



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
POSGRADO EN FILOSOFÍA  
FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES FILOSÓFICAS**

**La autonomía práctica como fundamento del sujeto moral en el  
pensamiento de Carlos Santiago Nino**

**TESIS**

**QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:  
DOCTOR EN FILOSOFÍA**

**PRESENTA:**

**ABRAHAM PÉREZ DAZA**

**TUTOR:**

**DR. PEDRO ENRIQUE GARCÍA RUÍZ ADSCRITO AL POSGRADO DE  
FILOSOFÍA DE LA FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS, UNAM**

**MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR:**

**DR. ENRIQUE DUSSEL AMBROSINI  
POSGRADO DE FILOSOFÍA DE LA FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS**

**DRA. JULIETA LIZAOLA MONTECUBO  
POSGRADO DE FILOSOFÍA DE LA FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS**

**DR. JORGE ARMANDO REYES ESCOBAR  
POSGRADO DE FILOSOFÍA DE LA FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS**

**DRA. MÓNICA GÓMEZ SALAZAR  
POSGRADO DE FILOSOFÍA DE LA FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS**

**MÉXICO, D. F. FEBRERO 2015**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## DEDICATORIA

Cursar los estudios del doctorado de filosofía en la UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, es un anhelo para cualquier estudiante que aspira al grado de doctor, pero en mi caso, resulta ser un privilegio haberlo hecho bajo la dirección de uno de los más sobresalientes filósofos que el posgrado tiene en la actualidad, me refiero al Doctor PEDRO ENRIQUE GARCÍA RUÍZ, quien desde el primer día de clases de la Licenciatura en Filosofía fuera mi maestro de ética y, desde entonces, ha tenido a bien en confiar en mis aspiraciones por esta profesión y vocación humana, la filosofía. Su vocación y magisterio por la enseñanza me ha facilitado el camino a pesar de los inminentes contratiempos propios de los estudios del doctorado, pero que al final uno encuentra solamente satisfacciones. Y no solo por los consejos del tutor, sino por el invaluable apoyo de quienes aceptaran ser parte de mi comité tutorial, me refiero al Doctor *Honoris Causa* ENRIQUE DUSSEL AMBROSINI, para quien la propuesta de tesis sobre el pensamiento de CARLOS NINO fuera bien recibida y criticada con su propio pensamiento, me permitió acrecentar mi visión liberal sobre la autonomía práctica en el sujeto moral. De igual manera, las aportaciones de la Doctora JULIETA LIZAOLA MONTEERRUBIO a lo largo de nuestras reuniones, dejaron muestra de su interés por este pensador argentino y sus implicaciones para la ética contemporánea. De igual suerte, el Doctor JORGE ARMANDO REYES ESCOBAR ha impulsado mi investigación mediante sus observaciones y siempre buen criterio para mejorar la forma de afrontar los principales problemas de la tesis doctoral, y finalmente, a la Doctora MÓNICA GÓMEZ SALAZAR quien acepto con todas las exigencias revisar el trabajo de investigación que puse en sus manos, no sin dejar pasar sus oportunas observaciones para mejor, como siempre, el pensamiento. Esta misma forma de agradecimiento es extendible a mi familia, en primer lugar, a mis abuelos CARLOS DAZA CANSECO, MANUEL GÓMEZ DURÁN, FERNANDO PEÑA y REFUGIO MONA SAENZ, quienes han sido un referente invaluable en mi vida, pero a quienes les seguire siendo deudor de mejorar cada día, es a mi padre ALFONSO PÉREZ MONA, quien no pudo llegar conmigo a mi examen del doctorado, pero estoy seguro que estaría feliz por eso, a JOSEFINA ESTHER DAZA GÓMEZ, mi madre, a quien tengo tanto por decirle y corresponder, pero solo quiero decir aquí que la amo!!!!!! En este sentido, corresponde

extender mi cariño a quien siempre ha respaldado mi aspiración por la docencia e investigación, mi tío CARLOS DAZA GÓMEZ, eternamente gracias. A mi hermano ALFONSO PÉREZ DAZA y a su esposa JUDITH, por todo su cariño y apoyo a mis aspiraciones de vida, que después de tanto pasar juntos, mi hermano ha sido más que eso y ha llegado a convertirse en mi confidente, gracias por todo, pero también mi hermana ESTHER DEL REFUGIO PÉREZ DAZA, quien en un momento de su vida le dedico a mi cuidado y mi educación mediante sus abrazos, y detalles en tomarme de la mano para mostrarme lo magestuoso de las instalaciones de la UNAM donde ella también estudiara y, que ahora, por circunstancias de la vida, tengo la oportunidad de volver a vivirlo, gracias CUCA. Igualmente, quiero expresar mi más sincero agradecimiento a mi amigo RICARDO CELIS AGUILAR ÁLVAREZ por aliviar de manera decisiva mi camino hacia el doctorado. A JUAN JOSÉ CESPEDES HERNÁNDEZ más que un amigo, le dedico mi más sincero reconocimiento por resguardar el camino del BUDO, que conocemos por la práctica del *Aikido* bajo las enseñanzas del Presidente Fundador Sensei MIGUEL MORENO SEGURA, ahora preservadas por el sensei MIGUEL ÁNGEL MORENO, mismas que he recibido directamente por el Sensei CRISTOBAL LÓPEZ, a quien debo realmente todo. Finalmente, a todos los que me falta por mencionar y que han sido parte de esta tercera etapa de mi vida académica, deseo expresarles mi agradecimiento y mi más sincero aprecio y, reiterarles que ¡POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPIRITÚ!

## ÍNDICE

Introducción.....	6
-------------------	---

### **CAPÍTULO I RAZONES PARA LA ACCIÓN**

#### **FUNDAMENTOS PARA EL DISCURSO PRÁCTICO EN C. S. NINO**

Introducción.....	9
1.- El interés por la filosofía de la acción en Nino.....	10
1.1. Razones para la acción.....	13
1.1.1. Una discusión sobre el problema clásico de la acción.....	13
1.1.2. Una propuesta diferenciadora entre razones explicativas y razones justificativas. ....	26
1.1.3. Las razones para la acción. Un análisis de la ceguera moral, responsabilidad y neurociencias.....	38
a) La neuroimagen: herramienta para explicar las acciones humanas ¿y para justificarlas?.....	47
b) ¿Existe alguna implicación moral de la neuroimagen para la culpabilidad?.....	49
c) La ceguera moral y la función de la culpabilidad.....	50
d) Bases de la culpabilidad en principios y valores constitucionales.....	52
2. Conclusiones provisionales.....	54

### **CAPÍTULO II EL CONSTRUCTIVISMO ÉTICO DE C. S. NINO FRENTE A HABERMAS Y RAWLS**

1. Introducción. ....	56
1.1. Los conflictos éticos antes de John Rawls. Una visión del sistema ético anglosajón durante el siglo XX.....	57
1.2. La propuesta ética-analítica de John Rawls.....	64
1.2.1. El constructivismo ético rawlsiano y su impacto en Nino	74
2. Presupuestos metaéticos de Nino para su elaboración del constructivismo ético.....	84
2.1. El constructivismo epistemológico de Nino. ¿Una propuesta conciliatoria entre Rawls y Habermas o una tercera vía?.....	99
2.1.1. Los estudios de Nino hasta 1993.....	101
2.1.2. El debate Rawls-Habermas en 1995.....	117
2.1.3. Aproximación al análisis de la autonomía práctica después del debate. ....	136
3. Conclusiones. ....	143

### **CAPÍTULO III LIBERALISMO FRENTE AL COMUNITARISMO LA ÉTICA ANALÍTICA DE C. S. NINO COMO REFERENTE PARA CONTINUAR CON EL DIALOGO**

I. Introducción.....	146
----------------------	-----

1. Kant versus Hegel. La herencia de la polémica liberal/comunitarista.....	148
2. Fundamentación ética del sujeto moral en latinoamericana.....	158
2.1. Primer momento en la construcción del sujeto moral: El proyecto ético material de la filosofía de la liberación de Enrique Dussel.....	159
2.2. Segundo momento en la construcción del sujeto moral: Luis Villoro.....	182
2.3. La propuesta ética principialista liberal de Nino.....	189
2.3.1. Aspecto bibliográficos de Nino para mejor identificación de su propuesta ética-analítica.....	189
2.3.2. Los principios de Nino para la fundamentación del sujeto moral	200
a) Principio de autonomía.....	205
b) Principio de inviolabilidad.....	216
c) Principio de dignidad.....	222
3. Posición personal. ....	236

#### **CAPÍTULO IV**

### **LÍMITES ENTRE LA AUTONOMÍA DE LA RAZÓN PRÁCTICA Y DEMOCRACIA DELIBERATIVA DE C. S. NINO**

I. Aspectos preliminares.....	239
1. El valor epistémico de la democracia.....	240
1.1. Respeto a las decisiones democráticas e imperio de la ley.....	
1.2. Democracia constitucional y la objeción democrática al constitucionalismo.....	245
1.2. El camino trazado por Nino.....	251
1.2.1. La teoría de la justicia del neoconstitucionalismo: Una visión de Habermas y Nino frente Alexy.....	255
a) La teoría de la justicia del neoconstitucionalismo. Un panorama inicial.....	261
b) El principio de proporcionalidad como embate a una teoría de la justicia neoconstitucional. La propuesta de Robert Alexy..	261
1.2.2. En defensa de una teoría de la justicia neoconstitucional y la protección constitucional de la autonomía.....	265
a) Las críticas de Habermas a la propuesta del principio de ponderación como sustitución a los bienes jurídicos constitucionales de Alexy.....	265
1.2.3. Hacia una teoría integral de la justicia constitucional y democracia deliberativa en Carlos S. Nino.....	269
a) La justificación moral del castigo y la democrática deliberativa.....	275
b) Caso el Halconazo y la justicia constitucional.....	290
c) Caso de democracia deliberativa: La consulta popular.....	302
2 La democracia y la Constitución basada en la justicia. ¿Equilibrio mediante acciones de inconstitucionalidad?.....	315
2.1 Puesta a prueba de la teoría. Un análisis de caso en una acción de inconstitucionalidad por transexualismo.....	320
4.- Postura personal.....	330
Conclusiones.....	331
Propuesta.....	341
Bibliografía.....	342

## INTRODUCCIÓN

Hoy en día la crítica comunitarista ha puesto en duda los presupuestos e implicaciones del discurso liberal para proveer del marco explicativo adecuado a cómo realmente se orientan los seres humanos y cómo funciona nuestra moralidad. Esta crítica surge de una confrontación genuina de los modos de entender la filosofía que toman como paradigma a KANT (liberalismo procedimental) y HEGEL (la importancia de la comunidad en la conformación de la moralidad). Las implicaciones de estas dos visiones filosóficas no sólo se reducen a una discusión metafísica sobre la prioridad ontológica del individuo o la comunidad, sino que se conectan con preocupaciones de la agenda ético-política. Es aquí donde el pensamiento de Carlos Santiago NINO cobra vital importancia para analizar esta pugna inabarcable entre el liberalismo y comunitarismo y centrar el objeto del presente estudio de investigación en el lugar que ocupa la autonomía práctica como fundamento del sujeto moral (*Moralität*), frente a las obligaciones a la comunidad (*Sittlichkeit*) hegeliana, tal y como lo ha subrayado el propio NINO “el espectro de Hegel desafía una vez más al espíritu de Kant”.

Para ello, de todo la enriquecedora obra de NINO, me centro exclusivamente en su propuesta constructivista-epistémica mediante la cual concibe la autonomía de la persona como siendo libre en la participación de un diálogo colectivo lo más amplio posible, con el fin de llegar a obtener un consenso acerca de los principios morales concretos. Para ello, Carlos Santiago NINO construye su pensamiento a partir del postulado kantiano de la autonomía práctica de la razón conformado en el periodo de la Ilustración, –a diferencia del pensamiento hegeliano que fuera concebido durante el romanticismo– y, que logra perfectamente conectar esta base con el constructivismo de John RAWLS y los postulados de WARNOCK y HART.

Este planteamiento moral de NINO se vio confrontado a lo largo de la década de los ochenta, y principios de los noventa, con otros pensadores contemporáneos a él,

particularmente contra los comunitaristas (Tim SCALON, Thomas NAGEL, Joseph RAZ, Charles TAYLOR, Alasday MACLYNTAIRE, Derek PARFIT, entre otros), quienes intentan establecer un marco teórico-ético, donde la moral colectiva sea el sustento de la moral práctica y no así la autonomía personal que defenderá cabalmente NINO en toda su obra en conjunto, pero más detalladamente en su magno trabajo *Ética y derechos humanos* y, *El constructivismo ético*, ambas publicadas en 1989, frente a la postura de una deliberación colectiva que pregonan los comunitaristas. Carlos Santiago NINO, quien además de haber sido un abogado de gran talla en Argentina, se desatacó también por sus cursos de filosofía y derechos humanos en la Universidad de Yale, en los Estados Unidos de Norteamérica, y será él quien logrará establecer un puente real entre la autonomía de la razón práctica como el sustento del sujeto moral enmarcado por la tesis de la unidad, frente a otras teorías metaéticas.

El discurso moral, al ser una práctica social que constituye una técnica para convergir en ciertas conductas y en determinadas actitudes frente a conductas sobre la base de la coincidencia de creencias en razones morales, la doctrina ha marcado un derrotero en posiciones sobre el análisis de los juicios morales y su forma de fundamentación, mismas que pueden quedar comprendidas en dos grandes grupos: *a)* teorías descriptivistas o cognoscitivistas y *b)* teorías no descriptivistas tales como el emotivismo y el prescriptivismo. Pero más allá de entrar a tratar los problemas de las diversas posturas antes aludidas, he de centrarme en el par individualismo/societarismo, –en los términos planteados por MUGUERZA–, no sólo en la constitución de la moral (aspecto ontológico) sino también en relación con su conocimiento, entonces la distinción entre individualismo y societarismo puede verse no sólo como una división de teorías dentro del campo del subjetivismo, sino como una clasificación que en realidad comprendería a todas las teorías metaéticas. Lo cual permitirá concebir la moral como una práctica más o menos abierta o bien, cerrada a la política, ya que los comunitaristas incurrirían según NINO en algún tipo de contradicción profunda cuando, por un lado, defienden una posición metaética relativista y convencionalista y, por otro, critican a la cultura vigente por incorporar como elementos esenciales los presupuestos del liberalismo kantiano. Por tanto, cuando los comunitaristas tratan de argumentar en contra de estos presupuestos estarían obligados a dar por sentado



aquello que al tiempo tratan de atacar. Sería un tipo de contradicción semejante a la que se vería abocado, según el proyecto kantiano, el sujeto que tratara de negar la validez en esa misma negación, asumiendo inevitablemente los presupuestos morales antes aludidos. Esto fue severamente criticado por HEGEL, quien incidió en que la base constituida por los presupuestos de nuestro razonamiento práctico es demasiado débil como para derivar principios morales definidos, por lo que HEGEL propuso para la constitución de principios morales sustantivos las *Sittenlinchkeiten*, esto es, las costumbres de una sociedad. Por lo que, la cuestión esencial será determinar si la práctica moral real ha de establecerse en el plano ontológico de la constitución de los principios o hechos morales, o bien, en el plano epistemológico del conocimiento de tales principios o hechos.

A partir de la construcción metaética de NINO que presenta a la moral (al discurso o la reflexión moral) de forma coherente con el proyecto kantiano, pero difiriendo de KANT, estima que la satisfacción de las condiciones de autonomía, imparcialidad y universalidad sólo pueden ser logradas, o mejor dicho, serán logradas con mayor probabilidad, en el marco del debate y la discusión pública. Lo que considera viable aprovechar para enfrentar la dicotomía entre individualismo o societarismo metaético, donde NINO se pronuncia por la segunda opción a la hora de comprender el fenómeno moral. Por tanto, pretendo sostener que la postura de NINO, entendida como una postura intermedia, se halla en el momento de considerar que el consenso efectivo es una forma privilegiada de conocimiento moral, ya que cuando hay consenso unánime sobre cierta solución moral, tras un proceso de discusión, existe una altísima probabilidad de que la solución correcta sea imparcial. De ahí que el nivel metaético que pregona NINO –el cual admite como métodos de conocimiento moral tanto el consenso colectivo como la reflexión individual–, estaría dado en los presupuestos del discurso moral, pero sin apartarme, al igual que NINO, del proyecto kantiano de vincular la constitución de los principios morales a las condiciones de la capacidad individual de razonar en materia práctica. Y finalmente, se podrá advertir el magnifico análisis realizado en materia de democracia donde NINO manufacturó un proyecto que tiempo después sería considerado básico para la discusión de los modelos democráticos, no sólo en latinoamérica o en los países anglosajones, sino en casi todo el mundo, me refiero a la democracia deliberativa.

