso de autoridades delegadas) de la misma noción.

Cuando Carrió sostiene que el empleo del concepto de poder constituyente originario en un razonamiento encierra la falacia denunciada por Hume que

consiste en derivar una prescripción de premisas puramente descriptivas³¹⁷, en opinión de Nino parecería estar implícito que el empleo del concepto de competencia jurídica no involucraría tal falacia cuando apareciera como conclusión de un razonamiento cuyas premisas hacen referencia a la existencia de ciertas normas jurídicas. Carrió distinguiría, pues, un primer tipo de razonamiento en el cual una de las premisas se referiría al éxito de ciertos actos y al reconocimiento de sus consecuencias y un segundo tipo de razonamiento en el que la premisa equivalente se referiría a la competencia o facultades establecidas por una norma jurídica. Nino reproduce un razonamiento del primer tipo según es ofrecido por Carrió en *Sobre los límites del lenguaje normativo. Tal sería:*³¹⁸

- I En la comunidad C se ha dado el caso de que grupos de hombres, valiéndose de la fuerza, han derrocado presidentes, disuelto legislaturas y destituido jueces.
- II Esos actos han tenido éxito; esto es, quienes llegaron al poder por la fuerza fueron reconocidos como autoridades de la comunidad C, y quienes se vieron de ese modo privados del ejercicio de sus cargos dejaron de ser reconocidos como tales.

Ergo: Los grupos de hombres protagonistas de tales actos tenían atribuciones (competencia, prerrogativas, etc) para llevarlos a cabo; la ejecución de esos actos presupone la facultad (atribución, competencia, etc) de ejecutarlos. Y construye uno del segundo tipo:

- 1) En la comunidad C se ha dado el caso de que grupos de hombres, valiéndose de la fuerza, han derrocado presidentes, disuelto legislaturas y destituido jueces.

³¹⁷ En opinión de nuestro autor, sería más preciso hablar de la falacia naturalista cuando se da el salto no de una premisa descriptiva a una normativa sino de una premisa sin contenido valorativo a otra con contenido valorativo. En la concepción metaética de Nino -constructivismo epistemológico- los juicios de valor tienen carácter descriptivo. Según nuestro autor sólo este tipo de juicios y ningún otro tipo de juicios descriptivos permiten derivar conclusiones acerca de cómo debemos actuar. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 61.

³¹⁸ Cfr. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 48.

2) Esos actos estaban autorizados por la norma jurídica X que fue reconocida en la comunidad C como parte de su derecho vigente.

Ergo: Los grupos de hombres protagonistas de tales actos tenían atribuciones (competencia, prerrogativas, etc) para llevarlos a cabo.

En opinión de Nino, sin embargo, esta diferencia que parece crucial, en realidad no es tal.

Si nos detenemos a ver el segundo tipo de razonamiento nos damos cuenta de que no hay diferencia entre ambos razonamientos ya que la premisa del segundo consiste también en un juicio descriptivo acerca de lo que estipula una norma que goza de cierto reconocimiento y observancia. Una vez advertido esto, puede adoptarse, en opinión de Nino, alguna de estas posiciones:

I Una posibilidad es sostener que, dado que tal premisa no es tampoco una norma o juicio normativo, el segundo razonamiento es tan inválido como el primero. Al igual que éste, incurriría en la falacia que denuncia Hume puesto que este tipo de razonamiento pretende derivar una conclusión de índole normativa de premisas puramente descriptivas.

Ahora bien -continúa nuestro autor-, si esto fuera así, habría que admitir que se incurre en la falacia en cuestión no sólo cuando se predica competencia jurídica de un órgano originario o soberano sino también cuando se hace respecto de un órgano no originario, esto es, delegado. Es decir, aun cuando el juicio de que alguien es jurídicamente competente presuponga -como el segundo razonamiento- un juicio verdadero acerca de la existencia de una norma que faculta a realizar actos o a dictar otras normas, esa atribución de competencia sería siempre espuria porque, siendo de naturaleza descriptiva, estaría sólo basada en la verificación de ciertos hechos: la vigencia de una norma con determinado contenido.

II La otra posición posible consiste en afirmar que el segundo razonamiento no es inválido porque su conclusión, al igual que sus premisas, es descriptiva. Las expresiones “competencia” “atribuciones”, etc, que figuran en la conclusión del segundo razonamiento, tendrían un significado meramente descriptivo (correspondiente al uso de expresiones normativas que Hare llama “entrecorillado”).

Lo que sucede, según nuestro autor, es que esto último puede predicarse del primer razonamiento que critica Carrió. No se trataría, sin embargo, de que no fuera válido sino de que su invalidez vendría dada no por la comisión de la falacia naturalista, como señala Carrió, sino porque las premisas no establecen el tipo de condiciones fácticas adecuadas para predicar competencia jurídica (en los términos en los que señala este autor). Esta supuesta invalidez sería, en opinión de Nino, fácilmente superable. En efecto:

“Cuando cierto grupo de hombres toma el poder en una comunidad y son reconocidos por ésta como autoridades, casi siempre se encargan de dictar normas por medio de las cuales se autoatribuyen competencia para realizar los actos que ejecutan.”³¹⁹

Se podría incluso prescindir de tal auto atribución de competencia una vez que se advierte que el reconocimiento por la comunidad de autoridades, al que hace referencia la premisa del segundo razonamiento, implica en sí mismo la vigencia de una norma, del tipo de la regla de reconocimiento de Hart. En definitiva, si se admite el carácter descriptivo de las conclusiones de ambos razonamientos, entonces es artificioso distinguir entre ellos y tenemos que elegir entre estas dos alternativas:

³¹⁹ En opinión de Nino podría objetarse la idea de “auto atribución de competencia jurídica” pero en ese caso, añade nuestro autor, si se considera que la atribución de competencia debe siempre ser hecha por un órgano que es en sí mismo competente, nunca nadie sería competente. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, pág.50

- A Bien la objeción de Carrió al tipo de razonamiento que subyace al empleo del concepto de poder constituyente originario el empleo del concepto de poder constituyente originario en un razonamiento suele encerrar la falacia naturalista pues deriva una prescripción de premisas puramente descriptivas- es extensible a todo razonamiento que recurra al concepto de competencia jurídica;
- B O bien, de lo contrario, no se trata de un razonamiento que incurra en la falacia naturalista sino, en todo caso, de un razonamiento que es inválido porque carece de una premisa descriptiva muy fácil de proveer: la que describe ya sea una atribución de competencia o la derivación de esa competencia directamente de la regla de reconocimiento del sistema.

Si se pretende reconstruir el concepto de competencia jurídica -originaria o derivada- tal y como es empleado en enunciados descriptivos, entonces, la segunda alternativa -señala Nino- permite asignar un significado coherente a tal noción descriptiva: Alguien tiene competencia jurídica originaria cuando tiene el control del aparato coactivo estatal y sus facultades para dictar normas jurídicas no derivan de normas dictadas por otros órganos, sino de una norma dictada por él mismo a ese efecto o, en última instancia, de la regla de reconocimiento del sistema. Esto, es relevante sólo si insistimos en predicar competencia jurídica de quienes dictan, en forma no delegada, normas jurídicas vigentes.

Lo que sucede es que estas dos alternativas pueden ser insatisfactorias para interpretar algún otro tipo de razonamiento que recurra a la noción de competencia ya que, como hemos visto, sólo da una explicación satisfactoria de la noción descriptiva de competencia originaria. Si se pretende reconstruir el concepto de competencia -originaria o derivada- tal y como es empleado en enunciados que expresan razones para actuar no es suficiente concluir que las aplicaciones de ese concepto presuponen juicios descriptivos acerca de la vigencia de normas

jurídicas. Y es precisamente el hecho de que el concepto de competencia jurídica suele emplearse en enunciados con los que se pretende justificar actos y decisiones lo que, en opinión de Nino, se presenta como una razón relevante para que -independientemente de que este concepto se utilice en contextos descriptivos-, se analice también el concepto de competencia jurídica -originada o derivada- tal cual es usado en el contexto de un razonamiento dirigido a justificar acciones y decisiones.

Cuando el concepto de competencia jurídica es empleado en contextos justificativos es un concepto moral, o sea, presupone la aplicabilidad de ciertos principios de justicia y moralidad social que establecen en qué condiciones cabe observar y reconocer las directivas de quienes detentan el monopolio de la coacción en una comunidad. Esto es, en contextos justificativos, el concepto de competencia jurídica es empleado en juicios de adhesión normativa, que presuponen tanto juicios acerca de principios morales generales (consideraciones de filosofía moral acerca de la legitimación del poder político y de la obligación de obedecerlo) como juicios fácticos acerca de la vigencia de ciertas normas jurídicas.

