

[Borrador]

## C.S. NINO Y EL PROYECTO DE UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA EL MUNDO LATINO.

Victoria Roca

I. Introducción: lo universal en C.S.Nino. II. La agenda de problemas políticos de la Argentina de los 80 y la obra de Nino. III. La obra de Nino como tratado práctico cimentado en la tesis de la unidad del razonamiento jurídico-político-moral. IV. La agenda de problemas políticos del mundo latino en el s.XXI y C.S. Nino: (1) La revisión crítica y/o consolidación de las democracias. (2) Los problemas de Justicia transicional. (3) ¿Qué modelo de teoría del Derecho?

### I. Introducción: lo universal en C.S. Nino.

Hay quienes sostienen que las ideas (también las ideas propias de la filosofía práctica) están de alguna forma ahí, y que tarde o temprano nace quien es capaz de aprehenderlas, analizarlas, elaborarlas críticamente y articularlas para, a partir de ellas, sugerir respuestas que nos permitan entender críticamente el mundo, orientarnos y reorientarlo. C.S. Nino fue, sin duda, uno de esos hombres y nació en Buenos Aires en el año 1943.

Como joven licenciado en Derecho vivió aquellos años de fuerte inestabilidad de la democracia en Argentina que acabaron desembocando en el régimen autoritario más represivo de su historia: la dictadura de la junta militar [1976-83]. Su fuerte compromiso con todos los problemas presentes en ese contexto socio-político, su formación analítica y su profunda creencia en el objetivismo moral y en la validez del proyecto kantiano nos ofrecerán las claves para entender con profundidad su obra filosófica, para captar la fuerza teórico-práctica de la misma y para comprender la magnitud del legado que, a pesar de su temprana muerte, nos dejó.

En efecto, la importancia que para la práctica ético-política y jurídica presente puede tener la obra intelectual de Carlos S. Nino —que abarca los campos de la Filosofía moral, de la Filosofía Política y de la Filosofía del Derecho— puede apreciarse con mayor riqueza y profundidad si vemos sus trabajos, su evolución intelectual, tal como él mismo la vivió; esto es, como un compromiso intelectual y

político por resolver los problemas morales, políticos y jurídicos relacionados con la reconstrucción y consolidación de la democracia en Argentina tras la cruenta dictadura militar.

El compromiso político de Nino fue tan fuerte que determinó en gran medida el curso de sus proyectos intelectuales articulando en su dimensión filosófica los problemas prácticos a los que había que ir dando respuesta. De aquel contexto político de la Argentina surgieron grandes preguntas de Filosofía del Derecho que nos permiten enfocar adecuadamente la búsqueda de respuestas a problemas también de hoy: ¿Qué requisitos han de cumplir las normas jurídicas para que sean razones que justifiquen nuestra conducta en el ámbito intersubjetivo? Esto es ¿en qué condiciones podemos hablar de la normatividad del Derecho o de su capacidad para generar deberes? ¿Qué naturaleza tienen tales deberes? ¿Qué concepción de la democracia nos permite sostener que la misma tiene mayor legitimidad moral que otro tipo de gobiernos? ¿Qué organigrama de instituciones nos permite acercar en cada contexto socio-político nuestras democracias reales al modelo ideal fundamentado? ¿Cuál ha de ser el papel de los tribunales constitucionales y cuál el del Parlamento en la consolidación y protección de los derechos humanos? ¿Y el papel de las instituciones penales? ¿Cuál es el fundamento de los derechos humanos? ¿De qué principios morales derivan? ¿Cómo podemos pronunciarnos sobre la corrección de tales principios? ¿Qué respuesta ha de dar un gobierno democrático a una previa ley de auto-amnistía dictada por la Junta Militar saliente? ¿Y qué respuesta dar a quienes invocan el Derecho entonces vigente pretendiendo amparar con él actos atroces contra los derechos humanos? ¿Cómo construir una democracia sólida, estable y moralmente legítima en un país formado por un gran número de personas que ha participado de una u otra manera en las violaciones de derechos humanos planificadas por una Junta militar; o bien que simpatizan con el sector militar, policial, ciudadano, o cualquier otro colectivo que perpetrara tales violaciones? Los juicios en contra de tales violaciones ¿ayudan o perjudican a la consolidación de la democracia y al futuro desarrollo y respeto de los derechos humanos?

Cuando uno es consciente de las complejidades del mundo de la filosofía práctica y toma en serio el hecho de que su fin último es la conformación del mundo social, se da cuenta de que no sólo ha de atender y profundizar en reflexiones sobre sus diversos ámbitos (filosofía moral, de filosofía política y de filosofía del

Derecho), sino también tomar el conocimiento ofrecido por otras tantas ramas del saber acerca de las dinámicas reales (contextos histórico-sociales) de la sociedad de que se trate. Metodológicamente, Nino se vio vivencialmente llevado de sus desarrollos teóricos a su experiencia político-práctica, y de vuelta. Y es así que de su forma de entender la filosofía surgió una teoría del Derecho que conectaba Derecho, Moral y Política en la que se privilegia el componente ideal o crítico (teoría normativa) en relación con las prácticas reales.

Si su obra es un modelo en el sentido indicado (nos ofrece un método y un mapa para abordar y pensar los problemas que la realidad sociopolítica y jurídica nos arroja), hay que añadir que su propia forma de desempeñarse tuvo en las diversas dimensiones de su corta vida muchos componentes ejemplarizantes: su fuerte compromiso docente, investigador y político y, según relatan sus alumnos, amigos y familia, su trato y desempeño en la esfera más privada. Alguien, en fin, que entendió que, en rigor, como nos enseñó ya Aristóteles, y antes que él, por medio de su ejemplo, Sócrates: en el ámbito de la filosofía práctica no puede haber una escisión entre el discurso teórico y la práctica vivida.

En las páginas que siguen mi propósito es doble y las recorre transversalmente: Por un lado, quiero hacer llegar al lector, con el ejemplo de la obra de Nino, cómo un buen modelo de filosofía del Derecho es una filosofía doblemente regional en el sentido caracterizado por Atienza: regional porque (1) es “del Derecho” y porque (2) pretende organizar un mapa para el pensamiento iusfilosófico de los problemas político-jurídicos acuciantes dentro de una determinada cultura [Atienza: 2016]. Veremos cómo esta "doble regionalidad" de ningún modo significa que se pierda la universalidad que necesariamente caracteriza a toda filosofía sea ésta teórica o práctica, sino que la misma pasa a concebirse adecuadamente. Veremos además que esa universalidad, cuando uno la piensa –como hace Nino- como una filosofía enraizada en la tesis kantiana del objetivismo moral y de la unidad del razonamiento práctico, no es solamente metodológica sino también ética (esto se ve especialmente en los enfoques que, dentro de este paradigma filosófico, han venido a denominarse teoría argumentativa del Derecho). Por otro lado, quiero ofrecer al lector un recorrido por las tesis centrales que articulan la obra de Nino y que nos ofrecen una brújula y un mapa adecuado para seguir pensando problemas que, con mayor o menor intensidad, podrían presentarse como prioritarios en la agenda de los

países de la región "latino-americana y latino-europea" (*i-Latina*): la revisión crítica y consolidación de las democracias, los problemas de justicia transicional; también la orientación de la propia disciplina.

## II. La agenda de problemas políticos de la Argentina de los 80 y la obra de Nino.

1. Nacido en 1943, a C.S. Nino le tocó vivir, como antes apuntaba, los años de la dictadura de Onganía, los del gobierno de Isabel Perón (con una violencia creciente) y la cruenta dictadura de la Junta militar (el Proceso), que le sucedió. Fue apenas cuando cumplió los cuarenta que llegaron, tras aquel terrorífico periodo cerrado con la guerra de las Malvinas, las elecciones democráticas en Argentina. Corría entonces el año 1983. Los años que le sucedieron fueron para él de una intensa actividad, volcado, como estuvo, en el intento por reconstruir la maltrecha democracia argentina y dar una respuesta a los problemas de justicia transicional que sentaran las bases en su país para una convivencia que fuera respetuosa con los derechos humanos.

Nuestro pensador provenía de una tradición analítica. Era uno de los miembros más jóvenes del grupo de profesores del Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires que dirigía A. Gioja. Éste, junto con el penalista Jiménez de Asúa y, después, Carrió fueron sus maestros. La personalidad de Gioja y su preocupación pedagógica, así como su afán por inculcar a sus discípulos la correlación entre conocimiento y diálogo, influyeron en aquel grupo formado por Alchourrón, Bulygin, Garzón Valdés, Rabossi, Carrió, Vernengo y Nino, dedicado a analizar el Derecho desde la perspectiva de la filosofía analítica. Autores de una gran relevancia internacional como Ross, Von Wright, Perelman, Strawson, entre otros, visitaron en los años de Gioja el Instituto de Filosofía e impartieron allí cursos [Atienza: 1984]. Estos autores, y entre ellos, especialmente Carrió, ejercieron una notable influencia sobre el Nino más joven cuyos trabajos ["Efectos del ilícito civil", "Lesiones y retórica", "La definición de delito", "La pequeña historia del dolo y el tipo", *El concurso en el Derecho Penal, Notas de Introducción al Derecho y*

*Consideraciones sobre la dogmática jurídica*] aparecen, con matices, enmarcados dentro de esa tradición<sup>1</sup>.

Sin embargo, la filosofía del Derecho argentina de aquellos años se había visto afectada decisivamente por la política. En el 66, Onganía dio un golpe de Estado, y tras derrocar al gobierno constitucional de Illía, instauró un Estado represivo y autocrático. La violencia fue en aumento y los militares intervinieron directamente la universidad durante esos años (1969 y siguientes). La pérdida que supuso la muerte del maestro Gioja (en el 1972) y las fuertes convulsiones sociales y políticas<sup>2</sup> marcaron aquella etapa en la que, a pesar de todo, Nino, como Garzón Valdés, Spolansky y Urquijo se reunieron semanalmente durante un tiempo. Fue en el 74 que interrumpieron esas reuniones porque Garzón Valdés marchó a un destino diplomático y nuestro filósofo se fue a realizar su tesis doctoral a Oxford [Garzón Valdes: 2000].

La estancia que Nino comenzó en el año 1974 en la Universidad de Oxford tenía como objetivo estudiar una serie de materias (la función de las teorías jurídicas y su relevancia para la aplicación judicial del Derecho, la estructura de la teoría del Derecho continental, la justificación de la pena, la relación entre inmoralidad y delito, los principios del Derecho penal inglés, entre otras) que integró en un trabajo unitario que constituiría su tesis doctoral. Pese a la intensa actividad intelectual (su pensamiento se vio enriquecido por el de Hart, Finnis, Honeré, Raz Mackie), Nino, sin embargo, no pudo dejar de estar fuertemente preocupado por la situación argentina. La instauración en 1976 de la dictadura militar agudizó esta inquietud y le provocó una enorme impaciencia por defender su tesis doctoral y regresar a su país. Esa urgencia motivó algunos roces entre él y Hart quién deseaba que Nino prolongara su estancia para profundizar en diferentes temas [Blanco Miguélez:

---

<sup>1</sup> En Nino, C.S., *Consideraciones sobre la Dogmática jurídica* (1974) podemos ver ya los primeros trazos de lo que vinieron a ser sus intereses intelectuales posteriores. Denunciaba ya entonces las implicaciones necesariamente valorativas morales de la actividad interpretativa en el Derecho y el error que suponía presentarla como una actividad descriptiva o de descubrimiento vinculada con las denominadas “naturalezas jurídicas”.

<sup>2</sup> En Agosto de 1973, Rodolfo Puiggrós, recién designado rector de la Universidad Nacional y popular de Buenos Aires, declaraba que “lo fundamental es que toda universidad, ya sea estatal o privada, refleje en su enseñanza la doctrina nacional e impida la infiltración del liberalismo, del positivismo, del historicismo, del utilitarismo [...]. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el ataque contra el “cientificismo” se centro en la lógica deóntica, sospechosa de “universalismo” y de falta de “contenido nacional”. Las autoridades de la Facultad encargadas de la reestructuración de los Planes de Estudio se pusieron manos a la obra para adecuarlo a las exigencias de la “doctrina nacional”. Garzón Valdés, E., *El velo de la ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*, ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2000, p. 184.

2002]. Mackie medió y finalmente defendió su tesis, *Towards a General Strategy for Criminal Law Adjudication*, y regresó a Argentina en el 77. Este trabajo, revisado de vuelta en Buenos Aires pensando en el distinto contexto de sus nuevos lectores, fue publicado bajo el título de *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito* (1980). Los intereses intelectuales de Nino en este trabajo de doctorado ponen de manifiesto la constante de sus trabajos posteriores en los que profundizará y enriquecerá lo que en éste esbozaba. Su introducción a la versión española es muy elocuente en este sentido ya que contiene la esencia de sus preocupaciones, surgidas del contexto socio-político en el que estaba el país:

«Hay otra dimensión de problemas que la teoría jurídica contemporánea generalmente pasa por alto. Los jueces, como todos nosotros, son moralmente responsables por sus actos y decisiones. El fundar sus decisiones en el sistema jurídico vigente en su ámbito no los exime de esa responsabilidad. La vigencia de unas normas jurídicas y no de otras constituye un hecho y los hechos no configuran razones suficientes u operativas para justificar una acción o decisión. Un razonamiento práctico es necesariamente inconcluyente si sólo se funda en premisas fácticas, sin contener, también, premisas que expresen deseos, o intereses, o invoquen valoraciones. [...] ¿Es posible excluir a cierto grupo de gente, en este caso los jueces, del plano de la deliberación en materia moral, sometiéndolos a las conclusiones de las deliberaciones de otras personas? (si la idea de autonomía como característica formal de cualquier sistema moral tiene algún sentido, ello implicará que la pretensión es imposible). Si hay razones axiológicas (vinculadas con la seguridad y certeza del Derecho y la separación de poderes) para que los jueces apliquen ciertas normas positivas a pesar de que ellos las consideren injustas ¿no se exige con ello que los jueces, lejos de abstenerse de formular estimaciones valorativas, tomen precisamente en cuenta esas razones axiológicas en sus decisiones de aplicar o no una norma positiva? Si esto es así, ¿se podrá evitar que los jueces contrapongan tales consideraciones axiológicas a otras de la misma índole, como, por ejemplo, la injusticia general del sistema positivo o la grave iniquidad de una norma particular de él? Obviamente, ni una norma jurídica ni un principio moral pueden impedir que los jueces

tomen en cuenta todas las consideraciones morales que estimen relevantes en su decisión de aplicar o no una norma de Derecho Positivo. Esto no implica necesariamente que jueces moralmente responsables vayan a reemplazar en cada caso la solución prescrita por una norma general por la que ellos habrían considerado justa si hubieran sido los llamados a legislar sobre la materia: si el sistema es, en general, justo y los órganos encargados de emitir normas generales son legítimos, seguramente la decisión moralmente correcta será preferir que se mantenga la vigencia general del sistema, promoviendo la obediencia a las normas generales y la previsibilidad de las decisiones judiciales, que dejar de aplicar una norma moderadamente injusta»<sup>3</sup> [Nino: 1980, págs. 7-8].