# CAPÍTULO I

## RAZONES PARA LA ACCIÓN.

### FUNDAMENTOS PARA EL DISCURSO PRÁCTICO EN C. S. NINO.

*Sr. Representante Ashley.  
Cuéntenos las noticias del capitolio.  
Porqué las cosas son como son y porque razón son así?*

*Abraham Lincon.*

#### **Introducción.**

Carlos Santiago NINO fue uno de los pensadores latinoamericanos más prometedores que la filosofía analítica había conseguido presentar a la comunidad internacional. Una visión acorde con sus momentos ideológicos, políticos y jurídicos en los que Nino se encontraba inmerso, no solamente en su natal Argentina, sino fuertemente latente en la escuela de Oxford, con un programa de trabajo filosófico digno de ser analizado y discutido por el contenido provocador de sus ideas, tal y como fue el caso de su fundamentación metaética mediante la filosofía de la acción que desde la década de los setenta venía depurando junto con Ernesto GARZÓN VALDÉS, Norberto SPOLANSKY y María Eugenia URQUIJO, con quienes discutía en una serie de sesiones denominado “seminario de la acción”, el cual finalmente logró publicar en 1987, y en el que contiene todo su programa de trabajo sobre la filosofía de la acción,<sup>1</sup> por supuesto, NINO siguió escribiendo a lo largo de toda su vida, como claramente se advierte en diversos trabajos elaborados sobre este aspecto.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> El propio NINO, 1987: 7, explica la razón de haber tardado tanto para publicar este libro: “El libro nunca se escribió, ya que a mediados de 1974 debimos interrumpir las reuniones por el traslado de Garzón Valdés a un destino diplomático en el exterior que, por sus características, preanunciaba la incalificable persecución de que luego fue objeto, y por mi viaje posteriormente para estudiar en Oxford. Varias veces procuramos proseguir con la empresa, pero la distancia y la dispersión de ocupaciones lo hizo imposible. Con el tiempo, el material con que trabajábamos y tal vez aun la metodología se fue desactualizando, aunque estoy seguro que

La filosofía de la acción será el primer paso de NINO para elaborar toda su fundamentación ética, que más tarde será denominada “constructivismo epistemológico”, el cual es el centro de análisis del segundo capítulo. Para ello, habré de desarrollar metodológicamente cada uno de los avances que el propio NINO presenta en la elaboración de su teoría de la acción, a fin de confrontarla con autores que transversalmente giran a su alrededor intelectual, esto será para sacar mejor provecho de su explicación conceptual, tanto para los alcances positivos de su propuesta como los de sus límites; a mostrar en uno de los bastiones éticos de la actualidad, esto es, las razones para la acción o razonamiento práctico, donde se genera una amplia atención en temas que van desde el propio concepto de acción, y el papel que desempeñan en éste los deseos, las creencias y los movimientos corporales de manera individual o intersubjetiva.

### **1.- El interés por la filosofía de la acción en NINO.**

La formación de C. S. NINO fue marcadamente analítica, desde sus inicios recurrió al análisis lingüístico de conceptos filosóficos y jurídicos, por ser el ambiente académico que destacaba no sólo en su natal Argentina, sino también en el ámbito anglosajón de la postguerra. Un claro texto ilustrativo de este punto de vista es *El concepto de lo mental* de Gilbert RYLE, quien sostuvo un peculiar análisis propositivo sobre la existencia y funcionamiento de la mente, por ser uno de los principales problemas a resolver en filosofía. RYLE sostuvo que la invención de nombres como *alma*, *voluntad*, *intención*, *mente*, etcétera, hacía aparecer la creencia de un “fantasma en la máquina”,<sup>3</sup> y esto

---

aquellos protocolos contenían ideas valiosas. Como saldo de aquel seminario de la acción quedó, aparte de una imborrable amistad, un interés compartido por todos nosotros por tópicos relativos a la conceptualización de la conducta humana”. Al respecto, BERNSTEIN, 1979: 240, , arguye otros motivos por lo que la acción como disciplina no haya podido consolidarse como tal, sino que a partir de la década de los sesenta, haya empezado a ser objeto de interés propiamente dicho, en palabras del autor, “alguna alusión directa a la naturaleza de la acción como problema filosófico” y que, sin embargo, esa misma fecha señala el comienzo de una década en la que la “la naturaleza y significado de la acción, así como de los conceptos afines como intención, propósito, teleología, motivo, razones, etc., estaban en primer término en la discusión filosófica”. Para profundizar sobre los diversos ámbitos que ha tenido la filosofía de la acción a lo largo de la historia del pensamiento filosófico, véase principalmente, LEYVA, 2008; O'CONNOR, y SANDIS, eds. 2010.

<sup>2</sup> Por ejemplo, 1985, 1989 y 1989<sup>a</sup>.

<sup>3</sup> Sobre el particular, véase NINO, 1987: 10.

complicaba entender cómo el fantasma hacía funcionar a la máquina, y por ello, decide formular nuevas preguntas desde un discurso ordinario y no filosófico, por ejemplo, ¿A qué nos referimos cuando expresamos «Enrique hizo esto a propósito», «Eduardo estudio derecho por su voluntad propia», o «Juan tiene en mente viajar a Brasil al mundial de fútbol este año»? RYLE diría que no debemos preguntarnos sobre qué “condición mental” está presupuesta en *ser feliz*, *estar angustiado*, o *enfadado*, sino más bien, bajo qué condiciones podemos decir que alguien es *feliz*, *angustiado*, *enfadado* o cualquier otra cosa, por tanto, esto es lo que debe ser explicado, a fin de referirnos a cómo los individuos actúan o dan cuenta de sus actitudes.

A partir de esta nueva forma de análisis filosófico, H. L. A. HART, (con quien trabajara NINO durante un periodo en Oxford), realizará una aplicación de éste al concepto de derecho,<sup>4</sup> generando un nuevo interés y entusiasmo por la filosofía jurídica desde un análisis analítico, tal y como sucedería con el propio NINO<sup>5</sup> al analizar en HART su aportación de un punto de vista interno a partir de la conformación de reglas sociales<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> N. MACCORMICK, 2010: 87-88. “En el caso de conceptos como *derecho* o *persona jurídica*, los juristas, no menos que los filósofos, pasaban directamente a definir el significado de estos términos, como si las definiciones pudiesen resolver las dificultades que estos términos suscitan. Esto había conducido a «cargar toda la teoría sobre las espaldas de la definición». El objetivo de esta labor era el loable «esfuerzo por definir las nociones realmente operativas en la práctica de un sistema jurídico». Por desgracia, el resultado en el fracaso «a la hora de arrojar luz sobre la función precisa de éstas en dicho contexto». Un enfoque novedoso y más fructífero sería elucidar las condiciones bajo las cuales podemos emitir en los contextos jurídicos afirmaciones verdaderas acerca de derechos, personas jurídicas, etcétera y la función que estas afirmaciones tienen en los contextos prácticos. Nos encontrábamos aquí con un supuesto idóneo para aplicar el programa de la filosofía del lenguaje ordinario de estudiar el uso de las palabras en su contexto, en lugar de perseguir esencias misteriosas o construir teorías con las que justificar definiciones”.

<sup>5</sup> El propio autor expone su comprensión por el método analítico, NINO, 1993: 35-36. “Esto es muy complejo, hay muy pocos trabajos de metafísica en el área analítica y muchos coinciden en que en realidad no hay un dogma analítico, más bien hay una familia de posiciones que se podrían llamar analíticas y son posiciones, más que substantivas, digamos casi procedimentales, en realidad creo que hay muy pocas tesis (...) y alguna que se podría haber sido el antiesencialismo en materia conceptual, pero desde la aparición de toda la teoría de las clases naturales y de la teoría semántica de la causalidad de Kripke, Putnam, etc., ni siquiera esa ha quedado en pie como propia de la filosofía analítica. Y por eso es que más bien me animo a decir que el método analítico en principio consiste en hacer una triple distinción... En primer lugar, lo que podemos llamar el análisis conceptual. Luego proposiciones de tipo descriptivo. Y finalmente, proposiciones normativas”.

<sup>6</sup> Por ejemplo, 1989a: 26 y ss; igualmente, 2003: 177-181; y 2007a: 211-227. Existen otros autores fuertemente influenciados por HART, tal y como fue el caso de FINNIS, 2012: 29, quien dijo recordar “...a Hart contando a dos o tres colegas, con té y galletas de por medio en el salón común para profesores, que cada diez años más o menos desde mucho tiempo atrás leía completa *À la recherche du temps perdu* de Proust. No creo que haya dicho el por qué -¿por qué habría de hacerlo?- pero entre las razones que lo llevaron, repetidamente, a través de las siete novelas, en el largo camino que va desde *Du côté de chez Swann* a *Le Temps retrouvé*, seguramente debe haber estado su reflexivo despliegue autorreferencial y la exploración de lo interior, de la primera persona del singular”.

acerca de cómo los individuos deben tratarse unos a otros, “Para que exista una regla social, al menos algunos [miembros del grupo social de que se trate] deben interpretar la conducta en cuestión como un criterio general que debe ser obedecido por todo el grupo. Además del aspecto externo que comparte con cualquier hábito social, y que consiste en una conducta regular y uniforme de la que pueda dar cuenta cualquier observador, toda regla social cuenta con un aspecto «interno»”.<sup>7</sup> Por supuesto, NINO criticará la posibilidad de aceptar una regla por motivos no morales, toda vez que el punto de vista interno de HART no incluye una aceptación de índole moral y deja vulnerable la idea misma de aceptar una regla<sup>8</sup> y en particular una regla de reconocimiento, como cualquier regla social, existe como una práctica, como un hecho social de naturaleza compleja. Pero como tal hecho no puede constituir por sí sólo una razón que justifique acciones y decisiones, quien entienda que la existencia de ese hecho supone la de determinadas razones para actuar, que no existirían igualmente en el caso contrario, tiene que estar desarrollando un razonamiento práctico complejo en el que se atribuye alguna clase de regla que no puede ser la propia regla de reconocimiento en tanto que práctica social.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> 1994: 71. Al respecto, RUÍZ MIGUEL, 1997: 573-574, destaca la observación de Neil MACCORMICK quien “comentando la distinción hartiana entre punto de vista interno y externo ante una práctica como la de seguir ciertas normas sociales, esa dicotomía no se corresponde estricta y exactamente con la que diferencia entre observadores y participantes en esa misma práctica. En efecto, por un lado, no todo participante (o agente, o aceptante) adopta necesariamente el punto de vista interno, si por tal entendemos, como lo presenta Hart, el de quien considera que la norma es, tanto para él como para los demás sujetos, una razón para actuar y juzgar las acciones, pues junto a ese tipo de participante pueden existir otros, como quienes obedecen las normas por mero hábito, por conveniencia o por indolencia pero «siguen la corriente» a los primeros comportándose como ellos, es decir, como si compartieran el punto de vista interno pero sin hacerlo en realidad. Por otro lado -y como el mismo Hart había ya avanzado no todo observador adopta sin más un mero punto de vista externo a la práctica en cuestión sino que, expresándolo de forma más precisa, hay al menos dos tipos bien diferentes de observadores: uno, el observador que adopta un punto de vista externo extremo y sólo es capaz de ver conductas y regularidades externas, como el marciano que recién llegado a la tierra observara nuestras pautas ante los semáforos o el antropólogo que se limitara a describir los usos en el intercambio de bienes en un poblado culturalmente ajeno; y otro, el observador que se coloca en un punto de vista externo crítico, por el que, adoptando cognitivamente el punto de vista interno de los participantes de la práctica, puede además dar cuenta de las motivaciones que explican las conductas y regularidades que observa”.

<sup>8</sup> Por su parte, ROCA, 2005: 130-131, explica que NINO “trata de dilucidar si el concepto de Derecho que Hart pretende establecer en su obra fundamental es un concepto normativo destinado a ser empleado en enunciados internos o si es más bien un concepto descriptivo destinado a ser empleado en forma directa por un observador externo para dar cuenta descriptivamente de sus reglas sin expresar una adhesión a ellas”, y más adelante, aclara la posición de autores como “J. Finnis y J. Raz atribuyen a Hart un concepto normativo. En opinión de ambos, Hart definiría el Derecho desde el punto de vista interno. Raz aplaude el que para Hart los enunciados jurídicos no se limiten a describir hechos, sino que sean juicios deónticos o prácticos que sirven para justificar decisiones. Finnis, por su parte, asumiendo esto mismo, reprocha únicamente a Hart que no haga distinción ulterior que llevase a adoptar, en la definición del significado central de «Derecho», no cualquier punto de vista interno, sino el punto de vista de quien acepta moralmente las reglas del sistema”.

<sup>9</sup> Así lo explica BAYÓN, 1991: 37.

## 1.1. Razones para la acción.

### 1.1.1. Una discusión sobre el problema clásico de la acción.

Estos antecedentes son muestra clara del interés de NINO por el concepto de acción del cual se produce una interacción o equilibrio reflexivo entre la teoría acerca del concepto, las exigencias de los contextos en los que el concepto en cuestión es empleado y los intereses de la investigación que se esté llevando a cabo, el cual será de naturaleza valorativo – que resulta de un interés para trazar un mapa iluminador del universo del razonamiento práctico.<sup>10</sup>

Ahora bien, NINO advierte que la filosofía de la acción no ha sido considerada una disciplina autónoma, sino que por el contrario, encuentra su utilidad dentro de otras disciplinas (ontología, lógica, filosofía del lenguaje, de la ciencia, ética y dentro de la propia filosofía del derecho), las cuales permiten un mejor estudio de las conductas humanas que guardan íntima relación con los *hechos* que ocurren en el mundo, entendiendo por hechos tal y como lo expuso VON WRIGHT, al ser “...un cambio en el *tiempo* de un cierto estado de cosas a otro estado de cosas”.<sup>11</sup>

Esta propuesta definitoria (ontológica) de un hecho, le permite a NINO mostrar un paso indispensable para su análisis conceptual: la diferencia entre “cosas” y “estado de cosas”. Piénsese en el siguiente ejemplo, “del estado del mundo en cierto tiempo en que una ventana está abierta se pasa al estado del mundo en otro tiempo posterior en el que la ventana está cerrada”, lo significativo de esto no es simplemente que la ventana sea una

---

<sup>10</sup> Tal y como lo expuso ROCA, 2005: 308.

<sup>11</sup> GONZÁLEZ LAGIER, 1995: 59-60. “En *Norma y Acción* von Wright distingue, sin pretensión de ser exhaustivo, tres tipos de hechos:

a) Estados de cosas, como, por ejemplo, «la máquina de escribir está sobre mi mesa de trabajo»; se trata de hechos estáticos, de un «ser» o «estar».

b) Procesos, como el expresado por el enunciado «llueve», que son un «continuar».

c) Sucesos, como «la ventana se ha abierto», que son un «tener lugar». Los sucesos implican un cambio, una transformación del mundo. Es decir, el paso de un hecho de alguno de los anteriores tipos a otro hecho del mismo o de otro tipo.

Los sucesos pueden ser de varios tipos según se trate (1) del paso de un estado de cosas a otro estado de cosas, (2) de un estado de cosas a un proceso, (3) de un proceso a un estado de cosas o (4) de un proceso a otro proceso. Además, el comienzo y el final de un proceso pueden verse como sucesos del tipo (2) y (3) respectivamente (estar lloviendo es un proceso, pero el hecho de que comience a llover es el paso del estado de cosas «llueve» al estado de cosas «no llueve»).

cosa, sino que la ventana *esté abierta*, por ende, se está en condiciones de admitir a toda acción con todo tipo de suceso o fenómenos distinguibles de cambios, pero no así los casos de *tics* nerviosos, movimientos reflejos, etcétera,<sup>12</sup> porque dar una explicación causal de las acciones implicaría reducir las acciones a movimientos corporales, lo cual conllevaría a una imposible reducción, porque se trata de conceptos lógicamente diferentes;<sup>13</sup> por ejemplo, es incorrecto sostener dice GOLDMAN la posibilidad de no cometer un error al equiparar las ejemplificaciones de propiedad con verdades, ya que los actos-casos no son ni enunciado ni proposiciones abstractas sino cosas que ocurren en el mundo; tampoco son hechos que transcurren en el tiempo mientras que los hechos son atemporales.<sup>14</sup>

Sobre éste último aspecto, en su momento HUME consideró que los únicos enunciados de verdad son aquellas impresiones que se corresponden con una realidad inmediata;<sup>15</sup> es decir aquellas que pueden ser constatadas en el mundo empírico, encontrando su referente; el resto de las ideas, constituyen creencias y no verdades, ya que son obtenidas a través de razonamientos lógicos, de operaciones lógicas, mediante hábitos y costumbres, pero no percibimos en la realidad ninguna de estas operaciones lógicas, tan sólo percibimos ideas simples. Con esta distinción entre ideas e impresiones HUME inaugura la corriente escéptica de la ciencia,<sup>16</sup> al señalar que no es que niegue la necesidad del conocimiento, éste dice, es necesario y de hecho sucede, lo único que hace es señalar el carácter habitual del mismo, y no su carácter absoluto y/o apodíctico; estos tipos de verdades, repite, sólo se dan cuando hay la correspondencia con la impresión materia.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> MOYA, 2006: 190. “No todo proceso físico que involucra un movimiento físico de un organismo es una acción. Movimientos físicos como los latidos de nuestro corazón, un temblor o un espasmo muscular no constituyen acciones. Tropezar es, normalmente, algo que nos sucede, no algo que hacemos. Pero tropezar puede ser una acción si tropezamos intencionalmente, por ejemplo para hacer reír a alguien. Esto nos da una clave sobre la naturaleza de la acción y su diferencia frente a los meros sucesos”. Sobre la reciente discusión dogmática jurídico penal sobre las acciones sin intención o voluntad, véase el resumen de JAÉN VALLEJO, 1994: 61-68.

