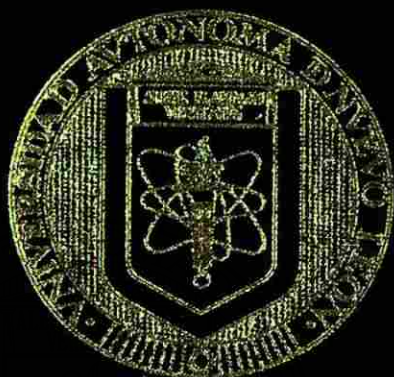


UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON

FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA

DOCTORADO EN DERECHO



TESIS DOCTORAL:

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

DIRECTOR DE TESIS:

DR. ISMAEL RODRIGUEZ CAMPOS

TESISTA:

MTRO. FRANCISCO JAVIER HERRERA GONZALEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA

JUNIO DE 2004

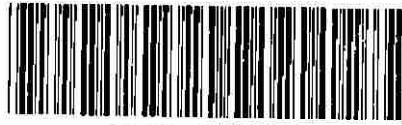
TD

K1

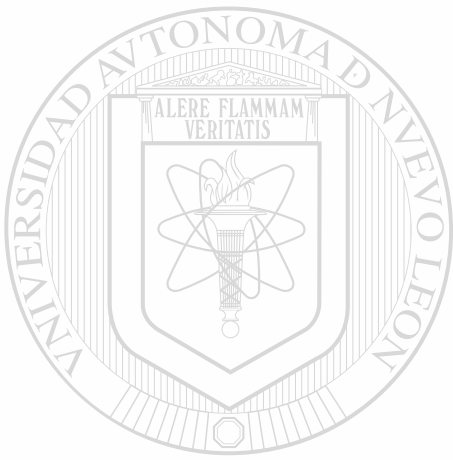
FDYC

2004

.R627



1020150256



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

®

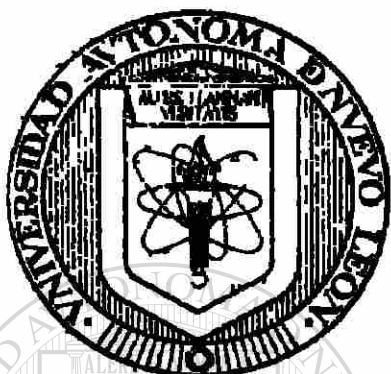
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

m

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON

FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA

DOCTORADO EN DERECHO



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

DIRECTOR DE TESIS:

DR. ISMAEL RODRIGUEZ CAMPOS

TESISTA:

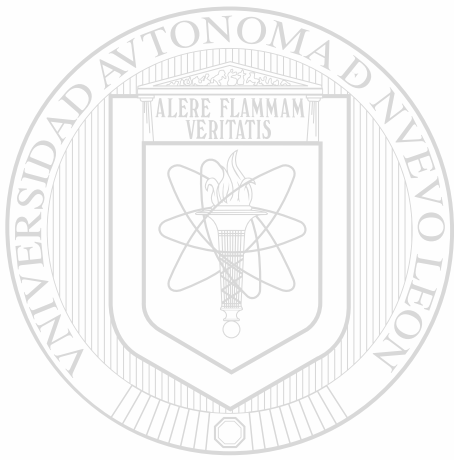
FRANCISCO JAVIER HERRERA GONZALEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA

JUNIO DE 2004

99028

TD
K1
FD4C
2004
.R627



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

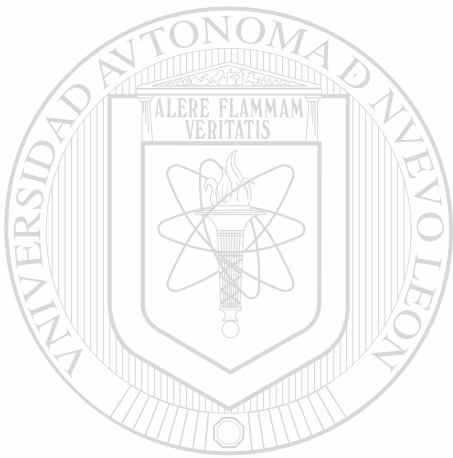


DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



FONDO
TESIS

A mi padre
Don Ricardo Herrera Rosas



Don Antonio Herrera González
Con afecto y gratitud

U A N L

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

Tesis Doctoral:

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

Una interpretación de la Teoría Jurídica de Carlos S. Nino



UANL

Director de Tesis:

Dr. Ismael Rodríguez Campos

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Tesista:

Mtro. Francisco Javier Herrera González

Ciudad Universitaria, Junio de 2004

INTRODUCCIÓN

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

Hegel

La filosofía es un reflexionar sobre el saber, sobre el comprender. Es, como dicen los analíticos, un saber de segundo nivel. Un meta-saber, un metalenguaje del lenguaje del conocimiento jurídico¹. Y ello puede cumplirse, de una mejor manera, desde el final de este conocimiento, desde el momento en que este conocimiento ya ha pasado, desde su crepúsculo, que es cuando el búho de Minerva, la filosofía, inicia su vuelo de reconocimiento, al decir de Hegel.

El lenguaje del derecho contiene, dentro de sí, tanto a la ciencia jurídica como a la filosofía del derecho del pasado, por lo que, la filosofía del presente, al estudiar al lenguaje del derecho, no hace más que estudiarse a sí misma, en su desarrollo histórico y en su facticidad práctica².

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

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

Redeterminar significa, hegelianamente, unir dos determinaciones por medio de una tercera, en una cuarta³. La idea de la redeterminación permite relacionar, no sin problemas, ideas o determinaciones por muy opuestas que nos parezcan. Del mismo modo, posibilita relacionar dos determinaciones muy separadas en la historia de manera que se clarifiquen recíprocamente. La redeterminación es el internet de la historia. El siguiente trabajo es un ejercicio de redeterminación de la filosofía del derecho, surgido de mis clases de filosofía del derecho, a partir de la moderna filosofía Analítica.

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

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

Hipótesis

La pregunta acerca de si un sistema jurídico puede generar su propia validez puede proyectarse en dos niveles: uno descriptivo y otro normativo. El problema descriptivo consiste en ofrecer una respuesta a la pregunta acerca de si un

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

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

sistema es o no autosuficiente para regular el dictado y derogación de sus normas básicas (la reforma regular de la Constitución). En este caso, en opinión de Nino, no hay ningún problema en afirmar que el sistema es autosuficiente puesto que incluye una norma originaria que no va ser a su vez modificada y que establece que -si no hay otra norma que diga lo contrario- el procedimiento para cambiar la norma de reforma constitucional será idéntico al que ella fija para las demás normas del sistema. Esta norma de reforma de las normas de reforma es más básica que las que plantean el problema y suele ser implícita. El problema normativo es el de si es posible que la obligación de obedecer las normas del sistema jurídico provenga de lo establecido por una de ellas. La derivación de la validez (como fuerza vinculante) de las normas del sistema a partir de una norma del propio sistema debe ser, rechazada (el sistema jurídico no es autosuficiente por lo que se refiere a la generación de su propia fuerza vinculante).

La validez en sentido normativo de la nueva norma de reforma constitucional no puede derivar de la norma de reforma anterior que ya no es válida, pero puede haber una norma que pertenece a un plano más profundo y generalmente no articulado en el que se desarrolla una práctica básica de reconocimiento de reglas que, a su vez, reconocen la validez de otras. Tal práctica no coincide con la Constitución, sino que se refiere a ella. Pese a la opinión de la mayoría de los juristas que han considerado, erróneamente, a esa norma como un juicio de adhesión normativa, es decir como un juicio valorativo que tiene como contrapartida una norma jurídica (exigencia por lo demás que exigiría una cadena infinita de normas jurídicas) se trata de un juicio normativo puro que, por regir en el ámbito en el que intereses de terceros están afectados, ha de ser, necesariamente, de carácter moral. Es decir cuando se transforma la base de un sistema jurídico se produce un cambio del sistema y a tales efectos, da lo mismo que se convoque una asamblea constituyente o que el presidente del país tome la decisión de modificarla. Así, no todo cambio regular de la fuente suprema del sistema implica la continuidad de la misma regla de reconocimiento. Lo que permite marcar la diferencia, en términos de legitimidad, entre un cambio

democrático y un cambio violento de las normas que constituyen la base del sistema es reivindicar que la validez de las normas jurídicas depende de presupuestos morales y no de meras normas jurídicas.

A la luz de las anteriores consideraciones, una autoridad *de facto* que pretende legitimar su ejercicio del poder y sus actos subsiguientes mediante el dictado de una serie de normas o directivas, verá frustrado su intento de cambio de orden jurídico si las normas que dicta pretenden amparar violaciones de derechos humanos. Ese pretendido Derecho será nulo *ab initio* y el Derecho válido y vigente será el correspondiente al ordenamiento anterior. Así, en el caso de las normas jurídicas procedentes de una autoridad no democrática, no se presume su validez de origen y la pregunta acerca de si ha habido o no un cambio exitoso de orden jurídico sólo puede ser respondida a la luz de consideraciones morales acerca del contenido de las nuevas directivas.

Continuando; las normas jurídicas pueden verse como derivadas directamente de principios morales o como reflejo de cuáles sean estos. Así, los derechos fundamentales que aparecen en las constituciones y su desarrollo mediante leyes democráticas serían indicios epistémicos para creer en la existencia de los correspondientes derechos humanos -como derechos morales derivados de los principios morales últimos.- Esto permite presentar una importante aportación de Nino en relación con una dimensión del papel que en el razonamiento práctico cumplen las normas jurídicas procedentes de una autoridad democrática: *Las normas jurídicas procedentes de una autoridad democrática tienen un valor epistémico especial.* Su origen democrático constituye una razón para creer que hay una buena razón para aceptar su contenido y actuar en conformidad con ellas. Este valor epistémico se predica con mayor fuerza de la práctica democrática en su conjunto, algo que llevó a Nino a sostener que, aunque en un determinado caso particular el sujeto dude legítimamente acerca de la calidad epistémica de la norma democrática en cuestión, aun así, ésta puede verse como una razón excluyente para actuar conforme a lo que establece si, en cuanto que razón

auxiliar, la combinamos con el principio moral que establece el deber de implementar instituciones justas: el respeto del principio democrático, aun en aquellos casos en los que la mayoría se equivoque, permitirá conservar una práctica que en general garantiza con más intensidad que cualquier otro sistema la obtención de resultados justos.

La unidad del razonamiento práctico -implica- lo siguiente: No sería posible la vida en sociedad, la regulación de la interacción colectiva y la satisfacción de los derechos humanos si el discurso moral no fuera completado con el Derecho como discurso en el que se combinan dos tipos de elementos: autoridad y valores últimos.

La forma que Nino tiene de armonizar, en cierta forma estos dos elementos sin negar por ello la existencia de una tensión permanente es sosteniendo: *Que el tipo de Derecho que se presenta como una exigencia de la propia moral no es cualquier Derecho, sino uno que tenga su fuente en la política democrática.*

En definitiva, el debate democrático y su regimentación, así como todas las otras exigencias institucionales garantizan, por una lado, la eficacia del Derecho en la persecución de los valores morales últimos y por otro, la mayor legitimidad moral en la producción de normas jurídicas (el denominado principio democrático y la separación de poderes) habrán de articularse con el fin de conseguir la satisfacción más eficaz de los derechos humanos. La mayor fiabilidad en el ámbito de la moral inter-subjetiva no significa que el discurso democrático arroje siempre el resultado correcto. Sucede, sin embargo, que cuando pierde fuerza epistémica, opera el principio moral según el cual es preciso salvaguardar las instituciones que permiten implementar la toma de decisiones moralmente legítimas y de ahí que, en tales casos, opere el carácter autoritativo del Derecho; ahora ya, como sistema, en su conjunto, moralmente legítimo. Es decir, el principio democrático exigirá que, especialmente aquellos que toman decisiones como parte de esa maquinaria institucional acepten -apliquen autoritativamente- las decisiones democráticas

aunque estas no coincidan con su propio juicio; y ello porque respetando ese principio ampliamos las posibilidades de que, en muchos otros casos, se tomen decisiones correctas.

Planteamiento del Problema

Los juicios en contra de las violaciones de derechos humanos cometidas al amparo de leyes dictadas por un régimen dictatorial ¿ayudan o perjudican a la consolidación de la democracia y al futuro desarrollo y respeto de los derechos humanos? Cuando uno formula estas cuestiones y es consciente de las complejidades del mundo de la filosofía práctica, se da cuenta de que, para intentar dar una solución moralmente plausible y trasladable como respuesta a los problemas reales de nuestras sociedades, es preciso, por un lado, profundizar en muy diversos temas de filosofía moral, filosofía política y filosofía del Derecho y, por otro, tener un amplio conocimiento de cuáles son las dinámicas reales en la sociedad en cuestión.

El reflejo de aquellas violaciones a los derechos humanos en el mundo de la filosofía del Derecho fue, precisamente, una búsqueda también de responsabilidades -en este caso intelectuales- acerca de qué tipo de concepción del Derecho había, de alguna forma, otorgado esa apariencia de legitimidad a una serie de actos aberrantes y qué concepción del Derecho era preciso sostener para, por un lado, seguir defendiendo la conquista de la ilustración, esto es, *el imperio de la ley* y, por otro, evitar que se cometieran impunemente actos abominables contra los derechos humanos; es decir, evitar que no hubiera ningún factor disuasorio -como la amenaza de una sanción- para aquellos individuos poco o nada respetuosos con ellos. La cuestión acerca de qué postura intelectual favorece la comisión de tales conductas atroces durante un sistema dictatorial⁵ (si bien las acusaciones más directas fueron lanzadas contra el positivismo, que

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

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

Génesis

Hablar de violaciones masivas de derechos humanos y de responsabilidades por esas violaciones evoca el espíritu de los juicios de Nuremberg tras la II guerra mundial. Entonces se puso de manifiesto la especial -por lo terrible- peculiaridad de los actos cometidos en violación de los derechos humanos utilizando el aparato estatal. Recordemos, Kelsen, en su *Teoría pura del Derecho*,⁶ introdujo unas coordenadas que luego se han demostrado equivocadas pero que, sin duda, sentaron la base para una discusión. ¿Cuales eran tales coordenadas? Hablar de la normatividad del Derecho nos lleva a Kelsen y a su norma básica fundamental.

La interpretación del concepto de validez del Derecho en Kelsen ha suscitado múltiples controversias y dudas acerca de si era un concepto normativo o meramente descriptivo asimilado al de pertenencia. Pero en lo que parece no haber dudas es en que Kelsen, y debido seguramente a su escepticismo en materia ética (la Justicia en sentido absoluto era para él un ideal irracional y

⁶ Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, ed. Porrúa, 1993.

consideraba, además, la idea de razón práctica como una contradicción en los propios términos) y a su interés por la cuestión del Derecho como objeto de conocimiento, no reconstruyó la normatividad del Derecho o su validez en términos de juicios de deber ser pertenecientes a una instancia extrajurídica más allá de la presupuesta norma fundamental que establecería la hipotética obligatoriedad de un determinado Derecho dictado por la autoridad competente. En *El concepto de Derecho*⁷, Hart, preocupado por ofrecer las claves de la normatividad del Derecho dio, sin duda, una de los pasos más importantes para la posterior resolución de muchas dudas acerca de las relaciones entre el Derecho y la moral.

Hart distinguió los distintos puntos de vista o perspectivas acerca del Derecho e individualizó, entre ellas, la perspectiva interna frente a la externa (que coincide, aproximadamente, con la de participante frente a observador). Hart, sin embargo, aunque no partía de una postura metaética escéptica (Hart no era, por cierto, escéptico acerca de la posibilidad de fundamentación de los juicios morales), no entendió que el punto de vista interno hubiera de estar unido necesariamente a consideraciones morales acerca del Derecho. Defendía la normatividad del Derecho, es decir su capacidad de crear deberes denominados deberes jurídicos pero, sin embargo, no explicó cuál era el fundamento de ese poder de creación de deberes que, en su opinión, tendría el Derecho.

De esta forma, Hart se limita a establecer que la existencia de un sistema jurídico se produce por la existencia de algún tipo de práctica social que determina lo que para una comunidad son los criterios de validez jurídica de las normas (su conocida regla de reconocimiento que ofrecería al sistema normativo jurídico un anclaje en la sociedad). Hart no sólo articulaba su tesis desde el punto de vista del observador, esto es, desde el punto de vista cognoscitivo o de identificación del Derecho, pues, en su trabajo *El positivismo y la separación entre el Derecho y la*

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

*moral*⁸ 1957 consideraba necesario separar el Derecho de la moral, al modo en que lo habían hecho otros autores anglosajones como Austin y Bentham, juzgando que la única forma de mantener despierto el espíritu crítico en relación con el Derecho era, precisamente, separando su identificación como Derecho válido de consideraciones morales; y criticaba la solución adoptada por los tribunales alemanes en relación con la declaración como Derecho no válido de algunas de las leyes dictadas durante el gobierno de Hitler. En efecto, Hart parece sostener una tesis más fuerte acerca de la separación entre el Derecho y la moral cuando se opuso en una famosa polémica con Fuller (en *El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la moral* 1957) a la conexión conceptual o necesaria entre Derecho y moral y, con ello, a la tesis de Fuller de la *moralidad interna del Derecho*⁹ y a la tesis de Radbruch según la cual una norma no es jurídica, pese a haber sido dictada por la autoridad competente en un determinado sistema, cuando la injusticia de tal norma es insoportable¹⁰.

La tesis de Hart, va, más allá de sostener la no conexión entre Derecho y moral desde el punto de vista externo -o, aproximadamente, la de un observador-, su tesis se refiere, también, a la postura que ha de adoptar un participante. Detengámonos aquí: Hart, en su crítica a una concepción como la sostenida por Radbruch tras la II guerra mundial, señala que tal posición fue, además, erróneamente llevada a la práctica por los tribunales alemanes en ciertos casos en los que fueron condenados criminales de guerra locales, espías y delatores bajo el régimen nazi y que esto les llevo a la criticable opción de considerar como inválidas, por ser contrarias a principios fundamentales de la moral, las leyes que autorizaban determinados actos durante el régimen nazi.

⁸ Hart, H.L.A., *La separación entre el Derecho y la moral*, en Hart, H.L.A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. G.Carrió, ed Depalma, BsAs, 1962.

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

¹⁰ Radbruch, G., *Die Wandlung*, y *Filosofía del Derecho*, 1959.

En opinión de Hart, los jueces y juristas tenían que haber reconocido el valor jurídico de tales leyes pese a su injusticia y no proceder enmascarando, como -en su opinión- hicieron, la gravedad de la situación y de los métodos utilizados:

“Por odiosas que sean las leyes y las sanciones penales retroactivas, haberlas aplicado abiertamente en este caso habría tenido al menos los méritos de la sinceridad. Habría puesto en claro que [...] era menester optar entre dos males, el de absolver o el de sacrificar un principio moral muy precioso incorporado a la mayor parte de los sistemas jurídicos. [...] Podríamos castigar de acuerdo con la nueva ley retroactiva y declarar abiertamente que estamos haciendo algo inconsistente con nuestros principios como mal menor entre dos males”¹¹.

Dworkin, en un trabajo de 1965 *Philosophy, Morality and the Law-Observations prompted by Profesor Fuller's novel claim*¹² aceptaba las condiciones necesarias apuntadas por Fuller (generalidad, promulgación, irretroactividad, claridad, coherencia normativa etc.), pero consideraba que éstas eran sólo necesarias para crear Derecho pues, al no tener tales principios una dimensión ética, no permitían sostener la tesis de la conexión entre Derecho y moral. Tal conexión, en opinión de Dworkin, y tal y como la presenta en dos trabajos posteriores - *Los derechos en serio* 1977 y *El imperio de la justicia* 1986-, vendría dada por el hecho de que los jueces, a la hora de fundamentar sus decisiones, han de llevar a cabo, necesariamente, juicios normativos ya que, el hecho de que un estándar sea de hecho institucionalmente reconocido no puede constituir ninguna razón autónoma para fundamentar el deber moral de tales jueces de reconocerlo e imponerlo. Dworkin, que hace una teoría del Derecho desde la perspectiva del punto de vista interno, entiende por Derecho aquellos estándares que los poderes públicos deben reconocer e imponer, de tal forma que, en su concepción, afirmar que un

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

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

estándar es jurídico implica en última instancia enunciar un juicio de valor que supone el deber moral de los jueces de reconocerlo y aplicarlo como Derecho¹³.

Los trabajos posteriores en torno a estas posiciones han clarificado algunos puntos importantes, utilizando, precisamente, el instrumental que aparecía ya en Hart: el punto de vista o perspectiva en relación con el Derecho va a determinar las conclusiones que saquemos acerca de si existe o no una conexión conceptual entre Derecho y moral. Los autores que se han interesado por la dimensión argumentativa del Derecho, esto es, el Derecho como forma de justificar determinados cursos de acción, han sido después conscientes de que, desde esta dimensión del Derecho, la tesis hartiana de la separación no se presenta como una tesis plausible y de que, en definitiva, el punto de vista del participante viene caracterizado -frente a lo que parecía creer Hart- por esgrimir la denominada tesis de la pretensión de corrección¹⁴. Desde esta perspectiva, la filosofía del Derecho se sumerge en la filosofía política y en la filosofía moral.

Motivo

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

La historia más reciente nos proporciona muchos ejemplos en los que actos atroces y abominables son cometidos amparados, muchas veces, por leyes

¹³ Aquí, al dar cuenta de la postura de Dworkin, estoy reconstruyendo ésta a la luz de las consideraciones de aquellos autores que, posteriormente, han tratado de desentrañar su debate con Hart y que muestran en qué medida las teorías del Derecho de uno y otro no son incompatibles. Cfr. J. Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

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

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

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

Método

Intentaremos una especie de equilibrio reflexivo entre los desarrollos teóricos -de Nino- (su concepción acerca de la moral y el valor de los presupuestos y del resultado del discurso moral como deliberación colectiva, su sugerente concepción acerca de la democracia como sucedáneo del discurso moral, su concepción acerca del Derecho democrático y los principios morales, y su concepción acerca del papel del Derecho, con especial atención a la Constitución, en la configuración de una sociedad respetuosa con los derechos humanos)

Anexaremos concepciones de política-práctica, que nos permitan ver las características y distintos tipos de límites con los que se encuentran las sociedades reales a la hora de tratar de organizarse conforme a las exigencias de la justicia. Estructuramos el trabajo a la luz de los siguientes elementos: la formación analítica, el objetivismo moral y la validez del proyecto kantiano acerca de la verdad moral. Estas coordenadas: formación analítica, creencia en la validez del proyecto universalista kantiano (articulando, en su caso, la construcción y

conocimiento de la verdad moral como una -con algún matiz- práctica dialógica), y preocupación teórica y práctica por la política concebida como empresa colectiva para construir una sociedad respetuosa con los derechos humanos nos permitirán situar e iluminar este trabajo.

Bibliografía importante

Su actividad intelectual desde que comenzó a colaborar en la reconstrucción de la Democracia como asesor presidencial de R. Alfonsín fue reflejada también en trabajos que fueron publicados ya desde las primeras fechas de ese periodo. Sus reflexiones sobre aspectos relevantes para la moral o el Derecho que reflejaban las preocupaciones político-intelectuales de aquellos años aparecen en diversas revistas argentinas de ciencias sociales, en revistas españolas y en revistas jurídicas de prestigio en EEUU, así como en un gran número de conferencias que dictó en distintos países de Europa y en EEUU.

Pero, sin duda, la magnitud e importancia de su proyecto intelectual se aprecia en sus grandes trabajos fruto de la reflexión de aquellos años y de su posterior actividad investigadora y docente especialmente como profesor visitante en la Yale Law School (1987-1993) y en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (1992): *Ética y derechos humanos* (1984, 1989, 1991) a *La validez del Derecho* (1985), en la que articula algunas de las líneas más importantes de su Filosofía del Derecho, *Introducción a la Filosofía de la acción humana* (1987), *El constructivismo ético* (1989), *Fundamentos de Derecho Constitucional* (1992), *Un País al margen de la ley* (1992), y las publicaciones póstumas de *Derecho, Moral y Política* (1994), *The Constitution of Deliberative Democracy* (1996) y *Radical Evil on Trial* (1996).

Límites

Este trabajo es considerado *Work-in-progress*, los distintos campos, especialmente su concepción de la democracia deliberativa, son discutidas en diversos foros e iluminan así los debates y nuevas consideraciones y concepciones. Por lo que se refiere a su filosofía del Derecho, Nino dio un paso más utilizando parte del *aparato conceptual hartiano* para entender las relaciones del Derecho con la moral en una complejidad mayor que la que presenta la elección entre una concepción positivista o una iusnaturalista. Los autores que se interesan por la dimensión argumentativa del Derecho discuten también a partir de sus ideas, y su tesis acerca de la pluralidad de conceptos del Derecho que son manejados en los distintos contextos, y que determina respuestas distintas a la pregunta acerca de la conexión conceptual entre el Derecho y la moral, introduce mucha claridad en muchas discusiones que tienen lugar en filosofía del Derecho.

Importancia

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

En la Preocupación por las constantes y grandes violaciones a los derechos humanos intentamos un ejercicio de fundamentación de tales derechos y de reflexión acerca de las implicaciones en las instituciones del Estado. Creo que uno de los grandes pasos dados por Nino -y que retomamos en este trabajo- es el de sacar el fundamento de los derechos humanos del ámbito de la tradición iusnaturalista y llevarlo dentro del proyecto kantiano acerca de la moral.

Pertrechado con el instrumental analítico, nos proponemos contribuir a la vigencia de los derechos del hombre a través de la discusión teórica de las ideas que les son adversas y ensayamos una explicación de la naturaleza de la moral que descalifica las posiciones que están en contra de la fundamentación racional. La moral, el discurso moral, es, según Nino, una construcción humana pero no por ello arbitraria, sino que está condicionada por sus funciones sociales distintivas y por los presupuestos conceptuales (razones últimas para la acción, imparcialidad) a través de los cuales la venimos identificando frente a otro tipo de discursos (como el estratégico). Esta reconstrucción metaética de la moral a la que Nino denomina constructivismo epistémico -nos permiten derivar- a partir de los presupuestos formales del discurso los principios morales sustantivos (autonomía, inviolabilidad y dignidad) de los cuales se derivan los derechos humanos básicos y su alcance (los sujetos beneficiarios y la forma de valorar las acciones y omisiones que los afectan).

En su Filosofía política. De los presupuestos y del discurso moral -a estudiar- se derivan también las instituciones de gobierno moralmente legítimas, así como la articulación de esas instituciones; de la relevancia de las funciones de la moral y de su carácter societario se derivarán, además, una serie de consecuencias en el diseño institucional. Por tanto la democracia aparece como un sucedáneo del discurso moral. Sostenemos que la relación del discurso moral y de la democracia con los principios morales de los que derivan derechos humanos no es meramente instrumental. Construir una concepción ética que nos lleve a defender, por un lado, el liberalismo político por lo que se refiere a las relaciones entre individuo y sociedad, y, concretamente, individuo y Estado y, por otro, un liberalismo igualitario por lo que hace al tratamiento de las necesidades básicas y de la intervención de Estado en la implementación de los derechos básicos. Nos oponemos así a un liberalismo conservador y sostenemos que el acceso a bienes no sólo ha de estar libre de obstáculos sino que se ha de facilitar positivamente¹⁵.

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

La construcción de una concepción de la moral como práctica dialógica y de la democracia y debate en las instituciones como un sucedáneo -por estar regimentado- de la deliberación moral influye en la concepción acerca del sistema institucional adecuado para garantizar los derechos constitucionales de las minorías¹⁶.

Estudiar la filosofía del Derecho en Carlos S. Nino permite entrar a conocer los grandes temas discutidos por los autores que, dentro de la tradición analítica en la filosofía del Derecho, se interesan por la dimensión argumentativa del Derecho. Uno de los problemas centrales de la filosofía del Derecho o, más exactamente, de la teoría del Derecho en este ámbito es el debate acerca de la relación entre el *discurso jurídico justificativo* y el *discurso moral*. El trabajo de Nino puede verse - en su dimensión teórica- como un intento por dilucidar esa cuestión. Además, por sus peculiaridades, el estudio de la teoría del Derecho de Nino, más que el estudio de una parte de su obra, constituye en mi trabajo un prisma a través del cual observar el conjunto de sus aportaciones en otras áreas de la filosofía.