Nino, consciente de las deficiencias que en el mundo iusfilosófico continental europeo de aquellas décadas presentaba el análisis de los problemas jurídicos, e influido por sus lecturas de Rawls, Richards, Nozick, Warnock, Nagel, Hospers, Frankena, Searle etc, trató de reorientar la filosofía del Derecho hacia consideraciones de filosofía moral y política. Manteniendo el método analítico y situándose dentro de una orientación objetivista, que le llevó a presentar argumentos en contra del relativismo y del escepticismo en ética, continuó esa línea de reflexiones. En *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica* (1979) subraya las funciones normativas y constructivas que debía cumplir una actividad teórica en relación con el Derecho que pretendiera ser útil para los juristas prácticos, y en 1980 publica *Introducción al análisis del Derecho* donde aborda temas sustantivos como el de la validez del Derecho, el papel de los jueces en una democracia y la valoración moral del Derecho. Ese mismo espíritu le llevó a su desarrollo de una teoría liberal del delito inspirada —aunque apartándose de ella en puntos importantes— en el modelo de teoría del Derecho dworkiniano de la “articulación consistente” [Dworkin: 1975]. Fue así que examinó algunos aspectos de la legítima defensa, analizó la aplicabilidad de los principios generales de responsabilidad penal en el marco de una teoría liberal del delito y trató de ver en

---

<sup>3</sup> Nótese que aparece apuntada la necesidad de pensar la conexión justificativa entre el Derecho y la Moral y también la idea del razonamiento jurídico como un razonamiento práctico inserto en el razonamiento moral y en dos pasos. De esto me ocuparé en el apartado III de este trabajo.

qué medida la práctica jurisprudencial argentina resultaba plausiblemente explicada a la luz de tal teoría. Fruto de aquellas reflexiones fue *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico* publicada en 1982.

Aunque hasta 1983 estaba desarrollando principalmente actividad investigadora y docente tanto en centros de Argentina como en EEUU y Europa, su profunda preocupación por los acontecimientos políticos —la terrible represión estaba dando paso a un absurdo régimen que además de violar los derechos humanos de sus ciudadanos trataba de ganar el apoyo popular iniciando una guerra casi surrealista en sus métodos y llena de mentiras desde el poder para recuperar la soberanía de las Malvinas— y su conciencia de responsabilidad por el futuro del país le llevaron hacia finales del 82 a tratar de buscar junto a sus compañeros (Carrió, Bulygin, Rabossi, Malamud Goti, Farrel, Guibourg) la forma de facilitar el proceso de democratización de Argentina.

La actividad política que Nino desarrolló a partir de ese momento se entrelazaría íntimamente con su obra intelectual. Una recorrido por los acontecimientos políticos en Argentina, especialmente tras la muerte de Perón en 1974 (año del viaje de Nino a Oxford) y hasta 1983, nos permitirá entender los problemas que debió afrontar la sociedad argentina cuando intentó reconstruirse tras el fin de la cruenta dictadura. Y con ello sumergirnos en la atmósfera política de esos años e identificar los problemas de reconstrucción democrática que marcaron la agenda de la reflexión de nuestro autor y, seguramente, su modo de entender la reflexión filosófica acerca del Derecho.

2. De regreso del exilio, Perón ganó las presidenciales de 1973. Su muerte, meses después, desembocó en la asunción de la presidencia por parte de su esposa Isabel Perón. Corría el año 1974. Lopez Rega, que ocupaba la cartera de asuntos sociales, creaba un grupo terrorista de derechas para combatir las actividades de la guerrilla izquierdista, y el gobierno de Isabel Perón dictaba el decreto 2772 (6 de Octubre de 1975) por el que se autorizaba a las Fuerzas Armadas a ejecutar las operaciones militares y de seguridad que se consideraran necesarias a los efectos de aniquilar el accionar de los elementos subversivos en todo el territorio del país. Con la triple A (Alianza Anticomunista Argentina) en activo, en medio de una crisis económica general y una violencia en aumento constante, los militares derrocaron a Isabel Perón en el 1976 e institucionalizaron el régimen autoritario de la Junta Militar, formada inicialmente por Videla, Massera y Agosti. Comenzaban los aterradores años del Proceso. La Junta recortó las libertades civiles: entre otras medidas, se prohibieron



las actividades políticas y sindicales y el *habeas corpus* también fue restringido. La separación de poderes pasó a ser una especie de pantomima una vez que la Junta Militar, tras el golpe de Estado, disolvió el congreso y sustituyó todo el poder judicial por sujetos afines al nuevo régimen. Las violaciones masivas de derechos humanos organizadas desde el aparato estatal y llevadas a cabo por los distintos rangos del cuerpo militar superaron las cifras de la época de Isabel de Perón y López Rega [Garzón Valdes: 2000].

En el año 1977 —año en el que Nino regresaba a Argentina tras su estancia en Oxford—, y en pleno gobierno de la Junta Militar, emergió la protesta silenciosa de las Madres de la Plaza de Mayo. Las Madres junto con la Liga Argentina por los Derechos del Hombre, la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, el Servicio de Paz y Justicia (creado por Pérez Esquivel) y, posteriormente, el Centro de Estudios Legales y Sociales (fundado por Mignone y Compte en 1980) constituyeron los principales grupos de protesta contra las masivas violaciones de derechos humanos cometidas bajo aquel régimen.

Durante los años del Proceso, los miembros del “grupo Gioja”, al que pertenecía Nino, lejos de caer en el desánimo pudieron refugiarse en la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico, que había sido fundada ya por Rabossi en los tiempos de Onganía en previsión de etapas políticas peores. Fue ahí, al modo de las *Philosophical Societies* oxonienses, donde Carrió (el primer presidente de la Corte Suprema de Justicia postdictatorial), Alchourrón, Bulygin, Nino, Farrell, Moro Simpson y un grupo de intelectuales más jóvenes discípulos de Nino se encontraban un sábado de cada mes. El SADAF pretendía ser solo eso: un centro de debate filosófico donde mantener viva y en contacto con la realidad internacional una tradición filosófica argentina que, especialmente en el ámbito iusfilosófico, se había mostrado prometedora durante los años 40 y 50. Filósofos como Von Wright, Davidson, Nagel, Dworkin, Fiss y Ackerman, entre otros, fueron invitados a este foro [Blanco Miguélez: 2002].

En 1978, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consiguió entrar en Argentina y, tras llevar a cabo una investigación durante 1979, publicó un informe que arrojaba una seria acusación de violación de los derechos humanos contra el gobierno. La presión internacional fue bastante efectiva a la hora de disminuir la represión militar. A partir de 1980, el régimen empezó a debilitarse e incluso afloró algo de crítica en los medios periodísticos. Pero el régimen permanecía...

Fue hacia la primavera de 1982, dos días después de la manifestación que concentró a 10.000 personas en contra del régimen, que el presidente de la Junta, Galtieri, decidió invadir las islas Malvinas con el propósito de ganarse el apoyo popular. La derrota en Junio de 1982, con las muertes de jóvenes soldados a las espaldas, supuso el comienzo del fin del régimen militar. Con Bignone en la presidencia de la Junta, los líderes de varios partidos políticos formaron la “Multipartidaria” y acordaron solicitar el fin del estado de sitio, la legalización de la actividad política y la convocatoria de elecciones. Aunque el régimen militar confiaba en negociar los términos de la democratización, los partidos políticos lo que hicieron fue proponer la convocatoria de elecciones generales para Octubre de 1983. La respuesta de la Junta fue establecer cinco condiciones entre las que se incluía la de la no revisabilidad de la guerra sucia contra la subversión, la no revisabilidad de los actos de corrupción y la continuidad del sistema judicial. Los partidos políticos rechazaron esas condiciones al tiempo que continuaban con una campaña electoral que fue intensificándose con el dolor y la indignación de la ciudadanía ante las tumbas multitudinarias halladas tras las excavaciones, y ante los informes de prensa alarmante; todo ello bajo un clamor extendido pidiendo justicia.

Como apuntaba anteriormente fue en esta época que Nino y otros compañeros de la Facultad y del SADF decidieron entrar en contacto con los líderes del Partido Radical y fue así como conocieron a Raúl Alfonsín.

En Abril de 1983, la Junta emitió el “Documento Final de la Junta Militar acerca de la Guerra contra la Subversión y el Terrorismo”. En ese documento la Junta asumía la responsabilidad histórica por la guerra, pero amparaba el resto de sus acciones en los decretos dictados durante la presidencia de Isabel Perón, en los que, como vimos en el antes transcrito, se otorgaba libertad al estamento militar para acabar con las guerrillas izquierdistas; también señalaban que todas las acciones ejecutadas habían sido conformes con planes aprobados por los mandos superiores. Admitieron algunos errores cometidos en el “calor del combate” incluyendo las violaciones de derechos humanos, si bien añadían que no correspondía a los hombres sino a Dios el juzgarlos [Garzón Valdés: 2000]. En definitiva, lo que pretendía la Junta era mantener la competencia de la jurisdicción militar y preparar el camino para que entrara en juego la denominada “defensa de obediencia debida”. El mismo día en que ese Documento salió a la luz, la Junta ratificó además un acto institucional en el que se declaraba que “todas las operaciones contra la subversión y el terrorismo

llevadas a cabo por las fuerzas de seguridad, la policía y los guarías de prisiones bajo operaciones de control, en cumplimiento de varios decretos dictados en 1975, habían sido ejecutados en conformidad con planes aprobados y supervisados por los mandos superiores de las fuerzas armadas y por la Junta militar desde que ésta se constituyó”<sup>4</sup>

Los pronunciamientos de la Junta militar suscitaron la respuesta de la ciudadanía, también de algunos sectores que, como la Iglesia Católica, habían permanecido en silencio durante los años de la represión. Raul Alfonsín, entonces ya candidato del Partido Radical a las elecciones presidenciales, elaboró una declaración documental que tituló “No es la última palabra”, donde prometía emplear el sistema de justicia ordinario, es decir el civil, para el enjuiciamiento de todos aquellos que hubieran cometido actos ilegales durante los años de la dictadura. Nino, Malamud y Farrell comenzaron a colaborar intensamente con Alfonsín con el objeto de diseñar estrategias jurídicas de respuesta a las violaciones de derechos humanos cometidas durante el régimen militar.

La concepción de la pena sostenida por Nino dentro del marco de su teoría liberal del delito<sup>5</sup> no era de signo retribucionista, sino que él entendía que la justificación de la institución del castigo está en la consecución de un objetivo colectivo: el reconocimiento y protección de los derechos humanos. Este fin había de circunscribir el alcance de la práctica punitiva del Estado: qué acciones castigar y cómo orientar la institución. A ello se unía, respecto de la cuestión de la distribución del castigo, su teoría liberal-consensual: del principio moral de autonomía, del de inviolabilidad y del de dignidad se deriva en el campo del Derecho Penal el principio de asunción de la pena. La aplicación de una pena a un individuo está justificada en la medida en que ha consentido asumir la correspondiente responsabilidad penal haciendo un acto voluntario con conocimiento de que esa responsabilidad es su consecuencia normativa necesaria. Ambas ideas permiten entender el sentido de la propuesta de Nino y de Malamud en relación con la política de protección de los derechos humanos y los juicios por las violaciones de estos durante la dictadura de la Junta militar.

---

<sup>4</sup> Cfr. Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, Yale, 1996, p. 62.

<sup>5</sup> Nino, C.S., *A Consensual Theory of Punishment* en *Philosophy and Public Affairs*, n° 12, 1983.

El candidato a presidente identificó tres categorías de ejecutantes de tales violaciones. Quería juzgar a los comandantes y a los oficiales de los rangos superiores, pero veía con cierto escepticismo que se entrara a conocer las causas de oficiales de rangos inferiores, temiendo una reacción peligrosa en las fuerzas armadas. La tarea que encomendó a Nino, Farrell y Malamud fue la de trazar el mecanismo legal que facilitara tales propósitos. Nino, junto con los otros dos juristas, se pusieron a la difícil tarea y, a la luz de las consideraciones recién mencionadas, tuvieron en cuenta la capacidad deliberativa, el grado y mando del primer grupo, y discriminando el segundo y tercer grupos a partir de un minucioso análisis de la defensa de obediencia debida. En su opinión, ésta debía poder ser esgrimida incluso en caso de torturas porque creían que en el particular contexto histórico de una atmosfera permisiva y legitimadora de las violaciones de derechos humanos, era preciso hacer una excepción a la no excusabilidad de las torturas en otras circunstancias. Las torturas entonces caerían bajo la causal de obediencia debida. Correspondería a los propios militares, en la medida en que estos son quienes entienden cuáles son las claves de la “lógica de funcionamiento adecuado del ejercito”, determinar quiénes se habían excedido en la ejecución de las órdenes de los superiores y quiénes aquellos que cumplieron estrictamente; tal tarea habría de ser llevada a cabo en una audiencia dirigida por militares que ya en 1973 estuvieran retirados. Que fuera una audiencia ante militares retirados pretendía garantizar las condiciones para una reconstrucción no sesgada de esa “lógica”. El propio diseño, por lo demás, cumpliría la función de integrar a todos los sectores de la sociedad en la reconstrucción legítima de la misma.

En aquellas fechas surgió, sin embargo, un nuevo obstáculo legal a ser enfrentado después por el gobierno de Alfonsín. El 23 de Septiembre, a sólo cinco semanas de las elecciones y tras una multitudinaria manifestación en la que el clamor popular gritaba “No hubo errores, no hubo excesos, todos los participantes del proceso eran simplemente asesinos”, Bignone, presidente de la Junta en ese momento, dictó la “Ley de autoamnistía”. En la solución que se dio a este nuevo problema, podremos entrever el minucioso análisis llevado a cabo por Nino en relación con la articulación de las relaciones entre Moral, Política y Derecho en el razonamiento práctico y en ello una de las tesis centrales de su teoría del Derecho.

Alfonsín ganó las presidenciales de 1983 y se dispuso a institucionalizar cambios jurídicos para evitar más infracciones de los derechos humanos en el futuro. Nino y

Malamud se ocuparon durante ese período de discutir y redactar, en colaboración con miembros del Partido Radical que ocupaban cargos ministeriales, los detalles del programa de protección de los derechos humanos. Trabajaron frenéticamente en el proyecto legislativo hasta el día de la toma de poder. Un día antes, Alfonsín los designaba como sus asesores (“los filósofos”) en el *Programa de protección de los derechos humanos y de justicia retroactiva*. En la ceremonia de investidura, el recién nombrado presidente, dio a conocer sus objetivos de restablecimiento del imperio de la ley y de lucha por la protección de los derechos humanos y la evitación de futuras violaciones de los mismos: mientras que la investigación de la verdad sería irrestricta, el castigo sería limitado y basado en consideraciones de prevención y no retribucionistas, teniendo en cuenta la necesidad, además, de incorporar a todos los sectores en el proceso democrático.

Según narra Nino, la estrategia política de concentrar la culpabilidad en el pequeño grupo de personas que habían promovido y dirigido el terrorismo de Estado, así como en quienes habían ejecutado los actos militares más crueles y perversos, fue el punto central de la oposición y desconfianza de las organizaciones de derechos humanos y de los grupos políticos de izquierdas. Pensaban que, al final, sólo se iba a considerar responsables a los miembros de la Junta. Por su parte, el estamento militar también estaba descontento, pues consideró que cientos de sus miembros serían objeto de persecución penal por su participación en la represión y que la integridad del estamento militar se vería comprometida. Nuestro pensador estaba convencido de que si unos y otros se hubieran reunido, discutido sus preocupaciones y el gobierno hubiera explicado que su intención era juzgar docenas y no ni sólo a un puñado ni tampoco a cientos, todo aquel proceso hubiera sido mucho menos conflictivo<sup>6</sup>.