<sup>13</sup> Sin embargo, recientemente, Moya, 2011: 231-254, hace un esfuerzo elogiado por renovar esta discusión.

<sup>14</sup> Véase, GOLDMAN, 1970, particularmente, capítulo II: 44-48.

<sup>15</sup> HUME, 2002, en particular, véase, libro primero, parte primera.

<sup>16</sup> HUME, 2002, véase libro primero, parte IV.

<sup>17</sup> Por su parte, Finnis, 2000: 408, “...alguien leyendo una frase en este libro mañana (el día después de que usted, el lector actual, lea una frase en él). Un estado tal de cosas puede existir o no existir. Si se da, su existencia será el factor, distinto de *lo que* el estado de cosas es, que haga verdadera una proposición que refiera ese estado de cosas. (La proposición que de este modo puede hacerse verdadera puede ser formulada de varias maneras, dependiendo del tiempo en que se formule: *viz*, si se formula hoy, “mañana alguien leerá una frase en *Ley Natural y Derecho Naturales*”; si se formula en el momento de la lectura “alguien está leyendo una frase en...”).

Es interesante advertir que HUME sigue siendo un autor analizado en la discusión sobre la acción, tal y como lo enfatiza ORTIZ MILLÁN, 2008: 289-290. “Las teorías filosóficas contemporáneas sobre la

Por ello, NINO trata de ver si es posible analizar el concepto de acción, como concepto complejo, en términos de fenómenos más simples y primitivos, “La idea sería entonces que cuando hablamos de acciones físicas comisivas nos referimos siempre a movimientos corporales, aunque a veces los identificamos no por sus características morfológicas sino por sus efectos, las circunstancias del contexto en que se desarrollan, las reglas que satisfacen, los motivos e intención con que se llevan a cabo, etc. (...) aunque se puede saber muchas cosas de una acción sin conocer los movimientos corporales subyacentes, percibir una acción es percibir tales movimientos corporales; también implica que la localización espacio temporal de la acción está dada por el espacio ocupado por los movimientos corporales del individuo y por el tiempo que ellos insumen”.<sup>18</sup>

Ahora bien, un tratamiento adecuado de las acciones precisa de un punto de vista distinto, tal y como lo genera el contexto social e institucional en el que las acciones adquieren un sentido, tales como “voliciones”, “actos de voluntad”, “conaciones”, “razones”, “creencias”, y “deseos”. Por consiguiente, la filosofía de la acción confluye invariablemente, con la filosofía de la mente, a saber, la concepción del mentalismo

---

racionalidad práctica, así como las explicaciones de la conducta en las ciencias sociales, se definen en buena medida por la posición que toman con respecto a la teoría de la acción de David Hume. Más que la teoría de ningún otro filósofo, la de Hume marca un punto de referencia con respecto al cual hay que tomar posición en cualquier discusión sobre estos temas. Un par de ejemplos nos pueden dar una idea: 1) hoy día la discusión en ética, y particularmente en psicología moral, acerca de la naturaleza de la motivación y de las razones para la acción se puede dividir en dos grandes bandos: los hemanos, que sostienen que la explicación de una acción tiene que hacer referencia necesariamente a creencias y deseos, y los no humeanos, antihumeanos o racionalistas, que en términos generales niegan que tal explicación tenga que hacer referencia necesariamente a deseos; en ocasiones basta con la referencia a las creencias. Dado que Hume caracterizó mejor que nadie antes los rasgos de este modelo para explicar la acción, se le llama modelo “humeano”, aunque pensadores anteriores a él, como Aristóteles o Hobbes, de algún modo también lo hayan sostenido; y muchos otros después también lo han defendido, como Elizabeth Ascombe, Donald Davidson, Bernard Williams, no cognoscitivistas en ética, muchos funcionalistas en filosofía de la mente, así como la mayoría de los teóricos de la decisión racional (Jon Elster o Richard Jeffrey pueden ser buenos ejemplos) o de la teoría del juego. Dado que hoy en día se considera a la teoría huemana como la teoría estándar en la explicación de acciones, para muchos ésta es la teoría a vencer, y por ello se llama a la posición contraria “antihumeana”. Entre los antihumeanos, o racionalistas, encontramos a Kant y a los kantianos, con su afirmación de que la razón pura es práctica, pero también a muchos cognoscitivistas motivacionales que piensan que no siempre es necesaria la referencia a los deseos en la explicación de la acción, como Thomas Nagel, John McDowell y otros realistas morales influidos por ellos (de hecho no es causal que el debate contemporáneo realismo/antirealismo en ética también encuentre buena parte de sus orígenes en Hume). 2) Un segundo ejemplo: Hume es uno de los primeros filósofos que explícitamente defienden una posición naturalista y causal de la acción (y de la naturaleza humana en general)”.

<sup>18</sup> 1989: 26.



(sucesos internos) y del conductismo (comportamientos externos),<sup>19</sup> en este sentido refiere MOYA que “Los verbos mentales de actitud proposicional («creer», «desear», «pretender», etc.) introducen contextos intencionales y el lenguaje con el que escribimos las actitudes proposicionales de un sujeto es intencional”.<sup>20</sup>

Lo mismo acontece con la filosofía de la ciencia, donde se busca explicar determinadas clases de acciones en ciertos tipos de contextos, “Como muchas explicaciones de acciones recurren a deseos, motivos, intenciones, creencias, etc., surge la preocupación acerca de si tales sucesos pueden constituir *causas* de acciones, o si cuando se acude a ellos se está formulando una explicación diferente a la causal, como la que se ha denominado *teleológica*”, así como el papel que juega en el proceso de interpretación de las acciones (comprensión),<sup>21</sup> de ahí que, el concepto de acción no sólo es empleado de forma descriptivo o explicativo, sino también al ser recurrible en el discurso moral y jurídico produce atribuciones de responsabilidad y por ende, se atienden conceptos normativos con propiedades que se asumen *a priori* como relevantes, pero no deben ser admitidos así los factores de causación, los motivos o la determinación dentro del discurso como una razón: “Cada discurso tiene reglas o pretende tener criterios que definen qué movidas son razones dentro de ese discurso, qué movidas son razones válidas, y por supuesto esas movidas pueden ser vistas desde fuera del discurso como causadas o determinadas por diversos factores...El hecho de que yo esté diciendo lo que estoy diciendo porque vaya usted a saber qué motivaciones extrañas tengo, que puedan estar relacionadas con mis traumas infantiles, etc., no les interesará a ustedes en esta discusión sobre qué es correcto, etc. A esto, a estas distinciones, corresponde lo que podemos llamar autocomprensión de la filosofía analítica, cómo se concibe a sí misma la filosofía analítica, qué es lo que hace...que es básicamente una actividad de tipo normativo...es un trabajo que tiene un énfasis muy importante en el análisis conceptual, en la precisión conceptual, en las definiciones y distinciones de conceptos, pero luego es básicamente un trabajo de tipo justificatorio en distintos ámbitos:

---

<sup>19</sup> 1987: 10.

<sup>20</sup> 2006: 151.

<sup>21</sup> 1987: 11-12.

en el ámbito del razonamiento, en el ámbito del conocimiento y en el ámbito de las acciones y de las instituciones”.<sup>22</sup>

Por otro lado, se encuentra un estrecho vínculo –dice NINO- con la filosofía del lenguaje, en particular, con los actos lingüísticos (actos fonéticos, rético o locucionario y perlocucionario),<sup>23</sup> establecidos por John AUSTIN, quien reduce la noción de acción a la descripción de movimientos corporales causados por un acto de voluntad y que identifica las acciones con movimientos corporales, lo cual es lo mismo que identificar el decir algo con movimientos de la lengua, con las ideas muchas veces expuestas de que la conciencia de nuestras acciones no implica conciencia de nuestros movimientos corporales y de que una misma acción puede llevarse a cabo a través de movimientos corporales muy diversos, con la percepción de que hay acciones mentales, omisivas y estáticas, entre otros.<sup>24</sup>

Asimismo, el amplio campo de discusión en la teoría de acción propició que NINO estudiara la propuesta de H. L. A. HART, relativa a la concepción *adscriptivista* de la acción, mediante la cual pone en tela de juicio una arraigada tradición en el derecho inglés promovida por AUSTIN<sup>25</sup> al reducir “la descripción de movimientos corporales causados

---

<sup>22</sup> Cfr. NINO, 1993: 37.

<sup>23</sup> Aquí NINO, 1987: 12, sostiene esta relación mediante los estudios realizados por John Austin, “El propio Austin tuvo que incursionar en distinciones muy finas de teoría de la acción para defender su clasificación de actos lingüísticos, sobre todo en lo que se refiere a la diferenciación entre un acto y sus consecuencias y a la discriminación entre consecuencias convencionales y causales”.

<sup>24</sup> 1987: 16. Sobre el impacto de AUSTIN en NINO, véase, AVILA, 2008: 167-182.

<sup>25</sup> 2003: 59-61, “en la medida en que la bondad de Dios es ilimitada e imparcial, planea mayor felicidad de todas sus criaturas sensibles; quiere que el conjunto de sus placeres no encuentre otro límite que aquel que es inevitable en razón de sus limitadas e imperfectas naturalezas. Las leyes de Dios nos han dado y que no han sido reveladas o formuladas de manera expresa, las podemos inferir de los efectos previsibles de nuestras acciones sobre la mayor felicidad de todos, así como de la tendencia de las acciones humanas para aumentar o disminuir tal suma.

Ahora bien, por *tendencia*, de una acción humana (así concebida) debe entenderse su tendencia total: la suma de sus consecuencias probables, en la medida en que son importantes y sustanciales; la suma de sus consecuencias remotas y colaterales no menos que de las directas, en cuanto que cualquiera de ellas puede influir sobre la felicidad general.

Al tratar de captar su tendencia (así concebida), no debemos considerar la acción de manera *singular* y *aislada*, sino que tenemos que tener en cuenta la *clase* de acciones a la que pertenece. Las probables consecuencias específicas de hacer u omitir aquel acto singular con constituyen el objeto de esta investigación. El problema que se ha de resolver es el siguiente: si los actos de la clase a la que pertenecen fueran *generalmente* ejecutados, evitados y omitidos, ¿cuál sería el probable efecto de esto sobre la felicidad o sobre el bien general?

Por consiguiente, es verdad en términos generales (ya que la afirmación admite excepciones) que para determinar la verdadera *tendencia* de una acción, abstención u omisión, tenemos que resolver el siguiente

por un acto de voluntad”,<sup>26</sup> no será así con la idea de la relación entre la causación a un cierto fenómeno mental, donde coincide con RYLE y su “fantasma de la máquina”, al aceptar la coincidencia que existe entre las acciones con movimientos corporales y el decir algo con movimientos de la lengua, esto es, “la conciencia de nuestras acciones no implica conciencia de nuestros movimientos corporales y de que una misma acción puede llevarse a cabo a través de movimientos corporales muy diversos, con la percepción de que hay acciones mentales, omisivas y estáticas, etc.”,<sup>27</sup> porque lo importante para HART no es hacer una descripción de algo que hace un sujeto, sino adscribirle responsabilidad, v.g. “mató a otro”, “rompió el florero”, “llegó tarde”, por ello, recurre a un uso particular de lenguaje, el *adscriptivo*, y no así de índole normativo, porque tales enunciados prescriben conductas (atributivas de responsabilidad), y por no ser susceptibles de verdad o falsedad para el discurso jurídico y moral.<sup>28</sup>

Al respecto, Neil MACCORMICK<sup>29</sup> explica: “No es sorprendente descubrir que un fruto temprano del retorno de HART a la filosofía fue la presentación en 1949 del fecundo, aunque más tarde desautorizado artículo «The Ascription of Responsibility and Rights». Su tesis era entonces que la responsabilidad no son rasgos descriptivos de los seres humanos, sino que son adscriptivos a éstos en contextos regulados por otras reglas sociales o jurídicas. De ese modo, el carácter de tal adscripción tiene que ser considerado bajo la condición de que, por un lado, depende de reglas, pero, por otro, posee una condición derrotable. Hay una gama de fundamentos establecidos para adscribir responsabilidad a las personas en función de algún acto o situación, y para adscribir derechos sobre algo o sobre alguien. Sin embargo, es posible derrotar estas adscripciones demostrando que concurren ciertas circunstancias excepcionales, y, en la práctica, ocurre que la lista de circunstancias excepcionales no es necesariamente una lista cerrada. Las reglas de adscripción tienen, por tanto, un carácter abierto, y ello porque una adscripción se juzgará correcta únicamente mientras nada la vicie, y las condiciones de

---

problema: ¿cuál sería el efecto probable sobre la felicidad o el bienestar general si similares acciones, abstenciones u omisiones fueran frecuentes o generales? Tal sería la *prueba* que se debería utilizar si quisiéramos buscar la verdadera *tendencia* de una acción, abstención u omisión; en este caso, se entiende por *tendencia* verdadera de una de las acciones sobre la felicidad o sobre el bienestar general, o su conformidad o disconformidad con el principio de utilidad general”.

<sup>26</sup> 1987: 16.

<sup>27</sup> 1987: 16.

<sup>28</sup> Por ello, no resultaría extraño que HART, 1983: 18, haya podido calificar como “una tarea central de la filosofía del derecho” la de “explicar la fuerza normativa de las proposiciones jurídicas” y de hacerlo, se entiende, de un modo tal que se permanezca fiel a la tesis de las fuentes sociales y de la falibilidad moral del derecho.

<sup>29</sup> 2010: 87.

semejante derrota no necesitan ser –quizá no pueden ser- prefijadas de forma exhaustiva con antelación a los casos particulares que demandan estas decisiones”.

Lo expuesto por MACCORMICK denota claramente el abandono de Hart por esta concepción adscriptiva de las acciones para atribuir responsabilidad a alguien, porque se supone que el sujeto ha hecho algo, lo cual conlleva implícitamente, una posición cuestionable de la filosofía del lenguaje según la cual, el uso del lenguaje o la fuerza de las oraciones, o el tipo de acto lingüístico que se realiza al decir algo determina el significado del hecho de las expresiones empleadas, por ejemplo “acción”. A diferencia de este planteamiento, Nino distingue en la idea de Hart varios elementos, en tanto que el concepto de acción es adscriptivo de diversas maneras: *a)* enunciados de acción como adscripción de responsabilidad;<sup>30</sup> *b)* el carácter abierto de las condiciones que revocan las adscripciones de acción;<sup>31</sup> y *c)* el carácter negativo de las condiciones que hacen a un concepto revocable,<sup>32</sup> porque comprende lo complicado que resulta abordar la discusión en torno al concepto de acción, más aún, resulta necesario aclarar la naturaleza de los enunciados comprometidos con los que se justifican acciones o decisiones y que por consiguiente forman parte de un discurso práctico, de ahí que NINO se pronuncie en el sentido de que existen razones jurídicas para actuar de forma independiente y autónoma o si, por el contrario, el discurso jurídico práctico (y no el descriptivo) no es más que una parte del discurso moral general,<sup>33</sup> por ello recurre a preguntas tendientes a crear un presupuesto filosófico básico: ¿cuándo hay una acción?, con independencia de qué tipo de acción se trate; de esto derivan otras cuestiones, a saber:

“¿cuál es en definitiva la relación entre las acciones del individuo y sus movimientos corporales, u otros procesos físicos como sus contracciones musculares? ¿Hay algo así como ciertas acciones básicas que los individuos siempre realizan cuando actúan, con independencia de que ellas den lugar en cada caso a conductas más complejas? ¿Cómo se distinguen las acciones de otros comportamientos de los individuos, como los actos reflejos? ¿Proporciona el concepto de voluntariedad analizado de un modo u otro, un criterio suficiente para tal distinción?

---

<sup>30</sup> 1987: 18.

<sup>31</sup> 1987: 19.

<sup>32</sup> 1987: 19-20.

<sup>33</sup> 2003: 125 y ss. Al respecto, el propio NINO logra esbozar un camino viable mediante lo que el denomina “la conexión interpretativa entre el derecho y la moral”, véase NINO, 1994: 85-129.