Además, tratando de dar respuesta a una cuestión que también preocupaba a Carrió, Nino escribe que si fuéramos conscientes de que la adjudicación del poder constituyente originario involucra un compromiso moral, probablemente se evitaría que la idea de que alguien detenta competencia jurídica soberana para dictar normas constitucionales esté asociada con los atributos de ilimitación y omnipotencia -algo que, aun cuando se adjudique tal poder a órganos democráticamente elegidos, favorece una actitud despreocupada hacia los derechos individuales básicos. Una articulación de los principios de moralidad social que rigen la legitimidad política mostrará, seguramente, que esa legitimidad deriva de la necesidad de hacer efectivos aquellos derechos y está condicionada, por lo tanto, al éxito que se tenga en la satisfacción de esa necesidad³²⁰.

³²⁰ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, pág. 66.

Validez de las Normas Primitivas del Sistema

¿Puede un sistema jurídico generar su propia validez?, en *La validez del Derecho*, escribe Nino:

“En la teoría de Kelsen, sí bien la validez de una norma deriva de la validez de una norma superior que autoriza su dictado o declara obligatorio su cumplimiento, lo que se transmite es algo distinto de la mera relación con la norma superior, se trata de la fuerza obligatoria o justificabilidad de la norma. Esto hace posible predicar validez aun de las normas primitivas y esa validez es de carácter moral y compromete con posiciones de esa índole cuando la validez de una norma -o, lo que es lo mismo, la competencia jurídica para dictarla- se predica en la conclusión de un razonamiento jurídico justificativo.”³²¹

Nuestro autor trata de corroborar esta tesis mostrando que hay que descartar que sea posible no trascender el sistema jurídico para predicar validez de las normas primitivas del sistema (y a través de ellas de todas las restantes) y rechazando que a los efectos de la validez en sentido normativo (esto es como obligatoriedad) el dictado y derogación de esas normas primitivas pueda estar autorizado por ellas mismas a través de una autorreferencia. Si esto fuera posible, el sistema jurídico sería autosuficiente para generar su propia validez sin que fuera necesario recurrir para fundamentar tal validez a principios extrajurídicos de carácter moral. Esto implicaría también que la autoridad suprema (el constituyente) podría estar limitada jurídicamente y no sólo moralmente. Pero la conclusión a la que llega Nino, es que esto no es posible, y que cuando predicamos validez de una norma jurídica, necesariamente estamos refiriéndonos a principios extrajurídicos de naturaleza moral. Con este análisis, Nino trata, además, de presentar una serie de problemas que el enfoque hartiano sobre la individualización del orden jurídico

³²¹ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 69.

basado en la regla de reconocimiento habrá de enfrentar al tratar de dar cuenta de la variación de las reglas de reconocimiento a través del tiempo. Uno de esos problemas es la denominada paradoja de Ross.

Esta se presenta cuando una regla de reconocimiento -aquí está pensándose en la Constitución como fuente última del sistema jurídico- dispone su propio cambio de modo que ella misma se aplica para ser reemplazada por otra regla de contenido diverso. En *Sobre el Derecho y la justicia*³²², Ross señalaba que la aparente continuidad no podía ser tomada en cuenta ya que, de lo contrario, habría que admitir, de un lado, una autorreferencia inexplicable y, de otro, la posibilidad de que una norma inexistente siga siendo el fundamento de la validez de su norma sucesora. Veamos el problema a partir del texto constitucional.

Si el artículo que dispone el procedimiento de reforma de la Constitución fuera reformado de acuerdo con lo que él mismo dispone, el nuevo artículo sólo podría verse como el resultado de una reforma regular de la Constitución si aceptamos dos premisas cuestionables:

- 1) Que el antiguo artículo de reforma se refería a sí mismo al fijar el procedimiento de reforma y
- 2) Que el antiguo artículo sigue determinando la validez del nuevo artículo de reforma no obstante no ser ya válido.³²³

La conclusión a la que quiere llegar Nino se articula en dos niveles:

- a) Por un lado, quiere demostrar que, a diferencia de lo que se suele considerar, a los efectos de cambio del orden jurídico, no existe una diferencia entre la modificación de las normas básicas del sistema de forma

³²² Ross, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, [Trad. G. Carrió], BsAs, Eudeba.

³²³ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 43.

regular o de forma revolucionaria. En ambos casos habrá siempre un cambio. Y con esto quiere llevarnos a;

- b) Su segunda conclusión que es la siguiente: sostener lo anterior no significa que, en otro orden de consideraciones, dé lo mismo modificar la Constitución de forma regular o irregular, sino que lo que implica es que, cuando cambia la base de un sistema, hay un orden jurídico diferente y el fundamento de la validez (en el sentido normativo) de las nuevas normas no puede encontrarse en el sistema derogado, aunque en muchos casos haya una estrecha continuidad entre ellos.

Nino se ocupó de la denominada "paradoja de Ross" en su trabajo *La validez del Derecho*. En este trabajo, Nino da cuenta:

- I Del análisis que Ross llevó a cabo y de las dificultades que éste ha encontrado a la posibilidad de que la norma que prevé el procedimiento de reforma constitucional pueda ser reformada de acuerdo con el procedimiento que ella misma prevé; tales dificultades llevan a Ross a descalificar la posibilidad de que la norma que regula la reforma constitucional se aplique a sí misma, limitando jurídicamente, de este modo, a la autoridad suprema;
- II De la crítica que Hart, Bulygin y Guibourg dirigen al análisis de Ross y, por último;
- III Sugiere una explicación a los mismos problemas que preocuparon a Ross aunque se aparta de la explicación dada por este autor- que le llevará, como he apuntado, a corroborar la tesis de que, cuando estamos en un contexto de razonamiento justificativo, la validez o justificabilidad que se predica de las normas primitivas del sistema tiene carácter moral.

Detengámonos a ver con detalle el análisis que hace Nino de este problema.

A Ross en su trabajo *Sobre el Derecho y la Justicia* sostiene que las normas que otorgan competencia jurídica para dictar otras normas forman una cadena que no puede ser infinita puesto que hemos de llegar a un punto en que estamos frente a una autoridad suprema cuya facultad de dictar y modificar normas no deriva de otra norma sino de una ideología política presupuesta, o sea, de una hipótesis inicial (sería el equivalente a la norma fundamental kelseniana).

En opinión de Nino,³²⁴ lo más interesante del desarrollo de Ross son sus argumentos para rechazar la posibilidad de que la norma que prevé el procedimiento de reforma constitucional (estatuyendo así la autoridad suprema) pueda ser reformada de acuerdo con ese procedimiento que ella misma prevé. Ross descalifica la posibilidad de que la norma que regula la reforma constitucional se aplique a sí misma limitando de esta forma jurídicamente a la autoridad suprema porque en su opinión:

- 1 Las proposiciones o normas autorreferentes carecen de significado y, además;
- 2 Carecería de sentido que una norma regulara su propio procedimiento de reforma ya que esto implicaría que si la norma en cuestión es reformada, la validez de la nueva norma derivaría de la antigua y, en opinión de Ross, esto no es posible porque una norma no puede derivar su validez de otra que no es ya válida y que es incompatible con ella.

Esta argumentación con la que Ross trataba de demostrar, como hemos apuntado, que la autoridad suprema no podía estar a su vez jurídicamente limitada, sino que había que trascender el sistema jurídico para encontrar tales límites fue objeto de un debate que, sin embargo, olvidó tal punto clave al que quería apuntar Ross y con ello, de alguna forma, las discusiones -al no tener

³²⁴ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 70.

presente el objetivo de Ross- fueron menos claras de lo que, en otro caso, podrían haberlo sido.

B La primera respuesta a la tesis de Ross vino de Hart. Nino apunta que Hart³²⁵ rebatió los argumentos de Ross señalando, por un lado, que, aunque la autorreferencia total carece, efectivamente, de sentido, no sucede lo mismo con la parcial y, por otro, que, además, el diferente ámbito temporal de las dos normas supondría que la nueva norma no estaría en contradicción con la antigua, siendo posible, por lo tanto, hablar de que la nueva norma deriva su validez de la anterior.

Ross contestó a esta crítica en su trabajo *Sobre la autorreferencia y un difícil problema de Derecho constitucional*³²⁶.

Por lo que se refiere a la cuestión de la autorreferencia, Ross precisa que hay que distinguir la autorreferencia genuina de la espuria y sostiene que, en el caso de la autorreferencia parcial, el problema aparece respecto de una parte del significado de la proposición. Sólo respecto de esa parte se puede decir que la proposición o norma, por ser autorreferente, carece de significado. Por lo que se refiere al segundo argumento de Hart, Ross señala que la nueva norma constitucional contradice la antigua de la que supuestamente deriva y que, precisamente por eso, y en virtud del principio *lex posteriori*, se suceden. Pero añade que, debido a la contradicción lógica que hay entre ambas normas no podemos derivar la validez de una de la validez de la otra. Bulygin y Guibourg cuestionaron la replica de Ross a Hart, considerando que los problemas apuntados por Ross no eran problemas genuinos. Bulygin³²⁷ se ocupa especialmente de la cuestión de que la validez de una norma no puede derivar de otra con contenido opuesto. Este autor parte de

³²⁵ Hart, *Self-Referring Laws*, en *Festschrift Tillagnad Karl Olivecrona*, Estocolmo, tomo referencia de Nino en *La validez del Derecho*, op.cit .

