

¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE DEBERES JURÍDICOS? (Algunas consideraciones sobre las fuentes del Derecho a partir de la tesis de Nino del caso especial)

Victoria Roca
Universidad de Alicante

I. Introducción

Pese a que han sido varios los intentos (vid., entre otros, Nino¹, Brink²) por armonizar dos modelos de teoría del Derecho y de reconstrucción de los conceptos jurídicos básicos (por un lado, el modelo de teoría del Derecho que tradicionalmente viene realizando la tradición positivista en la línea de Hart -comprendiendo aquí tanto al positivismo excluyente como al inclusivo- y, por otro, el de la corriente postpositivista en la línea de Dworkin), creo que existe todavía un núcleo duro de desacuerdo entre estas teorías que -al menos hasta donde alcanzo a entender- no puede considerarse una pseudodisputa porque me parece que sí que están hablando de lo mismo y que sus tesis sí se enfrentan genuinamente.

El problema que, en mi opinión, constituye el núcleo del desacuerdo es el de la naturaleza de los deberes jurídicos: los postpositivistas ven aquí un punto de conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la moral, mientras que los positivistas niegan tal conexión. De esta forma, una reconstrucción de las prácticas jurídicas a partir de un concepto de deber jurídico aislado de la moral sería considerado por el positivismo que aquí caracterizo como algo plausible, y erróneo, sin embargo, para los postpositivistas.

Dos son los problemas cuya presentación permite introducir las tesis postpositivistas que conforman lo que he denominado el núcleo del desencuentro: (1) Por un lado, la cuestión acerca de si una ley formalmente válida (es decir, válida según los criterios formales -autoridad competente y procedimiento- de pertenencia del sistema) genera en todo caso un ‘deber ser’

¹ C.S. Nino, *La validez del Derecho*, ed. Astrea, (1985).

² D. Brink, “Legal Positivism and Natural Law Reconsidered”, *The Monist* (1985).

(aunque sea entrecomillado según la terminología de Hare). La respuesta de los iuspositivistas es afirmativa, la del postpositivismo es negativa. Para estos últimos, una ley formalmente válida pero extremadamente injusta -según los aceptantes del sistema- falla como Derecho y no constituye un 'deber ser' y (2) por otro lado, el problema acerca de si para que un deber jurídico sea un deber genuino es preciso siempre que sea previamente un deber moral al margen de la existencia de cualquier sistema jurídico. Aquí coinciden en sus respuestas positivistas y postpositivistas. La respuesta es, en ambos casos y acertadamente, negativa. Obviamente, la mayor parte de los deberes jurídicos no son deberes al margen de la práctica jurídica. Lo que sucede, y esto es importante para trazar el núcleo del desacuerdo, es que los segundos siguen otorgándole en última instancia carácter moral a la naturaleza de ese deber surgido de la puesta en funcionamiento de una institución. Consideran que para ser un deber ser genuino, de alguna forma, ha de tener una conexión con la moral.

Así, la normatividad que reclama el Derecho es para unos independiente de la moral, mientras que para los otros la moral es condición necesaria -aunque, claro, no suficiente- para conceptualizar esa normatividad y para individualizarla como algo distinto a una mera apelación a la capacidad fáctica de imponer sanciones. La forma de entender la validez jurídica sobre la que descansa esa pretensión de normatividad recibirá una respuesta de un tipo o de otro y ello también repercutirá -como se verá- en la pregunta acerca de las fuentes del Derecho o de los criterios de juridicidad de los sistemas.

Creo que el problema acerca de la normatividad o la validez del Derecho se pone especialmente de manifiesto en momentos extraordinarios en el funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos; pero son, en mi opinión, esos momentos los que resultan más iluminadores para tratar de aprehender los presupuestos del papel que el Derecho pretende atribuirse en nuestro razonamiento práctico y de nuestras actitudes hacia él.

Mi intención es reconstruir algunas de las implicaciones en este punto de la tesis de Nino del caso especial -concretamente de su tesis de la conexión del Derecho con la moral- tratando así de ofrecer una postura que recoja el núcleo duro -a partir de las tesis postpositivistas- de lo que considero el punto de desencuentro con los positivistas aquí caracterizados. De los dos grupos de problemas antes apuntados, en este trabajo me centraré en el primero de ellos, puesto que es ese análisis el que va a resultar especialmente pertinente a la hora de reconsiderar el concepto de fuentes del Derecho. Sin embargo, introduciré también algunas breves notas en relación con el segundo grupo de problemas, en la medida en que para trazar con claridad la tesis que aquí defiendo es también importante subrayar los elementos que constituyen al Derecho como un sistema normativo diferente de -aunque conectado con- la moral.

Después, me ocuparé brevemente de otras implicaciones de la mencionada tesis del caso especial, centrándome esta vez en la tesis de la dimensión institucional del Derecho como uno de los rasgos identificativos del Derecho frente a la moral. Aunque la moral gravita siempre tras el Derecho y -en mi opinión, como he apuntado- dar cuenta de esto es la única forma de explicar la pretensión de este último de generar deberes genuinos, eso no significa olvidar que esa conexión tiene una especial complejidad. Esto aparece ilustrado con cierta claridad cuando abordamos la dimensión institucional del Derecho.

En definitiva, en este artículo quiero, por un lado, esbozar una comprensión de los deberes jurídicos a partir de un estudio de los trabajos de Nino. Las tesis defendidas serán las siguientes:

a) Para reconstruir plausiblemente el concepto de deber jurídico (la norma jurídica en su dimensión de juicio de deber ser) es preciso partir de su comprensión como una derivación (por especificación) o bien como una elaboración compleja a partir de un deber moral genuino.

b) Las normas que desde el punto de vista de los participantes son consideradas como extremadamente injustas fallan a la hora de crear deberes. Fallan como Derecho.

c) La moral exige la articulación de instituciones como el Derecho para posibilitar la convivencia pacífica y respetuosa con los derechos humanos. Si bien hay muchos deberes que son tales sólo a partir del hecho de la existencia -moralmente relevante- de la institución en cuestión, su carácter de genuino deber -o su pretensión de serlo- sólo puede explicarse a partir de la conexión que la institución en cuyo seno se articulan tiene con la moral.

Y, por otro, me propongo apelar de forma tentativa a la necesidad de dar cuenta -si queremos explicar un rasgo importante de nuestros Derechos y su pretensión de autoridad- de la impregnación moral de los criterios de validez jurídica. Las fuentes del Derecho serán entonces reconsideradas.

Una reconstrucción teórica de los deberes jurídicos como deberes morales implica un riesgo ciertamente grave: la -aparente- legitimación de los sistemas jurídicos vigentes, y de las obligaciones que en ellos se establezcan. Sin embargo, lo que yo trato de reivindicar -y esto es una tesis formulada desde el punto de vista interno- es bien al contrario la tesis de que los deberes jurídicos serán mera coacción y sanción mediante la fuerza y nunca -como pretenden- razones que puedan justificar cursos de acción, cuando tales aparentes deberes no pueden ser fundamentados a partir de un esquema complejo de principios morales e instituciones sociales para la protección, construcción y garantía de los derechos humanos. Sólo cuando satisfacen ese fundamento son deberes jurídicos genuinos o válidos -no meramente aparentes-; aunque sean, en muchos casos, deberes morales de un

tipo especial. Cuando lo anterior no se satisface y se emiten normas por los órganos competentes del sistema y según el procedimiento establecido que, sin embargo, violan la denominada cláusula de Radbruch, entonces tales normas fracasan como Derecho (fracasan a la hora de satisfacer la pretensión de autoridad que reclama el Derecho); no son, en tal sentido, Derecho válido, sino sólo fuerza que ha sido reglamentada utilizando la maquinaria institucional estatal.

II. La cuestión acerca de los deberes jurídicos y el problema de la extrema injusticia

1. Introducción

Como antes he indicado, en relación con la cuestión de la que aquí me ocupo, el positivismo excluyente y el incluyente tienen una postura común. La postura defendida por los autores de la corriente postpositivista -cuando defienden que los criterios de juridicidad tienen una conexión con la moral- va más allá de las tesis del positivismo inclusivo. La diferencia entre positivismo excluyente e inclusivo viene dada por la posibilidad -defendida por el segundo tipo de positivismo- de que la regla de reconocimiento como regla social considere como contenidos jurídicos no sólo los derivados de las fuentes formales del sistema, sino también otros que lo sean por su valor moral³ [Hart, 2000]. Sin embargo, el problema del que aquí me ocupo es otro y, si no estoy errando en mi apreciación, creo que éste se articula en un nivel de abstracción superior. Se trata de la cuestión acerca de si esos criterios, cualesquiera que sean, mediante los que se pretende calificar a una norma como jurídica y constituir a partir de ella un deber ser jurídico tienen siempre necesaria y, precisamente, por aspirar a constituir un deber ser, una conexión con la moral. Esto es, si el Derecho, cuando pretende crear deberes genuinos ha de impregnar necesariamente de moral sus criterios de juridicidad.