La reconstrucción a la teoría del Derecho de Nino se presenta aquí pues como un prisma privilegiado a partir del cual daré cuenta de aportaciones muy importantes que este autor hizo en la dilucidación de problemas que se presentan en los otros ámbitos mencionados. Por supuesto, mirar a través de un determinado prisma o adoptar una determinada perspectiva supondrá dejar de lado importantes problemas de filosofía política y de filosofía moral de los que Nino se ocupó, que pueden resultar de especial interés para quien adopte otro enfoque.

Objetivo

El objetivo que me propongo con este trabajo y que me ha llevado a escoger el esquema que he escogido es, precisamente, tratar de trazar las líneas principales

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

-dando cuenta de la posición de Nino en diversos debates de teoría del Derecho- que nos permitan llegar con el aparato conceptual necesario y las tesis -intermedias- precisas (muchas de ellas, necesariamente, pertenecientes al ámbito de la filosofía moral y de la filosofía política) para entender desarrollar la tesis acerca del *imperialismo de la moral*, o acerca del *discurso jurídico como un caso especial del discurso moral*. En definitiva, la tesis acerca de *la unidad del razonamiento práctico*.

Esquema

De la Conexión Conceptual entre Derecho y Moral; La necesidad de una pluralidad de conceptos de Derecho me permite presentar el marco de la aportación que hizo Nino en el debate acerca de las relaciones del Derecho y la moral.

Los partícipes en la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo, en su vertiente más contemporánea, entre Dworkin y Hart, parecían -en la presentación que hace Nino de aquel debate- no ser conscientes de una cuestión analíticamente muy importante: los distintos puntos de vista determinan la necesidad de un concepto normativo o de uno descriptivo acerca del Derecho. Las concepciones (dworkiniana y hartiana) nos permitirán trazar distintos conceptos del Derecho: un concepto descriptivo y un concepto normativo, que resultarán de utilidad en distintos contextos de lo jurídico (siempre, necesariamente, normativo en el ámbito del razonamiento jurídico justificativo).

De las Normas Jurídicas como Razones para Actuar; introduzco el debate acerca de la normatividad del Derecho y las líneas de desarrollo de esta corriente; ello me permite identificar la perspectiva acerca de las normas jurídicas. Me ocupo de dar cuenta de los distintos sentidos en los que, hablamos de normas jurídicas en el razonamiento jurídico justificativo.

El hecho de llevar a cabo un análisis de las normas jurídicas en términos de razones para la acción me lleva a dar cuenta de una serie de presupuestos filosóficos, especialmente del aspecto interno de las acciones individuales y de las prácticas colectivas como el Derecho y la moral, esto me permitirá avanzar un paso más que consistirá en el estudio del concepto de razones para la acción como un ítem distinto de los motivos o razones explicativas. Además, veremos que las razones para la acción son razones sustantivas objetivas en el razonamiento práctico.

En este análisis me serviré de las consideraciones de J.C. Bayón, tal y como aparecen presentadas en su trabajo *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*¹⁷ y de algunas importantes diferencias conceptuales trazadas por C. Redondo en su trabajo *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*. Pertrechado con este aparato conceptual, pasaré a ver los distintos conceptos de norma jurídica y cómo esto determina, en la concepción de Nino, su identidad (en el caso de las normas jurídicas como juicios de adhesión normativa) o su diferencia con los juicios de valor o principios morales, así como la respuesta acerca de si las normas expresan o no razones operativas autónomas.

Para cerrar el capítulo sobre el papel de las normas en el razonamiento jurídico, me ocupo de una tesis central de Nino en la que convergen su teoría del Derecho, filosofía política y filosofía moral: me refiero a su concepción acerca de *las normas jurídicas como razones para creer que existen razones para actuar*. Esto es, el valor epistemológico de las normas jurídicas democráticas. Aquí, trato de ofrecer una lectura de Nino que pueda salvar una de las objeciones que le dirigió a Rodenas en su trabajo *Sobre la justificación de la autoridad*¹⁸. Los términos en los cuales podemos decir, según Nino, que las normas son razones para la acción me habrán llevado, llegado este momento, a presentar su tesis acerca de la conexión

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

¹⁸ Ródenas Calatayud, *Sobre la justificación de la autoridad*, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

justificativa entre el Derecho y la moral. Esta tesis será el objeto central del capítulo siguiente en el que me ocupo del concepto de validez, que Nino define como un concepto puente entre el Derecho y la moral. De la Validez como Concepto Normativo; repito de nuevo el necesario esquema de análisis y distinción conceptual entre un sentido descriptivo de validez (como pertenencia) y otro normativo (validez o fuerza obligatoria).

El análisis del primer sentido de validez lleva a Nino a Hart y a tratar de resolver determinados problemas que parecen presentarse en relación con este concepto. Así, el problema de la circularidad en la identificación de las normas jurídicas últimas. El análisis del segundo sentido de validez, esto es, la validez como concepto normativo, lleva a Nino, esta vez, a Kelsen. Nino considera que sólo un sentido normativo de validez puede permitir resolver los enredos en los que, de otro modo, incurriría la teoría kelseniana. Sin embargo, el concepto de validez de Kelsen se detiene demasiado pronto -en la norma fundamental- y no da cuenta de dónde viene esa fuerza vinculante que establece que se debe obedecer lo que el Derecho, la Constitución, establezca. A partir de esto, Nino traza uno de los puntos centrales para la comprensión de su filosofía del Derecho: la validez es un concepto normativo puente entre el Derecho y la moral. Son varios los análisis que llevan a Nino a sostener esta posición; todos ellos se relacionan con la imposibilidad de ofrecer una respuesta plausible sin superar el marco jurídico a los problemas con que se enfrentan los juristas que operan desde el contexto justificativo, es decir, que recurren al Derecho con la pretensión de justificar sus acciones y decisiones. Al ocuparme de estos problemas, y por las peculiaridades de la tesis de Nino, presento un aspecto central de su filosofía política y de su filosofía moral para la comprensión de su filosofía del Derecho: la concepción que Nino defiende acerca del discurso moral y de la deliberación democrática.

Del Razonamiento Jurídico Justificativo; La tesis de la unidad del razonamiento práctico arranca, precisamente, de los problemas que, aparentemente, se derivarían de la tesis de la conexión justificativa del Derecho con la moral. Las

aparentes paradojas de la superfluidad del gobierno y del Derecho (y la Constitución) y de la indeterminación radical del Derecho y, después me ocupo de la solución que ofrece Nino. Esto me lleva a examinar su concepción acerca de la moral como práctica colectiva (el societarismo epistémico o la politización de la moral), su concepción de la política democrática, profundizando algo más en las líneas ya apuntadas en el capítulo anterior, como discurso moral regimentado, que le lleva a rechazar otras concepciones de la democracia, y su concepción del Derecho como práctica colectiva en la que se pondrá de manifiesto, además, determinados aspectos del Derecho como institución que nos ayudaran a comprender la diferencia entre el razonamiento moral puro y el razonamiento jurídico justificativo. Esta concepción de la moral, de la política democrática y del Derecho permite salvar la aparente paradoja antes apuntada y nos muestra la relevancia del Derecho en el razonamiento práctico. La reconstrucción que hace Nino de la estructura del razonamiento jurídico como razonamiento escalonado en dos niveles y de la diferencia de su reconstrucción con el denominado modelo de la "articulación consistente" de Dworkin; también me ocupo de nuevo de cómo, en la concepción de Nino, la moral impregna todas las fases del razonamiento jurídico justificativo.

Tesis que, por lo demás, me parece la más plausible como reconstrucción del razonamiento que, incluyendo el Derecho como práctica colectiva moralmente relevante, pretende justificar acciones y decisiones que afectan a terceros.

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

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

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

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

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

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

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

Monterrey, Julio de 2004

Capítulo I

De la Conexión Conceptual entre Derecho y Moral

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

Carlos Santiago Nino

1.1. Tensión entre Iusnaturalismo y Iuspositivismo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Caracterización del Iusnaturalismo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Caracterización del Positivismo Jurídico.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.1.1. Crítica de Dworkin al planteamiento iuspositivista

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2) El Positivismo y la Discrecionalidad Judicial.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴² *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Si fuera así -escribe Nino- tendría razón Dworkin:

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

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

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

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

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

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

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

Dworkin considera que:

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

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

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Entonces, en opinión de Nino:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Quizá fuera esta oscuridad apunta Nino:⁶¹

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

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

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

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

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

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

1.1.2. Reconstrucción a la tesis de Dworkin.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

-
- 2) Que, además, tampoco se precisa un concepto puramente descriptivo de Derecho en el ámbito de la dogmática jurídica. En efecto, la dogmática no sólo lleva a cabo una actividad meramente descriptiva, sino que cumple también la función de reconstrucción del orden jurídico para adaptarlo a ideales de justicia y de racionalidad (función que, por otra parte -añade Nino-, es conveniente que siga llevando a cabo)⁶⁶.

- b) El segundo argumento defendido por los positivistas en defensa de un concepto descriptivo de Derecho es que una clara distinción entre el Derecho que "es" y el Derecho que "debe ser", que sólo es posible bajo un concepto de Derecho como el que ellos proponen, implica una serie de ventajas teóricas:

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

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

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

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

1.2. Concepto Descriptivo vs Concepto Normativo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¿Puede haber contradicciones y lagunas en el derecho?

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

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

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

1.2.1. Concepto Descriptivo de Derecho.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2.1.1. Concepto de Hart

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En opinión de nuestro autor:

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

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

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

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

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

⁸⁰ Op. cit., pág. 180.

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

1.2.2. Concepto Normativo de Derecho.

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

1.2.2.1. Concepto de Finnis.

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

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

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

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

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

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

Además, las propiedades mencionadas pueden darse en diversos grados o estar ausentes del todo, y el término Derecho puede ser igualmente aplicable si, aun estando ausente alguna de las propiedades, se dan algunas de las restantes en alguna medida⁸⁴. De esta forma, Finnis admite que un sistema moralmente aberrante puede ser Derecho. Este autor⁸⁵ escribe que el punto de vista interno al que tanto Hart como Raz dan prioridad no está suficientemente acotado, y tal punto de vista ofrece una posición -en su opinión- inestable e insatisfactoria.

Considera Finnis que no es suficiente con que, apartándose acertadamente de Austin y Kelsen, diferencien el punto de vista “interno” o “legal” del punto de vista del hombre que simplemente obedece el Derecho y que lo hace solamente cuando y en la medida en que teme el castigo que seguirá a su desobediencia.

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

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

⁸⁴ Op. cit., pág. 277.

⁸⁵ Op.cit., pág. 12.

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

En opinión de Finnis:

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

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

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

Para Finnis:

⁸⁶ Finnis, John, Op. cit., pág. 14.

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

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

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

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

También añado Nino:

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

⁸⁷ Finnis, J., Op.cit., pág. 15.

⁸⁸ *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

cuestión crean que ellas contribuyen al bien común). Por otra parte, en el contexto de la argumentación judicial, en el que se emplea el concepto de Derecho para expresar razones que justifiquen decisiones, puede ser superfluo y equívoco tomar como relevante para la identificación de las reglas jurídicas la propiedad descriptiva constituida por su efectivo reconocimiento judicial⁹²

1.2.2.2. Concepto de Dworkin.

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

“Para Dworkin, afirmar que un estándar es jurídico es enunciar un juicio de valor que implica, para los poderes públicos, el imperativo moral de reconocerlo e imponerlo⁹³.”

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

“Si a un concepto de Derecho como el de Dworkin [...] le añadimos una concepción objetivista de la ética como la también sostenida por Dworkin no hay lugar, evidentemente, para hablar de discreción judicial en sentido fuerte⁹⁴”

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

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

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

En efecto -según escribe el mencionado autor:

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

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

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

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

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

⁹⁵ *Ibidem*

⁹⁶ *Ibidem*

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

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

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

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

1.3. Pluralidad de Conceptos

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

Nino:

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

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

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

⁹⁹ idem

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

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

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

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

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

¹⁰¹ idem

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

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

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

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

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

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

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

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

Desde una postura convencionalista escribe nuestro autor:

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

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

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

¹⁰⁴ Op. cit., pág. 35.

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

Conceptos Descriptivos

Concepto descriptivo realista de Derecho.

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

Concepto descriptivo sistemático de Derecho.

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

Concepto descriptivo institucional de Derecho.

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

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

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

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

Conceptos Normativos:

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

Concepto de lege ferenda.

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

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

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

Concepto normativo judicial amplio.

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

Concepto normativo judicial restringido

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

Concepto mixto de Derecho.

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

Concepto normativo hipotético.

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

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

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

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

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

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

Objeción y Replica

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

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

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

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

Estas funciones serían, según Carrió, las siguientes:

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

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

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

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

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

¹¹¹ *Op. cit.*, pág. 392-393.

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

Esto demostraría en opinión de Carrió:

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

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

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

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

¹¹² Carrió, *op.cit.*, pág. 395.

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

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

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

De nuevo, en palabras de Carrió:

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

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

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

Según Nino:

¹¹⁴ Carrió, *op. cit.*, pág. 398-400.

¹¹⁵ *op. cit.*, pág. 401.

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

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

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

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

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

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

¹¹⁷ *Idem.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹²¹ Este parece ser el caso del positivismo ideológico.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo II

De las Normas Jurídicas como Razones para Actuar

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

Carlos Santiago Nino

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

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

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

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

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

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

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

- La tesis de las fuentes sociales del Derecho (atendiendo a la cual, la determinación de la existencia y el contenido del Derecho es exclusivamente una cuestión de hechos sociales complejos para la que no es necesario acudir a ninguna clase de consideraciones morales) y;

- La tesis de la falibilidad moral del Derecho (es decir, que una norma forme parte del Derecho no implica que tenga que haber razones morales para actuar de acuerdo con ella).

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

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

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

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

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

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

¹³¹ Bayón, J.C., *op.cit.*, pág. 19.

¹³² Bayón, J.C., *op.cit.*, pág. 20.

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

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

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

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

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

4 Enunciados comprometidos.

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

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

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

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

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

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

a) Las normas jurídicas como razones epistémicas;

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

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

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

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

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

Solo la Moral aporta Auténticas Razones para la Acción

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Razones Explicativas.

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

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

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

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

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

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

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

D' Arcy distingue dos sentidos centrales de motivo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nino, siguiendo a Raz,¹⁵⁹ distingue entre:¹⁶⁰

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1.2. Características de las razones justificativas.

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

a) Autonomía

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

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

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

b) Generalidad

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

c) Universalidad

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

d) Superveniencia

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

e) Integración

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶⁷ Nino, C.S., *Idem.*, págs. 79-80.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2. Las Normas Jurídicas en el Razonamiento Práctico

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2.2. Normas Jurídicas como razones para actuar según Raz.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁹² Raz, J., *op.cit.*, pág. 38.

¹⁹³ Raz, J., *op.cit.*, pág.39.

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

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

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

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

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

¹⁹⁴ Raz, *op.cit.*, pág. 41.

¹⁹⁵ Raz, *op.cit.*, págs. 41-44.

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

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

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

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

Por otra parte, las normas, (esta vez sí, en sentido hilético), califican deónticamente conductas. Por lo demás, antes de pasar a ver la caracterización de Raz de las normas jurídicas en términos de razones para la acción, es preciso señalar que Raz maneja una noción de razón en el sentido de razón justificativa y sustantiva (no en el sentido de razón-premisa).¹⁹⁹ La explicación del uso común

del lenguaje normativo ha de encontrarse en las creencias (justificadas o injustificadas) de quienes usan ese lenguaje. Nos dice Raz que las reglas jurídicas pueden ser razones válidas para la acción o pueden no serlo; aunque esto es irrelevante para la explicación del uso del lenguaje normativo en un contexto jurídico.²⁰⁰ En la concepción de Raz, las directivas autoritativas (las normas jurídicas de mandato) son analizadas en términos de razones protegidas. Entre los casos que, según Raz, pueden constituir razones válidas para la acción, además de ejemplos como aquellas situaciones en las que la necesidad de ahorrar tiempo, trabajo o preocupación constituyen razones excluyentes justificadas en los que se

¹⁹⁷ Raz, *op.cit.*, pág. 45.

¹⁹⁸ Redondo, *op.cit.*, pág.175.

¹⁹⁹ Redondo, *op.cit.*, pág. 171.

²⁰⁰ Raz, *op.cit.*, pág. 198.

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3. Las normas jurídicas como razones para actuar

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁰⁵ Hare, *op. cit.*, pág. 3.

²⁰⁶ Hare, *op. cit.*, pág. 168-169.

²⁰⁷ Command [orden, mandato]

²⁰⁸ Hare, *op. cit.*, pág. 134.

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

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

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

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

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

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

²¹⁰ Nino, C.S., op.cit., pág. 123.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²¹⁶ Nino, C.S., op.cit., pág. 113.

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

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

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

Tipos de normas jurídicas y tipos de razones para actuar.

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

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

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

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

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

Y volvamos sobre un ejemplo de razonamiento jurídico justificativo²¹⁹:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¿Son las Normas Jurídicas razones autónomas para actuar?

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

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

²²¹ Nino, C.S., op.cit., pág. 142.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Obligatoriedad de las Normas Democráticas

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

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

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

²²⁹ Nino, C.S., *op. cit.*, pág. 93.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*"Tenemos razones para hacer aquello que tenemos razones para creer que tenemos razones para hacer."*²³³

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

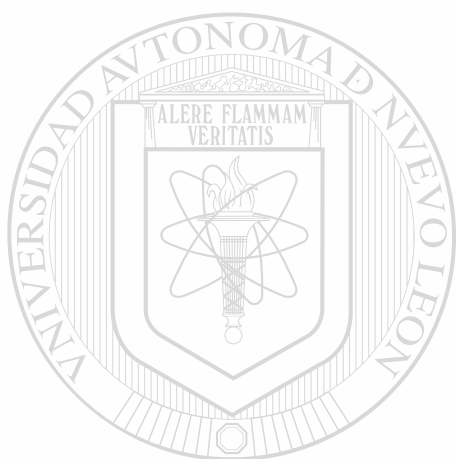
Sobre esta cuestión se ocupa Ródenas en su trabajo *Sobre la justificación de la autoridad*²³⁹ donde señala su desconcierto ante el mantenimiento de Nino de las dos mencionadas tesis de forma conjunta (de un lado la que defiende el carácter excluyente de las normas jurídicas democráticas y, de otro,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

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

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

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

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



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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 normas²⁴¹

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:

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

"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 forma 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 vacío ya que, en el contexto de la teoría de Kelsen, el contenido de cada norma básica (y, consecuentemente, su propia identidad) no puede ser establecido antes de circunscribir las normas que pertenecen al sistema jurídico al cual la norma básica adscribe fuerza vinculante.”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 edicción 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 ésa:

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

Quando 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, si bien la validez de una norma deriva de la validez de una norma superior que autoriza su dictado o declara obligatorio su cumplimiento, lo que se transmite es algo distinto de la mera relación con la norma superior, se trata de la fuerza obligatoria o justificabilidad de la norma. Esto hace posible predicar validez aun de las normas primitivas y esa validez es de carácter moral y compromete con posiciones de esa índole cuando la validez de una norma -o, lo que 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 oscurece 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.

legitiman 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.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN[®]
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

Capítulo IV

Del Razonamiento Jurídico Justificativo

La legitimidad del derecho no puede ser establecida por el propio derecho, sino que ha de fundamentarse en razones morales.

Carlos Santiago Nino

4.1. Razonamiento Jurídico Justificatorio

En su artículo *Sobre los derechos morales*,³⁶¹ Nino calificaba la reflexión acerca del discurso jurídico justificativo como el tema central de la filosofía del Derecho. La cuestión clave, escribía:

“Es determinar en qué medida el discurso jurídico práctico –o sea, el discurso que permite justificar acciones y actitudes- es un discurso independiente y autosuficiente o si es parte del discurso moral general.”³⁶²

Y es éste, en efecto, el tema central del que se han ocupado los autores que han venido interesándose por el análisis o enfoque del Derecho como argumentación, es decir, por la vertiente práctica o justificativa del Derecho. Nino, al igual que autores como R. Alexy, N. MacCormick, J. Habermas, J. Raz, P. Soper, M. Atienza y Ruiz Manero, J.C. Bayón Mohino, J.R. de Páramo, entre otros, defienden la llamada tesis de la unidad del razonamiento práctico. Frente a la tesis de la fragmentación, que sostiene que existen tantas justificaciones como sistemas normativos haya, la tesis de la unidad del razonamiento práctico se caracteriza por

³⁶¹ Nino, C.S., *Sobre los derechos morales*, Cuadernos de filosofía del Derecho, n° 7, pág. 315

³⁶² op. cit., pág.316.

afirmar que el discurso jurídico justificativo está conectado con el discurso práctico general. Así, por ejemplo, la tesis central de la teoría de Alexy consiste en afirmar que el discurso jurídico es un caso especial del discurso moral o, más exactamente, para evitar equívocos debidos a la terminología, un caso especial del discurso práctico general³⁶³. Y ello es así porque:

- 1 En el mismo se discuten cuestiones prácticas,
- 2 Se erige también una pretensión de corrección (la pretensión de justicia sería un caso de pretensión de corrección), pero ello
- 3 Se hace (y de ahí que sea un caso especial) dentro de determinadas condiciones de limitación.

En otras palabras, en el discurso jurídico no se pretende sostener que una determinada proposición es, sin más, racional, sino que lo que se pretende es sostener que puede ser fundamentada racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente. El procedimiento del discurso jurídico se define, pues, por un lado, por las reglas y formas del discurso práctico general y, por otro lado, por las reglas y formas específicas del discurso jurídico³⁶⁴ (la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática). Por su parte, Habermas, aunque sostuvo en un momento que el proceso era un supuesto de acción estratégica, modificó su postura³⁶⁵ suscribiendo la de Alexy, y MacCormick,

³⁶³ Aunque tanto Habermas, *Facticidad y validez*, ed. Trotta, pág. 302 y ss. como Nino, *Derecho, Moral y Política*, ed. Ariel, pág. 79, atribuyeron a Alexy, la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso moral general, este autor, en su artículo *La tesis del caso especial*, clarifica su postura frente a la crítica de Habermas y escribe que: *la tesis de Habermas de que el discurso jurídico no debe ser concebido como un subconjunto de la argumentación moral, tal y como él la entiende, es obviamente verdadera. Pero esto no hace fracasar a la tesis del caso especial. De acuerdo con ella, el genus proximum del discurso jurídico no es el discurso moral en el sentido habermasiano, sino el discurso práctico general. Un discurso práctico general no es lo mismo que un discurso moral en el sentido de Habermas. Es un discurso en el cual las cuestiones y razones morales, éticas y pragmáticas están conectadas.* Alexy, R., *La tesis del caso especial*, Isegoría/21, pág. 23-35.

³⁶⁴ Atienza, M., *Las razones del Derecho*, Cuadernos y Debates, ed. Centro de Estudios Constitucionales, pág. 193.

³⁶⁵ Así en Teoría de la acción comunicativa escribía: *"Robert Alexy (...) me ha convencido de que las argumentaciones jurídicas, en todas sus acuñaciones institucionales, han de entenderse como un caso especial de discurso práctico"*, Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa*, trad. de M. Jiménez, ed. Taurus, tomo 1, pág. 60, nota 63. Tomamos cita de M. Atienza, *Las razones del*

sostiene que el razonamiento jurídico es un caso especial, altamente institucionalizado y formalizado de razonamiento moral. Por lo demás, aunque, en principio, podría parecer que la tesis de la unidad varía de unos autores a otros puesto que algunos hacen referencias expresas al discurso moral, mientras que otros las hacen al discurso práctico general, creemos que más allá de las referencias expresas a uno u otro tipo de discurso, es posible afirmar que la tesis de la unidad que autores como Alexy, Habermas, MacCormick sostienen es aquella según la cual el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general à la Habermas; es decir, un discurso en el que las cuestiones morales, ético-políticas y pragmáticas están conectadas.

La tesis de Nino se articula también dentro de este paradigma de comprensión del razonamiento jurídico justificativo (si bien es cierto que con diferencias acerca del valor que prima facie haya de darse a las normas jurídicas en el razonamiento práctico). La tesis de la unidad -también denominada "tesis de la inseparabilidad"³⁶⁶-, tal y como aquí está siendo definida, sostiene que una teoría del razonamiento jurídico justificativo tiene que admitir una conexión necesaria entre Derecho y moral pero, a diferencia de las tesis clásicas del Derecho natural, la vinculación entre ambos sistemas normativos defendida por la tesis de la unidad o de la inseparabilidad no implica la adecuación moral del Derecho positivo, sino que lo que sostiene es que la premisa principal de un razonamiento jurídico justificativo es una norma o principio moral³⁶⁷ y que, por consiguiente, la

Derecho, op.cit., pág., nota 41. Habermas sostiene que: *el discurso jurídico no puede moverse autárquicamente en un universo herméticamente cerrado del Derecho vigente, sino que ha de mantenerse abierto a argumentos de otra procedencia, en particular a las razones pragmáticas, éticas y morales hechas valer en el proceso de producción de normas y, por ende, agavilladas en la propia pretensión de legitimidad de las normas jurídicas incluye no sólo argumentos morales sino también éticos y pragmáticos [...]. La corrección o rectitud de las decisiones jurídicas se mide en última instancia por el cumplimiento de condiciones comunicativas de la argumentación, que posibilitan la imparcialidad en la formación de un juicio.* Habermas, J., *Facticidad y validez*, ed. Trotta, pág. 302

³⁶⁶ Moreso, J.J., Navarro, P.E., y Redondo, M.C., *Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial*, Cuadernos de filosofía del Derecho, nº11, págs. 247-262.

³⁶⁷ Es la que Alexy denomina "pretensión de corrección". Desde el punto de vista justificativo, la pretensión de corrección del Derecho está vinculada con la idea de una moral correcta en el sentido de una moral fundamentada. Alexy, R. *El concepto y la validez del Derecho*, pág.84.

justificación de las decisiones judiciales implica el uso de normas y principios morales³⁶⁸. Es así como ha de ser entendido Nino cuando escribe que:

*“Los principios morales son excluyentemente justificativos en su campo de aplicación, y sólo los derechos establecidos directa o indirectamente por tales principios [...] pueden servir de razones para actuar.”*³⁶⁹

Aunque, esto no significa negar la especialidad del discurso jurídico en relación con el discurso moral: Justificar jurídicamente -nos dice- no es lo mismo que justificar moralmente. Como escribe nuestro autor, decir que las razones morales ocupan la premisa de deber ser desplazando a las razones prudenciales, entre otras, no significa, sin embargo, hacer equivalentes el razonamiento judicial y el razonamiento moral, entre otras cosas porque el juez actúa como juez precisamente cuando para tomar una decisión tiene en cuenta el hecho de que el legislador ha dictado una norma. De esta forma, el juez lleva a cabo un razonamiento jurídico práctico cuando supone que debe castigarse con tal pena a los que matan porque (entre otras cosas) el legislador (a quien tiene el deber moral de obedecer) así lo ha establecido.³⁷⁰

Es decir, el elemento de autoridad es uno de los rasgos distintivos del Derecho y, de esta forma, la dimensión institucional del Derecho es un factor muy importante para dar cuenta de la especificidad del razonamiento jurídico frente al razonamiento moral ordinario,³⁷¹ aunque, ese aspecto institucional del Derecho (la apelación a la autoridad y al sentido regimentado del discurso jurídico) no significa apartarnos de la tesis del imperialismo del discurso moral ni rompe la unidad del razonamiento práctico, sino que es, precisamente, una exigencia necesaria para

³⁶⁸ Moreso, J.J., Navarro, P.E y Redondo, C., *Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial*, en op.cit., págs. 247-262.

³⁶⁹ Nino, C.S., *Sobre los derechos morales*, pág. 316.

³⁷⁰ Nino, C.S., *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, op.cit., pág. 97, *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 141.

