

**LA PARADOJA DE LA
IRRELEVANCIA MORAL DEL
GOBIERNO Y DEL DERECHO.
UNA APROXIMACIÓN DESDE
EL PENSAMIENTO DE
CARLOS NINO**

**THE MORAL IRRELEVANCE'S PARADOX OF
GOVERNMENT AND LAW. AN APPROACH
TO CARLOS NINO'S THOUGHT**

JUAN CIANCIARDO*

- * Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Austral, e investigador del Consejo Nacional de Ciencia y Técnica de la Argentina (Conicet). Una primera versión de este trabajo fue presentada en la jornada "La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y del Derecho" que se desarrolló en la Universidad Austral en junio de 2009. Allí pude enriquecerme con los comentarios y las observaciones de los profesores Carlos Massini, Pedro Serna, Pilar Zambrano y Juan B. Etcheverry, entre otros, a quienes agradezco. jcianciardo@ius.austral.edu.ar



Universidad de
La Sabana

RECIBIDO FEBRERO 09 DE 2010, ACEPTADO MARZO 19 DE 2010

47

RESUMEN

Algunos autores han planteado que si el Derecho se encontrara conectado con la Moral, entonces no sería relevante, puesto que alcanzaría con la Moral para regular la vida social. En este trabajo se pretende examinar esta objeción a la tesis de la conexión. Dicho con otras palabras, se estudiarán en él las posibles respuestas a la pregunta por la diferencia práctica que el Derecho le aporta a la Moral. Se tomarán como punto de partida algunos de los textos escritos sobre el tema por el filósofo argentino Carlos Nino.

PALABRAS CLAVE

Derechos humanos, argumento de la irrelevancia, Derecho y Moral, democracia deliberativa, gobierno, política y moral.

ABSTRACT

Some authors have maintained that if law and moral were connected, then law will be irrelevant as Moral will be enough to regulate social life. This paper will examine this objection against the “conection thesis”. In other words, this paper will study posible answers to the question regarding the practical difference that law provides to Moral. As starting point, It will be taken some written texts of the Argentine philosopher Carlos Nino that deal with this topic.

KEY WORDS

Human rights, irrelevant argument, Law and Moral, deliberative democracy, government, politics and moral.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: NINO Y EL ARGUMENTO DE LA PARADOJA; 1. PRIMERA RESPUESTA (FALLIDA): PRINCIPIOS JUSTIFICANTES DE LA EXISTENCIA DEL GOBIERNO Y DEL SISTEMA JURÍDICO QUE NADA DICEN ACERCA DEL CONTENIDO DE LAS NORMAS; 2. SEGUNDA RESPUESTA (TAMBIÉN FALLIDA): ANALÍTICA DE LOS PRESUPUESTOS BÁSICOS; 3. HACIA LA SUPERACIÓN DE LA PARADOJA: ANALÍTICA DE LOS PRESUPUESTOS PROFUNDOS; 4. APUNTES PARA UNA CRÍTICA; 4.1. UNA RACIONALIDAD INSUFICIENTE; 4.2. UN NUEVO POSITIVISMO IDEOLÓGICO; 4.3. UNA FUNDAMENTACIÓN CIRCULAR; 4.4. HACIA UNA PROPUESTA ALTERNATIVA; BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN: NINO Y EL ARGUMENTO DE LA PARADOJA

Según ha escrito hace ya varios años Javier DE LUCAS, la pregunta por el ser del Derecho —¿qué es el Derecho?— no tiene carácter originario. En su opinión,

“admitirla como *la cuestión previa* sólo es posible cuando se olvida el auténtico problema inicial, la pregunta fundamental. En efecto, parafraseando a HEIDEGGER, se trataría de saber más bien por qué es el Derecho, y no, más bien, la ausencia de Derecho. Pienso que sólo desde ese planteamiento tendremos el quicio original sobre el que gira la auténtica filosofía jurídica”¹.

Sólo desde esta perspectiva es posible dar cuenta de la relación entre dos datos “de primerísima importancia” que nos proporcionan, respectivamente, la sociología y la ciencia jurídicas: la vinculación entre Derecho y vida humana (social), y el carácter normativo del Derecho, “que es, siempre, pretensión de ordenar las conductas de los hombres”². Sólo desde allí cabría intentar superar (trascender) el unidimensionalismo cientificista en busca de dar respuesta a una pregunta filosófica³. ¿Por qué el Derecho, entonces, y no más bien la violencia?

Las páginas que siguen girarán de modo indirecto sobre esta cuestión de fondo. Pretendo, en realidad, hacer un aporte modesto hacia su solución a partir del examen de un problema conectado con ella, que puede ser sintetizado en la siguiente pregunta: ¿por qué el Derecho y no más bien la Moral?, o, con otras palabras, ¿cuál es la diferencia práctica que aporta el Derecho a la Moral? Ese examen lo encararé recorriendo uno de los varios caminos existentes. Partiré, concretamente, de la descripción que hizo hace unos años el destacado filósofo argentino Carlos NINO de la llamada “paradoja de la irrelevancia” y de la respuesta que este autor ha ofrecido a esa paradoja, para elaborar luego, a partir de allí, algunas críticas a esa propuesta y las líneas centrales de una posición alternativa, en mi opinión

¹ F. Javier DE LUCAS, “La pregunta fundamental. Una precisión metodológica”, en *Persona y Derecho* 9, 1982, p. 122.

² *Ibidem*.

³ Cfr. Pedro SERNA, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006, pp. 127-141.

superadora y más idónea para responder, en última instancia, a la pregunta planteada al comienzo de este párrafo⁴.

NINO se refirió al tema planteado en varias oportunidades, entre las que se destacan dos: el artículo “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”, publicado en 1986⁵; y el libro *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*⁶, publicado en 1994, luego de su muerte. En uno y otro trabajo la aproximación al tema fue distinta, aunque obviamente con puntos de contacto.

En el primer caso, el profesor argentino partió de la pregunta sobre la justificación moral de la democracia, “en el sentido de regla de la mayoría”⁷, para llegar luego (por las razones que se expondrán) al problema concreto que trataré aquí. En el segundo, en cambio, el punto de partida fue el del análisis de la posible “conexión directa” entre el Derecho y la política⁸. En este artículo transitaré el primero de los caminos mencionados, y, más allá de alguna remisión puntual, dejaré para otra ocasión el recorrido del último.

Según NINO, se han dado dos tipos de respuestas a la pregunta por la justificación moral de la democracia. Un primer grupo se centra “en características intrínsecas que tendría el sistema democrático de toma de decisiones y que le conferirían un valor moral del que carecen otros sistemas que no poseen tales características”⁹. Como ejemplo de este tipo de argumentos, NINO propone aquel según el cual la democracia “permite el ejercicio de la soberanía popular” o “asegura el consentimiento de los gobernados respecto de las medidas que adoptan los gobernantes”¹⁰. Un segundo grupo de respuestas apunta “a las consecuencias beneficiosas que trae aparejada la forma democrática de gobierno”¹¹. Como ejemplos de este tipo de argumentos, nuestro autor propone las afirmaciones de que la democracia “incrementa las oportunidades de los individuos para ejercer su autonomía, o que promueve el autorrespeto y el espíritu independiente, o que asegura la satisfacción del mayor número de preferencias”¹².