Ni el intento de Nino⁴ ni el de Brink⁵ solucionan el problema que, si no me equivoco, sigue enfrentando a dos posturas que, recurriendo a sus clásicos defensores, puede presentarse de esta forma:

³ Vid. H.L.A. Hart, *Postscriptum a El concepto de Derecho*, Universidad Nacional de México, (2000).

⁴ C.S. Nino, *La validez del Derecho*, ed. Astrea, (1985), en este trabajo Nino sostiene que la forma de hacer compatibles los proyectos del positivismo y del postpositivismo es entendiendo que las tesis positivistas resultan plausibles en el marco de una empresa puramente descriptiva y las tesis postpositivistas en el marco de una empresa normativa.

⁵ D. Brink, "Legal positivism and Natural Law Reconsidered", en *The Monist*, (1985). Brink consideraba que las tesis de los positivistas eran plausibles en el ámbito de la explicación de las condiciones existentes de validez jurídica y de la identificación de lo jurídico (como

Cuando Hart distinguió entre punto de vista interno y externo, nos dio las herramientas para comprender y reconstruir la noción de la normatividad del Derecho. La tesis de Austin resultaba implausible para dar cuenta de la complejidad del fenómeno jurídico puesto que -por lo que aquí nos interesa- permitía distinguir entre la noción de ‘sentirse obligado’ y la de ‘tener una obligación’. El punto de vista interno -nos explicó Hart- viene caracterizado precisamente porque, para los aceptantes, las normas jurídicas imponen un deber genuino que requiere ser satisfecho con independencia de las amenazas de las autoridades para el caso de incumplimiento [Hart, 1961]. Sin embargo, Hart -aunque en mi opinión de algunos elementos de su obra pueden extraerse implicaciones contrarias a esto- negó que existiera una conexión necesaria (incluso para el aceptante) entre ese deber genuino que -desde el punto de vista interno- viene impuesto por el Derecho y la moral; aun reconociendo que cuando se da esa conexión desde el punto de vista del aceptante, esto contribuye a la estabilidad del sistema [Hart, 1961:250-251]. En un trabajo posterior, Hart se pronuncia de forma muy clara -refiriéndose a una teoría general descriptiva del Derecho- diciendo que “no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el contenido del Derecho y la moral; y, por tanto, disposiciones perversas pueden ser válidas como reglas o principios jurídicos. Un aspecto de esta forma de separación del Derecho y la moral es que puede haber derechos y obligaciones jurídicas que no tengan ninguna justificación o fuerza moral en absoluto” [Hart, 1977].

Y que esto no se pretende sólo desde el punto meramente externo (y aun así podríamos, en cualquier caso, cuestionar la plausibilidad de una reconstrucción que deja fuera una pretensión de corrección que pudiera verse como rasgo característico para explicar la normatividad que pretenden nuestros sistemas jurídicos) puede apreciarse cuando en el trabajo antes citado [Hart, 1961] presenta su postura en contra de la defendida por Radbruch y por los tribunales alemanes de la posguerra -suscrita también por Fuller- señalando que “de la proposición de que una regla es demasiado inicua para ser obedecida no se sigue que no es una regla válida de Derecho” [Hart, 1961:258].

Radbruch, por su parte, en la versión de posguerra de su *Filosofía del Derecho*⁶ defendió una concepción de la validez jurídica que aparecía vinculada con la idea de validez moral. Admitiendo la tensión que existe en el seno del Derecho entre la idea de seguridad jurídica y justicia, señalaba que la validez de un Derecho positivo injusto no es cosa que pueda afirmarse sin

respuesta a la pregunta acerca de qué nos exige el Derecho ante un caso enjuiciable) y que las tesis del postpositivismo eran plausibles en el ámbito de la teoría de la adjudicación, como respuesta al problema de cómo deben los jueces resolver los casos.

⁶ G. Radbruch, *Filosofía del Derecho*, 4ª edición, Ed. Revista de Derecho privado, (1959).

más; el problema de la validez jurídica no es un juicio exclusivo del punto de vista del valor seguridad que contribuye a materializar el Derecho, sino que también puede pronunciarse desde el de la justicia [Radbruch, 1959: 100] y, algo más adelante, escribe Radbruch que “se ha demostrado tan sólo que la seguridad jurídica es un valor y que la seguridad garantizada por el Derecho positivo puede justificar hasta el Derecho injusto o que sea inadecuado a un fin. Pero no se ha demostrado la primacía absoluta de esta exigencia que todo Derecho positivo cumple de la seguridad ante las exigencias quizá incumplidas o abandonadas de la justicia [...]”⁷ [Radbruch, 1959: 111]. Los diversos aspectos de la idea de Derecho son todos de igual valor para configurar la denominada validez jurídica.

En *Arbitrariedad legal y Derecho suprallegal* (1962), Radbruch se pronuncia en el mismo sentido recogiendo una serie de sentencias de los tribunales de la posguerra en Alemania acerca de acciones realizadas supuestamente al amparo de una legalidad formal del régimen nazi. En este trabajo, Radbruch señala que “el positivismo no está en condiciones de fundar con sus propias fuerzas la validez de las leyes. Tal concepción cree haber demostrado la validez de la ley sólo con señalar el poder de su vigencia. Pero en el poder se puede quizá fundar un ‘tener que’ pero nunca un ‘deber’ o un ‘valor’. Estos se fundan más bien en un valor inherente en la ley. En verdad, toda ley positiva lleva consigo un valor, sin consideración de su contenido: es siempre mejor que ninguna ley, ya que crea al menos seguridad jurídica [la fuerza reglamentada, la certeza, es, al menos en algún sentido, mejor que la fuerza arbitraria]. Pero la seguridad jurídica no es el valor único ni el decisivo, que el Derecho ha de realizar”. Y sostiene que sólo es Derecho (1) lo que crea seguridad jurídica y (2) lo que -además- aspira a ser justicia. Sin duda, la seguridad jurídica es un reclamo de la misma idea de justicia (“Que el Derecho sea seguro es una exigencia de la justicia”). Cuando justicia material y seguridad jurídica entran en conflicto tal “podría solucionarse bien en el sentido de que el Derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, bien en el de que el conflicto de la ley positiva con la justicia **alcance una medida tan insoportable** que la ley, como Derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia [...]”. Donde la igualdad que constituye la

⁷ El párrafo continúa de esta forma “y, en caso de una pugna entre ellos, el fallo sólo puede pronunciarlo la conciencia individual. La validez absoluta de todo derecho positivo es cosa indemostrable frente a cada individuo”. Me detengo, sin embargo, dónde lo he hecho en el texto principal pues es la parte de la tesis de Radbruch que, para el propósito de este artículo, me interesa tener en cuenta. La segunda parte de su posición suscita en mi opinión toda una serie de cuestiones que me resulta imposible abordar en este momento y que creo que puedo dejar de lado por no afectar al núcleo central del problema que aquí trato.

médula de la justicia es negada claramente por el Derecho positivo, allí la ley no solamente es Derecho injusto, **sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica [...] no es un Derecho tal vez injusto, sino que no es en absoluto Derecho**” [Radbruch, 1962: 35-41]. Una ley extremadamente injusta falla en su pretensión normativa. Falla en su pretensión de crear un deber jurídico genuino. Vacía de normatividad es nula como Derecho aunque sea formalmente válida.

La distinta reconstrucción que hacen Hart y Radbruch de los problemas que tuvieron que enfrentar los tribunales tras la II Guerra Mundial permite ver con detalle las diferencias entre ambas posturas. Para Hart, todas las normas del Derecho nazi, aun aquellas tremendamente abominables desde el punto de vista moral, eran jurídicas si eran formalmente válidas. Esto no implicaba necesariamente que aquellos que realizaron actos amparándose en sus dictados hubieran de quedar sin castigo. Cuando el crimen es tan atroz desde el punto de vista de la justicia -nos decía Hart- es legítimo aplicar retroactivamente leyes sancionadoras. Es decir, el juez que enfrenta esos casos extremos ha de considerar derrotado el principio de seguridad jurídica en el que se fundamenta la no retroactividad de las leyes penales sancionadoras por el principio de justicia material. Para Hart no hay que darle un valor tan fuerte al Derecho como parecería venir implicado por las apreciaciones y previsiones de Radbruch. Es perfectamente posible decir que una ley es jurídicamente válida pero que, sin embargo, resulta terriblemente inicua para ser aplicada u obedecida. [Hart, 1961: 256]. Así, en la reconstrucción de Hart, consideraciones de justicia pueden en su caso justificar la derrota del principio de seguridad jurídica cuando éste arroja un resultado terriblemente injusto cual sería dejar sin castigar actos atroces llevados a cabo utilizando el Derecho y amparados -sólo *prima facie*- por los deberes jurídicos.