³⁷¹ Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho*, Cuaderno de filosofía del Derecho, nº 24.

satisfacer los valores y fines sustantivos de la moral en nuestras sociedades. En este sentido, escriben Atienza y Ruiz Manero que:

“El discurso moral ordinario está abierto a todas las razones relevantes, no está sujeto a plazos y la solución de las controversias no depende en él de órgano autoritativo alguno, sino del consenso unánime, por lo demás, siempre revisable de los afectados. Pero es precisamente por estas características por lo que el discurso moral es, necesariamente, deficitario o insuficiente como método de resolución de los conflictos. Podríamos decir que el carácter institucional del discurso jurídico es condición necesaria de la superación de los déficits operativos del discurso moral. Y estos déficits operativos del discurso moral seguirían siendo tales en una sociedad de ángeles, pues también en ella el discurso moral, dejado a sí mismo, frustraría sus propias finalidades.”³⁷²

Aunque Nino ya apuntaba en su trabajo *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, que una de las varias razones -y la más importante- que determina la dependencia entre los fallos de los jueces y la consideración de principios valorativos es el hecho de que el Derecho positivo no provee razones suficientes para justificar -justificar moralmente- una decisión, aun cuando el ordenamiento jurídico en cuestión contenga una solución clara para el caso que debe decidirse,³⁷³ será en tres trabajos posteriores (*La validez del Derecho, Fundamentos de Derecho constitucional y en Derecho, moral y política*) dónde llevará a cabo un profundo análisis del razonamiento jurídico justificativo, de su articulación en el discurso moral, y de sus peculiaridades derivadas de su dimensión institucional. La tesis principal de Nino es que nuestra cultura ha generado un discurso justificativo “imperialista” al que se ha denominado moral.³⁷⁴

³⁷² Atienza, M. y Ruiz Manero, J., op.cit., pág. 16.

³⁷³ Nino, C.S., *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, op.cit., pág. 96.

³⁷⁴ El significado, la verdad y la validez de los juicios morales son relativos a las reglas y la estructura que subyace a la práctica social o a la institución del discurso moral. Tal práctica está históricamente condicionada de modo que -como escribe el propio Nino- ha evolucionado y se ha expandido a través de diferentes sociedades. El elemento de imparcialidad fue desarrollado ya

Este “imperialismo” del discurso moral defendido por nuestro autor implica que no existen razones jurídicas que puedan justificar acciones y decisiones con independencia de su derivación en última instancia de razones morales. Significa que los deberes jurídicos tienen su fundamento en deberes morales, y que la validez jurídica, entendida como fuerza vinculante u obligatoriedad, es un tipo especial de validez moral. Nino recoge de la tradición norteamericana un interés por la dimensión argumentativa del Derecho y, concibiendo a éste como una empresa colectiva para la consecución de objetivos sociales valiosos, reivindica una teoría y una filosofía del Derecho -independientemente de la positivización, en muchas de nuestras Constituciones, de los grandes postulados del liberalismo político y del igualitarismo social- impregnada, de consideraciones de filosofía política y de filosofía moral. Desde sus primeras obras,³⁷⁵ Nino da cuenta de cómo el recurso a principios morales en la práctica judicial se presenta como algo necesario si tenemos en cuenta la relevancia moral de, prácticamente, todas las decisiones judiciales. Ya en *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, Nino señalaba la responsabilidad moral que asumían los jueces al tomar sus decisiones y cómo estos debían partir en su razonamiento práctico de

probablemente en la Grecia clásica y alcanzó un grado mayor de refinamiento en la Ilustración añadiéndose a la imparcialidad, la autonomía, universalidad y la prioridad de la moral. Pudiera ser - escribe nuestro autor- que uno de los hitos del cambio conceptual en el ámbito moral fuera la posibilidad de formular la paradoja de Eutifrón de modo que Aristóteles en su *Ética a Nicomaco* plantea ya la posibilidad de que la verdad moral fuera conceptualmente dissociada de las órdenes de un dios. En cualquier caso, lo que parece implicar todo esto es que pudiera ser que esta práctica no sea universal y que debemos aceptar que posiblemente haya pueblos o sociedades que no sigan la misma práctica del discurso moral, que siguen una práctica de razonamiento y discurso moral que difiere en aspectos relevantes de la nuestra. En tales casos nada hay que pueda hacerse para convencer a esas otras personas puesto que lo que para nosotros son razones para ellos no lo son. Al margen de estas palabras de Nino podemos, sin embargo, hallar en él un último intento por rescatar el proyecto kantiano de la universalidad de la razón práctica cuando señala que podemos seguir teniendo la esperanza de que algunos de los mecanismos sociales, psicológicos o biológicos, que según algunas teorías científicas incitan a la gente a preocuparse de la justificación moral hagan su obra. En realidad -añade Nino- parecen haber obrado tan bien que esta práctica del discurso moral se ha expandido enormemente entre gentes y sociedades con opiniones morales sustantivas radicalmente diferentes. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, op.cit., pág. 87-88 y 161-162.

³⁷⁵ Nino, C.S., *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, op.cit., *Los límites de la responsabilidad penal*, op.cit., *La validez del Derecho*, op.cit.

presupuestos axiológicos que hicieran legítima la observancia de las normas jurídicas. Nino escribía en este sentido que:

“Generalmente no será una respuesta satisfactoria a la pregunta sobre si debo obedecer una ley, responder con la razón: si la ley requiere que usted la obedezca; salvo que se esté asumiendo tácitamente un estándar ulterior.”³⁷⁶

Y ese estándar ulterior sobre el cual necesariamente fundamenta un juez su sentencia hará referencia, según Nino, a algún deber moral de obedecer un determinado Derecho porque se considera que así se satisfacen determinadas funciones consideradas valiosas. Pero, también desde sus primeros trabajos, Nino pone de manifiesto, que, sin embargo, decir lo anterior no implica sostener que los jueces deban resolver siempre cada caso siguiendo sólo consideraciones de justicia y equidad, como si no hubiera normas jurídicas preestablecidas y los jueces fueran llamados a legislar sobre cada asunto.³⁷⁷ La existencia de las normas jurídicas es moralmente relevante.

“Hay razones vinculadas con el respeto a órganos legislativos legítimos, la necesidad de proveer cierto grado de seguridad y previsibilidad de las decisiones judiciales, la conveniencia de contribuir a una vida social ordenada, la exigencia de tratar casos similares en forma similar, que justifican aplicar normas jurídicas vigentes aun cuando ellas impliquen soluciones moderadamente injustas en algunos casos particulares.”³⁷⁸

4.2. Transito del Constructivismo Ontologico al Epistemologico

La cuestión importante a establecer es -como escribe el propio Nino- si ese punto arquimedeano que hemos de buscar en la práctica moral real ha de establecerse

³⁷⁶ Nino, C.S., *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, op.cit., pág. 96-97.

³⁷⁷ Nino, C.S., op.cit., pág. 97.

³⁷⁸ Nino, C.S., *Los límites de la responsabilidad penal*, op.cit., pág. 7-8.

en el plano ontológico de la constitución de principios o hechos morales³⁷⁹, o en el plano epistemológico del conocimiento de tales hechos o principios. El proyecto kantiano, el de J.Habermas y el de B.Ackerman³⁸⁰ se desarrollan principalmente en un plano ontológico. El tradicional proyecto kantiano³⁸¹ intentaba mostrar que la capacidad individual del razonamiento práctico tiene ciertos presupuestos y condiciones -como los que están implícitos en las tres formulaciones del imperativo categórico- que determinan la validez de ciertos principios sustantivos de justicia y moralidad social. Según nuestro autor, si la tentativa kantiana de derivar principios sustantivos de condiciones necesarias para el razonamiento práctico fuera plausible tendría la ventaja de su absoluta universalidad puesto que comprometería a todos los seres racionales con principios y juicios valorativos que no se podrían negar sin rechazar presupuestos implícitos en esa misma negación.

Kant -escribe nuestro autor- formuló de modo magistral tales presupuestos del razonamiento práctico en las distintas formulaciones del imperativo categórico que aluden a la universalidad, a la imparcialidad (es decir, su no condicionamiento a deseos o intereses contingentes) y a la autonomía moral. El proyecto de Rawls vendría a sostener una tesis à la Kant acerca de la constitución de la verdad moral; ésta se constituiría -en la lectura que hace Nino de Rawls- por la satisfacción de presupuestos formales inherentes al razonamiento práctico de todo individuo, en especial el de que un principio moral es válido si es aceptable o no rechazable por todos en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes. Aunque en opinión de Nino el desarrollo

³⁷⁹ El hecho moral en la metaética constructivista consiste en una circunstancia contrafáctica acerca de la aceptación de principios morales en unas condiciones ideales de imparcialidad y racionalidad. Puede verse, Nino, C.S. *El constructivismo ético*, op.cit., págs. 61-71. Nuestra práctica discursiva ha incorporado así un criterio de validez moral que no remite a la aceptación efectiva de los principios en cuestión, sino que remite a su aceptabilidad contrafáctica en condiciones ideales de racionalidad e imparcialidad, y exigiendo que los principios aceptables sean generales (es decir, que no usen nombres propios o descripciones definidas) y universales (que se apliquen a todas las situaciones que no difieran en propiedades que los principios toman como relevantes). Nino, C.S. op.cit., pág. 146.

³⁸⁰ Ackerman, B., *Social Justice in the Liberal State*, Yale University Press.

³⁸¹ Kant, E., *Crítica de la razón práctica*, Trad. al castellano E.Miñana y Villagrasa y M. García Morente, ed. Espasa-Calpe, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Trad. al castellano M. García Morente, ed. Espasa-Calpe.

de Rawls no es claro, éste parece suponer que “la forma de la teoría moral es algo que cada uno tiene en sí mismo” y que no parece relevante para constituir la verdad moral las reglas del discurso monológico sino de algo más abstracto e inmaterial que él llama “razonamiento práctico”.

El intento kantiano de fundamentación de la moral fue criticado por Hegel quien señaló que la base constituida por los presupuestos de nuestro razonamiento práctico es demasiado débil para derivar principios morales definidos, ya que en muchos casos tanto un principio como su opuesto parecen compatibles con tales presupuestos.

Esta crítica llevó a Hegel a proponer como básicas para la constitución de principios morales sustantivos las Sittenlichkeiten, esto es, las costumbres de una sociedad. Pero son varios los problemas que, según escribe Nino, ha de afrontar esta construcción:

- 1) Implica un conservadurismo moral puesto que hace ininteligible la posición de una minoría disidente ya que ésta al mismo tiempo que reconoce que la posición opuesta es mayoritaria, la juzga incorrecta. No permite pues explicar el progreso moral.
- 2) No permite explicar las discusiones morales transculturales, ya que quienes formularan juicios morales tomando en cuenta las costumbres diversas de sus respectivas sociedades no estarían en realidad discrepando.³⁸²

Este convencionalismo -nos dice Nino- ignora uno de los presupuestos básicos del discurso moral de la modernidad que es que toda práctica o institución social puede someterse a crítica y debe justificarse. Nino explora las posiciones de Apel y Habermas trazadas en un intento por superar la crítica hegeliana a Kant. Para ello estos autores no se apoyan en posiciones morales sustantivas sino en la práctica de la deliberación colectiva en materia práctica. Las propuestas de estos

³⁸² Nino, *Ética y derechos humanos*, op.cit., pág. 57-63.

autores agregan a las condiciones de la capacidad individual y universal del razonamiento práctico en los términos de Kant recogidos por Rawls, nuevas condiciones que surgen de la práctica social de la discusión moral constituyendo - en opinión de Nino- una plataforma lo suficientemente sólida como para permitir la derivación de principios definidos sustantivos³⁸³.

La práctica social de la discusión moral así reconstruida se caracteriza porque la discusión pública no es una interacción en la que se trata de negociar entre quienes tienen intereses contrarios, sino un intento por determinar cuáles de los intereses en conflicto son válidos. A diferencia de una postura convencionalista como la de Hegel, el intento de Apel y Habermas no está sujeto a la variabilidad de las costumbres morales sustantivas y es mucho más general que ellas permitiendo así criticar las costumbres de una determinada sociedad. Además, los presupuestos de nuestra práctica discursiva nos llevan a aplicar los principios que derivan de ellos aun a aquellos que no los pueden reconocer por partir de presupuestos discursivos diferentes (podremos excusarles de las consecuencias de no reconocer tales principios precisamente por no poder reconocerlos)³⁸⁴. Dentro de esta concepción se presentan a su vez dos posibles alternativas:

A) La que sostiene que la validez de los principios morales intersubjetivos está dada por el consenso efectivo que se logre en una discusión real que satisfaga ciertos presupuestos -estos presupuestos son los que conformarían lo que Habermas denomina situación ideal de habla-;³⁸⁵ y

³⁸³ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág.168.

³⁸⁴ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág.169.

³⁸⁵ Escribe Nino, que en el caso de Habermas su posición en cuanto a la constitución de la verdad moral parece ser la de que esta se constituye por el consenso que resulta efectivamente de la práctica real de la discusión moral cuando ella es llevada a cabo siguiendo restricciones procedimentales de los argumentos como el de que un principio propuesto debe ser aceptable o no rechazable por todos bajo condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento. Nino señala que Habermas en diversos párrafos de su trabajo *Conciencia moral y acción comunicativa* sostiene que no hay principios morales válidos sino como resultado de una discusión moral real llevada a cabo respetando la exigencia de imparcialidad, que sí puede determinarse a priori de esa discusión si bien en otros párrafos y sobre todo en la discusión con Tugendhat donde Habermas parece más bien sostener que la validez de los principios de justicia está dada por los presupuestos y no por los resultados de la práctica de la discusión moral. Nino, C.S., *El*

B) La que sostiene que la validez de los principios morales sustantivos está dada por la satisfacción de los presupuestos cualquiera que sea el consenso efectivo que se conforme en una discusión real.

La posición sostenida por Nino -a diferencia de Habermas- es esta segunda que consiste en entender que los principios morales se constituyen a partir de los presupuestos de la práctica deliberativa de justificar acciones y decisiones. Tales presupuestos que todo principio debe satisfacer son: las condiciones formales de generalidad, universalidad, superveniencia, publicidad y los valores de autonomía en la adopción de los principios y el de imparcialidad que define la validez de estos. De estos presupuestos se derivan una serie de principios (el de autonomía, el de inviolabilidad de la persona y el de dignidad). Y de estos principios podemos derivar los derechos humanos básicos.³⁸⁶ Por lo demás, y sin entrar a considerar esta cuestión, podemos decir con Nino, que, siendo así las cosas, parece que, por lo que se refiere a la constitución de los principios morales, si la teoría de los presupuestos del discurso moral fuera correcta, entonces no parecería diferir por sí sola del individualismo metaético del proyecto kantiano como teoría de los presupuestos de la capacidad individual de razonar prácticamente.³⁸⁷ Veamos qué sucede en el plano epistémico.

Siguiendo a Nino, también podemos trazar dos grandes grupos de posiciones: individualismo y societarismo metaético. Según escribe nuestro autor, hay una posición individualista extrema que sostiene que los principios morales intersubjetivos, cualquiera sea la forma en que se constituyen, se conocen por la reflexión o intelección aislada de un individuo, esto es, sin que sea preciso la discusión con otros individuos.

constructivismo ético, op.cit., pág. 106. Habermas, J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, Trad. al castellano, Ramón García Cotarelo, Península, Barcelona.

³⁸⁶ Cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, op.cit., y *La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos*. Doctrina Penal, año 12, n° 45, BsAs.

³⁸⁷ Cfr. Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., págs. 172-173.

En su trabajo *El constructivismo ético*, donde analiza la obra de Rawls en este sentido, Nino considera que Rawls sostiene la siguiente tesis epistemológica: el acceso al conocimiento de la verdad moral se produce mediante la reflexión individual que, empleando un método de equilibrio reflexivo u otra alternativa, determine si se da la relación apropiada entre presupuestos formales y principios sustantivos.

La discusión con otros es en la reconstrucción de Rawls un auxiliar útil de la reflexión individual, pero, en última instancia, es inevitable que actuemos de acuerdo a los dictámenes finales de esta última. Por lo tanto, el método de Rawls de equilibrio reflexivo está pensado para ser usado por cada individuo por separado, para determinar si las condiciones de la posición originaria (que, en opinión de Nino, son las condiciones de la capacidad individual de razonamiento práctico) se ven o no satisfechas.³⁸⁸ En el mencionado trabajo³⁸⁹ se ocupa también Nino de analizar la postura de Habermas en Conciencia moral y acción comunicativa.³⁹⁰ Para Habermas -nos dice Nino- es el consenso efectivo, obtenido en una discusión real sometida a ciertas condiciones ideales, el que tiene un valor epistémico para determinar qué principios sustantivos satisfacen tales presupuestos. Según escribe Nino, esta posición se apoya en la idea de que un consenso unánime que se logra después de un proceso en el que todos los interesados pueden hacer oír sus intereses y participar libremente en la decisión colectiva, es, prácticamente, el equivalente funcional de la imparcialidad, bajo el presupuesto empírico de que cada uno es el mejor juez de sus propios intereses.

Según Habermas, en ningún caso es posible alcanzar la verdad moral por vía de la reflexión individual, sino a lo sumo, hacer un aporte a la discusión colectiva. La

³⁸⁸ Escribe Nino que muchos juristas rawlsianos favorecen un amplio poder de los jueces para descalificar las leyes dictas democráticamente convirtiéndose así los jueces en esta concepción según escribe Walzer en *Spheres of Justice*, en los nuevos reyes filósofos. Tomo la cita de Nino, C.S., *El constructivismo ético*, op.cit., pág. 108.

³⁸⁹ Nino, C.S., *El constructivismo ético*, op.cit., pág. 105.

³⁹⁰ Habermas, J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, op. cit.

idea sería la siguiente: la reflexión monológica se halla siempre distorsionada por prejuicios del individuo a favor de sí mismo, por su condicionamiento contextual y por la dificultad insalvable de ponerse exactamente en el lugar de otro. Por esto, el método de discusión y decisión colectiva es la única vía posible de acceso a la verdad moral en el área de la justicia y sólo el consenso efectivo obtenido luego de un amplio debate con las menores exclusiones, manipulaciones y desigualdades posibles es una guía confiable para satisfacer las exigencias de la moral. Sin embargo, en opinión de Nino, tanto la posición del individualismo epistémico como la del societarismo epistémico, tal y como son ejemplificados por Rawls y Habermas, respectivamente, presentan deficiencias.³⁹¹

1 En contra del individualismo epistémico, Nino señala que, por más sabia que pueda ser una persona, es muy difícil que, por su propia reflexión y sin discusión y decisión compartidas con los otros interesados, llegue a una posición de imparcialidad.

Esto es así, apunta Nino, por la dificultad de representarse con la suficiente vivacidad y de calibrar en su justo peso los intereses de todas las demás personas involucradas en un conflicto, sobre todo cuando éstas ocupan posiciones sociales lejanas a las de la persona en cuestión. Además, en opinión de nuestro autor, tales barreras no son sólo sociológicas y psicológicas sino también lógicas, puesto que los intereses de los individuos, a diferencia de sus meros deseos, implican decisiones sobre cómo jerarquizar tales deseos, y éstas son decisiones que sólo pueden tomar los individuos involucrados cuando se ven llamados a orientar sus acciones. Sostener este individualismo epistémico conduce, por lo demás, a una suerte de elitismo que está detrás de muchos autoritarismos, terrorismos etc y, en el campo del Derecho, pone de manifiesto que el reconocimiento de la conexión entre Derecho y moral no siempre conduce a una conexión del Derecho con la política. En efecto, según esta concepción -escribe Nino-, la moral se manifiesta

³⁹¹ Nino, C.S., *El constructivismo ético*, op.cit., pág. 106-110.

de forma absolutamente individual, y se distingue de la política, que es una actividad esencialmente colectiva.

II Por su parte, el tipo de colectivismo defendido por Habermas que apoya el conocimiento de la verdad moral en el consenso efectivo.

Resulta -en opinión de Nino- implausible al igual que la posición que Habermas también parece sostener acerca de la constitución de los principios morales (estos serían fruto del consenso efectivo): Si esta teoría epistémica fuera válida -escribe nuestro autor- quiénes participaran en la discusión moral, salvo que incurrieran en un error sobre la validez de esta teoría misma, no tendrían ningún motivo para alegar conocimiento de principios morales, y para formular propuestas con pretensión de validez moral antes de que se constituyera el consenso efectivo que sería el que daría títulos exclusivos a tal conocimiento.

Las anteriores observaciones llevan a Nino a sostener una posición intermedia que consiste en considerar que el consenso efectivo es una forma privilegiada de conocimiento moral, ya que cuando hay consenso unánime sobre cierta solución moral, después de un proceso de discusión, hay una altísima probabilidad de que la solución sea efectivamente correcta, o sea, imparcial; si cada uno es el mejor juez de sus propios intereses, el consenso de todos es un indicio sumamente fiable sobre cuál sea la solución que satisfaga imparcialmente los intereses de todos. Pero esto no implica que sea imposible que, por reflexión individual, podamos conocer soluciones moralmente correctas, si llegamos a ellas después del esfuerzo de imaginar cuáles son los intereses de todos los involucrados en un conflicto y de llegar a un equilibrio adecuado entre tales intereses. Así, la postura defendida por Nino en el nivel metaético admite como métodos de conocimiento moral tanto el consenso colectivo como la reflexión individual, si bien da una clara prioridad al primero sobre el segundo.

En cuanto a la constitución de tales principios, estaría dada -en opinión de Nino- por los presupuestos del discurso moral; sin diferir demasiado, seguramente, del proyecto kantiano de unir la constitución de los principios morales a los presupuestos de la capacidad individual de razonar en materia práctica.

4.2.1. La Democracia como Sucedáneo del Discurso Moral

En opinión de Nino, de las posibles justificaciones que se han propuesto del sistema democrático es la concepción que sostiene que: El sistema democrático es un sistema que permite -aunque de forma imperfecta- acceder al conocimiento de lo moralmente correcto, La que lo legitima moralmente frente a otros sistemas de gobierno y La que lo constituye, además, en moralmente relevante en el esquema del razonamiento práctico.

Esta comprensión de la democracia defendida por Nino, tiene, como hemos tenido ocasión de apuntar a lo largo de estas páginas, importantes consecuencias prácticas puesto que va a suponer un particular compromiso en cuanto al sistema de distribución de poderes, a la creación e implementación de determinadas instituciones y a la interpretación de las Constituciones vigentes para que nuestros Estados y sistemas jurídicos sean moralmente legítimos y para conseguir satisfacer en el caso de este último la pretensión de corrección que caracteriza a los ordenamientos jurídicos como tales y los distingue de formas no legítimas de ejercicio del monopolio de la fuerza y ordenación de la sociedad.³⁹²

Según Nino, la concepción que legitimaría a la política: debería ser la política democrática que tratara de acercarse lo más posible a las exigencias de imparcialidad del discurso moral. Esta concepción de la política -que según Nino- permite reconstruir de forma satisfactoria el razonamiento práctico en el que se articula, también, el Derecho. Veamos pues los dos grandes grupos de concepciones acerca de la democracia que -en opinión de Nino- pueden trazarse:

³⁹² R.Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, ed. Gedisa, págs. 37-40 y 81-85.

- 1) Aquellas que presuponen su capacidad para moralizar los intereses y preferencias de los individuos y;
- 2) Aquellas que consideran a la democracia simplemente como un marco de discusión donde llegar a acuerdos y equilibrios entre los diversos intereses en pugna.

Las primeras concepciones serían más optimistas acerca del papel de la discusión democrática. Según éstas, el debate democrático ampliaría nuestras perspectivas y nuestros conocimientos ayudándonos a detectar y corregir errores de razonamiento y ayudándonos así a limitar nuestra parcialidad.

Las segundas toman las preferencias de los individuos como dadas y no pretenden que el valor de la democracia aumenta por el cambio que produciría en dichas preferencias, enfocadas a una mayor imparcialidad.

De hecho, -nos dice Nino- tales concepciones suelen asumir un cierto pesimismo acerca de la posibilidad de superar la tendencia al autointerés por parte de los individuos, y acerca de la posibilidad de evitar que éstos se agrupen para la acción política sobre la base del autointerés. Estas concepciones de la democracia legitiman la representación de los intereses simples, sobre todo a través de la modalidad de partidos políticos especialmente identificados con grupos económicos y sociales. Incluso -añade Nino- según ellas no hay una diferencia relevante entre los intereses ideológicos y políticos, por un lado, y los económicos y sociales, por otro. Para estas concepciones la virtud de la democracia consiste en permitir la canalización de todos estos intereses y su adecuada estructura. Lo que la democracia requiere es que los distintos grupos de interés económico o social se equilibren mutuamente y que ninguno de ellos monopolice totalmente ese poder, sino que lo comparta tanto a través del tiempo como, en un momento dado, con la distribución de diversos centros de decisión. Ciertas instituciones como la representación, la división de poderes, la descentralización territorial y el

consentimiento periódico del electorado políticamente activo son mecanismos que impedirían la monopolización del poder por parte de algún grupo de interés, al mismo tiempo que garantizarían que éstos tuvieran adecuada expresión en proporción a la fuerza y a la intensidad de sus intereses. Entre este tipo de concepciones Nino cita:

“La concepción basada en el consentimiento de las normas jurídicas, la utilitarista, la economicista y la pluralista.”³⁹³

Nuestro autor se ocupa de las críticas que podemos dirigirles a estos intentos de fundamentación de la democracia en varios de sus trabajos³⁹⁴ y recoge una crítica general a ellas en Derecho, Moral y política. Según Nino, la objeción que se puede dirigir a todas ellas es que no distinguen entre preferencias personales y preferencias impersonales y que, debido a esto, no es posible para ellas dar cuenta no sólo de dónde radica la legitimidad de la democracia sino de su eficacia como sistema de composición de intereses. El argumento de Nino es el siguiente: los intereses personales son preferencias acerca de estados de cosas que el individuo supone que benefician su propia vida o la de sus allegados. Estas preferencias incluyen la pretensión de que sean satisfechas sin que otros entren a juzgar si son o no válidas, y, además, si fuera preciso para satisfacer las preferencias parciales de otros individuos, es lógicamente posible satisfacerlas de modo parcial. Los intereses impersonales, sin embargo, son preferencias acerca de estados de cosas que son considerados buenos o justos para el conjunto de la sociedad, independientemente de las perspectivas de cada individuo.

El interés impersonal se centra en cuál es la organización política más apta y cuáles son los mecanismos específicos que compatibilizan la satisfacción de los diversos intereses personales. Los intereses impersonales no se concilian combinándolos, sino que es preciso un sistema que permita determinar la validez

³⁹³ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 178-179.

³⁹⁴ Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, op.cit., pág. 371-387, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit.

de las preferencias impersonales respecto de mecanismos para esa satisfacción de intereses personales. Y de ahí que, según las consideraciones sostenidas por Nino, una comprensión de la democracia como procedimiento eficaz de composición de intereses resulte, en última instancia, ser parasitaria de una comprensión de ésta a la luz de una teoría que la justifique sobre la base de la transformación de los intereses impersonales. Según Nino, el problema de los distintos intentos por justificar la democracia (teoría del consentimiento, teoría utilitarista, teoría economicista y teoría pluralista) es que no dan cuenta de -no permiten explicar- cuál es el valor que tiene la satisfacción de preferencias impersonales y cómo la validez de tales preferencias es determinada a través del sistema democrático.³⁹⁵ Además, esta conclusión a la que Nino llega al analizar la lógica de las preferencias -como el propio autor señala- está respaldada también por un análisis desde el punto de vista externo de la política democrática como práctica colectiva que influye sobre la dinámica de interacción; esto es, para la coordinación de la actividad humana a modo de solucionar conflictos y lograr la convivencia pacífica.

La teoría de los juegos y su derivada -la teoría de la acción colectiva- han mostrado estructuras formales de interacción que conducen a la frustración de los intereses de los individuos³⁹⁶. Cuando se dan esas estructuras, salvo en condiciones muy excepcionales, es imposible la cooperación entre los individuos o grupos. La única manera de salir de esa trampa de interacción autofrustrante -apunta nuestro autor- es modificando los intereses o preferencias de los individuos o grupos. Pero nos dice Nino que no hay posibilidad de que cambien los intereses personales de los individuos, si no cambian antes las preferencias impersonales, que justifican tales intereses. Cuando la democracia se concibe como un mecanismo que permite un cambio de las preferencias impersonales contribuye a la posibilidad de satisfacción de expectativas en relación con intereses personales.