³²⁶ En Ross, A., *El concepto de validez y otros ensayos*, BsAs, Centro editor de América Latina.

³²⁷ Bulygin, E. *Tiempo y validez*, en *Análisis lógico y Derecho*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

que la validez a la que alude Ross es de índole normativa y ésta se expresa a través de un juicio que predica de una norma que ella debe ser obedecida.

En opinión de Bulygin, la contradicción apuntada por Ross no se da puesto que considera que el hecho de que cada norma de reforma constitucional se refiera a una Constitución diferente³²⁸ da lugar a que la norma antigua y la nueva tengan una referencia distinta.

La conclusión a la que llega Bulygin es que la validez normativa de la nueva Constitución puede, efectivamente, derivar de la antigua que queda derogada; pero aclara que la aplicabilidad de la Constitución nueva (y aun de la vieja respecto de actos ocurridos durante su vigencia) debe derivar de un criterio perteneciente al sistema jurídico vigente. Guibourg,³²⁹ por su parte y por lo que se refiere al tema de la autorreferencia normativa, rechaza la idea de que todo enunciado genuinamente autorreferente carezca de sentido³³⁰ y sostiene que algunos enunciados autorreferentes no son significativos no por ser autorreferentes, sino por carecer de referencia (si que la tienen, sin embargo, algunos enunciados claramente autorreferentes como “este enunciado contiene una referencia a sí mismo” o “este enunciado no contiene una referencia a sí mismo” ambos son significativos y su verdad o falsedad puede apreciarse examinando el propio enunciado) al implicar, algunos de tales enunciados, una contradicción. Sería el caso de enunciados -si los aceptamos a los efectos como enunciados- como “Esto que decimos es falso”. En este caso lo que sucede es

³²⁸ En este sentido apunta Bulygin al ser la Constitución un conjunto de normas, ella no es la misma si incluye, por lo menos, una norma distinta. En el caso en cuestión, tal norma distinta sería la que estipula el procedimiento de reforma. En este mismo sentido Hoerster sostiene que no hay problema de contradicción entre el artículo 88 de la Constitución de Dinamarca que establece el procedimiento para su reforma y el artículo 88 puesto que ambos pertenecen a diferentes Constituciones: una que contiene el artículo 88 y otra de la que forma parte el artículo 88. Hoerster, N., *On Alf Ross's Alleged Puzzle in Constitutional Law*, en *Mind*, págs. 422-426.

³²⁹ Ricardo A. Guibourg, *La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional*, en *El lenguaje del Derecho*, Bulygin, Farrell, Nino, Rabossi, comps., Abeledo-Perrot, BsAs.

³³⁰ Si que tienen sentido -apunta Guibourg- enunciados autorreferentes como p.ej.: “Este enunciado contiene una referencia a sí mismo”. El enunciado afirma que se refiere a sí mismo y para saber si es verdad basta examinarlo y ver que efectivamente se refiere a sí mismo. De la misma forma que el enunciado. “Este enunciado no se refiere a sí mismo” es falso, y por lo tanto significativo, a pesar de ser también genuinamente autorreferentes. R. Guibourg. *op.cit.*, pág. 186.

que si sustituimos el anterior enunciado por p entonces, de acuerdo con el concepto de verdad semántica establecido por Tarski, p implica que “p” es verdadero (esto es, que yo creo que “p” es verdadero) puesto que todo enunciado implica la afirmación de su verdad (esto es, todo enunciado proferido por un sujeto implica la creencia de este sujeto en su verdad).³³¹ Si reemplazamos “p” por “p es falso” entonces sucede que afirmamos explícitamente que p es falso e implícitamente que es verdadero. Esto es, incurrimos en una contradicción. Sucede, además -continúa Guibourg-, que ver como enunciados a los anteriores era sólo una hipótesis para demostrar que no es la autorreferencia el factor que puede privar de sentido a tales expresiones, pero tal hipótesis -la que consiste en verlos como enunciados- no puede aceptarse y las mencionadas expresiones carecen, en verdad, de significado.

El valor de “p es verdad” depende del valor de p, y la determinación de éste requiere el previo análisis de p. Si p resulta ser un enunciado analítico, tautológico o contradictorio, su verdad o falsedad resultará del propio enunciado. Si es un enunciado contingente, él mismo enunciará las condiciones que pueden confirmarlo o hacerlo falso. Pero, si aceptamos que “esto que digo es verdad” es un enunciado -se pregunta Guibourg- ¿cuál será la perspectiva de averiguar su verdad o su falsedad?. Predico la verdad de esto que digo, pero “esto que digo” es que esto que digo es verdad y así sucesivamente. Entonces lo que sucede es que ciertas expresiones, detrás de una autorreferencia aparente, ocultan un vacío que las hace incompletas e insuficientes para expresar una proposición a la que pueda atribuirse algún valor de verdad. En definitiva, -apunta Guibourg- decir “esto que digo es verdad” o “esto que digo es falso” son expresiones tan poco significativas como “es verdad”, donde el espacio en blanco no ha sido llenado con ninguna proposición. Estas formulas carecen de referencia no por ser autorreferentes sino por no tener un real núcleo de significado, esto es, por ser un predicado sin sujeto. Esa vacuidad -no implicada, pues, necesariamente por la autorreferencia- también

³³¹ Guibourg, R.A., *La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional*, en *El lenguaje del Derecho*, Bulygin, Farrell, Nino, Rabossi, comps., ed. Abeledo-Perrot.

aparece en los casos en los que se dice: “La presente norma no es válida” o “esta norma es obligatoria” “esta orden no debe ser obedecida” etc, ya que allí donde no se menciona conducta alguna o donde no se remite a otra norma, no existe norma de la que pueda disponerse validez o invalidez, sanción o derogación al no contener referencia a una conducta determinada ni remitir a otra norma, presente o eventualmente futura que pueda contenerla. Si se toma el sentido de autorreferencia de forma menos estricta, esto es, en el sentido de que una norma es autorreferente no sólo cuando se refiere a sí misma sino a toda una ley de la que ella forma parte, la vacuidad desaparece³³².

Por lo que se refiere a la cuestión de la derivación, Guibourg considera que sostener que una nueva norma de reforma constitucional no puede derivar su validez de la antigua es teóricamente erróneo y políticamente peligroso ya que puede hacer pensar que da lo mismo cómo se reforma la Constitución. Con esto Guibourg trata de dar respuesta a una postura como la sostenida por Ross y Nino según la cual cuando se transforma la base de un sistema jurídico se produce un cambio de tal sistema y que, a los efectos, da lo mismo que se convoque a una convención constituyente para tomar la decisión de reformar la Constitución, como que el presidente tome la decisión de modificarla: en ambos casos el resultado será siempre un cambio del orden jurídico.³³³ Nino considera errónea la creencia de los juristas de que cuando se produce una reforma regular de las normas de la base del sistema (Constituciones que se reemplazan total o parcialmente - incluyendo, en este último caso, la norma de reforma) no hay cambio del orden jurídico. Guibourg, sin embargo, rechaza el argumento de Ross según el cual si la validez de la nueva norma de reforma derivase de la antigua estaríamos ante una inferencia cuya conclusión contradice una premisa, sosteniendo que la derivación dinámica de las normas jurídicas es diferente de la derivación estática propia de la

³³² Guibourg señala a modo de ejemplo el caso de una ley compuesta de dos normas, una de las cuales declara a toda la ley derogada, esta ley será pragmáticamente absurda; pero este juicio que hacemos de ella muestra que la entendemos, que tiene sentido. Guibourg, R., *op.cit.*, pág. 190-191.

³³³ Ross, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, *op.cit.*, pág. 79, Nino, C.S., *Introducción al Derecho*, pág. 147.

inferencia lógica, puesto que, mientras en ésta tanto la premisa como la conclusión son atemporales, en la primera hay una secuencia temporal entre ellas, y la norma derivada no está presente en la derivante sino “en potencia”; el artículo de reforma constitucional regula cómo el órgano constituyente que lo dictó y cesó en sus funciones puede ser sucedido por otro. Veamos a continuación cual es la postura de Nino en relación con esta polémica.

Por lo que se refiere a la cuestión acerca de la autorreferencia normativa, Nino, tras dejar de lado la que califica como compleja cuestión lógica y semántica de si hay proposiciones que siendo genuinamente autorreferentes sean significativas (aunque considera que en toda autorreferencia genuina hay un regreso al infinito que elimina la referencia), se ocupa del caso de la genuina autorreferencia normativa, cuya significatividad, sostiene, le genera todavía más dudas.