Si interpreto bien a Hart, éste autor reconstruye el punto de vista interno acerca de la validez de esta forma:

a) Las normas jurídicas extremadamente injustas que han sido dictadas según los criterios formales de validez referidos por la regla de reconocimiento no pierden por ello su carácter jurídico.

b) Las normas jurídicas extremadamente injustas constituyen deberes jurídicos genuinos.

c) Ese carácter de deber jurídico no significa que sea un deber *all things considered* sino que sólo lo es *prima facie*.

d) Lo anterior significa que puede darse el caso de que una norma jurídica cuando es extremadamente injusta sea derrotada por un principio moral y por lo tanto que quien actúa de acuerdo con ella no esté legitimado, pues no hemos de actuar conforme a un deber *prima facie*, sino conforme a nuestros deberes *all things considered*.

Sin embargo, la pregunta que, en mi opinión, Hart deja sin contestar, y con él todo el positivismo que deje fuera de la explicación de la juridicidad consideraciones morales, es la cuestión acerca de dónde surge la normatividad -aun *prima facie* y, en su caso, (cuando estemos dando cuenta como observadores de la práctica jurídica de otros) entrecomillada- que él le da a los deberes jurídicos. Hart ni siquiera parece vincular esa normatividad con la creencia genuina por parte del aceptante en la existencia de tal deber, pues -como he apuntado- el aceptante hartiano no necesariamente es un aceptante por razones morales y, sin embargo, el propio Hart nos lo ha dicho, todo aceptante considera que existe un deber genuino de hacer lo que tal o cual norma dispone [Hart, 1961].

En definitiva, el problema que, en mi opinión, presenta el concepto amplio de Derecho defendido por Hart según el cual consideramos Derecho todas las reglas que son válidas según los criterios formales de un sistema de reglas primarias y secundarias, aun cuando algunas de ellas atenten contra la moral que se presenta como la moral esclarecida desde un determinado punto de vista interno, es que no da una respuesta satisfactoria a la cuestión acerca de qué significa que el Derecho crea deberes genuinos aunque sea *prima facie* y, entonces, si bien Hart nos invitaba en *El concepto de Derecho* a ver el fenómeno jurídico en términos de creencias en deberes, acaba por regresarnos -reconstruyendo la validez del Derecho como una cuestión no vinculada necesariamente con la moral- al reino de la fuerza organizada. A la orden del asaltante aun que, sin duda, en una versión mucho más sofisticada.

Pero, el Derecho pretende algo más para sí mismo. La autoridad que pretende el Derecho se traduce en una idea de normatividad que -en mi opinión- sólo puede explicarse si damos cuenta de que en caso de no estar presente -por encontrarnos ante una norma extremadamente injusta que, en un balance global, no pueda proyectar ninguna normatividad aun derivada de otro tipo de consideraciones- el propio sistema tachará como inválido el intento de crear un deber jurídico. Un sistema que no pretende tachar como nulos los intentos de construir deberes jurídicos que se presentan desde el punto de vista del participante como extremadamente injustos no pretende constituir deberes genuinos y, entonces, creo que en tal caso nos encontramos ante algo distinto a un sistema jurídico. En los casos de sistemas y comunidades que, a diferencia de los anteriores sí articulan la validez jurídica comprendida en términos de la pretensión de corrección, pero que fallan en la satisfacción de esa pretensión y consideran cómo válidos deberes jurídicos abominables desde el punto de vista de la moral esclarecida (que no se presentan, sin embargo, como injusticia extrema desde el punto de vista interno de la comunidad de aceptantes), podremos hablar de sistemas jurídi-

cos, en cuanto que sí esgrimen una pretensión de corrección que se presenta como satisfecha desde la moral positiva (el sistema está legitimado). Vale la pena, sin embargo, identificar la diferencia entre Derechos legítimos y Derechos legitimados (estos últimos sólo constituyen deberes jurídicos entrecomillados).

Alexy es quien, seguramente, ha llevado a cabo en la filosofía del Derecho contemporánea un análisis más cuidadoso de la cláusula radbruchiana de la extrema injusticia. Fruto de su análisis son las tesis siguientes [Alexy, 1997]:

1) Desde el punto de vista del observador una norma jurídica extremadamente injusta no deja por ello de ser jurídica si pertenece a un sistema jurídico (es decir, si ha sido promulgada conforme a un ordenamiento y es socialmente eficaz).

2) Cuando ese observador se pregunta sobre la juridicidad de un sistema, a lo que recurre para distinguir un sistema jurídico de un sistema de pura dominación es a la pretensión de corrección o pretensión de normatividad de ese sistema por menos justificada que ella esté desde el punto de vista de una moral esclarecida. Bastará que el sistema esgrima esa pretensión y que sea percibido como legítimo por los ciudadanos a los que va dirigido (es decir, que el observador pueda dar cuenta de la existencia de aceptantes por razones morales). Los problemas prácticos relevantes -nos dice Alexy- surgen sólo cuando la pretensión de corrección es formulada pero no satisfecha.

3) La cuestión acerca de los problemas prácticos implica un giro de la postura del observador que trata de identificar sistemas jurídicos -y se pregunta acerca de aquellos sistemas que tratan de dar una respuesta a la pregunta qué debo hacer- a la del participante que se pregunta qué debo hacer. En este caso, cuando el participante se encuentra ante una norma que se le presenta como extremadamente injusta entonces ha de concluir que esa norma no es Derecho válido, que no genera siquiera deberes *prima facie* porque los criterios existentes de validez de todo Derecho que pretenda -para serlo- autoridad normativa incluye necesariamente junto a la idea de legalidad formal la validez o legalidad material.

4) El participante que se pregunta por la validez jurídica de todo un sistema enfrenta un problema más complejo, en opinión de Alexy, puesto que la cláusula radbruchiana de la extrema injusticia sólo permite descalificar al sistema como jurídico si, a causa de su extrema injusticia, hay que negarle el carácter jurídico -y con ello la validez jurídica- a tantas normas particulares que desaparece el número mínimo de normas necesario para la existencia de un sistema jurídico. Es decir, sólo cuando la pretensión de corrección no se satisface en el sentido de que muchas normas traspasan el umbral de la

injusticia extrema el participante puede concluir que el intento de sustituir el orden legal anterior por uno nuevo fue en su totalidad un fracaso.

Recapitulemos:

Si Kant tenía razón cuando, apuntando la idea de la unidad del razonamiento práctico, señalaba que “todos los deberes, simplemente porque son deberes, pertenecen a la Ética; pero su legislación no está contenida para todos en la Ética, sino fuera de la misma para muchos de ellos”⁸, entonces el Derecho, si pretende constituir deberes genuinos, ha de construir la validez jurídica como un concepto puente entre lo fáctico y la moral.

Si la Teoría del Derecho quiere dar cuenta de esa pretensión del Derecho ha de construir categorías conceptuales que permitan diferenciarlo de la pura fuerza reglada y monopolizada, pero, además -de esto me ocuparé aunque brevemente en el tercer apartado de este trabajo-, si quiere dar cuenta de su especificidad como sistema normativo ha de distinguirlo de la moral pura.

Nuestro análisis conceptual tendrá entonces que permitirnos dar cuenta de la diferencia entre:

- 1) La moral positiva.
- 2) Los sistemas de pura dominación.

3) Los sistemas normativos procedentes de autoridades consideradas legítimas por la comunidad en cuestión (esto es, autoridades legitimadas) y que constituyen deberes jurídicos genuinos entrecomillados (es decir, constituyen deberes genuinos desde el punto de vista de la moral que se considera esclarecida en una determinada sociedad). Nótese que, en mi comprensión de este problema, la normatividad del Derecho siempre se explica en términos morales, lo que cambia es si esa normatividad es genuina por respetar la moral esclarecida o es meramente entrecomillada por no violar el umbral de lo que se considera extrema injusticia según la moral positiva de la comunidad que está participando en la práctica jurídica. Pero, siguiendo la tesis de Alexy, sostengo que la cláusula radbruchiana es condición necesaria de todo pensamiento jurídico y que se constituye en criterio que deberá ser satisfecho para determinar la validez legal desde el punto de vista del participante y también, aunque ahora sólo como pretensión de corrección (que será o no satisfecho), en criterio de clasificación -para distinguir a un sistema jurídico de otro de pura dominación- desde el punto de vista del observador.

3) Los sistemas normativos jurídicos que constituyen genuinos deberes positivos desde el punto de vista de la moral esclarecida (esta tesis, claro, dados nuestros límites cognoscitivos, es fruto de un mero giro: lo que varía en relación con el supuesto anterior es que el observador comparte los prin-

⁸ Kant, *Metafísica de las costumbres*, ed. Austral. Esta cita de Kant proyecta también el segundo grupo de problemas caracterizados al principio de este artículo.

cipios morales considerados esclarecidos por una determinada comunidad). Entiendo que estos sistemas proceden de autoridades democráticas. Aunque con ello no me comprometo a sostener que todas las normas emanadas de toda autoridad democrática (en nuestras democracias reales) constituyan deberes *all things considered*.