Junto con el diseño de las adecuadas leyes penales, Alfonsín reconstruyó los tribunales más directamente relacionados con los juicios contra las violaciones de derechos humanos; especialmente la Corte Suprema y la Corte Federal de Apelaciones de Buenos Aires. Una vez concluido este trabajo, se concentró en las propuestas para crear una comisión que investigara las desapariciones. Nació así la CONADEP, creada por decreto el 15 de Diciembre de 1983. Nino jugó aquí también un papel activo logrando que diversas organizaciones de derechos humanos percibieran que aquella comisión era un órgano serio en el que tenían que estar. Este

---

<sup>6</sup> Nino, C.S., *Radical Evil on Trial*, *op.cit.*, p. 71.

organismo cumplió un importante papel atendiendo a las necesidades de las víctimas, ofreciendo respuestas a los grupos de defensa de los derechos humanos, y mediando entre los distintos sectores envueltos.

Además, una de las primeras decisiones del Congreso fue la de anular la ley de autoamnistía. Algunos políticos (entre ellos Luder, un distinguido constitucionalista), aunque se oponían a la ley entendían al tiempo que no podía ser simplemente derogada, ya que hacerlo no impediría su aplicación en virtud del Código Penal (aplicación de la ley más favorable); y que, además, no era posible la derogación sin violar el artículo 18 de la Constitución que proscibía la legislación penal retroactiva. La posición de Nino, Carrió, Malamud, Rabossi y Bacqué fue de signo distinto. Como señalé unos párrafos más arriba, fueron consideraciones en el ámbito de la filosofía del Derecho, las que les llevaron a sostener que la validez legal es un concepto normativo que conecta al Derecho con la Moral: según esto, la ley de autoamnistía dictada por un gobierno no democrático no podía ser automáticamente considerada válida —es decir, vinculante, obligatoria y con ello pasar a poder ser incorporada como una razón justificativa de la acción en nuestro razonamiento práctico—, sino que precisaba ser sometida al test de su moralidad. Los *filósofos* cuestionaron así la ley a partir de dos argumentos: (a) un argumento desarrollado por Carrió a partir del artículo 29 de la Constitución, que establecía la prohibición de otorgar al ejecutivo poderes extraordinarios. Entendieron que la ley de autoamnistía violaba esa prescripción constitucional desde el momento que prohibía al poder judicial investigar las decisiones de un ejecutivo que había pasado a ejercer funciones legislativas; (b) un segundo argumento en contra de la validez de la ley es el que Nino presentó en su artículo «Hacia una nueva estrategia para el tratamiento de las normas *de facto*» publicado en el diario jurídico *La Ley* y que después aparecerá en su trabajo *La validez del Derecho* (1980). Es, como indicaba, el argumento que le llevó a la tesis acerca de la conexión justificativa entre Derecho y Moral. Lo que sostuvo Nino es que era preciso abandonar la doctrina de las normas *de facto* porque se apoyaba en un argumento falaz: la conocida “falacia naturalista” tan característica del positivismo ideológico. Una vez que reconocemos el carácter normativo de la noción de validez jurídica, derivamos de ello que solo las normas dictadas por las autoridades legítimas (el carácter epistémico del proceso democrático otorga una legitimidad de origen a las leyes democráticas) disfrutaban de una presunción de legitimidad moral, mientras que el contenido de las directivas

precedentes de autoridades no democráticas ha de ser sometido a ese test de corrección moral. La ley de autoamnistía por pretender dejar sin castigo a los autores de crímenes era nula y se presentaban como automáticamente operantes los artículos del CP cuya aplicación tal ley había tratado de evitar.

La primera audiencia pública del “gran juicio” tuvo lugar en Abril de 1985. En aquellas fechas, un grupo de reconocidos filósofos del Derecho y de la Moral (Dworkin, Fiss, Nagel, Scanlon, Williams) asistieron a algunas de las vistas. En relación con esto, Nino nos recuerda que “en un clima bastante ateniense [los filósofos] discutieron los problemas filosóficos y jurídicos asociados con la justicia retroactiva”. El gran juicio contra Videla, Massera, Agosti, Viola y Lambruchini concluyó con la condena a penas de prisión y con su descalificación permanente para ocupar cargos públicos. La decisión sentó tanto los principios importantes para el restablecimiento del imperio de la ley, como los principios éticos elementales. La conciencia moral de la sociedad argentina fue profundamente afectada por estos juicios y, aunque los juicios no fueron televisados, el conocimiento de las atrocidades tuvo un fuerte impacto en las mentes de todos los ciudadanos [Nino: 1996, p. 90].

Fue toda aquella una época de muchísima tensión en la que a la par que se desarrollaba el gran juicio, Alfonsín trataba de reconducir todas las otras causas abiertas o pendientes de serlo. Fue así que solicitó a Nino y a Malamud que se reunieran con los miembros de la Corte Federal para discutir cómo hacer respecto de este nuevo punto.

Durante el período de 1986 a 1990, la reacción pública respecto de todas ellas empezó a poner en peligro la estrategia original de Alfonsín. En esta época, la implicación de Nino con los acontecimientos relacionados con la justicia retroactiva fue menor puesto que estaba ocupando, desde la Nochebuena de 1985, el cargo de coordinador del Consejo para la Consolidación de la Democracia, un órgano interdisciplinario y bipartidista de asesoramiento encargado de rectificar algunas de las tendencias endémicas de la democracia argentina. Dos trabajos muy ilustrativos de las reflexiones de ese momento son su *Presidencialismo vs parlamentarismo* (1988) donde pronuncia una serie de objeciones al traslado imitativo del modelo presidencialista a una sociedad como la Argentina caracterizada por un elevado nivel de corporativismo y su *Un país al margen de la ley. Un estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino* (1992).

La idea de detener los juicios fue implantándose crecientemente en el presidente. El Secretario de Justicia decretó que el Ministro de Defensa debía ordenar a los fiscales militares que aceleraran las causas en las que los oficiales con capacidad de decidir estaban siendo acusados ante las Comisión Suprema; y que los otros acusados fueran absueltos. Aunque la propuesta fue aprobada el 24 de Abril de 1986, las instrucciones a los jueces provocaron críticas en la prensa y también entre los grupos de defensa de los derechos humanos. El presidente se vio entonces obligado a rectificar tales medidas en su discurso ante el Congreso en Mayo y a anunciar que daría nuevas instrucciones para que aquellos que hubieran tenido capacidad de decidir o hubieran cometido actos atroces y abominables no pudieran ampararse en la defensa de obediencia debida.

La llamada a acelerar las causas abiertas, tuvo en muchos casos el efecto contrario al que se pretendía: en efecto, la respuesta de muchos tribunales fue asumir el conocimiento de más y más de ellas. Fue entonces cuando Alfonsín volvió a reaccionar y trató de impedir este cariz que iban tomando los acontecimientos. Sucedió, sin embargo, que, al mantenerse los jueces firmes en su resolución, el intento inicial por contener los juicios tuvo al final un efecto boomerang ya que acabó sucediendo precisamente lo que se quería evitar: una importante crisis militar. Fue entonces que el 5 de Diciembre de 1986, Alfonsín, tras conversaciones con sus ministros, mandó la “Ley del punto final” al Congreso. En esa ley se establecía que salvo en los casos de abducción de menores, el plazo de los tribunales para conocer de todas las demandas basadas en actividad criminal había de limitarse a 60 días y también se señalaba que pasado tal plazo las demandas se extinguirían. Carlos Nino pensó que aquello sería políticamente contraproducente y en su calidad de asesor hizo llegar a Alfonsín una carta donde mostraba sus objeciones. La propia reacción del público contraria a la Ley del punto final (aprobada el 23 de Diciembre de 1986) acabó llevando a Alfonsín a solicitar mediante decreto que el abogado general diera instrucciones a los fiscales para que encausaran a todos aquellos que aparecían como responsables bajo la ley 23.049 (aprobada en el paquete de medidas de 1983 para la protección de los derechos humanos, medidas de justicia retroactiva y futura). La deficitaria capacidad del gobierno para hacer llegar la información a la ciudadanía hizo que aquello, sin embargo, fuera percibido como un nuevo intento por evitar la confrontación con el pasado [Nino: 1996, pág. 94].



Y sucedió de nuevo que cuando la ley del punto final entró en vigor los tribunales de todos los lugares del país, incluso de regiones del interior, dieron comienzo a una intensa actividad, saltándose las habituales vacaciones de verano de Enero. Fue esto lo que hizo reaccionar a Nino en defensa de la ley cuando, haciendo una estancia docente en Yale por esas fechas, leyó la crítica que el *New York Times* hacía en su editorial a la “ley del punto final” por considerar que la misma era una concesión a los militares. Escribió entonces «¿Juicios rápidos para los militares en Argentina?» pronunciándose a favor de la ley en cuanto que esta coadyuvaba a acelerar los juicios, algo que entendía que era imprescindible dado el enorme número de casos abiertos en los tribunales argentinos.

Pese a la sacudida que había supuesto la “Ley del punto final”, la situación pareció ir tranquilizándose bastante. El activismo judicial parecía haber llevado a la retirada de los militares. Los titulares de los periódicos de aquellos días ofrecían un esperanzador porvenir para Argentina. Pero aquella calma era sólo aparente... En Abril de 1987, cuando el mayor E. Barreiro fue citado para responder a las acusaciones de tortura, comunicó a su superior que no se presentaría ante el Tribunal. Esto desencadenó un conflicto dentro del estamento militar y una rebelión. Los rebeldes acusaron a Ríos Ereñu, jefe del personal militar, de haber abortado las negociaciones con las fuerzas armadas y solicitaron además la amnistía. Alfonsín se reunió urgentemente con legisladores, líderes políticos, sindicatos y asociaciones profesionales y empresariales, y declaró que la democracia en Argentina no sería negociada y que la extorsión sería inaceptable. Con todo la situación tenía tintes tan preocupantes que Carlos Nino pensó pedirle a su familia (casado con Susana Bergsztein, el matrimonio tenía dos hijos entonces menores, Ezequiel y Mariano) que marcharan a Uruguay.

En aquel escenario, Alfonsín se dirigió a la multitud concentrada en la Plaza Mayor y les advirtió de que lo que en aquellos momentos estaba en juego no era sólo un golpe de Estado, sino el futuro para sus hijos. Después pidió que le esperaran en la plaza mientras él se dirigía a hablar con los rebeldes. Horas después volvió y comunicó a la multitud reunida que los rebeldes habían sido disueltos y que todos podían marchar tranquilos a sus casas. El titular del periódico *La Razón* de aquella fecha decía: “Los rebeldes se rindieron a Alfonsín. El pueblo defiende la Democracia”. Al parecer lo sucedido es que uno de los cargos militares que había luchado en las Malvinas (Teniente Coronel Rico) quería evitar que los oficiales que

habían luchado en aquella guerra fueran sometidos a juicio por su comportamiento durante la dictadura. Alfonsín, según consta en los relatos oficiales, parece que les dijo que él no podía interferir con la independencia de los tribunales, pero que esperaba que la Corte Suprema pudiera fijar los distintos niveles de responsabilidad para mitigar la de aquellos oficiales. Y aceptó por otra parte que fuera la jurisdicción militar la que conociera del acto de rebelión que acababan de protagonizar. Fuera cuál fuera el acuerdo al que llegó Alfonsín, lo que sí sucedió es que los rebeldes fueron detenidos y sometidos a juicio ante un tribunal, eso sí, de la jurisdicción militar, tal y como parece que fue acordado con ellos y pese a lo establecido por la legislación contra las violaciones de derechos humanos.

Tras el levantamiento, la posición del gobierno empezó a deteriorarse. Había descontento por ambos lados: los militares pensaban que Alfonsín había traicionado el pacto, pues veían que los juicios continuaban y, por su parte, la izquierda no cesaba de repetir en tono irónico las palabras de calma y de situación de estabilidad lanzadas por el presidente tras su conversación con los rebeldes. Además, la crisis económica se agudizó y la dinámica propia de una campaña para las elecciones, que iban a tener lugar ese mismo Septiembre de 1987, llevaron a la oposición a distanciarse del gobierno.

Los peronistas hablaron entonces de articular una serie de perdones presidenciales ya que querían que todos los costes políticos fueran asumidos por Alfonsín, pero éste consideró que no había forma de fundamentar constitucionalmente los perdones presidenciales a favor de gente cuyo juicio estaba todavía abierto y que, por lo tanto, todavía no había sido condenada. El presidente estimaba que la única vía era la “Ley de obediencia debida”. La propuesta de Nino era, sin embargo, diferente. Juzgaba que el camino a seguir había de ser la reforma del Código penal a través de una comisión del Ministerio de Justicia. Las reformas debían centrarse, en su opinión, en la adopción de un sistema de discrecionalidad en la acusación, permitiendo a la acusación pública la no continuación de determinados casos por una variedad de razones, al modo de los sistemas de los Estados Unidos y alemanes. Esto permitiría al abogado general, siguiendo o no instrucciones del presidente, perseguir los crímenes más abominables. Aunque Alfonsín se mostró inicialmente entusiasmado por esta solución, ante la resistencia del abogado general (Gauna), que la consideró demasiado *ad hoc*, terminó por abandonar la idea y acabó por mandar al Congreso un borrador de ley de obediencia debida creando una presunción prácticamente

irrefutable para los oficiales de rango medio y bajo. Aun sin estar satisfecho con la medida, entendía, según manifestó en los medios de comunicación, que era necesaria para consolidar la democracia. La aprobación de la ley en cuestión fue muy criticada y fue también enorme la indignación que suscitó tanto en diferentes sectores de la sociedad argentina como en la comunidad internacional. Se consideraba que el gobierno de Alfonsín estaba traicionando su posición inicial. Nino tampoco estaba muy convencido al principio pues pensó que podría ser vista como una concesión que traería nuevas demandas de los militares. Después, sin embargo, entendió que era la forma de establecer de forma concreta y bien delimitada los límites implícitos en el proyecto original de 1983, que no había sido cumplido por acción o inacción de otros partidos políticos.

Aunque en Junio de 1987 la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de la nueva ley de obediencia debida (con el voto disidente de J.A. Bacqué<sup>7</sup>), en el terreno político la suerte del gobierno fue menor. La nueva ley, junto con los problemas socioeconómicos arrastrados, determinó la pérdida de las elecciones por el Partido Radical en Septiembre de 1987. Los comicios al Congreso y al Senado fueron ganados por los peronistas. El deterioro de la imagen del gobierno junto con la hiperinflación económica apuntaba ya el advenimiento del cambio que iba a producirse: Carlos Menem, el candidato peronista a las presidenciales, las ganó en Mayo de 1989. En Octubre de ese año el nuevo presidente dictó tres decretos por los cuales -pese a la prohibición constitucional de interposición del Presidente en procesos en curso- se perdonaba a personas que estaban siendo enjuiciadas. En Diciembre de 1990, Menem concedió otros perdones: esta vez para condenados por violación de derechos humanos, incluyendo a Videla, Massera, Agosti, Viola, Lambruschini, Camps y Galtieri. Aunque los perdones fueron aceptados por la ciudadanía, que ya había perdido el interés en más juicios, Nino sostuvo que algunos de ellos, pese a las declaraciones de la Corte Suprema (llena de partidarios del nuevo presidente), eran dudosamente constitucionales, mientras que otros, aun siendo constitucionales, eran políticamente innecesarios. Estos últimos, por lo tanto,

---

<sup>7</sup> Vale la pena reproducir una parte central del voto disidente de Bacqué: “En fin, quede claro que la obediencia ciega y nuestro orden constitucional se excluyen mutuamente [...] la Corte Suprema [...] no podrá ser ajena ni a los principios republicanos y democráticos, ni a la tradición jurídica milenaria que también en esta materia delicada postula ante todo el reconocimiento en el subordinado de su calidad de ser razonable [...] no excusándolo con pretextos que denigran la calidad de ciudadanos que necesariamente poseen en una República quienes deben dedicarse a la honrosa profesión de las armas”. Tomo referencia de Garzón Valdés, E. El velo de la ilusión, *op. cit.*, p. 188.

dañaban el imperio de la ley sin poder justificarse en consideraciones políticas pues apenas había presión social por liberar a los principales responsables de los abusos contra los derechos humanos.

