

El modelo de democracia constitucional de Carlos Nino y sus implicaciones para la práctica judicial

*The Constitutional Democracy Model of Carlos Nino and its
Implications for the Judicial Practice*

Leopoldo Gama Leyva*

Fecha de recepción: 11 de abril de 2011

Fecha de aceptación: 26 de agosto de 2011

RESUMEN

El propósito del presente artículo es analizar los elementos principales del constitucionalismo democrático defendido por el jurista argentino Carlos Santiago Nino. Se muestra, además, la relevancia que esta concepción posee para la labor cotidiana de los operadores jurídicos, en particular, los jueces que deben garantizar los derechos fundamentales. Comprender a fondo la concepción tridimensional propuesta por dicho autor —integrada por una teoría de la democracia, de los derechos fundamentales y de la Constitución—, es de importancia capital para la correcta práctica de la argumentación jurídica.

PALABRAS CLAVE: constitucionalismo, democracia constitucional, democracia deliberativa, derechos fundamentales, garantía judicial de los derechos.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante. Asesor en la Ponencia del magistrado Rubén Enrique Becerra Rojasvértiz, Sala Regional Monterrey del TEPJF.

ABSTRACT

The purpose of the present article is to analyze the main elements of the democratic constitutional model supported by the argentinian jurist Carlos Santiago Nino. It shows, as well, the relevance that this conception has for the jurists' every day tasks, particularly for the judges that must guarantee fundamental rights. In order to obtain accurate legal argumentation practices, it is of great importance to completely understand the author's three-dimensional model composed by democratic, fundamental rights and constitutional theories.

KEYWORDS: constitutionalism, constitutional democracy, deliberative democracy, fundamental rights, judicial protection of rights.

Introducción

Carlos S. Nino, en una serie de trabajos que culminaron con la aparición del libro póstumo *The Constitution of deliberative democracy*,¹ defendió un modelo de Estado constitucional que integra una teoría de la democracia, una propuesta de justificación de los derechos humanos y una teoría de la Constitución. Sus ideas forman parte de un proyecto para respaldar un constitucionalismo democrático atento a las dificultades que trae consigo la presencia de ingredientes participativos y liberales en continua tensión. El autor intenta, pues, superar esta problemática equilibrando el valor del gobierno democrático con la exigencia de protección de los derechos fundamentales.

En el presente trabajo se intentará dar cuenta del constitucionalismo democrático defendido por Carlos Nino, se hará un examen de sus tres elementos básicos; y se mostrará, además, la relevancia que dicho modelo posee para la labor judicial actual (en la que, como es sabido, juega un papel significativo la argumentación jurídica) (Atienza 2006). Hay que mencionar, además, que la teoría de la democracia constitucional ofrecida por el autor forma parte de una empresa mucho más amplia, preocupada por problemas de la teoría y filosofía del derecho y por cuestiones de filosofía moral y política.² Por esa razón, será necesario adentrarse, eventualmente, en las líneas generales que componen su pensamiento filosófico, con el objeto de situarse en el panorama que sirve de base para la justificación del constitucionalismo.

El constructivismo ético

Tanto la propuesta deliberativa de la democracia de Carlos Nino como su concepción acerca de los derechos fundamentales, están ligadas estre-

¹ Las obras en las que se desarrolla su teoría de la democracia constitucional son: Nino 1980a; 1991a; 1993; 1996; 1997.

² Para una perspectiva general acerca de las preocupaciones teóricas del autor, puede verse Nino 1984.

chamente a una postura metaética de tipo constructivista. El constructivismo ético de Nino intenta responder a una pregunta básica: ¿cuál es el método más confiable para conocer los principios de moralidad intersubjetiva o social que sirvan de base para la vida en comunidad? Esta cuestión se responde de la siguiente manera: un procedimiento que asegure la *participación* en las discusiones colectivas de todos aquellos que puedan verse afectados por una decisión determinada es más confiable que cualquier otro procedimiento alternativo para tomar decisiones moralmente legítimas.³

En las últimas décadas se han desarrollado tres posturas que defienden la posibilidad de conocer y justificar un conjunto de principios morales de índole normativa: una individualista, otra colectivista y una intermedia entre ambas. La primera —que se ubica dentro de la tradición kantiana— tiene su representante en John Rawls; la segunda —heredera de la tradición hegeliana—, en Jürgen Habermas; y la tercera, que sería una especie de propuesta intermedia entre la rawlsiana y la habermasiana, es la defendida por Nino.

Estas propuestas son intentos para responder a dos preguntas, la primera de orden ontológico y la segunda epistemológico: 1) ¿cómo se constituye la validez de los juicios morales? y 2) ¿cómo es posible el conocimiento de esos principios? Estas preguntas, de acuerdo con Nino, se responden de la siguiente manera: a su juicio, Rawls sostiene como tesis ontológica que

[l]a verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales inherentes al razonamiento práctico de cualquier individuo,

³ A este respecto, Nino se reconoce partidario de Rawls, aunque admite como precursores de dicha concepción metaética a Hobbes, Kant y, recientemente, a K. Baier, W. Frankena, R. M. Hare, D. Richards, G. Warnok, T. Nagel, K. O. Appel, J. Habermas, entre otros. Por otro lado, el constructivismo ético como concepción que permite justificar racionalmente principios morales, está tomado sobre todo del *Rawls de Kantian Constructivism in Moral Theory*, aunque también ha sido denominada “formalismo” o “conceptualismo”, en Nino 1989a; 1989b; 1988.

en particular el presupuesto de acuerdo al cual un principio moral es válido si es aceptable para todas las personas que se encuentren bajo condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes (Nino 1997, 160-1).

Como tesis epistemológica, señala que

[e]l conocimiento de la verdad moral se alcanza por medio de la reflexión individual. La discusión con otros es un elemento auxiliar útil de la reflexión individual pero, en definitiva, debemos actuar ineludiblemente de acuerdo con los resultados finales de esta última (Nino 1997, 161).

Por su parte, Habermas sostiene en el plano ontológico que

[l]a verdad moral se constituye por el consenso que resulta de la práctica real de la discusión moral cuando se lleva a cabo de acuerdo con algunas restricciones procesales acerca de los argumentos que se esgriman (Nino 1997, 161).

Como tesis epistemológica, apunta que

[e]l método de la discusión y decisión colectiva es la única forma de acceder a la verdad moral, ya que la reflexión monológica es siempre distorsionada por el sesgo del individuo a favor de su propio interés [...] (Nino 1997, 161).⁴

En *A theory of justice*, explica Nino, Rawls sostiene dos ideas centrales en cuanto al conocimiento moral: que la corrección o verdad de los prin-

⁴ Véase, además, Nino 1989b, 104 y ss.

cipios morales depende de la satisfacción de ciertos presupuestos del razonamiento práctico y que el conocimiento acerca de esos principios sólo es posible mediante la reflexión individual. Habermas, por su parte,⁵ propone también dos postulados: que la corrección o verdad de los principios morales depende del consenso real de una práctica discursiva en la que se han satisfecho los presupuestos del razonamiento práctico y que esa labor es posible únicamente mediante la discusión colectiva. En otras palabras, tanto Rawls como Habermas coinciden en que la validez de los principios morales depende de la satisfacción de ciertos presupuestos formales, con la diferencia de que para Rawls éstos rigen un razonamiento moral de tipo monológico, mientras que para Habermas, constituyen requerimientos de todo discurso intersubjetivo.