³⁹⁵ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 180-181.

³⁹⁶ Nino, C.S., *Un país al margen de la ley*, op.cit., pág. 137-173.

Hay otras teorías que sí conciben a la democracia como un procedimiento de transformación de los intereses impersonales de los individuos. Estas teorías (como la de la soberanía popular,³⁹⁷ la perfeccionista³⁹⁸ -apoyada en desarrollo de virtudes cívicas-, y las diferentes concepciones deliberativas de la democracia) son más optimistas acerca de la posibilidad de atenuar la tendencia de los individuos a agruparse para la defensa de sus intereses primarios y de transformar moralmente los intereses o preferencias de los individuos, por lo menos, matiza Nino, de los impersonales.

Nino descarta las dos primeras concepciones: una porque nos lleva a tener que hablar de entes colectivos cuya realidad ontológica y moral -señala- despierta dudas y la otra porque también suscita dudas la legitimidad del perfeccionismo a que conduciría una política destinada a educar a los ciudadanos en un sentido moral aunque ello sea en el sentido de aumentar la fraternidad, sentimientos de solidaridad social, participación en la vida pública, etc. De entre las concepciones deliberativas, nuestro autor se aparta también de concepciones como la de Rawls³⁹⁹ o Ackerman⁴⁰⁰ que niegan que la deliberación democrática cumpla un papel de aproximación a la verdad moral y consideran que lo que le daría valor sería el permitir alcanzar soluciones plausibles bajo ciertos límites que vendrían dados en términos de neutralidad acerca de las distintas concepciones de lo bueno. De esta forma, p.ej. según Rawls el papel de la filosofía política y de la política práctica sería conseguir lo que se denomina "consenso superpuesto", siendo este neutral en relación con distintas concepciones morales, incluyendo la del liberalismo. Ya hemos visto que Nino sostiene una "concepción dialógica y epistémica de la democracia" derivada, como he apuntado, de su concepción, también dialógica, de la moral. La legitimidad de la democracia vendría dada por el

³⁹⁷ Nino, C.S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, op.cit., pág. 93- 97.

³⁹⁸ Cfr. Nino, C.S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, op.cit., pág. 97-101.

³⁹⁹ Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press.

⁴⁰⁰ Ackerman, B. y Rosenkrantz, *Tres concepciones de la democracia constitucional*, 29, Cuadernos y debates, 13, Tomo la referencia de Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, op.cit., pág. 237

valor epistémico que tendría el procedimiento de discusión entre todos los interesados en una solución, la justificación recíproca de sus posiciones y la decisión mayoritaria para la determinación de soluciones en materia de preferencias impersonales. Frente a posturas como la de Rawls o Ackerman, Nino, entonces, enfatiza la idea de la discusión en el seno del debate democrático acerca de la corrección moral de las posturas que los interesados esgrimen en relación con la esfera intersubjetiva de la moral.

En opinión de nuestro autor, un procedimiento democrático así concebido genera una dinámica de interacción con más tendencia hacia un consenso imparcial que cualquier otro procedimiento de decisión. El procedimiento democrático de discusión y decisión puede verse así como un sustituto imperfecto e institucionalizado del discurso moral informal que termina en un consenso unánime. El carácter institucionalizado de este tipo de debate viene dado entre otras muchas razones por la necesidad de fijar un tiempo para tomar una decisión y el consenso de la mayoría -en vez de la unanimidad- si se quiere evitar que una minoría a favor del statu quo termine imponiéndose por la pérdida de la ocasión para decidir. En este caso la propuesta que suele hacerse es que se ponga punto final a la discusión y que se vote, decidiéndose por mayoría. Aunque la regla de la mayoría impuesta por exigencias prácticas de la democracia no equivale a la imparcialidad, esto -sostiene Nino- no impide defender que el valor epistémico del discurso moral informal se preserve en las democracias institucionalizadas, aun en las muy imperfectas "democracias reales", por esta serie de razones:⁴⁰¹

- a) La participación de todos los interesados en el procedimiento democrático de discusión permite a todos los demás conocer los intereses de cada uno;
- b) El debate democrático implica no sólo hacer conocer a los demás los intereses de cada uno, sino también intentar justificar esos intereses frente a los demás, y esto impone un límite a la parcialidad de las posiciones que se pueden

⁴⁰¹ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., págs. 184-185.

desarrollar, ya que, si bien no puede exigirse que todos den justificaciones válidas, es importante observar que no se admite como justificación cualquier cosa que se haga o diga en el contexto de la discusión;

c) El debate democrático suele ir acompañado de actitudes emotivas que, aunque bajo ciertas condiciones pueden conducir a movimientos irracionales, bajo otras condiciones que deben ser promovidas incentivan la búsqueda de la imparcialidad; sería el caso de sentimientos tales como la simpatía hacia la situación de otros, la vergüenza cuando se descubre en el debate un autointerés, etc.

d) El debate democrático, como toda discusión, ayuda a corregir errores lógicos o fácticos que puedan haber llevado a la propuesta de una cierta solución;

e) El procedimiento de decisión mayoritaria promueve un comportamiento estratégico -que no queda excluido por el hecho de estar enmarcado por la necesidad de justificación- que lleva, entre otras cosas, a intentar lograr el apoyo de la postura defendida por mayor número de participantes, por miedo a que se rompa la coalición mayoritaria debido a la seducción que puedan ejercer minorías marginadas sobre partes de dicha coalición;

f) Si los factores anteriores determinan una mayor tendencia individual hacia la imparcialidad, son aplicables teoremas, que proyectan esa tendencia al plano colectivo, ya que predicen la mayor probabilidad de que la decisión colectiva sea imparcial cuanto mayor apoyo tenga.

La concepción que Nino defiende de la democracia no le lleva a sostener que lo que la mayoría decide es siempre correcto pero sí considera que, debido a su mayor fiabilidad epistémica en relación con cualquier otro sistema de gobierno y en relación con la práctica discursiva monológica, el resultado obtenido tras el discurso regimentado de la democracia podemos predicar del resultado de un

debate democrático (p.ej una ley aprobada en el parlamento) que en determinadas condiciones y de forma limitada tiene un valor excluyente. Esto es -escribe nuestro autor-, si bien el valor epistémico que se da al resultado del proceso de deliberación democrática es compatible con la percepción de que, en ocasiones particulares, la decisión democrática es moralmente errónea, tal valor epistémico que consideramos que la democracia tiene ofrece una razón para obedecer la decisión aun en esos casos. El fundamento último de este valor excluyente aun en tales casos vendría dado, en su opinión, del hecho de que todo sistema moral debe incluir el principio que establece que se deben maximizar las posibilidades de obrar en forma moralmente correcta empleando los procedimientos epistémicos más adecuados para ello.

Entonces, si llegamos a la conclusión de que, en términos generales, y, siempre que se cumplan los prerequisites que otorgan calidad epistémica al debate, la discusión colectiva y la decisión mayoritaria son métodos más fiables de acceder a soluciones moralmente más correctas que la reflexión individual aislada, esto nos dará una razón para otorgar un valor a la decisión colectiva, aun cuando nuestra reflexión individual nos asegure, tal vez acertadamente, en algún caso, que la decisión colectiva es errónea; de lo contrario, el último juez de nuestra decisión sería siempre nuestra reflexión individual socavando el proceso colectivo y contradiciendo el presupuesto de que éste es, en general, más fiable. Algo que terminaría violando -apunta Nino- el principio de maximización de la actuación moralmente correcta.

4.2.2. La Naturaleza Esencialmente Política del Derecho en Nino

Comenzaremos con algunas precisiones conceptuales que consideramos que pueden ayudar a entender la contribución de Nino en relación con la dimensión del Derecho de la que en este punto vamos a ocuparnos:

- a) En el análisis de Nino, decir que el Derecho, el fenómeno jurídico, es una práctica colectiva implica dar cuenta del hecho de que una pluralidad -enorme pluralidad- de sujetos contribuye mediante acciones y decisiones a esa práctica y de que, derivado de lo anterior, cualquier acción realizada o decisión tomada en el marco del Derecho ha de realizarse o tomarse ponderando las acciones o decisiones de otros, que se dieron en el pasado, se realizan en la actualidad o se darán en el futuro.

Ese carácter de práctica colectiva es lo que lleva a Nino a hablar de “la naturaleza esencialmente política del Derecho”. De esta forma, señala Nino que:

“Toda acción jurídica es una acción política en el sentido de que debe tener en cuenta las acciones, reacciones, actitudes y expectativas de otros, en la medida en que ellas tengan a su vez poder para determinar nuevas acciones, reacciones, actitudes y expectativas (sobre todo, en cuanto ellas incidan en el manejo del aparato coactivo).”⁴⁰²

- b) Por otra parte, Nino también subraya el aspecto institucional⁴⁰³ del Derecho, haciendo con esto referencia a una pluralidad de ideas todas ellas relacionadas.

Hablar del Derecho como práctica institucional significa en el análisis de Nino:

- 1 Que las normas jurídicas establecen autoridades u órganos centralizados para operar de cierta manera con las normas del sistema; es decir, nos encontramos con unos órganos encargados de la producción y cambio de las

⁴⁰² Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 147.

⁴⁰³ El carácter institucional del Derecho implica exigencias que limitan el logro de los valores y fines sustantivos que el propio Derecho trata de realizar; y ello es así porque, a diferencia del discurso moral ordinario en el que sólo operan razones sustantivas, en el caso del Derecho, para la preservación de la vigencia de un determinado sistema jurídico y la eficiencia de su “maquinaria” - que es el medio con el que contamos para conseguir en mayor grado la implementación de valores y fines sustantivos- se requiere el cuidado de la eficacia del sistema normativo y el cuidado de la eficiencia de la maquinaria. Atienza, M. y Ruiz Manero, J. *Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho*.

normas del sistema, otros órganos encargados de la aplicación de tales normas para, entre otras funciones, resolver conflictos entre particulares⁴⁰⁴;

2 Que -en el caso de las instituciones democráticas- las decisiones de los órganos encargados de la producción y cambio de las normas del sistema son fruto de debates regimentados y tomadas por mayorías; y que, los procedimientos jurídicos de resolución de conflictos tienen carácter regimentado por cuanto que están sujetos a límites temporales, se pone fin al conflicto mediante una decisión obligatoria que, dentro de unos ciertos márgenes temporales, ya no puede ser sometida a ulterior revisión y esas decisiones obligatorias no se fundamenta en el consenso unánime de todos los afectados sino en la autoridad que, a tales efectos, tienen determinados órganos;

3 Lo anterior, podríamos decir, se traduce en que el Derecho no pertenece a la esfera de los hechos brutos sino a la de aquellos hechos sociales cuya existencia y persistencia depende de la aceptación colectiva de ciertas reglas constitutivas.⁴⁰⁵

Además, es preciso tener en cuenta que esta obra colectiva e institucionalizada en que consiste el fenómeno jurídico forma parte de un proceso todavía más amplio: el complejo de prácticas, instituciones, costumbres, actitudes culturales y creencias básicas que definen a una sociedad. En *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Nino lleva a cabo un interesante y pormenorizado análisis de la práctica constitucional como práctica colectiva en relación con la cual -y en cuanto que tal práctica colectiva- se van a aplicar criterios de racionalidad distintos a los que rigen en relación con la valoración de las acciones individuales. Este análisis lleva a Nino a defender el siguiente argumento:

⁴⁰⁴ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, ed. Ariel, pág. 106.

⁴⁰⁵ Cfr. Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho*, op.cit., pág. 10-11.

La visión sobre la estructura del razonamiento práctico que conduce a concluir que el Derecho es superfluo para ese razonamiento, concibe a las acciones o decisiones jurídicas como si fueran acciones o decisiones aisladas, cuando, de hecho, son parte de un proceso de interacción colectiva institucionalizada que se extiende en el tiempo.

En el esquema de Nino, cada uno de los partícipes tiene un compromiso moral de mejora de la práctica del Derecho, pero en la consecución de tal objetivo han de tener en cuenta:

- a) Que ellos son uno más entre los muchos partícipes en esa empresa colectiva que consiste en la implementación de una práctica jurídica justa,
- b) Que ellos sólo pueden tomar decisiones que, además de moralmente válidas, sean eficaces si lo hacen en el marco de esa empresa o práctica colectiva, y
- c) Que para preservar tal eficacia general es preciso limitar la consecución de los fines sustantivos últimos respetando los límites institucionales que implican la conservación de la institución del Derecho como práctica colectiva para la ordenación de la convivencia y la protección de los derechos humanos.

En el mencionado trabajo, Nino construye la metáfora de la catedral para ilustrar la racionalidad específica de las obras colectivas.⁴⁰⁶

“Supongamos -escribe Nino- que uno de nosotros es el arquitecto encargado de continuar con la construcción ya iniciada de una de estas catedrales, sabiendo que probablemente no la pueda completar sino que sería completada por otros, tal vez en un futuro remoto. Por supuesto, uno seguramente tendrá sus valoraciones estéticas, por ejemplo, la convicción

⁴⁰⁶ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., págs. 64-65. En *Derecho, Moral y Política* opta, con este mismo fin, por la metáfora de la pieza de música para orquesta y el músico que en ella participa. Nino, C.S., op.cit., pág. 135.

de que sólo el gótico es el estilo por el cual una catedral adquiere su máximo esplendor como ámbito de inspiración espiritual. Sobre la base de esa valoración uno juzgara los méritos de la obra incompleta sobre la que debe continuar la construcción. Si, por ejemplo, la catedral fue comenzada en otro estilo, digamos el románico, uno puede llegar a diferentes conclusiones: una posibilidad es juzgar que lo construido es tan disvalioso desde el punto de vista estético, que lo razonable es destruirlo y comenzar una nueva construcción en otro sitio. Por supuesto, para llegar a estas conclusiones en forma razonable el arquitecto deberá suponer que, efectivamente, es posible comenzar una nueva construcción. Sería irresponsable de su parte adoptar algunas de estas propuestas, sabiendo que, efectivamente, es posible comenzar una nueva construcción. Sería irresponsable de su parte adoptar algunas de estas propuestas, sabiendo que, por cualquier razón, es imposible comenzar ex nihilo con la construcción de la catedral, a menos que piense que el que no haya ninguna catedral es mejor que continuar con ese proyecto mal orientado.

Otra posibilidad es que aquel de nosotros encargado de proyectar la continuación de la obra concluya que, aun cuando lo construido hasta el momento es defectuoso, es, sin embargo, valioso continuar el proyecto antes de destruirlo o abandonarlo, comenzando o no con un nuevo proyecto. En este caso, el arquitecto tiene que resolver una serie de problemas técnicos y estéticos muy complejos.

Supongamos, por ejemplo, que la continuación de la obra de acuerdo con un estilo más atractivo implique cambios estructurales que pueden poner en peligro la estabilidad de la catedral [...]⁴⁰⁷

La tesis que Nino defiende es pues que existe una racionalidad específica para la actuación en obras colectivas: Cualesquiera que fueren los criterios o modelos que definen lo que es óptimo en la clase de cosas o fenómenos a los que pertenece la obra colectiva, esos modelos o criterios resultan calificados en su aplicación a una

⁴⁰⁷ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 64-65.

acción que contribuye a esa obra cuando, precisamente, como es el caso del Derecho, no se tiene control sobre la obra total.

Advierte Nino de que el problema derivado del carácter colectivo de un fenómeno es diferente de los meros obstáculos a la creación de ideales (derivados p.ej. de la limitación de recursos) que obligan a algún ajuste, o a un comportamiento táctico dirigido a superar los obstáculos, y es también diferente a la mera presencia de condiciones fácticas que determinan la inferencia de implicaciones específicas a partir de ciertos principios valorativos. La dificultad y peculiaridad a la que Nino apunta con su análisis se refiere a que cuando participamos en obras colectivas contamos con principios que valoran las acciones por ciertos resultados finales y, sin embargo, nos encontramos con acciones que no producen por sí solas esos resultados sino, en todo caso, junto con otras acciones que no se controlan totalmente. Pues bien, Nino nos dice:

“Lo que resulta afectado y se modifica cuando contribuimos con acciones individuales a una práctica colectiva e institucional no es la validez de los principios valorativos últimos, sino los criterios de racionalidad en la elección de principios o modelos valorativos de las acciones concretas que conforman la práctica colectiva.”⁴⁰⁸

Sucede entonces que, en las obras colectivas como el Derecho, hay una racionalidad constreñida por las elecciones de los otros. Nino denomina a esta racionalidad la “racionalidad de lo segundo mejor”: Como nuestra aportación a una obra colectiva es limitada y no controlamos el producto final, lo racional puede ser -escribe nuestro autor- elegir no el modelo o principio más defendible, sino otros con méritos menores. Esto nos lleva a alejarnos del modelo óptimo en relación con un caso concreto para tratar de hallar la mejor solución considerando sus efectos sobre la obra global. Un ejemplo del mundo del Derecho que pudiera ilustrar la peculiaridad a la que Nino está apuntando aquí es el caso individual en el que se

⁴⁰⁸ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 136-137.

considera justificado el sacrificio de principios sustantivos cuya vulneración se sospecha pero no con el grado de certidumbre suficiente como para considerar que es posible destruir la presunción de constitucionalidad de la ley (respetando, en definitiva, la presunción epistémica del legislador democrático); o, en otros casos, se considera justificado el sacrificio de principios sustantivos porque su cumplimiento sólo sería posible si un órgano jurisdiccional invadiera el ámbito de competencias legítimo del legislador. Entonces, en relación con el Derecho, nuestro autor indica la necesidad de concebir la acción de los constituyentes, legisladores, jueces etc, precisamente como partícipes en una obra colectiva. Por lo que se refiere a los jueces, Nino escribe:

*"Sería irracional que un juez resolviera un caso como si estuviera creando con su decisión todo el ordenamiento jurídico o todo el orden jurídico relativo a esa cuestión. El juez debe tener en cuenta que se generan expectativas de lo que otros legisladores y jueces han decidido en el pasado y que su decisión se combinará con otras que tomen contemporáneamente sus colegas"*⁴⁰⁹

Y ya en un trabajo anterior Nino escribía que:

"Decir que los jueces han de tener en cuenta razones axiológicas en sus decisiones de aplicar o no una norma positiva no implica necesariamente que jueces moralmente responsables vayan a reemplazar en cada caso la solución prescrita por una norma general por la que ellos habrían considerado justa si hubieran sido los llamados a legislar sobre la materia: si el sistema jurídico es en general justo y los órganos encargados de emitir normas generales son legítimos, seguramente la decisión moralmente correcta será preferir que se mantenga la vigencia general del sistema, promoviendo la obediencia a las normas generales y la previsibilidad de las

⁴⁰⁹ Nino, C.S., *Derecho, moral y política*, op.cit., pág. 138.

*decisiones judiciales que dejar de aplicar una norma moderadamente injusta.*⁴¹⁰

La característica del enfoque de Nino frente a otros modelos, que también reconocen el hecho de que la acción de los legisladores y jueces se desarrolla en el contexto de una obra colectiva institucionalizada cuyos restantes contribuciones ellos no controlan, es la siguiente: El modelo propuesto por Nino no implica ni darte un valor especial a las tradiciones ni tampoco entender que los jueces y funcionarios deban tener en cuenta sólo los principios que permiten justificar mejor las decisiones y medidas de otros legisladores y jueces.⁴¹¹ Esto tiene importantes consecuencias prácticas: en este sentido, un juez o legislador que siguiera el modelo de Nino podría llegar a la conclusión de que el Derecho vigente hasta ese momento es tan precario que vale la pena el esfuerzo de arriesgar una refundación e incluso justifica, si ese esfuerzo fracasa o es imposible, una situación de anarquía o de disgregación del orden jurídico.

Sin embargo, si la conclusión a la que llega es que tales alternativas no aparecen como aceptables, entonces la decisión del juez -o del legislador- debe concebirse, como se ha dicho, como parte integral de un orden jurídico fundado en cierto hecho constitucional, y contribuir a la vez a preservar y a mejorar ese orden jurídico. Como escribe Nino:

*“Si la única forma de que legisladores y jueces tomen decisiones moralmente justificadas es en el contexto de prácticas sociales como el Derecho, entonces es necesario preservar los distintos Derechos positivos, salvo que éstos sean moralmente tan deficientes como para que la única decisión moralmente justificada sea precisamente la que decide no tenerlos en cuenta, aun corriendo el riesgo de no poder establecer otros con éxito”*⁴¹²

⁴¹⁰ Nino, C.S., *Los límites de la responsabilidad penal*, op.cit., pág. 8.

⁴¹¹ Cfr. Nino, C.S., *Los límites de la responsabilidad penal*, pag. 21.

⁴¹² Nino, C.S., *Derecho, moral y política*, op.cit., pág. 140.

Entonces, recapitulando las anteriores consideraciones, tenemos que, según Nino: si el sujeto institucional⁴¹³ (sea legislador o juez) entiende que el orden jurídico en su conjunto contribuye a lograr una ordenación justa de las relaciones intersubjetivas en una determinada sociedad, entonces, la medida legislativa, judicial o administrativa debe contribuir -a la vez- a preservar y a mejorar ese orden jurídico sin requerir para ello -en el modelo de Nino- que la medida pueda justificarse sobre la base de los mismos principios que permitan justificar el resto de las contribuciones al orden jurídico que se presupone valioso. Veamos con más detalle el análisis de Nino:

a) Por lo que se refiere al juicio acerca del valor moral de un determinado sistema jurídico en cuestión, Nino nos dice que, aunque muchas veces se ha sostenido que hay valores *prima facie* que son inherentes a un orden jurídico independientemente de su contenido, este razonamiento necesita ser precisado para evitar su implausibilidad.

Los valores como la paz y el orden son derivados del valor justicia puesto que sólo se predicán de una situación social cuando no se toman en cuenta ciertos actos de violencia por considerarlos justificados. Por otra parte, valores como el de que las consecuencias de nuestros actos sea predecible, que si son inherentes a un orden jurídico, están en última instancia relacionados instrumentalmente con algún otro valor y dependerá de que este último prevalezca sobre valores sustantivos que entren en conflicto con él.

b) Otro argumento que se suele esgrimir para tratar de fundamentar la vinculación del legislador y del juez -de distinta forma- a la práctica jurídica existente es que ni el legislador ni el juez podrían haber dictado su ley o sentencia sin el orden jurídico que les da autoridad.

⁴¹³ Aunque con un peso menor el ciudadano participante en una determinada práctica constitucional también ha de realizar -en algunas esferas- un razonamiento semejante al de los sujetos institucionales. Cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, op.cit., págs. 400-411.

Frente a este tipo de argumento, Nino señala que el que esto sea así no implica en sí mismo una restricción moral en sus decisiones puesto que el orden jurídico puede ser tan malo que justifique que se aprovechen de esa autoridad para destruirlo; aunque sí llama la atención sobre el hecho de que, sin la preservación de ese orden jurídico probablemente futuras decisiones de ellos serían absolutamente ineficaces. Por lo tanto, la complejidad de la situación viene dada porque si la única forma de tomar decisiones moralmente justificadas y eficaces es en el contexto de prácticas sociales existentes fundadas por una Constitución, es necesario preservar esa Constitución y las prácticas generadas por ella; y esto requiere que nuestro razonamiento tome esa práctica institucionalizada como un dato moral básico.⁴¹⁴ Nos encontramos pues, a la luz de todas estas consideraciones, con que resulta ineludible la referencia al Derecho y la Constitución (como su elemento más sobresaliente) en el razonamiento práctico dirigido a justificar acciones y decisiones puesto que, sin esa referencia, la aplicación de los principios morales y de justicia tiene un objeto inapropiado.

Según la reconstrucción de Nino, pues, los principios morales en cuestión tienen como materia de valoración el Derecho positivo y no la acción del individuo aislado. Así nos dice Nino:

"El Derecho positivo, aunque no provee razones últimas para justificar acciones o decisiones, constituye el objeto de referencia de tales razones y una etapa intermedia obligada en el razonamiento práctico que conduce a una decisión. Sin ese Derecho positivo no hay decisiones jurídicas justificadas, simplemente porque no hay decisiones jurídicas; sólo hay acciones y decisiones aisladas, carentes de relevancia social."⁴¹⁵

⁴¹⁴ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 70.

⁴¹⁵ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 145-146.

De esta forma los operadores jurídicos (jueces, legisladores y órganos de control de constitucionalidad) de acuerdo con el análisis de Nino deberán llevar a cabo un razonamiento escalonado en dos niveles:

- a) En el primero y más básico deben articular las razones que legitiman o no la práctica social constituida por la presente Constitución (es para ello relevante el grado en que la Constitución reconoce derechos fundamentales que son prerequisites para la formación de un consenso que tenga suficiente calidad epistémica), y que consiste, precisamente, en el resto del ordenamiento jurídico (además de la Constitución como elemento más saliente) y en el conjunto de instituciones;
- b) Si el resultado del primer nivel es favorable a la legitimidad, aún imperfecta, de la presente Constitución, es posible pasar al segundo nivel en que se trata de aplicar esa Constitución para justificar acciones o decisiones.

De esta forma, en el modelo de Nino, un principio que tiene impecables credenciales desde el punto de vista de los criterios de validación implícitos en nuestro discurso moral, puede ser, sin embargo, descalificado o excepcionado si ello es necesario para preservar la vigencia de la Constitución como práctica necesaria para tomar decisiones moralmente legítimas y eficaces.

Sin embargo, nos advierte Nino de que esto de ningún modo significa que los principios y procedimientos moralmente válidos no tengan relevancia en el discurso jurídico ni que éste tenga autonomía respecto del discurso moral. Y esto es así: en primer lugar, porque esos principios y procedimientos son el último tribunal de apelación en el primer nivel del razonamiento jurídico justificativo, y dada la prelación de este nivel sobre el segundo, tal jerarquía determina los resultados del razonamiento en su conjunto. Y, en segundo lugar, porque esos principios y procedimientos tienen relevancia decisiva en el segundo nivel del razonamiento justificativo en la medida en que no sean incompatibles con las

conclusiones alcanzadas en el primer nivel (de lo contrario serían autofrustrantes, puesto que neutralizarían las conclusiones alcanzadas mediante su propio empleo).⁴¹⁶ Concluiremos señalando que, para esta concepción defendida por Nino:

“Los principios valorativos básicos sirven para determinar qué prácticas sociales tienen legitimidad, pero una vez que ello queda determinado, son tales prácticas las que determinan qué principios se aplican para justificar acciones y decisiones.

El tipo de razonamiento apropiado para acciones aisladas en las que éstas se justifican directamente sobre la base de principios universales aceptados autónomamente supondría un quebrantamiento de la práctica o convención para dar lugar, en el mejor de los casos a una convergencia de comportamientos. La estructura de razonamiento práctico escalonada en dos niveles, al mismo tiempo que se apoya en conductas y actitudes precedentes, permite avanzar sobre ellos.

Por un lado, la necesidad de justificar la regularidad de conductas y actitudes sobre la base de principios autónomos y universales exige hacer, seguramente, recortes en tal regularidad, de modo de hacerla compatible con las exigencias de esos principios, sin romper la generación de expectativas y actitudes que es lo que habilita la posibilidad de tomar decisiones eficaces.

Por el otro lado, esos principios valorativos son aplicables para generar nuevas soluciones en los intersticios que deja abiertos la trama de la práctica social”⁴¹⁷.

Parece pues que una reconstrucción del razonamiento jurídico justificativo conforme es articulada por Nino permite salvar la amenaza de la paradoja de la superfluidad del Derecho, aun afirmando la conexión de éste con la moral.

⁴¹⁶ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 70-72.

⁴¹⁷ Nino, C.S., op.cit., pág. 80-81.