⁴ Con respecto a la expresión “la paradoja de la irrelevancia”, cfr. Ángeles RÓDENAS, “Sobre la justificación de la democracia en la obra de Carlos S. Nino”, *Doxa* 10, 1991, pp. 279-293; de la misma autora, *Sobre la justificación de la autoridad*, Madrid, CEC, 1996, pp. 226 y ss. Asimismo, Andrea GREPPI, “Consenso e imparcialidad. Sobre la justificación moral de la democracia en el pensamiento de C. S. Nino”, en Carlos ROSENKRATZ y Rodolfo VIGO (comps.), *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*, México, Fontamara, 2008, pp. 221-259, esp. pp. 232-238. RAZ alude a esto mismo en Joseph RAZ, *Razón práctica y normas*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 242, 155 y *passim*.

⁵ Carlos NINO, “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”, *Análisis Filosófico* VI-1, 1986. Este trabajo fue publicado luego en Carlos NINO, *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 111-133, lugar del que se citará aquí. Existe, asimismo, una versión en inglés con algunas diferencias respecto del texto inicial: “The Epistemological Moral Relevance of Democracy”, *Ratio Juris* 4, núm. 1, 1991, pp. 36-51.

⁶ Carlos NINO, *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 130-160.

⁷ Carlos NINO, “La paradoja de la irrelevancia”, ob. cit., p. 113.

⁸ Carlos NINO, *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho...* ob. cit. p. 130.

⁹ NINO, “La paradoja de la irrelevancia”, ob. cit., p. 113.

¹⁰ Idem.

¹¹ Idem.

¹² *Ibidem*, p. 114.

Los dos tipos de justificaciones son, según NINO, deficientes y, por esa razón, no alcanzan a justificar o legitimar la democracia. En el primer caso, porque “o bien las propiedades que se toman en cuenta no son atributos genuinos de la democracia o, si no, ellas se materializan de un modo que hace dudoso que efectivamente le confieran valor”¹³. Esto se percibe con claridad con respecto a la soberanía popular: “salvo que hipostasiemos al pueblo como una entidad diferente de los individuos que lo componen la democracia no asegura que coincida la voluntad de los gobernantes con la de cada uno de los gobernados”¹⁴. El segundo tipo de justificaciones provee, en cambio, razones, aunque “son relativamente débiles si no son acompañadas” por otro tipo de argumentos¹⁵. Su debilidad proviene, en primer lugar, de que el tipo de justificación al que se apunta depende de circunstancias contingentes y de un cálculo de consecuencias incierto, “ello hace que el valor de la democracia resulte mucho más condicionado de lo que nuestras intuiciones asumen”¹⁶. Por otro lado,

“la apreciación de las consecuencias benéficas de la democracia se suele hacer en forma holística, considerando el beneficio de la sociedad en su conjunto; esto plantea problemas de distribución: por ejemplo, ¿por qué el incremento de la autonomía de la mayoría de la población que se obtiene a través de la vigencia del sistema democrático justificaría la posible restricción de la autonomía del grupo minoritario?”¹⁷.

Frente a las deficiencias de las justificaciones corrientes, NINO propone un cambio de estrategia: “tal vez sea más fructífero inquirir primero por la justificación de la existencia de algún gobierno, para determinar luego si esa justificación requiere condiciones que sólo son satisfechas por un gobierno democrático”¹⁸. El abordaje de esta cuestión propone hacerlo, a su vez, partiendo de la cuestión conexas de la obligatoriedad de las normas jurídicas¹⁹. Se trata, en su opinión, de una pregunta que dista de ser trivial, y su respuesta debe satisfacer ciertas condiciones: “ella debe mostrar que la obligatoriedad deriva de otras normas cuya obligatoriedad no depende a su vez de normas superiores o del hecho de que sean obedecidas o reconocidas”²⁰, puesto que la primera alternativa conduciría a una derivación infinita, y la segunda a una falacia. Esta clase de obligatoriedad es, en opinión de NINO, una característica de los principios morales. “En otras palabras, cuando preguntamos por la obligatoriedad de las normas jurídicas, estamos preguntando por su obligatoriedad moral, o sea por los principios morales que, bajo ciertas condiciones a esclarecer, prescriben que debemos obedecer tales reglas”²¹. Esto último se conecta, sostiene NINO, con la justificación moral del gobierno que dicta esas normas (moralmente) obligatorias: “el hecho de que un gobierno sea moralmente legítimo parece que es una razón (que a veces es desplazada por otras) para

¹³ Ibidem, p. 113.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Ibidem, p. 114.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Cfr. Idem.

²⁰ Ibidem, p. 115.

²¹ Idem.

que sus dictados sean obligatorios (aunque quizá pueda haber otras razones que fundamenten la obligación de obedecer algunas reglas de un gobierno moralmente ilegítimo)”²².

Llegados a este punto, la pregunta inicial acerca de la justificación de la democracia es replanteada en los siguientes términos: “¿hace alguna diferencia respecto de las normas jurídicas el hecho de que ellas se originan en un proceso democrático?”²³. Intentando responder a este interrogante, NINO advierte que surge una paradoja que califica como aparente:

“si para decidir o no obedecer las normas jurídicas necesitamos recurrir a principios morales que determinan si ellas son o no obligatorias —o lo que es lo mismo, si debe o no realizarse lo que ellas disponen— ¿para qué son necesarias tales normas jurídicas?, ¿por qué no nos quedamos simplemente con los principios morales que determinan el comportamiento a realizar?”²⁴.

La paradoja se presenta porque, al menos aparentemente, “para que las normas jurídicas sean operativas, para que provean o completen razones para actuar, es necesario recurrir a principios morales; pero esos principios indican por sí mismos cómo debemos conducirnos, lo que hace superfluas a las normas jurídicas”²⁵. Enunciado de este modo el problema, NINO comenzará por plantearse dos posibles respuestas que criticará y considerará insatisfactorias, y acabará proponiendo una tercera como superadora. A continuación, siguiendo al profesor argentino, describiré las tres posibilidades de solución a las que él se refiere, para pasar luego, hacia el final del trabajo, a su crítica.

1. PRIMERA RESPUESTA (FALLIDA): PRINCIPIOS JUSTIFICANTES DE LA EXISTENCIA DEL GOBIERNO Y DEL SISTEMA JURÍDICO QUE NADA DICEN ACERCA DEL CONTENIDO DE LAS NORMAS

Una primera posible respuesta a la paradoja consiste en recurrir a la justificación moral del gobierno y del orden jurídico sobre la base de principios “de los que no se infieran pautas de comportamiento que harían a aquellos superfluos”²⁶. Se trataría de principios morales que justificarían el gobierno y las normas sin referirse al contenido de las actuaciones del gobierno ni de las normas que se produzcan como consecuencia de su actuación, con lo que uno y otras tendrían sentido y caería la paradoja. ¿Cuáles son esos principios? NINO analiza y descarta varias posibilidades:

a) Podríamos estar, sugiere en primer lugar, ante principios morales de índole procedimental. Estos legitimarían al gobierno “no por su obra, por el contenido

²² Idem.

²³ Idem.

²⁴ Idem.

²⁵ Ibidem, pp. 115-116.