Aunque tanto Hart y, de forma menos clara, Guibourg defienden la significatividad de la autorreferencia parcial, Nino considera que el argumento de Ross contra la posibilidad de la autorreferencia parcial es definitivo: una norma que estipula la forma de modificar un conjunto de normas en el que está ella misma incluida - suscribe Nino- es estrictamente equivalente a una conjunción de normas que estipulan el procedimiento de modificación de cada una de las normas del conjunto; uno de los miembros de la conjunción se referirá completamente a sí mismo, y es ese miembro, y no los restantes, el que carece de sentido. En opinión de Nino, la resistencia a admitir este argumento y la tendencia a pensar que cuando una proposición es parcialmente autorreferente queda saneado el sin sentido del enunciado completamente autorreferente implicado se debe a que cuando la aparente autorreferencia es parcial (“Todas las normas de este código son modificables por el procedimiento P”) hay oportunidad para una interpretación de la oración, o de la formulación normativa, como si se tratara en realidad de dos normas: una norma B que estipula que todas las demás normas pero no ella misma son modificables por el procedimiento P y otra norma C que establece que la norma anterior, esto es, la norma B, es modificable por el mismo procedimiento

P. El legislador que emitiera una formulación semejante estaría en realidad, apunta Nino, dictando dos normas que operan en niveles diferentes puesto que una se refiere a las demás normas del cuerpo en cuestión y la otra se refiere a la primera.

Una posible objeción que podría dirigirse es que esto llevaría a un regreso al infinito, puesto que, frente a la natural pregunta de cómo se modifica a su vez la segunda norma, que establece el procedimiento de reforma de la primera norma, que estipula igual procedimiento para modificar las reglas restantes, la única respuesta posible parece ser que debe haber otra norma adicional que establece el mismo procedimiento para reformar esa primera norma y así sucesivamente. Sin embargo, Nino considera que esto no tiene por qué ser así necesariamente, no tiene por qué haber norma alguna en el sistema acerca de cómo modificar la norma que regula la reforma de las demás normas. Si la norma B se modifica por el procedimiento P de acuerdo con lo que establece la norma C, esta norma C, aunque no sea derogada, deja de ser aplicable por haber desaparecido su objeto de regulación (la norma B).

Aunque C subsista puede, sin embargo, plantearse, continúa nuestro autor, la cuestión acerca de cuál sería el procedimiento para dictar la norma C (la que establezca el procedimiento de reforma de B) y las demás que sucedan en el futuro a ésta. En opinión de Nino, la solución a este problema vendría dada si consideramos que el sistema incluye una norma general C” que estipula lo siguiente:

“Toda norma que establece el procedimiento para modificar otras normas del sistema puede ser modificada por el mismo procedimiento que ella fije, salvo que haya otra norma que establezca algo distinto.”³³⁴

³³⁴ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 77.

Sin embargo, continúa Nino, sigue abierta la cuestión de fundamentar la validez normativa (o fuerza obligatoria) de una norma como C. Si se parte de la presuposición de que esa validez sólo puede fundarse en otra norma que pertenece o perteneció al mismo sistema (o a un sistema inmediatamente antecesor) parece inevitable caer en el dilema entre un imposible regreso al infinito o una sospechosa autorreferencia. La autorreferencia es eliminable -escribe Nino- si se trata simplemente de establecer de acuerdo con qué norma es modificable la norma que regula el procedimiento de reforma de las restantes normas del sistema: en tal caso, la respuesta es que el sistema incluye una norma originaria, que difícilmente se pretenda a su vez modificar, y que establece, si no hay otra norma que diga lo contrario, idéntico procedimiento para cambiar la norma de reforma que el que ella fija para las demás normas.

Estas normas más básicas que las que plantean el problema, suelen ser -escribe nuestro autor-³³⁵ implícitas.

La autorreferencia no es, sin embargo, eliminable cuando recurriendo precisamente a ella se pretende mantener la aplicación de un criterio de validez (normativa) o fuerza obligatoria de cualquier norma, que exige que ella “derive” de otra norma que pertenece o perteneció al mismo sistema. Lo que sucede es que esto es una postura muy poco plausible y es, precisamente, como dije al principio de este apartado, la que, en la lectura que hace Nino de Ross, este último trató de atacar introduciendo la posibilidad de ella para explorar si así se pudiese preservar la aplicación irrestricta del criterio de validez que consiste en derivar la validez (en el sentido de obligatoriedad) de una norma de la validez de otra del mismo sistema, y concluyó que esta posibilidad debía ser rechazada. Lo que sucedió es que, planteado el problema por Ross y percibidas sus dificultades, se difundió la idea de que frente a una cláusula de reforma constitucional hay que concluir que, o bien es autorreferente, o bien que hay una laguna acerca de su modificación, pero, en realidad, según demuestra Nino, el dilema es falso ya que, por un lado,

³³⁵ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 43.

un sistema jurídico puede ser autosuficiente, sobre la base de una norma como C, para regular el procedimiento de modificación de aquellas de sus normas que puedan necesitar ser modificadas (éste, como vimos, no parece ser el caso de C) - y por lo tanto no hay ni autorreferencia ni laguna- pero, por otro lado, esto no quiere decir que un sistema jurídico pueda generar su propia validez (en el sentido normativo que hace referencia a la fuerza obligatoria o justificabilidad de las prescripciones jurídicas). Es pues en este punto “de dónde procede la fuerza vinculante” de, en este caso, la norma de reforma como C en el que Nino avanza sus principales argumentos. Nino, suscribiendo la postura de Ross acerca de la imposibilidad de que la autoridad suprema esté limitada jurídicamente (que una norma jurídica suprema regule su propio procedimiento de reforma), ofrece, sin embargo, una explicación diferente a esa imposibilidad. Nino sostiene que si admitiéramos la posibilidad de que la norma que regula la reforma constitucional se aplicara a sí misma, limitando, de este modo, jurídicamente a la autoridad suprema, el problema que afrontaríamos -a diferencia de lo sostenido por Ross- no vendría dado tanto por la cuestión de la autorreferencia -como hemos visto, según Nino, ésta podría solucionarse con una norma del tipo C- sino por la cuestión acerca de la *validez normativa* o *fuerza obligatoria* de una norma del tipo de C.

La exposición del análisis que lleva a cabo Nino de la derivación “dinámica” de una norma a partir de otra con contenido opuesto permitirá ver esto con más claridad.

Recapitemos la polémica en torno a esta cuestión. Ross señalaba que si la norma que establece el procedimiento P para modificar la Constitución se aplicara a sí misma, la norma que la reemplace, fijando el procedimiento R, debería derivar su validez de aquella norma que tiene contenido opuesto. Esto constituiría -en opinión de Nino- un caso de una inferencia cuya conclusión contradice una de sus premisas, lo que constituiría un absurdo lógico. Por su parte, tanto Hart como Bulygin y Guibourg señalaban frente a Ross que el argumento temporal es decisivo para eliminar la contradicción. Nino parte de un argumento de Guibourg

quien, considerando un sentido normativo de validez, sostiene que a diferencia de lo que ocurre en la deducción lógica, no es necesaria la verdad o validez simultánea de premisas y conclusión sino que hay una sucesión entre ésta y aquellas. Y otro de Bulygin: la derivación no se hace en principio entre las normas mismas sino entre juicios de validez acerca de esas normas. A diferencia de lo que sugiere Guibourg, Nino sostiene que el razonamiento que transfiere validez de una norma a otra es una inferencia lógica ordinaria.

En su opinión, una vez que advertimos que la derivación “dinámica” es un tipo de razonamiento deductivo, una de cuyas premisas es un juicio que confiere validez a las afirmaciones o prescripciones de alguien, parece inferirse, entonces, que no puede haber diferencia entre este tipo de razonamiento deductivo y cualquier otro respecto de la contemporaneidad de la verdad o validez de las premisas y de la conclusión. Para introducir algo más de claridad, Nino retoma la idea de que los juicios de validez pueden referirse tanto al pasado como al futuro y a partir de esto considera que lo que resulta relevante preguntarse no es si un razonamiento puede partir como premisa de un juicio que fue válido para llegar a una conclusión que es válida, sino si un razonamiento puede partir de un juicio que predica la validez pasada de una norma para llegar, como conclusión, a un juicio que predica la validez presente de otra norma. La respuesta negativa que da Ross a esta cuestión -apunta Nino- parece en principio ser correcta: de un juicio que dice que algo debió hacerse en el pasado no parece poder deducirse un juicio acerca de lo que debe hacerse ahora. Todo juicio acerca de la validez presente de una norma tiene que partir de un juicio acerca de cierto deber actual, como el de observar otra norma.