En opinión de Nino ambas propuestas presentan algunos problemas. El error de Rawls consiste en no atribuir un peso importante al diálogo racional con otros individuos para efectos de la constitución de la verdad o corrección moral. Esta postura, a fin de cuentas, conduce a una especie de *elitismo moral*: la verdad de un principio moral sólo puede ser conocida de forma individual. En este sentido, si, finalmente, la reflexión individual es el único medio para acceder al conocimiento de proposiciones morales correctas, el individualismo epistémico de Rawls no permitiría fundamentar la obediencia hacia normas heterónomas como las del derecho, ya que no habría razones para seguir los dictados de una autoridad. Por otro lado, la deficiencia en la propuesta de Habermas radica en exigir el consenso real como garantía para la corrección de un juicio moral. Además, si la verdad o corrección de los principios morales está determinada por su aceptación en una discusión real, no se sabe cómo es posible que un individuo sostenga un juicio moral como válido *antes* de llegar a ese consenso. Para Nino, este último tipo de concepción podría conducir a una especie de

⁵ El trabajo de Habermas en el que se basa Nino para reconstruir su concepción metaética es "Ética del discurso" (Habermas 1991).

populismo moral, pues una vez que se llega a un consenso acerca de la corrección de un principio no sería posible sujetarlo a crítica, a menos que se encuentre un consenso distinto. Dicho en otras palabras, la corrección de un principio moral depende de su aceptación por parte de la mayoría de los participantes en una discusión, de tal forma que sólo aquello que la mayoría decidiera para un caso determinado sería lo correcto.

Entre esas dos concepciones existe un enfoque intermedio, que es el adoptado por Nino, y cuyas tesis centrales son las siguientes:

1. La verdad o corrección de un juicio moral depende de la satisfacción de los presupuestos de la práctica discursiva.
2. El conocimiento de esos principios es más *fiable* cuando se efectúa mediante el diálogo colectivo.

En opinión de este autor, el intercambio de distintos puntos de vista y el *consenso unánime* respecto a los principios que guían la conducta, posee un valor epistemológico que tiene por consecuencia la producción de soluciones moralmente correctas, es decir, imparciales. Esta es, entonces, la tesis del *valor epistémico* de la práctica del discurso moral (Nino 1989a). En resumen, para el jurista argentino la moral se concibe como una actividad discursivo-argumentativa, esto es, una actividad social en la que los individuos formulan frente a otros individuos juicios morales que deben satisfacer ciertos criterios de validez:

El discurso moral constituye una técnica para convergir en ciertas conductas y en determinadas actitudes frente a conductas sobre la base de la coincidencia de creencias en razones morales [...] la coincidencia de creencias que el discurso moral está dirigido a generar, como medio para convergir en acciones y actitudes, sería un resultado totalmente aleatorio si el discurso moral no fuera una actitud sometida a ciertas reglas que estipulan cuáles son las condiciones para alegar razones morales (Nino 1989a, 103).

Como se muestra en el pasaje anterior, el discurso moral posee para Nino un *aspecto estructural*, es decir, está sujeto a ciertas reglas, criterios o presupuestos que definen la validez de los juicios morales. Esto significa que para que una conclusión moral esté justificada, es necesario que dichas reglas sean respetadas en toda discusión. De tal manera, el valor del resultado del discurso moral depende entonces de que los participantes en una práctica discursiva sigan los siguientes presupuestos (Nino 1989a):

- a) Autonomía: establece que los principios morales deben aceptarse libremente.
- b) Publicidad: de acuerdo con este presupuesto, ninguno de los participantes en una discusión puede alegar principios misteriosos o revelados; en otras palabras, los participantes deben estar en posibilidad de conocer los principios que sus interlocutores sujetan a discusión.
- c) Generalidad: significa que los casos de aplicación de los principios, con base en los cuales se determina la obligatoriedad de ciertas conductas, deben poseer siempre propiedades genéricas, es decir, no pueden referirse a casos individuales.
- d) Superveniencia: establece que las propiedades determinadas por los casos relevantes deben ser de índole fáctica, de modo que puedan ser susceptibles de verificarse por parte de los individuos.
- e) Universalidad: si un individuo justifica sus acciones sobre la base de un principio determinado, entonces cualquier participante podrá justificar sus acciones de acuerdo con ese mismo principio. En otras palabras, si un principio es idóneo para justificar las acciones de un individuo determinado, entonces lo será también para justificar las acciones de todos aquellos cuyo caso no difiera del primero respecto a circunstancias relevantes.
- f) Finalidad: afirma que los principios morales adoptados por los participantes deben guardar cierta jerarquía frente a otras razones

para actuar, evitando así que puedan ser desplazados por otros principios.

- g) Imparcialidad: finalmente, para que la práctica del discurso moral llegue a lograr su cometido es necesario otro requisito fundamental, que consiste en la adopción de un punto de vista imparcial. En palabras del autor, ésta es entendida como: “una disposición a aceptar los principios de conducta que alguien o nosotros mismos adoptaríamos si estuviéramos en ciertas condiciones diferentes de aquellas a las que de hecho estamos sometidos” (Nino 1989a, 113).

Resulta necesario aclarar que cuando Nino sostiene que el diálogo colectivo es más *confiable*, acepta también que es posible, mediante la reflexión individual, conocer proposiciones moralmente correctas que sirvan de base para guiar la acción, pero con la diferencia de que es más difícil representarse todos los intereses en juego, es decir, satisfacer el requisito de imparcialidad.

Los derechos humanos y su fundamentación

Para Nino, los derechos humanos pueden derivarse de la combinación de tres principios que constituyen “la base de una concepción liberal de la sociedad” (Nino 1989a, 199), a saber: el principio de autonomía personal, el de inviolabilidad y la dignidad de la persona. Éstos se fundamentan a su vez en las reglas o presupuestos del discurso moral expuestas en los incisos anteriores, es decir, la autonomía, publicidad, generalidad, superveniencia, universalidad, finalidad e imparcialidad (Nino 1989a, 199-200).⁶

Los derechos se justifican entonces

sobre la base de los presupuestos de la práctica de la discusión moral en la cual nos encontramos involucrados cuando valoramos ac-

⁶ Para una lúcida reconstrucción de las ideas de Nino en torno al fundamento de los derechos, véase Alexy 2003.

ciones, decisiones, instituciones y prácticas que pueden afectar los derechos básicos de la gente. Esos presupuestos de la discusión moral definen la validez de los principios usados en la valoración. Participar en la práctica y, al mismo tiempo, negar aquellos presupuestos necesariamente aceptados cuando se participa en ella o sus implicancias es incurrir en una inconsistencia pragmática (Nino 1997, 74).

El principio de autonomía de la persona. Como se vio con anterioridad, este principio consiste en la libertad de todo individuo para adoptar pautas morales que guíen su conducta, es decir, tanto normas que orienten su comportamiento frente a otros, como estándares morales relativos al propio individuo.

A este respecto, cabe tener en cuenta que dentro del esquema teórico de Nino la moral posee dos dimensiones: la primera se refiere a la moral privada o autorreferente, esto es, la que tiene por contenido el conjunto de ideales de excelencia personal que evalúan las acciones de los individuos por sus efectos en la calidad de vida del propio agente (por ejemplo, el ideal de buen ciudadano, de buen patriota, de buen padre, la opción por el ejercicio de un determinado culto religioso o la elección de una orientación o práctica sexual determinada, etc.). La segunda dimensión, la moral social o intersubjetiva, se refiere al conjunto de principios que valoran o enjuician las acciones de los individuos por sus efectos sobre los intereses de otros sujetos distintos del agente (por ejemplo, la prohibición de atacar contra la propiedad privada, contra la vida o la salud de otros, etc.). Según estas premisas, la autonomía moral significa “la libre aceptación de principios morales *intersubjetivos* y de ideales *autorreferentes* de excelencia personal” (Nino 1997, 75).