Como apunté, para tratar de argumentar a favor de que la pretensión de normatividad del Derecho sólo puede explicarse de forma plausible entendiendo al Derecho, recogiendo toda su complejidad, como un fenómeno conectado con la moral, voy a recurrir a los análisis que Nino llevo a cabo de este intrincado problema. En definitiva, quisiera recoger aquí los argumentos de este autor a favor de la tesis según la cuál la validez jurídica, entendida como la pretensión normativa del Derecho, sólo es plausiblemente reconstruida cuando es vista como un concepto puente entre el Derecho y la moral.

En opinión de Nino, “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, derivan de juicios acerca de la legitimidad de ciertas autoridades y acerca de lo que ellas han dispuesto” [Nino, 1985, pág. 93].

2. Algunas cuestiones previas acerca de la validez del Derecho

Bajo el rótulo de la “validez del Derecho” han sido tratados diversos problemas que, pese a su estrecha relación, es preciso distinguir. Con este rótulo “Derecho válido” se ha hecho referencia tanto a la pertenencia o vigencia de las normas, como a cuestiones normativas tales como su vinculatoriedad o fuerza obligatoria. El problema del que aquí me ocupo tiene que ver con la validez entendida en este segundo sentido (aunque también podrá tener implicaciones en relación con el primer sentido). Y la tesis que defiendo consiste en sostener que no existen deberes jurídicos independientes de los deberes morales y que una reconstrucción plausible de nuestra práctica jurídica como práctica normativa que pretende guiar y valorar nuestras acciones a partir de la generación de deberes jurídicos ha de recoger esa dimensión moral de todo deber jurídico. La reconstrucción teórica del concepto de deber jurídico deberá entonces dar cuenta de esa conexión que en su génesis ha de tener con criterios materiales de moralidad; aunque, en el marco de una empresa descriptiva de prácticas jurídicas de otros, implique hablar de deberes jurídicos entrecomillados.

En situaciones de funcionamiento ordinario del sistema, la conexión entre los deberes jurídicos y los deberes morales, entre la validez jurídica y la validez moral aparece de forma menos clara, pero cuando el sistema colapsa -es decir, en situaciones extraordinarias- nos damos cuenta con mayor

claridad de la impregnación moral que en su vertiente normativa tienen los conceptos jurídicos si quieren -como pretenden- justificar acciones.

Cabría, como hemos visto, hacer un razonamiento *à la Hart* y entender que los sistemas jurídicos crean deberes jurídicos independientes de los deberes morales y que lo que sucede es que en caso de conflicto y a la luz de una serie de consideraciones morales -como instancia última de legitimidad- un deber jurídico como deber *prima facie* pudiera llegar a ser derrotado para satisfacer exigencias morales superiores al principio de seguridad jurídica. Pero también existe otra forma de comprensión o de reconstrucción y ésta es la que a mí se me presenta como más plausible porque, en mi opinión, a diferencia de la reconstrucción de Hart sí que explica la normatividad que pretende el Derecho.

Nino se aparta en este sentido de la reconstrucción hartiana de la validez jurídica. Para Nino, el concepto de validez es uno de los conceptos cruciales en el discurso jurídico justificativo al establecer, como en su opinión establece, el puente entre ese discurso y el discurso moral más amplio. En opinión de este autor, 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 moral. Si ello es así, entonces, la perspectiva externa del Derecho como práctica social se distorsionaría si no relaciona explicativamente esa práctica social con la práctica social del discurso moral. La tesis defendida por Nino es que para reconstruir de forma plausible nuestras prácticas jurídicas es preciso dar cuenta de 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 modernidad [Nino, 1992: 58].

Las anteriores consideraciones le llevan a defender dos tesis:

(1) que cuando, desde la perspectiva interna, estemos recurriendo al Derecho para guiar o valorar nuestras acciones, nuestra pretensión de ampararlas con la legitimidad legal sólo se verá satisfecha cuando recurramos al Derecho válido y no al Derecho meramente vigente.

El orden, la paz y la seguridad son valores que suelen unirse a la existencia de sistemas jurídicos; la cuestión es si por sí solos permiten constituir deberes jurídicos genuinos aunque, en su caso, puedan verse derrotados por consideraciones de justicia más fuertes que las que ellos representan. O si no es así. Es decir, si hay un test mínimo de justicia (el no caer en la injusticia extrema) que toda norma que pretenda constituir un deber jurídico haya de superar para no fracasar no sólo en su potencial colisión con un principio moral, sino para no fracasar incluso como deber jurídico *prima facie*. Es decir, un test mínimo que haya de superar toda norma jurídica en particular para estar impregnada de normatividad y resultar válida como

Derecho. La respuesta de Nino es aquí, como vamos a ver, *à la* Radbruch y no *à la* Hart.

(2) 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.

3. *El test de la validez jurídica en la obra de Nino.*

Es preciso comenzar hablando aquí de una distinción importante para entender la reconstrucción que hace Nino de la validez del Derecho. Nino distingue dos tipos de regímenes: regímenes *de facto* y regímenes *de iure*. Cuando hablamos de normas que facultan a X a ejercer el poder constituyendo a X como autoridad *de iure*, no estamos aludiendo 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. Como señala Bayón, esta distinción trazada por Nino atiende a que cuando se dice que una autoridad es *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, que es *de iure*, entonces el que habla manifiesta ser él mismo uno de los que aceptan como legítima la autoridad de X [Bayón, 1991: 615-617].

Pues bien, en el desarrollo de su obra, Nino equipara gobiernos *de iure* con gobiernos democráticos respetuosos con los derechos humanos. Esto, como veremos a continuación, se traducirá en una legitimidad de origen para las normas democráticas, pero también implicará -seguramente de forma implausible- colocar bajo la misma categoría de 'gobiernos *de facto*' tanto a sistemas de normas provenientes de autoridades que lo son en el sentido de detentar el uso de la fuerza (es decir, cuando nos encontramos ante meros sistemas de dominación y sujetos que tienen *de facto* el monopolio del uso de la fuerza) como a aquellos casos -más complejos- de sistemas en los que hay una amplia aceptación por parte de los ciudadanos de los valores pretendidos por el sistema y en el que la autoridad, sin ser democrática, es decir, sin ser una autoridad legítima, cuenta con legitimación.

Pues bien, en la obra de Nino, como he señalado, una reconstrucción plausible desde el punto de vista externo de los conceptos jurídicos manejados en la práctica jurídica exige observar cómo operan estos -es decir, cómo son articulados- desde la perspectiva interna a esa práctica. El concepto de validez jurídica es un concepto puente entre el Derecho y la moral y "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”[Nino, 1985:92].

En su opinión, las confusiones teóricas en torno al concepto de validez jurídica 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 moral⁹. Nino da cuenta de algunos de esos erróneos razonamientos que apoyaron, muchas veces, sinceras convicciones teóricas: (1) la adopción de una versión distorsionada de la norma básica kelseniana que la convierte de un postulado epistemológico en un principio justificativo¹⁰; (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; en el mejor de los casos, se consideraba que tales disposiciones eran Derecho válido que constituía genuinos deberes jurídicos pero que, sin embargo, debían ser derrotado por consideraciones morales); (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 e introduce cierto orden, paz y certeza (ésta 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 [Nino, 1985: 91].

Pues bien, para 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-, pero sí que incide 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

⁹ En este mismo sentido, cfr. R. Alexy, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 23, (2000), págs. 197-230.

¹⁰ Véase en este sentido la lectura y análisis que hace Nino de la interpretación que hace Harris de la norma básica kelseniana en Harris, “When does the Grundnorm Change?” en *Cambridge Law Journal*, 29 (1971). C.S. Nino, *La validez del Derecho*, *op.cit.*, págs. 18 y ss.

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. Son estos valores éticos los que constituyen la fuente última de la validez de las normas jurídicas¹¹ 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 (legitimidad que, como he advertido, es la que las impregnara de la fuerza normativa que pretende el Derecho para sí).

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 (es decir, tendrán fuerza normativa) 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 la teoría 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 to-

¹¹ Aunque esta puntualización podría hacer pensar en la irrelevancia de la Constitución en el razonamiento práctico del sujeto -si las normas jurídicas pueden ser invocadas como justificaciones en la medida en que reflejen determinados principios morales ¿no convierte esto a la Constitución en irrelevante?- ésta es sólo una aparente irrelevancia que desaparece en cuanto profundizamos algo más en el fenómeno jurídico y aprehendemos en nuestra teorización su carácter de práctica institucional colectiva. Vid. C.S. Nino, *Fundamentos de Derecho constitucional*, ed. Astrea, (1992).

marse 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 la primera edición de *Ética y derechos humanos* (1984) y en *La validez del Derecho* (1985), 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 sustituyó¹² 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, claro está, con distinto grado 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 [Nino, 1989:397-403]. 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 nuestras sociedades (es, por así decirlo, la proyección institucional de la moral. Son límites, entre otros, derivados de la exigencia de operatividad)¹³. Tales desviaciones

¹² Cfr. A. Rodenas, "Sobre la justificación de la democracia en la obra de Nino, C.S.", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 10, págs. 279-294.