Esto es, en última instancia, señala Nino, lo que está implícito en la idea de Bulygin de que lo que él llama “criterio último de aplicabilidad de normas” debe pertenecer al sistema presente; ese criterio último del que habla Bulygin, apunta Nino, no es otra cosa que el juicio de validez acerca de las normas de mayor jerarquía del orden. Si aceptamos esta conclusión parecería entonces que Ross

tiene razón cuando señala que estamos incurriendo en una contradicción lógica al tratar de fundar la validez de una norma de reforma en la validez de su norma antecesora: estaríamos partiendo de un juicio que establece el deber de observar una cierta norma para llegar a otro juicio que establecería el deber de observar otra norma incompatible con la anterior.

Lo que aquí sugiere Bulygin para evitar esta contradicción -el ámbito de validez temporal forma parte del contenido de una norma (determinando su identidad), y, por lo tanto, podría decirse que las normas de reforma tienen diversos contenidos por tener diferentes ámbitos de aplicación temporal- no es, en opinión de Nino, efectivo: el contenido de una norma es relevante para su identidad y dado que es contraintuitivo sostener que una norma no es la misma por ser, por ejemplo, prorrogada en el tiempo entonces parece razonable concebir el tiempo de aplicabilidad de una norma no como un aspecto de su contenido sino como una calificación de su pertenencia a un sistema y de su validez normativa, o sea del deber de obedecerla. De esta forma, continúa Nino, si entendemos que el tiempo en que una norma es aplicable no afecta a su contenido sino a su validez, no sólo no se muestra que los contenidos de las normas de reforma no son mutuamente contradictorios, sino que, además, se vuelve al problema anterior de la aparente imposibilidad de derivar un juicio acerca de la validez presente de una norma de un juicio acerca de la validez pasada de otra. Nino, sin embargo, considera que debe ser revisada la postura de Ross que consiste en sostener la imposibilidad de derivar un juicio acerca de la validez presente de una norma de un juicio acerca de la validez pasada de otra. Nuestro autor sostiene:

“Es cierto que si la conclusión de un razonamiento práctico es un juicio acerca de lo que debe hacerse hoy, el razonamiento no puede tener como premisa mayor un juicio acerca de lo que debió hacerse ayer. Pero el razonamiento puede contar con ese juicio como premisa menor, siempre que tenga una premisa mayor adecuada.”³³⁶

³³⁶ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 85.

Nino reconstruye así el razonamiento que conduce a la predicación de la validez de la nueva norma de reforma constitucional:

- 1) Debe observarse toda norma (A) dictada por un procedimiento establecido por una norma (B) que debió observarse al momento de dictar la primera norma (esto es al momento de dictarse A).
- 2) La norma A fue dictada por el procedimiento establecido por la norma B.
- 3) La norma B debió observarse en el momento de dictarse A.
- 4) A debe ser observada.

En opinión de nuestro autor, este razonamiento es impecablemente válido. En *La validez del Derecho*, Nino considera que esto demostraría que es totalmente infundada la posición de Ross en el sentido de que la validez presente de una norma de reforma no puede fundarse en la validez pasada de una norma de reforma antecesora.

Posteriormente, en *Fundamentos de Derecho Constitucional*, viene a admitir que, tal y como sostiene Ross, una norma válida no puede derivar su validez de otra norma que ya no lo es (esto es, los artículos reformados de la Constitución no pueden recibir su validez de la norma que fija el procedimiento de reforma, si ella también ha sido reformada siguiendo el mismo procedimiento) pero que puede haber una norma (la recogida en la premisa 1 del anterior razonamiento) que sigue siendo válida y que da validez a las normas dictadas de acuerdo con el procedimiento establecido por una norma que era válida en el momento de haber sido dictadas aquellas otras normas. Esa norma pertenece a un plano más profundo y generalmente no articulado en el que se desarrolla una práctica básica de reconocimiento de reglas que, a su vez, reconocen la validez de otras. Tal práctica no coincide con el texto de la Constitución sino que se refiere a él. Así, entonces, hay una práctica más básica que la Constitución en una sociedad que determina la observancia de la Constitución aun cuando ella sea modificada en

forma regular³³⁷. Pero examinemos con detalle la premisa (1). Esa premisa tiene la particularidad -sostiene Nino- de ser:

“Un juicio de validez que no tiene como “pendant” a ninguna norma del sistema.”³³⁸

Lo que ha sucedido -según escribe nuestro autor- es que, generalmente, se ha incurrido en el error de considerar a tal juicio como un juicio de adhesión normativa.³³⁹ El error está en lo siguiente: Aun cuando se sostenga que las normas jurídicas son enunciados que no difieren de los juicios morales de igual contenido, habría que distinguir entre la formulación jurídica y la moral de esos enunciados; debiendo concluirse que su emisión en contextos justificativos tiene carácter moral y no jurídico. En efecto, la índole valorativa de estos juicios se obscurece muchas veces por su confusión con las normas jurídicas a las que ellos adhieren y esto ha hecho pensar a muchos autores que el razonamiento justificativo de jueces y juristas parte de normas jurídicas y no de juicios morales acerca de ellas.

Esta confusión entre normas jurídicas y juicios morales que predicán su validez es responsable de la exigencia de que todo juicio de validez sea un juicio de adhesión normativa. Pero, en opinión de Nino, tal exigencia es de imposible cumplimiento ya que requeriría una cadena infinita de normas positivas. El juicio del tipo (1) es, nos dice Nino, un juicio de validez que no tiene como contrapartida una norma jurídica. Esto es, se trataría de un juicio normativo puro. Muchos autores, ante la constatación de que los jueces no razonan sólo a partir de normas jurídicas, para evitar el aislamiento del sistema jurídico y conseguir su anclaje, presuponen una norma extrajurídica sólo en la cúspide del sistema, como la “norma básica” de Kelsen o la “ideología presupuesta” de Ross. Sin embargo, en

³³⁷ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., págs. 43-44.

³³⁸ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 86.

³³⁹ Nino, denomina juicios “de adhesión normativa” a los juicios valorativos que derivan de un principio moral de homologación del orden jurídico o la autoridad normativa y de una proposición que constata el dictado de una norma (en el sentido de prescripción) por parte de dicha autoridad.

opinión de nuestro autor, la cuestión deja de ser extraña si se reconoce de entrada que el razonamiento práctico de jueces y juristas nunca se basa en normas jurídicas sino, en todo caso, en juicios paralelos acerca de su validez³⁴⁰.

Esto hace perfectamente natural reconocer que la validez de la norma de reforma parte de una premisa como (1) aunque ella no tenga como contrapartida una norma jurídica. Resumiendo pues: por lo que se refiere a la norma que prevé el procedimiento para modificar las normas superiores del sistema su propia reforma puede estar regulada por otra norma -más básica y generalmente implícita- que establece el mismo procedimiento que ella indica, con lo que se evita el problema de la autorreferencia, y, como esta segunda norma no necesita ser modificada ya que su contenido se adapta al de la norma que ella regula, se muestra que un sistema jurídico puede ser prácticamente autosuficiente por lo que se refiere a prever el procedimiento de reforma de sus normas. Sin embargo, cuestión distinta es la de la validez:

La validez de la norma de reforma de la norma primitiva del sistema está establecida por un juicio que no tiene como contrapartida otra norma jurídica sino que, como todo juicio de validez, en última instancia, tiene carácter moral. Por lo tanto el sistema jurídico no es autosuficiente por lo que se refiere a la generación de su propia validez.

Frente a una preocupación como la de Guibourg acerca del peligro que estaría involucrado en la tesis de que la identidad de un sistema cambia cuando se modifican las normas que constituyen su base -las normas originarias-, cualquiera que sea el tipo de cambio (regular o no), esta tesis reivindica que la validez de las normas jurídicas depende de presupuestos morales y no de meras normas jurídicas. Y es esto, subraya Nino, lo que permite marcar la diferencia en términos de legitimidad entre un cambio democrático y un cambio violento de las normas que constituyen la base del sistema, no la cuestión puramente teórica de si esos

³⁴⁰ Nino, C.S., *La Validez del Derecho*, pág. 86.

cambios son compatibles con la subsistencia del mismo sistema jurídico o si por el contrario, implican una alteración de su identidad³⁴¹.

Es, precisamente, la diferencia entre un cambio democrático y un cambio violento a la luz de consideraciones de filosofía moral y política el que nos permite introducir el siguiente punto del análisis de Nino: la cuestión acerca de las normas de facto. Nino denuncia que la confusión en torno al concepto de validez jurídica lleva a fundamentar la validez de las normas dictadas por un gobierno de facto y con ello -erróneamente- a legitimar este tipo de regulaciones que pretenden amparar -en ocasiones- violaciones masivas de derechos humanos.