²⁶ Ibidem, p. 118.

de las normas jurídicas que dicta, sino por su origen o por la forma en que dicta las normas jurídicas”²⁷. Si bien NINO admite que existen principios de este tipo que legitiman —o al menos ayudan a legitimar— las normas democráticas (es decir, que el respeto de las reglas democráticas es una buena razón para obedecer las normas que la democracia produce), lo cierto es que no existen principios de este tipo que legitimen sin más el gobierno. Esto último exige una indagación que, como se dijo, NINO se propuso llevar adelante. Por otro lado, según el autor, resulta difícil pensar en principios procedimentales que nada digan acerca del contenido de las normas. En mi opinión, esto último es rigurosamente cierto. Todo principio a través del cual se pretenda justificar “en serio” el gobierno y las normas, y sea presentado como puramente procedimental esconde, en realidad, contenido, y es en esto último donde reside su —mayor o menor— capacidad de fundamentación —o legitimación— de una norma jurídica.

b) “Una segunda posibilidad de que los principios morales que convalidan las normas jurídicas no las hagan superfluas es la que proporciona el utilitarismo de reglas: según esta posición, los principios morales —en este caso el principio de utilidad— no se refieren directamente a acciones sino a reglas; las acciones se juzgan por su concordancia con las reglas, y éstas se valoran por sus efectos en el incremento de la utilidad general. De este modo, del principio de utilidad no se podría inferir qué acciones se deberían realizar sin determinar previamente que ciertas reglas son más favorables que otras para la utilidad general; esto hace que las reglas nunca sean superfluas”²⁸.

Para analizar esta posibilidad, NINO propone distinguir entre el utilitarismo de reglas ideales y el utilitarismo de reglas sociales.

“El utilitarismo de reglas ideales es reducible [...] al utilitarismo de actos combinado con el principio de universalización: él valora a las acciones según su utilidad en el caso de que sean realizadas por todos los que están en las mismas circunstancias; este principio tiene implicaciones respecto de la conducta correcta con independencia de las normas jurídicas que de hecho se dicten, por lo que no evita su carácter superfluo”²⁹.

En cambio, el utilitarismo de reglas sociales “valora a las normas jurídicas vigentes y a las conductas sólo por su relación con ellas”. Según NINO, este tipo de concepción es objetable:

“por supuesto que las normas jurídicas son objeto de valoración moral, pero de acuerdo a principios que o bien tienen por principal contenido ciertos actos (en el caso de una ética deontológica) o asignan valor a ciertos estados de cosas e indirectamente a ciertos actos”.

²⁷ Ibidem, p. 116.

²⁸ Ibidem, pp. 116-117. Una exposición y crítica del utilitarismo de reglas, distinguiéndolo del de actos, en Alfonso GÓMEZ-LOBO, *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*, Santiago-Buenos Aires, Mediterráneo, 2006, pp. 150-156. Las razones últimas de la crítica anterior en John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, trad. y estudio preliminar de C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 136-140.

²⁹ NINO, “La paradoja de la irrelevancia”, ob. cit., p. 117.

tamente prescriben conductas que los promueven (en el caso de la ética teleológica). No se ve razón alguna de índole meta-ética para suponer que los principios morales tienen como objeto único a ese tipo complejo de comportamientos que constituyen las normas sociales en general y las normas jurídicas [...] en especial, excluyendo cualquier otra clase de conductas. Tan pronto admitimos que, si bien la existencia de ciertas normas sociales es extremadamente beneficiosa desde el punto de vista social, ello lo es de acuerdo a principios que se refieren no sólo a los actos involucrados en su sanción o cumplimiento sino también a otras clases de actos, nos encontramos con que esos principios pueden aplicarse directamente a los actos sin la interposición de las reglas³⁰.

Si esto último es así, entonces las normas son superfluas.

c) En tercer lugar, podría intentarse la superación de la paradoja a través de la justificación del gobierno mediante valores sociales “formales”, “como el orden, la paz, la seguridad, la previsibilidad” (justificación hobbesiana)³¹, con independencia del contenido de las normas que dicta.

La fundamentación de estos valores radicaría, a su vez, en la necesidad de evitar que los intereses de los más fuertes predominen sobre los intereses de los más débiles. Esta justificación, sin embargo, es cuestionable. Como sostiene NINO,

“es obvio que la no frustración de intereses no es en sí misma un fundamento suficiente de los valores de orden, de paz, etc., y por consiguiente de la necesidad de un gobierno ya que la existencia de un gobierno que asegure el orden, la paz, etc., implica la satisfacción de algunos intereses y la frustración de otros³².”

Lo que una justificación acabada reclama es un criterio acerca de cuáles son las razones por las que algunos intereses, y no otros (total o parcialmente opuestos) deben ser preferidos, y esto último sólo es posible si se trasciende la perspectiva puramente formal que ofrece esta tercera alternativa a la que se refiere NINO.

Descartadas las tres posibilidades, la paradoja de la irrelevancia del gobierno y de las normas jurídicas permanece con todo su vigor. NINO explica que no se trata de un problema nuevo, y se encuentra subyacente en el atractivo moral que presenta el anarquismo, y que su resolución incide de modo directo en la justificación de la democracia: “si cualquier gobierno es moralmente superfluo, da lo mismo que sea democrático o no. La democracia carecería de fundamento moral porque aquello de lo que ella se predica no tendría relevancia moral³³.”

³⁰ Idem.

³¹ Idem.

³² Ibidem, p. 118.

³³ Ibidem, p. 119.

2. SEGUNDA RESPUESTA (TAMBIÉN FALLIDA): ANALÍTICA DE LOS PRESUPUESTOS BÁSICOS

NINO propone desarbolar la paradoja develando y examinando a fondo los presupuestos que ella contiene. El camino es correcto, porque si pudiese concluirse que alguno de los presupuestos que subyacen a la paradoja es falso, entonces también lo sería la paradoja misma. En un primer momento el autor propone el análisis de los tres presupuestos que considera básicos:

a) “Que el individuo desea tomar en cuenta principios morales y actuar en consecuencia”. En efecto, si hubiese individuos que no desearan tomar en cuenta principios morales y actuar en consecuencia, entonces la relevancia del Derecho estaría demostrada. El Derecho serviría, concretamente, para obligar a esos individuos a tomar en cuenta principios morales y actuar en consecuencia.

NINO acepta que este presupuesto es evidentemente falso al menos como hipótesis general: “en muchas situaciones los individuos son indiferentes frente a los reclamos de la moral”³⁴, y admite que “para eso es que existe precisamente el Derecho”³⁵. Sin embargo, contra esta evidencia el profesor argentino esgrime el siguiente argumento: el modo correcto de situarse frente al problema de la relevancia del gobierno y del Derecho es el del hombre moral, no el del inmoral.

“Por supuesto que hay mucha gente que no está motivada a actuar de acuerdo a principios morales, pero esa gente no se preocupa tampoco por la justificación del gobierno y por la justificación de la democracia; excepto por lo que hace a razones prudenciales, al hombre inmoral tanto le da que haya o no gobierno y que, de haberlo, éste sea o no democrático”³⁶.

La perspectiva del hombre moral, entonces, es la que interesa: es él quien se pregunta por las razones que justifican al gobierno, a la democracia y al derecho. Y desde esta precisa perspectiva es desde donde se afirma y parece tener sentido la superfluidad o irrelevancia.

Frente a este argumento, NINO replica que:

“si bien es cierto que, cuando nos preguntamos por la legitimidad moral del gobierno y de la democracia, debemos situarnos en la perspectiva del hombre moral, es errado suponer que para el hombre moral la única conducta que está en juego es la suya propia. Por supuesto, el hombre moral está también interesado en la conducta de sus congéneres. Es evidente que tiene que presuponer que muchos de ellos, por mala voluntad o por ignorancia, se comportarán inmoralmente, y es precisamente para incidir en el comportamiento de éstos, que el hombre moral recurrirá al gobierno y a sus normas jurídicas, a quienes considerará moralmente justificadas en

³⁴ Idem.

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

la medida en que las prescripciones dirigidas a los descarriados se ajusten a principios morales”³⁷.