¹³ 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. Cfr. C.S. Nino, *Un país al margen de la ley* (1992) y *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, (1996). Sobre este punto volveré en el próximo apartado de este trabajo.

derivan, entonces, del carácter necesariamente institucionalizado del debate democrático. Las otras no son moralmente legítimas 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 eficaces¹⁴.

Veamos dos problemas que afectan directamente a la cuestión acerca de los criterios de validez jurídica en la reconstrucción de Nino. Me refiero a su análisis de la cuestión acerca del valor de las normas procedentes de un gobierno *de facto* durante el tiempo en que estos están gobernando y acerca del valor o status de esas mismas normas en tiempos de transición hacia la democracia.

1. 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 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, 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. 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, no opera la presunción de su justificabilidad moral y el test acerca de su normatividad nos habrá de llevar a examinar la legitimidad moral de su con-

¹⁴ Aquí las normas jurídicas aparecerán -en la terminología de Raz tomada por Nino- como razones auxiliares.

tenido. 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, fundamentalmente 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: (1) no se puede presuponer *a priori* que cualquier gobierno es mejor para preservar los derechos humanos que la ausencia de gobierno; (2) 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 hacerlo¹⁵; es decir, que son los más indicados 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, consideraciones morales de orden, paz, seguridad, etc. operarán a favor del reconocimiento de sus normas [Nino, 1985:99].

Creo que si extrapolamos el análisis de Radbruch y Alexy a las consideraciones de Nino es posible sostener que lo que está operando aquí es la

¹⁵ En este mismo sentido escribía Calsamiglia que la situación de anarquía o de caída de un Estado no es necesariamente peor que tiranías como la de Hitler o Stalin. La estabilidad puede ser garantizada por una dictadura, pero la legitimidad puede únicamente ser alcanzada si la igualdad y las necesidades básicas son garantizadas por el Estado para todo el mundo. A. Calsamiglia, "Constitutionalism and Democracy" en *Deliberative Democracy and Human Rights*, ed. H. Hongju Koh y R. C. Slye, Yale University Press, (1999), volumen colectivo en el que varios autores (A. Calsamiglia, R. Dworkin, E. Garzón Valdés, M.D. Farrell, S. Holmes, T. Nagel, entre otros discuten sobre diversas tesis sostenidas por Nino o temas que ocuparon su pensamiento). Una pregunta de interés es, por lo demás, si es cierto que tales regímenes son capaces de alcanzar la legitimación suficiente para garantizar la estabilidad.

cláusula radbruchiana de la extrema injusticia para marcar el límite acerca de qué normas pueden ser consideradas jurídicas aceptando que tenemos un sistema de normas que nos sirve para introducir orden, paz y certeza en nuestra convivencia. 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 a la hora de entender si estas generan o no deberes jurídicos *prima facie*. Es decir, a la hora de decidir si son válidas o nulas como normas jurídicas.

Por lo demás, pudiera darse el caso 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 -sin negar su carácter jurídico y constitutivo de *deberes prima facie*- 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 [Nino, 1989: 400-411].

2. Pero ¿qué sucede cuando las autoridades *de facto* dictan leyes con las que pretenden amparar violaciones masivas de derechos humanos en su territorio? Es decir, qué sucede cuando la cláusula radbruchiana de la no injusticia extrema es violada. ¿Pueden los participantes seguir hablando de deberes jurídicos *prima facie*? El momento en que este problema práctico suele salir a la luz es en los momentos de transición hacia una democracia, cuando nuevos operadores del sistema jurídico cuestionan el funcionamiento del régimen anterior. ¿Qué valor tienen las normas *de facto* a los efectos de las declaraciones de responsabilidad penal llevadas a cabo, posteriormente, durante la transición democrática? ¿Qué valor tienen las leyes de autoamnistía dictadas por el régimen saliente con la pretensión de impedir el castigo de los responsables de las violaciones masivas de derechos humanos?

En la obra de Nino, por un lado, el fin que justifica moralmente el castigo como institución es un fin social, no retributivo: evitar en el futuro la comisión de nuevo de actos abominables en violación de los derechos humanos y la creación de una cultura civil e institucional de respeto y garantía de los derechos humanos; por otro, el fundamento del castigo a un sujeto particular se encuentra en el principio de consentimiento. El principio de consentimiento es, a su vez, la base del principio de legalidad, según el cual, para sancionar un determinado comportamiento es preciso que haya una ley escrita previa a la realización de la conducta que prohíba su realización. Sólo cuando un agente actúa a sabiendas de la existencia de una ley positiva que califica a su acto como punible podemos, de alguna forma, considerar que ha consentido al castigo; algo que justifica la imposición de tal castigo siempre y cuando constituya un medio plausible para proteger a la sociedad contra futuras violaciones de derechos humanos [Nino, 1980].

Tratar de dar una respuesta a las anteriores preguntas nos envía al problema del debate entre la posición defendida por Radbruch y la posición defendida por Hart en relación con cuál era la reconstrucción plausible de los juicios de la posguerra.

El principio de legalidad es un principio de nuestros sistemas jurídicos cuyo fundamento es la protección de la confianza depositada por los distintos sectores de la sociedad en el Derecho escrito positivizado y eficaz¹⁶. Por razones de seguridad jurídica, un Derecho positivizado y eficaz no deja de ser Derecho -es decir, no deja de amparar acciones- aunque tenga contenidos desproporcionados o injustos.

Pero ¿qué sucede cuando tales contenidos son extremadamente injustos? Aunque, sin duda, una tarea de especial interés para la teoría habrá de ser la de precisar más este concepto de “extremadamente injusto” aquí tomaré la caracterización que hacen Radbruch, Nino y Alexy de él en términos de la violación de derechos humanos básicos. Cuando nos encontramos ante normas extremadamente injustas lo que hallamos es pues que las ponderaciones entre valores han dado como resultado reglas que reflejan una subversión de lo que puede considerarse una jerarquía valorativa moralmente sostenible.

En el análisis de Nino, las normas que provienen de un gobierno *de facto* que son a su vez contrarias a las exigencias de la moral de forma extrema carecen de cualquier fuerza justificativa¹⁷ son jurídicamente nulas. Las normas jurídicas válidas en vigor serán aquellas que, procediendo o no de un régimen democrático¹⁸, amparan los derechos humanos básicos. De esta forma, Nino escribe en su trabajo *Radical Evil on Trial* que nos encontramos con que, rechazada la validez de las normas que pretendían amparar tales

¹⁶ Cfr. R. Alexy, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal”. *Doxa*, nº23, (2000), en relación con el principio de legalidad penal véase, especialmente, las págs. 211-218.

¹⁷ Esto afecta también a las normas procedentes de un gobierno democrático puesto que, cuando se trata de derechos humanos básicos, la cuestión es de tal importancia moral que difícilmente estará justificada una norma jurídica que negara o recortara su reconocimiento, por más que su origen sea legítimo. C.S. Nino, *Ética y derechos humanos*, *op.cit.*, pág. 24.

¹⁸ En relación con este aspecto del problema, Nino señala que la norma jurídica no tiene que ser necesariamente democrática siempre y cuando después sea confirmada por una decisión democrática. A esto añade que sólo cuando el agente actúa conociendo que existe una norma jurídica que de alguna forma convierte a su acto en un crimen es legítimo sostener que consintió al castigo (justificando de esta forma la imposición de tal castigo siempre y cuando sea un instrumento eficaz para la protección de la sociedad). Si los perpetradores de las violaciones alegan su desconocimiento de la existencia de leyes que hicieran punibles tales actos cuando ellos los cometieron, Nino considera que ellos han de asumir las consecuencias de su elitismo moral epistémico (esto es, la creencia errónea y arrogante de que la reflexión individual y aislada de quienes dictan las normas dictatoriales es más digna de confianza que las decisiones democráticas). C.S. Nino, *Radical Evil on Trial*, *op.cit.*, págs. 162-163.

violaciones, “las atrocidades son crímenes claramente en la época de los regímenes dictatoriales si tenemos en cuenta (a la luz de la necesaria conexión justificativa entre Derecho y moral) el conjunto anterior de normas válidas” y que “las acciones deben ser juzgadas, en la medida de lo posible, bajo las leyes sustantivas y procesales y por los jueces por ellas designados, que hubieran sido operativas en el momento de los actos de no haber sido por las decisiones totalitarias amparando los abusos” [Nino, 1994:163].

Entonces, según esto, y a diferencia de la reconstrucción hartiana, los órganos del poder judicial de la democracia subsiguiente no enfrentan un problema de aplicación retroactiva de leyes penales sancionadoras puesto que los crímenes eran considerados como tales a la luz del Derecho válido en ese momento. Lo que sucedía es que ese Derecho no coincidía con el que aparecía como el Derecho escrito positivizado y eficaz, que, además, fallaba a la hora de satisfacer la pretensión de corrección. Si tenemos en cuenta la nulidad de las leyes que violan los derechos humanos, el Derecho válido lo encontrábamos en el nivel previo de normas jurídicas positivas válidas¹⁹.