En cualquier caso, la conciencia moral de la sociedad argentina había ido construyéndose aunque fuera a partir del imperfecto intento de aplicar justicia retroactiva por la CONADEP y el gran juicio; y sucedió así que, en ocasiones, cuando, tras los perdones, quienes habían cometido los grandes abusos contra los derechos humanos pretendieron actuar como si la historia hubiera sido olvidada por todos, los argentinos espontáneamente los repudiaron y condenaron haciéndoles presente en su día a día que nadie había olvidado lo que habían hecho.

3. La actividad intelectual de Nino desde que comenzó a colaborar en la restauración de la democracia como asesor presidencial de R. Alfonsín quedó reflejada en trabajos que salieron a la luz ya desde las más tempranas fechas de ese período. Sus reflexiones sobre aspectos relevantes de la Moral o del Derecho, que reflejaban las preocupaciones político-intelectuales de aquellos años, aparecen expuestas en diversas revistas argentinas, españolas y de los EEUU, así como en numerosas conferencias en distintos países de Europa y América. Pero la magnitud de su proyecto intelectual se aprecia sobre todo en sus grandes obras, producto de la reflexión de aquellos agitados años y de la posterior actividad investigadora y docente, especialmente como profesor visitante en la Yale Law School (1987-1993) y en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (1992): me refiero especialmente a las diversas versiones de su trabajo *Ética y derechos humanos* (1984, 1989, 1991), *La validez del Derecho* (1985), a su *Introducción a la Filosofía de la acción humana* (1987), *El constructivismo ético* (1989), *Fundamentos de Derecho Constitucional* (1992), *Un País al margen de la ley* (1992), así como sus publicaciones póstumas *Derecho, Moral y Política* (1994), *The Constitution of Deliberative Democracy* (1996) y *Radical Evil on Trial* (1996).

Relegada a un segundo plano su actividad política, Nino se volcó en la vida académica como Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires. A fin de recuperar el dinamismo que en otro tiempo tuvo la Facultad de Derecho, creó en el 1989 un centro de estudios de filosofía jurídica y política (el Centro de Estudios Constitucionales). El Centro se orientó a dar un espacio a los jóvenes investigadores para que pudieran dedicarse a tal profesión en exclusiva y a

mantener vínculos con la Yale Law School con el fin de importar ciertos métodos de enseñanza ahí practicados. En él se promovieron investigaciones centradas en tres temas: los valores fundamentales que sustentan el régimen democrático, el análisis y desarrollo de las técnicas jurídicas, políticas y sociales que más favorezcan la estabilidad democrática y la determinación de los factores socio-políticos que obstaculizan la viabilidad de las instituciones democráticas argentinas, con vistas a proponer políticas tendentes a modificarlos. Aunque el Centro de Estudios Constitucionales dio lugar a un gran número de actividades, dificultades económicas de financiación motivaron finalmente su desaparición a finales del año 1993<sup>8</sup>.

C.S. Nino no vio, sin embargo, el final de su gran proyecto pues murió inesperadamente a finales de Agosto de 1993, a la temprana edad de 49 años. Se hallaba en la ciudad de La Paz, Bolivia, a donde había viajado para debatir con los nuevos diputados el contenido del proyecto de nueva Constitución para la República de Bolivia, en cuya redacción había colaborado. El hecho de padecer una enfermedad respiratoria crónica le había hecho temer no poder trabajar bien por problemas de salud con los diputados de ese país. Sus compañeros y amigos saben bien que si Nino hizo finalmente aquel viaje desafiando los riesgos que amenazaban su salud fue porque su forma de entender el deber ciudadano y moral que le había llevado a comprometerse activamente con la reconstrucción de la democracia en Argentina, hacía necesaria también su presencia en cualquier otro lugar del mundo donde sus ideas fueran reclamadas. Su proyecto intelectual y su forma de entender cómo había de ser hecha la filosofía del Derecho son el gran legado que nos deja.

III. La obra de Nino como tratado práctico cimentado en la tesis de la unidad del razonamiento jurídico-político-moral.

Las urgencias que resultaban de la realidad política que atravesaba la Argentina de aquellas dos décadas llevaron a Nino a abordar la dimensión filosófica de los problemas teóricos vinculados con ellas. Esto es, la dimensión filosófica del reconocimiento y protección de los derechos humanos, de la entonces llamada justicia retroactiva y de la consolidación de la democracia. Fue esto lo que le llevó a

---

<sup>8</sup> O. Fiss, colega y amigo de Nino, impulsó un proyecto que siguió vinculando la universidad argentina con la Yale Law School, facilitando así a los estudiantes de una y otra universidad el intercambio.

sus reflexiones acerca de los fundamentos de nuestra práctica moral y del discurso universalista de los derechos humanos, acerca de qué concepción de la democracia nos permite entender que la misma tiene superioridad moral sobre cualquier otra forma de gobierno, y acerca del organigrama institucional que posibilita que una práctica democrática genere en su seno normas jurídicas que constituyan justificaciones de las acciones realizadas bajo su amparo, y no meras racionalizaciones *ad hoc* para darle un baño de legitimidad a la satisfacción de cualesquiera intereses de quienes tengan la posición fácticamente dominante.

Moral, Política y Derecho fueron pues sus tres bloques temáticos. En el paradigma del objetivismo moral kantiano esas tres esferas del razonamiento necesariamente habían de ser articulados en una suerte de unidad que nuestro autor supo reconstruir ofreciéndonos un mapa especialmente potente. Tomar como brújula la tesis de la unidad y el mapa de Nino del ámbito del razonamiento práctico se nos presenta así como una forma de orientar bien la búsqueda de soluciones a los problemas de naturaleza ético-política o ético-jurídica con los que nos vemos confrontados en nuestras distintas comunidades políticas. Sobre esto volveré más adelante. Ahora me ocuparé de presentar y de explicar las tesis que definen su pensamiento en cada una de esas esferas:

(1) En Filosofía moral, Nino sostiene una tesis metodológica (el constructivismo epistémico) cuyo corolario es una tesis sustantiva acerca de la fundamentación de los derechos humanos (el liberalismo igualitario).

Pertrechado con el instrumental analítico, se propuso contribuir a la vigencia de los derechos humanos a través de la discusión teórica tanto de las ideas contrarias a los mismos como de aquellas que los fundamentaban frágilmente. La moral, el discurso moral, si bien es una construcción humana, no es por ello arbitraria. Nino, siguiendo una tradición que podemos calificar como hobbesiana, entiende que la explicación (que no necesariamente fundamentación<sup>9</sup>) de la naturaleza de la moral y el desarrollo de la práctica discursiva moral viene dada por sus funciones sociales distintivas (reducir la violencia, la coacción y el recurso, —sea institucional o privado— a la fuerza). Esto le llevó a descalificar aquellas posiciones que estuvieran en contra de la fundamentación racional de los principios morales. Para entender esta práctica discursiva hemos de indagar en sus presupuestos subyacentes que la

---

<sup>9</sup> Alexy, R., “La fundamentación de los derechos humanos en Carlos S. Nino”, *Doxa* 26, 2003, pp.173-201.

condicionan y a su vez vienen condicionados para lograr que la misma cumpla sus funciones (se trata de generar razones que guíen de hecho nuestra conducta y minimicen el recurso a la fuerza en la solución de conflictos al considerar los intereses de los afectados y llevarnos, por su carácter imparcial, a tener que suscribirlas como razones últimas). Esas condiciones llevan a que para que los principios puedan ser aceptados libremente en el discurso, tienen que tener cinco propiedades: ser públicos, generales, supervinientes y universales. Son tales presupuestos los que nos permiten identificar el discurso moral frente a discursos como el estratégico. El discurso moral no es pues un procedimiento de negociación-estratégica, sino de argumentación.

Si bien la génesis de la práctica deliberativa moral en las claves universalistas recién caracterizadas podemos encontrarla en la ilustración, esto no nos ha de llevar a circunscribir la misma a un determinado momento espacio temporal puesto que su lógica interna es universalista: lo que caracteriza al discurso moral ilustrado es que vincula a las razones últimas que en él se invocan no con nuestros deseos o con los dictados de alguna autoridad o tradición, sino con la consideración imparcial de todas las personas. Las claves de la racionalidad moral fueron bien aprehendidas por el pensamiento kantiano: universalismo, imparcialidad y la no mera instrumentalización y el pensar a otros como fines en sí mismos que define la noción de dignidad.

La práctica discursiva moral es una práctica; esto es, viene siendo ejercitada de hecho. Nino precisamente se refiere al ejercicio de la política a través de los órganos de gobierno como una de esas instancias de ejercicio de la misma. Sucede, sin embargo, que ese ejercicio en su nivel más superficial (i.e. debates políticos, medidas políticas, ejercicio y relación entre poderes, pautas o reglas), así como el ejercicio en discurso moral en otras esferas (el debate público, etc.) puede reflejar de forma a veces poco adecuada los presupuestos que son su propio fundamento, y que vienen implicados por los criterios de validación utilizados —en un nivel más profundo— en la propia práctica social discursiva. La tarea del filósofo de la moral habrá de consistir en la reconstrucción de esos fundamentos —y por lo tanto presupuestos— de tales prácticas generando una plataforma crítica desde la que analizar, corregir y guiar el devenir de la misma. Dentro de la tradición del objetivismo kantiano y de la ética discursiva habermasiana, Nino sostiene lo que

podemos denominar un constructivismo epistémico (habiendo abandonado el constructivismo ontológico de la primera versión de su *Ética y derechos humanos*) desde el momento en que ve solo en los presupuestos formales —y no en el debate y el resultado del discurso— los elementos constitutivos de la corrección moral: de los presupuestos y reglas formales del discurso derivamos los principios morales sustantivos (autonomía, hedonista, inviolabilidad y dignidad; frente al perfeccionismo, holismo y determinismo) y, de ellos, los derechos humanos. Si bien los presupuestos formales del debate moral tienen un papel constitutivo de los principios, el diálogo y su resultado pasan a tener valor meramente epistémico en relación con los mismos. Además, los principios morales no fundamentarán solo derechos al modo liberal mínimo, sino que todos y cada uno de ellos generarán tanto deberes de abstención como de intervención con el fin de garantizar la igualdad material de todos aquellos que, atendiendo a los presupuestos del discurso, debemos considerar sujetos morales. En esto vemos su liberalismo igualitarista. Sucede que, entre los derechos, Nino diferencia los que resultan de las condiciones y presuposiciones del discurso moral (derechos *a priori*) de los derechos que resultan de discusiones morales y procedimientos democráticos (derechos *a posteriori*). Siguiendo su argumento, fuera del debate democrático estará el contenido de aquellos derechos que de alguna manera condicionan la calidad del propio procedimiento democrático (Nino pone el ejemplo de la libertad de expresión); también aquellos referidos a aquella dimensión de la moralidad que se refiere a los ideales de excelencia humana o las concepciones de la vida buena. Y quedarán para la discusión moral y su modelo regimentado, el debate democrático, no solo las cuestiones referidas a bienes colectivos, sino también las cuestiones referidas al alcance de los derechos (si solo son violados por acciones o también por omisiones y el tipo de deberes que exigen<sup>10</sup>) y la resolución de los conflictos entre ellos.

---

<sup>10</sup> Si bien un elemento crítico fuerte de la teoría de Nino es que pone de manifiesto la irrelevancia moral entre acciones y omisiones : “Casi todos los derechos tienen un aspecto positivo y otro negativo. Por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad física comprende no solo estar libre de la interferencia mediante acciones que impliquen la muerte o lesiones físicas sino también recibir medicina preventiva y curativa, comida, alojamiento, vestimenta, descanso”, Nino deja al procedimiento democrático este aspecto de los derechos (su alcance) que es, sin embargo, tan importante para poder hablar de la garantía de la calidad epistémica del debate: la exclusión social lleva a la exclusión política y con ello a un parlamento donde los intereses de aquellos que han sido excluidos no son escuchados en el debate. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, Ariel, 1989, p. 349. En un ensayo publicado unos años después, en el 1993 (año de su muerte), distingue, sin embargo, entre “una total y absoluta negación de los derechos sociales” y el “alcance preciso de estos derechos *vis-à-vis* los relativos a la propiedad y al comercio”: mientras que lo primero queda fuera del



(2) En Filosofía política, sostiene que la democracia solo cuando es concebida como democracia deliberativa tiene propiamente superioridad moral para que la forma de gobierno democrática tenga superioridad moral; y es que solo en calidad de tal será la forma que más se acerque al debate moral intersubjetivo, del que será sucedáneo. Aun sí partimos, como hemos visto, de las prácticas normativas reales, la exploración filosófica, al profundizar en los presupuestos de las mismas, hace que esta reconstrucción *ex post* genere su modelo ideal. Tal modelo, enraizado, sin embargo, en la propia práctica se constituirá en la instancia crítica del funcionamiento de las democracias reales. Esto es, el pensamiento filosófico político regresará de nuevo al terreno e impactará en la remodelación y guía de esas prácticas para que se acomoden a los presupuestos en las que pretendían encontrar su fundamento racional, su normatividad, en definitiva, su legitimidad moral.

Nos encontramos entonces con que de los presupuestos y reglas que rigen el discurso moral (como práctica que cumple unas funciones, y que tiene, además, un carácter intersubjetivo o colectivo) se derivan también, en la teoría de Nino, los mecanismos de corrección —orientación para la corrección— de las instituciones de gobierno, así como, más específicamente, el organigrama institucional en el que, dependiendo de condicionantes de tipo fáctico, habrán de concretarse. Igual que sucediera en relación con su comprensión de la deliberación moral y los resultados de la misma, el valor de la deliberación y del resultado del discurso democrático evolucionará también de ser ontológico a epistemológico. Sin embargo, la relación del discurso moral y de la democracia con los principios morales de los que derivan derechos humanos no será meramente instrumental, sino que un sistema democrático, en la medida en que se conciba y satisfaga las pretensiones de ser un sucedáneo del espacio para la deliberación moral pura, está intrínsecamente vinculado con la realización de la dignidad del individuo (piénsese, entre otros, en la participación de todos en la esfera del debate público).