Validez de las Normas de Facto

Preguntar acerca de la validez de las normas de facto implica, en el análisis de Nino, preguntar qué fuerza vinculante tienen las normas dictadas por quienes establecieron un régimen autoritario. El análisis de nuestro autor parte de una revisión crítica de la doctrina jurisprudencial tradicional acerca de este tipo de normas, que equiparaba la fuerza vinculante de las normas procedentes de gobiernos autoritarios con las procedentes de regímenes democráticos. En la historia de muchos países, la usurpación del poder constitucional y democrático y el establecimiento de un régimen de gobierno autoritario ha venido acompañado de un reconocimiento implícito por parte de los tribunales de la pretendida legitimidad del gobierno autoritario para dictar leyes al considerar obligatorias y aplicar las leyes dictadas por aquellos. De esta forma, los tribunales -apoyados muchas veces por posturas defendidas por los teóricos- a partir del mero hecho de que tales gobiernos tuvieran la posesión de la fuerza necesaria para asegurar la paz y el orden en una determinada nación, los consideraban constituidos en

³⁴¹ Entre otras razones -señala Nino- porque *"los partidarios de cambiar las normas originarias por la fuerza en vez de hacerlo por decisión democrática no suelen conmoverse por la cuestión iusfilosófica de si sus actos tendrán o no el efecto de que los juristas digan que la identidad del sistema jurídico se ha alterado"*. Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 88.

gobiernos de facto con todas las consecuencias respecto de la posibilidad de realizar válidamente los actos necesarios para la persecución de sus fines.³⁴²

Nino trata de demostrar que esta doctrina acerca de las normas de facto se apoyaba en un error teórico que consistió en no apreciar que, siendo la validez una propiedad normativa que implica que la norma debe ser obedecida, no puede derivar de meras circunstancias de hecho tales como poseer la fuerza suficiente para constituirse sin el respaldo democrático en gobierno de un país. Si uno no quiere incurrir en la denominada falacia naturalista, la respuesta a la pregunta acerca de la validez de las normas de facto ha de buscarse más allá de la cuestión acerca de quién tiene de hecho la fuerza que le permite dictar normas y poner sanciones en caso de su incumplimiento.

Según el análisis de Nino, el ámbito donde hallaremos esa respuesta es el de los principios morales, ya sea principios morales como el de la seguridad jurídica o requerimientos normativos más fuertes como es el que precisa la legitimidad de la autoridad para que sus normas sean válidas. Las dos tesis -complementarias- defendidas por Nino en relación con el problema serían las siguientes:

- 1) La legitimidad para dictar normas jurídicas válidas no puede derivar de meras circunstancias de hecho -como tener el monopolio de la fuerza de una sociedad- sino que tiene que derivar de valoraciones extrajurídicas; tales como el respeto e implementación de los mecanismos adecuados para la protección de los derechos humanos.
- 2) La conexión desde el punto de vista interno o justificativo entre el Derecho y la moral.

No se trataría solamente de la defensa de la tesis acerca de la pretensión de corrección del Derecho, sino que tal pretensión -siguiendo la terminología de

³⁴² Nino, C.S., *Derecho, Moral y política*, op.cit., pág. 64.

Alexy- ha de apoyarse en una ideología sostenible;³⁴³ para que una ideología reúna este rasgo precisa, en Nino, ser respetuosa con los derechos humanos. Un Derecho extremadamente injusto, es decir, que viola los derechos humanos más fundamentales de los ciudadanos, carece de fuerza justificativa. Antes de comenzar a exponer el análisis que Nino hace de toda una serie de cuestiones relacionadas con el problema apuntado, puede resultar útil avanzar una serie de precisiones terminológicas que me permitirán delimitar el análisis.

- I Nino habla de “gobiernos de iure” para referirse a aquellos que son democráticos y de “gobiernos de facto” cuando se refiere a gobiernos autocráticos. Como nos dice Bayón,³⁴⁴ si bien, en principio, ambos conceptos son puramente descriptivos, ya que es un hecho que una autoridad satisfaga o no los requisitos para ser considerado de uno u otro tipo, cuando Nino califica a un gobierno u otro como de iure o de facto, no sólo está limitándose a dar cuenta de si un determinado gobierno es democrático y respetuoso con los derechos humanos o no, sino que, como veremos, también está formulando juicios normativos acerca de si el gobierno en cuestión es legítimo y, si, en consecuencia, sus normas tienen una validez de origen o, por el contrario, el gobierno no es legítimo y sus normas tienen sólo validez si su contenido es conforme con determinados principios morales (de los que derivan derechos humanos). Siendo inválidas en caso contrario.

- II La distinción entre “gobiernos de facto” y “gobiernos de iure” carece de sentido si se toma literalmente puesto que todo gobierno capaz de dictar normas jurídicas positivas es de facto en el sentido de que tiene el poder fáctico necesario para hacer cumplir, en general, las normas que dicta, y es de iure en el sentido de que el ejercicio de ese poder está permitido por ciertas normas jurídicas (que quizá ha dictado el mismo).³⁴⁵

³⁴³ Alexy, R., *El concepto y la validez del Derecho*, ed. Gedisa.

³⁴⁴ Bayón Mohino, J.C., *La normatividad del Derecho*, op.cit., pág. 614.

³⁴⁵ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 89.

Es erróneo, entonces, hablar de autoridad de iure como autoridad facultada o autorizada para actuar como autoridad por una norma o conjunto de normas, pues, cualquier autoridad efectiva puede, y de hecho suele, dictar normas mediante las cuáles se autoatribuye competencia para ejercer el poder. Obviamente, aunque a esto se pudiera contestar que cuando se habla de autoridad de iure no está pensándose en quien se autoatribuye competencias sino en quien tiene competencias atribuidas por otra autoridad previa, esta réplica lo único que hace es -como nos dice Nino- retrasar la aparición del problema: ¿de dónde proviene la legitimidad de la autoridad que atribuye poder a otra por medio de normas? Parece que de alguna forma ha de ponerse fin a ese regreso al infinito al que llevaría el apuntado razonamiento erróneo. La respuesta que da Nino es que al hablar de normas que facultan a X a ejercer el poder no se está aludiendo a su vez a normas dictadas por otra autoridad, sino a principios morales o juicios de valor suscritos por quien está hablando y a tenor de los cuáles se debe hacer lo establecido por la autoridad X.³⁴⁶ En este caso, como señala Bayón, se está hablando de la distinción de iure/de facto en el sentido siguiente:

“Cuando se dice de X que es una autoridad de facto, simplemente se constata el hecho de que la pretensión de X de ser una autoridad legítima encuentra un cierto grado de reconocimiento general; cuando se dice además -pues ambos sentidos no son incompatibles- que es de iure, entonces el que habla manifiesta ser él mismo uno de los que aceptan como legítima la autoridad de X.”³⁴⁷

En este sentido ha de entenderse la terminología utilizada por Nino: Para él, gobierno de iure equivale a gobierno democrático respetuoso con los derechos humanos; esto se traducirá en una legitimidad de origen para las normas democráticas (con las implicaciones que luego veremos).

³⁴⁶ Cfr. Bayón Mohino, J.C., *La normatividad del Derecho*, op.cit., pág. 615.

³⁴⁷ Bayón Mohino, J.C., *La normatividad del Derecho*, pág. 615-617.

- III Además de la cuestión terminológica acerca de a qué tipo de gobiernos se refiere con el calificativo de iure o de facto, Nino anota también que la denominación de “normas jurídicas”, “leyes” o “constitución” no se limitará a las directivas que dicta un gobierno de iure o democrático.

La afirmación de Nino de que con la denominación de normas jurídicas se refiere tanto a las directivas procedentes de una autoridad democrática como a una autocrática, es considerando que cuando Nino hace juicios acerca de la validez de las normas jurídicas está asumiendo un punto de vista interno o justificativo en relación con el problema que, por otra parte, tanto le preocupó acerca de la validez de las normas de autoamnistía y de las normas dictadas durante la dictadura militar argentina (1976- 1980), mientras que, como observador que identifica normas jurídicas, la posición que defiende como plausible es la del positivista metodológico o conceptual.³⁴⁸

Validez de las Normas Jurídicas

En opinión de Nino, las confusiones teóricas en torno al concepto de validez han oscurecido mucho las respuestas a las preguntas acerca del estatus de las normas de facto durante y después de un régimen dictatorial.

Esto, además, ha tenido graves repercusiones socio-políticas. Los jueces y juristas teóricos muchas veces no por convicciones ideológicas, sino por erróneos razonamientos en términos jurídicos, consideraron justificada cualquier norma jurídica, incluso aquella emanada del uso del poder amparado por la mera capacidad fáctica de monopolio de la violencia, sin ninguna legitimidad moral. Nino

³⁴⁸ Nino escribe que; El Derecho debe ser identificado sobre la base de rasgos fácticos y empíricos. Tal es el modo en que debemos proceder para adoptar una perspectiva científica acerca del sistema jurídico y evitar mezclar Derecho y moral, algo que sólo sirve para confundir el contenido de ambas. Cuando vamos a una comunidad desconocida y deseamos saber cuáles son sus normas jurídicas, es absurdo que contestemos a los miembros de esa comunidad teniendo en cuenta nuestros juicios morales. Nino, C.S, *Radical Evil on Trial*, op.cit., pág. 153.

da cuenta de algunos de esos erróneos razonamientos que apoyaron, muchas veces, sinceras convicciones teóricas:³⁴⁹

- 1 La adopción de una versión distorsionada de la norma básica kelseniana que la convierte de un postulado epistemológico en un principio justificativo;
- 2 La idea de que la validez jurídica es independiente de toda consideración moral (y, de esta forma, aunque rechazaban la legitimidad del régimen sostenían la validez de sus disposiciones jurídicas);
- 3 La idea de que la validez puede fundarse solamente en ciertos hechos, como el de que el régimen de facto detenta efectivamente el poder (esta es la postura del positivismo ideológico);
- 4 La convicción de que los jueces traicionarían su misión y su juramento si dejaran que su reconocimiento del Derecho positivo se viera condicionado por consideraciones extrajurídicas, y que si los juristas teóricos recurrieran también a este tipo de consideraciones dejarían de ser científicos para transformarse en políticos.