No obstante, frente a este argumento se puede insistir aún con el anterior:

“por supuesto que el hombre moral admitirá que el gobierno es necesario para guiar a los inmorales, proveyéndoles razones prudenciales para actuar; pero con esto él quiere decir que es necesario que alguien monopolice la coacción y formule las prescripciones correspondientes. No quiere decir, en cambio, que es necesario que haya alguien que decida independientemente de él cómo los inmorales deben actuar. En esto, el hombre moral sigue siendo el ‘legislador supremo’ no sólo para sí mismo sino también para los demás, ya que lo que dispone quien ejerce la fuerza sólo será moralmente válido en la medida en que coincida con su propio juicio”³⁸.

Esto último aleja a quienes mantienen la paradoja de la anarquía y los aproxima a la autocracia, aunque, como señala el propio NINO, “la aceptación efectiva y generalizada de esta posición conduciría de hecho al anarquismo: todos los hombres morales, por diferentes que sean sus respectivas concepciones éticas, se sentirían con derecho a imponerlas a los demás”³⁹.

El crítico de este primer presupuesto tiene aún un contra-argumento a mano:

“no es cierto que el hombre moral sólo considere que las prescripciones del gobierno son moralmente válidas cuando coinciden con sus propios juicios. Aun cuando en ocasiones el gobierno, como es inevitable, se desvíe de ese juicio, sus prescripciones tienen que ser obligatorias para la gente inmoral, ya que si no lo fueran, el gobierno desaparecería y sería peor que los descarriados no se vean constreñidos por sus dictados”⁴⁰.

NINO, sin embargo, resalta que el alcance de esta réplica es limitado. Según su opinión, el contra-argumento sólo establece que la existencia del gobierno y de las normas es un dato fáctico que el hombre moral debe tomar en cuenta al adoptar decisiones morales. Aceptado esto, la limitación proviene de lo siguiente: como dato fáctico, la existencia del gobierno y de las normas afecta a lo que NINO denomina “juicios morales derivados”, pero no a los “principios morales últimos”, que no se encuentran “condicionados por ninguna circunstancia fáctica”. Por otro lado, las consideraciones que conducen al hombre moral a justificar que los demás y en ocasiones él mismo deban obedecer leyes injustas “son de amplia aplicación pero de una importancia menor desde el punto de vista moral”⁴¹; esto último porque “ellas requieren que el gobierno coincida generalmente en las cuestiones más importantes para el juicio del hombre moral y están basadas en la circunstancia de

³⁷ Ibidem, pp. 119-120.

³⁸ Ibidem, p. 120.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Ibidem, p. 121.

que, si a la gente se la deja desobedecer las leyes cuando son injustas, lo harán también cuando sean justas”⁴².

En definitiva, según NINO,

“el primer presupuesto de la paradoja es parcialmente cierto: debemos partir del punto de vista del hombre moral, quien recurre a principios morales para guiar su propia conducta y la de los demás, y para quien el derecho es sólo relevante para justificar esa conducta en la medida en que no estén en juego principios básicos y en que los casos en que el derecho se desvía de sus juicios morales sean más o menos importantes que los casos en que coincide y es por lo tanto moralmente superfluo”⁴³.

b) El segundo presupuesto al que se refiere NINO es el siguiente: subyace al argumento de la paradoja la afirmación de que el individuo sabe lo que disponen los principios morales. De modo paralelo a lo que ocurría en el caso anterior, si el individuo no supiera lo que disponen los principios morales, entonces el derecho sería relevante, al menos para explicitarlos.

Este presupuesto es a primera vista falso:

“es obvio que en muchos casos el individuo en cuestión está dispuesto a actuar y a juzgar las acciones de los demás según principios morales pero no sabe cuáles son esos principios. En estas situaciones, el hombre moral puede acudir a las autoridades y a sus normas jurídicas en busca de orientación moral, de modo que en este caso el derecho no sería superfluo. Las autoridades jurídicas funcionarían como autoridades epistémicas, proveyendo razones para creer que está moralmente justificado actuar de cierto modo”⁴⁴.

Sin embargo, NINO no encuentra razones que justifiquen el recurso al gobierno y al derecho con este último propósito: “¿por qué el hombre moral debería recurrir a una autoridad, cuyo rasgo distintivo es el cuasi-monopolio de la coacción, en busca de sabiduría ética? ¿No debería acudir preferentemente a un filósofo o a un sacerdote para que le ilumine el camino moral?”⁴⁵. La objeción mostraría, sostiene NINO, “que tampoco la falta de conocimiento ético es una buena razón para fundamentar la relevancia moral del gobierno y de sus normas”⁴⁶.

Aunque NINO rechaza inicialmente, por lo dicho, la inexistencia de este presupuesto, volverá sobre el tema luego, como veremos.

c) Que los principios morales siempre estipulan una solución para cualquier situación en la que el individuo se encuentra, puesto que si estipulasen varias, la

⁴² Idem.

⁴³ Ibidem, pp. 121-122.

⁴⁴ Ibidem, p. 122.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Idem.

relevancia del derecho podría consistir en determinar cuál de esas soluciones es la correcta o conveniente.

En opinión de NINO, hay dos tipos de circunstancias que pueden explicar la inexistencia de soluciones morales unívocas para situaciones determinadas. “La primera está dada por la posibilidad de que haya empates morales”⁴⁷; es decir, “casos en los que haya razones de igual peso para realizar una conducta y su opuesta”⁴⁸. La segunda, por la existencia de casos de indiferencia moral, que NINO ejemplifica con el sentido de la circulación del tránsito. Sin embargo, afirma luego, “es sumamente difícil determinar qué tipo de razones para actuar provee el Derecho en aquellos casos en que no hay razones morales subyacentes o hay razones opuestas de igual peso”⁴⁹. En su opinión, en definitiva, el Derecho no es capaz “de fabricar razones que no preexistían o de jerarquizar tales razones”⁵⁰, y, por eso, “resulta sumamente dudoso que el Derecho y el gobierno puedan resultar moralmente relevantes en aquellos casos en que no hay una solución única en nuestro sistema moral”⁵¹.

Llegados a este punto, la conclusión global de los desarrollos precedentes es que el gobierno y el Derecho son superfluos. Se trata, sin embargo, de una conclusión provisoria para NINO puesto que, en su opinión, resulta posible encontrar presupuestos más profundos de la paradoja de la irrelevancia. Los veremos a continuación.

3. HACIA LA SUPERACIÓN DE LA PARADOJA: ANALÍTICA DE LOS PRESUPUESTOS PROFUNDOS

NINO sostiene la existencia de dos presupuestos de índole meta-ética que se encuentran subyacentes en la afirmación de que el gobierno y el Derecho son irrelevantes para el hombre moral:

“el primero es que hay un sistema moral independiente de las prácticas sociales involucradas en la constitución, reconocimiento y ejercicio del gobierno, de modo que el ciudadano moral, cuando recurre a él para justificar el gobierno o sus normas, puede llegar a conclusiones sobre lo que debe hacer sin tomar en cuenta aquellas prácticas”⁵².

El segundo presupuesto “tiene una formulación semejante a la anterior pero se refiere al plano epistemológico y no al ontológico: consiste en asumir que se puede acceder cognitivamente a ese orden moral independiente de las prácticas sociales involucradas en la existencia del gobierno también en forma independiente de ta-

⁴⁷ Ibidem, p. 123.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Ibidem, p. 124.

⁵¹ Idem.

⁵² Ibidem, pp. 124-125. A este presupuesto, el de la existencia de un “orden moral independiente”, lo designa con la sigla “OMI”.

les prácticas”⁵³. Como veremos, NINO afirmará la existencia del primer presupuesto pero negará la del segundo, para negar de este modo la validez de la paradoja de la irrelevancia.