Presentado en trazos gruesos, el modelo de Democracia Constitucional que esta fundamentación arroja consistirá en un sistema institucional que asegure la participación real de todos los afectados (*i.e.* que realice materialmente, y no solo formalmente, el ideal ético-político de la autodeterminación) y una genuina

---

liberalismo constitucional y, por lo tanto, los tribunales constitucionales podrán intervenir activamente, lo segundo “debe ser establecido a través del proceso democrático de discusión y toma de decisiones”. “Sobre los derechos sociales”, *Una teoría de la justicia para la Democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*, s. XXI, Argentina, 2013, pp. 227-233.

imparcialidad del debate para que los resultados no sean una mera composición de los intereses en juego (con lo que ello pueda implicar en el ámbito del debate parlamentario de concesiones al argumento de la fuerza y no a la fuerza de los argumentos), sino una profunda transformación de las preferencias en el ámbito de lo político o espacio público<sup>11</sup>. El discurso moral intersubjetivo y la deliberación moral se consideran epistémicamente valiosos sólo en el ámbito de la moral intersubjetiva, pero no en el ámbito de la moral personal. La reconstrucción que hace Nino de los presupuestos del discurso moral de la Ilustración no solo lleva a rechazar el perfeccionismo y el holismo en las relaciones entre individuo y sociedad —algo que queda reflejado en la concepción que defiende del Derecho Penal—, también nos lleva a garantizar la satisfacción de las necesidades básicas y a subrayar especialmente la necesidad de que el Estado reconozca y proteja todas aquellas vinculadas con los derechos básicos. Sin derechos, esto es, sin una protección material de los mismos, no hay Democracia, solo procedimientos mayoritarios más o menos espurios.

3) En el ámbito de la Filosofía del Derecho, y atendiendo a todo lo anterior, su pensamiento se concreta en una comprensión de las normas jurídicas como razones que justifican nuestras acciones siempre y cuando sean dictadas por un sistema democrático *i.e.* uno que cumple tanto con criterios de corrección formal (procedimientos mayoritarios) como material (los derechos humanos). Las normas jurídicas como razones justificativas podrán serlo en la medida en que se presenten bien (i) como juicios de adhesión normativa a partir de un juicio valorativo puro que establece que tenemos el deber moral de respetar las normas emitidas por las instituciones justas en cuyo diseño hemos participado y un enunciado fáctico (a modo de razón auxiliar, según la terminología de Raz) que nos indica que tal o cuál norma ha sido dictada por la autoridad correspondiente; bien (ii) como juicios valorativos puros en cuanto que, por su fuerte valor epistémico —cuando el debate democrático tenga verdaderamente esa calidad a la luz de la caracterización antes hecha—, las podamos ver como derivados puros de los derechos humanos fundamentados a partir de los presupuestos del debate moral.

---

<sup>11</sup> El valor epistémico de la deliberación y del resultado del debate moral o de su sucedáneo regimentado, la Democracia, es en relación con los espacios de la moral intersubjetiva. Ni discurso moral intersubjetivo ni deliberación democrática han de considerarse epistémicamente valiosos en el ámbito de la moral personal o autorreferente.

Las dos tesis-marco —o de mayor nivel de abstracción— a las que nuestro autor llega y que reflejan el núcleo de su comprensión de la práctica jurídica son estas:

- a) Hay una conexión, desde el punto de vista interno o justificativo entre Moral, Política —democrática— y Derecho<sup>12</sup>.
- b) El Derecho es una práctica colectiva institucional.

Veamos ahora en qué se traducen, así como la necesaria conexión de las mismas, como indiqué, con las que aparecían en las otras dos esferas de la Moral y de la Política antes caracterizadas. Después volveremos sobre su comprensión de las normas jurídicas y las condiciones que tienen que superar para que cumplan el papel que pretenden en el razonamiento práctico.

a) La elaboración que Nino hace de la tesis kantiana de la unidad del razonamiento práctico le lleva a sostener que el razonamiento jurídico justificativo está conectado con la Moral a través de la Política democrática.

a.1) El constructivismo epistemológico en el plano de la ética y el constitucionalismo democrático en la esfera política serán las coordenadas que nos permitan entender las claves de esa conexión. Veamos ahora las piezas.

a.2) Los hombres necesitamos coordinar nuestras acciones para, de esta forma, conseguir satisfacer, en la medida de lo posible, nuestros planes de vida. Cuando nuestro interlocutor no tiene razones referidas a nuestro propio beneficio o placer, o bien cuando no podemos apelar a sus propios beneficios o placer, lo único que nos queda es invocar razones que sean válidas en el marco de algún discurso intersubjetivo en el que el otro sujeto esté dispuesto a participar a partir de compromisos mutuos tales como actuar conforme a los principios aceptados como resultado de una práctica discursiva. (Explicación funcionalista con la que estarían vinculados los presupuestos de la práctica moral). Entre tales prácticas, el discurso

---

<sup>12</sup> Junto con estas dos apuntadas hay una tesis metodológica que es común a las diversas esferas: El punto de vista interno o del participante en la práctica jurídica resulta lógicamente prioritario a la hora de reconstruir desde el punto de vista externo tal práctica. *Vid.* Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994. La he introducido en este apartado (a) por razones expositivas: me parece que permite que el lector se oriente mejor a la hora de entender la concepción de Nino sobre la norma jurídica democrática; y también después, vinculado con su concepción acerca de la práctica jurídica, su modelo de Teoría del Derecho.

moral es el discurso jerárquicamente superior en términos de racionalidad práctica: como dijimos, vincula a las razones que en él se invocan con la consideración imparcial de todas las personas.

a.3) Cuando hablamos de razón justificativa u objetiva estamos pensando en justificar o valorar una acción; es decir, estamos tratando de determinar si una determinada acción es (o fue) buena o mala desde algún punto de vista (moral, prudencial, jurídico). La creencia en la existencia de razones justificativas o razones objetivas para la acción es entonces relevante cuando deliberamos bien acerca de qué curso de acción tomar, o bien para juzgar una acción realizada.

a.4) Las razones justificativas o razones para la acción, que —junto con juicios empíricos que constatan ciertos elementos factico— funcionan como premisas de un razonamiento práctico, están constituidas por juicios o proposiciones entre los que se incluye, necesariamente, un juicio de deber ser.

a.5) Tales juicios de deber ser lo son en la medida en que son válidos. Por lo tanto, han de tratarse de premisas sustantivas válidas al margen de su consideración como tales por el propio sujeto.

a.6) Tanto la acción individual como una *praxis* colectiva pueden ser vistas desde una perspectiva externa o desde una perspectiva interna. Hablar del aspecto interno de la praxis individual implica dar cuenta de cómo se representa el propio sujeto los *item* que intervienen en tal praxis. Por así decirlo, es su narración interna. Esta viene constituida por los contenidos proposicionales de creencias y deseos, etc; los contenidos proposicionales de los mencionados elementos mentales mantienen relaciones lógicas. Desde la perspectiva externa, lo observado (sea por un tercero o por el propio agente o yo-ético que reflexiona sobre su conducta pasada para valorarla y reafirmarse o corregirla en el futuro) es un hecho: el de aceptar una determinada creencia o el de tener un determinado deseo. Desde esta perspectiva, la relación entre los elementos es causal. Hablar del aspecto interno de la praxis colectiva, en el caso de la moral y del Derecho, implica subrayar que desde esa perspectiva se usan las reglas como guías para la acción o como estándares para su enjuiciamiento crítico (positivo o negativo). Por otra parte, y de forma paralela a lo que ha quedado apuntado respecto de la acción individual, el punto de vista externo en relación con el Derecho presenta a éste como un complejo de hechos sociales que consisten, entre otras prácticas, en la utilización de una serie de reglas emanadas de determinados órganos para la guía, o posterior valoración, de las acciones llevadas a

cabo por los sujetos que interactúan y cooperan para la satisfacción de sus planes de vida. El aspecto interno de una práctica colectiva es lógicamente prioritario. Sin él no habría desenvolvimiento de la práctica en cuestión.

a.7) Mientras que la moral social es el producto de la adhesión independiente por cada uno de los distintos sujetos a pautas de conducta que se pretenden conformes con la moral crítica, que viene caracterizada por sus criterios de validez (universalidad o imparcialidad, la abstracción y la superveniencia), lo que sucede en el Derecho es algo más complejo: no se trata solo de un consenso por concurrencia como el que se da en la conformación de la moral social, sino que junto al elemento de la concurrencia, hay también un componente convencional. El hecho de que los demás actúen de una determinada forma es moralmente relevante a los efectos del razonamiento práctico del sujeto. Lo que caracteriza al punto de vista interno (justificativo) jurídico es la aceptación por razones morales de las normas jurídicas. Es así que hemos de entender la idea de que la perspectiva interna en relación con el fenómeno jurídico está indisolublemente ligada a la perspectiva interna de la práctica discursiva moral. Afirmaremos entonces que, desde esa perspectiva, la pretensión normativa o justificativa del Derecho sólo puede satisfacerse en la medida en que el discurso jurídico se entienda como un discurso inmerso en el discurso de la moral crítica. La pretensión normativa está conectada con la pretensión de corrección moral del Derecho.

a.8) No hay un orden moral absolutamente independiente de cualquier práctica discursiva real —de la que, por cierto, una parte importante, como ha quedado apuntado, se proyecta en la constitución, reconocimiento y ejercicio del gobierno. La validez de los principios morales viene constituida por reglas o presupuestos de esa práctica (por ejemplo: la aceptación en condiciones ideales de los principios en cuestión). Los presupuestos de la práctica discursiva moral ilustrada tienen valor ontológico en relación con la corrección moral de esos principios.

a.9) La práctica efectiva de la deliberación moral intersubjetiva y su resultado —el consenso unánime de los afectados— constituye el método más fiable de acceso a la verdad moral (constructivismo epistémico). Lo que fundamenta cada una de las contribuciones que el sujeto individual pueda hacer al debate intersubjetivo es su pretensión de poder alcanzar la verdad moral a partir de un discurso monológico que le lleve a una exploración y derivación partiendo de los fundamentos de la deliberación intersubjetiva y de los elementos empíricos del tema debatido. Sin

embargo, es muy difícil que un sujeto pueda llegar a tener todo el conocimiento y la capacidad necesaria para representarse de forma imparcial los intereses de todos los afectados: es solo a través de los cauces que se actualizan en el discurso intersubjetivo, en la medida así en que en el mismo se dan unas determinadas condiciones, que se pueden alcanzar en su mayor grado. Esta es la tesis de la politización de la moral: la moral es una práctica colectiva.

a.10) Los principios morales y los derechos humanos —como derechos morales de ellos derivados— a cuyo conocimiento se accede mediante el debate intersubjetivo y los consensos efectivos fruto de la práctica dialógica constituyen razones justificativas y objetivas para la acción. Esto es, al margen de que un sujeto individual las considere o no como tales.

a.11) Una concepción deliberativa de la democracia hace de la misma el único sistema de gobierno moralmente legítimo. Un proceso deliberativo y de resolución por mayorías en el que todos los sujetos afectados por una decisión están representados en la deliberación tiende a alcanzar unos resultados más próximos a los que se alcanzarían en condiciones absolutas de imparcialidad que los producidos por cualquier otro sistema de gobierno. Las diferencias ideológicas (o de fundamentación) acerca de cuáles son los principios de la moral intersubjetiva válidos para armonizar (componer) los intereses de todos los implicados son, precisamente, el objeto del debate democrático parlamentario. Lo que sucede es que además, cuando la práctica deliberativa real en tal sede se desvíe de su modelo ideal, los límites impuestos por los propios presupuestos de la práctica deliberativa (*i.e.* los derechos humanos derivados de los principios morales correctos identificados por Nino como el principio de autonomía, de inviolabilidad y el de dignidad) habrán de operar como correctores (a través del órgano institucional que corresponda).

a.12) Un modelo de democracia deliberativa que se implemente como tal, lejos de convertirse en una mera adición de preferencias interpersonales (esto es, acerca de los criterios de justicia distributiva y de organización social), generará la transformación de las mismas en el debate. La práctica deliberativa de justificación contribuiría así a que pueda alcanzarse un resultado —la ley democrática— que reflejará ese consenso por mayoría sobre una particular forma de regular la esfera social en la que existe un conflicto de intereses. La calidad epistémica de ese consenso dependerá de la medida en que se satisfagan los presupuestos de

legitimidad para el debate democrático y de la mayoría que haya votado a favor de una determinada decisión. Eso significará que el componente de poder —de dominación— ejercido por una mayoría coyuntural puede estar más o menos presente. Tal es el que habrá de ser críticamente identificado. Por lo demás, el valor epistémico fundamental es el que se predica del procedimiento deliberativo o de la práctica en su conjunto: siendo así, tendremos razones para guiar nuestra conducta por una ley democrática pese a su déficit epistémico —nos dice Nino— porque en general la deliberación democrática resulta más fiable que ningún otro tipo de procedimiento en relación con el conocimiento de las soluciones moralmente legítimas.

a.13) El mapa que permite entender la complejidad de dimensiones de las normas jurídicas que proceden de una autoridad democrática a partir de la reconstrucción de nuestro autor tiene dos puntos clave: a.12.1) Normas jurídicas como razones epistémicas (y reconocimiento de derechos); a.12.2) Normas jurídicas como razones para la acción;

a.13.1) Las normas jurídicas de origen democrático pueden verse como reflejo de principios morales correctos. Los derechos fundamentales que aparecen en las constituciones y su desarrollo mediante leyes democráticas serían indicios epistémicos para creer en la existencia de los correspondientes derechos humanos —como derechos morales derivados de los principios morales últimos. Su origen democrático constituye una razón para creer que hay una buena razón para aceptar su contenido y actuar en conformidad con ellas.

Como recién he señalado, este valor epistémico se predica con mayor fuerza de la práctica democrática en su conjunto. Esto llevó a Nino a sostener que, aunque en un determinado caso particular el sujeto dude legítimamente acerca de la calidad epistémica de la norma democrática en cuestión, aun así, ésta puede verse como una razón excluyente para actuar conforme a lo que establece sí, en cuanto que razón auxiliar (el hecho que consiste en haber sido la norma dictada por la autoridad democrática), la combinamos con el principio moral (que funcionaría en este razonamiento práctico como razón operativa) que establece el deber de implementar y de contribuir al sostenimiento de instituciones justas: el respeto al principio democrático, aun en aquellos casos en los que la mayoría se equivoque, permitirá conservar una práctica que en general garantiza con más intensidad que cualquier

otro sistema la obtención de resultados justos. En estos casos, la norma jurídica pues no tendrá un valor epistémico pero pese a todo y por las razones explicadas un valor justificativo en el razonamiento práctico. Como vamos a ver justo a continuación, la norma democrática sería concebida en este caso como un juicio de adhesión normativa.

a.13.2) Las normas jurídicas como juicios de deber: las normas jurídicas se presentan como razones operativas o juicios de deber que justifican una determinada acción cuando las pensamos ya sea como juicios normativos puros acerca de la organización de una sociedad o que establecen derechos humanos o bien como juicios de adhesión normativa. Estos últimos —las normas jurídico-morales— combinan el sentido de norma como prescripción o directiva (esto es cuando concebidas como prácticas sociales o juicios constitutivos de prescripciones procedentes de una autoridad constituyen una razón auxiliar) junto con razones operativas morales (el principio moral que establece el deber de obedecer de obedecer a las autoridades legítimas). Cuando con norma jurídica nos referimos al juicio de adhesión normativo apuntado estamos haciendo referencia con el término norma jurídica a un juicio de deber ser dependiente del dictado de una regla jurídica. Solo las normas jurídicas entendidas en estos sentidos aquí recogidos son razones autónomas para la acción. Esto es posible porque en realidad ya incluyen conceptualmente el componente normativo moral. No tendrían calidad de juicio de adhesión normativa, y por lo tanto no serían normas que justificaran acciones, las reglas nacidas en un sistema que careciera de legitimidad moral en su conjunto.