En opinión de nuestro autor, sin embargo, como hemos tenido ocasión de ver a lo largo de las páginas precedentes, el concepto de validez o el de competencia jurídica usado en un juicio justificativo, como el del juez que debe fundar su decisión, no es un concepto descriptivo (como el que alude a la eficacia de la norma o a su pertenencia a un sistema), sino que es un concepto normativo que implica predicar de la norma que tiene fuerza obligatoria o que debe procederse como ella establece y esto no puede hacerse -como sí sostiene el positivismo ideológico- sobre la base de lo que disponen otras normas jurídicas (entendidas éstas como prescripciones o como prácticas sociales) sino que es preciso recurrir a un principio de índole moral. Según Nino:

³⁴⁹ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 91.

“Un juicio del tipo “la norma X es válida” sólo sirve para justificar decisiones como las judiciales cuando presupone principios o consideraciones de justicia o moralidad social. Dado que necesitan justificar sus decisiones, los jueces no pueden eludir su responsabilidad moral mediante la mera invocación de hechos o de normas jurídicas [en el sentido de prescripciones]: la opción de aplicar o no una norma jurídica es, en última instancia, una decisión ética que debe estar fundada en principios de esa índole.”³⁵⁰

Estas consideraciones son de aplicación tanto en el caso de normas dictadas por los gobiernos de facto, como en el caso de normas que provienen de gobiernos de iure o democráticos. Lo relevante es ver en qué medida afecta el carácter democrático o el carácter de facto de un gobierno al valor que pueden tener en el razonamiento práctico de los sujetos las normas jurídicas dictadas por uno u otro tipo de gobierno. Partimos pues de que, en opinión de Nino, el carácter de iure o de facto de un gobierno no incide en el tipo de justificación a que están sometidas sus normas para ser válidas puesto que tal justificación ha de ser siempre de índole moral. La cuestión en la que sí incide el carácter del gobierno es en la respuesta a la pregunta acerca de si esa justificación moral se alcanza o no invocando, meramente, la norma jurídica (como juicio deóntico) en cuestión. Por supuesto que de la misma forma que el reconocimiento de las normas jurídicas procedentes de un gobierno de facto no puede basarse simplemente en el hecho de que han sido dictadas por quien ejerce el poder, el reconocimiento de las normas dictadas por los gobiernos de iure no puede apoyarse en la mera concordancia entre esas normas y una Constitución. Si tal concordancia tiene valor a los efectos de poder invocar tales normas como razones justificativas es porque se presupone que tal Constitución recoge valores éticos aceptables.

³⁵⁰ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 92.

Son estos valores éticos los que constituyen la fuente última de la validez de las normas jurídicas y es esa validez -escribe nuestro autor- la que las capacita para justificar actos y decisiones; esto es, las capacita para ser invocadas como razones para la acción. Pero ¿cuál es el fundamento de tal supuesto?. Veamos el análisis que hace Nino acerca de la cuestión clave de cómo afecta el hecho de proceder de un tipo de gobierno u otro a la presunción de la legitimidad moral de las normas jurídicas. Hay dos tipos de consideraciones a las que podemos recurrir para juzgar la legitimidad moral de las normas jurídicas: Las que se refieren a su contenido y las que tienen en cuenta su origen. Cuando una norma satisface completamente las exigencias respecto de su contenido, entonces, las consideraciones relacionadas con su origen se vuelven superfluas. Pero cuando las consideraciones concernientes al contenido de las normas no están del todo satisfechas, comienzan a ser relevantes las consideraciones acerca de su origen.

Nino señala que lo deseable es llegar a un equilibrio entre estas dos clases de consideraciones morales según su respectivo peso: esto es, si el desvío de las exigencias relativas al contenido de las normas es muy amplio, las normas serán válidas sólo si las razones que hacen legítimas a las normas por su origen son de considerable peso. Las normas de un gobierno democrático difieren de las emanadas de uno autocrático, precisamente, en el peso de las razones que podría legitimarlas en virtud de su origen. Veamos esto con más detenimiento.

En opinión de Nino, el sistema de decisiones democrático es el mejor sucedáneo del discurso moral porque, de todos los sistemas posibles de decisiones, es el que más se aproxima a sus exigencias de deliberación libre y de consenso. Dado que el discurso democrático tiene tales rasgos, entonces, éste puede ser legítimamente utilizado como sustituto, aunque imperfecto, del discurso moral, cuando, como es el caso de las decisiones que han de tomarse en el marco de la organización y resolución de conflictos en nuestras sociedades, no puede acudir a este último -por la urgencia en la toma de decisiones y la necesidad de cerrar los conflictos- para generar la convergencia buscada de acciones y actitudes.

En *Ética y derechos humanos* y en *La validez del Derecho*, Nino sostiene una postura que presenta al discurso moral y a su sucedáneo el discurso democrático como constitutivo -aunque este último de forma imperfecta- de la legitimidad de las soluciones (postura que denominó constructivismo ontológico), pero, posteriormente, abandonó esta postura y la sustituyó³⁵¹ por lo que pasará a denominar *constructivismo epistemológico*. En esta nueva forma de entender el discurso moral y la democracia como su sucedáneo imperfecto, el consenso unánime o por mayorías se presenta -respectivamente, y con distinto grado, claro está, de fiabilidad- como una razón para creer en la existencia de tales principios morales. Es decir, el consenso que resulta de la deliberación tiene valor epistémico y sirve como indicio para determinar cuáles son los principios morales válidos y, concretamente, en el caso de la democracia, es un indicio acerca de que esa norma jurídica aprobada -en su vertiente de juicio de deber o aspecto valorativo- deriva de -refleja o recoge- normas morales plausibles. Así, el valor epistémico del resultado del discurso moral se transfiere al resultado del procedimiento democrático, pero como éste es un procedimiento imperfecto en relación con el discurso originario, su capacidad justificativa es sólo prima facie. De esta forma escribe Nino que la atribución de legitimidad a las soluciones obtenidas a través del procedimiento democrático es revocable tan pronto se muestre que ellas no hubieran sido adoptadas en el discurso moral genuino, y que sólo lo fueron gracias a las desviaciones del procedimiento democrático respecto de la estructura del discurso moral.³⁵²

Es preciso, sin embargo, matizar a qué está refiriéndose Nino cuando habla de desviaciones del discurso democrático en relación con el discurso moral originario. Hay dos tipos de desviaciones: unas son moralmente legítimas y derivadas, precisamente, de la función que el Estado y el Derecho han de cumplir en

³⁵¹ Cfr. Rodenas, A. *Sobre la justificación de la democracia en la obra de Nino*, C.S. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 10, págs. 279-294.

³⁵² Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, op.cit., pág. 397-403.

nuestras sociedades (es, por así decirlo, la proyección institucional de la moral. Son límites, entre otros, derivados de la exigencia de operatividad).³⁵³

Tales desviaciones derivan, entonces, del carácter necesariamente institucionalizado del debate democrático. Las otras no son moralmente legítimas, -y esto será de especial interés en el punto que abordaré a continuación sobre la fundamentación y límites del control judicial de constitucionalidad según Nino- y se presentan como inaceptables cuando ellas implican anular las precondiciones para que el discurso democrático, como sucedáneo regimentado del discurso moral, subsista; esto sucede cuando las decisiones democráticas atentan contra una serie de derechos básicos que conforman los prerequisites de legitimidad del discurso democrático.

Por lo demás, en algunos casos, la carencia de valor epistémico del resultado del debate democrático no implica que no haya razones para justificar la obediencia de la norma jurídica democrática si con ello se impide minar una práctica que, en su conjunto, permite la toma de decisiones justas y eficaces.

3.3.1. Valor de las Normas de Facto en el Razonamiento Práctico

Hemos visto que el sistema democrático de toma de decisiones es, a la luz de las consideraciones de Nino, el que tiene mayor capacidad para legitimar los cursos de acción que se adopten acerca del ejercicio del cuasi monopolio de la fuerza que detenta el Estado.