¹⁹ En este sentido, y apoyando su solución en un razonamiento parcialmente similar, se pronuncia Alexy cuando analiza en el trabajo antes mencionado las decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán en relación con los crímenes cometidos por los centinelas del muro de Berlín. La fórmula radbruchiana de Derecho extremadamente injusto se aplica, para declarar no válidas (no aplicables *ab initio*) cláusulas provenientes de un Estado injusto que ampara un derecho manifiestamente injusto como las que pretendían justificar el homicidio de quienes quebrantaban la frontera que separaba la RDA de la RFA hasta la caída del muro de Berlín en 1989. El principio que garantiza la no retroactividad no protege la confianza en una causa de justificación amparada por una ley manifiestamente injusta y, en consecuencia, nula *ab initio*. En el caso en cuestión, Alexy considera que la fórmula radbruchiana al calificar el Derecho extremadamente injusto como nulo no provoca la aparición de una laguna puesto que el Derecho penal de la RDA contenía al tiempo de los hechos una extensa prohibición jurídico-penal del homicidio doloso. Alexy considera erróneo, sin embargo, la argumentación del TCF cuando parece querer hacer una interpretación del conjunto del Derecho de la RDA señalando que “se podría recurrir a la valoración que la propia RDA había tomado como base de sus disposiciones penales”. El error de esta argumentación está, en opinión de Alexy, en que podría hacer pensar que la punibilidad de los centinelas del muro, estaba ya prevista por el régimen jurídico de la RDA, cuando lo que sucedía es que había una causa de justificación que pretendía amparar tales actos. Y si es nula, es, en opinión de Alexy, por la validez de un derecho suprapositivo cuyo contenido serían los derechos humanos. Éste no es ni rígido ni inmutable pero posee, en cambio, un núcleo que trasciende un tiempo y espacios concretos. Esto diferencia a Alexy de Radbruch o Kaufmann quienes invocan Derecho positivo no legal (o estatal) que protege los derechos humanos (los derechos humanos para poder ser sancionada su violación, según estos últimos autores, deben tener validez positiva por razón de criterios similares a los del Derecho consuetudinario sin que para ello sea preciso un anclaje legal). Si atendemos entonces a esto último, como señala Alexy, no podría sancionarse a quienes perpetraron los mencionados actos durante el régimen de la RDA, puesto que entonces no existía derecho consuetudinario (que, por definición, se basa en su vigencia social) alguno que reconociera el derecho a salir del país y el derecho a la vida en la forma de un derecho a no ser muerto si uno intenta obtener el negado derecho a salir del país mediante el simple cruce de la frontera (este carecía de vigen-

Las anteriores conclusiones a las que Nino llega en su análisis, sin embargo, precisan, en mi opinión, ser completadas con un pronunciamiento acerca del juego del principio de legalidad -a tener en cuenta a la hora de juzgar los actos en el futuro- y el tipo de principio moral en el que se inspira.

Estoy de acuerdo con Nino en que, cuando enfrentamos normas tremendamente injustas, éstas no tienen, a la luz del mencionado principio, ni siquiera un valor justificativo *prima facie* como Derecho, en su momento, eficaz. Pero aun compartiendo esto, sin embargo, me parece que es preciso profundizar en esta cuestión y ello porque no deja de causar una cierta incomodidad el desplazar, sin justificar con todos los argumentos pertinentes, un principio que cumple un papel tan importante como reflejo del principio moral de la seguridad jurídica (o seguridad depositada por el ciudadano y operadores jurídicos en el Derecho que aparece como el Derecho eficaz en un determinado momento). Veamos pues el argumento que en mi opinión falta para cerrar el problema.

Si el principio de legalidad protege la confianza en la ley que aparece en ese momento como positiva y eficaz, cuando excluimos de ese ámbito de protección las leyes o cláusulas penales extremadamente injustas estamos escogiendo entre: (1) dejar sin punición a quienes actuaron amparándose en prescripciones extremadamente injustas que, aun siendo jurídicamente nulas *ab initio*, bajo el régimen, se presentaban como el Derecho positivo eficaz; o bien, (2) entender que el principio de legalidad para que sea moralmente legítimo ha de excluir de su ámbito de protección la supuesta confianza depositada en normas que aparecen como Derecho positivo y eficaz pero que,

cia social). Luego, como apunté al principio, según Alexy, aquellas normas (la cláusula que excluía la punibilidad mediante el establecimiento de una causa de justificación en un ámbito parcial en relación con actos en todas las otras esferas tipificados como violaciones criminales muy graves) vulneraban no un Derecho socialmente vigente sino uno suprapositivo. R. Alexy, "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal", *Doxa. Cuaderno de Filosofía del Derecho*. n° 23, (2000), pág. 220, pié de pág. n° 87. En el caso del análisis de Nino, son también consideraciones morales las que califican como nulas a las normas procedentes de los gobiernos *de facto* que pretenden amparar violaciones de derechos humanos. Lo que sucede es que para este autor el hecho de que las normas no procedan de un régimen democrático y que, además, pretendan amparar actos que atentan contra derechos humanos básicos las convierte en nulas (de esta forma escribe que "las leyes que autorizan los abusos deben ser consideradas nulas *ex nihilo* puesto que su origen no democrático permite examinar lo odioso de su contenido", *op. cit.*, pág. 163); es decir, si interpreto bien a Nino, el intento de cambio del orden jurídico es un intento a estos efectos frustrado y las normas democráticas o respetuosas con los derechos humanos (sancionadas por una ley democrática posterior) son Derecho válido vigente. En este sentido, la legitimidad de Alfonsín, p.ej. vendría dada por haber aplicado durante la transición y para juzgar los actos cometidos durante la dictadura la Constitución de 1853 (que seguía siendo la norma válida aplicable si tenemos en cuenta la nulidad de las normas procedentes del gobierno *de facto*).

al ser extremadamente injustas, fallan como Derecho jurídicamente válido (tal confianza no sería pues merecedora de protección).

A la luz del análisis de Radbruch, Nino y Alexy sostengo pues de forma tentativa lo siguiente: el valor moral de la seguridad jurídica que materializa toda ley y que la impregna de la normatividad que pretende (para constituir deberes jurídicos genuinos) se ve derrotado cuando la norma es extremadamente injusta. La consecuencia de esto es que tal norma es ya en su génesis, por carecer su pretendida normatividad de todo fundamento, nula como Derecho. Así la calificación de juridicidad -que pretende generar un deber jurídico genuino- implica en mi opinión introducir necesariamente junto con consideraciones acerca del procedimiento y las autoridades competentes según las reglas del sistema, una consideración acerca de la justicia de la norma en cuestión. Cuando la injusticia de la norma es extrema, como he dicho, la balanza de la juridicidad cae, pues el peso del principio de la certeza y paz se ve superado por el de la injusticia de la medida. El resultado del test de normatividad resultará ser negativo. La norma no será jurídicamente válida.

Cuando en el futuro se juzguen las acciones realizadas supuestamente al amparo de esas normas que, pese a ser jurídicamente nulas, aparecían entonces como el Derecho eficaz, las consideraciones acerca del principio de legalidad no permitirán amparar bajo el título de actos llevados a cabo según el Derecho eficaz aquellos actos, pues tal principio sólo es moralmente legítimo cuando es interpretado en el sentido de proteger la confianza de los sujetos en el Derecho eficaz siempre y cuando no supere unos márgenes extremos de injusticia.

III. La tesis del caso especial y sus implicaciones en las fuentes del Derecho

Ha llegado el momento de introducir un pequeño desarrollo acerca del segundo núcleo de problemas apuntados al comienzo de estas páginas. Me refiero a la cuestión acerca de si para que un deber jurídico sea un deber genuino es preciso que lo sea previamente al margen de cualquier institución. Vimos que aquí positivistas y postpositivistas coinciden; parece que no podría ser de otro modo ya que, cuando observamos nuestros sistemas jurídicos, uno aprecia que gran número de deberes pueden sólo comprenderse como tales en el marco de la existencia de una institución.

1. Dar cuenta del aspecto o dimensión colectiva institucional del Derecho implica apreciar la especificidad del discurso jurídico práctico en relación con el razonamiento moral ordinario. La tesis que gravita tras las páginas anteriores y las que siguen y que permite darle unidad argumentativa a todo lo aquí expuesto es la denominada tesis del caso especial que se caracteriza

por sostener que una reconstrucción plausible de nuestras prácticas justificativas jurídicas pasa por comprenderlas como un caso especial de las prácticas morales más generales. Ello es en definitiva una tesis implicada por la unidad del razonamiento práctico que aparecía ya, como dije, en las palabras de Kant antes citadas [“Todos los deberes, simplemente porque son deberes, pertenecen a la Ética; pero su legislación no está contenida para todos en la Ética, sino fuera de la misma para muchos de ellos”].