Ahora bien, con el objeto de preservar la autonomía de otros individuos, este principio puede limitarse a sí mismo respecto a la elección de pautas de carácter intersubjetivo. Puede darse el caso de que algún estándar, con

el cual un individuo dirige su comportamiento, afecte negativamente los intereses de otros. En cambio, no sucede lo mismo con los ideales de excelencia personal, ya que por definición no perjudican los intereses de otros individuos. En este sentido, mientras la elección de pautas relativas a la moral intersubjetiva puede ser limitada, la de estándares de excelencia humana no puede restringirse. De tal manera se constituye, de acuerdo con el autor, el principio de *autonomía personal* que prohíbe interferir con la libre elección de ideales de excelencia humana. La relevancia de todo lo dicho para el tema que se está desarrollando es que ninguna autoridad, aun la democrática, está legitimada para imponer ideales personales o de excelencia humana. El principio de la autonomía personal conduce así al rechazo del perfeccionismo estatal.

Nino afirma que a partir de los principios que propone es posible derivar un conjunto de derechos básicos. Esta idea se aclara si se toma en cuenta que la realización de los ideales personales depende de ciertas condiciones, de tal manera que el medio idóneo para su satisfacción consiste en configurarlas como derechos. La integridad corporal, la libertad de expresión y de movimiento, la libertad de asociación, por mencionar algunos ejemplos, constituyen ese conjunto de derechos destinados a la realización de la autonomía personal. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la autonomía personal es un valor de tipo agregativo y no distributivo. Esto quiere decir que una sociedad es más valiosa cuanto mayor sea la autonomía de que gocen sus individuos, independientemente de cómo se reparta ésta entre ellos; por eso, puede presentarse el caso de que un grupo social determinado posea mayor autonomía en detrimento de otro. En virtud de lo anterior, la autonomía personal requiere de ciertos límites impuestos por el principio de inviolabilidad de la persona.

El principio de inviolabilidad. En opinión del jurista, el principio de autonomía es, por sí solo, insuficiente para fundamentar los derechos individuales debido a su carácter agregativo. Como se satisface sin importar cuántos individuos gocen de ella, sino del mayor grado de autonomía

que tenga un número determinado de individuos, se presenta entonces la cuestión de cómo distribuir aquellos bienes que constituyen las condiciones necesarias para su satisfacción. Así las cosas, los problemas relativos a la distribución de este principio están encomendados al principio de inviolabilidad de la persona, que funciona como límite a la autonomía.

El principio de inviolabilidad refleja la idea de separabilidad e independencia de los individuos, elementos imprescindibles para la práctica del discurso moral. La idea central de este principio consiste, en congruencia con el anterior, en que ningún individuo deberá ser privado de aquellas condiciones necesarias para la realización de su autonomía, con el argumento de que dicha privación favorece a otros individuos. En otras palabras, el principio de inviolabilidad de la persona limita el de autonomía, al prohibir que se disminuya la autonomía de un individuo con el fin de aumentar la de otros. El principio de inviolabilidad se encuentra enunciado en el segundo imperativo categórico kantiano, según el cual los individuos deben ser tratados no como medios sino como fines en sí mismos. En palabras de Nino, este principio “proscribe, entonces, imponer a los hombres, contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio” (Nino 1989a, 239). El principio de inviolabilidad se opone a las posturas de tipo utilitarista y holista, para las cuales la colectividad posee primacía sobre los individuos que la componen, de tal manera que, según este esquema, estará justificada una decisión que beneficie a la mayoría de ellos en detrimento de otros.

Sin embargo, este principio impone trabas al momento de introducir cambios en la distribución de ciertos provechos; por esa razón, es forzoso introducir otro principio que permita, con base en el *consentimiento* de los individuos, la asignación de ciertos bienes. Es así como se presenta la necesidad de recurrir al principio de dignidad de la persona.

El principio de dignidad de la persona. Éste introduce el consentimiento y la voluntad de los individuos como ingredientes necesarios para hacer dinámicos los anteriores principios. Dicho de otro modo, el principio

de dignidad permite restringir la autonomía de los individuos con la condición de que dicha restricción sea consentida por los afectados.

En palabras de Nino (1997, 80), este principio permite:

[T]ener en cuenta decisiones o actos deliberados de individuos como una base suficientemente válida para contraer obligaciones, asumir responsabilidades y perder derechos. De este modo, es posible imaginar un proceso dinámico en el cual los derechos pueden ser transferidos y perdidos de modo que algunos individuos puedan disminuir su autonomía a favor de acciones de otros.

El autor argentino señala que este principio anula aquella limitación que la inviolabilidad impone a la autonomía. De no existir dicha anulación, no sería posible, en su opinión, fundamentar instituciones jurídicas que impongan obligaciones y responsabilidades a los individuos, tal como sucede con el contrato privado o la imposición de las penas. En este sentido, instituciones tales como el establecimiento de castigos penales se justifican, a su juicio, porque permiten incrementar la autonomía de los individuos que componen una sociedad. Para concluir, el principio de dignidad de la persona, nos dice Nino, se dirige contra el determinismo filosófico, según el cual las acciones humanas están causadas por factores biológicos, psicológicos o socioeconómicos.

La fuerza justificativa de los derechos

En el modelo de Nino la combinación de los tres principios mencionados permite derivar un conjunto de derechos básicos que constituyen el referente justificativo —o bien, la *dimensión idea*— de toda Constitución liberal. En función del principio de autonomía es posible determinar un conjunto de bienes que requieren protegerse —por medio de su configuración como derechos—, para la realización de las condiciones que la posibilitan; la inviolabilidad impone límites en contra de la afectación de dicha auto-

nomía en provecho de intereses de tipo colectivo; y, finalmente, el principio de dignidad de la persona introduce el consentimiento y la voluntad de los individuos como un ingrediente necesario para hacer dinámicos aquellos derechos.

En estos momentos es posible referirse a lo que el autor considera el “teorema fundamental de la teoría jurídica”, que se expresa en el siguiente párrafo:

[L]as normas jurídicas no constituyen razones operativas para justificar acciones o decisiones como las de los jueces, a menos que se las conciba como derivadas de principios morales, o sea juicios normativos que exhiben los rasgos distintivos de autonomía, finalidad justificatoria, universalidad, generalidad, superviniencia y publicidad (Nino 1980a, 108).⁷

De acuerdo con esta idea, las normas jurídicas son insuficientes para justificar acciones y decisiones; es decir, siguiendo el esquema propuesto por Nino, una decisión estará justificada siempre y cuando se fundamente en un conjunto de principios morales de los que se derivan los derechos fundamentales. De tal manera, si una norma no encuentra fundamento a la luz de aquellos principios, entonces no será relevante para la justificación de decisiones como las que tienen que adoptar los jueces constitucionales. Ahora bien, de cómo se configuren las implicaciones de los derechos dependerá no sólo la legitimidad y alcance del proceso democrático, sino también la relevancia de la Constitución en el razonamiento práctico justificativo. En palabras del jurista:

[L]as acciones y decisiones, como aquellas que se toman respecto de problemas constitucionales, no pueden ser justificadas sobre

⁷ La misma idea la maneja Nino en otra obra (1980b).

la base de normas positivas tales como la Constitución histórica, sino sólo sobre la base de razones autónomas, que son, al fin de cuentas, principios morales. Presumiblemente aquellos principios morales establecen un grupo de derechos fundamentales [...] Esos principios son aún considerados la base última de la justificación en el razonamiento práctico, a la luz de los cuales la Constitución histórica es o no legitimada (Nino 1997, 70).