¿Incluye este criterio un componente causal? Otro conjunto de problemas está constituido por cuestiones referentes a la identificación de qué tipo de acciones el individuo realiza. Esto está obviamente asociado con el tema de las circunstancias y consecuencias de una acción. Es central en esta materia distinguir entre diferentes tipos de *descripciones* de acción y mostrar las relaciones que hay entre ellas”.<sup>34</sup>

NINO considera errónea esta descripción de las acciones, porque confunde la pregunta de si se realizó alguna acción con la pregunta de si realizó una determinada acción, es decir “si la acción satisface una cierta descripción”. Realmente, lo atractivo para NINO respecto a la teoría final de la acción en derecho penal, es el concepto de intención que está detrás de toda la discusión, lo cual permite dar un paso más a la teoría de la acción con la doctrina católica del “*doble efecto*”,<sup>35</sup> donde el efecto relevante de la acción no es buscado como fin ni como medio sino sólo contemplado como consecuencia colateral necesaria o probable.<sup>36</sup>

Por supuesto, NINO da un paso adelante en la identificación de la discusión entorno a que las descripciones de acción están vinculadas con la individualización, modalización, causalidad y valoración de las acciones, así como la libertad para actuar *vis à vis* a una hipótesis determinista, por consiguiente, sostiene “La idea sería entonces que cuando hablamos de acciones físicas comisivas nos referimos siempre a movimientos corporales, aunque a veces los identificamos no por sus características morfológicas sino por sus efectos, las circunstancias del contexto en que se desarrollan, las reglas que satisfacen, los motivos e intención con que se llevan a cabo, etc...aunque se puede saber muchas cosas de una acción sin conocer los movimientos corporales subyacentes, percibir una acción es percibir tales movimientos corporales; también implica que la localización espacial y temporal de la acción está dada por el espacio ocupado por los movimientos corporales del

---

<sup>34</sup> 1987: 20-21. Una de las preguntas abordadas por NINO sobre si hay algo así como ciertas acciones básicas, se debe al trabajo desarrollado por DANTO 1981: 7. “En este criterio defenderé...cuatro tesis que considero fundamentales para la teoría de la acción:

(1) Si es que hay acciones, hay acciones básicas.

(2) Hay acciones básicas.

(3) No toda acción es una acción básica.

(4) Si *a* es una acción realizada por *H*, entonces, o bien *a* es una acción básica de *H*, o bien es el efecto de una cadena de causas cuyo miembro originador es una acción básica de *H*.

<sup>35</sup> 1987: 15.

<sup>36</sup> Sobre el particular véanse por todos, MANRIQUE PÉREZ, 2012; CAVANAUGH, 2006.

individuo y por el tiempo que ellos insumen”.<sup>37</sup> Claramente esta idea de NINO (tesis de la identidad de acciones y movimientos corporales) ha sido retomada de David DAVISON para quien “Todo lo que hacemos es mover nuestros cuerpos. Lo demás queda a cargo de la naturaleza”<sup>38</sup>, pero el propio NINO es consciente de que al momento de mantener esta tesis de la acción, toda vez que queramos formular un postulado adecuado sobre la acción humana, entonces se requeriría posicionarse, previamente, sobre el concepto de agente y en última instancia, de persona humana.<sup>39</sup>

Para lograr ese objetivo, NINO atiende pormenorizadamente a un factor indispensable para la discusión de la teoría de la acción, esto es, a la voluntad. Este nuevo insumo será desarrollado a partir de la discusión tradicional filosófica-jurídica mediante DESCARTES, HART y DAVISON, al ser del primero la teoría de dos mundos ontológicamente separables (físico y mental), donde la vida de una persona transcurre paralelamente, pero que a la vez están conectados entre sí,<sup>40</sup> esto es, “el mundo físico integrado por fenómenos que están en el espacio y en el tiempo, y en el mundo mental que está constituido por fenómenos que están sólo en el tiempo; lo que tiene existencia física posee materia, mientras lo que tiene existencia mental posee conciencia”,<sup>41</sup> por consiguiente, todo ser humano llega a ser al mismo tiempo cuerpo y mente, los cuales intervienen en sus acciones, dice Nino “en éstas el cuerpo se mueve gracias a las voliciones, que son un tipo de operaciones mentales”.<sup>42</sup> En cambio HART, intentó dar cuenta de la voluntariedad de una acción sin aludir a voliciones o actos de voluntad, por lo cual, hay ciertos movimientos corporales involuntarios cuando

---

<sup>37</sup> 1987: 26.

<sup>38</sup> 1987: 26. Cabe destacar que la posición de Davidson respecto a la identidad de las acciones con los movimientos corporales es detenidamente elaborada en su obra, 1995, particularmente: 17-36.

<sup>39</sup> Véase NINO, 2007a, “El concepto de persona moral”: 137 y ss. Esta relevancia sobre el concepto de persona humana, encuentra un paralelo en el pensamiento de FRANKFURT, 2006: “El problema de la acción”, 118.

<sup>40</sup> ROCA, 2005: 309. “la corriente volicionista –la «doctrina oficial» tradicionalmente atribuida a Descartes, que sostiene que una acción es voluntaria cuando los movimientos corporales que la constituyen están causados por un fenómeno mental: un «acto de voluntad», «volición», etc.- fue duramente criticada por Wittgenstein, Anscombe y, especialmente Ryle. Nino considera sin embargo que tales críticas habían fracasado a la hora de defender una tesis alternativa más plausible para dar cuenta de la distinción entre acciones voluntarias y movimientos involuntarios prescindiendo de voliciones, deseos, etcétera, y ello le llevó a suscribir la revisión que del propio volicionismo hizo Davidson en su trabajo clásico *Actions, reasons and causes*. Este autor defiende las razones que justifican una acción desde el punto de vista del agente, y que están compuestas por el par pro-actitud más creencia relacionada, son además causas de las acciones que racionalizan. Dentro de la corriente volicionista es Goldman quien, según Nino, propone el esquema más elaborado”.

<sup>41</sup> 1987: 37.

<sup>42</sup> (1987), p. 37.

el agente no contaba con “razón” alguna para mover el cuerpo de ese modo. Sin embargo, NINO enfatizará su crítica mediante la postura de DAVIDSON, al aclarar una posición del volicionismo, por incluir a las voliciones o deseos en el concepto de razón, esto es, “seguramente alegraría que no basta que el sujeto tenga una razón para mover su cuerpo de ese modo, sino que esa razón debe causar el movimiento: de lo contrario el que pide limosna exhibiendo su genuino mal de San Vito realizaría una acción voluntaria ya que tiene una razón para mover el cuerpo de ese modo”,<sup>43</sup> además DAVIDSON sostiene que el único criterio para inferir deseos no es la conducta que ellos racionalizan, sino que también se infieren de otras acciones, de expresiones, de sentimientos, etcétera, por lo cual resulta interesante otra objeción de DAVIDSON, dice NINO, al intentar refutar a HART y también a Honoré, que es “en el sentido de que los movimientos y deseos no son causa de acciones porque los juicios acerca de que una acción se hizo por tal o cual razón no pueden implicar generalizaciones del tipo humeano, simplemente porque no hay tales generalizaciones acerca de deseos y acciones. DAVIDSON admite que no pueden promulgarse *leyes* en esta materia con la suficiente precisión como para apoyar predicciones. Pero sostiene que si se exigiera el conocimiento de leyes predictivas para formular explicaciones causales, no se podría explicar la rotura de un vidrio por el hecho de que una piedra lo golpeó; en este caso sólo tenemos generalizaciones muy vagas como las que se refieren a la conducta. Esto no quiere decir, sostiene DAVIDSON, que HUME estaba equivocado, porque su pretensión de que “A” causa “B” presupone una ley puede ser interpretada no como que ese enunciado implica cierta ley particular que involucra los predicados usados en las descripciones “A” y “B”, sino que él implica que hay alguna ley causal instanciada por algunas descripciones verdaderas de “A” y “B”. En el caso de enunciados acerca de razones que causan acciones, tales leyes no necesitan emplear esos conceptos sino que pueden ser de índole neurológica, química, física, etc.”<sup>44</sup> Por consiguiente, NINO sostendrá un concepto de acción de especial relevancia para el análisis de la noción “razones para la acción”, esto es, el de intencionalidad,<sup>45</sup> siguiendo a ASCOMBE para quien el concepto de acción intencional guarda una relación esencial con el concepto de razones para actuar y no así, meramente

---

<sup>43</sup> (1987), p. 41.

<sup>44</sup> 1987: 43.

<sup>45</sup> Tal y como lo pone de manifiesto ROCA, 2005: 310. “La elucidación del concepto de intención lleva a Nino a ocuparse de su conexión con otros factores psicológicos, como las creencias y los deseos del agente, sus motivos o las causas mentales que llevan al agente a actuar”.

bajo una descripción del agente consciente que realiza alguna intención o finalidad voluntariamente, sino una acción intencional es aquella con respecto a la cual resulta pertinente preguntar por razones por las cuales se llevó a cabo,<sup>46</sup> en palabras de ASCOMBE<sup>47</sup> “¿Qué distingue a las acciones intencionales de las que no lo son? La respuesta que voy a sugerir consiste en que aquéllas comprenden las acciones en las cuales resulta aplicable alguno de los sentidos de la pregunta «¿Por qué?»; desde luego, el sentido al que nos referimos es el que presenta en su respuesta, de ser positiva, una razón para actuar. Sin embargo, esto no basta, pues las preguntas «¿Cuál es el sentido pertinente de la pregunta “Por qué”?» y «¿Qué se quiere decir con “razón para actuar”?»», son una y la misma cosa”.

Siguiendo este análisis NINO sostiene que los deseos y creencias del agente proveen las premisas de un razonamiento práctico que concluye en la acción,<sup>48</sup> mediante el estudio de enunciados:

- “(a) matar a Pedro es deseable.
- (b) Hacer que alguien ingiera veneno es un medio generalmente adecuado para provocar su muerte.
- (c) Suministrar veneno a Pedro es deseable.
- (d) Poner arsénico en el café que alguien beberá es un medio adecuado para hacer que él ingiera veneno.
- (e) Poner arsénico en el café que Pedro beberá es deseable.
- (f) Sirvo a Pedro esta taza de café con arsénico; él la beberá. Esta es una acción de servirle a Pedro una taza de café con arsénico.
- (g) Esta es una acción *prima facie* deseable.
- (h) Esta es una acción que no tiene probablemente propiedades que la hagan más indeseables *prima facie* de lo que es deseable *prima facie*.
- (i) Esta es una acción concluyentemente deseable.”<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> MOYA, 2006: 191.

<sup>47</sup> 1991: 51 y ss. Sobre el pensamiento de ANSCOMBE, véase TORRALBA LÓPEZ, 2005.

<sup>48</sup> V. Roca, (2005), p. 311.

<sup>49</sup> (1987), pp. 73 y 74.



Para este esquema propositivo de estudio sobre el razonamiento práctico de NINO, me resulta indispensable citar la siguiente idea de nuestro autor para mejor comprensión de su teoría de la acción intencional:

“Tomando en cuenta este esquema de la estructura de una inferencia práctica se puede sugerir tentativamente la siguiente caracterización: una acción es intencional bajo cierta descripción cuando (i) todas las creencias y pro-actitudes del agente que forman parte relevante de una explicación causal de tal acción bajo esa descripción consisten en la adhesión a ciertos enunciados que constituyen todas las premisas no superfluas de una inferencia práctica que concluye válidamente en un enunciado que el agente endosa con su acción efectivamente ejecutada y que predica la deseabilidad concluyente de esa acción identificada demostrativamente; (ii) la descripción de la acción que se toma en cuenta para predicar intencionalidad debe figurar en una premisa no superflua de la inferencia que predique la deseabilidad de la acción, o en un enunciado del mismo tipo que esté implicado lógicamente por tal premisa; (iii) la premisa fáctica que predica de la acción identificada demostrativamente que tiene certeza ciertas propiedades debe ser verdadera o implicar lógicamente un enunciado verdadero que predique de esa acción así identificada propiedades que contribuyan a generar las propiedades tomadas en cuenta en la descripción bajo la cual se predica la deseabilidad de la acción”.<sup>50</sup>

Lo anterior, guarda conexión con la atención de NINO al trabajo de D'ARCY<sup>51</sup> al entender la identidad de la denotación entre el significado principal de “motivo” y el de “intención”. Esto es, en casi todos los contextos en que se recurre a la expresión “con motivo de...” suele usarse de igual manera la expresión “con la intención de...”; de ahí que ambas se refieren al deseo de materializar una situación posterior al estado de cosas que es tomado como relevante para identificar a la acción por la descripción que asume NINO,<sup>52</sup> por consiguiente, dice “se puede ver claro por qué un deseo no puede constituir en sí mismo una razón operativa: un deseo es un hecho, y de un hecho no puede inferirse un

---

<sup>50</sup> 1987: 74. Sobre el particular, consúltese entre otros, AUDI, 1993: 56-73; MELE, 2010; KRIEGEL, 2011; BRATMAN, 1999: 15-34.

<sup>51</sup> 1963.

<sup>52</sup> En este sentido, ROCA, 2006: 313. “...muchos filósofos sostienen que las razones para actuar también están constituidos por deseos y creencias. Esta tesis presupone, a juicio de Nino, una identidad entre motivos y razones o, por lo menos, implica que toda razón debe ser también un motivo (aunque tal vez no sea cierta la relación inversa). Y el fundamento principal de esta afirmación es que una razón para actuar se nos presenta vacía si no es capaz de determinar acciones, y sólo las creencias y deseos, y en particular estos últimos, son antecedentes causales apropiados de las acciones”.

juicio normativo, como es la conclusión de un razonamiento práctico. Lo que sí puede constituir una razón operativa es el contenido proposicional de un deseo y ese contenido proposicional es...precisamente un juicio normativo o valorativo”,<sup>53</sup> poniendo rotundo rechazo a una posición de las razones unida al subjetivismo de los juicios morales, como es el caso de G. R. GRICE<sup>54</sup>, al entender erróneamente que sólo la gente que desee los fines de la moral tiene razones para ser moral, “Es erróneo suponer que una proposición puede ser una razón para actuar sólo para el hombre que quiere algo que se obtiene con su acción. Las razones para actuar son independientes de los deseos...cualquier inclinación a objetar esto es el producto de confundir la proposición de que (el agente) no tiene una razón con la proposición de que él no tiene un motivo...La fórmula “no hay razón sin deseo” es falsa. Pero la fórmula “no hay motivo sin deseo” es verdadera”.<sup>55</sup>

Como ya se ha dicho, el adjetivo “intencional” yuxtapuesto a una descripción de acción marca el hecho de que el mismo estado de cosas mencionado en esa descripción es deseado como un medio o como un fin, “de esto surge que los motivos, como las intenciones, resultan de una combinación entre deseos y creencias del agente.”<sup>56</sup>

A partir de este último punto, se está en condiciones de seguir con el procedimiento metodológico de NINO para dar una argumentación más sólida sobre las razones para la acción, me refiero a la diferencia que hace entre razones explicativas y razones justificativas, aspectos que se analiza en el siguiente apartado.

### **1.1.2. Una propuesta diferenciadora entre razones explicativas y razones justificativas.**

---

<sup>53</sup> 1987: 84- 85.

<sup>54</sup> 1978.

<sup>55</sup> 1987: 83.

<sup>56</sup> NINO, 1987: 82. “Muchos filósofos sostienen que las *razones* para actuar también están constituidos por deseos y carencias. Esta tesis o bien presupone una identidad entre motivos o razones o, por lo menos, implica que toda razón debe ser también un motivo, aunque tal vez no sea cierta la relación inversa. El fundamento principal de esta posición es que una razón para actuar es vacía si no es capaz de determinar acciones y sólo las creencias y deseos, y en particular estos últimos, son antecedentes causales apropiados de acciones. Si no se conecta con algún deseo del agente, cualquier factor o consideración será irrelevante para generar una acción. Las creencias, por ejemplo, son por sí solas inertes”.

El estudio de la acción en NINO le permite dar un paso fundamental para desarrollar una propuesta metodológica argumentativa para identificar los motivos y razones que un individuo tiene para actuar, mismos que le permitirán tanto explicar (y predecir) como para justificar su comportamiento,<sup>57</sup> para lo cual, NINO realiza una clasificación del análisis de la acción humana desde los puntos de vista “interno” y “externo”, subsanando el mismo error que tradicionalmente ha adoptado por ejemplo, en el ámbito jurídico penal, al mantener un solo punto de vista con exclusión de otro, ya que para NINO “ambos son legítimos en sus respectivos campos de aplicación y se complementan entre sí para cuenta de la realidad”,<sup>58</sup> aunque aclara tener mayor relevancia el aspecto interno hacia la acción por su primacía lógica sobre el externo “aunque el que deben adoptar los jueces para identificar, describir y evaluar acciones es este último”.<sup>59</sup> Tema por demás debatido por DAVIDSON,<sup>60</sup> DON LOCKE,<sup>61</sup> NAGEL<sup>62</sup> y GRICE<sup>63</sup> quienes para NINO serán partidarios de razones explicativas por identificarse con los motivos constituidos por estados mentales (mediante una combinación de creencias y deseos), que serán antecedentes causales de ciertas acciones, pero sin valorarlas, lo cual denota una simple reconstrucción del punto de vista externo del razonamiento del sujeto y, consecuentemente, una razón para actuar es vacua si no es capaz de determinar acciones.