La concepción que Nino defiende y que señala la necesidad de ver el Derecho positivo como práctica colectiva extendida en el tiempo ofrece también una solución para superar la paradoja de la indeterminación radical del Derecho. En este sentido, Nino señala que dado que la práctica social que constituye el Derecho no procede sólo de ciertos textos sino que consiste también en convenciones interpretativas de esos textos, entonces, la necesidad de preservar una práctica jurídica moralmente justificada implicará también la necesidad de preservar sus convenciones interpretativas. Entonces, los jueces (así como otros sujetos institucionales) en la toma de sus decisiones estarán limitados por ciertas convenciones interpretativas.

Vistas así las cosas -según nuestro autor- el Derecho deja de ser una caja negra de la que ellos puedan sacar a su antojo cualquier decisión. Y de nuevo aquí puede reproducirse -en opinión de Nino-, puede suceder que las convenciones interpretativas vigentes sean moralmente tan inadecuadas que conviertan en deficiente una práctica basada en textos que hubieran producido otra práctica mucho más plausible desde el punto de vista axiológico de haberse interpretado de acuerdo a convenciones diferentes. Ahora bien, si no es éste el caso, entonces el juez actúa de forma moralmente correcta cuando al tomar su decisión tiene en cuenta tales convenciones interpretativas.⁴¹⁸

4.3. Estructura del Razonamiento Jurídico Justificativo

Las acciones y decisiones jurídicas no son acciones y decisiones individuales y aisladas sino contribuciones a una acción o práctica colectiva que tiene como fin la protección de valores fundamentales y la organización de la convivencia promoviendo, además, prácticas colectivas cooperativas para la consecución de fines valiosos. Esta dimensión del Derecho va a implicar importantes consecuencias que alumbran la relevancia en el razonamiento práctico de la

⁴¹⁸ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 145-146.

práctica constitucional y, con ella, del Derecho. A la luz de las anteriores consideraciones, podemos decir que una concepción del Derecho como la que presenta nuestro autor va a suponer ver el razonamiento jurídico justificativo - siguiendo la terminología del propio Nino- como una estructura escalonada en dos niveles. Nuestro autor, en varios de sus trabajos⁴¹⁹ lo reconstruye de esta forma:

1) Determinación de la Legitimidad de la Constitución

Los principios autónomos de moralidad social, que constituyen las premisas últimas del razonamiento práctico, no se aplican directamente a las acciones y decisiones individuales, sino a la práctica colectiva. Así, en un primer nivel -señala Nino- habrán de articularse las razones tanto sustantivas como procedimentales que nos permitan ubicar el Derecho vigente en un continuo de legitimidad. Dentro del Derecho vigente, la Constitución será uno de los elementos más importantes. A tales efectos deberemos tener en cuenta en qué medida es fruto de un consenso democrático y en qué medida reconoce derechos fundamentales que son prerequisites para la formación de un consenso democrático que tenga suficiente calidad epistemológica.⁴²⁰

Es importante también valorar si las limitaciones constitucionales al procedimiento democrático están o no justificadas. Nos dice Nino que es importante tener en cuenta que hablar de "gobierno de la mayoría" no quiere decir gobierno de un grupo específico de ciudadanos, sino que quiere decir gobierno por medio de lo que no es más que una construcción conceptual: Mayor número de manos levantadas a favor de una cierta solución sobre una determinada cuestión que sobre otras, sin importar quienes son los dueños de esas manos y cómo ellas se combinan cuando se tratan de otras cuestiones o en otros momentos. Lo que debe tratarse de preservar es la posibilidad de que se dé cualquier combinación de mayorías y no quede congelada una en especial. Muchas limitaciones

⁴¹⁹ Nino, C.S., *Los límites del Derecho penal*, op.cit., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., *Derecho, Moral y Política*, op.cit.

⁴²⁰ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 70.

constitucionales pueden estar al servicio de este objetivo valioso. Esto habrá de ser valorado en el caso de cada práctica constitucional⁴²¹. Tendremos que tener aquí en cuenta las alternativas más probables a la vigencia del presente orden jurídico; si éstas son un régimen autoritario o una situación de anarquía o de disgregación del poder, deberemos tener presente -nos dice Nino- que quizá de esa forma van a satisfacerse todavía menos determinados fines.

En definitiva, en este nivel trazado por Nino se trata de determinar en qué medida se acerca o se aleja una determinada práctica constitucional o jurídica a su modelo ideal para la consecución de los fines de justicia y organización de esa sociedad en particular. Si el resultado es positivo, entonces, la práctica constitucional normativa pasa a ser punto de referencia relevante a la hora de considerar y valorar las acciones y decisiones individuales, especialmente, pero no sólo, las procedentes de los sujetos institucionales.

2) Aplicación de las Normas

Si tras el razonamiento del primer nivel llegamos a la conclusión de que el orden jurídico en cuestión, aunque de forma imperfecta, es moralmente legítimo, entonces es posible pasar al segundo nivel. En este segundo nivel se desarrolla un razonamiento acotado por la necesidad de respetar el resultado del razonamiento del primer nivel. Si el resultado de tal razonamiento ha sido que una determinada práctica es más legítima que cualquier alternativa realista, entonces quedan excluidas las razones justificativas incompatibles con la preservación del Derecho positivo. Y, en tales casos, esto es, si resulta necesaria para preservar la vigencia del sistema jurídico del que predicamos legitimidad en el primer nivel, pudiera ser que tengamos que descalificar o exceptuar un principio válido desde el punto de vista moral.

⁴²¹ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 71.

Nino se ocupa también de ver en qué medida esta distribución en niveles del razonamiento jurídico justificativo afecta a la relevancia de los principios y procedimientos moralmente válidos en el mismo. La distribución en niveles de ningún modo implica que los principios y procedimientos moralmente válidos no tengan relevancia en el discurso jurídico y que éste tenga autonomía respecto del discurso moral. Según nuestro autor, tales principios y procedimientos son el último tribunal de apelación en el primer nivel del razonamiento jurídico justificativo y la prioridad de este nivel sobre el segundo determina los resultados del razonamiento en su conjunto. Pero, además, esos principios y procedimientos tienen todavía relevancia decisiva en el segundo nivel del razonamiento justificativo en la medida en que no sean incompatibles con las conclusiones alcanzadas en el primer nivel. Si en el primer nivel hemos concluido que el ordenamiento es legítimo, entonces, en la segunda etapa del razonamiento -como dije-, la acción y decisión que se tome debe justificarse tanto a la luz de la preservación de la práctica como por el hecho de que trata de mejorarla acercándola a los principios de justicia: la preservación del Derecho positivo como convención o práctica social no implica congelar esa convención o práctica. Veamos las implicaciones prácticas de esta afirmación.

Podemos entender mejor el modelo trazado por Nino si lo observamos a partir de las observaciones críticas que nuestro autor dirige al modelo de la "articulación consistente" de Dworkin. En el modelo de Dworkin (que este autor concibe no como una reconstrucción de un sistema jurídico positivo, sino como una elucidación del contenido implícito en el Derecho vigente) los casos respecto de los cuales las normas positivas son indeterminadas deben resolverse según principios que puedan justificarse a la luz de la teoría normativa axiológicamente más adecuada que permita justificar también las normas institucionalmente reconocidas. En efecto, el juez Hércules dworkiniano es capaz de solucionar los casos difíciles recurriendo a la construcción de una teoría coherente que resulte valorativamente la más plausible de entre las que justifiquen y expliquen mejor que

ninguna otra el Derecho vigente⁴²². Así, en la construcción de Dworkin, una teoría jurídica de la cual se infieran estándares para resolver los casos en que el Derecho positivo aparece inicialmente como indeterminado, debe satisfacer dos exigencias:

- 1) Permitir justificar las normas efectivamente reconocidas por las instituciones del sistema; esto permitirá presentar el sistema como ideológicamente consistente algo que puede favorecer, hasta cierto punto, el ideal de certeza y predecibilidad y
- 2) Que sea la teoría valorativamente preferente de todas las que satisfacen el primer criterio.

En opinión de Nino, sin embargo, este modelo es innecesariamente conservador puesto que en ocasiones recomendará que el Derecho positivo se reformule y complete según principios que no son los más adecuados axiológicamente, a pesar de que el sistema podría completarse manteniendo su consistencia lógica, de acuerdo con principios que se consideran valorativamente preferibles a los primeros. El modelo pues exige al interprete expandir el alcance de soluciones jurídicas establecidas aunque sean por él consideradas como poco plausibles.

Con esto nuestro autor quiere decir que la evolución compatible con la práctica no implica necesariamente, al contrario de lo que el modelo de "articulación consistente" de Dworkin sostiene, que las decisiones innovadoras -decisiones sobre cuestiones no resueltas por el Derecho, esto es en los casos de indeterminación- deban ser acordes con principios que permiten justificar coherentemente las otras acciones o decisiones que constituyen la práctica. Según el análisis de nuestro autor, es posible proponer un principio incompatible con buena parte de las acciones o decisiones adoptadas hasta ahora apoyándonos en que tales acciones o decisiones no han captado cuál es la base justificativa de la práctica, aunque -si bien, como matiza el propio Nino, para esto

⁴²² Dworkin, R., *Los derechos en serio*, ed. Ariel.

no hay formas exactas-, sin algún respeto por conductas y decisiones precedentes constitutivas de la práctica, ésta puede resultar totalmente socavada.

Además, va a ser precisamente la resolución de tales indeterminaciones lo que va a permitir un enriquecimiento y evolución de la práctica jurídica hacia formas más aceptables de legitimidad, sin riesgo de ruptura. El modelo defendido por Nino se articula más bien como un modelo de estrategia en el que asumiendo las reglas del juego uno trata de aprovechar sus indeterminaciones para conseguir soluciones valorativamente más adecuadas. Aunque podríamos pensar que fortalece la práctica existente sobre cierto problema específico extender -como defiende el modelo de aplicación judicial de Dworkin- el peso gravitacional de decisiones pasadas para solucionar, sobre la base del mismo estándar aplicado en ella, casos no explícitamente decididos, nos dice Nino que podría acercar la práctica a formas más perfectas de legitimidad, declarar que hay una laguna y resolverla de acuerdo con principios o procedimientos moralmente válidos.

Esto podría, incluso, fortalecer la práctica constitucional en su conjunto si así se consiguiera eliminar una fuente de tensión con exigencias de justicia, que podría llegar a minar la legitimidad de tal práctica.⁴²³ A la luz de todo esto, podemos concluir que la obligación moral de un juez (u otro funcionario) de obedecer el Derecho deriva de principios morales que prescriben promover derechos individuales básicos, pero eso no significa que tan pronto como el juez juzgue que el ordenamiento jurídico se desvía del reconocimiento pleno de esos derechos está facultado para dejar de lado ese orden jurídico y actuar según su juicio, sino que el juez sólo está facultado a apartarse del orden jurídico cuando éste sea en su conjunto una práctica injusta (lo será si contiene disposiciones que violan derechos humanos fundamentales), no meramente -por cierto- cuando el juez juzgue que éste es injusto; el juez -nos dice Nino- corre con el riesgo de sus errores de juicio.⁴²⁴

⁴²³ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 73.

⁴²⁴ Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, op.cit., pág. 405.

Esta dimensión del Derecho como práctica colectiva institucional es un factor muy importante que permite dar cuenta de la especificidad del razonamiento jurídico frente al razonamiento moral ordinario. Mientras que este último está abierto a todas las razones relevantes, no hay límites temporales y las soluciones se alcanzan por unanimidad entre los sujetos afectados y pueden ser sometidas a constantes revisiones, en el caso del razonamiento jurídico justificativo a veces las razones autoritativas tienen un peso más fuerte que las razones de contenido (aunque, este balance está apoyado, en última instancia en razones morales), las decisiones no se toman por unanimidad sino por sistemas de mayorías y, pasados ciertos plazos, algunas decisiones (como las sentencias judiciales que dirimen controversias entre las partes) no son revisables. Los rasgos del discurso moral lo hacen necesariamente deficitario o insuficiente como método de resolución de los conflictos.

El sistema jurídico como sistema regimentado para llegar a acuerdos acerca de problemas que se suscitan en esferas muy diversas de la vida en sociedad, como sistema de resolución de controversias y coordinador de otras prácticas intersubjetivas, se presenta como un método más eficaz para la protección y garantía de los derechos humanos y para la coordinación de las prácticas cooperativas que son precisas en nuestras sociedades a fin de que los individuos puedan ver satisfechos más o menos felizmente sus intereses y realizados sus planes de vida. Pero, en cuanto sistema que, precisamente, implica la afectación de intereses de otros precisa aparecer como legítimo o justificado a la luz de los principios morales, en los términos indicados en todas las páginas anteriores. Como hemos tenido también ocasión de ver, el carácter regimentado de la práctica político-jurídica que se presenta como un rasgo necesario para que la práctica cumpla los fines valiosos que la legitiman implica, al tiempo, unas exigencias que limitan el logro de los valores y fines sustantivos que el propio Derecho trata de realizar; algo que no ocurre en el discurso moral ordinario, en el que no hay lugar para razones distintas de las sustantivas. Pero, si consideramos

que la preservación de la vigencia del sistema jurídico y de cierta eficiencia de su “maquinaria” es condición de posibilidad de la implementación de tales valores y fines sustantivos, parece razonable el cuidado de la preservación del mismo como sistema normativo eficaz y el cuidado de la eficiencia de su “maquinaria”⁴²⁵.

Esto mismo es lo que Nino articula como un modelo de razonamiento en dos niveles. En el primero juzgamos la legitimidad de un determinado sistema jurídico en cuanto a institución adecuada para lograr fines morales sustantivos.

En el segundo nivel operarán las restricciones derivadas de la dimensión institucional del Derecho, tanto las referidas a plazos, competencias etc como las que presentan a la democracia como la práctica discursiva cuyo resultado tiene un valor epistémico más próximo que cualquier otra al discurso moral (algo que, como vimos, lleva a la autorrestricción del poder judicial a favor del legislador democrático). El mapa que se presenta es, ciertamente, complejo: Junto con consideraciones derivadas de exigencias prácticas (límite de tiempo, recursos etc), encontramos otras que vienen articuladas en términos del diseño político institucional legítimamente superior, pero, también, junto a esto, nos encontramos con dudas importantes acerca de la calidad epistémica de las democracias reales que nos llevan entonces a subrayar el compromiso por parte de los jueces de acercar la propia práctica, en la medida en que sea posible, a formas más perfectas de legitimidad.⁴²⁶

Todas estas consideraciones no hacen más que subrayar la tensión que existe entre dos funciones importantes del Derecho: la protección de los derechos humanos, de un lado, y la articulación de la infraestructura institucional adecuada para implementar prácticas cooperativas en la sociedad que eviten conflictos entre los participantes, así como la resolución de los conflictos que surjan tanto entre particulares como a nivel institucional (dentro del propio aparato institucional

⁴²⁵ Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho*, op.cit.

⁴²⁶ Cfr. R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, op.cit.

estatal) y, en definitiva, la consecución de la mayor operatividad o eficacia en la protección de los derechos humanos. En el primer caso nos encontramos con razones sustantivas, en el segundo, han de entrar en juego necesariamente también razones autoritativas.

4.3.1. El razonamiento jurídico justificativo a partir de un Derecho justo

Trataremos de demostrar por un lado, cómo afecta a la complejidad del razonamiento práctico (y a la idea de autonomía cuando estamos ante un Derecho justo emanado de una autoridad democrática) la relevancia que moralmente tiene la existencia de una práctica jurídica y, por otro, cómo el razonamiento jurídico, aun a partir de un Derecho justo -en su conjunto-, está impregnado de juicios morales que son los que constituyen la vertiente valorativa de las normas jurídicas (o, lo que en la terminología de Bayón recibe el nombre de “directivos”). Lo que demostramos aquí es, el hecho de que no existen razones jurídicas justificativas independientes de juicios morales. Cuando hablamos de “Derecho justo” lo hacemos en un sentido mínimo de justicia del Derecho. Esto es, como un Derecho que ha superado el primer test de legitimidad: Esto significa que consideramos que, pese a sus insuficiencias, la alternativa es o bien un régimen autoritario o bien una situación de disgregación del poder tal que supondría un riesgo mayor de atentados contra los derechos humanos. Esto significa, claro, que habrá regímenes que sean tan poco respetuosos con los derechos humanos más fundamentales que cualquier situación -aunque corramos el riesgo de que no se puedan implementar a corto plazo los mecanismos para su protección- pueda presentarse como moralmente más plausible y cuyas prescripciones no tengan ninguna relevancia práctica en el razonamiento justificativo ni de los sujetos institucionales ni de los particulares (esto sin perjuicio de que, especialmente en el caso de estos últimos -donde la complicidad con el régimen puede resultar más dudosa-, puedan articularse excusas atenuantes cuando han actuado bajo la coacción o amenazas de un determinado régimen y, en la medida en que así lo hayan hecho).

Pero lo anterior también significa que en aquellos casos en los que hay cierta protección de los derechos humanos fundamentales, aunque el poder ha sido tomado por la fuerza por parte de determinado sector de la sociedad, las normas procedentes de los órganos legislativos de ese gobierno tendrán cierta relevancia en el razonamiento práctico. Si bien, como es el Derecho que procede de un régimen democrático el que nos permite ver los detalles del análisis de Nino será tal Derecho el que principalmente tenga presente. Además, en este último caso, esto es, dentro de los Derechos justos por razón de su origen, es preciso individualizar también casos de normas que sean extremadamente injustas por atentar directamente contra los derechos humanos que protejan los prerrequisitos de la calidad epistémica del debate democrático. A partir de las precisiones anteriores lo que queremos señalar es lo siguiente:

La reconstrucción que hace Nino del razonamiento jurídico justificativo comienza con un principio normativo moral puro y acaba con un juicio normativo moral de un tipo particular. Entre la primera premisa y la conclusión de ese razonamiento (juicio normativo moral de un tipo particular al que Nino denomina juicio de adhesión normativa) lo que sucede es que hay una serie de elementos relevantes relacionados con el dictado de ciertas prescripciones por parte de las autoridades legítimas que hacen que el razonamiento jurídico justificativo no sea igual que un razonamiento moral puro aunque, y esto es aquí importante, sí está inmerso en él (y es que, Nino defiende la tesis fuerte de que los principios morales son excluyentemente justificativos en su campo de aplicación, y que sólo los derechos establecidos directa o indirectamente por tales principios, y que son, por lo tanto, derechos morales, pueden servir de razones para actuar).⁴²⁷ A partir de las ideas expuestas por Nino⁴²⁸ es posible decir que:

⁴²⁷ Nino, C.S., *Sobre los derechos morales*.

⁴²⁸ Véase, entre otros, especialmente, *Ética y derechos humanos*, op.cit., *Sobre los derechos morales*, op.cit. y *Derecho, Moral y Política*, op.cit.

1) Entre los principios morales puros, podemos distinguir aquellos que se refieren a derechos humanos (en el sentido de derechos morales) y aquellos que se refieren a la organización justa de una comunidad: p.ej el principio que establece el deber de obediencia a autoridades legítimas, o el deber de implementar y cuidar de los mecanismos que posibiliten la organización justa de una sociedad, o el principio moral que aconseja adoptar aquellos procedimientos epistémicos que maximicen la probabilidad de actuar de forma moralmente correcta.

2) Los derechos humanos básicos son derechos morales que los individuos tienen frente a los otros individuos y también frente al Estado (esto es, frente a la decisión de la mayoría articulada a través de los cauces institucionales estatales).

Los derechos humanos⁴²⁹ derivan de los principios morales que se constituyen a partir de los rasgos estructurales del debate moral y que serían –estos últimos– aceptados en condiciones contrafácticas como justificación última y universal de acciones por cualquier persona que fuera plenamente racional, absolutamente imparcial y que conociera todos los hechos relevantes. La discusión y la deliberación intersubjetiva es el procedimiento más confiable para conocer tales principios morales de los que derivarían los derechos humanos. La práctica efectiva del discurso moral tendrá pues valor epistémico.⁴³⁰

3) Cuando los derechos humanos son positivizados en una Constitución pasan a denominarse derechos fundamentales.

Cuando tales derechos son positivizados a partir de una deliberación democrática en la que se dan los presupuestos para confiar en su valor

⁴²⁹ Cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, ed. Ariel.

⁴³⁰ Nino, C.S., *El constructivismo ético*, op.cit., pág. 104-105.

epistémico (concibiéndose ésta, como hemos visto, como un sucedáneo del discurso moral), entonces tales derechos fundamentales se constituyen en indicios epistémicos de la existencia de los derechos humanos a los que ellos se refieren y de los principios morales que son su fundamento. Lo mismo sucede cuando en el seno de una democracia en la que se han respetado los prerequisites que garantizan su valor epistémico se dictan leyes democráticas en desarrollo de tales derechos fundamentales reconocidos en los textos constitucionales.

- 4) Desde el punto de vista lógico, esos derechos -en cuanto que derechos morales- justifican las decisiones tomadas en el ámbito de lo jurídico en relación con su ámbito de aplicación.

Ahora bien, el razonamiento del juez ha de partir del valor epistémico de la norma jurídica democrática que los positiviza y aceptarla, precisamente, no por su contenido, sino por el hecho de haber sido formulados por una autoridad legítima. Según esto, pues, lo distintivo en este ámbito en el que son relevantes los derechos humanos no es el contenido del juicio normativo en cuestión (en eso puede haber coincidencia más o menos plena entre el juicio moral puro y el jurídico) sino que lo distintivo es el origen de los juicios jurídicos.

- 5) Esto nos permite introducir el otro tipo de principios morales: aquellos que establecen el deber de obedecer a las autoridades legítimas.

A la luz de este principio, las normas jurídicas vistas como prescripciones procedentes de la autoridad democrática constituyen razones auxiliares que, junto al principio moral de deber de obediencia a las autoridades legítimas constituyen normas morales jurídicas (también denominados por Nino, juicios

de adhesión normativa) y pueden dar lugar a los que Nino denomina siguiendo a Dworkin derechos institucionales⁴³¹.

- 6) También hay otro tipo de principios morales como el que aconseja adoptar aquellos procedimientos epistémicos que maximicen la probabilidad de actuar de forma moralmente correcta.

Este principio es el que junto con una prescripción democrática que, sin embargo, pueda ser considerada de baja calidad epistémica y que, en consecuencia, actuará aquí como razón auxiliar, llevarán al juez a formular un juicio normativo de adhesión cuyo contenido será el establecido por la prescripción democrática y su fuerza vinculante procederá del principio moral apuntado.

- 7) Puede haber conflictos entre las normas morales puras y las normas jurídico morales, es decir, entre los derechos fundamentales derivados de las normas morales puras y los derechos y deberes institucionales derivados de normas morales puras que otorgan legitimidad a una cierta autoridad o práctica social.

Cuando se trata, sin embargo, de derechos humanos básicos, la cuestión es de tal importancia moral que difícilmente estará justificada, en opinión de Nino, una norma jurídica que negara o recortara ese reconocimiento, por más que su origen sea legítimo. Jueces y juristas, entonces, han de centrar su atención en determinar cuáles son los derechos humanos que derivan de principios morales válidos, estén o no consagrados en normas jurídicas ya que, si los derechos que derivan de esas normas no coinciden con aquellos -nos dice Nino- deberán hacerlos coincidir por vía interpretativa o se deberá

⁴³¹ Dworkin, R., *Los derechos en serio*, ed. Ariel, pág. 171 y ss. Nino, C.S., *Sobre los derechos morales*, op.cit., pág. 323.

ir más allá de tales normas positivas en tanto se pretenda alcanzar una decisión justificada.⁴³²

4.3.2. Valoración de la conexión entre Derecho y Moral

La tesis que defiende Nino, y que consiste en sostener que una teoría del razonamiento jurídico justificativo tiene que admitir una conexión necesaria entre Derecho y moral, ha sido denominada la tesis de la inseparabilidad. Es contra esta tesis, tal y como ha sido articulada por Nino, contra la cual Moreso, Navarro y Redondo dirigen una serie de objeciones en su artículo *Argumentación jurídica, Lógica y Decisión judicial*.⁴³³

Ya hemos visto que la tesis de la inseparabilidad sostiene que la premisa principal de un razonamiento jurídico justificativo es una norma o principio moral y, por consiguiente, la justificación de las decisiones judiciales implica el uso de normas y principios morales. Así en contra de las tesis del positivismo jurídico que sostiene que la justificación judicial es una justificación formal a partir de premisas jurídicas se sostiene que:

- 1 La justificación judicial no puede ser otra que una justificación sustantiva; y
- 2 En virtud de la unidad del razonamiento práctico, dicha justificación supone el apoyo en premisas morales.⁴³⁴

Según la tesis de la inseparabilidad, la pretensión de justificar decisiones normativas con independencia de la moral constituye una falacia; un error lógico (y no meramente axiológico). Y esto es así porque como hemos visto según la tesis de la inseparabilidad sostenida por Nino, el único sentido de norma que permite fundamentar o derivar la proposición justificativa de la acción o decisión es el de norma jurídica como juicio normativo; y, en la concepción de Nino, sólo tienen

⁴³² Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, op.cit., pág. 24.

⁴³³ Moreso, J.J., Navarro, P.E., Redondo, M.C., *Argumentación jurídica, Lógica y decisión judicial*.

⁴³⁴ Redondo, C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, op.cit., pág. 239.

fuerza normativa los juicios normativos moralmente válidos. La única normatividad es una normatividad justificada.

Lo que permite saber que un determinado juicio es una norma jurídica es -según escribe Nino- su origen. Los juicios normativos jurídicos son aceptados en el razonamiento práctico que justifica una acción o decisión por el hecho de haber sido formulados por cierta autoridad que puede ser legislativa o convencional. Siguiendo el ejemplo del que da cuenta Nino en su artículo *Sobre los derechos morales*⁴³⁵ un juicio del tipo “el propietario que no cobra de su inquilino dos meses de alquiler tiene derecho a recuperar su inmueble locado” sólo es concebido como una norma jurídica cuando es aceptado en el razonamiento práctico de un juez, p.ej., por la razón de haber aceptado previamente un juicio del tipo “el legislador ha prescrito que el propietario que no cobra dos meses de alquiler tiene derecho a recuperar la tenencia de su inmueble”. Sólo si se acepta el primer juicio porque se acepta este segundo tipo de juicio, el primero es concebido como una norma jurídica. Pero, nos dice Nino que el razonamiento no puede acabar allí, puesto que el segundo tipo de juicio consiste en la descripción de una norma jurídica entendida como una prescripción y ese tipo de juicio no tiene fuerza justificativa. Como escribe nuestro autor, tal juicio es pragmáticamente compatible con cualquier acción o decisión. Entonces, el anterior juicio “*el legislador ha prescrito...*” sólo puede ser parte de una razón para aceptar “*el propietario tiene derecho a ...*”, teniendo que ser la parte operativa de la razón un juicio con fuerza justificativa del tipo “*el legislador L debe ser obedecido o tiene autoridad o derecho para emitir prescripciones*”.

Este último tipo de juicio no es, sin embargo, ya aceptado por razón de su origen sino por sus propios méritos y esto es, precisamente, lo que suele identificarse como juicio moral. No todo principio o juicio moral es una norma jurídica, pero toda norma jurídica que tiene un rol de razón operativa en el razonamiento práctico es un juicio moral especial, que se distingue por derivar de un principio moral que

⁴³⁵ Nino, C.S., *Sobre los derechos morales*, pág. 319-322.

legítima a cierta fuente de prescripciones y de una descripción de tales prescripciones.⁴³⁶ Sólo este sentido de norma jurídica -como norma jurídico-moral o juicio de adhesión normativa- en tanto que norma conectada con principios morales puede justificar acciones y decisiones. En opinión de Moreso, Navarro y Redondo, la caracterización de Nino impone la siguiente conclusión:

“Si la justificación de una decisión involucra razones morales, entonces, la exigencia de justificación jurídica de una decisión judicial es imposible de satisfacer. Por consiguiente toda justificación es justificación moral y toda obligación jurídica sería una especie de obligación moral.”⁴³⁷

Según los mencionados autores esta posición es incorrecta. Para argumentar a favor de su objeción, Moreso, Navarro y Redondo presentan la reconstrucción que hace de Páramo, siguiendo a Nino, de un argumento justificativo. La reproduzco aquí porque creo que puede ayudar a ver con claridad la crítica que dirigen a este último.