Las consecuencias que se desprenden de estas afirmaciones para el tema que nos ocupa son las siguientes:

1. El conjunto de derechos que se derivan de los principios morales se encuentran en el último nivel de justificación de las decisiones jurídicas.
2. La legitimidad de una Constitución depende del grado en que esos derechos sean respetados.
3. Esos derechos determinan, de algún modo, el alcance del procedimiento democrático.
4. Los jueces constitucionales deben hacer respetar los derechos de acuerdo con los anteriores términos.

La democracia como sucedáneo del discurso moral

Una vez que fueron presentadas las ideas de Nino sobre la posibilidad de derivar un conjunto de derechos individuales básicos a partir de los principios de dignidad e inviolabilidad, y de mostrar que la justificación de las decisiones jurídicas debe pasar por el tamiz de los derechos, corresponde detenerse en la justificación de la autoridad democrática propuesta por el autor.

A diferencia de otras teorías dirigidas a justificar la democracia como forma de gobierno, la de Nino presenta un rasgo sobresaliente que resi-

de en el vínculo entre la esfera de la moral y la de la política, que se da mediante el paso del discurso moral a la democracia. Si la discusión colectiva se presenta como el medio más confiable para acceder a principios válidos de moralidad social —lo que nos lleva a afirmar que existen razones para observar los resultados de la discusión colectiva a pesar de que se piense que los resultados obtenidos por la reflexión individual son más acertados—, entonces, la democracia, a grandes rasgos, consiste en un procedimiento de discusión moral “aplicado a asuntos públicos” (Nino 1989a, 387).

La cuestión concerniente a la justificación de la autoridad —de la autoridad en general y no sólo de la democrática— se ha relacionado con la pregunta relativa a por qué obedecerla, lo que no es otra cosa más que preguntarse sobre el fundamento de la obligación de acatar el derecho. Ofreceré la respuesta de Nino a esta cuestión, ahondando un poco más en algunas ideas que pudieron haber quedado oscurecidas en el apartado anterior.

La idea que se viene exponiendo acerca de lo que se ha denominado “fuerza justificativa de los derechos” —idea central de la conexión justificativa entre derecho y moral, y que consiste en la necesidad de remitirse a principios morales para que las normas jurídicas justifiquen acciones y decisiones— posee, como explica el jurista, dos consecuencias:

Por un lado, parecería implicar que la existencia de un orden jurídico está justificada en tanto se garantice la plena realización de los derechos individuales. En palabras del autor: “es la función de hacer efectivos los derechos individuales básicos lo que provee la justificación moral primaria de la existencia de un orden jurídico, o sea de un gobierno establecido” (Nino 1989a, 368). En este sentido, añade, la existencia del derecho deviene necesaria como medio para limitar la autonomía de los individuos con el fin de preservarla; por ejemplo, prohibiendo la realización de determinadas acciones que atenten contra esa esfera. Si el derecho no funcionase como mecanismo para limitar la autonomía de los individuos, apunta el autor, ésta se estaría violando por omisión.

La segunda consecuencia a la que conduce la llamada “fuerza justificativa de los derechos” nos lleva a una afirmación un tanto desconcertante: que no es relevante, para efectos de la justificación del derecho, cuál es el origen de las normas; es decir, una vez garantizados los derechos básicos derivados de los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona, la forma de gobierno añade poco a la cuestión de la legitimidad de sus normas jurídicas. Lo dicho significaría entonces que la forma como se tomen las decisiones en un sistema jurídico no es determinante para su justificación, ya que, operando según esta lógica,

en la medida en que el orden jurídico satisfaga las condiciones muy estrictas que definen la promoción de los derechos individuales básicos, y que, en el espacio que estos derechos dejan libre, esté correctamente orientado hacia la consecución de objetivos colectivos válidos, poco importa el origen de sus normas, es decir, poco importa la *forma* del gobierno que dicte tales normas (Nino 1989a, 369).

De acuerdo con estas premisas, añade Nino, no habría nada que objetar a un gobierno autocrático, sumamente respetuoso con los derechos de los individuos.

Este problema es identificado por el autor con el nombre de la “paradoja de la irrelevancia moral del Derecho y del gobierno”, que consiste en lo siguiente: si las normas jurídicas no proveen razones para justificar acciones y decisiones, sino que son los principios morales los que en última instancia proveen dicha justificación, entonces, ¿cuál es la *relevancia* de las normas jurídicas?⁸

Desde estas premisas, y una vez que reconoce como utópica la plena coincidencia entre normas jurídicas y normas morales, el autor se formula las siguientes preguntas:

⁸ En el mismo sentido apunta Raz (1986) cuando habla de la “tesis de la no diferencia”, según la cual, al coincidir las prescripciones de la autoridad con aquello que moralmente debe hacerse, se podrá decir que si bien es cierto que existen razones para actuar, el hecho de que la autoridad lo haya prescrito no constituiría una de esas razones.

¿qué forma de gobierno minimiza la probabilidad de desvíos morales en el dictado y aplicación de normas jurídicas? ¿Hay alguna forma de gobierno que garantice cierta obligatoriedad para sus normas jurídicas aún cuando el contenido de éstas involucre errores morales? (Nino 1989a, 370).

Aquella forma de gobierno que a su juicio permite, a fin de cuentas, solucionar el problema general de la justificación de la autoridad normativa —consistente en pasar de la autonomía moral a la heteronomía característica del derecho—, es la democracia entendida como un sucedáneo del discurso moral.

Como ya se ha señalado, la teoría de la democracia elaborada por Nino presenta como rasgo característico una conexión entre la esfera de la política y la de la moral. El valor del procedimiento democrático se funda así en su capacidad para “moralizar” las preferencias de los sujetos que intervienen en la deliberación.⁹ En concreto, para el jurista existe una relación entre la democracia y el discurso moral que se expresa en estos términos:

[A]demás de ser el régimen que mejor promueve su expansión, la democracia es un sucedáneo del discurso moral [...] una especie de discurso moral regimentado que preserva en más alto grado que cualquier otro sistema de decisiones los rasgos del discurso moral originario, pero apartándose de exigencias que hacen que ese discurso sea un método inestable e inconcluyente para arribar a decisiones colectivas (Nino 1989a, 388).

A continuación, se intentará detallar a fondo los rasgos de esta concepción en el siguiente orden:

⁹ De ese modo, la concepción de la democracia de Nino pretende desarrollar un modelo ideal que funciona como criterio regulador y crítico de las democracias realmente existentes. Sobre la función de las teorías normativas para justificar la autoridad política, véase Ródenas 1991; 1996.

1. Se explicará la manera como se da el paso del discurso moral a la democracia.
2. Se mostrará en qué consiste el valor inherente al procedimiento democrático.
3. Por último, se esclarecerá la forma como Nino enfrenta la paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y las consecuencias que esto tiene respecto a la obligación de obedecer un derecho de origen democrático.

1. La concepción de la democracia de Carlos Nino está ligada a sus reflexiones en metaética que, como ya se ha dicho, están basadas en una posición intermedia entre la postura de Rawls y la de Habermas, que el mismo autor denomina “constructivismo ético”. Para esta concepción, cabe recordar, la práctica del discurso moral es una técnica que tiene por objeto lograr la cooperación y evitar o disminuir los conflictos. La discusión intersubjetiva es el procedimiento de mayor fiabilidad para acercarse a la corrección moral, condicionada por la satisfacción de los presupuestos formales del discurso moral.

De acuerdo con lo anterior, la práctica del discurso moral exige que las decisiones adoptadas satisfagan el requisito de imparcialidad, el cual se alcanza cuando las decisiones son tomadas *unánimemente*, es decir, si todos y cada uno de los participantes coinciden respecto a una proposición determinada, siempre y cuando aquellos que puedan verse afectados por ella hayan participado en la discusión en condiciones de libertad e igualdad. De ahí que el autor considere que “la unanimidad es el equivalente funcional de la imparcialidad” (Nino 1997, 166).