---

<sup>57</sup> Cfr. NINO, 2003: 125-126. “Muchos filósofos han señalado la ambigüedad engañosa de la palabra “razón” ambigüedad que se pone de manifiesto en frases de este tenor: a) “la razón que tuvo Juan para matar a Juanita fue el hecho de que ella rechazase sus avances amorosos”; b) “el que una mujer se niegue a entablar relaciones con un hombre no es una razón para matarla”. Si alguien dijera sucesivamente estas dos frases, ellas no serían normalmente interpretadas como contradictorias. Ello es así porque la primera de ellas alude a una razón explicativa o subjetiva, mientras que la segunda hace referencia a una razón justificativa u objetiva”.

<sup>58</sup> 1989: 22.

<sup>59</sup> 1989: 22.

<sup>60</sup> ( )

<sup>61</sup> 1982: 241-249.

<sup>62</sup> 2004: 40, NAGEL sostiene que no todas las motivaciones implican la presencia de un deseo, por lo que no sería posible concluir que toda motivación requiera que el deseo sea operativo como “factor motivacional”, en palabras de Nagel “A menudo, los deseos que un agente de manera necesaria experimenta al actuar estarán motivados exactamente del mismo modo que la acción. Si la acción es motivada por razones emanadas de ciertos factores externos, y el deseo a realizar es motivado por esas mismas razones, obviamente el deseo no puede estar entre las condiciones para la presencia de esas razones. Esto será verdad para cualquier deseo motivado atribuible a alguien simplemente en virtud de su prosecución intencional de un propósito. El hecho de que la presencia de un deseo sea una condición lógicamente necesaria (porque es una consecuencia lógica) para que una razón sea motivadora no implica que sea una condición necesaria para la *presencia* de esa razón; y si es motivada por esa razón *no puede* estar entre las condiciones de la razón”.

<sup>63</sup> 1978: 170.

NINO explica que los dos aspectos de la acción, "...parecen establecer un puente entre el ser y el deber ser, entre los hechos y los valores, puesto que, por un lado, están conectados con datos fácticos como deseos, inclinaciones, aspiraciones, rasgos de carácter de los individuos, etcétera, y, por el otro, con principios, normas y fines que legitiman una acción. Sin embargo, cualquier conclusión filosófica que se pretenda extraer tomando en cuenta la estructura de estos conceptos se ve oscurecida por la ambigüedad y la notoria imprecisión lingüísticas pertinentes: las palabras "motivo" y "razón" tienen múltiples significados de notoria vaguedad que se confunden muchas veces entre sí y otras veces superponen con el de expresiones, ya analizadas, como "intención", "propósito", "deseos", etcétera. ".<sup>64</sup>

Sin embargo, para ROCA<sup>65</sup> resulta erróneo sostener que "sólo las creencias y deseos (en sentido estricto), y en particular estos últimos, sean antecedentes causales apropiados de acciones, ni tampoco que las razones para la acción deban estar identificadas con tales pares de creencias-deseos (en sentido estricto)", pero lo que sí es posible afirmar dice "es que junto con las creencias acerca de la existencia de una razón para actuar ha de darse una actitud favorable, es decir, una decisión o voluntad de actuar conforme con tal razón", tal como fue destacado por NINO mediante los estudios de D'ARCY en la caracterización del concepto de motivo,<sup>66</sup> al ser las acciones intencionales sujetos de predicados acerca de motivos, lo cual no aplicaría fuera del objetivo del sujeto (sueños, sucesos naturales). Por ello, se está en una diferente perspectiva moral, al poner de relevancia la presencia del motivo de la acción, la cual sería identificable de tres maneras distintas: (1) cuando se asigna a una acción aparentemente buena un motivo disvalioso (2) cuando, a la inversa, se adscribe a una acción mala un motivo noble y (3) cuando tanto la acción como el motivo, que pueden ser ambos buenos o malos, pertenecen a géneros diferentes de bondad o maldad.<sup>67</sup>

Asimismo, Nino habrá de tomar cierta distancia en cambio con los apuntamientos de D'ARCY al distinguir dos sentidos centrales del concepto de motivo, un sentido *prospectivo* que refiere a una meta u objetivo que no está asociado normalmente con la acción y que hace a la acción valiosa para el agente, pero sólo desde la lógica "medio-fin" y, un sentido

---

<sup>64</sup> 1987: 79.

<sup>65</sup> 2005: 337.

<sup>66</sup> 1987: 79.

<sup>67</sup> 1987: 80.

*retrospectivo* que se distinguen por el hecho de que si bien presuponen un objetivo normalmente asociado con la acción, aluden a un hecho pretérito o contemporáneo en relación a ésta, por ello, resulta atractiva la acción para el agente,<sup>68</sup> particularmente, NINO se aparta de ésta última línea referida, porque los motivos retrospectivos llegan a inducir al error de pensar que el carácter de los enunciados sobre motivos retrospectivos y prospectivos son completamente diferentes, y esto no es así porque, “los enunciados acerca de motivos retrospectivos, como la venganza y la gratitud, también describen la intención del agente de producir en el futuro un cierto estado de cosas (quedar agradecido, haber sido vengado), del mismo modo que sucede con los enunciados sobre motivos prospectivos. La diferencia que sí se da entre los motivos que miran al pasado y los que miran al futuro reside sólo en que en el caso de los motivos retrospectivos el futuro estado de cosas que el agente persigue está constituido por una combinación entre un hecho ya dado, antes o contemporáneamente con la acción, y otro que se dará en el futuro. Es decir, lo que el agente procura es una situación compleja que resulta de la combinación entre un hecho pasado y un hecho futuro, y esa combinación está, ella misma, en el futuro. Según esto, los enunciados sobre motivos retrospectivos también responden a la misma lógica medio-fin, sólo que en este caso la relación medio-fin no suele ser causal”.<sup>69</sup>

Esta advertencia señalada por NINO generada por la amplia discusión doctrinal, hace de bastión para continuar con el debate sobre la razón práctica, esto es que la explicación de normas morales como partes integrantes del conocimiento práctico depende de la explicación de las acciones y la estructura de la deliberación del agente se haya de asumir.<sup>70</sup>

Lo interesante de esta última relación de la teoría de la acción es para NINO<sup>71</sup> “qué clase de acciones o qué aspecto de las acciones son susceptibles de ser objeto de juicios de valor y de regulación normativa, y cuál es la relevancia para tales juicios y normas de factores que son recogidos en descripciones y explicaciones de acciones, tales como intenciones, motivos, efectos causales, etc. Uno de los tópicos que iluminan considerablemente la naturaleza y justificación de

---

<sup>68</sup> 1987: 80.

<sup>69</sup> Cfr. ROCA, 2005: 339.

<sup>70</sup> Entre otros véanse, BAYÓN: 45 y ss.; WHITE, 1976; DAVISON, 1983.

<sup>71</sup> 1987: 12-13.

los principios morales y normas jurídicas es el que se refiere al concepto de razones para actuar y a la estructura del razonamiento práctico, o sea el razonamiento que conduce a la ejecución de una acción. Desde ya que, siendo la teoría de la responsabilidad uno de los núcleos centrales de las diferentes áreas de la filosofía práctica, ellas deben encarar irremediamente la vieja cuestión de en qué medida la adscripción de responsabilidad presupone un cierto tipo de libertad para actuar y hasta qué punto ese grado de libertad es compatible con la naturaleza del hombre y la estructura del mundo”.

Es aquí donde la aportación de nuestro autor toma presencia en la discusión sobre la razón práctica, al sostener que por sí mismo las normas jurídicas no constituyen razones para la acción por carecer de capacidad justificatoria de acción y decisiones, por ende, NINO deberá sostener una concepción de la moral y su conocimiento por el hombre, por ser la propia moral la que proporciona los juicios que servirán de premisas mayores en los razonamientos prácticos, ya que, las normas jurídicas son razones para creer que existen razones para actuar.<sup>72</sup> Aquí, NINO continúa el ámbito normativo de HART,<sup>73</sup> específicamente, de aquel punto de vista de quienes siguen de hecho una norma, y la aceptan, manteniendo una actitud crítica reflexiva hacia el modelo de conducta indicado por la norma, entendiendo por ésta, tal y como lo propuso en su momento RAZ al aclarar que la expresión *norma* será utilizada como un término técnico, a diferencia del concepto de regla que es de diversos tipos lógicos, por ello, las normas incluyen alguna de las más importantes clases de reglas, esto es, las categóricas que son “reglas que exigen que una

---

<sup>72</sup> Resulta ilustrativo la explicación que ofrece RAZ, 2013: 214. “Por su naturaleza el derecho tiene rasgos que afectan en gran medida el carácter del razonamiento jurídico. Tengo en mente tres: que el derecho de cada país constituye un sistema que consiste, si no enteramente, al menos en algún grado, de normas o reglas, y que aplicarlo y seguirlo requiere o presupone la interpretación. Sería erróneo sugerir que esos rasgos son propios del derecho únicamente. Son rasgos compartidos por muchas de las religiones importantes y por otras organizaciones sociales. Son característicos de todos los sistemas normativos institucionalizados, y en menor medida también pueden estar presentes en otros dominios normativos. Pero son centrales en el derecho, y se puede decir de ellos que otorgan un carácter especial al razonamiento jurídico (y religioso, etc.). La naturaleza sistemática del derecho, su dependencia de reglas y de la interpretación: estos tres rasgos del derecho están estrechamente relacionados y, al ser rasgos estructurales, puede decirse correctamente que afectan los modos de razonamientos comunes al razonamiento jurídico. En otras palabras, el razonamiento jurídico es como cualquier otro razonamiento, pero además manifiesta rasgos que expresan las características estructurales, o uno podría decir formales, del derecho”.

<sup>73</sup> 1994: 90-91. Para BLANCO MIQUELES, 2008: 21-22. “La adopción de ese punto de vista es ineludible para el estudio del derecho en su realidad, que impone tener presente su normatividad y evitar su reducción a pura coacción, superando así la tensión normatividad-facticidad que se plantea siempre en los positivismo normativistas o realistas. Para conseguir este objetivo, se acude a ideas como las de “justificación”, “razón” o “legitimidad”, que son conceptos que en la teoría clásica remiten a la moral. El camino escogido por Nino para explicar la normatividad del derecho es fundarla en la normatividad moral, fundiendo el discurso jurídico con el moral, uniendo así distintas normatividades en una sola”.

cierta acción sea realizada, y también las reglas que conceden permisiones...El concepto clave para la explicación de las normas es el de razonamiento para la acción”,<sup>74</sup> por ello, RAZ nos recuerda “las razones se usan para guiar la conducta, y las personas deben guiarse por lo que es el caso, no por lo que creen que es el caso. Sin duda, para guiarse por lo que es el caso una persona debe llegar a creer que tal cosa es el caso. Sin embargo, es el hecho y no su creencia en él lo que debe guiarle y lo que es una razón. Si  $p$  es el caso, entonces el hecho de que yo no crea que  $p$  no determina que  $p$  no sea una razón para que yo realice alguna acción”,<sup>75</sup> por ende, NINO al igual que RAZ afirmarán que las razones justificatorias son hechos en el sentido amplio para comprender la validez de principios morales, como del tener ciertos deseos, pero que sólo éstos últimos, constituyen parte de una razón para actuar cuando se combinan con ciertos otros fenómenos relevantes, en palabras de NINO “Me parece que el camino más viable para reconstruir el concepto de razón justificatoria de acciones consiste –como el mismo Raz lo sugiere- en partir del concepto de razonamiento

---

<sup>74</sup> Cfr. 1991: 11-12.

<sup>75</sup> 1991: 20. MORAL SORIANO, 2002: 27-28, puntualiza el posicionamiento de RAZ al distinguir entre razones de primer y segundo orden, en aras de mostrar como se genera el conflicto de razones. “La clave en el modelo de razonamiento práctico ofrecido por Raz es la distinción entre dos tipos de razones: de primer orden y de segundo orden. La concurrencia de ambas en el razonamiento práctico puede plantear tres tipos de conflictos cuya solución aporta la razón para la acción: aquella razón (de primer o de segundo orden) que no ha sido derrotada por otras. La mejor forma de explicar el concepto de razones de primer orden, razones de segundo orden y razones para la acción es describiendo con un ejemplo los posibles conflictos y la forma en que el agente racional debe actuar para solucionarlos

– Conflictos de razones primer orden o conflictos exclusivamente entre razones de primer orden. Éste sería el conflicto que el matrimonio Bastidas deberá resolver para decidir si viajar a Florencia para celebrar así sus bodas de plata. En el proceso de decisión concurren tanto razones para la acción, el deseo de celebrar las bodas de plata, como razones para la no acción, el deseo de gozar de cierta estabilidad económica e invertir el dinero del viaje en un plan de pensiones. Ambas son razones que Raz denomina de primer orden. El conflicto entre éstas se resuelve *valorando la fuerza de todos argumentos o razones en conflicto (balance of reasons)* y decidiendo según aquella razón que tenga mayor peso entre todas las demás. El razonamiento práctico, el proceso de solución del conflicto, se mantiene a un nivel deliberativo de valoración de la fuerza de las razones.

– Conflictos entre razones de primer orden y razones de segundo orden excluyentes. Si la señora Bastidas hubiera hecho la promesa su hija de permanecer con ella porque dará a luz justo en el período que tienen proyectado hacer el viaje, entran en conflicto no sólo razones de primer orden, sino también una razón de segundo orden: hay que cumplir promesas (una norma moral). Este tipo de conflicto se resuelve a favor de la razón excluyente, no porque su peso o fuerza sea mayor sino porque su función en el razonamiento práctico es la de excluir la consideración de otras razones y por la tanto la evaluación o balance de su fuerza en el razonamiento. El alcance de las normas de segundo orden excluyentes es la clase de razones que excluye: las razones de primer orden.

– Conflictos entre razones de segundo orden. Éste sería el caso si en el proceso de decisión de los señores Bastidas concurre otra razón de segundo orden o excluyente, por ejemplo que el señor Bastidas hubiera prometido realizar el viaje a la ciudad de los Medici. Este tipo de conflictos se soluciona según la fuerza de las razones en conflicto implicadas, es decir, se resuelve de la misma manera que los conflictos entre las razones de primer orden: mediante un balance.”

práctico, ya que si hay algo claro respecto de aquella noción es que la función primaria de las razones justificatorias es servir de premisas de un razonamiento que conduce a una acción”,<sup>76</sup> de lo cual no resulta ser unánime el criterio para establecer la naturaleza del razonamiento práctico, en ocasiones se refieren al proceso psicológico que conduce causalmente a la formación de un intención y luego a la ejecución de una acción, en cambio, otras veces, a la inferencia lógica que permite explicar o predecir una acción a partir de leyes y proposiciones fácticas y, finalmente, a la inferencia lógica que permite evaluar, fundamentar o guiar una acción. Por consiguiente, NINO propone recurrir al último sentido del razonamiento práctico, en tanto sea realizada la evaluación, fundamentación o guía de una acción mediante juicios valorativos o normativos,<sup>77</sup> esto es, “si ese razonamiento concluye en un juicio de deber ser y si las razones justificatorias funcionan como premisas de él, necesariamente tales razones debe estar constituidas por juicios o proposiciones e incluir entre ellos al menos un juicio de deber ser, si es que respetamos el llamado “principio de Hume”<sup>78</sup> acerca de la imposibilidad de derivar juicios normativos o valorativos de premisas que sean exclusivamente fácticas o descriptivas”.<sup>79</sup> Al respecto, NINO da continuidad a la propuesta de RAZ para diferenciar entre razones “completas”, “operativas” y “auxiliares”,<sup>80</sup> al referir que las primeras son el conjunto de premisas no

---

<sup>76</sup> Véase, 2003: 129; RAZ, 1991: 44 y ss.

<sup>77</sup> 2003: 130. Al respecto, REDONDO, 1996: 136, sostiene que un deber concluyente sólo será factible mediante la valoración de todas las razones aplicables al caso, pero desde una perspectiva normativa y no técnica “...la noción de argumento práctico no se propone como un esquema de inferencia en sentido lógico ni como un modelo teórico, sino como una forma de comportamiento correcto en la toma de decisiones. El *argumento práctico* es un deber o la permisión de realizar una acción. su calificación como ‘normativo’ se debe a que, en esta hipótesis, la propia implementación del argumento práctica se considera justificada como una conducta debida. Constituye el contenido de una norma regulativa y, por este motivo, es parte de una propuesta de carácter normativo”. Igualmente, CELANO, 2009: 414.

<sup>78</sup> Véase, REDONDO, 1996: 164, “Siguiendo el denominado principio de Hume, Nino sostiene que una conclusión de deber sólo puede obtenerse a través de un argumento en el que alguna de las premisas tenga también dicho carácter. De allí infiere que las llamadas ‘normas’ jurídicas, entidades empíricas en la concepción positivista, no son apropiadas para fundamentar una conclusión semejante. Nino imputa la comisión de un error lógico a todo intento de justificar una conclusión de deber a partir de una norma jurídica, identificada con un criterio positivista. Una pretensión de este tipo supondría cometer la falacia naturalista”.

<sup>79</sup> 2003: 130.