- 1 Se debe obedecer a X, siempre que X sea un legislador elegido mediante un procedimiento democrático.

- 2 El legislador X ha sido elegido democráticamente.
- 3 X ha dictado una norma jurídica que dice “si p, entonces debe ser q”
- 4 Si p, entonces debe ser q.
- 5 p
- 6 q.⁴³⁸

Tras corregir un pequeño error en el esquema propuesto es evidente que la conclusión (6) no se sigue de las premisas y tiene que ser sustituida por (6) debe ser q’, Moreso, Navarro y Redondo escriben que puesto que una razón completa

⁴³⁶ Nino, C.S. *Sobre los derechos morales*, op.cit., pág. 319-322.

⁴³⁷ Moreso, Navarro, Redondo, *Argumentación jurídica, Lógica y decisión judicial*, op.cit., pág. 249.

⁴³⁸ Juan Ramón de Páramo, *Razonamiento jurídico e interpretación constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 22, pág. 98.

es un conjunto de premisas no superfluas de un razonamiento práctico y que una premisa es superflua cuando no es necesaria ni suficiente para derivar la conclusión del argumento (i.e. 6) entonces, en el esquema analizado, como (6) se infiere de 4 y 5 (es decir: las premisas 4 y 5 son necesarias y conjuntamente suficientes para la derivación de 6), las restantes premisas de esta inferencia serán superfluas. Esto significa -en opinión de estos autores- que la justificación normativa de (6) es meramente la norma jurídica 4 y, según estos, la reticencia a admitir esta conclusión se fundamenta, al menos, en tres argumentos que ellos consideran erróneos. En su opinión, el propio carácter de institución social del Derecho determina el carácter genuino de los deberes que surgen de él. Veamos los argumentos que ellos consideraban erróneos:

- a) Si la premisa mayor (razón operativa) es aceptada en virtud de su contenido, entonces, funciona en el razonamiento práctico como una norma moral. Queda por tanto pendiente la tarea de identificación de una norma jurídica.
- b) Si se acepta que el fundamento de una decisión judicial sólo puede ser una norma jurídica entendida como juicio normativo, entonces, es necesario establecer que este juicio normativo justificativo es, al fin y al cabo, una norma jurídica; en esta identificación es preciso presuponer en algún momento como premisa necesaria una norma o principio moral⁴³⁹.
- c) El defender la idea que sostiene la tesis de que caben tantas justificaciones como sistemas normativos existan vacía tanto el contenido de la moral que hace que nuestro razonamiento práctico no sólo no sirva para dirimir conflictos prácticos, sino que no sirva para nada, produce su desintegración por la pérdida de su función.

Veamos a continuación la réplica que a estos argumentos dirigen Moreso, Navarro y Redondo.

⁴³⁹ Cfr. Nino, C.S., *Sobre los derechos morales*, op.cit., pág. 318.

- 1 Por lo que se refiere al primer argumento, escriben que el hecho de que las normas jurídicas funcionen de manera similar a las normas morales en el razonamiento de los sujetos no prueba que no existan diferencias entre ambos tipo de normas.

El hecho de que un enunciado funcione como norma moral porque la aceptación del mismo obedezca a razones morales no lleva a que tal enunciado se convierta en una norma moral. El carácter del enunciado no debe confundirse con el carácter de las razones en las que se apoya su aceptación. Sin embargo, tiene razón Manuel Atienza cuando en su artículo *Lógica y argumentación jurídica*⁴⁴⁰ sostiene que éste no es un argumento convincente ya que lo que decía Nino era que las razones jurídicas no son razones autónomas y esto es, precisamente, lo que los mencionados autores están reconociendo como correcto. Es decir, si una norma jurídica es aceptada por razones morales, entonces -como escribe Atienza- tiene pleno sentido decir que no es autónoma, y que la justificación es, en última instancia, moral.

- 2 Por lo que se refiere al segundo argumento, Moreso, Navarro y Redondo, citando a Byrce⁴⁴¹, señalan que no es preciso ningún razonamiento práctico como el reconstruido por Nino para mostrar que un enunciado es una norma jurídica.

Solamente es preciso un razonamiento teórico apoyado en las siguientes definiciones:

Dfa: Si N es una norma soberana entonces N es jurídica.

Dfb: Si una norma jurídica N autoriza a un órgano O a dictar una norma N' y O dicta N, entonces N' es una norma jurídica.

⁴⁴⁰ M. Atienza, *Lógica y argumentación jurídica*, Calculemos...Matemáticas y Libertad. Homenaje a Miguel Sánchez Mazas, ed. Trotta.

⁴⁴¹ Cita tomada de J. Raz, *The concept of Legal System*, Clarendon Press, Oxford, pág. 99.

Según los mencionados autores:

“No puede sostenerse que el razonamiento justificativo del juez deba, por razones lógicas, utilizar una premisa moral. Un razonamiento como el anterior es suficiente para que el juez justifique su decisión en el Derecho y la pregunta acerca de por qué debo obedecer las normas jurídicas, o en el caso del juez, por qué deben mis sentencias justificarse en normas jurídicas es una cuestión distinta y no puede contestarse más que apelando a alguna cuestión extra jurídica.”⁴⁴²

Según Moreso, Navarro y Redondo, uno de los posibles razonamientos de un juez acaba cuando muestra que de acuerdo al Derecho (de acuerdo a un código de normas) está obligado a dictar la sentencia S, y dicta S. Si S se deduce de una norma jurídica y de la descripción de los hechos relevantes, entonces S está justificada en el Derecho. Que el juez se pregunte acerca de si debe obedecer o no las normas jurídicas ya no es una cuestión referida a la obligatoriedad jurídica, sino de obligatoriedad de acuerdo a algún otro tipo de código normativo. Frente a lo que Nino sostiene, Moreso, Navarro y Redondo objetan que esta pregunta no está referida siempre a la obligatoriedad moral sino que, según ellos, puede ser referida a la obligatoriedad religiosa o a otro tipo de códigos normativos. Los mencionados autores dudan de que la pregunta -en sentido normativo- acerca de por qué debe un juez identificar una norma jurídica deba ser respondida alegando una razón última. Incluso cuestionan por qué debe aceptarse como últimas las razones morales⁴⁴³. Para ilustrar su posición ponen el hipotético ejemplo de una sociedad en donde todos los órganos de aplicación y todas las autoridades piensen que sus reglas jurídicas son inmorales, pero las impongan por razones inicuas como p.ej. por conservar la dominación, y en donde los ciudadanos acepten las normas por convicción o por miedo. Decir, concluyen, que como esas

⁴⁴² Moreso, Navarro y Redondo, *Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial*, op.cit., pág. 252.

⁴⁴³ Moreso, Navarro y Redondo, op.cit., pág. 254.

razones son las últimas razones entonces son razones morales parece un criterio muy poco intuitivo para identificar normas morales. De nuevo, creemos que es acertada la argumentación de Atienza en contra de este argumento que pretende negar la necesidad de recurrir a razones morales en la fundamentación de soluciones jurídicas.

Atienza sostiene que para evaluar la postura mantenida aquí por estos autores hay que aclarar qué significado tienen las expresiones “razones lógicas” y “es suficiente” al que hacen referencia en el párrafo que hemos transcrito más arriba.

Por lo que se refiere a la primera expresión, según Atienza, en el lenguaje ordinario, ésta se usa en un sentido lo suficientemente amplio como para poder afirmar que el razonamiento justificativo del juez debe, “por razones lógicas”, utilizar una premisa moral:

“Cuando el juez justifica una decisión basándose en una norma del Derecho vigente, cabría formularle la pregunta de por qué procede de esa manera y en ese proceso de argumentación llegaríamos tarde o temprano a una respuesta de tipo moral.”⁴⁴⁴

Por lo que se refiere a la expresión “es suficiente”, escribe M. Atienza que, tanto en el esquema de Páramo, como en el que los autores proponen falta una premisa (que, en realidad, está implícita) que dijera: “Se debe obedecer la norma...”. El esquema que proponen los autores es suficiente como esquema de argumentación jurídica si se acepta como necesario que se deben obedecer las normas jurídicas. Pero, si consideramos que esto no es necesariamente así, entonces, como dice Atienza:

⁴⁴⁴ No sucedería esto si por “razones lógicas” se entendiera sólo las razones que tienen que ver con el paso de ciertas premisas ya dadas a una conclusión. La competencia de la lógica se restringe a la comprobación de si las premisas establecidas -no importa como- llevan en efecto a la conclusión pretendida y, si se quiere, también a mostrar qué otras premisas, además de las explicitadas, se necesitan para llegar a la conclusión.

“Es arbitrario querer, como quieren estos autores, detener ahí la argumentación.”⁴⁴⁵

Hemos visto que Moreso, Navarro y Redondo niegan que la aceptación de la regla de reconocimiento haya de llevar a algún tipo de razón última y también que las razones últimas tengan que considerarse razones morales.⁴⁴⁶ La respuesta que Atienza da a esto es la siguiente:

- a) En relación con la cuestión de por qué no detenerse en algún momento previo al moral en el proceso de inquirir razones de por qué aceptar la regla de reconocimiento, la contestación es que la apertura del discurso moral es una exigencia de racionalidad.
- b) La segunda cuestión también implica problemas muy básicos concernientes al concepto de razón moral y de racionalidad práctica.

El sostener que el enunciado de que el juez debe obedecer las normas jurídicas no tiene que referirse, necesariamente, a una obligatoriedad moral, sino que bien puede basarse en una obligatoriedad de tipo religioso, lo único que prueba -nos dice Atienza- es que, para algunos sujetos, las razones últimas -las razones morales- son de tipo religioso.

Según este autor, al margen de las razones que uno pueda tener para rechazar un código moral que apele en última instancia al Corán o a la Biblia, no cabe, sin embargo, negar que ése es un tipo de moral.

Por lo que se refiere al ejemplo de una sociedad imaginaria al que hacen referencia Moreso, Navarro y Redondo en su artículo para mostrar que las razones últimas pueden no ser morales, pone de manifiesto, como dice Atienza,

⁴⁴⁵ Atienza, M. *Lógica y argumentación*, en op.cit., pág. 234.

⁴⁴⁶ Moreso, Navarro y Redondo, *Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial*, op.cit., pág. 254.

que esos argumentos no prueban lo que los autores pretenden. En efecto, en la hipótesis acuñada por los mencionados autores, decir que como esas razones son las últimas razones entonces, son razones morales, resultaría, como ellos señalan, un criterio muy poco intuitivo para identificar normas morales. Pero, si esto es así, es, precisamente, porque los autores están asumiendo que éstas no pueden ser las razones últimas y que las razones morales son razones últimas.

c) En relación con el tercer argumento -admitir a las normas jurídicas como razones operativas autónomas supondría producir la desintegración del razonamiento práctico por la pérdida de su función-, Moreso, Navarro y Redondo señalan que la tesis de la fragmentación del discurso práctico -según la cual existen tantas justificaciones como sistemas normativos haya- puede interpretarse al menos en dos sentidos diferentes:

- 1) Puede entenderse normativamente, es decir, como una tesis que recomienda la existencia de múltiples perspectivas de justificación.

Consecuentemente, la oposición a esta postura consistirá, también, en una tesis normativa: no debe fragmentarse el discurso práctico.

Para este último punto de vista, la unidad del razonamiento práctico constituye una condición necesaria para que el mismo pueda cumplir con su función de resolución de conflictos prácticos. Según escriben los mencionados autores, esta afirmación presupone un concepto diferente de razonamiento práctico. Mientras que el concepto considerado previamente no hace referencia a un procedimiento para resolver conflictos, independientemente de su unidad o fraccionamiento, en cambio, el concepto de razonamiento que alude al cotejo o comparación de razones sí puede entenderse como un modo de resolución de conflictos prácticos. En este sentido, el razonamiento práctico es un método para elegir una, de entre dos o más razones en conflicto, i.e. la razón más adecuada, conveniente, etc.

Esta precisión -señalan- es indispensable para advertir que, mientras hablemos de razonamiento práctico en sentido clásico, su función no queda en absoluto afectada por la existencia de una pluralidad de marcos normativos a partir de los cuales se puede ofrecer una justificación. Consecuentemente -concluyen-, deberá ser otra razón, diferente a la pérdida de función, el fundamento de una tesis normativa contraria a la fragmentación del razonamiento práctico.

- 2 Pero una posición diferente, y con presupuestos más fuertes, es la que supone una interpretación descriptiva de la tesis en cuestión, i.e. el razonamiento práctico es unitario y sostener su fragmentación es incurrir en error.

Y es, precisamente, esta postura la que sostiene Nino y contra la cual estos autores dirigen sus críticas en el artículo del que aquí me ocupó. Según escribe Nino en *La validez del Derecho*, tal error consiste:

“En una profunda incomprensión acerca de las reglas formales a que está sometido nuestro razonamiento práctico en general que incluye una regla de prioridad que impide su desintegración; esa regla es que los principios morales son el último tribunal de apelación para justificar una acción que cae bajo su dominio; es decir, que las razones de índole moral excluyen cualquier otro tipo de razones en las situaciones en las que son aplicables.”⁴⁴⁷

Escriben Moreso, Navarro y Redondo que analizar esta interpretación requiere destacar, nuevamente, la existencia de un significado distinto de la noción “razonamiento práctico” y su función de “justificación”: En un sentido estrictamente lógico, la justificación puede entenderse como una relación de deducción existente entre las premisas y la conclusión de un argumento, sea éste práctico o teórico. La justificación en sentido lógico es ajena a la corrección material del argumento.

⁴⁴⁷ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 65.

Esto es, así como en un razonamiento teórico la validez del mismo no supone la verdad de las premisas, en un razonamiento práctico, la validez del argumento no supone la corrección o bondad de aquellas. Pero, sucede que la interpretación que discuten estos autores -tal y como ellos expresan- supone que hay razones mejores que otras y sólo las mejores razones justifican. Esto es -según escribenlo que comúnmente se distingue con expresiones como justificaciones prima facie y justificaciones concluyentes.

Esta tesis supone un concepto más comprensivo y no descriptivo de justificación y, además, supone la existencia de una respuesta única a la pregunta acerca de las razones adecuadas. En efecto, para que haya unidad es imprescindible que no existan dos razones igualmente correctas (concluyentes) que justifiquen acciones diferentes. Esta posición tiene que negar, en última instancia, un pluralismo valorativo porque de lo contrario dejaría abierta la posibilidad de dos marcos para la justificación igualmente plausibles y, con ello, reaparecería el fraccionamiento del razonamiento práctico que se pretendía impugnar, aun cuando esto ocurra dentro del ámbito de la moral ideal. Conforme a esta posición, pues, el razonamiento práctico justificativo no es solamente un razonamiento lógico, sino que requiere, además, la corrección material del mismo, ie. la bondad de las premisas. Además, es necesario que para cada situación de justificación sólo haya una premisa que lo sea.⁴⁴⁸

En opinión de Moreso, Navarro y Redondo, una tesis de este tipo debe afrontar un problema particularmente grave a la hora de identificar cuál, de entre todas las alternativas, es la premisa correcta.

Las diferentes respuestas ofrecidas a este problema epistémico y la inexistencia de un método infalible de búsqueda parecen demostrar que, aun admitiendo los mencionados presupuestos de esta tesis, estamos irremediabilmente limitados a esbozar diferentes marcos normativos que, por ser considerados los más

⁴⁴⁸ J.J.Moreso, P.E.Navarro y M.C.Redondo, *op.cit.*, pág. 255.

plausibles, se proponen como puntos de partida de la justificación. Esto les lleva a concluir que, dadas nuestras limitaciones epistémicas, la fragmentación es inevitable. En opinión de Atienza, sin embargo, pueden aducirse tres razones en contra de la corrección del anterior argumento:

- 1 La primera es que los autores están de alguna manera confundiendo el relativismo moral en cuanto tesis descriptiva y en cuanto tesis metaética.

La tesis de Nino supone -apunta Atienza- el rechazo del relativismo metaético, pero, es perfectamente compatible con el pluralismo axiológico entendido como la existencia -de hecho- de códigos morales plurales. Por otro lado -continúa Atienza-, de la existencia en el plano subjetivo de varias respuestas a un mismo problema que pretenden ser correctas no se sigue que en el plano objetivo existan diversas respuestas correctas (aunque tampoco lo contrario: que exista una sola respuesta correcta). Si las cosas son así, entonces no hay argumento que pueda sustentar la tesis del relativismo en un plano que no sea el puramente descriptivo.

- 2 La segunda razón -estrechamente vinculada a la anterior- es que la existencia de "dos marcos justificativos igualmente plausibles" no lleva consigo el "fraccionamiento del razonamiento práctico" cuando se trate de dos sujetos distintos o de un mismo sujeto pero en momentos temporales distintos.

Es decir, lo que excluye la tesis de la unidad del razonamiento práctico es que un mismo sujeto acepte como igualmente plausibles normas o principios morales incompatibles entre sí; esto es, lo que se excluye es, precisamente, el relativismo moral en cuanto tesis prescriptiva. Finalmente, añade Atienza,

- 3 La tercera razón es que la argumentación de Moreso, Navarro y Redondo - al menos la tesis fuerte que podría desprenderse de su argumentación-⁴⁴⁹ presupone que la justificación jurídica se puede reducir a justificación lógica (es decir, justificación en el sentido de que la conclusión se sigue necesariamente de las premisas) y que, por tanto, no se necesita para nada lo que ellos llaman “el sentido valorativo de justificación” (es decir, justificación en el sentido de que las premisas de que se parte son correctas o adecuadas en algún sentido moral). Pero esta presuposición es, en opinión de Atienza, infundada.

Y es este, precisamente, el punto donde Nino centra su replica a las objeciones que le dirigen los mencionados autores. En este sentido escribe Nino que lo que interesa para el tema en discusión no es el sentido “puramente lógico” de justificación como derivación del contenido de una decisión de algún enunciado, sino el sentido de justificación como derivación de un enunciado válido, correcto, plausible o verdadero.

En este sentido el concepto de “validez” que es relevante para esa justificación no puede depender solamente de (a) otras normas jurídicas, ni de (b) hechos, ni de (c) normas extra-sistemáticas que sean meramente presupuestas como hipótesis, ni de (d) normas que se refieran solamente a los intereses del hablante. La justificación jurídica, o sea la justificación que recurre a una norma jurídica que se supone válida, debe depender en última instancia para fundamentar esa validez, de (a) normas, que sean (b) categóricamente aceptadas, (c) por su contenido, y que (d) pretendan tomar en cuenta imparcialmente los intereses de todos los afectados. Esto es, según concluye Nino, de normas morales.⁴⁵⁰

⁴⁴⁹ En realidad, como ya señalé antes, según M. Atienza, la tesis última articulada expresamente por estos es una tesis débil con la que el estaría de acuerdo “*la lógica no proporciona un argumento a favor de la relación necesaria entre Derecho y Moral*”, Atienza, M., *Lógica y argumentación*, op.cit.

⁴⁵⁰ Nino, C.S., *Respuesta a J.J. Moreso, P.E. Navarro y M.C. Redondo*.

Redondo, en trabajos posteriores,⁴⁵¹ sigue manteniendo su postura y considera que frente a las objeciones en contra del enfoque positivista y su imposibilidad de explicar la normatividad de las disposiciones jurídicas,⁴⁵² es decir, de explicar en qué modo, y en qué condiciones, el Derecho establece un “genuino” deber de actuar, el positivismo debe mostrar que es capaz de explicar esta propiedad en el interior de su propio esquema teórico, es decir, del esquema teórico que separa el Derecho de la moral.⁴⁵³ Redondo, en el mencionado trabajo, sigue rechazando “la formulación habitual del llamado principio de unidad del razonamiento práctico”; esto es, de una tesis como la sostenida por Nino, según la cual:

“Existe un conjunto de principios últimos del razonamiento práctico integrado por los principios morales, que confieren homogeneidad y prevalecen sobre todos los demás discursos prácticos y ello implica que el Derecho sólo logra constituir deberes genuinos si es conforme a los principios morales o regula situaciones que son indiferentes desde el punto de vista de tales principios”⁴⁵⁴.

El fundamento de la conexión necesaria entre la justificación jurídica y la justificación moral se encuentra en un rasgo atribuido a todo razonamiento involucrado en una justificación: El carácter unitario; y, tal y como señala Redondo, es precisamente esta peculiaridad la que se afirma que no es tenida en cuenta por el positivismo cuando admite que el argumento justificativo judicial puede finalizar correctamente en una premisa jurídica. Desde este punto de vista, la tesis

⁴⁵¹ Redondo, C., *La noción de razón para la acción*, ed. Centro de estudios constitucionales, pág.239-252, *Sulla rilevanza pratica del Diritto*, Normativity in Legal Context. Las citas de estos últimos trabajos las tomo de M. Atienza y J. Ruiz Manero en *Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho*, op.cit.

⁴⁵² Esta insatisfacción que produce el positivismo cuando sostiene la existencia de deberes jurídicos como algo independiente de los deberes morales puede verse reflejada también en este párrafo de F. Laporta “Una obligación que por sí misma sea una razón para la imposición de un castigo es, sin duda, una obligación muy fuerte. Tan fuerte que es necesario que se nos diga en qué se diferencia de la obligación moral. Es decir, que se nos diga específicamente en qué se diferencia ese “debe” jurídico del “debe moral”. Y eso es, justamente, lo que no se puede hacer con la teoría de Hart”, Laporta, F., *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, pág. 93.

⁴⁵³ Redondo, C. *Sulla rilevanza práctica de diritto*, pag. 206

⁴⁵⁴ Redondo, C., op.cit., pág. 211.

positivista implica fragmentar el razonamiento, violando una de las reglas fundamentales de la argumentación práctica que exige su unidad bajo un conjunto de pautas morales. Antes de pasar a ver cual es la tesis alternativa defendida por Redondo, según la cual el Derecho y la moral, así como otros ordenes normativos, aparecerían en el mismo plano generando deberes genuinos sin que ello implique la negación de esa unidad del razonamiento, voy a dar cuenta de algunos elementos más de su análisis para tratar de ver qué proceso argumentativo le ha llevado a sostener tal postura. En su trabajo *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*,⁴⁵⁵ Redondo señalaba que la expresión “principio de unidad del razonamiento práctico” es ambigua pues tal enunciado ha recibido distintas interpretaciones; si bien, en cualquier caso -añade- involucra, al menos, dos elementos:

- 1 Una concepción general de la racionalidad conforme a la cual existe una jerarquía entre las diversas pautas justificativas existentes y
- 2 La aceptación de que existe un conjunto de normas morales, constitutiva del último peldaño en esa jerarquía de pautas de justificación.

Como acertadamente expresa Redondo, conforme a la idea de unidad, si el argumento que fundamenta un deber es correcto, lo es en un único sentido. Aunque existen distintos tipos de discursos prácticos, por ejemplo, el discurso político, el jurídico, el moral, el religioso, etc, quienes sostienen la unidad del razonamiento práctico consideran que todos ellos están integrados por medio de un conjunto de pautas últimas, a las que se concede el rango de moral ideal o verdadera. Bajo esta hipótesis, la corrección del argumento del juez no puede considerarse como relativa al ámbito jurídico⁴⁵⁶ puesto que esto significaría admitir

⁴⁵⁵ Redondo, C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, op.cit., pág. 239 y ss.

⁴⁵⁶ Hay quienes se sienten tentados a hablar de una justificación moral, otra jurídica, otra prudencial, etc, como si se tratara de justificaciones independientes de las acciones. Esto implicaría una desintegración del razonamiento práctico que frustraría el objeto de la pregunta acerca de la justificación de las acciones: alguien podría saber que su conducta no está justificada moralmente pero que sí lo está jurídicamente o prudencialmente, y no saber aún cómo, en definitiva, debe actuar. El razonamiento práctico presupone una jerarquización de razones que evita esa situación: Las razones prudenciales justifican acciones sólo cuando no son desplazadas

un punto de vista parcial o insular y, con ello, el fraccionamiento del discurso práctico. La mayor parte de los filósofos preocupados por el tema de la justificación judicial acepta explícitamente este principio de unidad⁴⁵⁷. Según Redondo, la propuesta de unidad del razonamiento práctico puede concebirse como una tesis de ética descriptiva o como una tesis de metaética; a su vez, puede entenderse en un sentido subjetivo o en un sentido objetivo. Además, a todas estas posibilidades hay que agregar la posibilidad de una tesis normativa. El principio de unidad puede defenderse en cualquiera de estas diferentes formas. Lo que interesa -nos dice Redondo- es identificar bajo cuál de ellas el fraccionamiento práctico constituye un error. Es decir, cuál de ellas muestra el carácter necesario de la unificación entre distintos órdenes de justificación, en especial, la unificación de la justificación jurídica con la justificación moral. Veamos en qué consisten las distintas posibilidades:

- a) Como ejemplo de postura que defiende la unidad del razonamiento práctico bajo premisas morales sustentada como una tesis de ética descriptiva o sociológica referida a los diferentes tipos de discursos justificativos (argumentos prácticos) objetivamente válidos, Redondo cita el siguiente párrafo de Nino:

*"Lo que trato de defender es que el discurso moral de la modernidad tiene un carácter imperialista que impide la subsistencia de discursos justificativos insulares [...] Las cosas podrían ser diferentes de lo que son, y podríamos vivir bajo una cultura en la que hubiera discursos jurídicos insulares."*⁴⁵⁸

por razones morales; no hay, en cambio, razones jurídicas autónomas sino que la existencia de ciertas normas jurídicas constituye una razón auxiliar que sólo justifica una decisión cuando se combina con razones morales o prudenciales adecuadas, Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, op.cit., pág. 112.

⁴⁵⁷ Este es el caso de D.Richards, J. Raz, Nino, C.S., P.Soper, M.Atiienza, J. Ruiz Manero y J.C.Bayón Mohino. Tomo la referencia de Redondo, C., *La Noción de Razón para la Acción*, pág. 240, pie de pág. 50.

⁴⁵⁸ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 79.

Es cierto que este párrafo aislado de Nino podría hacernos pensar que éste defiende sólo una tesis puramente contingente acerca de la unidad y, si así fuera, Redondo tendría razón cuando sostiene que tal tesis, en cuanto que tesis descriptiva, podría ser verdadera o falsa respecto de una sociedad determinada, en un momento y en un lugar específicos.

b) Según esta autora, otra de las formas de entender el principio de la unidad es como tesis referida al razonamiento subjetivo de un agente.

Esta puede ser mantenida como tesis psicológica:

*"Afirmar la unidad del razonamiento es afirmar la imposibilidad de que una misma persona pueda desdoblar la propia jerarquía de preferencias o pautas en las que apoya su argumentación en un momento determinado."*⁴⁵⁹

Cuando la tesis de la unidad del razonamiento individual se considera válida sin la restricción temporal, pierde su carácter descriptivo. En esta hipótesis, el principio de unidad se defiende o bien como una definición o bien como una pauta normativa de racionalidad. En el primer caso significa:

*"Que para que un agente pueda ser calificado como agente racional ha de juzgar y justificar sus decisiones manteniendo una posición consistente con una escala de prioridades determinada."*⁴⁶⁰

Por su parte, la idea de unidad, entendida como un principio normativo, consiste en un requerimiento tanto de jerarquización de las propias preferencias internas, como de razonamiento y de actuación conforme con la jerarquía establecida. Esta versión subjetivista del principio tampoco muestra -nos dice Redondo- que se

⁴⁵⁹ Redondo, C., op.cit., pág. 242.

⁴⁶⁰ Ibidem.

cometa un error al no considerar a la moral como último parámetro unificador de toda justificación. Las pautas morales tendrán este status sólo si figuran como las preferencias de mayor jerarquía del individuo que razona. Para aquellos cuyas preferencias últimas no están constituidas por razones morales, el principio de unidad del razonamiento es válido, pero no guarda relación alguna con la moral.

En todo caso, sólo habilita a afirmar que si un individuo emprende razonamientos prácticos (y actúa conforme a ellos) sin ser consistente con su propia escala de preferencias, o bien pone en duda su condición de ser humano racional, o bien se hace acreedor a un reproche por irracionalidad.