El tránsito de la moral a la política consiste en el “paso de la práctica original del discurso moral a su sucedáneo regimentado” (Nino 1997, 167). En otras palabras, esto significa que la democracia es presentada como la institucionalización del discurso moral por medio de la regla de la mayoría. Sin embargo, este paso de la práctica del discurso moral a su

“sucedáneo” exige ciertos ajustes, debido a que en la práctica, a diferencia del modelo ideal de discusión moral, es necesario tomar decisiones en un tiempo limitado, y un procedimiento real de discusión no podría alargarse hasta obtener la unanimidad de opiniones por parte de todos los involucrados. Entonces, debido a esas limitaciones temporales que imponen finalizar una discusión, es necesario reemplazar la exigencia de aprobación unánime por la de aprobación mayoritaria. De no ser así, señala Nino, además de los inconvenientes de tiempo se correría el riesgo de que una minoría preservara el *statu quo*: bastaría que un solo individuo no estuviera de acuerdo para que una propuesta determinada no llegara a alcanzarse. En resumen, “la democracia como regla de la mayoría [...] puede definirse como un proceso de discusión moral sujeto a un límite de tiempo” (Nino 1997, 167).¹⁰

2. Mediante la discusión colectiva todos y cada uno de los participantes estarán en conocimiento de los intereses de los demás y esto generará una tendencia en ellos a la imparcialidad. Lo que puede contribuir a acercar el proceso democrático a su modelo originario es, sin duda, la exigencia de que los participantes en dicho proceso justifiquen sus propuestas frente a los demás. No bastará con que un individuo se limite únicamente a describir sus preferencias, sino que deberá apelar a principios o, como afirma Nino, deberá argumentar genuinamente. Por otro lado, otra virtud del proceso de discusión, además de las señaladas, es que permite hallar los errores fácticos o lógicos que posea una proposición formulada en la discusión.

Sin embargo, si bien es cierto que este procedimiento no garantiza del todo el requerimiento de imparcialidad, es superior a otros métodos alternativos de toma de decisiones. El procedimiento democrático posee mayor *confiabilidad* si de lo que se trata es de llegar al conocimiento de principios válidos de moral social o intersubjetiva. A fin de cuentas, el consenso por

¹⁰ Véase, además, Nino 1989a.

medio del diálogo colectivo es lo que otorga a los resultados de la democracia un *valor epistémico*.

No obstante, mientras más se acerque el procedimiento democrático al modelo originario de discusión moral, mucho mayor será su calidad epistémica. Los parámetros para evaluar dicho acercamiento o, en su caso, el alejamiento son:

- a) Participación de todos los afectados.
- b) Que cada uno de los participantes sea libre para expresar su punto de vista.
- c) Que cada propuesta se justifique, lo que quiere decir que la simple apelación a los intereses o preferencias no es suficiente, sino que esta justificación debe hacerse sobre la base de principios.
- d) La existencia de un consenso mayoritario.

En función de lo dicho, Nino afirma que el valor del procedimiento democrático es paulatino: aumenta en tanto mayor sea el grado de las condiciones satisfechas y disminuye cuanto menor sea el grado de satisfacción (Nino 1997, 180). En definitiva, señala el autor, el valor de la democracia debe compararse con el de otros métodos alternativos para adoptar decisiones.¹¹

3. En su opinión, esta versión de la democracia es capaz de superar la paradoja de la irrelevancia moral del gobierno. Si bien es cierto que únicamente los principios morales, y no las normas jurídicas, proveen razones últimas para actuar (razones “autónomas” en la terminología de Nino), cuando una norma es de origen democrático provee “razones para creer que hay razones para actuar” (Nino 1991a, 121), y que el autor denomina

¹¹ Recuérdese que un procedimiento colectivo para la adopción de decisiones es más confiable que la reflexión individual, debido a la dificultad para que un solo individuo pueda representarse, al momento de decidir, todos y cada uno de los intereses de los individuos potencialmente afectados.

“razones epistémicas”. Esto quiere decir que está justificado actuar de acuerdo con lo prescrito por las normas jurídicas aprobadas mediante un procedimiento democrático, *a pesar* de que la reflexión individual indique la existencia de razones contrarias.

Sin embargo, afirmar que hay razones para obedecer los resultados del procedimiento democrático no significa rechazar la posibilidad de que un individuo, considerado aisladamente, pueda estar en desacuerdo con la mayoría. Cuando Nino habla de “mayor confiabilidad” del procedimiento democrático, lo que intenta decir es que éste no es el único medio para tener un conocimiento moral. De lo anterior se desprende que también es *posible*, aunque es *menos probable*, llegar a él mediante la reflexión individual, con la condición de que sean satisfechas las exigencias de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes (Nino 1997, 182). Además, agrega el jurista, cuando una decisión es el producto de un procedimiento democrático que ha respetado todas las reglas que le aseguran valor epistémico, “parece una muestra de soberbia moral oponerse a esa decisión mayoritaria sobre la base de que la decisión adoptada es injusta, no obstante la opinión prevaleciente en contrario” (Nino 1989a, 401).

En resumen, las leyes sancionadas democráticamente no constituyen “razones sustantivas sino razones epistémicas” (Nino 1997, 187): proporcionan argumentos para creer, con justificación, que hay motivos para actuar; el valor del procedimiento democrático provee razones para acatar sus resultados, incluso si se duda acerca de su justicia o corrección moral. Por el contrario, cuando las decisiones son efectuadas por medio de un método alternativo —como puede ser el caso de un gobierno autocrático—, sus normas carecen de valor epistémico y por tanto no constituyen razones para actuar, de forma que las normas de tal orden jurídico están sujetas a superfluidad moral (Nino 1997, 188).

No obstante, a pesar de sus virtudes, el procedimiento democrático no puede aplicarse para la toma de cualquier clase de decisiones; carecerán de valor aquellas aplicadas a contextos científicos, fácticos, religiosos

o filosóficos. Ese valor, además, tampoco engloba la totalidad de la moral (Nino 1997, 182). Como se dijo anteriormente, el principio de autonomía personal prohíbe la imposición de ideales de excelencia personal pertenecientes al ámbito de la moral privada o autorreferente; de tal manera, el valor del procedimiento democrático estará restringido a la toma de decisiones aplicadas a la moral pública.

Para concluir, se puede afirmar que para Nino aquella forma de gobierno que permite solucionar el problema general de la justificación de la autoridad normativa —consistente en pasar de la autonomía moral a la heteronomía característica del derecho, reduciendo al mismo tiempo la posibilidad de errores morales—, es la democracia entendida como un sucedáneo del discurso moral.

La Constitución como práctica social

A lo largo del presente trabajo se ha indicado que el constitucionalismo defendido por el jurista posee tres dimensiones esenciales: la primera estaría constituida por un conjunto de principios a partir de los cuales se infiere un grupo de derechos fundamentales; la segunda se constituye a partir de los requerimientos impuestos por un modelo de democracia deliberativa, y la tercera se funda en el respeto a la Constitución de un país. Corresponde ahora detenerse en la tercera dimensión del constitucionalismo propuesta por Carlos Nino.