<sup>80</sup> 1991: 37-39. En palabras de REDONDO, 1996: 166, nota al pie 42. “La distinción entre razones operativas y auxiliares está sustentada en la idea de Joseph Raz según la cual, en última instancia, hay un único concepto de razón para la acción. todas las razones son hechos. Las razones operativas, dice Raz, son hechos que, si el agente cree en su existencia, generan una actitud crítica práctica a favor de la acción. Esta actitud psicológica explica la acción y el hecho que la genera, i.e. la razón, la justifica”, lo cual será rechazado por la propia autora al explicar: “...de un hecho, nunca puede predicarse carácter justificativo (ni en sentido formal ni sustantivo). Las categorías de razón operativa y razón auxiliar reflejan la unificación de aspectos psicológicos (empíricos) y justificativos (lógicos o morales)...Adicionalmente, Raz admite, y Nino junto con él, que esta



superfluas de un razonamiento práctico válido, en cambio, las “operativas”, serán aquellas premisas de deber ser que en sí mismas podrían constituir una razón completa para alguna acción, y finalmente, las “auxiliares”, son las que mediante un juicio fáctico indican un medio para satisfacer una razón operativa, es por ello, que “un deseo no puede constituir en sí mismo una razón operativa: un deseo es un hecho, y de un hecho no puede inferirse un juicio práctico, como es la conclusión de un razonamiento justificatorio. Lo que sí puede constituir una razón operativa es el contenido proposicional de ese deseo y ese contenido proposicional es precisamente un juicio valorativo o normativo”.<sup>81</sup> Este análisis de la razón operativa justificatoria habrá de coincidir con HARE,<sup>82</sup> RAWLS,<sup>83</sup> RICHARDS<sup>84</sup> y NAGEL,<sup>85</sup> en particular con la validez de un juicio práctico, esto es, su capacidad para servir como razón justificatoria operativa de un razonamiento de esa clase, y por otro lado, la no dependencia del hecho para que una(s) persona(s) lo hayan formulado o aceptado o, si depende de un hecho tal, ello debe ser en virtud de otro juicio práctico que haga relevante ese hecho, sin que su validez dependa a su vez de la circunstancia de que alguien lo haya formulado o aceptado.<sup>86</sup> La consecuencia fundamental de estos apuntamientos señalados por NINO será lo denominado por él, siguiendo a KANT, el “carácter autónomo de las razones justificatorias operativas y del razonamiento práctico del que forma parte”,<sup>87</sup> lo cual, denota una clara independencia de cada uno de los individuos que desarrollan su propio razonamiento práctico frente al de terceros, “el razonamiento no es transpersonal”.<sup>88</sup> Por tanto, para lograr NINO armonizar las diversas clases de justificaciones, puntualiza las

---

clasificación se proyecte respecto del lenguaje que menciona razones dentro de un argumento práctico formal. En este sentido, las premisas de un argumento son operativas, o no, según qué tipo de razones represente. Si representa un hecho cuya creencia genera una actitud crítico práctica, dicha premisa es una razón operativa. Si no, es una razón auxiliar. Esta idea tampoco es coherente con la tesis sostenida en este trabajo respecto de las normas como premisas de un argumento. Según Raz y Nino, dentro de un argumento práctico, una norma funciona como una premisa operativa que justifica decisiones, en la medida en que expresa o representa una razón operativa. En este trabajo se considera que las normas son por sí mismas razones que justifican en sentido moral, y bajo ciertas condiciones también justifican en sentido sustantivo; pero no porque representen, reflejen, o expresen algún hecho. El lenguaje que representa o refleja hechos es lenguaje descriptivo y no normativo”.

<sup>81</sup> 2003: 131.

<sup>82</sup> 1981, particularmente: 206 y ss.

<sup>83</sup> ( ), *Teoría de la justicia*,

<sup>84</sup> 1971, *A theory of reasons for action*, Oxford.

<sup>85</sup> 2004: 31 y ss.

<sup>86</sup> 2003: 132.

<sup>87</sup> 2003: 132.

<sup>88</sup> 2003: 132.

siguientes tres características de los juicios que constituyen razones justificatorias operativas, *generalidad, universalidad y superveniencia*:

“es que ellos no pueden identificar situaciones a través de nombres propios o de descripciones definidas, debiendo hacerlo, en cambio, por medio de propiedades genéricas. Análogamente al caso anterior, si un juicio práctico no satisficiera esta exigencia, él puede ser, sin embargo, apto como razón justificatoria operativa si deriva de otro juicio práctico que respeta tal exigencia y de un juicio descriptivo acerca de que la situación identificada por el nombre propio pertenece a la clase de situaciones identificada por la propiedad genérica. Esto es el carácter de generalidad de los juicios prácticos que sirven como razones justificatorias operativas.

Los juicios prácticos que pueden figurar como premisa mayor en un razonamiento justificatorio tienen también otro rasgo que no está asociado a su contenido sino a su aplicabilidad: si uno de tales juicios es aceptado para evaluar una cierta situación particular, él debe ser también aceptado para evaluar cualquier otra situación que no difiera de la anterior en una propiedad que esté recogida en el antecedente del mismo juicio. Ésta es la característica de *universalidad* de las razones operativas

Otro rasgo ligado a los dos anteriores, aunque distinto, es que la propiedad que puede justificar la discriminación entre dos situaciones a los fines de una razón operativa no sólo debe ser genérica, o sea debe ser genuina propiedad, sino que también debe ser fáctica, en el sentido de no estar identificada meramente por la aplicabilidad de ésa u otra razón operativa. Éste es el rasgo de *superveniencia* de las razones operativas”.<sup>89</sup>

Lo anterior, permite puntualizar que cada una de estas clases de razones justificatorias operativas son jerarquizables, es decir, un juicio práctico puede constituir (independiente), una razón operativa justificatoria, y puede dejar de serlo cuando entra en conflicto con un juicio práctico de jerarquía superior, aún y cuando sea un juicio práctico de índole diversa, verbigracia, “es bueno ejercitar los músculos”, frente al juicio práctico moral “no se debe lastimar a otro”, y más cobra sentido, cuando la ejercitación consiste en golpear el cuerpo del semejante,<sup>90</sup> es por ello que NINO comparte la convención de que lo “moral” es toda

---

<sup>89</sup> 2003: 132-133. En el mismo sentido, BAYÓN, 1991: 86. “A la luz de estas distinciones puede afirmarse que los deseos constituyen razones operativas, las creencias, razones auxiliares, y la combinación de ambos, una razón completa. Al decir que las creencias no constituyen razones operativas, sino que siempre forman parte de un razonamiento práctico como razones auxiliares, me refiero a creencias acerca de fenómenos empíricos, de estados de cosas, no a cualquier supuesto en que coloquialmente es posible hablar de «creencias»”.

<sup>90</sup> 2003: 133.

aquella razón operativa de mayor jerarquía. Esto es el denominado principio de “*unidad*” del razonamiento práctico, el cual permite evitar la indecidibilidad de las acciones regidas por una pluralidad de razones,<sup>91</sup> a esto le denomina “rasgo de *integridad* de las razones”, por tener la facilidad de agruparse en un sistema manteniendo determinado orden jerárquico.<sup>92</sup> Para ejemplificar esto, NINO crea el siguiente supuesto hipotético para reconstruir el razonamiento que lleva a la acción de un sujeto:

“Caso del asaltante que, exhibiendo amenazadoramente un arma, ordena al asustado cajero de un banco: “¡debe entregarme el dinero de la caja!” Supongamos que la víctima hace lo ordenado...Creo que una reconstrucción plausible, aunque extremadamente simplificada, del razonamiento del cajero tendría estos lineamientos: I. “1) Debo evitar ser muerto o sufrir una seria lesión. 2) Si no obedezco a este asaltante es probable que me mate o me lastime seriamente. 3) Debo obedecer a este asaltante. 4) El asaltante formuló la orden ‘¡debe entregarme el dinero de la caja!’ 5) Para obedecer esa orden es necesario que le entregue el dinero de la caja. 6) Debo entregar el dinero de la caja”. La estructura de este razonamiento es relativamente simple: la orden del asaltante no constituye en sí misma una razón operativa; ni siquiera lo es el juicio que describe esa orden. La orden es tomada como un hecho: el hecho de formular cierto juicio de deber ser por parte de una persona que está en cierta situación de superioridad. El juicio que da cuenta de la existencia esa orden (o sea 4) constituye una razón auxiliar que...especifica la aplicabilidad de una razón operativa. La razón operativa es indudablemente 1; se trata de una razón de índole prudencial que posee los rasgos de la autonomía, generalidad, universalidad, superveniencia, e integración...Respecto del último rasgo, es claro que el poder justificatorio de la razón desaparecería si entrara en conflicto con una razón moral (p.ej., si la amenaza fuera nimia y el daño a otro aún más grave)”.

Al respecto MORAL SORIANO propone identificar esta propuesta del razonamiento práctico en razones de segundo orden mediante el siguiente ejemplo: “La señora Stöger, aprovechando el fin de semana, ha recogido y amontonando la hojas secas de su jardín. Realizada la tarea tiene que decidir cómo deshacerse de ellas: puede arrojarlas al contenedor de basura de la calle o prenderles fuego en el jardín. Decidir lo uno o lo otro es una cuestión de razonamiento práctico: de justificar (dar razones) la acción (la decisión). Varias razones acuden al razonamiento práctico. Una razón sería la de “respetar a los vecinos en el goce y disfrute de su propiedad”. Entonces la señora Stöger no quemaría las hojas para evitar que el humo moleste a sus vecinos. Otra razón sería una norma jurídica, según la cual está prohibido hacer fuegos en jardines

---

<sup>91</sup> Para profundizar sobre el concepto de indecidibilidad, véase, DERRIDA, 1997: 55.

<sup>92</sup> 2003: 133.

privados los fines de semana. Entonces la señora Stöger no quemaría las ramas porque una norma jurídica se lo prohíbe. La norma jurídica mencionada, además está justificada en una razón que Raz denomina *subyacente*: respetar a los vecinos en el goce y disfrute de su propiedad”<sup>93</sup>.

Ahora bien, NINO logra posicionarse sobre la necesidad de unificar las distintas clases de justificaciones y de razones en una sola, ya que mantener una diversidad como tal (moral, jurídica, prudencial, etcétera), dice “implicaría una desintegración del razonamiento práctico que frustraría el objeto de la pregunta acerca de la justificación de las acciones: alguien podría saber que su conducta no está justificada moralmente pero que sí lo está jurídica o prudencialmente, y no saber aún cómo, en definitiva, debe actuar. El razonamiento práctico presupone una jerarquización de razones que evita esa situación: las razones prudenciales justifican las acciones sólo cuando no son desplazadas por razones morales; no hay, en cambio, razones jurídicas autónomas sino que...la existencia de ciertas normas jurídicas constituye una razón auxiliar que sólo justifica una decisión cuando se combina con razones morales o prudenciales adecuadas”.<sup>94</sup> De allí se logra inferir lógicamente que sólo la moral provee disposiciones genuinamente normativas al derecho para poder justificar decisiones de deber.

“los actos de los jueces suelen afectar a intereses ajenos a los propios y, por lo tanto, entran en una esfera en que las razones morales desplazan a las prudenciales en cuanto a su capacidad justificatoria, aunque estas últimas puedan preservar su capacidad motivacional. Tomando en cuenta este hecho, podemos reconstruir la estructura de un razonamiento judicial, bajo un derecho rudimentario, de acuerdo con los lineamientos siguientes: 1) Se debe obedecer a quien ha sido elegido democráticamente para legislar. 2) El legislador *L* ha sido elegido democráticamente. 3) *L* ha dictado una norma jurídica que estipula ‘el que mata a otro debe ser penado’. 5) Debe penarse a quienes matan a otro. 6) Juan mató a alguien. 7) Se debe penar a Juan”.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> 2002: 34.

<sup>94</sup> NINO, 1989: 112.

<sup>95</sup> Cfr. 2003: 139. Sobre el particular, VERNENGO, 1987: 287, “Que esa norma se haya originado en la orden dada por un político, y que éste haya sustentado la creencia de que tal norma debe instaurarse mediante una decisión suya, son cosas que hacen a la existencia efectiva de la norma en un sistema social. Esos hechos, sin embargo, no integran el argumento deductivo y por tanto no llevan al error lógico de pretender inferir una conclusión normativa de puras premisas fácticas. Al fin y al cabo, toda premisa con carácter normativo se

Acorde con este ejemplo, NINO denota en la premisa 1) una norma moral que reúne las características de autonomía, generalidad, sobreviniente e integración y universalidad, los cuales son indispensables para ser calificados de este modo, por ende, las disposiciones jurídicas no expresan razones operativas para justificar decisiones, salvo cuando son identificados como juicios morales,<sup>96</sup> esto es, para justificar, no sólo es necesaria la invocación de una norma, sino además que ella constituya una razón sustantiva a favor de la acción, a decir de REDONDO la teoría de NINO está comprometida con los siguientes argumentos que resume de manera muy oportuna:

“(1) Concepción internalista del deber respecto a las razones justificativas: si algo es un deber entonces constituye una razón justificativa para la acción, i.e. es normativo. Este es el único sentido genuino de normatividad y se ejemplifica a través de las normas morales.

(2) Las disposiciones jurídicas no son razones justificativas. Por tanto, no son normativas (sólo cumplen con esa condición cuando son indistinguibles de las normas morales).

(3) Conclusión: si se pretende justificar una decisión normativa, por razones lógicas, es necesario recurrir a entidades normativas. Es decir, al tipo de entidades señalado en (1): normas morales.

Sobre estas ideas se sustenta la tesis de la conexión justificativa entre Derecho y moral. Sólo si el Derecho está conectado con las normas morales, puede justificar decisiones de deber. En la concepción de Nino, la noción de razón para la acción es necesario para analizar el concepto de norma genuina, pero no para analizar las disposiciones jurídicas. Estas no siempre constituyen necesariamente razones para la acción”.<sup>97</sup>

A pesar de este contundente posicionamiento, no es del todo claro en su obra completa, si NINO define las características de las razones operativas, constatando más tarde que únicamente las razones morales reúnen esos rasgos, o si por el contrario, acontece en sentido opuesto, partiendo de ciertos rasgos de la moral para luego, a efectos de hacer de ella su última instancia justificativa, de ahí que, concluir que todo lo que no reúna los caracteres procedimentales del discurso moral carece de virtualidad justificatoria de acciones o decisiones, tal y como lo expresa BLANCO MIQUELES “Personalmente creo que

---

origina en algún acto intencional, pero el hecho en que la norma encuentra origen no transforma el carácter normativo del enunciado”.

<sup>96</sup> Cfr. 2003: 143.

<sup>97</sup> 1996: 168 y 169.

Nino parte de la moral –*más aún, de una concreta moral, la moral liberal- como única instancia justificatoria*. Nino toma como un *a priori* que, en los casos –puntuales- en los que razones de índole no moral cobran virtualidad justificatoria, es porque se trata de supuestos moralmente indiferentes. Desde el momento en que concurren razones morales a favor de un curso de acción o de otro, esas razones desplazarían a cualquiera otras, porque el razonamiento práctico es un razonamiento unitario y jerarquizado”.<sup>98</sup>

Para verificar si efectivamente, esta crítica de BLANCO MIQUELES es del todo acertado, sigamos un trabajo publicado por NINO “*Razones y prescripciones: una respuesta a Alchourrón*”, donde sostiene que “de los juicios valorativos se suele predicar con toda naturalidad verdad o falsedad, que ellos son universalizables y supervinientes, y que estas dos propiedades, y tal vez la primera, parecen estar conectadas con el hecho de que los juicios valorativos implican, en algún sentido, juicios acerca de razones”<sup>99</sup>, lo cual permitiría aclarar que en ningún momento las razones son hechos que hacen verdaderos a los juicios valorativos, menos aún a una norma, sino que las razones consisten en principios (siguiendo a HARE), dice NINO, “las razones operativas son principios ideales de racionalidad y moralidad asumidos como válidos”,<sup>100</sup> en el sentido de identificar las razones operativas con los principios ideales aludidos, por ello, la principal atención de Nino sobre las razones operativas deviene por el discurso moral, el cual “está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de una aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a acciones de otros”,<sup>101</sup> pero sin conceder que los juicios acerca de razones auxiliares “o sea los hechos relevantes para la aplicabilidad de los principios que constituyen razones operativas”, no son en sí mismos juicios valorativos.

---

<sup>98</sup> 2008: 26.

<sup>99</sup> 2007: 43-44.

<sup>100</sup> 2007: 44.

<sup>101</sup> 1989: 109, cabe destacar que NINO solamente esboza en este texto breves aspectos estructurales del discurso moral, renunciando a una reestructuración completa del mismo, y solamente, hace remisión de lo que esbozará (los elementos básicos para su teoría del discurso) a partir del trabajo de RAWLS, RICHARDS, ACKERMAN, FRANKENA, BAIER, HARE, NAGEL, entre otros.