Una primera posición que afirma la inexistencia de un orden moral independiente (y por ende, podría deducirse que afirmaría la relevancia del gobierno y del Derecho, y la insostenibilidad de la paradoja) es el nihilismo moral, que niega la existencia misma de un orden moral, cualquiera sea la forma en que se lo entienda. NINO elude la consideración de esta posición sobre la base de que lo que originó su indagación fue justamente la búsqueda de razones morales aptas para fundamentar el gobierno y el Derecho. En otras palabras, la pregunta misma —por las razones morales que justifican el gobierno y el Derecho— asume implícitamente que el Derecho no se autojustifica por el solo hecho de estar constituido por un conjunto de prescripciones o por ser eficaz, por un lado, y la inaceptabilidad del nihilismo moral, por el otro.

En segundo lugar, también niega la existencia de un orden moral independiente (OMI) el subjetivismo social, que “sostiene que decir que algo es bueno es equivalente a decir que la mayoría lo prefiere o lo aprueba”⁵⁴. Para esta posición, “el orden moral se iría constituyendo a través del ejercicio de la democracia”⁵⁵. Así, “el hombre moral no encontraría razones para justificar al gobierno que sean independientes de las decisiones de ese mismo gobierno y que las hiciera, por lo tanto, moralmente superfluas”⁵⁶.

Como bien sostiene NINO, esta posición es inaceptable; desde el punto de vista que proporciona el tema que aquí estamos estudiando, su objeción central es que “hace falsa por definición la posición de la minoría, y así no puede explicar el progreso moral (que se da cuando una posición minoritaria pasa a ser mayoritaria), consagrando el conservadurismo moral más absoluto”⁵⁷.

Una tercera posición negatoria del presupuesto OMI es la de HABERMAS, que NINO define como “una variedad más compleja y sutil del subjetivismo ético de índole social”⁵⁸, “que a veces se identifica con un tipo de constructivismo ético y que sostiene que las razones morales se construyen a través del desarrollo del discurso moral”. Según esta posición, “los principios morales válidos son aquellos a los que se arriba mediante un proceso de discusión sometida a ciertas restricciones formales”⁵⁹. Si ese proceso de discusión se identificase con el que se da en el seno de la democracia, entonces no sólo se justificaría la relevancia del gobierno y del Derecho, sino que se debería concluir que la democracia es la única forma de gobierno legítima. En otras palabras, “llegaríamos a la conclusión de que la

⁵³ Ibidem, p. 125. A este presupuesto, el de la existencia de un “conocimiento moral independiente”, lo designa con la sigla “CMI”.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Ibidem, p. 126.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Idem.

democracia es la única forma de gobierno en que éste no resulta superfluo para quienes se guían autónomamente por la moral, ya que sólo la democracia incorpora al gobierno la discusión a través de la cual se constituye la moral⁶⁰.

Esta última posibilidad es atractiva para NINO, quien detecta y desarrolla la relación entre democracia y discurso moral. Como se verá, incorporará a su lectura del planteamiento de HABERMAS matices importantes —propondrá, como alternativa, un “constructivismo epistemológico”—⁶¹, provenientes en buena medida de su recepción de algunos de los planteamientos rawlsianos. Según su opinión,

“el discurso o discusión moral es la práctica social dirigida a obtener consenso unánime acerca de ciertos principios que sirven de justificación última de acciones e instituciones. En muchos casos se obtiene ese consenso entre quienes pueden estar afectados por una medida o curso de acción y, de este modo, la práctica de la discusión cumple con su función social latente de evitar conflictos y facilitar la cooperación entre individuos con intereses parcialmente divergentes”⁶².

Sin embargo, en muchos otros casos, la discusión no alcanza efectividad “porque hay un momento relevante para adoptar la medida o curso de acción y en ese momento no se ha alcanzado el consenso unánime”⁶³.

La salida de esta situación no puede alcanzarse insistiendo en el logro de un consenso unánime, puesto que hacerlo implicaría “favorecer al grupo, que bien puede ser minoritario, que está a favor del *statu quo*, de que no se adopte decisión alguna”⁶⁴. Debe buscarse, por eso, otro camino. En opinión de NINO, concretamente, “hay que fijar una oportunidad relevante para la decisión y exigir lo que más se aproxima al consenso unánime que es la simple mayoría”⁶⁵, y no una mayoría calificada, que daría poder de veto a una minoría⁶⁶. La democracia es presentada como un “sucedáneo del discurso moral”:

“se trata de una forma regimentada de la discusión a la que hay que recurrir cuando esta discusión no es operativa. Mientras el discurso moral es un procedimiento de justicia procesal pura perfecta [...], ya que el único criterio de validez de sus resultados es que se hayan seguido sus reglas y éstas aseguran esa validez, la democracia es un procedimiento de justicia procesal pura pero imperfecta, porque sus reglas implican algún apartamiento del procedimiento ideal”⁶⁷.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Ibidem, p. 93 y ss. Explica NINO: “la defensa de este enfoque la haré contrastando el pensamiento de dos grandes filósofos: John Rawls y Jürgen Habermas. Sin embargo, creo que ninguno de ambos pensadores aciertan a formular exactamente esa posición. Como su leve alejamiento del blanco se produce en direcciones opuestas, el contraste entre Rawls y Habermas es sumamente ilustrativo pues permite inferir el curso teórico apropiado” (p. 93).

⁶² Ibidem, pp. 126-127.

⁶³ Ibidem, p. 127.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Cfr. idem.

⁶⁷ Idem.

El desenmascaramiento de este primer presupuesto profundo (es decir, metaético) permitiría la superación de la paradoja de la irrelevancia. Es decir, si no existiese un OMI de la democracia, entonces la democracia y las normas serían relevantes. Según NINO, no obstante, la crítica de este primer presupuesto no puede ser aceptada tal como acabo de exponerla. Es decir, según NINO sí existe, en alguna medida, un OMI. Y esto último es así porque en toda discusión moral se discute sobre la legitimidad de los intereses que defienden quienes discuten. Y la discusión sobre la legitimidad de los intereses implica, a su vez, “suponer que hay principios morales cuya validez es independiente del resultado de la misma discusión”⁶⁸. Desde este punto de vista, resulta “innegable que en el discurso moral se alude implícita o explícitamente a principios o teorías morales”⁶⁹.

Por esto último, “una discusión moral profunda y esclarecida debe terminar versando acerca de qué principios morales básicos son válidos”⁷⁰. El criterio de validez que permite evaluar un principio es, en opinión de NINO, su aceptabilidad hipotética “por todos los que puedan estar afectados por ese principio (cualesquiera sean sus intereses, planes de vida o características personales) en condiciones de imparcialidad, racionalidad y conocimiento plenos”⁷¹. Siendo esto así, no queda otra salida que descartar una concepción de la ética “que ve a los principios morales como el resultado de la discusión real; en todo caso, los principios morales válidos son el resultado de un consenso ideal, al que se alude en esa discusión real”⁷².

La distinción anterior se plasma, como conclusión, en un rechazo de lo que NINO denomina “constructivismo ontológico”, y en la aceptación de un “constructivismo epistemológico”. Esto le permite aceptar —al menos de modo implícito— la existencia de un OMI (es decir, la existencia de un orden moral independiente de toda práctica social), pero no la de un CMI (es decir, conduce a descartar que resulte factible acceder “a ese orden moral en forma individual y aislada, o sea, de modo independiente de toda práctica social”)⁷³. NINO asigna a la democracia valor epistemológico “como un método adecuado de conocimiento moral, ya que ella incluye esencialmente la discusión y el acuerdo mayoritario, que son formas de aproximarse a la verdad moral”⁷⁴. Vale la pena mencionar que en una primera etapa de su pensamiento el autor argentino había optado por un “constructivismo ontológico”⁷⁵.