Como se vio con anterioridad, la fuerza justificativa de los derechos —es decir, la idea de que las normas jurídicas no proveen razones para justificar acciones y decisiones en tanto no satisfagan las exigencias derivadas de los principios morales a partir de los cuales se derivan derechos fundamentales— conduce a la paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y de sus leyes. Posteriormente se expuso que, de acuerdo con la teoría elaborada por Nino, solamente una concepción de la democracia como sucedáneo del discurso moral permite superar la mencionada paradoja. Esa solución, sin embargo, no resuelve el problema de la relevancia

de la Constitución para justificar acciones y decisiones como la de los jueces constitucionales. No obstante, se podría pensar, por otro lado, que una Constitución surgida de un procedimiento democrático reúne claramente los requerimientos impuestos por la segunda dimensión del constitucionalismo y que así quedaría mostrada su relevancia para justificar acciones y decisiones; sin embargo, esto no proporciona —según el autor argentino— la respuesta general acerca de la relevancia de una Constitución para el razonamiento práctico, ya que su legitimidad democrática puede cuestionarse. Por tanto, la cuestión que Nino intentará responder es la siguiente: ¿la Constitución resulta relevante para el razonamiento práctico, y con qué concepto?

La argumentación del jurista parte de la siguiente premisa: cuando la Constitución, entendida como texto o documento normativo,¹² es observada en el contexto del razonamiento práctico, conduce a dos paradojas: la de la indeterminación radical y la paradoja de la superfluidad para justificar acciones y decisiones.

Con el fin de superar la llamada “indeterminación radical” de la Constitución, Nino aclara, en primer lugar, que el texto constitucional debe convertirse en proposiciones aptas para ser usadas como premisas de un razonamiento práctico justificativo. Este procedimiento consta de una serie de pasos¹³ en los que ya sea que se trate de reconstruir la intención del constituyente a partir de ciertas convenciones lingüísticas o bien, de superar las indeterminaciones producidas por la vaguedad y la ambigüedad del lenguaje, o ya sea que se intente superar las contradicciones lógicas entre dos o más normas, siempre resultará necesario introducir conside-

¹² Este es el sentido de Constitución como “código” de la materia constitucional (Guastini 2001, 34).

¹³ a) En primer lugar es necesario asignar sentido al material jurídico, es decir, a los actos lingüísticos, textos o prácticas; b) aplicación del criterio escogido en el primer paso al texto; c) superación de indeterminaciones semánticas y sintácticas; d) inferencia de consecuencias lógicas de los materiales interpretados; e) subsunción del caso individual al ámbito de la norma (Nino 1997, 32).

raciones de índole valorativa. Por esas razones, toda tarea de interpretación implica siempre hacer uso de juicios morales.¹⁴

En opinión de Nino, este procedimiento permite, en cierta medida, superar las indeterminaciones e incompatibilidades del texto constitucional. Ahora bien, la indeterminación radical de la Carta Magna no se presenta del mismo modo si se la concibe como una *práctica o convención* que se genera tanto a partir de la sanción del texto constitucional como por el conjunto de acciones, actitudes y expectativas de los operadores jurídicos y de la ciudadanía en general en torno a dicho texto. En otras palabras, lo que se quiere decir es que la indeterminación de la Constitución es gradual: es mucho mayor cuando se la concibe únicamente como texto y menor cuando se la percibe, además, como práctica social (Nino 1997, 41). Sin embargo, la Constitución así entendida debe superar la prueba de la relevancia para el razonamiento práctico destinado a justificar acciones y decisiones.

Como se ha mencionado, la concepción de la Constitución —entendida como una práctica social que se genera a partir de un texto— es capaz de superar en gran medida la paradoja de la indeterminación radical. Sin embargo, es incapaz, a juicio del autor, de superar la paradoja de la irrelevancia para el razonamiento práctico. El primer paso de Nino a favor de dicha idea consiste en negar que la Carta Magna, entendida como texto, sea relevante para determinar la *validez* de las normas de un sistema jurídico. Predicar la “validez” de una norma quiere decir para Nino que debe ser aplicada y observada, es decir, que tiene fuerza obligatoria y que sirve como razón para justificar una acción o decisión, cuestión que se afirma presuponiendo un concepto preceptivo de “norma”, entendida como “juicio normativo”. El autor recurre a dos vías para mostrar lo anterior.

¹⁴ “[S]in recurrir a principios valorativos, no es posible elegir entre dos o más normas contradictorias o cubrir una laguna” (Nino 1997, 40). Esta sería la tesis de la conexión *interpretativa* entre derecho y moral que el autor desarrollaría con posterioridad (Nino 1994) y que guarda clara relación con la llamada *Moral Reading* de Ronald Dworkin (1996).

La primera alternativa toma como ejemplo la discusión recurrente acerca de la validez de los tratados internacionales contrarios a la Constitución de un país. Dentro de la disputa, o bien se afirma que ésta debe prevalecer sobre los tratados internacionales (monismo nacional), o que los tratados internacionales prevalecen sobre la Constitución (monismo internacional), o bien, que ambos tienen una validez independiente (dualismo o pluralismo). Sin embargo, este debate —así como aquel que intenta justificar la validez del control constitucional a partir de la Carta Magna o el de la validez de los gobiernos de facto— presenta la peculiaridad de que los argumentos con los cuales se defienden las posturas antagónicas son completamente circulares: o se defiende la prevalencia de la Constitución apoyándose en ella misma o bien, la preponderancia de los tratados sobre la base de las convenciones internacionales. Sin embargo, añade Nino, no se puede apelar a la Constitución o a las convenciones internacionales mismas para mostrar aquello que en un inicio se quiso probar —su validez—, so pena de circularidad en la argumentación (Nino 1980a, 24).

Lo dicho anteriormente demuestra que las normas jurídicas, en este caso la Constitución y los tratados, no pueden asignarse validez a sí mismas,¹⁵ pues la validez de un sistema jurídico no puede fundarse en las reglas de ese sistema, sino que deriva de principios externos a él. De tal manera, la validez de la Constitución —que es lo que interesa en este caso— se establece a partir de principios supraconstitucionales, presentándose entonces la necesidad de recurrir a consideraciones externas a la práctica constitucional para fundar su obligatoriedad.

La idea detrás de todo esto y que está presupuesta en la fuerza justificativa de los derechos, es que el discurso jurídico es un caso especial del discurso moral; esto se entiende recurriendo a la segunda alternativa mostrada por Nino. En su opinión, ninguno de los conceptos usuales de norma

¹⁵ Las normas jurídicas, afirma Nino (1980a, 26), no pueden otorgarse validez a sí mismas, y aquellas normas que lo hacen son vacuas por ser autorreferentes.

jurídica —como práctica social, como acto lingüístico o como texto— permite ser usado para justificar una acción o decisión (Nino 1991a, 108). Al afirmarse que una norma jurídica es una práctica, un acto lingüístico o un texto, a lo único a lo que se está haciendo referencia es a ciertos hechos y éstos, por sí solos, no justifican acciones o decisiones. En otras palabras, no existe una contradicción pragmática al afirmar que hay una práctica social que prohíbe *P* y, al mismo tiempo, afirmar que debe hacerse *P*.

Las cosas son distintas, explica el autor, si se conciben las normas jurídicas como *juicios normativos*. En este caso se incurre en una contradicción pragmática si se afirma que existe una norma que prohíbe *P* y se sostiene al mismo tiempo que está permitido *P*. En este nivel ya es oportuno preguntarse cómo se determina que una norma constituye un juicio normativo. Una primera alternativa consistiría en atender el origen de las normas; así, una norma jurídica sería un juicio normativo cuando ha sido dictada por cierta autoridad (“fuentes acto”) o por haber sido establecida por determinada práctica social (“fuentes hecho”).¹⁶ Pero este criterio, aclara, no permitiría concebir las normas como razones para justificar acciones o decisiones, ya que del enunciado descriptivo “la norma *N* ha sido dictada por la autoridad *A*” no puede derivarse el juicio normativo constituido por esa norma: “debe hacerse lo que la norma ordena”.