Para complementar este posicionamiento de NINO, me parece útil hacerlo con otro estudio intitulado “*Ética legal entre la metafísica y la futilidad*”<sup>102</sup>, donde explica que su posición sobre los juicios valorativos es que éstos son emitidos desde una concepción ética objetivista, misma que es defendida por autores clásicos como HOBBS y Kant y contemporáneos al propio NINO como BAIER, FRANKENA, HARE, WARNOCK, RAWLS, RICHARDS, NAGEL, GERWITH, SINGER, entre otros, quienes mantendrán aún y con ciertos matices diferentes, un movimiento filosófico insertado por RAWLS denominado constructivismo moral, que pretende sentar las bases para la aceptación de un modelo de organización social y política que responda a ciertos principios morales capaces de ser aceptados por quienes forman parte de una comunidad política, los cuales se traducen en una priorización del individualismo como fuente de derechos y con los fundamentos de una ética kantiana en lo referente a la concepción de la persona como agente autónomo.

Este planteamiento de NINO será mejor clarificado a partir del siguiente capítulo, con su propuesta constructivista enmarcada en una tendencia del liberalismo que buscaba en aquel momento confrontar el ataque de los comunitaristas dirigían a éste.

### **1.1.3. Las razones para la acción. Un análisis de la ceguera moral, responsabilidad y neurociencias.**

El tema de las razones para la acción ampliamente analizado por NINO y RAZ durante varias décadas es clara muestra de la importancia para la moral y para el derecho tener una clara diferencia entre razones explicativas y justificatorias, así como su utilidad para emitir algún juicio de imputación (responsabilidad) hacia un sujeto que ha actuado en contra de lo dispuesto por la norma moral y/o jurídica. Por ello, considero oportuno hacer un intento por actualizar este dialogo entre la moralidad, derecho y neurociencias, a la luz de las nuevas tecnologías en neuroimagenes que permiten dar un mayor diagnóstico sobre el comportamiento de los sujetos que actúan condicionados por su cerebro y no por su voluntad.

---

<sup>102</sup> 2007a.

Esta problematización de diálogo logró ser contextualizada por NINO quien aborda una serie de problemas actuales, -me refiero a los cuales fueron para él y, siguen siendo hoy día, para nosotros- como es el libre albedrío, la responsabilidad y la aplicación de la moral a través del derecho penal, en diferentes momentos de su obra con una clara visión liberalista y respetuosa de los derechos humanos, fomentada por la discusión anglosajona entre HART<sup>103</sup> y DEVLIN<sup>104</sup> sobre la aplicación de la moral a través del derecho en general, y en particular, del derecho penal,<sup>105</sup> recordando que NINO a finales de los años setenta mantuvo una estancia de investigación para la realización de su doctorado bajo la dirección del propio HART.

NINO ante este debate anglosajón, parte de un cuestionamiento esencial, ¿cuáles son los límites del Estado al momento de castigar a una persona por la realización de determinados actos?, para ello recurre a las perspectivas perfeccionista y liberal propugnadas por HART, quien sostuvo dos criterios, el primero desde una moral crítica, es decir, “desde los principios morales que uno considera válidos con independencia de su valoración social. La segunda distinción se centra en que la polémica moderna no se ocupa del problema acerca de *cuál* moral puede ser impuesta a través de la ley sino con el problema de si el hecho de que una determinada moral haya adquirido cierto grado de aceptación en una comunidad tiene alguna significación que resulte suficiente como para justificar su imposición a través del derecho”.<sup>106</sup> Lo fundamental de estos dos criterios para NINO es poder determinar si nuestra moral crítica mantiene la postura de que sea el derecho el que imponga la moral positiva de la sociedad con independencia de su contenido, para lo cual, considera viable los siguientes argumentos:

“a. Uno debe conceder que la mera existencia de algún consenso moral no es por sí misma una buena razón para su aplicación a través de la ley. De este modo, el reclamo de que el derecho debería aplicar la “moral debe ser interpretado como refiriéndose a una “moral crítica válida”.

---

<sup>103</sup> Cfr. 2006.

<sup>104</sup> Cfr. 2010.

<sup>105</sup> Sobre la disputa entre estos autores, véase MALEM, 1996: 7-16.

<sup>106</sup> Cfr. 2008c: 48.



*b.* Interpretado de este modo, el reclamo resulta analítico. Afirma que para que un sistema jurídico sea justificable de acuerdo con cualquier moral crítica debe aplicar los principios de dicha moral crítica. Nadie negaría deliberadamente esta tautología. Por lo tanto, resulta absurdo afirmar que la ley no debería aplicar estándares morales o que debería ser neutral respecto de ellos. Seguramente los utilitaristas no afirmarían esto; ellos aceptan implícitamente que se debería aplicar el contenido de lo que consideran como una moral crítica válida. Ello en tanto afirman que un acto es inmoral cuando resulta dañoso para terceros y el hecho de que un acto sea dañoso (es decir, inmoral) es una razón relevante, aunque no necesariamente conclusiva, para hacer de ese acto un delito.

*c.* Si existe un desacuerdo entre un utilitarista y otro acerca de la prohibición legal de actos tales como el incesto o la homosexualidad, ¿en qué consiste ese desacuerdo sino en una confrontación entre dos sistemas morales diferentes? Se trata no de una discusión acerca de si la ley debería aplicar algún sistema moral sino acerca de qué sistema moral debería ser aplicado. Lo que no resulta posible es admitir simultáneamente que actos tales como el incesto o la homosexualidad son efectivamente inmorales y negar que su inmoralidad resulte relevante a los efectos de determinar si debieran ser considerados crímenes. De este modo, la afirmación de que sólo los actos dañosos debieran ser penados sólo puede ser razonablemente sostenida por un partidario de una moral utilitarista.

*d.* Puede ocurrir que el asunto no resulte claro por la naturaleza de los ejemplos dados. Resulta improbable que personas que, aunque no son utilitaristas, objetan la punibilidad de actos tales como las relaciones sexuales homosexuales o el incesto, realmente considerarían que tales actos contravienen una moral crítica válida; probablemente pensarían, en cambio, que aquellos actos son una desviación de meras costumbres sociales o manifestaciones de una condición patológica. Sea ello así o no, el asunto podría resultar mucho más claro si hiciéramos referencia a otros casos cuya inmoralidad resulta menos controvertida. Consideremos, por ejemplo, la posibilidad de que existiera un acto de racismo no dañoso. Un utilitarista coherente seguramente se aferraría a sus principios y sostendría que incluso esos actos no resultan inmorales y que, por lo tanto, no deberían estar prohibidos por la ley; sin embargo, muchas personas se resistirían a la conclusión de que actos racistas no dañosos no son inmorales; si así fuera, deberían estar preparados para aceptar que las leyes tendrían, en principio, que prohibir estos actos”.<sup>107</sup>

Bajo este esquema argumentativo liberal no utilitarista, NINO intenta identificar los contenidos permisibles del derecho penal para su intervención proclamando el valor de excluir actos no dañosos de la esfera de interferencia legal, al considerar a los liberales no interesados por sancionar las prácticas sexuales como inmorales, pero no así para los

---

<sup>107</sup> 2008c: 49-50.

liberales utilitaristas que consideran las prácticas racistas inmorales y no dañinas sin estar prohibidas por la ley, y también reconoce NINO, que esta posición aceptaría la protección del derecho a realizar acciones inhumanales atroces, pero no dañinas, por lo que se pregunta ¿cómo podría ser justificada esta posición o incluso como podría ser formulada de forma consistente e inteligible?, lo más importante para NINO no es tanto la posibilidad de justificar una moral de un sistema jurídico prescrito por la moral crítica elegida, sino el de la justificación de las leyes contra actos dañinos, porque esto último, es lo que afirma que “infligir un daño es inhumano, lo que es, ex hypothesi, también cierto respecto de algunos actos que no son dañinos”, lo que implica identificar cuál de los argumentos transcritos anteriormente es injustificado. Para NINO será aquella “afirmación de que la evaluación moral de la personalidad de las personas no debiera resultar legalmente relevante resulta también aplicable a casos de acciones dañinas (y, entonces, es una cuestión relevante aun cuando se adopte una moral utilitarista); implica que la prohibición de actos que dañan a terceros no debe verse calificada por consideraciones acerca del efecto de dichos actos en la fibra moral de sus agentes. Esto tiene una importancia significativa, porque puede que haya un número importante de personas, incluyendo a los utilitaristas, que acepten que sólo han de castigarse los actos dañinos, pero que a su vez concedan que el efecto del acto en la personalidad del agente resulta relevante para la implementación y la distribución de dicho castigo. El rechazo de esta afirmación se basa en el hecho de que la misma razón que milita contra el castigo de actos no dañinos también lo hace contra el castigo de un acto dañino que dependa, de alguna manera u otra, de juicios acerca de la degradación moral del agente. La razón de ello es que el derecho no debería adoptar ideales de excelencia humana y discriminar entre las personas en virtud de su valor moral y la calidad de su modus vivendi; el derecho debería tratar de igual manera al santo y al moralmente depravado, juzgándolo de acuerdo al valor nominal de sus acciones”.<sup>108</sup> Esto resulta inaceptable para NINO porque

---

<sup>108</sup> 2008c: 53-54. Al respecto, resulta actualmente ejemplificativo, el criterio emitido por el Ministro José Ramón COSSÍO DÍAZ, integrante de la Primera Sala de nuestro máximo tribunal constitucional, (SCJN), mediante la jurisprudencia 1a./J. 19/2014 (10a.), con el rubro y texto siguiente: “DERECHO PENAL DEL AUTOR Y DERECHO PENAL DEL ACTO. RASGOS CARACTERIZADORES Y DIFERENCIAS. De la interpretación sistemática de los artículos 1o., 14, tercer párrafo, 18, segundo párrafo, y 22, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se concluye que nuestro orden jurídico se decanta por el paradigma conocido como "derecho penal del acto" y rechaza a su opuesto, el "derecho penal del autor". Entender las implicaciones de ello, requiere identificar sus rasgos caracterizadores y compararlos entre sí. El modelo del autor asume que las características personales del inculpaado son un factor que se debe considerar para justificar la imposición de la pena. Al sujeto activo del delito (que en esta teoría suele ser

la concepción que él defiende, de un derecho penal liberal y racional, se contraponen con la idea de una concepción del derecho penal por la protección de la sociedad en general, ya que “si la justificación de la pena reside en su capacidad de reducir el número de delitos futuros contra la sociedad, y si este objetivo se intenta alcanzar mediante la disolución general o especial, el carácter desagradable de la pena no será un mero efecto colateral, sino que será esencial para lograr los fines que se persiguen. Así, ofrecer una compensación a quienes quedan sujetos a una pena sería claramente incompatible con las razones que llevaron a aplicarla”.<sup>109</sup>

Igualmente crítico del utilitarismo es HUSAK<sup>110</sup> al referir “Las deficiencias de una teoría utilitarista del castigo son ampliamente apreciadas. Los filósofos morales contemporáneos se resisten a recurrir a un razonamiento utilitarista para identificar a quién castigar o en qué medida. En estas materias, el merecimiento juega un rol indispensable. Cuando nos volvemos hacia los temas de criminalización, sin embargo, es más improbable que se reconozcan esas mismas dificultades. Nuevamente, la doctrina es proclive a volverse selectivamente utilitarista. Por ejemplo, A. P. Simester y G. Sullivan sostienen que «es la retribución la que resuelve quién deberá ser castigado y cuánto deberá imponerse», y agregan que «desde luego, el utilitarismo tiene el objetivo de determinar qué conductas deben castigarse». Pero ¿por qué deberíamos tener más simpatía por el utilitarismo en este último contexto que en el primero? Si el utilitarismo no funciona como teoría de la pena, ¿por qué debería tener éxito como una teoría de la

---

llamado delincuente) puede adscribirse la categoría de persona desviada, enferma, desadaptada, ignorante, entre otros calificativos. Esta categorización no es gratuita: cumple la función de impactar en la imposición, el aumento o el decremento de la pena; incluso permite castigar al sujeto por sus cualidades morales, su personalidad o su comportamiento precedente frente a la sociedad. Así, la pena suele concebirse como un tratamiento que pretende curar, rehabilitar, reeducar, sanar, normalizar o modificar coactivamente la identidad del sujeto; también como un medio que pretende corregir al individuo "peligroso" o "patológico", bajo el argumento de que ello redundará en su beneficio. Por ello, el quantum está en función del grado de disfuncionalidad que se percibe en el individuo. Ese modelo se basa en la falaz premisa de que existe una asociación lógico-necesaria entre el "delincuente" y el delito, para asumir que quien ha delinquido probablemente lo hará en el futuro, como si la personalidad "peligrosa" o "conflictiva" fuera connatural a quien ha cometido un acto contrario a la ley. Además, el derecho penal de autor asume que el Estado -actuando a través de sus órganos- está legitimado para castigar la ausencia de determinadas cualidades o virtudes en la persona (o, por lo menos, utilizarla en su perjuicio). En cambio, el derecho penal del acto no justifica la imposición de la pena en una idea rehabilitadora, ni busca el arrepentimiento del infractor; lo asume como un sujeto de derechos y, en esa medida, presupone que puede y debe hacerse responsable por sus actos. Por ello, la forma en que el individuo lidia en términos personales con su responsabilidad penal, queda fuera del ámbito sancionador del Estado”.

Esta tesis se publicó el viernes 14 de marzo de 2014 a las 09:53 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del martes 18 de marzo de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

<sup>109</sup> 2008b: 119.

<sup>110</sup> 2013: 286-287.

criminalización? Sospecho que parte de la explicación para esta disparidad está dada por la extraordinaria influencia que tuvo H. L. A. Hart en la filosofía del Derecho en general y del Derecho penal en particular. Famosamente, Hart defendió una justificación «mixta» de la pena, sosteniendo que las teorías utilitaristas y retributivas podían ser combinadas en una respuesta coherente a las diferentes cuestiones. La retribución es una respuesta plausible a la pregunta «¿a quién castigar?» y «¿cuán severamente deberíamos castigar?» mientras que el utilitarismo proporciona la mejor respuesta a «¿por qué algunos tipos de acciones se encuentran prohibidas por el Derecho y son constituidas como delitos?». A pesar del fuerte atractivo de la sugerencia de Hart, creo que no deberíamos intentar un completo divorcio entre las cuestiones relacionadas con el castigo y aquellas relativas a la criminalización. He sugerido reiteradamente que no podemos decidir si acaso o en qué medida las personas deberían ser castigadas sin tener una gran cantidad de información acerca de *por qué* conducta son castigados –esto es, información acerca del contenido de la ley penal-. Un código que autoriza una pena, ¿respeto las restricciones que según entiendo debe satisfacer toda teoría de la criminalización? Si nuestras leyes violan estas restricciones rutinariamente, quizá estaríamos mejor sin ellas. En otras palabras, difícilmente podríamos decidir si deberíamos tener una institución de castigo, o cómo distribuir los castigos en esa institución, sin hacer ninguna suposición acerca del ámbito y los límites de la sanción penal. De hecho... sostendré que la misma objeción que parece ser letal para una teoría utilitarista del castigo –que viola los derechos de personas inocentes al imponer castigos injustificados- también es letal para una teoría utilitarista de la criminalización”.

A partir de estas críticas al utilitarismo para justificar las penas en un Estado liberal y racional está fuera de consideración para autores como NINO y HUSAK quienes compartieron una visión clara por el principio de autonomía y dignidad de la persona moral, y por consiguiente, también están en contra de leyes penales paternalistas,<sup>111</sup> tales como querer sancionar el intento de suicidio, el homicidio consensuado, la evasión de la educación obligatoria, la adicción a las drogas, etcétera, sino “en afirmar que aquellas leyes no buscan prevalecer por sobre las necesidades o deseos generales de la persona en cuestión, sino proteger sus oportunidades de elección futura de las elecciones actuales que las impedirían. La idea es preservar la capacidad de los hombres de actuar como sujetos que eligen con independencia de la capacidad de sus elecciones”.<sup>112</sup> Sin embargo, el propio

---

<sup>111</sup> Sobre el particular cfr. NINO, 2002: en particular: 275. “En la medida que tal legislación está dirigida a proteger intereses que sus propios titulares no perciben ni reconocen, el paternalismo se confunde con el perfeccionismo, puesto que los bienes protegidos no están en función de los fines que, se supone, los individuos necesariamente tienen, los reconocen o no”.

<sup>112</sup> 2008c: 56.