Con la destrucción del presupuesto CMI el autor pretende haber desarbolado también la paradoja de la irrelevancia. Empleando sus propias palabras:

⁶⁸ *Ibidem*, p. 128.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ *Idem*.

⁷² *Idem*.

⁷³ *Ibidem*, p. 129.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 131.

⁷⁵ Cfr., al respecto, Ángeles RÓDENAS, “Sobre la justificación de la democracia en la obra de Carlos S. Nino”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 10, 1991, pp. 279-293. La primera visión de NINO, en *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984, p. 241; la segunda, en *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 393-398.

“a diferencia de lo que supusimos al comienzo, el presupuesto (ii) es parcialmente falso como hipótesis general y su falsedad hace relevante la existencia de un gobierno siempre que éste sea democrático: el hombre moral generalmente está en la situación de que si bien quiere actuar por razones morales, no está seguro acerca de cuáles son ellas. El proceso de discusión democrática, reflejado en las decisiones de las autoridades de ese origen, puede orientar al hombre moral hacia los principios morales válidos”⁷⁶.

El Derecho, por su parte, tiene la relevancia que deriva de su carácter de sucedáneo del discurso moral. Por el contrario, un gobierno no democrático —y las normas dictadas por él— no permitiría al hombre moral el acceso a ese orden moral válido, y respecto de este el argumento de la irrelevancia permanecería incólume.

4. APUNTES PARA UNA CRÍTICA

Expuestas la descripción de la paradoja que hace NINO, las distintas opciones de respuesta que analiza y descarta, y la respuesta que propone, corresponde pasar a su crítica.

4.1. Una racionalidad insuficiente

Desde la perspectiva de NINO, que la inexistencia de CMI permita una superación de la paradoja de la irrelevancia depende de que el gobierno, la democracia y las normas sean vehículos efectivos para el desarrollo del discurso moral. Si esto último no fuese así, la paradoja mantendría plena vigencia, o habría que desarticularla de otro modo. Y aquí nos topamos con un primer problema. La tentativa de la ética constructivista fracasa. Veamos brevemente por qué.

Nino se propone elaborar una propuesta que permita la superación del dogmatismo y del escepticismo sin renunciar a la objetividad ética⁷⁷. Esto último “resulta imprescindible para él, pues sin ella es imposible ofrecer soluciones (morales) a

⁷⁶ NINO, “La paradoja de la irrelevancia”, ob. cit., pp. 131-132.

⁷⁷ NINO es uno entre los muchos autores movidos por una preocupación que MASSINI identifica como clave para la iusfilosofía contemporánea: “la búsqueda de una cierta instancia de objetividad ético-jurídica, pero sin que sea necesario recurrir a una concepción cognitivista, y por lo tanto veritativa, de la eticidad. Dicho de otro modo, de lo que se trata para estos autores es de alcanzar las ventajas innegables del iusnaturalismo clásico: su presentación de un fundamento fuerte de la normatividad jurídica y su aporte de un criterio objetivo de estimación ética, sin comprometerse con la existencia de normas de carácter inexceptionable, ni con la necesidad de descubrir en la realidad los contenidos de los bienes humanos básicos, con la consiguiente adopción de una postura cognitivista respecto de las realidades éticas y en especial de las jurídicas. La gran mayoría de las corrientes enroladas en esta tercera alternativa entre iusnaturalismo y iuspositivismo adoptan, explícita o implícitamente, una concepción constructivista de la normatividad ética, es decir, una visión según la cual los principios ético-jurídicos son de algún modo *construidos o inventados o elaborados* por los hombres a través de algún procedimiento establecido de la racionalidad práctica. Dicho en otras palabras, la razón práctica, desprovista de todo supuesto contenutístico dado objetivamente, establece sus puntos de partida y las reglas de su procedimiento inferencial, arribando a principios éticos que no son la derivación práctica de un conocimiento de la realidad, sino el resultado de una mera construcción mental-social”. CARLOS MASSINI, *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, México, UNAM, 2004, pp. 8-9.

los problemas normativos, aquellos que constituyen la preocupación fundamental de los participantes en la práctica jurídica, los jueces y ciudadanos⁷⁸. Sin embargo, acaba siendo simultáneamente dogmático y escéptico. Lo que ocurre es que su propuesta

“es incapaz de alcanzar una objetividad ética ‘fuerte’ en el sentido de verdadera. La razón última de tal incapacidad estriba en que la moral de Nino es un artificio creado por el hombre, una técnica, un constructo. La racionalidad de esa moral, aquello que la justifica, habrá de ser, en consecuencia, una racionalidad procedente del interior de la moral misma, capaz de proveer coherencia interna, completitud o corrección lógico-formal, pero no verdad. La razón de Nino es interna, y como tal no sirve para ofrecer la justificación de la práctica misma que llamamos moral, que no cabe encontrar ni apelando a sus fines, ni a la racionalidad misma del actuar moral⁷⁹.”

Frente al dogmatismo, NINO resalta que la democracia es sobre todo un procedimiento (un sucedáneo del discurso moral) para conocer los principios morales. Frente al escepticismo, en cambio, el autor argentino hace hincapié en el carácter normativo de la democracia. La democracia, procedimiento y norma, acaba careciendo de una justificación suficiente, y comparece en el discurso más postulada que fundamentada. En efecto, “la justificación de la práctica moral discursiva en virtud de sus fines y funciones ensayada por Nino sólo consigue aplazar el problema, porque ésta presupone, en primer lugar, una identificación de esos fines y funciones y, en segundo, considerar a estos y a la práctica como valiosos⁸⁰. Por eso, en última instancia, su justificación de la moral “se obtiene por medio de la asunción un tanto dogmática de cierta concepción del hombre, que se pretende respaldada por una verificación sociológica. Esta selección voluntarista de los fines de la moral es también lo que determina su consideración como un fenómeno eminentemente intersubjetivo⁸¹.”

Si bien NINO percibe que una justificación del carácter normativo de la democracia no puede hacerse desde una visión que la reduzca a puro procedimiento —de procedimiento y forma no se sigue más que procedimiento y forma—⁸², lo cierto es que se queda a mitad de camino. La superación de esta aporía no puede hacerse sino a partir de alguna idea acerca de lo que es el hombre y de lo que le conviene. Es decir, sin una antropología y una ética. En el caso de NINO, el problema es que diseña una

⁷⁸ Susana BLANCO, *Positivismo metodológico y racionalidad política. Una interpretación de la teoría jurídica de Carlos S. Nino*, Granada, Comares, 2002, p. 145.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 148.

⁸¹ *Ibidem*, p. 149.

⁸² Cfr., al respecto, la crítica de Arthur KAUFMANN a las teorías procesales de la justicia, tomando como modelos el contractualista de Rawls y el discursivo de Habermas: Arthur KAUFMANN, *La filosofía del Derecho en la posmodernidad*, trad. de L. Villar Borda, Bogotá, Temis, 1998, pp. 46-51 y *passim*. Cfr., asimismo, Francesco VIOLA, *La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*, trad. de J. Saldaña, México, UNAM, 2006, pp. 81-88 y *passim*.