Si uno considera que el enunciado “la norma *N* ha sido dictada por la autoridad *A*” se deriva de una premisa como la siguiente: “la autoridad *A* debe ser obedecida porque la autoridad *A*¹ lo ha prescrito”, y esta última a su vez de: “la autoridad *A*¹ debe ser obedecida porque la autoridad *A*...*n* lo ha prescrito”, llegará un momento en el que cabe perfectamente la pregunta “¿por qué aquella autoridad debe ser obedecida?”. Todo esto nos conduce, siguiendo la argumentación de Nino, a un punto importante: que dicha autoridad debe ser obedecida por sus méritos intrínsecos y que un juicio de tales características es moral. En efecto, el autor apunta:

¹⁶ Para la distinción entre fuentes-acto y fuentes-hecho, véase el trabajo de Aguilo Regla (2000).

[e]sto significa que si, paradójicamente, una norma es una *norma jurídica*, uno debe estar seguro de que la norma deriva de una regla *moral* que lo otorga legitimidad a una cierta autoridad, y de una descripción de una prescripción de aquella autoridad (Nino 1997, 66).¹⁷

Así pues, para que una decisión como la del juez constitucional esté justificada, es necesario atender la legitimidad de dicha norma condicionada por la compatibilidad con principios morales que remiten a un conjunto de derechos fundamentales. Sólo si la Constitución reconoce derechos es legítima y puede asignar validez a las demás normas del sistema, permitiendo así su utilización como razón justificativa; sin embargo, dado que esos derechos pueden inferirse de los principios morales mismos, la Constitución entendida como práctica social se tornaría superflua para el razonamiento práctico:

[U]na Constitución no es legítima y no puede ser empleada para justificar acciones y decisiones si ella carece de cierto contenido necesario o básico. Si incluye tal contenido es superflua, porque las justificaciones pueden ser inferidas directamente de los principios morales que prescriben su contenido (Nino 1997, 46).

La relevancia de la Constitución

Nino es muy consciente de que una teoría coherente con los ideales y el desarrollo del constitucionalismo debe ofrecer una respuesta acerca de la importancia de una Constitución, sin conformarse con su aparente superfluidad cuando se la examina a la luz del razonamiento práctico justificativo. Por ese motivo habrá que argumentar con otras premisas o de lo contrario, por mucho que las constituciones históricas representen en muchos casos el momento fundacional de un Estado, la “carta de nave-

¹⁷ Véase, asimismo, Nino 1980a, 27.

gación” de un país, el pacto histórico entre fuerzas y grupos en oposición, etc., habría que contentarse con la idea de que no es más que un símbolo irrelevante frente al imperialismo de la moral (Nino 1994, 82).

La vía adoptada por el autor para argumentar a favor de la relevancia de la Constitución histórica, consiste en apelar a su carácter convencional-limitativo de la democracia. En este sentido, apoyándose en la idea de MacCormick (1989, 27), según la cual la *operatividad* de una democracia depende en gran medida de su arraigo en un orden constitucional que garantice la separación de poderes y el respeto por los derechos fundamentales, Nino afirma que gracias a la Carta Magna es posible que funcione el procedimiento democrático, ya que éste es mucho más estable y eficaz si opera dentro de los marcos convencionales impuestos por aquélla. La idea de Nino es, en pocas palabras, que si se quiere que la democracia funcione sin tropiezos, debemos insertarla en el marco constitucional:

[L]a Constitución de un país es relevante en cuanto constituye su convención fundamental, que encierra un acuerdo a través del tiempo entre diversos grupos sociales acerca de cómo debe distribuirse el poder que monopoliza la coacción estatal y cuáles son los límites de ese poder frente a los individuos. En tanto convención fundamental de la sociedad, la Constitución, si bien puede limitar la democracia, cuando establece procedimientos que no son los que maximizan la validez del método de discusión y decisión democráticas, también hace posible alguna forma aún imperfecta de democracia (Nino 1980a, 46).¹⁸

A pesar de lo indiscutible que pueda parecer la idea de MacCormick acerca de la viabilidad de una democracia que opera dentro de los márgenes constitucionales, no resulta tan claro comprender las consecuencias

¹⁸ Véase también Nino 1997, 46.

que se desprenden de concebir a la Constitución como una convención con tales características. Al respecto Nino afirma lo siguiente:

[l]as convenciones ayudan a resolver los problemas de acción colectiva. Estos implican situaciones en las cuales las intenciones de las partes pueden ser frustradas por no poder justificar su comportamiento sobre la base de expectativas acerca del comportamiento de las otras partes que interactúan en ellas (Nino 1997, 48).

Nino añade que una descripción correcta de una situación semejante quedaría incompleta si no se toma el punto de vista interno, es decir, si se ignoran las intenciones de los participantes. En este sentido, aquello que a fin de cuentas permitiría distinguir una convención de otra sería la conciencia de los integrantes acerca de su participación en una práctica social, lo que implica la expectativa de actuar conforme a esa conducta, siempre y cuando todos se comporten de la misma manera (Nino 1997, 51). Entonces, la particularidad acerca de participar en una convención constitucional radica en el hecho de que los participantes de la misma, esto es, los legisladores y jueces ciudadanos, están involucrados en una obra colectiva de cierta duración que se rige por criterios de racionalidad específicos. Para aclarar el rol que deben desempeñar principalmente los jueces dentro del orden jurídico, Nino emplea la analogía de la construcción de una catedral.¹⁹

El papel que les corresponde a los operadores del derecho dentro de la práctica constitucional es similar a la del arquitecto encargado de la construcción de una catedral, ya que la práctica colectiva generada a partir de dicha convención es, como en la edificación de una catedral, una obra que se realiza a lo largo del tiempo y cuyo resultado depende de la actuación

¹⁹ Nótese que existe una similitud entre la analogía de la construcción de una catedral con la idea de la *chain novel* de Dworkin (1986, 228), y con la de la orquesta de Rawls (1999).

de distintos agentes. El arquitecto a quien se encomienda iniciar o continuar la construcción tendrá ciertas preferencias arquitectónicas guiadas por concepciones estéticas propias o por las predominantes de la época y deberá juzgar qué criterio de edificación utilizará. Sin embargo, ese criterio estará restringido por el hecho de que probablemente no verá la obra terminada y de que en un futuro alguien más la completará, continuando con lo ya erigido; de tal manera que deberá tener en cuenta, al momento de decidir la pauta de construcción, las elecciones tomadas por sus predecesores y deberá prever aquellas que lleguen a tomar sus sucesores. Así las cosas, el arquitecto decidirá si continuar la construcción empleando el mismo estilo arquitectónico usado con anterioridad, o cambiar el estilo sin alterar la obra original; o bien, si es el caso de que la obra resulte defectuosa conforme a la valoración inicial, abandonar la construcción y comenzar una nueva, empleando un estilo distinto con el riesgo de que ni una ni otra cosa sean posibles. Sin duda, ante esta alternativa es preferible continuar, sea como sea, con la construcción, intentando mejorarla en la medida de lo posible, antes que iniciar una nueva. Es mejor proseguir con el proyecto si éste es valioso —mejorando paulatinamente los defectos—, que no tener ninguno en absoluto, es decir, que no haya ninguna catedral.