Y, en opinión de la autora, en cualquiera de las interpretaciones señaladas hasta aquí, la única forma de llegar a sostener la moral como patrón unificador del razonamiento del individuo es vaciándola de contenido atribuyendo, para ello, calidad moral a cualquier principio que ocupe el rango más alto dentro de la escala de preferencias o de pautas aceptadas. Por lo demás, y al margen de estas posibilidades, nos dice Redondo que la idea de unidad del razonamiento, interpretada como una pauta de racionalidad referida al razonamiento psicológico del individuo, es aceptada de manera general. Pero, así entendida, -añade- es perfectamente compatible con la admisión de diversos marcos objetivos de justificación y, por consiguiente, con la tesis positivista que afirma que el esquema de argumentación judicial puede terminar correctamente en una premisa jurídica, sin necesidad de recurrir a una premisa moral.⁴⁶¹ Esta interpretación de la tesis de la unidad del razonamiento práctico parece ser la que Redondo propone como alternativa a la tesis de la unidad bajo el patrón de la moral:

“Todo individuo puede, y si es racional debe, realizar una comparación entre todas las razones -de todos los tipos- aplicables a un caso individual,

⁴⁶¹ Redondo, C., op.cit., pág. 143.

*y a partir de tal valoración derivar un deber concluyente de actuar. Y esto es lo que significa actuar racionalmente*⁴⁶²

Lo que sucede, además, sostiene Redondo, es que la comparación, que desemboca en la determinación del curso racional de acción, de aquello que se debe hacer después de haber tomado en consideración todas las alternativas exige criterios últimos neutrales respecto de todos los ámbitos. Y esto en el sentido de que:

*"No debería postularse que ellos mismos son, siempre y necesariamente, criterios de un determinado tipo" y tales criterios últimos "deben jerarquizar razones o deberes, y no sistemas normativos (p.ej. la moral por encima del Derecho o el Derecho por encima de la moral). Esto es, no deben dar prioridad necesaria a ninguno de los ámbitos prácticos"*⁴⁶³

Sobre las dudas que suscitan estos denominados "criterios últimos" volveremos más adelante.

c) Otra manera de entender el principio de unidad es -escribe Redondo- como una propuesta de nivel metaético.

Es decir, como una condición que debe satisfacer toda concepción de ética normativa, o de racionalidad. Aquí la autora comienza explorando la idea de unidad como concepción sistemática (versión débil del principio de unidad del razonamiento práctico); en este caso, escribe Redondo, la pregunta por la corrección de un razonamiento práctico tendrá una respuesta unívoca, es decir, en última instancia, debe haber una sola forma válida de juzgar un argumento práctico.

⁴⁶² Redondo, C., *Sulla rilevanza pratica del diritto*, op.cit., pág. 211

⁴⁶³ Ibidem.

Esta noción sistemática de unidad no excluye, sin embargo, la posibilidad de coexistencia de múltiples concepciones normativas. Algunas de ellas establecen que, en determinadas circunstancias, hay más de una perspectiva correcta para evaluar una situación: por ejemplo, cuando se admite la legitimidad de ciertas razones excluyentes. Una concepción normativa sistemáticamente unitaria, puede admitir el fraccionamiento del razonamiento en el sentido de que, en una misma situación, está justificado hacer algo diferente de lo que estaría justificado hacer, consideradas todas las cosas.⁴⁶⁴ Así mismo, aún cuando se niegue la posibilidad antes mencionada y se insista en que toda concepción normativa se asienta en una última instancia de principios que unifican el juicio acerca de la corrección de un argumento, el fraccionamiento -nos dice Redondo- no queda descartado. Si dicho conjunto de principios es diferente en cada concepción reaparece la pluralidad de los marcos de evaluación y con ella, el fraccionamiento. Según la autora, entonces, los críticos del positivismo no pueden objetar la tesis de la suficiencia de la justificación jurídica, sustentándose sólo en la idea de unidad sistemática de distintos tipos de discursos normativos bajo un conjunto de principios últimos, sino que para demostrar el error del fraccionamiento es necesario demostrar que también es un error admitir que existe una pluralidad de puntos de vista igualmente correctos. Y es que, según la autora, tal pluralidad de puntos de vista, aún cuando cada uno de ellos constituya una articulación unitaria de distintos tipos de discursos normativos, implica la fragmentación de los parámetros de evaluación de los argumentos prácticos en sentido objetivo. Parece pues que lo que sucede es que los presupuestos metaéticos de la tesis de la unidad y de la tesis de la fragmentación son distintos.

Como afirma Redondo, la forma de evitar la fragmentación por ella apuntada sería defendiendo una concepción fuerte de unidad y exigiendo:

- 1 Que el conjunto de principios últimos sea también único y;

⁴⁶⁴ Raz, *postscriptum a la 2ª ed. de Razón práctica y normas*, op.cit., pág. 229-231.

- 2 Que dentro de ese conjunto único no haya pautas que, siendo incompatibles, tengan igual rango o sean incomparables. Es decir, es preciso postular, a nivel metaético, la existencia de una única forma válida de justificación.⁴⁶⁵

Y es esta, precisamente, la tesis metaética de Nino, quien, enraíza su posición acerca de la moral en el proyecto universalista y objetivista kantiano (aunque, a diferencia de éste, los principios se constituirían a partir de los presupuestos del dialogo o discurso moral y no de forma monológica). Tal requerimiento metaético de unidad se opone, tanto al escepticismo respecto a las razones para la acción como a la posibilidad de que haya una pluralidad de propuestas admisibles de razones para la acción. Y, además, una consecuencia inevitable es el compromiso con la existencia de razones independientes de toda construcción teórica (ya que si se admitiera que las razones dependen de una teoría normativa entonces, como concluye Redondo, la pluralidad reaparecería).

Sólo bajo la presuposición de que existe una única concepción normativa correcta, el fraccionamiento justificativo que defiende el positivismo jurídico constituye -según Redondo- un error.⁴⁶⁶ Pero ante esta conclusión, Redondo avanza a un nuevo argumento que, en su opinión, apunta nuevas dificultades. La defensa de un postulado de unidad en sentido fuerte no implica -sostiene la autora- que el conjunto de pautas de justificación correctas ya haya sido identificado. Lo que sucede, en opinión de Redondo, es que esta empresa de identificación de los principios morales o pautas de justificación correctas tropieza con un obstáculo hasta ahora insalvable: Satisfechas determinadas condiciones, cada intento de individualizar los principios morales correctos constituye una teoría moral diferente. Toda teoría moral es la propuesta de un conjunto de pautas (criterios) de corrección de acciones. Y esto hace necesario que, a nivel metaético, se cuente con algún criterio que permita establecer qué teoría moral propone las pautas realmente correctas.

⁴⁶⁵ Redondo, C., *La noción de razón para la acción*, op.cit., pág. 245.

⁴⁶⁶ *Ibidem*.

Sin embargo, sostiene la autora, tenemos que afrontar dos fuentes de dificultades epistémicas:

- 1 La primera dificultad radica en la aplicación del criterio correspondentista de verdad. Preguntarse por la verdad de una teoría normativa, es equivalente a preguntarse cuáles son las razones existentes.

La identificación de semejantes razones, que son el fundamento de verdad de una teoría normativa, no puede depender a su vez de una teoría normativa. Esto conduciría a su vez a un razonamiento circular. Ellas necesitan ser independientes de las teorías, puesto que son las que permiten identificar cuál es la teoría correcta. En opinión de Redondo, tesis como la de Nino que adoptan una postura constructivista sobre la que apoyan la defensa de la unidad del razonamiento práctico son equivocadas. Si las razones objetivas son los datos que permiten verificar o falsar las teorías normativas y demás creencias morales vigentes, entonces, dichas razones no pueden depender ni de las teorías ni de las creencias de los individuos. Y, en su opinión, la idea de unidad objetiva del razonamiento práctico, sumada a una concepción de la verdad como correspondencia, exigiría la aceptación del realismo moral.⁴⁶⁷ Veamos la segunda dificultad apuntada por Redondo y que estaría, por lo demás, vinculada a la primera.

- 2 Dados los inconvenientes que plantea el acceso al conocimiento de las razones morales, pueden sugerirse dos formas de solución: o bien se rechaza la interpretación del criterio de verdad como correspondencia, adoptándose p.ej., una concepción coherentista de la verdad moral; o bien, se estipulan las razones con las que los principios normativos deben corresponderse para considerarse correctos.

⁴⁶⁷ Redondo, C., op.cit., pág. 246.

La primera opción debe desecharse si se pretende garantizar la unidad en sentido fuerte. Si lo único que se exigiese a nivel metaético fuese la verdad en el sentido de coherencia, debería admitirse la posibilidad de que una pluralidad de concepciones satisfagan esa condición.

La segunda opción es la que se adopta, p.ej. cuando se define lo “correcto” como aquello que provoca el incremento de la felicidad general. Dicha posición propone la felicidad general como la única razón justificativa, y sostiene que la verdad o corrección de un principio moral consiste en su capacidad instrumental para promoverla.

Sucede, sin embargo, que es posible que distintas concepciones metaéticas, a pesar de sustentar el principio de unidad, propongan razones justificativas diferentes de la felicidad general, a la luz de las cuales serán distintos los conjuntos de principios que resulten moralmente correctos.

Consecuentemente, concluye la autora, a nivel metaético aparece el mismo problema que surge en el nivel de la ética normativa. Así como la existencia de múltiples teorías normativas exige contar con un criterio para decidir cuál de ellas es la correcta, también la existencia de diversas propuestas metaéticas exige algún parámetro que permita determinar cuál es la concepción metaética correcta.

En definitiva, según su argumentación, aún si se presupusiese la existencia de un único conjunto correcto de criterios de validez de los argumentos prácticos, las limitaciones epistémicas para identificar ese conjunto conducirían, inevitablemente, al fraccionamiento del razonamiento en sentido subjetivo, y tomarían inaplicable la idea de unidad en sentido objetivo⁴⁶⁸. Redondo parece pues cerrar su argumentación con la conclusión según la cual las dificultades epistémicas para hallar no sólo qué principios morales son validos, sino, incluso, cómo hemos de hallar tales principios (esto es, para optar entre distintos proyectos

⁴⁶⁸ Redondo, C., op.cit., pág. 247.

metaéticos) nos ha de llevar a sostener no la tesis de la unidad sino la tesis de la fragmentación o una tesis alternativa de la unidad del razonamiento como la que ella sostiene; esto es, una tesis que sostuviera que la unidad sería algo que sólo se puede predicar en relación con el esquema de razonamiento de cada individuo y que, por lo tanto (salvo que optáramos por un vaciamiento del concepto de moral) no necesariamente se apoyaría siempre en el patrón de la moral.

En opinión de la autora, entonces, lo que sucede es que quienes sostienen el principio de unidad a nivel metaético no demuestran que el fraccionamiento constituya un error, sino que lo postulan a través de los conceptos que proponen. La idea de unidad es un axioma y conforme a él, hay un único concepto de corrección y de deber. Esto es, en su opinión, lo que sucedería con la idea de unidad que defiende Nino (para quien -tal y como ella escribe- la tesis de la unidad no se refiere sólo al razonamiento psicológico de los agentes que justifican una decisión, sino a los esquemas válidos de argumentación, que aparecerían respaldados en última instancia por un conjunto último de pautas morales que serían las únicas que proveerían razones justificativas genuinas).

Para Nino, en efecto, un argumento práctico (y la justificación que por medio de él se brinda) es válido o inválido (correcto o incorrecto) desde un solo punto de vista: el de la moral objetiva. Y de esto se deduce, como expresamente señala la autora, que el principio de unidad impone una conexión justificativa y una subordinación del Derecho a la moral. La fuerza normativa de los denominados deberes jurídicos viene dada en última instancia por su conexión más o menos directa con la moral.

Pero Redondo sostiene que la defensa coherente de este principio lleva a una posición esencialista respecto del significado de "deber". La unidad del razonamiento supondría, necesariamente, la unidad de la noción de deber.

Sucede, sin embargo, que -nos dice Redondo- si se aceptase el carácter convencional del significado de "deber", habría que aceptar la posibilidad de

diversos sentidos en que algo puede ser debido. Sería posible –escribe la autora– contar con cuantos tipos de deberes se decidan deliberadamente entrando esto en contradicción con el principio de unidad. Luego, suscribir la tesis de la unidad implica abandonar una postura convencionalista acerca del concepto de deber. Independientemente de los argumentos a favor o en contra del esencialismo conceptual, lo que la autora crítica a Nino es su compromiso con una postura esencialista.⁴⁶⁹ El problema de esta posición –escribe Redondo– no reside en la reapertura de la discusión esencialismo-convencionalismo, sino el retorno a la asimilación de conceptos del ámbito del “deber ser” a conceptos del ámbito del “ser” que, por lo demás, mostraría la conexión entre el iusnaturalismo actual y el iusnaturalismo clásico. El esencialismo conceptual está supuesto en la idea de unidad del deber a nivel metaético, del mismo modo que el convencionalismo conceptual está supuesto en la idea relativista del deber a nivel metaético. La interpretación objetiva del principio de unidad del razonamiento práctico toma necesario el esencialismo respecto de los conceptos de deber, de corrección y, sobre todo, de razón para la acción que, en esta concepción, es primario respecto del deber.⁴⁷⁰ En su opinión, la afirmación de que, en virtud del principio de unidad del razonamiento práctico, la justificación judicial es una especie de justificación sustantiva y moral tiene carácter retórico ya que:

I Débil la afirmación es vacua; puesto que sólo significa que la justificación jurídica presupone ciertas premisas últimas que por esa única razón se llaman morales;

II Si la unidad se entiende en sentido fuerte, entonces es impracticable; puesto que aunque se postule la inadmisibilidad de otros parámetros de justificación que no sean los de la moral crítica o verdadera, los diversos intentos de identificar cuál es esa moral conducen al fraccionamiento.

⁴⁶⁹ Redondo, C., op.cit., pág. 249.

⁴⁷⁰ Redondo, C., op.cit., pág. 251.

Por lo tanto, concluye que si el análisis desarrollado es correcto, en ninguno de los sentidos propuestos el principio de unidad puede mostrar la necesidad de que, para dar una justificación sustantiva, el juez deba remontarse a una moral ideal. Aunque existiesen razones objetivas (y, conforme a ellas, un conjunto único de pautas de justificación sustantiva) es imposible exigir este tipo de justificación.

“Las dificultades epistémicas que se le presentarían al juez, al momento de cumplir con su obligación de dar la justificación correcta, son las mismas que se presentarían al momento de intentar evaluar si logró cumplir con su obligación”⁴⁷¹.

El rechazo del esencialismo, y con él, el del principio de unidad, no clausura la posibilidad de diseñar teorías normativas, i.e. teorías sobre las razones sustantivas para la acción, que permitan resolver conflictos prácticos. Claro que, sólo el acuerdo respecto de una determinada teoría permitiría brindar o criticar “objetivamente” una justificación sustantiva y, en su caso, exigir su cumplimiento.⁴⁷² Pero ¿es correcta la argumentación de Redondo?

Nos ocuparemos aquí de dos puntos de su razonamiento que no nos parecen satisfactorios. Uno ya lo apuntamos, el otro surge a partir de las consideraciones de la autora acerca del esencialismo y del convencionalismo.

a) *Retomamos el primero.* Ya señalamos que resulta por lo menos dudoso el paso que da la autora tratando de apoyar la tesis del fraccionamiento a partir de las dificultades epistémicas con las que nos venimos enfrentando a la hora de tratar de dilucidar cuáles son los principios morales válidos.

Por supuesto a esto se podría objetar que de la debilidad de este punto no se deriva la fuerza de la tesis de la unidad apoyada en la pretensión objetivista

⁴⁷¹ Redondo, C., op.cit., pág. 252.

⁴⁷² Ibidem.

construida p.ej al modo de teorías metaéticas del discurso como hace Nino,⁴⁷³ pero quizá algo de fuerza existe en el enraizamiento que estas teorías tienen en rasgos que caracterizarían al hombre como ser social, y que de alguna forma determinan la participación de éste en determinadas prácticas comunicativas y de discusión en las no puede dejar de incurrir en algún tipo de contradicción si niega la corrección de determinados principios que él mismo está afirmando al participar en tal práctica. En este sentido p.ej. escribe Alexy que:

“La manifestación de una aseveración significa ingresar en el ámbito de la argumentación y [...] quien nunca en su vida efectúa una aseveración (como acto lingüístico con el que se formula una pretensión de verdad o corrección) y no ofrece ninguna fundamentación (mostrando razones por las que asevera) no participa en aquello que uno puede llamar la “forma de vida más universal de la persona”. [...] La tesis sobre la forma de vida más universal de la persona es conciliable con el hecho de que existen diferentes formas de vida. [...] Puede suceder que debido a tabúes, tradiciones o terror estos universales tengan muy poca vigencia en la realidad. Pero sólo desaparecerían totalmente si los miembros de una forma de vida pierden, completa y definitivamente, su capacidad de formular la pregunta ¿por qué?”⁴⁷⁴

En cualquier caso, y retomando, concretamente, el punto acerca de las dificultades epistémicas en la identificación de principios morales objetivos, creo que puede volver a resultar pertinente la respuesta que daba Nino al mencionado artículo que escribió Redondo manteniendo esta misma posición junto con Moreso y Navarro. Estas eran las palabras de Nino:

“No existen dos razones igualmente correctas (concluyentes) que justifiquen acciones diferentes” es supuesto, por lo menos en muchos casos, por todos

⁴⁷³ Cfr. Alexy, R., *El concepto y la validez del Derecho*, op.cit., pág. 136 y ss.

⁴⁷⁴ Alexy, R., *El concepto y la validez del Derecho*, op.cit., págs. 146-147.

los seres humanos que actúan intencionalmente y, además, especialmente en este caso -como en el también controvertido de si existe el mundo exterior, objetos físicos, u otras mentes, o leyes de la naturaleza o números- esto puede ser motivo de perplejidad y de esfuerzos denodados de fundamentación, pero su negación lisa y llana difícilmente pueda hacerse sin recurrir a presupuestos más débiles que él mismo. Los autores tienen derecho a no estar conformes con las respuestas que se ha intentado dar a este problema epistémico [...] sin embargo tienen menos derecho a suponer que ninguna se va a poder nunca dar, y que, por lo tanto, hay que contentarse, en la filosofía del Derecho, con sentidos de "justificación" cuyas implicaciones pueden resumirse en el slogan: "todo vale, menos la contradicción."⁴⁷⁵

b) *El segundo punto que no se presenta -en nuestra opinión- como convincente en la argumentación de Redondo: su crítica al esencialismo en el que se apoyaría Nino al tratar de buscar el sentido de justificación es correcto.*

Identificado el ámbito de la realidad que tratamos de reconstruir y teniendo en cuenta cuáles son las funciones que ese aspecto de la realidad cumple en la vida de los seres humanos, me parece que no supone incurrir en un esencialismo conceptual ilegítimo el señalar que, al margen de problemas epistémicos, el concepto de deber que a los efectos nos interesa es un concepto de deber que aparece, tratándose como se trata de reconstruir cual es el instrumental conceptual necesario que precisamos para justificar acciones y decisiones que van a afectar a terceros, unido a la idea de razones sustantivas morales válidas. Creemos que tampoco implica asumir un esencialismo ilegítimo reivindicar que la concepción de la moral que se deriva de presupuestos más profundos de nuestro razonamiento implica una moral que se proyecta como discurso no sólo último sino que impregna -con las especificidades ya vistas en los apartados anteriores- otros discursos prácticos. Que es difícil salirse de esto, parece poder ser ilustrado

⁴⁷⁵ Nino, C.S., *Respuesta a J.J.Moreso, P.E.Navarro y M.C. Redondo.*

con la propia propuesta de la autora. Queda pendiente de ver cuáles son esos criterios últimos de resolución de conflictos entre distintos tipos de deberes (moral, jurídico, religioso) que deben ser neutros respecto de los “diversos ámbitos prácticos”. Parece que tienen razón M. Atienza y J. Ruiz Manero cuando sostienen que:

“La razón de ello es que el propio intento de descubrir, o de construir, tales criterios últimos, neutrales respecto al Derecho y la moral, es un intento vano. Y ello porque un criterio último es un criterio que se acepta como tal no porque haya sido prescrito por alguien, o porque constituya una práctica social, sino, exclusivamente, por sus propios méritos. Y ello es, precisamente, lo característico de los criterios, o principios morales.”⁴⁷⁶

4.4. Unidad del Razonamiento Práctico, Propuesta

Este trabajo sobre el razonamiento práctico (moral y Derecho) se enmarcan en la tradición kantiana de la razón práctica,⁴⁷⁷ apoyada en la idea de universalidad. Dentro de tal tradición, los trabajos pueden verse dentro del movimiento filosófico que defiende lo que se ha denominado teoría del discurso; movimiento al que como es sabido pertenecen autores como Apel, Alexy, Habermas etc. Este movimiento se caracteriza por considerar que el discurso práctico es un procedimiento de argumentación en el que se esgrime una pretensión de corrección. Además, estos autores sostienen lo que se viene denominando la tesis de la unidad del razonamiento práctico en el plano metaético.

⁴⁷⁶ Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho*, pág. 6.

⁴⁷⁷ La idea misma de la razón práctica no ha sido una idea fuera de controversia. Escribe Alexy que “Si se echa una mirada a la literatura iusfilosófica de nuestro siglo, es fácil comprobar que puede dudarse acerca de la posibilidad y, por lo tanto, de la existencia de la razón práctica. Nada menos que A. Ross y H. Kelsen consideraban que el concepto de razón práctica era un concepto autocontradictorio”. La razón se referiría sólo al conocimiento; el campo de lo práctico correspondería, en cambio, al querer. Pero, el conocimiento estaría justamente definido por el hecho de que no es un querer y sería constitutivo del querer no tener el carácter del conocer. Por ello, el concepto de razón práctica sería un “concepto lógicamente insostenible”, Alexy, R., *El concepto y la validez del Derecho*, op.cit., pág. 131.

Esto les ha llevado, como también hemos tenido ocasión de exponer, a sostener que el razonamiento jurídico justificativo, esto es, el discurso jurídico práctico es un caso especial del razonamiento práctico general. Aunque es cierto que Nino considera el razonamiento jurídico justificativo inmerso en el discurso moral y no se refiere al discurso práctico general como viene caracterizado por Habermas, que creemos que los rasgos propios del Derecho que nuestro autor identifica como derivados de su carácter de práctica colectiva y que, en definitiva, apuntan a la denominada dimensión institucional nos pueden permitir sostener que Nino estaría de acuerdo con Alexy y Habermas acerca de que en el discurso jurídico justificativo serían también relevantes razones pragmáticas y ético-políticas. De esta forma la tesis del Derecho como caso especial se traduce en dos importantes consideraciones:

1.- Su especialidad viene implicada por una serie de rasgos que pueden resumirse en lo que se conoce como su dimensión institucional. Esta institucionalización es una exigencia de la propia racionalidad práctica. No sería posible la vida en sociedad, la regulación de la interacción colectiva y la satisfacción de los derechos humanos como exigencias de la moral si el discurso moral no fuera completado con el Derecho como discurso en el que se combinan dos tipos de elementos:

Autoridad y valores últimos.

La forma de armonizar en cierta forma estos dos elementos -sin negar por ello la existencia de una tensión permanente-, es sosteniendo que el tipo de Derecho que se presenta como una exigencia de la propia moral no es cualquier Derecho, sino uno que tenga su fuente en la política democrática. Además, es también la política democrática una suerte de exigencia de la moral, en el sentido de que el discurso moral por sí sólo no permite resolver los problemas de la vida en sociedad y de ahí que hayamos de acudir a lo que en su concepción es un sucedáneo del discurso moral: un sistema democrático de gobierno. O, para ser más exactos, una

concepción de la democracia como sucedáneo del discurso moral permite legitimar a ésta como sistema de gobierno y constituir al Derecho -teniendo en cuenta, además, su carácter de práctica colectiva- en un elemento relevante del razonamiento práctico (esto es, del razonamiento justificativo de nuestras acciones). Este fundamento de la democracia, va a tener también importantes consecuencias a la hora de establecer cómo habrá de estar organizada la maquinaria jurídica y las instituciones con el fin de aproximar lo más posible las democracias reales al modelo ideal de democracia. En definitiva, el debate democrático y su regimentación, así como todas las otras exigencias institucionales que garantizan, por un lado, la eficacia del Derecho en la persecución de los valores morales últimos y, por otro, la mayor legitimidad moral en la producción de normas jurídicas (el denominado principio democrático y la separación de poderes) habrán de articularse con el fin de conseguir la satisfacción más eficaz de los derechos humanos.

Por lo demás, el elemento autoritativo -ver Nino- viene construido a partir de la idea de autoridad epistémica y esto se va a traducir en una especial forma de entender el rasgo de autoridad del Derecho. Hablar de autoridad epistémica en relación con el sistema de gobierno democrático implica que el resultado del discurso democrático nos da razones para creer en la existencia de tales razones morales. Y ello lo hace con mayor fiabilidad que cualquier otro sistema de toma de decisiones que vayan a afectar el ámbito de lo que se denomina moral intersubjetiva. La mayor fiabilidad no significa que el discurso democrático arroje siempre el resultado correcto. Sucede, sin embargo como vimos, que cuando el valor epistémico pierde su fuerza opera el principio moral según el cual es preciso salvaguardar las instituciones que permiten implementar la toma de decisiones moralmente legítimas y de ahí que, en tales casos, opere el carácter autoritativo del Derecho, ahora ya, como sistema, en su conjunto, moralmente legítimo.

2.- El principio democrático exigirá que, especialmente, aquellos que toman decisiones como parte de esa maquinaria institucional acepten -apliquen

autoritativamente- las decisiones democráticas aunque estas no coincidan con su propio juicio; y ello porque respetando ese principio ampliamos las posibilidades de que, en muchos otros casos, se tomen decisiones correctas.

Y es aquí, aunque ya ha quedado parcialmente esbozado en el párrafo anterior, donde es preciso señalar que lo que caracteriza además a la tesis de la unidad del razonamiento práctico es, el sostener -en la terminología de Nino- que las normas jurídicas sólo pueden verse como razones autónomas para la acción si se las concibe como juicios de adhesión normativa. Esto es, como un juicio complejo a partir de un juicio moral que legitima las normas dictadas por un órgano más el juicio fáctico - razón auxiliar- acerca del dictado de tal o cual norma. Pero, además, esto resulta algo más complejo si tenemos en cuenta que, precisamente, lo que concede legitimidad a un sistema de gobierno sobre otro es la mayor fiabilidad epistémica en relación con los principios morales válidos. Entonces, nos encontramos con que las normas jurídicas procedentes de un sistema democrático constituyen razones para la acción en la medida en que -tenemos razones para creer que-, en su vertiente valorativa están ejemplificando, o especificando, principios morales (es decir, se presentan como exigencias derivadas de la legítima protección de bienes).

Y cuando esto no es así, entonces, es preciso ver si, en última instancia, opera también el principio moral que exige implementar aquellos procedimientos epistémicos que maximicen la probabilidad de actuar de forma moralmente correcta: Esto es, si el juicio del primer nivel del razonamiento acerca de la legitimidad de la institución en su conjunto es positivo, entonces, esa legitimidad moral se proyectaría -aunque suponga una legitimidad más débil- sobre la norma jurídica que carece de valor epistémico y esa norma jurídica sería una razón auxiliar que combinada con el mencionado principio moral constituiría, en cuanto que juicio de adhesión normativa, una razón completa para la acción.

CONCLUSIONES

PRIMERA La filosofía del Derecho que desarrollamos en este trabajo es un modelo de ciencia normativa del Derecho en el cual llevamos a cabo de forma abierta una actividad normativa de propuesta de soluciones a problemas prácticos (un jurista que, en un Derecho democrático, estará comprometido con la tarea de proyectar - a partir de consideraciones axiológicas- el Derecho bajo su mejor luz, tanto a los efectos de asistir al legislador en su desarrollo de las normas constitucionales, como, también, a los efectos de asistir a los jueces en su actividad de aplicación del Derecho).

Llevamos a cabo un análisis de las normas jurídicas en términos de razones para la acción que nos lleva a una serie de presupuestos filosóficos, que nos lleva al reconocimiento de la necesidad de operar, según el contexto y finalidad de nuestro discurso, con distintos conceptos de Derecho tanto descriptivos como normativos.