Detengámonos a ver pues cuál es en última instancia el carácter de esos deberes que nacen de la puesta en funcionamiento de una institución. Para ello será preciso, como he apuntado, un breve examen de la dimensión colectiva-institucional del Derecho.

De nuevo a partir de un análisis de Nino, podemos sostener que 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’²⁰. De esta forma, señala este autor 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)” [Nino, 1994:147].

Nino subraya el aspecto institucional²¹ del Derecho, haciendo con esto referencia a una pluralidad de ideas interrelacionadas. Hablar del Derecho

²⁰ Sin embargo, parece que no es éste el rasgo que permite diferenciar al Derecho de la moral si, como Nino, entendemos que la moral (entendida como la empresa de construcción y conocimiento de los principios morales) es también un fenómeno político –es decir, colectivo. En este sentido, en su trabajo *El constructivismo ético*, Nino subraya, frente al individualismo metodológico kantiano, el societarismo metodológico que subyace a su especial comprensión del constructivismo como modelo de fundamentación de la moral. C.S. Nino, *El constructivismo ético*, ed. Centro de Estudios Constitucionales.

²¹ En un trabajo reciente, M. Atienza y J. Ruiz Manero centran su atención en la mencionada dimensión institucional de Derecho y, en un sentido coherente con el análisis de Nino y que creo que puede permitirme iluminar las contribuciones de este último, escriben que 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

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 normas del sistema, otros órganos encargados de la aplicación de tales normas para, entre otras funciones, resolver conflictos entre particulares [Nino, 1983:106]; (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 -como vimos- 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 fundamentan 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 -entre otras cosas- 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 [Atienza y Ruiz Manero, 2002:10-11]. (4) El Derecho es una práctica social que genera consensos por convención; esto significa que la conformidad general del grupo es parte -aunque sólo parte- de las razones que los individuos miembros tienen para su aceptación.

En una reconstrucción del Derecho como la de Nino encontramos que: en un primer nivel, los principios valorativos básicos sirven para determinar qué prácticas jurídicas se nos presentan como legítimas, pero una vez que ello queda determinado, nuestro razonamiento tiene lugar en un segundo nivel en el que son tales prácticas las que determinan qué principios se aplican para justificar acciones y decisiones.

El aspecto específico de la dimensión institucional del Derecho que quiero ahora resaltar aparece bien identificado por Atienza y Ruiz Manero en “Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho”²². Como escriben M. Atienza y J. Ruiz, sucede que si bien las exigencias derivadas de la dimensión institucional del Derecho están, globalmente consideradas, orientadas a satisfacer sus exigencias sustantivas, en de-

la eficiencia de la maquinaria. M. Atienza, y J. Ruiz Manero “Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho”, *Doxa*, nº 23. McCormick, “Argumentation and Interpretation in Law”, *Ratio Juris*, Vol.6, nº 1, Marzo 1993.

²² Atienza y Ruiz Manero, “Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho”, *Doxa*, nº 23, (2000).

terminados supuestos, las primeras pueden entrar en conflicto con estas últimas. Algunos supuestos característicos ofrecidos por estos autores como ilustración de esta tensión o conflicto y de eventual “triumfo” de los principios institucionales serían los siguientes: un primer supuesto es el de aquellas instituciones cuya justificación implica el sacrificio de principios sustantivos en aras de la preservación de la estabilidad del sistema jurídico como un todo. Los estados de excepción y de sitio proporcionan el mejor ejemplo. Un segundo supuesto es el de aquellas instituciones cuya justificación implica el sacrificio de principios sustantivos en aras de la efectividad de otra institución: la institución de la prisión provisional en relación con la efectividad del proceso penal es un ejemplo de este caso. Un tercer supuesto estaría integrado por aquellos casos individuales en los que se considera justificado el sacrificio de principios sustantivos porque su cumplimiento sólo sería posible invadiendo, por parte, por ejemplo, de un órgano jurisdiccional, el perímetro de permisiones en cuyo marco se desenvuelve el ejercicio legítimo de las competencias de otro órgano, por ejemplo, el legislador. A este caso corresponden todos los supuestos en los que el TC declara la inconstitucionalidad de preceptos legales sin anularlos, sino recomendando al legislador su sustitución. Otro supuesto estaría integrado por aquellos casos individuales en los que se considera justificado el sacrificio de principios sustantivos cuya vulneración se sospecha, pero no con el grado de certidumbre suficiente como para considerar destruida la presunción de regularidad de los actos de otro órgano, como es el caso de la presunción de constitucionalidad de la ley.

La tesis que estos autores defienden no implica que los principios institucionales derroten siempre a los principios sustantivos. Esto sería lo propio de una concepción formalista del Derecho entendida como una concepción para la cual el elemento autoritativo del Derecho (presente sobre todo en las reglas y principios institucionales) debiera prevalecer siempre (o en la mayor parte de las ocasiones) sobre el elemento sustantivo, sobre los valores a realizar y los objetivos a lograr en el mundo no jurídico. Lo que estos autores sostienen -y creo que sería suscrito por Nino- es una tesis más débil, esto es, que el elemento autoritativo es esencial al Derecho, y que, en ocasiones, los principios institucionales tienen fuerza suficiente para derrotar a los de carácter sustantivo. De ahí que la vertiente institucional del Derecho haya de ser tenida en cuenta como un ingrediente necesario para poder reconstruir de forma acertada el razonamiento jurídico. Lo que sucede es que, como antes apunté, que el Derecho funcione como institución es algo moralmente relevante pues es una de las instituciones con las que contamos los seres humanos para poder realizar una serie de valores –morales- últimos.

El mapa que se presenta es, ciertamente, complejo: (1) junto con consideraciones derivadas de exigencias de operatividad (límite de tiempo, recursos etc), (2) encontramos otras que vienen articuladas en términos del diseño político institucional superior por lo que se refiere a su calidad epistémica; pero, también, junto a esto, nos encontramos (3) con dudas importantes acerca de la calidad epistémica de las democracias reales, que nos llevan a subrayar el compromiso por parte de los jueces (y, especialmente, del TC) de acercar la propia práctica, en la medida en que sea posible, a formas más perfectas de legitimidad.

En fin, basten estas breves notas para identificar la especificidad del fenómeno normativo jurídico frente a la moral que, como hemos visto, viene implicada por una serie de rasgos que pueden resumirse en lo que se conoce como su dimensión institucional. Lo importante, a los efectos de la tesis que vengo sosteniendo a lo largo de este artículo, es que 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 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. Aunque no entraré a desarrollar esta cuestión, la forma en que quizá sea posible armonizar estos dos elementos -sin negar por ello la existencia de una tensión permanente- es sosteniendo como hace Nino que el tipo de Derecho que responde de forma más plausible a las exigencias de la propia moral no es cualquier Derecho, sino uno que tenga su fuente en la política democrática.

2. Pero ser un ‘caso especial’ implica obviamente también “ser un caso de”. Y es aquí, 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 justificativas de la acción si se las concibe como juicios de adhesión normativa; esto es, como juicios derivados de principios morales que conceden legitimidad a ciertas autoridades y juicios descriptivos de las directivas emanadas por dichas autoridades. Pero, además, esto resulta algo más complejo si acordamos con Nino 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 [Nino, 1989]. 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, 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.

Pueden darse conflictos entre las normas provenientes de las autoridades legítimas y los derechos humanos derivados de los principios morales. En realidad este conflicto viene implicado por un conflicto que se da ya entre principios morales. En el sistema moral y a la luz de las exigencias de organización de nuestras sociedades (por razones epistémicas y de protección eficaz de derechos humanos), un principio moral establece el deber de implementación de sistemas justos de gobierno y derivado de esta exigencia el deber moral de obediencia a las autoridades legítimas. Junto con estos principios hay otros principios morales de los que derivan los derechos humanos como derechos morales. Es fácil percibir que las exigencias derivadas de unos y otros pueden entrar en conflicto en las sociedades reales sobre las que se proyectan.

El anterior conflicto reaparece en la propia Constitución entre, por un lado, el deber de obediencia a las normas dictadas por las autoridades democráticas legítimas (y los deberes jurídicos que ellas pretenden constituir) y, por otro, el respeto a los derechos fundamentales.

La pregunta que resulta en este momento relevante es en qué medida ese conflicto puede darse sin que el propio Derecho haya de resolver negando en ciertos supuestos juridicidad a la disposición dictada usando las competencias atribuidas por el sistema jurídico.

Esto nos envía a realizar una serie de consideraciones acerca de las normas últimas del sistema, concretamente a aquellas que se ocupan de la regulación de la producción del Derecho. Trazaré mi postura a partir de una serie de consideraciones críticas al trabajo *Buenos y malos. Sobre el valor epistémico de las actitudes morales y de las prudenciales* de Josep Aguiló [1994]. Intentaré ver en qué medida el análisis que he llevado a cabo en este artículo permite cuestionar algunas de las conclusiones a las que llegaba el mencionado autor en aquel trabajo.