Lo que sucede es que, generalmente, la decisión misma de constituir ese cuasi monopolio no es sometida al procedimiento democrático y, aunque así lo fuera, -nos dice Nino- dudosamente podría ser legitimada por él; su legitimación proviene de la necesidad de preservar los derechos básicos que condicionan ese

³⁵³ Nino fue especialmente consciente de esta dimensión de la moral a partir de la reflexión fruto de su experiencia como asesor presidencial en relación con las medidas de la presidencia de R.Alfonsín para la protección de los derechos humanos.

procedimiento. Entonces, lo que justificaría concentrar la fuerza disponible de una sociedad en ciertos órganos dispuestos a garantizar los derechos humanos es, precisamente, la exigencia de que los derechos que hacen posible tanto la discusión moral genuina como su regimentación a través del sistema democrático no se vean frustrados por actos u omisiones de otros. Cuando el gobierno es democrático, entonces hay una presunción revocable de que los medios adoptados -las normas jurídicas- para materializar aquel objetivo -la protección de los derechos humanos- son moralmente legítimos. Sin embargo, cuando las normas jurídicas no son fruto de un proceso en el que haya habido libre discusión y consenso explícito de la mayoría de sus destinatarios, entonces, no opera la presunción de su justificabilidad moral y habrá que pasar a examinar la legitimidad moral de su contenido. Sucede, sin embargo, que puede haber otro tipo de consideraciones relacionadas todavía con su origen, que, aunque sean de índole diferente a las que determinan la validez prima facie de las normas democráticas, fundamenten una cierta obligatoriedad moral, aun cuando el contenido de las normas de facto sea, dentro de ciertos límites, objetable. Frente a lo que han sostenido diversos autores, el argumento relevante a estos efectos no es el argumento según el cual a partir de que:

- 1 La justificación de la existencia de un gobierno es la necesidad de proteger los derechos individuales básicos y de que
- 2 Muy probablemente, la dispersión de la fuerza implicará tal violación, todo gobierno relativamente estable y eficaz goza de cierta legitimidad prima facie.

Nino nos dice que:

- I No se puede presuponer a priori que cualquier gobierno es mejor para preservar los derechos humanos que la ausencia de gobierno;
- II Aunque se admita que alguien tiene que mandar, de allí no se sigue que esté justificado que cualquiera mande (es decir, el argumento anterior no permite legitimar cualquier gobierno).

Además de probarse que alguien tiene que mandar -y esto, como señalaba Nino, está en función de la preservación de los derechos- hay que probar que los que mandan son los más indicados para hacerlo; es decir, para preservar tales derechos básicos. A la luz de las anteriores precisiones, Nino considera que sólo en determinadas circunstancias puede admitirse cierta legitimidad de origen a las prescripciones emanadas de una autoridad de facto.

En su opinión, si pese a carecer de una legitimidad de origen, el gobierno de facto es, en general, respetuoso con los derechos básicos, entonces, si una vez que asumió o usurpó el poder resulta imposible un restablecimiento inmediato del régimen democrático y puede haber un costo considerable, siempre en términos de preservación de derechos, en una desobediencia generalizada a quienes detentan el poder,³⁵⁴ consideraciones morales de orden, paz, seguridad, etc. operarán a favor del reconocimiento de sus normas. Tales consideraciones tendrán un cierto peso que deberá ser sopesado por los jueces frente a las posibles desviaciones respecto de exigencias de justicia del contenido de esas normas. De esta forma, en *Derecho, Moral y Política* escribe Nino que:

“Cuando las prescripciones aceptadas por quienes tienen acceso a la coacción estatal no son sancionadas a través de un proceso típicamente democrático, dichas prescripciones, [como sucede con las normas de facto], no pueden verse como razones epistémicas y pierden, por lo tanto, una de sus fuentes principales de relevancia en el razonamiento justificativo. Si siguen conservando alguna relevancia, dependerá del carácter de contribución a una práctica colectiva que tengan las decisiones y acciones jurídicas y de la justificabilidad moral de esa práctica en su conjunto, lo que, normalmente, genera razones más débiles que las que surgen del valor epistémico del procedimiento democrático.”³⁵⁵

³⁵⁴ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 99.

³⁵⁵ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 191.

El argumento esgrimido por Nino no opera tanto en relación con los ciudadanos en general sino, como he ido señalando, con los jueces; sobre quienes pesa, debido a su función institucional, una responsabilidad mayor -derivada, entre otras razones, de su mayor capacidad de afectar al funcionamiento de ese sistema- en el cuidado del sistema jurídico que permita proteger los derechos humanos. Pudiera darse el caso, entonces, de que en un sistema no democrático en el que, sin embargo, se respetan dentro de ciertos mínimos los derechos humanos, la obligación de los ciudadanos sea desobedecer las normas que provienen de las autoridades de facto, mientras que la de los jueces sea la de aplicar determinada normativa pese a sus carencias valorativas de contenido siempre dentro de ciertos límites. El juez, pues, debe considerar en qué medida esas normas son efectivas para proteger y promover derechos individuales básicos, y en qué medida, una decisión o acción contraria a lo prescrito por tales normas podría ir en detrimento de otros derechos igualmente importantes.³⁵⁶ A partir del razonamiento de Nino acerca del tipo de consideraciones que dan fuerza vinculante a las normas y acerca de que los jueces no puedan amparar sus decisiones simplemente en normas dictadas por quien tiene el monopolio de la fuerza en un determinado momento, podemos señalar que los jueces bajo un sistema dictatorial tienen también importantes responsabilidades morales que no deben eludir.

De un lado, sus decisiones carecerán de todo apoyo justificativo cuando pretendan ampararlas en normas extremadamente injustas -es decir, contrarias a los derechos humanos más fundamentales- y, de otro lado, deben asumir un papel activo en la defensa de los derechos humanos que aparecen claramente violados por el régimen represor. Con esto, y dadas las peculiaridades de los regímenes totalitarios en las que la judicatura es nombrada atendiendo a afinidades con el régimen, lo que se está apuntando es, especialmente, a la responsabilidad moral de los jueces, que no puede ser eludida apelando a un supuesto compromiso

³⁵⁶ Cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, op.cit., pág. 400-411.

asumido³⁵⁷ y a su supuesto papel de meros aplicadores del Derecho positivo y eficaz.

Comentarios

Como hemos tenido ocasión de ver, la conclusión a la que llega nuestro autor tras el análisis de diversas “controversias internas” es que el razonamiento de los jueces, abogados y juristas no se agota en las normas de las que da cuenta un concepto descriptivo judicial institucionalizado de Derecho sino que, en realidad, implican una remisión a todo un sistema de justificación más amplio que el, que está basado en las prescripciones de las autoridades. Esta conclusión permite a Nino presentar su tesis principal en relación con esta cuestión:

La perspectiva interna en relación con el Derecho está indisolublemente ligada a la perspectiva interna de la moral y, en especial, a la perspectiva interna de la práctica discursiva que la modernidad ha acoplado a la moral positiva.³⁵⁸

Lo anterior tiene también implicaciones desde la perspectiva externa. La reconstrucción de la práctica social en que consiste el Derecho se distorsionaría si no se relacionara explicativamente esa práctica social con la práctica social del discurso moral. El sociólogo del Derecho cuando da cuenta del aparato legal estará presentando una imagen extraña de la aplicación del Derecho si la presenta como la actividad de jueces que emplean proposiciones normativas para justificar decisiones por el sólo hecho de que ciertos individuos que tienen el monopolio del uso de la fuerza han prescrito tales proposiciones. Escribe Nino que:

“La identificación descriptiva de ciertas proposiciones normativas como jurídicas implica mostrar que derivan de ciertas normas morales que

³⁵⁷ Cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, op.cit., pág. 404.

³⁵⁸ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 50.

legítiman a determinadas autoridades y de proposiciones descriptivas de las prescripciones de tales autoridades.³⁵⁹

A esta conclusión acerca de la conexión entre Derecho y moral se llega además, como hemos tenido ocasión de ver en este capítulo, a partir de una perspectiva ultraexterna respecto de todo orden jurídico: El análisis del concepto de validez tal y como es utilizado en el contexto interno permite confirmar la tesis de que el discurso justificativo jurídico no es insular sino que la adopción de normas que legitiman la prescripción de normas jurídicas está sometido a crítica en el marco del discurso moral, sobre la base de normas que no son jurídicas. **El análisis que lleva a cabo Nino le permite de esta forma confirmar su tesis de que:**

“El discurso moral de la modernidad tiene un carácter imperialista que impide la subsistencia de discursos justificativos insulares”³⁶⁰

Tales como el de la religión, el discurso prudencial, el jurídico o el de la economía. A los efectos que aquí resultan de interés este imperialismo del discurso moral implica que no existen razones jurídicas que puedan justificar acciones y decisiones con independencia de su derivación de razones morales.

³⁵⁹ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 59.

³⁶⁰ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 79.