b) El Derecho es una práctica colectiva institucional. La unión de las tesis que corren de a.1) a a.13) y que conectaban Moral y Política con ésta que ahora se enuncia y que conecta Derecho y Política permiten mantener la tesis de la conexión justificativa entre el Derecho y la Moral al tiempo que resolver la aparente irrelevancia del Derecho o su —también aparente— indeterminación radical, si uno lo concibe solo en los términos hasta aquí presentados.

b.1) Una visión de la estructura del razonamiento práctico que concibe a las acciones o decisiones jurídicas como parte de un proceso colectivo e institucionalizado para el reconocimiento y protección eficaz de los derechos humanos que se extiende en el tiempo y a cuya mejora han de contribuir todos los partícipes, y muy especialmente los sujetos institucionales, ha de tener en cuenta, a la



hora de perseguir este objetivo, dos importantes dimensiones fuertemente entrelazadas del Derecho:

b.1.1.) Su dimensión de práctica colectiva (o la vertiente colectiva de la dimensión institucional): los partícipes en esta práctica han de ser conscientes de que ellos son uno más entre los muchos partícipes en ese proyecto colectivo que consiste en la implementación de una práctica justa (esto es, en la corrección y ajustes constantes para guiar la práctica real en el sentido de su modelo ideal) de ordenación de la sociedad. El punto que hay que subrayar aquí es que cada uno de los partícipes contribuye a esa práctica pero no controla el resultado final.

b.1.2.) Su dimensión institucional (o la vertiente regimentada de la dimensión institucional): b.1.2.1) Los partícipes en la práctica jurídica sólo pueden tomar decisiones que, además de moralmente válidas, sean eficaces, si lo hacen en el marco de esa práctica colectiva. b.1.2.2) Para preservar tal eficacia general es preciso limitar la consecución de los fines sustantivos últimos a la luz de los fines institucionales que implican la conservación de la institución del Derecho como práctica colectiva para la ordenación de la convivencia y la protección de los derechos humanos. b.1.2.3) Los cauces adecuados para los cambios necesarios para acercar la práctica político-jurídica a su ideal están establecidos en un organigrama de instituciones que se considera, en su conjunto, como el más idóneo en términos de legitimidad de la práctica.

b.2) Los operadores jurídicos (jueces, legisladores y órganos de control de constitucionalidad) deberán llevar a cabo un razonamiento escalonado en dos niveles: b.2.3.1) en el primero deben juzgar la legitimidad de un determinado sistema jurídico como institución adecuada para lograr fines morales sustantivos; b.2.3.2) en el segundo nivel operarán las restricciones derivadas de la dimensión institucional del Derecho, tanto las referidas a plazos, competencias, etc., como las que presentan a la democracia como la práctica discursiva cuyo resultado tiene un valor epistémico más próximo que cualquier otra al discurso moral. La relevancia de lo apuntado por Nino creo que podrá verse con mayor claridad si nos damos cuenta de que cuando las exigencias institucionales que determinan el sacrificio de principios sustantivos derivan de la separación de poderes en el marco de un Estado democrático de Derecho, los límites institucionales que identificamos no lo son en el mismo sentido en que lo son otras medidas sin las cuales el Derecho no podría conseguir eficazmente sus objetivos (como plazos, decisiones no revisables, etc.). Así,

mediante el primer tipo de limitaciones institucionales amparamos la legitimidad de las soluciones alcanzadas (acordamos que la presunción de legitimidad es más fuerte en el caso de los resultados de una deliberación democrática parlamentaria aunque esté regimentada). El fundamento del segundo tipo de limitaciones institucionales deriva de consideraciones de operatividad o eficacia del sistema, es decir, de cómo el Derecho ha de operar para conseguir materializar valores últimos.

b.3) La anterior precisión acerca del fundamento en el que descansaría el primer tipo de limitaciones institucionales creo que arroja una luz que nos permite una comprensión más potente en términos críticos de lo que Nino denomina “racionalidad de la segunda mejor opción”. Si las decisiones fueran tomadas en una institución moralmente perfecta (pensemos en un modelo moralmente perfecto de sistema democrático) éstas serían óptimas (aunque, sin duda, diferentes a las soluciones morales a las que llegaríamos en cada caso particular de ser operativo que nuestras sociedades funcionarían sin instituciones *vid.* b.4). No lo son, sin embargo, las tomadas en las democracias reales que vienen caracterizadas por una serie de desviaciones que afectan (de forma ilegítima) a la calidad epistémica de sus resultados. Ahora bien, cuando la práctica en su conjunto es justa, el deber de mantenerla nos ha de llevar a que los esfuerzos por mejorarla discurran por los cauces por ella habilitados: por ejemplo, una jueza no puede dictar sentencia como si estuviera creando con su decisión todo el orden jurídico<sup>13</sup>. En rigor entonces, si fuera así visto, no habría “racionalidad de la segunda mejor opción” ya que quien ha de tomar decisiones prácticas ha de tomarlas a la luz de todos los condicionantes o límites (normativos y fácticos): si la única forma de ordenar de forma justa nuestras sociedades fuera a través de prácticas institucionalizadas sucedáneas del discurso moral las decisiones tomadas dentro de ellas serían por definición la mejor opción —en el sentido de que son la mejor opción real o viable. En mi opinión, la noción de “segunda mejor opción” acuñada por Nino sigue siendo rescatable y además resulta potente si la vemos no tanto en cuanto referida a ese doble escalón sino a la idea de que si bien el juez debe respetar autoritativamente el principio democrático (la decisión parlamentaria), ya que tomarse en serio tal principio es la única forma de poder materializar en un futuro la constitución ideal (la deliberación colectiva como la parlamentaria es la forma más fiable para alcanzar el conocimiento moral), al

---

<sup>13</sup> Nino, C.S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp.70-74.

tiempo no debe olvidar que la práctica puede —y debe ser— mejorada (incitando entonces a un debate público que lleve a reconsiderar por los canales institucionales adecuados determinados consensos autoritativos que considera erróneos). La noción de racionalidad de la segunda mejor opción que operaría en la participación del sujeto en prácticas regimentadas colectivas apuntaría entonces a este distanciamiento crítico que ha de mantener siempre el sujeto que participa en prácticas regimentadas colectivas no ideales, sino reales y, por lo tanto, imperfectas o incluso fuertemente deficitarias.

b.4) La institucionalización del razonamiento práctico es una exigencia de la propia racionalidad práctica<sup>14</sup>. No sería posible la vida en sociedad, la regulación de la interacción colectiva y reconocimiento y protección de los derechos humanos, si el discurso moral no fuera completado con el Derecho como discurso en el que se combinan dos tipos de elementos: autoridad y valores últimos. Estos dos elementos podemos armonizarlos hasta cierto punto —no podemos negar una tensión permanente: el tipo de Derecho que se presenta como una exigencia de la propia moral no es cualquier Derecho, sino uno que tenga su fuente en la política democrática. Este fundamento de la democracia tiene también importantes consecuencias a la hora de establecer cómo habrá de estar organizada la maquinaria jurídica y las instituciones con el fin de aproximar lo más posible las democracias reales al modelo ideal de la democracia. El debate democrático y su regimentación, así como todas las otras exigencias institucionales que garantizan, por un lado, la eficacia del Derecho en la persecución de los valores morales últimos y, por otro, la mayor legitimidad moral en la producción de normas jurídicas (el denominado principio democrático y la separación de poderes) habrán de articularse con el fin de conseguir la satisfacción más eficaz de los derechos humanos.

b.4.1) El elemento autoritativo vendría construido a partir de la idea de autoridad epistémica y esto se traducirá en una especial forma de entender el rasgo de autoridad del Derecho. Hablar de autoridad epistémica en relación con el sistema de gobierno democrático implica que el resultado del discurso democrático nos da razones para creer en la existencia de tales razones morales. Ya hemos visto que esa mayor fiabilidad no significa que siempre arroje el resultado correcto. Cuando pierde

---

<sup>14</sup> Alexy, como Nino, siguen la tradición de pensamiento kantiano. *Vid.* Alexy, R., “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional democrático” *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Vol. (8) pp.21-42 (Ene-Jun. 2000).

fuerza epistémica opera el principio moral según el cual es preciso salvaguardar las instituciones que permiten implementar la toma de decisiones moralmente legítimas y de ahí que, en tales casos, opere el carácter autoritativo del Derecho; ahora ya, como sistema, en su conjunto, moralmente legítimo. El principio democrático exigirá que, especialmente aquellos que toman decisiones como parte de esa maquinaria institucional acepten —apliquen autoritativamente— las decisiones democráticas aunque éstas no coincidan con su propio juicio; y ello porque respetando ese principio ampliamos las posibilidades de que, en muchos otros casos, se tomen decisiones correctas. Si el juicio del primer nivel de razonamiento acerca de la legitimidad de la institución en su conjunto es positivo, entonces, esa legitimidad moral se proyectaría —aunque suponga una legitimidad más débil— sobre la norma jurídica que carece de valor epistémico y esa norma jurídica sería una razón auxiliar que, combinada con el mencionado principio moral, constituiría como hemos visto, en cuanto que juicio de adhesión normativa, una razón completa para la acción.

b.4.2) Pueden darse conflictos entre las normas provenientes de las autoridades legítimas y los derechos humanos derivados de los principios morales. En realidad este conflicto viene implicado por un conflicto que se da ya entre principios morales. En el sistema moral y a la luz de las exigencias de organización de nuestra sociedad (por razones epistémicas y de protección eficaz de derechos humanos), un principio moral establece el deber de implementación de sistemas justos de gobierno y derivado de esta exigencia el deber moral de obediencia a las autoridades legítimas. Junto con estos principios hay otros principios morales de los que derivan los derechos humanos como derechos morales. Es fácil percibir que las exigencias derivadas de unos y otros pueden entrar en conflicto en las sociedades reales sobre las que se proyectan. Por muy legítima que sea la autoridad, el principio moral de los que derivan tiene prioridad pues son excluyentes en su ámbito de aplicación. El anterior conflicto reaparece en la propia Constitución entre, por un lado, el deber de obediencia a las normas dictadas por las autoridades democráticas legítimamente constituidas y, por otro, el respeto a los derechos fundamentales. De esta forma puede haber conflicto entre las normas morales puras y las normas jurídico-morales, es decir, entre los derechos fundamentales derivados de las normas morales y los derechos y deberes institucionales derivados de normas morales que otorgan legitimidad a una cierta autoridad o práctica social.

(4) La unidad del razonamiento práctico queda así articulada a través de una concepción política del discurso moral, una concepción moral de la deliberación democrática que nos lleva a subrayar la necesidad especialmente en determinados contextos socio-políticos de incluir junto a los órganos de representación propiamente mayoritaria, a aquellos que se ocupan de generar decisiones que pretenden velar por (1) la protección de la calidad democrática en cuanto representación de todos los afectados, (2) porque las leyes democráticas no interfieran en ámbitos de la persona en los que carecen de valor epistémico (evitar decisiones perfeccionistas), (3) por intentar mantener la fortaleza o solidez de la práctica histórica como cauce que posibilita precisamente la toma de las decisiones más respetuosas con la protección y consolidación de un orden social respetuoso con los derechos humanos. En esta articulación de la unidad a través de prácticas institucionalizadas, siempre se dará una tensión entre razón y voluntad. La misma puede ser anulada en el seno de organigramas institucionales democráticos ideales, pero, sin duda, permanecerá en el seno de nuestros —a veces demasiado deficitarios— sistemas democráticos reales.

IV. La agenda de problemas políticos del mundo latino en el siglo XXI y C.S. Nino:  
(1) La revisión crítica y/o consolidación de las democracias. (2) Los problemas de Justicia transicional. (3) ¿Qué modelo de teoría del Derecho?

Una revisión crítica del desenvolvimiento de los sistemas democráticos es hoy una urgencia. En el caso de los países de la —a partir de ahora denominada— *i-latina*, la misma pasa, seguramente, por una revisión de los órganos de representación mayoritaria (Parlamento y correspondientes gobiernos). La intensidad del déficit representativo varía, sin duda, de unos a otros. Lo que sí es común a todos, y muy especialmente por el momento, a los de la región latino-americana, es que ante esa insuficiencia y falta de legitimidad en la representación de los intereses de muchos en los parlamentos, la práctica político jurídica ha vuelto su mirada hacia las Cortes Supremas y a la Interregional (en este caso la interamericana) como instancias institucionales donde tratar de hallar auxilio democrático. Esto es, el recurso a los tribunales, más allá de la función de protección de la autonomía real de cada sujeto individual (su particular lucha por sus derechos) podría estar significando, y en esto encontraría su fundamento, la forma de corregir la baja calidad representativa,

deliberativa y —siguiendo la concepción de Nino— como instancia de transformación de intereses —interpersonales— de los parlamentos. En la región *i-latina* la anomalía del funcionamiento democrático se presenta todavía con mayor intensidad en el caso de la Colombia de nuestros días, y en México, aunque también en países como Argentina, Chile, o España, en los que recientes dictaduras y transiciones dejaron, en cada país con las idiosincrasias de sus historias políticas, y transiciones, problemas pendientes que la consolidación de la democracia y de una cultura respetuosa con los derechos humanos exige resolver. Un panorama socio-político así de apremiante exige una reflexión profunda sobre qué concepción del Derecho y qué teoría del Derecho nos han de permitir entender y mejorar la práctica jurídica con el fin de dotar de mayor legitimidad moral la institucionalización del poder ideológico y coactivo que ella supone. En este último apartado de mi trabajo, quiero poner de manifiesto cómo la obra de Nino resulta en este sentido una brújula de inestimable valor para una aproximación esclarecida a los problemas referidos y una orientación adecuada de por dónde han de ir las soluciones.

(1) La revisión crítica y la consolidación de la democracia.

Antes me ocupé de definir la concepción de la democracia que Nino considera adecuada como criterio desde el que juzgar la validez o normatividad de un sistema de gobierno y del Derecho que en su seno es creado. Hemos visto que no cualquier concepción de la democracia (ni la utilitarista, ni la concepción económica, la elitista, la pluralista, la consensual, la de la soberanía popular, la perfeccionista, ni tampoco algunas versiones de la concepción dialógica)<sup>15</sup> cumple tales fines. Solo una concepción dialógica de la misma que conciba a la práctica del Derecho y a la de la moral como esferas que se entretujan nos permitiría sostener que esas normas jurídicas tienen valor de razones que justifican las acciones que en su nombre se llevan a cabo. Este sistema de gobierno sería valioso en la medida en que fuera diseñado de manera que en su rodaje hubiera espacios para un debate en el que se escuchara a todos los colectivos afectados y se produjera una transformación de las preferencias individuales en relación con qué principios han de regir la esfera intersubjetiva.

---

<sup>15</sup> Nino, C.S., *The Deliberative Democracy*, cap. 4, “Alternative conceptions of Democracy”, pp. 67-106, Yale University Press, 1996.

Parece importante entonces determinar (a) qué condiciones han de satisfacerse para que tales debates tengan valor epistémico: esto es, cómo hacer para que a través de ellos podamos tener, en un alto grado, acceso al conocimiento de los principios morales correctos que han de regir la esfera de las relaciones intersubjetivas de la convivencia en sociedad. Y (b) cómo lograrlo. En cuanto a las condiciones, el criterio de legitimidad habrá de encontrarse en el reconocimiento y protección de los derechos humanos básicos de todos los afectados; derechos *a priori* que, como ha quedado dicho, vienen derivados precisamente de los presupuestos que subyacen al discurso moral no regimentado (*i.e.* a la moral crítica) y de su estructura.