“moral justificada que [...] se construye a imagen y semejanza de la democracia. Más que otorgarle valor a la democracia como sucedáneo del discurso moral, este autor crea una moral que, por reunir los rasgos de las democracias, permite la defensa de éstas como régimen de gobierno moralmente preferible, cuyas normas han de ser en todo caso obedecidas por los ciudadanos”⁸³.

4.2. Un nuevo positivismo ideológico

La segunda crítica se dirige a cuestionar la diferencia práctica entre el constructivismo ontológico y el constructivismo epistemológico. Aunque esto no puede ser tratado en profundidad aquí, lo cierto es que NINO varió de la primera posición a la segunda, y le asignó a esta última algunas ventajas. Sin embargo, examinadas una y otra desde la perspectiva que proporciona la crítica de la paradoja, sus diferencias parecen diluirse mucho.

La democracia no se identifica con el discurso moral (si esto ocurriese, estaríamos ante un constructivismo ontológico). Es sólo su sucedáneo. Por eso existe la posibilidad de que las normas producidas por la democracia no sean moralmente válidas. Pero aquí nos topamos con dos problemas: el de explicar cómo es posible conocer si las normas democráticas son o no válidas, siendo la democracia el sucedáneo del discurso moral, por un lado, y el de establecer qué debe hacerse, en su caso, frente a la invalidez moral de esas normas, por otro.

El primer problema es muy difícil de resolver para NINO, y su propuesta acaba en la conclusión de que, “salvo error, en los países democráticos es probable que sea obligatorio obrar conforme a Derecho”⁸⁴. Con respecto a lo segundo, y como consecuencia de lo anterior,

“Nino exige que, a efectos prácticos, se tome esa probabilidad como certeza a la hora de actuar. Apelando al principio de que se deben maximizar las posibilidades de obrar de forma moralmente correcta, Nino cree que el discurso democrático —incluso imperfecto— justifica y aun exige relegar el propio juicio y acatar la norma”⁸⁵.

Las normas jurídicas son, desde esta perspectiva que sostiene NINO, “razones excluyentes” según la caracterización de RAZ, aunque el autor argentino se preocupa por no definir las así: en su opinión, las normas jurídicas son, en realidad, “razones epistémicas”. Es decir, razones para creer que existen razones para actuar. Con esto busca preservar la autonomía de la moral (que se vería cuestionada, en su opinión, si existiesen autoridades prácticas), y, de modo simultáneo, huir del positivismo ideológico (en el que se incurriría si se definiese a las normas, sin más, como razones excluyentes) sin dejar de afirmar la obligatoriedad del Derecho positivo⁸⁶.

⁸³ Susana BLANCO, *Positivismo metodológico y racionalidad política. Una interpretación de la teoría jurídica de Carlos S. Nino*, ob. cit., p. 150.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 151.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 152.

⁸⁶ Cfr. *Idem*.

Esto último tiene, a su vez, al menos dos dificultades. La primera es la siguiente:

“si se entiende que para el constructivismo epistemológico las normas democráticas actúan como razones excluyentes, la autonomía, presupuesto del discurso moral, queda en entredicho, ya que los destinatarios de las normas jurídicas siempre habrán de relegar su juicio, adoptando la norma como única guía de actuación. Si, por el contrario, se admite con Nino que son razones epistémicas [...], cuando se afirma que un sujeto ha llegado por reflexión individual al convencimiento de que las normas democráticas presentan errores morales relevantes y a la vez se le exige que ‘crea en la existencia de razones morales a favor de esas normas’, se le está pidiendo en realidad que acepte simultáneamente dos criterios de corrección, sin ofrecerle ningún argumento definitivo para primar uno sobre otro”⁸⁷.

En definitiva, como afirma BLANCO, la propuesta de NINO acaba teniendo un cierto aire de familia con el positivismo ideológico, pese a sus declaraciones de intentar un resultado exactamente contrario⁸⁸.

4.3. Una fundamentación circular

En opinión de NINO, como se analizó líneas más arriba, la diferencia práctica que aportarían las normas provendría del hecho de que son expresión de la democracia, sucedáneo del discurso moral. Con esto se justificaría la existencia de los gobiernos democráticos (y no de cualquier gobierno).

Si retrocedemos aún más atrás, recordaremos que NINO conecta la respuesta a la paradoja con tres problemas: la fundamentación de la democracia (éste es, en realidad, su punto de partida), la fundamentación del gobierno, y la fundamentación del Derecho. Recorrido el camino en sentido inverso, su propuesta consiste en buscar y encontrar qué diferencia práctica aporta el Derecho, para entonces justificar el gobierno y, quizá, dependiendo del tipo de diferencia práctica de que se trate, la democracia.

Uniendo esto último con lo anterior surge una tercera crítica. Si la diferencia práctica de la democracia se percibe estudiando la diferencia que aporta la existencia de un gobierno, y la que aporta el gobierno examinando la relevancia del Derecho, entonces no parece lógicamente sustentable la pretensión de explicar la relevancia del Derecho acudiendo a la democracia. No se salva la crítica, creo, alegando que se recurre sólo a un rasgo de la democracia. Si sólo la democracia funda la democracia, entonces no es posible fundamentarla, sino sólo describirla y, por eso, tampoco es posible limitarla⁸⁹. Una respuesta adecuada a este importante problema

⁸⁷ Ibidem, p. 153.

⁸⁸ Ibidem, pp. 155-156.

⁸⁹ La asignación de estas dotes a la democracia se comprende quizá mejor desde la biografía del profesor NINO quien, como es sabido, tuvo un papel destacado en el desarrollo de la democracia argentina durante los años inmediatamente posteriores a la dictadura militar que padeció el país entre 1976 y 1983. Cfr., al respecto, Susana BLANCO, *Positivismo metodológico y racionalidad política. Una interpretación de la teoría jurídica de Carlos S. Nino*, ob. cit., pp. 262-315, y Jorge MALEM SEÑA, “In memoriam: Carlos Santiago Nino. Apuntes bio-bibliográficos”,

exige partir de una descripción antropológica algo más rica, que no absolutice la autonomía ni la racionalidad⁹⁰.

4. 4. Hacia una propuesta alternativa

¿Por qué el Derecho y no más bien la moral? En su caso, ¿cualquier moral? ¿Por qué el gobierno y no más bien la anarquía? ¿Por qué la democracia y no más bien cualquier otro gobierno? ¿Cuáles son los límites de la democracia? ¿Cómo administrar la tensión entre lo político y lo jurídico? Se trata de un conjunto de preguntas inquietantes y relacionadas, latentes en muchos de los conflictos políticos y sociales de comienzos del siglo XXI.

El pensamiento clásico tiene una línea argumentativa fecunda, cuyo tratamiento aquí sólo bosquejaré, que parte de una idea de ARISTÓTELES: el hombre es el único ser vivo político. Esto puede ser interpretado del siguiente modo: el ser humano sólo se realiza en la *polis*, en la ciudad; sólo allí puede obtener los medios necesarios para alcanzar los fines a los que tiende. La *polis* es autárquica (a diferencia de la familia, y de otras entidades intermedias) porque tiene la capacidad de generar esos medios. También por esto último es una forma de coexistencia básica. En el seno de la *polis* los hombres coexisten unos con otros y se generan relaciones sociales que reclaman coordinación y criterios que permitan la resolución de los conflictos que se susciten. Este rol no puede ser afrontado de modo completo por la moral, por varias razones: primero, porque hay quienes no están dispuestos a cumplir con las normas morales; segundo, porque la moral es inconclusa e indeterminada. La superación de estas deficiencias exige una autoridad que guíe a la *polis* hacia la autarquía (hacia el bien común), y el Derecho, que castiga determinadas inmoralidades (no todas), y concluye y determina en aquellos puntos relevantes para el bien común en los que la moral no lo hace⁹¹.

en ROSENKRATZ y VIGO (comps.), *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*, ob. cit., pp. 281-357. Puede verse también el muy interesante prólogo de Owen FISS en Gustavo MAURINO (ed.), *Derecho, Moral y Política. I. Metaética, ética normativa y teoría jurídica*, Buenos Aires, Gedisa, 2007, pp. 11-17. El impacto del contexto mencionado es incluso muy perceptible en los temas por los que se fue interesando luego de 1984, por ejemplo, en *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984; *La validez del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985; *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992; *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Buenos Aires, Emecé Editores, 1992.