Aguiló, tras llevar a cabo una sintética reconstrucción de dos modelos de teoría del Derecho que consideran, cada uno de ellos, como esencial al Derecho un elemento distinto (el consenso, en el caso de una teoría del Derecho desde el punto de vista del aceptante por razones morales; la coacción, en el caso de quienes reconstruyen los conceptos jurídicos básicos desde el punto de vista de quien conforma sus actos a los mandatos del Derecho por razones prudenciales), sostiene que tanto la imagen angelical como la de la coacción desnuda son parciales y distorsionadoras. A partir de esto, el autor elabora una hipótesis según la cual ambas conexiones (tanto la que surge a partir de la observación de los aceptantes, como la que surge a partir de la observación de quienes actúan por razones prudenciales) son igualmente

importantes para dar cuenta del Derecho; como tesis empírica -nos dice- puede resultar plausible constatar que en los órdenes jurídicos, la importancia fáctica de la dimensión normativa y de la prudencial depende del grado de cohesión social. A mayor grado de cohesión social –apunta Aguiló-, mayor peso de la aceptación ideológica (y del razonamiento normativo vinculado a ella) y menor será el protagonismo del recurso a la fuerza (y del razonamiento prudencial vinculado a ella). Y, a la inversa, a mayor grado de conflicto social, menor peso de la aceptación ideológica (y del razonamiento normativo) y mayor de la coacción (y del razonamiento prudencial).

A partir de la radicalización de los elementos de su tesis empírica, Aguiló postula una tesis conceptual: si observamos una comunidad fuertemente integrada en la que la aceptación ideológica de las normas de conducta es tan intensa que lleva, por ejemplo, a fenómenos tales como que la desviación se resuelve mediante el autocastigo, difícilmente diríamos que dicha comunidad cuenta con un orden jurídico. Y, de igual modo, si la comunidad observada presentase un nivel de conflicto tal que hubieran quedado relegados los elementos de consenso, difícilmente diríamos que en esa comunidad rige un orden jurídico [Aguiló 1994:80].

La cuestión que aquí resulta de interés es ver cómo -en opinión de este autor- repercute esa doble naturaleza del Derecho -con la que yo estaría de acuerdo- en el razonamiento jurídico justificativo. Aguiló analiza este punto a partir de una reflexión sobre las fuentes del Derecho.

Una de las posibles ambigüedades de la expresión fuentes del Derecho puede ser resuelta -nos dice- si constatamos que, en realidad, los dos sentidos de la expresión (fuentes del Derecho (1) como modos o métodos de producción de Derecho; actos o hechos de los que depende la creación de normas jurídicas y (2) como normas superiores en relación con las normas inferiores cuya producción regulan y que pueden denominarse normas sobre la producción jurídica) se implican recíprocamente, pues si hay actos o hechos productores de Derecho es porque hay normas jurídicas que los califican como tales y si hay normas sobre la producción jurídica es para regular los hechos o actos productores de Derecho. De esta forma, Aguiló estipula la siguiente definición de fuentes del Derecho: son los hechos o actos de los que, en virtud de las reglas sobre la producción jurídica, depende la creación o la existencia de las normas jurídicas. Otra de las ambigüedades de la expresión puede resolverse si distinguimos entre fuentes-proceso, por un lado y fuentes-producto, por otro.

Las fuentes del Derecho cumplen una función de certeza y una función justificativa:

a) Función de certeza: las fuentes-proceso, que constituyen algo parecido al pedigree de las fuentes-producto, permiten determinar con relativa

precisión las normas jurídicas y, en consecuencia, los derechos, deberes, poderes, etc de los individuos; por ello permiten también predecir las consecuencias jurídicas de las conductas.

b) Función justificativa: las fuentes del Derecho sirven para la justificación externa de la premisa normativa. Es decir, mostrando que ella tiene su origen en una fuente se justifica dicha premisa. Una de las funciones de las fuentes del Derecho sería entonces la de cerrar el razonamiento jurídico justificativo [Aguiló 1994:802].

Hasta aquí podríamos entender que no existe ningún problema o tensión en relación con las tesis que he defendido a lo largo de este artículo. Pero, es que, precisamente, el problema, el núcleo duro de la discusión se centra en mi opinión en la configuración de esas fuentes del Derecho (como fuentes-proceso). Y la respuesta que demos a esta primera cuestión determinará, además, la plausibilidad de la tesis según la cual las fuentes del Derecho -como fuentes-producto- cierran el razonamiento jurídico justificativo.

Siendo así, creo que Aguiló se equivoca cuando apunta que desde los criterios del sistema jurídico son irrelevantes las razones por las cuales los sujetos aceptan o usan una determinada premisa normativa. Y creo que se equivoca, no porque yo considere que para el sistema jurídico tales creencias sean relevantes, sino porque creo que el punto interesante a discutir aquí es cuáles son las pretensiones del sistema jurídico al margen de las relaciones de aceptación que cada agente -la mayoría en un sistema que disfrute de una fuerte dosis de consenso o una minoría en el caso contrario- tenga con el sistema en cuestión. Una decisión estará justificada (en el sentido sustantivo) cuando -y al margen 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). Aunque sí que es cierto que la pretensión por parte de los operadores jurídicos de esgrimir razones para la acción cuando invocan al Derecho habrá de arrojar luz sobre las pretensiones de éste.

Centrado así el problema, lo que corresponde es ver cómo han de configurarse las fuentes del Derecho para responder a la pretensión de éste -apuntada, por cierto, por Aguiló- de crear derechos, deberes y poderes.

La respuesta tentativa que el hilo argumental de este artículo me lleva a esbozar es que, si bien cómo sostiene Aguiló, el Derecho rebaja en un grado la indagación de los motivos que lleva a los sujetos (institucionales o ciudadanos en general) a obedecerlo, eso no implica que la configuración de lo jurídico suponga también rebajar en un grado las razones invocadas en el discurso práctico general. Emitir juicios según o desde un orden jurídico, si la tesis de la conexión sostenida a lo largo de estas páginas es correcta, no puede verse -en contra de lo que sostiene Aguiló- como "bajar un grado en

el discurso práctico” puesto que para poder considerar que un sistema jurídico articula una pretensión de crear deberes y derechos genuinos es preciso que éste incorpore al propio sistema filtros de normatividad adecuados a tal fin. Las fuentes formales deben pues ser completadas con una cláusula –como la de Radbruch- que descalifique como normas jurídicas del sistema los casos de normas extremadamente injustas. Entonces, las fuentes del Derecho formales no pueden ser –en contra de la tesis de Aguiló- la última respuesta tampoco para –o, desde- el sistema jurídico, si éste no quiere frustrar siquiera la pretensión -su pretensión- de configurar deberes genuinos.

Bibliografía

- AGUILO, J.: “Buenos y malos. Sobre el valor epistémico de las actitudes morales y de las prudenciales” en *Doxa 15-16*, (1994)
- ALEXEY, R.: -*El concepto y la validez del Derecho*, ed. Gedisa, (1997).
- “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal”, *Doxa 23*, (2000).
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: “Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho”, *Doxa 23*, (2000).
- BRINK, D.: “Legal Positivism and Natural Law Reconsidered”, *The Monist*, (1985).
- CALSAMIGLIA, A.: “Constitutionalism and Democracy” en *Deliberative Democracy and Human Rights*, eds. H. Hongju y R.C. Slye, Yale University Press, (1999).
- HART, H.L.A.: - *El concepto de Derecho* (1961), ed. Abeledo Perrot, (1992).
- *Obligación jurídica y obligación moral*, n°3, Cuadernos de Crítica, Universidad Nacional Autónoma de México, (1977).
- *Postscriptum a El concepto de Derecho*, Universidad Nacional de México, México (2000).
- MACCORMICK: “Argumentation and Interpretation in Law”, *Ratio Juris*, vol. 6, n°1, (Marzo 1993).
- NINO, C.S.: - *Los límites de la responsabilidad penal*, ed. Astrea, (1980).
- “Los límites de la teoría de Hart sobre las normas jurídicas”, *Anuario de Filosofía jurídica y social*, n°5, (1985).
- *La validez del Derecho*, ed. Astrea (1985).
- *Ética y derechos humanos*, ed. Ariel, (1989).
- *Un país al margen de la ley*, (1992).
- *Fundamentos de Derecho constitucional*, ed. Astrea, (1992).
- *Derecho, moral y política*, ed. Ariel, (1994).
- *Radical evil on trial*, ed. Yale University Press, (1996).
- RADBRUCH: -*Filosofía del Derecho*, 4ª ed., ed. Revista de Derecho Privado, (1959).
- *Arbitrariedad Legal y Derecho supralegal*, ed. Abeledo-Perrot, (1962).
- RODENAS, A.: “Sobre la justificación de la democracia en la obra de Nino, C.S.”, *Doxa 10*.
- SINGER, M.: “Ética Institucional”, *Análisis filosófico*, X (1990).



DOXA 25 (2002)