Los principales conceptos de Derecho individualizados por Nino serían:

Un concepto descriptivo y un concepto normativo, que resultarán de utilidad en distintos contextos de lo jurídico (siempre, necesariamente, normativo en el ámbito del razonamiento jurídico justificativo).

Entre los *conceptos descriptivos*,

- a) Concepto descriptivo realista de Derecho;
- b) Concepto descriptivo sistemático de Derecho;
- c) Concepto descriptivo institucional de Derecho; y

Entre los *conceptos normativos*:

- a) Concepto de *lege ferenda*;
- b) Concepto normativo judicial amplio;
- c) Concepto normativo judicial restringido;
- d) Concepto mixto de Derecho;
- e) Concepto normativo hipotético de Derecho.

SEGUNDA La transición mexicana a la democracia no ha concluido. Se incrementa el alejamiento y desencanto entre la clase política y ciudadanos. La pregunta consiste en determinar si puede revertirse el desencanto. Desde nuestro punto de vista, para que pudiera lograrse el enlace debido entre políticos y ciudadanos, debemos de repensar el tipo de democracia que se desea construir en México. La democracia representativa, sobre todo en su versión de democracia de audiencia, no es el modelo que permite la regeneración de lo público y de la política, Es imprescindible corregir las deformaciones del modelo representativo y apostar por un modelo participativo-deliberativo que vincule a los ciudadanos con la cosa pública.

Por tanto defendemos –junto a Nino- un constructivismo epistémico que nos lleve a sostener que la práctica efectiva de la deliberación moral colectiva y su resultado -el consenso unánime de los afectados- constituye el método más fiable de acceso a la verdad moral. También es posible que el sujeto pueda alcanzar la verdad moral a partir de un discurso monológico, pero en su opinión –de nino- es muy difícil pensar en la posibilidad de que un sujeto pueda llegar a tener todo el conocimiento necesario y la capacidad de representarse con la imparcialidad suficiente los intereses de todos los afectados por lo que pensamos que la moral es una práctica colectiva.

Es decir los principios morales -y los derechos humanos como derechos morales de ellos derivados- se accede mediante el debate intersubjetivo y los consensos

efectivos fruto de la práctica dialógica, esto constituye razones justificativas y objetivas para la acción.

TERCERA Sólo un sentido normativo de validez puede permitir resolver los enredos en los que, de otro modo, se incurriría en los errores de la teoría kelseniana. El concepto de validez de Kelsen se detiene demasiado pronto -en la norma fundamental- y no da cuenta de dónde viene esa fuerza vinculante que establece que se debe obedecer lo que el Derecho, la Constitución, establezca.

A partir de esto, trazamos uno de los puntos centrales: *La validez es un concepto normativo puente entre el Derecho y la moral.*

La tesis, es que todos estos problemas ponen de manifiesto el recurso que, necesariamente, se hace desde el punto de vista interno a consideraciones valorativas morales. El concepto de validez jurídica es ambiguo ya que, en la literatura iusfilosófica, ha sido utilizado para hacer referencia tanto a un sentido descriptivo de validez (validez como pertenencia o individualización de un sistema) como a un sentido normativo de validez.

CUARTA Nuestra concepción del Derecho como práctica colectiva en la que se pondrá de manifiesto, además, determinados aspectos del Derecho como institución que nos ayudaran a comprender la diferencia entre el razonamiento moral puro y el razonamiento jurídico justificativo.

Esta concepción de la moral, de la política democrática y del Derecho nos muestra la relevancia del Derecho en el razonamiento práctico.

Es decir la reconstrucción de la estructura del razonamiento jurídico como razonamiento escalonado en dos niveles y de la diferencia de su reconstrucción con el denominado modelo de la "articulación consistente" de Dworkin; -en la

concepción de Nino, la moral impregna todas las fases del razonamiento jurídico justificativo-.

La reconstrucción del razonamiento que, incluyendo el Derecho como práctica colectiva moralmente relevante, pretende justificar acciones y decisiones que afectan a terceros. Esa es la aportación última de este trabajo de investigación. Es decir en realidad la tesis de la conexión entre Derecho y moral.

Ante la constatación de que los jueces no razonan sólo a partir de normas jurídicas resulta insuficiente e implausible presuponer sólo una norma extrajurídica en la cúspide del sistema. Consideramos -siguiendo a Nino- que el razonamiento jurídico justificativo de jueces y juristas nunca se basa en normas jurídicas, sino en juicios paralelos acerca de su validez. Para que el razonamiento jurídico justificativo consiga el fin que persigue: Justificar acciones y decisiones que afecten los intereses de terceros, debe estar impregnado de juicios morales válidos.

QUINTA La dimensión del Derecho como práctica colectiva institucional es un punto del análisis que permite ver su comprensión de la especificidad del discurso jurídico justificativo en relación con el razonamiento moral ordinario. Las anteriores tesis acerca de la conexión entre moral y política junto a ésta, que supone la conexión del Derecho con la política, permiten mantener la tesis de la conexión justificativa entre Derecho y moral.

La visión sobre la estructura del razonamiento práctico que conduce a concluir que el Derecho es superfluo para ese razonamiento concibe erróneamente a las acciones o decisiones jurídicas como si fueran acciones o decisiones aisladas, cuando, de hecho, son parte de un proceso de interacción colectiva institucionalizada para el reconocimiento y protección eficaz de los derechos humanos que se extiende en el tiempo y a cuya mejora han de contribuir todos los partícipes.

Los operadores jurídicos (jueces, legisladores y órganos de control de constitucionalidad) de acuerdo con el análisis deberán llevar a cabo un razonamiento escalonado en dos niveles:

- I En el primero deben juzgar la legitimidad de un determinado sistema jurídico como institución adecuada para lograr fines morales sustantivos;
- II En el segundo nivel operarán las restricciones derivadas de la dimensión institucional del Derecho, tanto las referidas a plazos, competencias, etc., como las que presentan a la democracia como la práctica discursiva cuyo resultado tiene un valor epistémico más próximo que cualquier otra al discurso moral.

SEXTA La tesis de la unidad del razonamiento práctico o la tesis del discurso jurídico como caso especial del discurso moral general significa que: No sería posible la vida en sociedad, la regulación de la interacción colectiva y la satisfacción de los derechos humanos si el discurso moral no fuera completado con el Derecho como discurso en el que se combinan dos tipos de elementos: autoridad y valores últimos.

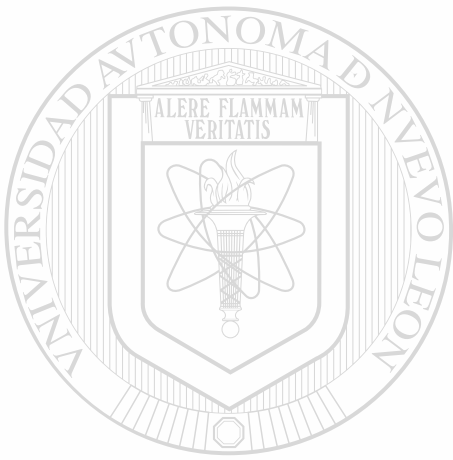
La forma de armonizar, en cierta forma estos dos elementos -sin negar por ello la existencia de una tensión permanente-, es sosteniendo que el tipo de Derecho que se presenta como una exigencia de la propia moral no es cualquier Derecho, sino uno que tenga su **fuerza en la política democrática**. Una concepción de la democracia como sucedáneo del discurso moral permite legitimar a ésta como sistema de gobierno y constituir al Derecho -teniendo especialmente en cuenta, además, las implicaciones derivadas de su carácter de práctica colectiva- en un elemento relevante del razonamiento práctico (esto es, del razonamiento justificativo de nuestras acciones). Este fundamento de la democracia tiene también importantes consecuencias a la hora de establecer cómo habrá de estar

organizada la maquinaria jurídica y las instituciones con el fin de aproximar lo más posible las democracias reales al modelo ideal de democracia. En definitiva, el debate democrático y su regimentación, así como todas las otras exigencias institucionales que garantizan, por una lado, la eficacia del Derecho en la persecución de los valores morales últimos y, por otro, la mayor legitimidad moral en la producción de normas jurídicas (el denominado principio democrático y la separación de poderes) habrán de articularse con el fin de conseguir la satisfacción más eficaz de los derechos humanos. Sucede, sin embargo, que cuando pierde fuerza epistémica, opera el principio moral según el cual es preciso salvaguardar las instituciones que permiten implementar la toma de decisiones moralmente legítimas y de ahí que, en tales casos, opere el carácter autoritativo del Derecho; ahora ya, como sistema, en su conjunto, moralmente legítimo.

El principio democrático exigirá que, especialmente, aquellos que toman decisiones como parte de esa maquinaria institucional acepten -apliquen autoritativamente- las decisiones democráticas aunque estas no coincidan con su propio juicio; y ello porque respetando ese principio ampliamos las posibilidades de que, en muchos otros casos, se tomen decisiones correctas.

Entonces, nos encontramos con que las normas jurídicas procedentes de un sistema democrático constituyen razones para la acción en la medida en que -tenemos razones para creer que-, en su vertiente valorativa están ejemplificando, o especificando, principios morales (es decir, se presentan como exigencias derivadas de la legítima protección de bienes). Y cuando esto no es así, como señalé antes, es preciso ver si, en última instancia, opera también el principio moral que exige implementar aquellos procedimientos epistémicos que maximicen la probabilidad de actuar de forma moralmente correcta: esto es, si el juicio del primer nivel del razonamiento acerca de la legitimidad de la institución en su conjunto es positivo, entonces, esa legitimidad moral se proyectaría -aunque suponga una legitimidad más débil- sobre la norma jurídica que carece de valor epistémico y esa norma jurídica sería una razón auxiliar que combinada con el

nencionado principio moral constituiría, en cuanto que juicio de adhesión normativa, una razón completa para la acción.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

®

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

BIBLIOGRAFÍA

ABBAGNANNO, Incola, *Diccionario de Filosofía*, trad. Alfredo N. Galleti, México, FCE, 1985

AGUILAR, Rivero, Mariflor, *Confrontación, crítica y hermenéutica*, Fontamara, México, 1998

AGUILÓ, Regla Josep, *Buenos y malos. sobre el valor epistémico de las actitudes morales y prudenciales* en Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho, no. 15-16, 1996

La constitución del Estado Constitucional, UNAM, México.

ALCHOURRÓN Carlos E. y BULYGIN Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, editorial Astrea, Bs. As. 1998.

Sobre la existencia de las normas jurídicas, en cuadernos de metodología y filosofía del derecho, Universidad de Carabobo, 1980.

ALEXY, Robert, *El Concepto y la Validez del Derecho*, trad. J. Malem, editorial Gedisa, 1997

Derecho y razón práctica, trad. Pablo Larrañaga, distribuciones Fontámara, México, 1993

Derecho Injusto, Retroactividad y Principio de Legalidad Penal, en Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho, no. 23, 2000.

ARENDT, Hannah, *The Human Condition*, University of Chicago Press, 1958

Eichman in Jerusalem, a report on the banality of evil, editorial Penguin, 1994

ARISTOTELES, *Ética Nicómaco*, trad. J. Pallí Bonet, editorial Gredos, 1988.

Metafísica, trad. Patricio Azcarate, Porrúa, México, 1980

ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Derecho y Argumentación, Universidad de externado de Colombia, Bogotá, 2000

Lógica y argumentación jurídica, en calculemos... matemáticas y libertad. Homenaje a Miguel Sánchez Mazas, edit. Trota, 1996.

Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del derecho,

Las Piezas del Derecho, edit. Ariel, Barcelona, 1996, junto con Ruiz Manero.

El Sentido del Derecho, edit. Ariel, 2001

Marxismo y Filosofía del Derecho, Fontamara, México, 1993, Junto con Ruiz Manero

BAYÓN Mohino Juan Carlos, *La Normatividad del Derecho: Deber Jurídico y Razones para la Acción*, edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Razones y Reglas: Sobre el Concepto de Razón Excluyente de Joseph Raz, en Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho, no. 10, 1991.

Participantes, Observadores e Identificación del Derecho, en I congreso Italo Español, Imperia Italia, 1995.

BERUMEN, Arturo, *La ética jurídica como determinación dialéctica del derecho natural*, Cardenas, México 2000.

BOBBIO, Norberto, *Algunos Argumentos contra el Derecho Natural*, 1959, en Kelsen, Bobbio y otros.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Crítica del Derecho Natural, Biblioteca Pública Taurus, 1966

BULYGIN, Eugenio, *Algunas Consideraciones sobre los Sistemas Jurídicos*, en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, No. 9, 1991.

Sobre la regla de reconocimiento, en AAVV, derecho filosofía y lenguaje, Homenaje a Ambrosio L. Gioja, Astrea Bs. As, 1976

Tiempo y Validez, en análisis lógico y derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991.

CALSAMIGLIA Albert, *Teoría del participante vs. Teoría general del Derecho: una aproximación*, en *anuario de filosofía del derecho XIV*, 1997

Ensayo sobre Dworkin, Los derechos en serio, edit. Ariel, 1984

CARRIÓ, Genaro, *Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1970

Sobre los límites del lenguaje normativo, Bs. As., Astrea, 1973

Un intento de superación de la controversia entre positivistas y iusnaturalistas, *Replica a Carlos S. Nino*, edit. Abeledo Perrot, 4ta. edición, 1990.

Análisis filosófico jurídico y politológico de la práctica constitucional, ed. Astrea, Bs As., 1992.

D'ARCY Erik, *Human acts and essay in their moral evaluation*, Clarendon Press, Oxford, 1983

DAVIDSON Donald, *Action reasons and causes*, trabajo incluido en white A. R. (comp) *the philosophy of action*, Oxford, 1982.

Action and events, clarendón press, Oxford, 1982

DE JOUVENEL Bertrand, *La idea del derecho natural*, en Kelsen, Bobbio, y otros, *critica del derecho natural*, biblioteca política, Taurus, 1966.

DWORKIN Ronald, *The model of rules*, en University of Chicago, *Law review XIV*, 1967.

Retorno al derecho natural, trad. Santiago Iñiguez de Onzoño, en *derecho y Moral*, ensayos analíticos, Ariel, Barcelona, 1991

Social rules and legal theory, en the *Yale Law Journal LXXXI*, 1972.

Hard Cases, en *Harvard Law Review*, vol. 88, No. 6, aril 1975.

No right answer? En *Law morality and society*, essay in honor of H.L.Hart, 1997, edited P.M.S., Hacker y J. Raz, Londres.

El imperio de la Justicia, Gedisa, Barcelona, 1988

Los derechos en serio, trad. de M. Gustavino, Edit. Ariel, Barcelona, 1989.

FASSÓ, Guido, *Historia de la filosofía del derecho*, edit. Pirámide, 4ta. edición, Madrid, 1985.

FERRERES, Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

FINNIS, John, *Natural law and natural rights*, Oxford, 1980.

FISS, Owen, *Groups and equal protection clause*, philosophy and public affairs, vol. 5, No. 2, 1976

FULLER, Lon, *Human purpose and natural law en journal of philosophy*, no. 53, 1956

La moralidad del derecho, trad. F. Navarro, editorial Trillas, México, 1967

GADAMER, *Verdad y método*, Trad. Manuel Olasagasti, Ediciones Sígueme, Salamanca, 2000

GARCÍA Maynes, Eduardo, *Filosofía del derecho*, Porrúa, México, 1986

GARZÓN Valdés Ernesto, *Derecho natural e ideología*, en derecho y ética política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Derecho y naturaleza de las cosas, en derecho, moral y política, editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Contribución a problemas abiertos en la filosofía del derecho, en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho No. 1, 1984

Acerca de la tesis de la separación entre moral y política, en derecho y ética política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

El concepto de estabilidad de los sistemas políticos, en derecho, ética y política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

La democracia argentina actual: Problemas ético-políticos de la transición, en derecho ética y política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Representación y democracia, en derecho, ética y política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Algo mas acerca de la relación entre derecho y moral, en derecho, ética y política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Ética, economía y criterios de legitimidad, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

El consenso democrático, fundamento y límites del papel de las minorías, Isonomía, No. 12 Abril 2000.

GONZÁLEZ Lagier, *Acción y norma*, en G. H. Von Wright, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

GONZÁLEZ Vicen, *De Kant a Marx*, estudios de historia de las ideas, editorial Fernando Torres, 1984.

GUIBORG R. A., *La autor referencia normativa y la continuidad constitucional*, en Bulygin, Farrell, Nino, Rabosi, comps, El Lenguaje del derecho, Bs. As. 1983.

Hart, Bulygin y Ruiz Manero: tres enfoques para un modelo, en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, No. 14, 1993.

HABERMAS, *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. Ramón García Coratelo, ediciones Península, Barcelona, 1996.

Derecho y moral, en El derecho, la política y la ética, Trad. David Sobrerilla, Siglo XXI editores, México, 1991.

Teoría de la acción comunicativa, tomos I y II, trad. Manuel Jimenez, Taurus, Madrid, 1999

HAMPSHIRE S., *Thought and action* London, chatto and windus, editorial Americana Notre Dame, University Press, 1983

HART H.L.A., *El concepto de derecho*, traducción Genaro R Carrio, editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 1963

El positivismo y la separación entre el derecho y la moral, pronunciado como conferencia en Harvard en 1957, derecho y moral, análisis, editorial Depalma, Bs. As. 1962

Post Scriptum al concepto de derecho, editorial P.A. Bulloch y J. Raz, Oxford University Press, 1994, traducción R. Tamayo y Salmoran, UNAM, 2000

Essays on Bentham, Studies in jurisprudence and political theory, Oxford, Clarendon press, 1982.

HEGEL, *Ciencia de la Lógica*. Trad. Augusta y Rodolfo Mondolfo, Editorial Solar, Bs. As., t I 1982 y t II 1974

Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho, trad. Eduardo Vásquez, Edit. Biblioteca Nueva, Madrid, 2000

HIERRO L., *Problemas del análisis del lenguaje moral*, Madrid, Tecnos, 1970

KALINOWSKI, George, *Lógica del discurso normativo*, trad. Juan Ramón Capella, Tecnos, Madrid, 1975

KANT, E., *La religión dentro de los límites de la mera razón*, editorial Alianza editorial, 2001.

Crítica de la razón Pura, trad. Manuel García Morente, Porrúa, México, 1982.

Principios metafísicos de la doctrina del derecho, UNAM, México, 1978

KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, traducción García Maynez, UNAM, 1979.

Teoría Pura del derecho, trad. Roberto Vernengo, UNAM, México, 1979

Justicia y derecho natural, Kelsen, Bobbio y otros, crítica del derecho natural, biblioteca política taurus, 1966.

LAUTMANN, Rudiger, *Sociología y Jurisprudencia*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 1997.

LAPORTA Francisco, *Derecho y Moral, Vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalismo*, en Doxa. cuadernos de filosofía del derecho, No. 8, 1990.

Entre el derecho y la moral, editorial Fontamara, 1993

LIFANTE Vidal, *Sobre el concepto de discrecionalidad jurídica*, UNAM

LUHMANN, Niklas, *Teoría de la Sociedad*, Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos, Universidad de Guadalajara, México, 1993

MARCUSE, Hebert, *Eros y civilización*, trad. Juan Garcia Ponce, México, 1986

MAC CORMICK N., *Comment a G. Postema The normativity of law*, en issues in contemporary legal philosophy, the influence of H.L.A. Hart, 1987

MALEM, Seña J. F., *Carlos Santiago Nino Apuntes*, Bio-Bibliográficos

MILL, S., *Considerations on representative government*, en three essays: on liberty representative government, the subjection of women, Oxford University press, 1975

MORESO, J. J., *Disposiciones de reforma constitucional*, cuadernos de filosofía del derecho No. 10, 1991

Argumentación jurídica lógica y decisión judicial, junto con P. Navarro y C. Redondo, en Doxa, No. 11, 1992.

MUGUERZA, J., *La razón sin esperanza*, editorial Taurus, 1977.

NAGEL, E., *La estructura de la ciencia*, editorial Paidós, Bs. As. 1981.

NAVARRO, P. E., *La eficacia del derecho*, cCentro de Estudios Constitucionales, 1990.

NINO Carlos Santiago, *El concurso en el derecho penal*, editorial Astrea, Bs. As. 1972

Notas de introducción al análisis del derecho, editorial Astrea Bs. As. 4 volúmenes, 1973-1974

Consideraciones sobre la dogmática jurídica, México, 1974.

Algunos Modelos metodológicos de ciencia jurídica, Universidad de Carabobo, Venezuela, editorial Fontamara, México, 1993

Los límites de la responsabilidad penal, Bs. As., Astrea, 1980

La legítima defensa, fundamentación y régimen jurídico, editorial Astrea, 1982

Introducción al análisis del derecho, Bs. As., Astrea, 1980/Ariel 83

Ética y derecho humanos, editorial paidós, editorial Ariel, 1989

La validez del derecho, editorial Astrea, 1985

Introducción a la filosofía de la acción humana, Bs. As. Eudeba, 1987.

El constructivismo ético, Centro de Estudios Constitucionales, 1989

The ethics of human right, Clarendon paperbacks, 1991

Fundamentos del derecho constitucional, editorial Astrea, 1992

Un país al margen de la ley, Emece editores, 1992.

Derecho moral y política, editorial Ariel, 1994.

The constitution of deliberative democracy, Yale, University Press, 1996

Radical evil on trial, Yale, University Press, 1996

PÁRAMO, J. R., *Razonamiento jurídico e interpretación constitucional*, en revista española de derecho constitucional, No. 22

PASSERIN, D' Entreves A., *El derecho natural en Kelsen, Bobbio y otros*, crítica del derecho natural, Biblioteca Política Taurus, 1996.

PERELMAN, Ch., *La lógica Jurídica y la Nueva retórica*, trad. Luis Díaz Picazo, Civitas, Madrid, 1988.

PLATÓN, *Fedón o del Alma*, en Diálogos, Porrúa, México, 1979

Fedro o del Amor, en Diálogos, Porrúa, México, 1979

Hippias mayor o de lo bello, en Diálogos, Porrúa, México, 1979

La República o de lo Justo, en Diálogos, Porrúa, México, 1979

Timeo o de la naturaleza, en Diálogos, Porrúa, México, 1979

RAWLS, John, *Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971

El constructivismo kantiano en la teoría moral, en justicia como equidad, materiales para una teoría de la justicia, editorial Tecnos, 1986.

Sobre las libertades, Trad. Jorge Vigil Rubio, Paidós, Barcelona, 1990.

RAZ Josph, *El concepto de sistema jurídico*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 1986

Razón práctica y normas, 2a. edición, Centro de Estudios Constitucionales, 1991

Introduction practical reasoning, Oxford University Press, 1978

Autoridad y consentimiento, en buligin Farrell, Nino, Rabossi, comps. *El lenguaje del derecho*, homenaje G.R. editorial Abeledo Perrot, 1983.

RECASÉNS Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del derecho*, Porrúa, México, 1980

RENDONDO Cristina, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

Sulla rilevanza práctica del diritto, 1999

RICHARD D.A.J., *A theory of reasons for action*, Oxford, Clarendon press, 1971

RÓDENAS Galatayud, A., *Sobre la justificación de la democracia en la obra de C. S. Nino*, en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, No. 10 1991.

Sobre la justificación de la autoridad, Centro de Estudios Constitucionales, 1996

RODRIGUEZ Paniagua J. Ma., *Historia del pensamiento jurídico*, editorial Universidad Complutense, 1984.

ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la Justicia*, traducción G. Carrio, Bs. As., Eudeba, 1963.

El concepto de validez y otros ensayos, Fontamara, México, 2001

ROSENFELD, Denis, *Política y libertad*, trad. José Barrales Valladares, FCE, México, 1989

ROSSEAU Juan Jacobo, *El Contrato Social*, editorial biblioteca jurídica Aguilar, 1979

RUIZ, Manero J., *Jurisdicción y normas*, editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

Las piezas del derecho, editorial Ariel, junto con Atienza, 1996.

RUIZ Miguel A., *Derecho y punto de vista moral*, en anuario de filosofía del derecho XIV, 1997.

SAN AGUSTÍN, *Del libero arbitrio*, Porrúa, México, 1978

La ciudad de Dios, Porrúa, México, 1979.

SANTO TOMÁS, de Aquino, *Summa Theológica*, Porrúa, México, 1985

Tratado sobre la Justicia, Trad. Carlos Ignacio González, Porrúa, México, 1985

SCHMILL, Ulises, *Introducción a problemas capitales de la teoría jurídica del estado de Kelsen*, Porrúa, México, 1987.

La pureza del método en la teoría Kelseniana, en Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho, UNAM, México, 1984

SOBERANES Fernández, José Luis, *Los principios generales del derecho en México*, Porrúa, México, 2001

SINGER M., *Ética Institucional*, en análisis filosófico, X, 1990

TAMAYO y Sálmoran, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, Themis, México, 1992 y 1998.

VERNENGO, Roberto, *La Interpretación Jurídica*, UNAM, México, 1979

VON WRITGHT, George Herrik, *Un ensayo de lógica deóntica y teoría general de la acción*, trad. Ernesto Garzón Valdez. UNAM, México, 1998.

WITTGENSTEIN, *Conferencia sobre ética*, trad. Fina Birolés, Paidós, Barcelona, 1994.

WROBLEWSKI, Jerzy, *Ideología en la aplicación judicial del derecho*, trd. Géssie Fontus, en *Crítica Jurídica*, núm. 10, UNAM, 1992.

WELZEL Hans, *Introducción a la filosofía del derecho*, editorial biblioteca jurídica Aguilar, 1979.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



INDICE

Introducción	1
---------------------	----------

Capítulo I

De la Conexión Conceptual entre Derecho y Moral

1.1 Tensión entre Iuspositivismo y Iusnaturalismo	22
1.1.1. Crítica de Dworkin al planteamiento iuspositivista	29
1.1.2. Reconstrucción a la tesis de Dworkin	45
1.2. Concepto Descriptivo vs. Concepto Normativo	47
1.2.1. Concepto Descriptivo de Derecho.	49
1.2.1.1. Concepto de Hart	51
1.2.2. Concepto Normativo de Derecho.	52
1.2.2.1. Concepto de Finnis.	53
1.2.2.2. Concepto de Dworkin.	59
1.3. Pluralidad de Conceptos	61

Capítulo II

De las Normas Jurídicas como Razones para Actuar

2.1. La normatividad como vía de conexión entre derecho y moral	81
2.1.1. Reconstrucción de la razón justificativa en el razonamiento práctico	96
2.1.2. Características de las razones justificativas	99
2.1.3. Razones para la acción en el razonamiento práctico, según Nino	101
2.2. Las normas jurídicas en el Razonamiento Práctico	108
2.2.1. Los conceptos de norma jurídica de acuerdo de Nino	109
2.2.2. Normas Jurídicas como razones para actuar según Raz	116
2.3. Las normas jurídicas como razones para actuar.	121

Capítulo III

De la Validez como Concepto Normativo

3.1. Conceptos de Validez	141
3.1.1. La norma fundamental	148
3.1.2. La regla de reconocimiento: Hart	149

3.1.3. La critica de Dworkin	153
3.2. Concepto Normativo de Validez de Kelsen	168
3.2.1. La reconstrucción de Nino del concepto de validez Kelseniano	170
3.3. Concepto de Validez en Nino	185
3.3.1. Valor de las Normas de Facto en el Razonamiento Práctico	222

Capítulo IV

Del Razonamiento Jurídico Justificativo

4.1. Razonamiento Jurídico Justificatorio	228
4.2. Transito del Constructivismo Ontologico al Epistemológico	234
4.2.1. La Democracia como Sucedáneo del Discurso Moral	242
4.2.2. La Naturaleza Esencialmente Política del Derecho en Nino	249
4.3. Estructura del Razonamiento Jurídico Justificativo	261
4.3.1. Razonamiento jurídico justificativo a partir de un derecho justo	269
4.3.2. Valoración de la conexión entre Derecho y Moral	274
4.4. Unidad del Razonamiento Práctico, Propuesta	302
Conclusiones	306
Bibliografía	313

Índice	324
---------------	-----

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