⁹⁰ Cfr. Pedro RIVAS, *Las ironías de la sociedad liberal*, México, UNAM, 2004, pp. 1-33.

⁹¹ Cfr., entre muchísimos otros, Carlos MASSINI, "Iusnaturalismo, liberalismo, comunitarismo y la exigibilidad jurídica de las normas morales", en, del mismo autor, *El Derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Ábaco, 1999, pp. 91-103. Lo afirmado en el texto es el punto de partida de una de las argumentaciones existentes a favor de la tesis de la conexión entre Derecho y Moral: la Moral requiere de conclusión y determinación, y a la vez guía las valoraciones de los operadores jurídicos en los casos para los que el sistema jurídico no tiene una solución unívoca. En mi opinión, a partir de aquí también puede sostenerse la tesis de la conexión incluso si se defendiese, como lo hace por ejemplo DWORKIN, la llamada tesis de la única respuesta correcta. Cfr. Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 396-411. Respecto de este tema, cfr. Carlos MASSINI, "Dworkin, Finnis y 'la única respuesta correcta'", en Santiago LEGARRE, Alejandro MIRANDA, Cristóbal ORREGO (eds.), *La lucha por el derecho natural. Actas de las Jornadas de homenaje a John Finnis. A 25 años de la publicación de Natural Law and Natural Rights*, Universidad de Los Andes, Santiago, 2006; y Gabriel MORA RESTREPO, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, prólogo de F. Toller, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2009, pp. 137-153. Desde una perspectiva más amplia, cfr. Pilar ZAMBRANO, *La inevitable creatividad en*

Al menos como hipótesis, parecería posible la imposición violenta de la moral a quienes no están dispuestos a obedecerla, la resolución violenta de los problemas de coordinación y de los conflictos, y el establecimiento por vía violenta de aquellos aspectos que la moral no concluye ni determina. Sin embargo, la propia moral prescribe el reconocimiento de la igualdad del otro. El hombre reconoce al hombre como un fin en sí mismo que reclama respeto y proscribire toda instrumentalización o mediatización. Por eso es que la imposición de la moral, la resolución violenta de los problemas de coordinación y de los conflictos, y la conclusión y determinación de sus aspectos inconclusos e indeterminados debe hacerse de modo tal que no se afecte esa exigencia radical de respeto, sin violencia. El constitucionalismo contemporáneo ha acuñado la idea de razonabilidad para calificar aquellas normas que, por cumplir con lo dicho, pueden ser consideradas jurídicas. Que una solución sea razonable significa que pueden darse a su favor razones atractivas; dicho de otro modo, que se trata de una solución susceptible de suscitar un consenso racional. Existen buenos argumentos para suponer que la mejor manera de dar con esas razones consiste en buscarlas a través del diálogo democrático. La deliberación democrática asegura un mínimo de respeto nada desdeñable: en principio todo hombre es reconocido como un interlocutor válido.

La necesidad de generar normas razonables que castiguen algunas inmoralidades (las que afectan gravemente el bien común), coordinen conductas y resuelvan los conflictos sociales, y concluyan y determinen lo que las normas morales dejan inconcluso e indeterminado justifica la necesidad de un gobierno, y de que ese gobierno sea democrático. El gobierno y la democracia son exigencias, dicho de otro modo, del bien común. La política y la moral (por inconclusa e indeterminada) exigen una forma de coexistencia (el Derecho) que reclama un gobierno. Y el gobierno debe ser democrático porque sólo la democracia permite dar aquellas normas que, al tratar al otro como otro, son razones para actuar dotadas de autoridad (aunque lo logra en grados diversos, e incluso puede no lograrlo, porque su realización no es nunca perfecta). No es que la democracia sea un sucedáneo de un discurso moral. Es, en realidad, una exigencia del discurso moral, que será siempre, en especial en lo referente a las relaciones con los otros, inconcluso e indeterminado.

BIBLIOGRAFÍA

BLANCO, Susana, *Positivismos metodológico y racionalidad política. Una interpretación de la teoría jurídica de Carlos S. Nino*, Granada, Comares, 2002.

DE LUCAS, F. Javier, "La pregunta fundamental. Una precisión metodológica", en *Persona y Derecho* 9, 1982.

- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1997.
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. y estudio preliminar de C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- FISS, Owen, "Prólogo", en Gustavo MAURINO (ed.), *Derecho, Moral y Política. I. Metaética, ética normativa y teoría jurídica*, Buenos Aires, Gedisa, 2007.
- GÓMEZ-LOBO, Alfonso, *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*, Santiago-Buenos Aires, Mediterráneo, 2006.
- GREPPI, Andrea, "Consenso e imparcialidad. Sobre la justificación moral de la democracia en el pensamiento de C. S. Nino", en Carlos ROSENKRATZ y Rodolfo VIGO (comps.), *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*, México, Fontamara, 2008.
- KAUFMANN, Arthur, *La filosofía del Derecho en la posmodernidad*, trad. de L. Villar Borda, Bogotá, Temis, 1998.
- MALEM SEÑA, Jorge, "In memoriam: Carlos Santiago Nino. Apuntes bio-bibliográficos", en Carlos ROSENKRATZ y Rodolfo VIGO (comps.), *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*, México, Fontamara, 2008.
- MASSINI, Carlos, *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, México, UNAM, 2004.
- MASSINI, Carlos, "Dworkin, Finnis y 'la única respuesta correcta'", en Santiago LEGARRRE, Alejandro MIRANDA, Cristóbal ORREGO (eds.), *La lucha por el derecho natural. Actas de las Jornadas de homenaje a John Finnis. A 25 años de la publicación de Natural Law and Natural Rights*, Universidad de Los Andes, Santiago, 2006.
- MASSINI, Carlos, "Iusnaturalismo, liberalismo, comunitarismo y la exigibilidad jurídica de las normas morales", en Carlos MASSINI, *El Derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Ábaco, 1999.
- MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, prólogo de F. Toller, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2009.
- NINO, Carlos, *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984.
- NINO, Carlos, "La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia", *Análisis Filosófico* VI-1, 1986.

- NINO, Carlos, "The Epistemological Moral Relevance of Democracy", *Ratio Iuris* 4, núm. 1, 1991.
- NINO, Carlos, *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- RIVAS, Pedro, *Las ironías de la sociedad liberal*, México, UNAM, 2004.
- RÓDENAS, Ángeles, "Sobre la justificación de la democracia en la obra de Carlos S. Nino", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 10, 1991.
- RÓDENAS, Ángeles, *Sobre la justificación de la autoridad*, Madrid, CEC, 1996.
- SERNA, Pedro, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006.
- VIOLA, Francesco, *La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*, trad. de J. Saldaña, México, UNAM, 2006.
- ZAMBRANO, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, México, UNAM, 2009.