Tomando en cuenta lo anterior, se puede decir que la peculiaridad de toda acción o decisión realizada en el contexto de una obra colectiva radica en que se rige por una racionalidad específica, de tal manera que “cuando sólo podemos hacer un aporte a una obra colectiva cuyo producto final no controlamos [afirma Nino], lo racional puede ser elegir no el modelo o principio más defendible sino otros con méritos menores” (Nino 1980a, 66). Por esa razón, Nino concluye a continuación que

[e]ste tipo de racionalidad constreñida por ciertas elecciones de otros en la obra colectiva, podría ser denominada “de lo segundo mejor”, puesto que muchas veces nos lleva a un alejamiento progre-

sivo del modelo óptimo en atención a sus efectos sobre la obra global (Nino 1980a, 66).²⁰

La analogía con la construcción de una catedral le permite afirmar al autor que las acciones y decisiones de los constituyentes, legisladores y jueces componen un aporte parcial a una obra colectiva cuyo resultado final está fuera de su control y por tal motivo deben guiarse por una racionalidad concreta. Respecto a la labor del juez, Nino señala lo siguiente:

Sería irracional que un juez resolviera un caso como si estuviera creando con su decisión todo el orden jurídico, o el orden jurídico relativo a esa cuestión. El juez debe tener en cuenta que hay expectativas generadas por lo que los legisladores y otros jueces han decidido en el pasado, que su decisión se combinará con otras que tomen contemporáneamente sus colegas, lo que es relevante para el principio de que casos iguales deben ser decididos de igual modo, y que su decisión servirá de precedente para el futuro, así como también que puede ser ignorada y hasta provocar reacciones opuestas por parte de legisladores y otros jueces (Nino 1980a, 67).

Así las cosas, el problema que se venía acarreado con anterioridad acerca de la superfluidad de la Constitución para justificar acciones y decisiones, se aclara si se comprende que el razonamiento práctico justificativo no tiene por objeto, en contextos de este tipo, respaldar acciones y decisiones aisladas, sino aquellas que contribuyan a una obra colectiva generada por una convención constitucional integrada por una regularidad de conductas, actitudes y expectativas de los operadores del derecho. Si la Constitución es relevante para el razonamiento práctico porque permite justificar decisiones, resulta necesario preservarla tanto como a las prác-

²⁰ Véase también Nino 1997, 53.

ticas sociales generadas a partir de ella, incluso en contra de una decisión tomada democráticamente. Sin embargo, si dichas prácticas resultan tan defectuosas que resulta imposible mejorarlas, estará justificado decidir fuera del contexto de la Constitución, a la luz de los principios derivados de los derechos fundamentales (Nino 1997, 57).

Veamos en qué se traducen los argumentos previos, cuando Nino reconstruye el razonamiento de los jueces. A su juicio, el razonamiento jurídico justificativo se articularía, a partir de lo expuesto, en dos niveles:²¹

1. En el primer nivel hay que explicitar si existen razones que legitimen la práctica social vigente instituida por la Constitución. Para ello es necesario valorar, por una parte, si ella es expresión de un amplio consenso democrático y si incluye reglas aptas para la formación de ese u otros consensos, es decir, las reglas de la democracia; por otro lado, debe estimarse si reconoce los derechos *a priori* de los que depende el funcionamiento del proceso democrático y que aseguran su calidad epistémica. Es en este momento en el que se plantean las cuestiones relativas a la preservación de la Constitución, similares a las que se le presentaban al arquitecto de la catedral. A este respecto, Nino es bastante contundente al señalar que a pesar de que la Constitución histórica sujeta a valoración no reúna del todo los requerimientos procedimentales de la democracia y las exigencias sustantivas derivadas de los derechos fundamentales, y ante la alternativa, algunas veces poco realista, de intentar instituir una nueva práctica, es preferible optar por su conservación, ya que cualquier otra vía podría ser irrealizable o bien, no deseable a la luz de los ideales democráticos y de los derechos.

²¹ Una idea similar a la aplicación del razonamiento práctico por niveles se encuentra en Rawls (1999, 171).

2. Si las conclusiones alcanzadas en el primer nivel del razonamiento son suficientes para apoyar la legitimidad de la Constitución —no obstante que dicha legitimidad sea relativa o bien, que pueda decirse que la práctica es capaz de evolucionar y desarrollarse—, entonces podrá ser aplicada para justificar acciones y decisiones. En este punto ya no tendrá sentido cuestionar los argumentos a favor de la preservación de la Constitución, ya que el segundo nivel está condicionado por los resultados del primero, en el sentido de que si en éste se concluye que la Carta Magna es más legítima que cualquier alternativa posible, entonces quedarán excluidos los argumentos incompatibles con su preservación. A este respecto, el autor agrega que incluso un argumento claramente válido respecto a los principios del discurso moral puede dejarse de lado en favor de la preservación de la Constitución (Nino 1980a, 71).

Sin embargo, apunta el jurista, ese deber de conservar la Constitución y las prácticas generadas a partir de ella no significa, por otro lado, un estancamiento; es posible que una práctica evolucione sin que ello implique su desaparición. En este sentido, Nino afirmaría junto con Dworkin (1986) que cuando cambia el objetivo que da sentido a una práctica, asimismo se modifican las acciones y actitudes constitutivas de esa práctica. En ese sentido, existe una tensión palpable entre la preservación y la evolución de la práctica que no puede resolverse *a priori*. Hay que apuntar al respecto, recordando las ideas de Nino acerca de la superación de la indeterminación radical de la Constitución, que acudir precisamente a principios morales como medio para resolver las indeterminaciones permite mejorar la práctica y hacerla evolucionar (Nino 1991, 61).

Esta manera de encarar el razonamiento práctico tratándose de prácticas sociales corresponde, según el autor, y como se señaló hace poco, a una racionalidad de lo “segundo mejor”. Esto significa que no cabe duda de que los casos individuales serán decididos de mejor forma acu-

diendo, en primera instancia, a los requerimientos de la Constitución ideal; sin embargo, en contextos como el derecho no es posible razonar fuera de la práctica constitucional vigente y deberá intentarse, ante todo, justificar las decisiones con la premisa de que si la Constitución es valiosa, mejorable y perfectible, es necesario preservarla si es lo “segundo mejor” y lo más cercano a la Carta Magna ideal.

Fuentes consultadas

- Aguiló Regla, J. 2000. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Ariel.
- Alexy, R. 2003. “La fundamentación de los derechos humanos en Carlos S. Nino”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 26: 173-203.
- Atienza, Manuel. 2006. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.
- Guastini, R. 2001. *Estudios de teoría constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México.
- Dworkin, R. 1986. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Belknap Press.
- . 1996. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- Habermas, J. 1991. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Barcelona: Península.
- MacCormick, N. 1989. Constitutionalism and Democracy. En *Aktuelle Probleme der Demokratie. Internationals Jahrbuch fur Rechtsphilosophie*, ed. Ota Weinberger, 17-48. Viena: Manz.
- Nino, C. S. 1980a. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- . 1980b. *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel.
- . 1984. “Problemas abiertos en la filosofía del Derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 1: 175-7.

- . 1988. "El constructivismo epistemológico entre Rawls y Habermas". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 5: 87-105.
- . 1989a. *Ética y Derecho Humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2ª ed. Barcelona: Ariel.
- . 1989b. *El Constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- . 1991a. Los fundamentos del control judicial de Constitucionalidad. En *Fundamentos y alcances del Control Judicial de Constitucionalidad. Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*, 97-137. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- . 1991b. "La democracia epistémica puesta a prueba. Respuesta a Rosenkrantz y Ródenas". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 10: 295-305.
- . 1993. "A Philosophical Reconstruction of Judicial Review". *Cardozo Law Review* 14: 3-4.
- . 1994. *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Buenos Aires: Ariel.
- . 1996. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press.
- . 1997. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Rawls, J. 1999. *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Belknap Press.
- Raz, J. 1986. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.
- Ródenas, Ángeles. 1991. "Sobre la justificación de la democracia en la obra de Carlos S. Nino", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 10: 279-93.
- . 1996. *Sobre la justificación de la autoridad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.