Nos encontramos entonces con que si bien es en el Parlamento donde habrá de darse el debate ideológico acerca de los principios morales intersubjetivos, el balance entre valores constitucionales y la determinación del alcance de los derechos, sucede que hay una serie de situaciones en las que una Corte Suprema o un Tribunal Constitucional habrán de tomar las riendas de la práctica democrática. Tales supuestos o excepciones al principio de mayorías parlamentarias son las siguientes: (a) cuando se trate de garantizar la satisfacción de los prerequisites para la calidad epistémica del debate democrático *i.e.* el reconocimiento y la protección de lo que Nino denomina los derechos *a priori*, (b) cuando el legislador democrático se exceda de aquella esfera donde la deliberación democrática tiene un valor epistémico superior a cualquier otro procedimiento (esto es, corresponderá al poder judicial contribuir al respeto de lo que de forma fundamentada haya de verse como la esfera personal, evitando políticas moralmente antiliberales o perfeccionistas), o (c) por razones institucionales (esto es, cuando se trate de proteger una práctica constitucional que sea valiosa en su conjunto y que pudiera verse minada en el caso de una ley democrática cuya legitimidad a la luz de la Constitución ideal de derechos—esto es, el resultado de un ejercicio de esclarecimiento a través del diálogo propio de la moral crítica— es mucho mayor, pero que va contra algún elemento importante para la estabilidad de esa práctica; estabilidad que es claramente necesaria para que en el futuro se pueda seguir tomando decisiones jurídicas moralmente legítimas y, además, efectivas).

Pues bien, a partir de estas piezas del trabajo de Nino podemos extraer un corolario de las excepciones identificadas por nuestro autor. Vendría a ser el fundamento de todas ellas. En definitiva, el fundamento de la defensa, al menos en determinados contextos político-económicos, de un organigrama institucional en el

que aparezca también un Tribunal Constitucional, Corte Suprema o equivalente (Corte Regional para la protección de los derechos humanos) que cumpla un papel activo en la democratización de un país o región.

Pues bien, el fundamento que puede entreverse en las páginas de Nino para la existencia de un Tribunal Constitucional —y con ello cómo lograr crear unas condiciones para la legitimidad epistémica moral del debate parlamentario— es doble: (a) Por un lado, se trataría del enriquecimiento deliberativo al que contribuirían, podríamos decir, las instituciones judiciales del tipo citado (constitucionales, supremos, o tribunales regionales para la protección de derechos humanos). Esto es, tales instancias mejorarían la calidad epistémica del debate democrático parlamentario al estimular el debate público y llevar así a la toma de decisiones fruto de reflexiones que hayan tenido en cuenta más elementos; con suerte, contribuyendo a crear las condiciones para que muchos colectivos excluidos en el debate político dejen de serlo. (b) Por otro, el control o mediación autoritativa que llevarían a cabo tales tribunales (constituidos por personas cuyo rol institucional esté dibujado para garantizar su independencia respecto de la representación de los intereses políticos dominantes en el ámbito parlamentario) supondría la resolución de conflictos y la creación de las condiciones para se dé la igual emancipación o autonomía de las minorías —y de los excluidos— en relación con las mayorías parlamentarias coyunturales

Los países de la región *i-latina* (Latino-americana, Latino-europea), vivimos, aun sí con grados de intensidad diferente, una época de fuerte crisis de legitimidad de los parlamentos. En efecto, nos encontramos con una gran desconfianza hacia los partidos políticos: el hecho de que se hayan ido definiendo como lobbies de intereses de clase sin una visión de la organización social que no pase, uno diría, por dejar de lado la protección material de los intereses de otros colectivos, y el hecho de que vengan siendo muchos los que carecen de representación política —y que, por lo tanto, ven sus intereses silenciados y fuera de la deliberación parlamentaria sobre el interés general— nos lleva a dudar fuertemente de que el resultado pueda ser validado a la luz de una concepción de la democracia que vaya más allá de un procedimentalismo no demasiado exigente.



Pues bien, es la concepción deliberativa de la democracia articulada por Nino, que pone en el centro de la noción de democracia no solo —como quizá corresponde a las visiones más procedimentalistas— el eje de representación parlamentaria mayoritaria de intereses políticos (esto es, de preferencias —con pretensión de estar fundamentadas— o ideologías acerca cómo ha de ser organizado el espacio intersubjetivo), sino también el eje de protección de los derechos (o dimensión material que permite dotar al debate parlamentario y a su decisión por mayorías de valor epistémico) la que se me presenta como la adecuada para revisar críticamente el funcionamiento de las distintas instituciones y para diseñar los arreglos institucionales que hayan de realizarse para el reconocimiento y fortalecimiento de la participación política de todos los afectados. Quedaría, sin duda, un trabajo de reflexión arduo: la primera justificación del control constitucional de los debates parlamentarios (la garantía de la protección de los prerequisites para la calidad epistémica de ese debate) nos lleva, para empezar, a una revisión de algunas tesis explícitas de Nino que consisten en afirmaciones tales como que el alcance de los derechos (salvo en situaciones de total y absoluta negación de los derechos sociales) habrá de corresponder al debate parlamentario<sup>16</sup>, que nos habrá de llevar, y de ahí su especial interés, a una reflexión sobre ese aspecto de los derechos y con él acerca de cuáles habrían de ser las correcciones institucionales a las que hayamos de proceder en la actualidad para lograr realizar los ideales de emancipación igualitarista que están en los fundamentos de la democracia así caracterizada: ¿Cómo visibilizar las voces de los excluidos para que estos dejen de serlo, para que los partidos recojan sus intereses y los representen de forma que tengan peso en el debate parlamentario posterior?

Los parlamentos de hoy, fuertemente condicionados por los poderes económicos y, con ellos, por los medios de comunicación, nos presentan un discurso donde lo que no es más que la realización de los intereses de quienes cuentan para los poderes económicos pasa a narrarse como si del interés general se tratara, o como si hubiera una suerte de rígido condicionamiento político-económico que hemos de permitir que determine las decisiones si no queremos vernos abocados a la tragedia. Los fuertes niveles de exclusión traen consigo no solo que haya voces cuyos intereses han sido relegados, sino que algunos colectivos ni siquiera han tenido la

---

<sup>16</sup>Nino, C.S. (1991), *The Ethics of Human Rights*, Clarendon Paperbacks, Oxford 1993, pp.253-254.

oportunidad de hacerlos valer a través de la representación política: en esos caso, la ley democrática ya no será siquiera de una deliberación colectiva que componga (al modo de la concepción pluralista de la democracia) el intereses general, sino de una espuria negociación.

Ha venido siendo señalado en la literatura sobre la materia que es este fuerte déficit en sede parlamentaria lo que ha hecho que los ciudadanos miren hacia las cortes supremas, tribunales constitucionales o tribunales de derechos humanos. Los tribunales, de nuevo con intensidades diversas, han tomado, en efecto, la palabra.

Pues bien, de nuevo, si la teoría de la democracia deliberativa de Nino nos ofrece las claves que llaman a la conveniencia de contar con un Tribunal Constitucional es también a la luz de su teoría que podemos decir que el ejercicio responsable de ese poder pasará porque los tribunales respeten los fundamentos de su legitimidad democrática: la protección de los derechos de los ciudadanos al margen (de forma independiente) del juego de mayorías y minorías parlamentarias. Esto es, los tribunales, para ejercer su función de forma responsable, han de estar fuertemente comprometidos con la dimensión material de la democracia y, con ella, con la realización del principio de autodeterminación igualitaria<sup>17</sup>: han de cumplir una función de emancipación de los colectivos silenciados a través del reconocimiento y protección de sus derechos.

En el paradigma dibujado por la teoría de la democracia de Nino, la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales y similares vendría dada en la medida en que: (i) cumplieran una función instrumental contribuyendo a establecer las condiciones para la emancipación de los individuos excluidos o de las minorías (las condiciones formales y materiales de su autonomía); y (ii) pudiera hablarse de su valor intrínseco cuando el foro judicial fuera un espacio argumentativo genuino en relación con el reconocimiento y protección de derechos. Un foro más en el que el ciudadano tenga voz y desde el que contribuir al enriquecimiento de los debates político-jurídicos.

Si el Parlamento, en cuanto que órgano representativo, habrá de seguir siendo el foro central para el debate ideológico en clave ético-política, los tribunales han de cumplir la mencionada función crítica-reivindicativa y coadyuvar a la emancipación

---

<sup>17</sup> Una cita de Dworkin en su “El modelo de las normas” (I), *Los derechos en serio* nos habla en el mismo sentido: “los tribunales no se dejarán usar como instrumentos de desigualdad e injusticia”. Dworkin, R. (1977), *Los derechos en serio* [Trad. M. Guastavino], ed. Ariel, 2ª ed., 1989.

de minorías políticas y oprimidos para oxigenar al Parlamento en su legitimidad de tipo representativo.

Además, el modelo de democracia deliberativa defendido por Nino puede presentarse también en sede parlamentaria como un ideal regulativo que contribuya a repensar los términos en los que tienen lugar los debates en esa sede, que responden más bien —aun si en una versión ciertamente muy empobrecida— a lo que viene siendo teorizado por la concepción pluralista de la democracia, propia del realismo en política. Si esta concepción pluralista de la democracia concibe —y reglamenta— los debates legislativos como debates negociadores<sup>18</sup> donde se componen intereses sociales en un intento por conformar el interés general, la concepción dialógica es más fuertemente normativa y pretende reivindicar la necesidad de reorientar tales debates poniendo el énfasis en la necesidad de fomentar los aspectos de dialogo racional frente a los de diálogo estratégico. Se trataría de diseñar la institución (el foro parlamentario) de manera que los representantes de los diversos intereses sociales y posiciones ideológicas fueran discutiendo de la controversia y el conflicto al intento por encontrar criterios intersubjetivamente válidos (éste es el diálogo racional o diálogo comunicativo frente al estratégico) desde los que generar reglas que puedan verse como ponderaciones justas, válidas, correctas entre valores y que acomoden de forma legítima los intereses sociales en juego. Es a esto a lo que Nino se refiere cuando señala que el debate parlamentario no ha de concebirse como una mera composición de intereses en conflicto sino como un debate transformador de las preferencias en juego.

(2) La respuesta a las “violaciones contra bienes básicos perpetradas en nombre del Derecho” y la Justicia Transicional.

Fue en los juicios de Nuremberg, tras la segunda guerra mundial, que por primera vez se dio un gran respuesta institucionalizada a las escalofriantes violaciones de los derechos humanos cometidas por un Estado contra una parte de sus ciudadanos, y/o contra los habitantes de aquellos territorios que tal Estado

---

<sup>18</sup> Tomo el concepto de Aguiló, J., *El arte de la mediación*, Ed. Trotta, 2015. Aunque el trabajo no es un análisis de la política en sede parlamentaria, el material conceptual que Aguiló aporta en el mencionado trabajo me parece que puede resultar muy potente para repensar la negociación en tal sede y, haciendo una aproximación crítica a la composición de intereses como forma institucionalizada del debate, tratar de ir más allá y orientarlo a la luz del ideal deliberativo en clave ético-política de Nino.

lograra anexionarse y donde impusiera *de facto* “su ley”. Los operadores de la administración nazi fueron llevados a juicio ante el Tribunal Militar Internacional localizado en la ciudad de Nuremberg por su valor simbólico ya que las leyes antisemitas de 1936 habían sido aprobadas ahí. Junto con este dispositivo institucional internacional, los propios tribunales alemanes actuaron también tras la guerra juzgando a criminales de guerra locales, espías y delatores bajo el régimen. Muchos de los altos mandos del régimen reconocieron y asumieron la responsabilidad por sus crímenes, otros apelaron a que obedecían órdenes. Los abogados de aquellos contra quienes se presentaron cargos ante el Tribunal Internacional Militar argumentaron que “sus defendidos no podían conocer del principio que supuestamente estaba siendo violado cuando llevaron a cabo sus delitos” y que, por lo tanto, si “el defendido no sabía o no tenía forma de saber que la orden había sido contraria a Derecho no podría ser considerado responsable”. Por su parte, el argumento del Tribunal Internacional en contra de que estaba aplicando tratados de forma retroactiva consistió en apelar a que el fundamento de sus condenas estaba en los tratados previos a la segunda guerra mundial; restringiendo incluso el significado que en ellos tenía el concepto de “crímenes contra la humanidad”, dejando así sin castigo muchísimas atrocidades<sup>19</sup>. Especial interés tienen aquellos casos en los que se presentaban cargos ante los tribunales alemanes contra particulares. El argumento esgrimido por ellos en su defensa es que “lo que ellos habían hecho no era ilegal de acuerdo con las leyes en vigor al tiempo en que tales acciones fueron cometidas”. Fue en relación con esta defensa que los tribunales encontraron en la doctrina de la cláusula Radbruch<sup>20</sup> el esclarecimiento de la decisión a tomar; y con ello su justificación: “Los principios fundamentales de la moral humanitaria son parte del concepto de legalidad. Ninguna norma positiva por clara que sea su formulación y por manifiesta que aparezca su conformidad con el criterio formal de validez de un sistema jurídico dado, puede ser válida si contraviene principios morales básicos”. Así en respuesta a la defensa que consistía en invocar la ley vigente, los tribunales sostuvieron que las leyes invocadas eran inválidas por ser contrarias a fundamentales principios de la moral. De esta forma, una mujer que en 1944 había querido librarse de su marido logró mandarlo a prisión denunciándolo

---

<sup>19</sup> En los tratados internacionales de entonces eran considerados crímenes contra la humanidad aquellos cometidos en el contexto de guerras de agresión.

<sup>20</sup> Radbruch, G. (1946), *Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal*, [Trad. Española de María Isabel Azareto de Vásquez], ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962.

ante las autoridades, sin estar obligada a ello, porque, supuestamente, había hecho unas manifestaciones que eran perjudiciales para el gobierno del Tercer Reich, en el año 1949 fue procesada en un tribunal de Alemania occidental por un delito de “privación ilegal de libertad”; delito previsto por el Código Penal alemán de 1871, que había permanecido en vigor continuamente desde que había sido sancionado. La mujer alegó que la prisión del marido estaba de acuerdo con las leyes del régimen nazi y que, por lo tanto, ella no había cometido ningún delito. Según narra Hart en “Positivismo jurídico. Separación entre el Derecho y la Moral” (1965), el tribunal de apelaciones al que el caso llegó declaró a la mujer culpable de provocar la privación de la libertad de su marido denunciándolo a los tribunales alemanes, aun cuando éste hubiera sido condenado por haber violado una ley, ya que “dicha ley era contraria a la sana conciencia y al sentido de justicia de todos los seres humanos decentes”. Esta línea de razonamiento fue seguida en muchos otros casos.

Pues bien, fue ésta reflexión, que cuestionaba la validez jurídica de ciertas normas que, aun habiendo seguido los procedimientos formalmente establecidos, atentaban contra “los principios fundamentales de la moral” la que muy probablemente debió quedar gravitando en la mente de Nino.

En efecto, a diferencia de Hart, que rechazó frontalmente una concepción del Derecho que le llevara a cuestionar la validez legal apelando meramente a los principios fundamentales de la moral, y que entendió que la forma mejor justificada de proceder era considerar la legitimidad de optar por el menor de los males y aplicar el Derecho protector de los derechos humanos retroactivamente sin dejar entonces de sancionar actos aborrecibles contra los mismos, pero sin negar el carácter jurídico de normas que legitimaban tales actos, encontramos en la teoría de Nino los términos para discutir el problema de la validez legal de las normas que pretenden legitimar violaciones contra los derechos humanos. Esta es una de las piezas claves para desbrozar algunos de problemas jurídicos que pueden presentarse en las situaciones que han venido a ser conocidas como de justicia transicional.

La validez legal, nos dice nuestro autor, es un concepto normativo. Asumir la validez legal de una norma para utilizarla como justificación de acciones o decisiones, implica formular un juicio de valor comprometido o en primera persona acerca de su carácter justificativo. El concepto de validez legal, por lo tanto, en los contextos justificativos conecta, a partir de la tesis de la unidad del razonamiento práctico, Derecho y Moral.

Cuando la norma jurídica ha sido dictada dentro de una práctica democrática, la misma, por las razones que hemos visto, tiene un valor *a priori* del que carecen las normas que provienen de gobiernos no democráticos o *de facto*. Ese valor es el que la dota de normatividad en los términos que antes quedaron apuntados. Ese valor, claro, dependerá totalmente, del nivel de representación parlamentaria de los intereses afectados y de la calidad del debate regimentado.

El examen que hace Nino del problema de la validez de las normas *de facto* o normas procedentes de regímenes no democráticos nos permite avanzar en la comprensión de la conexión justificativa entre Derecho y moral (la tesis de la inmersión del discurso jurídico justificativo en el discurso moral) y esto, a su vez, nos permite plantear de una forma mejor fundamentada las medidas jurídicas en los contextos de justicia transicional.

El carácter democrático o no de un gobierno no incide en el tipo de justificación a que están sometidas sus normas para ser válidas, puesto que tal justificación ha de ser siempre de índole moral. La cuestión en la que sí incide el carácter del gobierno es en la respuesta a la pregunta acerca de si esa justificación moral se alcanza o no invocando meramente la norma en cuestión.

Las normas procedentes de un gobierno no democrático no gozan de ningún tipo de presunción acerca de su valor epistémico y de ahí que sea preciso entrar en consideraciones acerca de la corrección moral de su contenido. El problema teórico-práctico que confrontó Nino fue el caso de normas procedentes de regímenes no democráticos que trataban de amparar violaciones a derechos humanos. Según su análisis, los órganos del poder judicial de la democracia subsiguiente no enfrentan un problema de aplicación retroactiva de leyes penales sancionadoras puesto que los crímenes eran considerados como tales a la luz del Derecho válido en ese momento: Derecho que no era el que había sido dictado por el gobierno no democrático — positivizado y eficaz—, sino, si tenemos en cuenta la nulidad de las leyes que violan los derechos humanos, el nivel previo de normas jurídicas positivas válidas.

Este, que es el argumento de Nino para desactivar el pretendido respaldo justificativo ofrecido por las normas de un gobierno *de facto* en tal tipo de situaciones, ha de ser en mi opinión completado para que la argumentación resulte saturada. En efecto, si entendemos el principio de legalidad como la protección de la confianza en la ley que aparece en ese momento como ley positiva y eficaz (esto es, como reflejo del principio moral de la seguridad jurídica o seguridad depositada por

el ciudadano y los operadores jurídicos en el Derecho institucionalizado) nos damos cuenta de que es preciso añadir lo siguiente: si el principio de legalidad protege la confianza en la ley que aparece en ese momento como positiva y eficaz, cuando excluimos de ese ámbito de protección las leyes o cláusulas penales extremadamente injustas estamos escogiendo entre: (1) dejar sin punición a quienes actuaron amparándose en prescripciones extremadamente injustas pero que, bajo el régimen, se presentaban como el Derecho positivo eficaz; o bien (2) entender que el principio de legalidad para que sea moralmente legítimo ha de excluir de su ámbito de protección la supuesta confianza depositada en normas que aparecen como Derecho positivo y eficaz, pero que son extremadamente injustas. Tal confianza, en definitiva, no merecería ninguna protección. Protegerla carecería de fundamento a la luz de una concepción esclarecida del principio de autonomía sobre el que descansa el valor de seguridad jurídica. Por supuesto, lo anterior no lleva a no considerar relevantes en determinado tipo de supuestos y en orden a diversos tipos de consideraciones una serie de excusas o atenuantes: excusar a quien fruto de una atmosfera generalizada de una cultura que de forma atroz normalizaba la violación de los derechos humanos llevó a cabo determinados actos o a quién se viera en una situación en la que de no acatar órdenes hubiera visto en peligro su propia vida. Las normas de los gobiernos *de facto*, en definitiva, no constituyen razones que justifiquen acciones que afectan negativamente el núcleo de los derechos humanos; cosa distinta es que un sistema normativo proveniente de autoridades *de facto* genere causales excusatorias o atenuantes de la responsabilidad.

A partir de su participación activa en el diseño de políticas de reconstrucción de la Democracia en Argentina Nino nos ofrece una reflexión a partir de la cuál trazar un mapa de los problemas que a nivel más general vienen implicados en la reconstrucción de una democracia.

(a) Si al tiempo que rechazamos el positivismo ideológico (según el cuál el Derecho debe ser obedecido por el hecho de haber sido establecido por la autoridad que en ese momento detenta el monopolio de la fuerza) defendemos una concepción normativa de la validez del Derecho (según la cuál éste sólo puede constituir una razón válida para la acción si es moralmente legítimo) entonces removemos el (aparente) obstáculo para la aplicación de justicia (aparentemente retroactiva) planteado por las leyes dictadas por regímenes autoritarios que autorizan violaciones de derechos humanos o sancionan auto-amnistías. La decisión de abrazar ciertas

normas para justificar decisiones más específicas debe basarse en ciertos valores y principios morales que, cuando hablamos de violaciones sistemáticas de los derechos humanos, o actos moralmente perversos, pesan claramente en contra de la validez de tales normas. Y es esta precisamente la razón por la cuál la ley de amnistía dictada por los militares en Argentina no fue simplemente derogada (lo que hubiera impedido no aplicarla a los generales del régimen bajo el principio que requiere la aplicación de la ley más favorable), sino que fue declarada nula. De esta forma, cuando tales leyes que pretenden amparar violaciones de derechos humanos son declaradas nulas *ab initio* por carecer de toda legitimidad como Derecho, nos damos cuenta de que las atrocidades eran claramente crímenes a la luz del conjunto anterior de leyes válidas en los términos definidos. De esta forma, nos dice Nino, la legitimidad del presidente Alfonsín, derivaba, precisamente, no del apoyo popular del que entonces disfrutaba, sino del hecho de que hubiera cumplido con la Constitución de 1853.

(b) Por lo que se refiere a la judicialización de la transición: los procesos judiciales, si bien pueden implicar determinados riesgos coyunturales, pueden al mismo tiempo presentarse como una excelente ocasión para provocar la deliberación social y el examen colectivo de los valores morales sobre los que descansan las instituciones públicas. Para que en una sociedad se superen tendencias autoritarias es preciso —nos dice Nino—mucho más que simplemente el hecho de que sea del interés de unas personas en un determinado momento el establecimiento de una democracia. Hacen falta grandes deliberaciones públicas que lleven a la sociedad a una convergencia en torno a valores básicos para crear lo que Dworkin denomina una “comunidad de principios”. Los juicios —y también otras medidas para el esclarecimiento de la verdad, aunque no pasen por el castigo penal—bien pueden cumplir esta función; tal fue el caso de Argentina.

(c) Además, la persecución de violaciones masivas de derechos humanos no puede ampararse en una comprensión retributiva del castigo, sino que más bien su justificación se encontrará en la reconstrucción de un sistema democrático, como sistema que permite llegar a conocer y a garantizar en mejores condiciones las políticas adecuadas para proteger e implementar los derechos humanos de los ciudadanos. El fin condiciona desde el inicio los medios adecuados en el proceso de búsqueda y establecimiento de responsabilidades por tales violaciones. Para que se



logre el fin de reconstruir la sociedad conforme a lo apuntado, el aparato legal, el Derecho, deberá, de un lado, tener su origen en una autoridad democrática y, de otro, implantar y articular, entre otras medidas, el entramado procesal de acciones, plazos, requisitos, etc. para la verificación de las acusaciones y defensas, así como la distribución de competencias (parlamentarias, judiciales, comisiones de verdad) adecuadas para la consecución de tal fin. Sucederá que el propio contexto socio-político irá poniendo de manifiesto la necesidad de proceder a ajustes que siempre serán equilibrios muy difíciles entre los intereses en juego, entre los que está la reconstrucción democrática y el desarrollo de una cultura jurídica en la que se cultive la concepción del Derecho y de su interpretación y aplicación judicial más potente para la realización y protección de los derechos humanos.

(d) Junto a todo lo anterior, abordar los problemas de justicia transicional para sentar las bases para una democracia y una cultura respetuosa de los derechos humanos, exige un conocimiento profundo y extenso del contexto socio-político. Ser ajenos a las tensiones entre los distintos sectores y estamentos sociales, a sus diferentes narraciones de lo vivido, intereses y situación económica bien puede frustrar el intento de un gobierno de promover las persecuciones de personas responsables de las violaciones de derechos humanos, generando más violencia y el retorno de una situación antidemocrática o de fracturación del monopolio legítimo del uso de la fuerza. En este sentido, Nino, hace una llamada de atención en relación con el papel que la comunidad internacional ha de jugar en procesos como estos. La supervisión de la actuación de las instituciones internas por parte de la comunidad internacional exigirá que ésta lleve a cabo un examen en profundidad del contexto empírico de la comunidad política de que se trate. Solo así podrá contribuir adecuadamente a la protección de los derechos humanos y al restablecimiento de una cultura respetuosa con los mismos evitando, de un lado, caer en críticas o sanciones contra el gobierno de la restauración democrática que puedan resultar injustificadas o, de otro, desde una suerte de elitismo epistémico exigir respuestas que, por ser ciegas al contexto fáctico, puedan no resultar ni justas ni prudentes. Nino traza dos esferas donde podrían exigirse responsabilidades: una, la de las instancias internacionales al modo de los tribunales de Nuremberg, o el Tribunal Internacional de Crímenes de Guerra (para el caso de la ex Yugoslavia) otra, nacional. Esta última habría de dejarse centralmente a las instituciones internas, aun sí con la asistencia

prudente de la comunidad internacional atendiendo a las consideraciones recién señaladas.

(e) Las violaciones de derechos humanos llevadas a cabo de forma directa y activa que vienen siendo condenadas por el Derecho Internacional no son, sin embargo, las únicas. Nino denunciaba aquellos gobiernos que, de forma indirecta o pasiva, fallan a la hora de proteger los derechos humanos al minar aquellas instituciones, prácticas, hábitos culturales y estructuras económicas que posibilitan precisamente su reconocimiento y salvaguarda. Esta denuncia recoge su argumentación sobre el alcance de los derechos humanos —y la no relevancia ética de acciones y omisiones— y sobre las condiciones que han de cumplir las democracias reales para que su resultado, la ley democrática, tenga el valor justificativo en el uso de la fuerza, distribución de bienes y composición de intereses en conflicto, que pretende<sup>21</sup>.

### (3) Un modelo de Teoría del Derecho en la esfera de la Filosofía práctica.

Tras el recorrido hecho por la obra de Nino y por el contexto de la época en la que vivió, vemos que es uno de esos autores que, partiendo de las claves de la unidad de la razón práctica, de un lado y de la exigencia moral del Derecho de otro, ve la necesidad de llevar a cabo una tarea reflexiva de esclarecimiento conceptual y metodológico desde una perspectiva filosófica y acaba generando un modelo de Teoría del Derecho desde un punto de vista argumentativo: esto es, una teoría que juegue un papel de reconstrucción y guía de la dimensión justificativa de la práctica jurídica.

En efecto, su Teoría del Derecho es una defensa de la normatividad necesariamente moral del Derecho y de la necesidad de construir conceptos normativos que no solo den cuenta del punto de vista interno de los participantes, sino que puedan ser utilizados para mejorar la práctica. De ahí la relevancia también de una determinada teoría de la justicia: su liberalismo igualitarista como posición sustantiva en moral-crítica. Liberalismo igualitarista que queda fundamentado desde su constructivismo epistémico.

---

<sup>21</sup> Mientras que el argumento que desmonta la fuerza justificativa de gobiernos *de facto* sería claramente de aplicación para los casos de medidas tomadas por un gobierno dictatorial, el argumento que aquí se invoca nos habrá de conducir, como quizá es el caso de Colombia, a reivindicar la necesidad de un escrutinio de las medidas que se han tomado por parte de un gobierno que se presenta como democrático y que, pese a tener coloración de ley democrática por el órgano del que procede, se conduce en algunas de sus actuaciones a la manera de los *gobiernos de facto*.

Se presenta así la teoría del Derecho de Nino como un buen modelo: no solo la dimensión justificativa de la práctica jurídica pone de manifiesto la necesidad de que nuestro mapa conceptual filosófico sea normativo y no puramente descriptivo. Esos contenidos habrán entonces de encontrarse necesariamente —en un ejercicio constante de esclarecimiento dialógico— en los principios de la moral sustantiva correcta.

Al ensalzar la fuerza epistémica del voto mayoritario en relación con lo moralmente correcto, una teoría como la de Nino corre, sin duda, un riesgo ideologizante: vela los elementos de conflicto, oculta las relaciones asimétricas de poder que en ella operan, o viste las realidades prosaicas de la vida política (la composición de los intereses de mayorías resultantes de procesos donde no han estado presentes todos los afectados). En mi opinión, ese riesgo queda conjurado en la medida en que, por un lado, tengamos muy presente que se exige que se satisfagan unas determinadas condiciones para que el resultado, la ley democrática, tenga valor epistémico y, por otro, por el distanciamiento crítico que ha de estar siempre presente en el participante en la práctica (subrayado por la noción de la segunda mejor opción). En definitiva, es posible reducir este riesgo ideológico si tenemos siempre presente que se trata de una teoría normativa-crítica. Así vista, me parece que una teoría del Derecho à la Nino está bien orientada precisamente por su potencial de cambio social, por su capacidad para repensar la práctica jurídica y sus instituciones y contribuir a una cultura jurídica que haga del Derecho la ley del más débil y no un mero sofisticado disfraz de la ley de la selva.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aguiló, J., *El arte de la mediación*, ed. Trotta, 2015.
- Alexy “La fundamentación de los derechos humanos en Carlos S. Nino”, *Doxa* 26, 2003.
- “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional democrático” *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Vol. (8) (Ene-Jun. 2000).
- Dworkin, R. (1977), *Los derechos en serio* [Trad. M. Guastavino], ed. Ariel, 2ª ed., 1989.
- Garzón Valdés, E., *El velo de la ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*, ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2000.

- Hart, H.L.A., (1958), "El positivismo y la separación entre el Derecho y la Moral", *Derecho y moral. Contribuciones a un análisis*. [Trad. de G.R.Carrió], ed. Depalma, Buenos Aires, 1962.
- Nino, C.S., "Sobre los derechos sociales", *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia pensar la igualdad y defender libertades*, Siglo XXI, Argentina, 2013.
- *Radical Evil on Trial*, Yale, 1996.
- *The Deliberative Democracy*, Yale, University Press, 1996.
- *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- (1991), *The Ethics of Human Rights*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1993.
- *Ética y derechos humanos*, Ariel, 1989.
- *A Consensual Theory of Punishment* en *Philosophy and Public Affairs*, nº 12, 1983.
- *Consideraciones sobre la Dogmática jurídica*, UNAM, IJ, México, 1974.
- Radbruch, G. (1946), *Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal*, [Trad. María Isabel Azareto de Vásquez], ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962.