NINO reconoce que suprimir determinadas elecciones al sujeto para sólo permitirle elegir otra opción es imposible y claramente injustificada, esto conforme a un criterio cuantitativo, porque “en tanto algunas decisiones pueden representar el ejercicio supremo de la capacidad del hombre de decidir (por ejemplo, la decisión acerca de si cometer o no cometer un suicidio) su supresión no puede ser desbalanceada por la posibilidad de tomar muchas otras decisiones nimias”.<sup>113</sup> Pero distinto es la situación que motiva a un sujeto a realizar una determinada acción bajo situaciones compulsivas, al encontrarse emocionalmente perturbada, dice Nino “es inmaduro carecer de toda información, respecto de las cuales uno puede predecir, sobre la base de ciertas generalizaciones psicológicas, que esa persona probablemente lamentará luego de haber tomado esa decisión, deberían darse por descontadas en la consideración de qué constituye un daño contra el que los sujetos debieran ser protegidos. Existen incluso ciertos fundamentos provistos por teorías de la identidad personal para tratar al “ser” de un individuo que se encuentra bajo las condiciones inhabilitantes antes descriptas, como diferente de ese “ser” en otra etapa de su vida en la que estas condiciones inhabilitantes no se encuentran presentes y para protegerlo de acciones dañosas perpetradas por su “ser” anterior, tal y como si fueran realizadas por un tercero”.<sup>114</sup> Aquí NINO presenta un esquema bastante trabajado hoy día por la filosofía de las emociones y el derecho, que en la mayoría de las legislaciones continentales reconocen una disminución de la pena por cometer un delito motivado sólo por las emociones, sin quedar justificada su conducta prohibida por la norma (moral y/o jurídica). Pero la reflexión siguiente por nuestro autor resulta de la más adecuada para el estudio de las neuroimagenes, libre albedrío y responsabilidad, a saber:

“Otra dificultad que podría aparecer al momento de formular legislación penal se vincula con la posibilidad de justificar la exclusión de la posibilidad de que un mero estado mental pueda constituir un delito. Un perfeccionista no necesita inevitablemente favorecer la interferencia legal con meros estados mentales internos de las personas; lo más probable es que rechazara leyes penales de este tipo con base en variados argumentos, por ejemplo, la dificultad de producir evidencia satisfactoria. Sin embargo, no es completamente inconcebible que apoyara que las personas fueran penadas por sus simples creencias e intenciones, puesto que el mero hecho de

---

<sup>113</sup> 2008c: 56.

<sup>114</sup> 2008c: 57. Para ahondar sobre las diversas teorías de la identidad personal, véase mi tesis de maestría 2009, inédita

considerarlos podría involucrar una depravación moral y el castigo de ello podría servir como una condena pública. Obviamente, esto resulta extremadamente repugnante para un esquema de pensamiento liberal. Sin embargo, la tarea de justificar, desde una perspectiva liberal, la no punibilidad de meros estados mentales no es tan sencilla como parece *prima facie*.

El fundamento que, por lo general, se propone es que eso resulta necesario para construir una valla que proteja la libertad de pensamiento y la libertad de expresión, de modo tal que exista un cierto ámbito donde desarrollar y probar nuevas ideas y razonamientos sin tener que enfrentarse con otra cosa que no sean argumentos racionales y persuasión. (...) Sin embargo, las intenciones constituyen de todos modos un paso importante para causar daño y las personas deberían ser penadas por tener esa intención, no porque esa intención haga culpable a la persona sino para evitar su materialización y que otros consideren intenciones similares. (...) La más importante de estas implicaciones se encuentra en el tratamiento de las actitudes subjetivas...el requisito de que una persona que vaya a ser castigada deba haber consentido asumir la responsabilidad de recibir ese castigo (el principio de asunción de la pena) satisface la demanda de justicia en la distribución de las cargas impuestas por la necesidad de protección social. Ésta es, considero, la única relevancia que una perspectiva liberal puede concederle a las actitudes subjetivas del agente. Sin embargo, una concepción perfeccionista asignaría un significado mucho más profundo al requisito de la presencia de determinados estados mentales. En tanto que el sistema jurídico está diseñado para promover ideales personales y la evaluación moral de la responsabilidad es considerada relevante para la atribución de responsabilidad legal, los motivos y las intenciones de los delinquentes deben ser asuntos centrales en la determinación de las razones para castigar a las personas cuando se aplican a su caso particular".<sup>115</sup>

Lo anterior, permite advertir uno de los problemas centrales de la filosofía moral y jurídica, que es la fundamentación de la responsabilidad a un sujeto por lo que hizo, pero el problema se acrecenta cuando este sujeto actúa sin conciencia moral, o mejor dicho, sin moralidad alguna y, en consecuencia, cómo se justifica la imposición de una pena, a alguien que es amoral en su actuar. El otro problema es que si no tuvo opción de elección es porque su referente entre el mal y el bien se ha perdido; no tiene sentido para el sujeto, ¿esto conlleva a decir que no tiene libre albedrío? o que ¿sus motivos para cometer un hecho prohibido por la norma no son generados por él mismo?

Para estar en condiciones de posicionarme sobre las consideraciones de NINO en el ámbito de las razones para la acción, deseo incluir los recientes avances en neuroimágenes

---

<sup>115</sup> 2008c: 57-60.

que han aportado un amplio campo de reflexión para la comprensión de los comportamientos violentos o de la posible peligrosidad del sujeto para cometerlos en futuro.<sup>116</sup> Sin embargo, parte de la doctrina ha invertido sus energías para poder mantener un concepto de culpabilidad inerme a los avances de la neurociencia, rechazando plenamente el determinismo biológico, pero sin poder justificar, a mi parecer correctamente, la declaratoria de culpabilidad y consecuentemente, la imposición de una pena para aquellos sujetos que comprenden la realización de sus actos y son libres en su comisión,<sup>117</sup> pero que carecen de un sistema de valores morales para explicar el motivo de su actuar, me refiero a los psicópatas. Por consiguiente, resulta importante valorar ambas posiciones en el ámbito procesal, al ser el lugar adecuado para la debida valoración de la prueba pericial (neuroimagen) presentada ante la autoridad jurisdiccional, advirtiéndose que al no ser una enfermedad mental, subiste su culpabilidad, pero que al determinar la proporcionalidad de la pena, el juez deberá o no de tomarla en cuenta.

NINO sostiene “Tradicionalmente la dogmática penal ha enfrentado el problema del determinismo en relación a la exigencia de “culpabilidad”. En la medida en que afirma que un sujeto es culpable implica sostener que actuó reprochablemente, se ha concluido que la culpabilidad supone el libre albedrío, ya que no se puede reprochar algo a alguien sin asumir que tenía la libertad para dejar de ejecutarlo. Reprochar a alguien por lo que no pudo dejar de hacer, sería tanto como reprocharle el color de su piel o las circunstancias de su nacimiento. De este modo, se ha asumido que o bien suponemos que le hombre es normalmente libre para actuar o bien abandonamos la exigencia de culpabilidad como condición de la pena. La mayoría de los autores de la teoría continental del delito han optado, con variados fundamentos, por la primera alternativa: unos pocos autores en la actualidad, como Enrique Gimbernat Ordeig, apoyan la segunda opción. Este autor asume que el libre albedrío es indemostrable (por lo menos en el caso concreto) y aboga, en consecuencia por el abandono del principio de culpabilidad –que para él supone reprochabilidad por haber decidido haber el mal a pesar de poder haber elegido el camino del derecho–, no obstante lo cual sostiene que este curso de acción es plenamente compatible con un derecho penal liberal que respete la dignidad humana”.<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> Véase, particularmente, BICKLE, 2004; VINCENT, (ed), 2013; CANCIO MELIÁ, 2013: 529-545; FEIJOO SÁNCHEZ, 2012: 71-168; DEMETRIO CRESPO, 2013: 17-42; NINO, 2008: 103-115; MORSE y ROSKIES (ed.), 2013; ROMEO CASABONA, 2013: 425-446.

<sup>117</sup> Sobre este punto, existe publicaciones disponibles en la página *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, entre las que destacan, LUZÓN PEÑA, 2012; DEMETRIO CRESPO, 2011; HASSEMER, 2011; PÉREZ MANZANO, 2011.

<sup>118</sup> 2006: 363.

En este orden de ideas, se pretende construir las bases para dar algunas posibles respuestas a las siguientes cuestiones ¿el psicópata carece de razones para actuar?, ¿de qué sirve tomar la declaración de culpabilidad del psicópata si el estudio de neuroimagen indica cuál es el motivo cerebral de su actuar?, ¿dónde queda el libre albedrío en el psicópata o será que padece de una ceguera moral?, o en otros términos ¿la neuroimagen suple a la conciencia? Una vez centrado el debate en este primer bloque de cuestiones, se estará en condiciones de posicionar la siguientes problemáticas: ¿quién de las partes en el proceso puede solicitar un estudio de neuroimagen? y ¿cuál será el valor probatorio que el juez le deba otorgarle?, de ser aceptada la neuroimagen como explicación del actuar del psicópata ¿deberá ser utilizada la neuroimagen por el juzgador como una razón más para graduar la pena y/o medida de seguridad?

**a) La neuroimagen: herramienta para explicar las acciones humanas y ¿para justificarlas?**

Los estudios de neuroimágenes del cerebro obtenidas por escáner han confirmado la relación entre el comportamiento criminal con algún defecto en los lóbulos frontales y temporales, o en estructuras subcorticales como la amígdala y el hipocampo, lo que conlleva a que la corteza prefrontal de los asesinos impulsivos sea motivada por una menor actividad, comparada a las personas denominadas “normales”, ya que en la corteza parece residir la capacidad para controlar las acciones mediatizadas por estructuras como la amígdala, de ahí que existan razones importantes para explicar el origen de la agresividad con la estructura subcortical. Esto conlleva a poner de manifiesto una difícil tarea para aceptar el libre albedrío en el ámbito de la culpabilidad, toda vez que el Derecho penal y la neurociencia son abordadas por premisas radicalmente opuestas, denotando los científicos que la moderna dogmática jurídico-penal no logra conjuntar los postulados centrales del principio de culpabilidad con los conocimientos generados por investigaciones cebrales de los seres humanos.



Por consiguiente, se intenta afirmar que el ser humano carece de libre albedrío desde un punto de vista neurobiológico, al sostener los especialistas que el cerebro es el encargado de tomar las decisiones y no la libertad de uno mismo. De tal forma que, la idea del “hombre libre” y el “poder actuar de otra manera” como elementos constitutivos de la culpabilidad, permiten emitir un juicio de reproche a una persona que ha cometido un delito, sin embargo, esto carecería de significado al igual que la conciencia o la razón, para la neurobiología al ser productos de estados cerebrales determinados, (con vida propia). En conclusión, se postula un determinismo biológico que imposibilitaría emitir tal juicio de reproche.

Esto me parece correcto desde la propia perspectiva científica, sin embargo, no encuentro elementos racionales que permitan justificar desde la propia neurobiología el comportamiento de los seres humanos, es decir, se explica el proceso conductivo cerebral en la toma de decisiones, pero la determinación de la culpabilidad en un ser humano, no radica exclusivamente en su explicación, sino que se reprocha su conducta por no estar justificada moralmente. Es aquí, donde considero indispensable centrar la atención sobre la diferencia entre razones explicativas y razones justificativas.

#### **b) ¿Existe alguna implicación moral de la neuroimagen para la culpabilidad?**

Al señalar las aportaciones de los estudios neuronales, corresponde ahora identificar cuáles son las implicaciones morales de los resultados obtenidos mediante la neuroimagen para el derecho penal, particularmente, para determinación de la culpabilidad de una persona (psicópata) que haya cometido un crimen. Lo importante de avistar esta primera relación entre la ciencias neuronales y ciencias del espíritu, es que la primera habrá de ocuparse de qué es lo que ha ocurrido en el comportamiento del sujeto (razones explicativas), y en la segunda, a la atención sobre lo que debió haber ocurrido (razones justificativas).

Este tema –dice NINO<sup>119</sup>– “nos muestra nuevamente el curso errático de las soluciones propuestas que, ambos sistemas jurídicos, nacen de la falta de un criterio general, basado en una coherente y clara justificación del requisito de *mens rea* o de culpabilidad. Por un lado, una vaga adhesión a la justificación de tal requisito fundada en una concepción retributiva de la pena, favorece el reconocimiento de algunos propósitos y disposiciones especiales como relevantes para el reproche moral; por otro lado, ideas opuestas de disuación y acerca de la separación entre el derecho y de la moral presionan en sentido contrario. El resultado es que, cuando el propósito o estado emotivo del agente no se consideran suficientemente excusables, o dicho estado no está suficientemente definido, o los medios empleados para lograr tal propósito no son suficientemente eficaces o razonables, se acude al dogma de que los motivos son irrelevantes para la responsabilidad penal (y no que algún motivo en especial sea irrelevante); pero cuando se siente que el acusado es tan moralmente inocente como para dejar de lado consideraciones de prevención, se reconoce entonces la eficacia excusante de algún motivo, aunque generalmente se lo hace en forma encubierta y sin especificar y justificar las condiciones que permiten una excepción al supuesto principio general”.

Sin embargo, a pesar de ser clara la diferencia entre ambas ciencias, no deja de generarme la necesidad de intentar buscar la vía más idónea para conciliar las implicaciones éticas de la neurociencia al juicio de imputación de responsabilidad, ya que al proporcionarnos información fundamental, objetiva y especializada para comprender el porqué del comportamiento del sujeto que cometió un delito, en aras de redeterminar el valor moral que otorga su resultado científico, frente a nuestras consideraciones jurídico-morales para la imposición de una pena, por ser plenamente responsable el psicópata de su conducta realizada.

La cuestión será formular a partir de esta aparentemente inconciliable relación de la siguiente forma: en la ciencia aceptamos generalmente la teoría que mejor se ajusta con los datos obtenidos (neuroimagen), pero en cuestión de la culpabilidad, si la teoría es inherentemente plausible, podríamos estar dispuestos a no aceptarla aún cuando se ajuste a todas las pruebas presentadas. Lo cual me parece poco progresivo, apartar el juicio de culpabilidad de los avances científicos, ya que éstos últimos nos permiten evolucionar en los estándares morales sobre las conductas de las personas (psicópatas), en tanto que estos

---

<sup>119</sup> 2006: 157-158.

datos sean tomados única y exclusivamente como razones explicativas. Ya que la culpabilidad nunca debe ser imputada sin alguna razón justificativa, porque entonces la finalidad comunicativa de la pena se estaría desvirtuando, esto es, por medio de la pena concedemos a los valores correctos, en tanto que valores correctos, algún efecto significativo sobre su comportamiento, y ¿qué debe entenderse por conectar con valores correctos?, la respuesta sería, la vinculación del sujeto respecto de los valores morales que atribuye la pena depende de que éste haya comprendido el mensaje implícito en la acción culpable. No obstante, existen casos donde el sujeto comprende perfectamente el mensaje de la norma que prohíbe determinadas conductas (matar, robar, etcétera), pero su escala de valores no corresponde con la de la comunidad, o con el propio contenido moral de la norma penal, me refiero a los psicópatas que denotan una ceguera moral.

### **c) La ceguera moral y la función de la culpabilidad.**

Ante el intempestivo progreso en las sociedades modernas, habrá de disminuir la sensibilidad (e incluso perderse) hacia las consideraciones específicamente morales como motivos de la acción humana, entendiendo por consideraciones morales la posición kantiana de ser fin en sí mismo y no un medio para la satisfacción de los intereses particulares. El caso de un psicópata quien carecería de sensibilidad moral, es decir, padecería de la ceguera moral, resulta incompatible su actuar con el libre albedrío y con la responsabilidad moral, en la medida en que el primero condiciona necesariamente la segunda. Así, en la medida en que la posesión de estas capacidades contribuye al valor de los seres humanos, una consecuencia del proceso indicado es una pérdida importante de dichos valores atribuidos en una norma jurídico penal.

Por ello, es indispensable que para declarar a alguien culpable, éste deba ser un agente moralmente responsable de su acción, en tanto que se haya determinado a sí mismo a llevarla a cabo (autodeterminación) y además hay que dar cuenta de si podría haber actuado de otra forma (libre albedrío), posición reconocida como “compatibilismo”, en la cual habrá de ser atribuida la responsabilidad moral por las razones que el sujeto tiene en cuenta al

momento de decidir realizar su acción libre, quedando justificada la imposición de una pena. Pero qué pasa en aquellos casos donde el sujeto realiza una acción sin tener un origen voluntario para realizarlo, es decir, carece de razones. En este caso, estaríamos ante un acto ciego y arbitrario, del sujeto en su actuar y por consiguiente, no debería ser moralmente responsable.

Esta problemática del dilema compatibilista se ha sugerido solventarla mediante la deliberación práctica, donde la sensibilidad a las consideraciones morales mediante una acción típicamente establecida por la norma penal dirigida a un ciudadano “normal”, deberá estar en condiciones de deliberar sobre el curso de su acción que va a tomar, mediante un conjunto de razones que dependerán de su voluntad, tal y como lo explica Carlos NINO “Tanto el sujeto que delibera acerca de su curso de acción futuro como el que valora retroactivamente su conducta desarrolla un tipo de discurso que podemos llamar subjetivo o autojustificadorio, el que, para decirlo, una vez más, está apoyado en razones prácticas o juicios normativos. Por supuesto que no todo juicio normativo es una razón práctica válida en el discurso autojustificadorio. Nuestra idea de irracionalidad y de locura está asociada a la descalificación de algunos juicios normativos como razones válidas”, por ello, el problema será que la imputación afecta al núcleo de la personalidad del sujeto, éste no es el hecho en el caso del psicópata por carecer de esta sensibilidad moral (fines, deseos e intereses), por ende, creo que se le estaría utilizando instrumentalmente, para imputarle su culpabilidad sin tener el pleno reconocimiento de ser fin en sí mismo (autodeterminación) frente a su responsabilidad moral (libre albedrío).

Por consiguiente, el razonamiento jurídico penal justificatorio de un juez se da un plano escalonado: un primer nivel en el que el juez tiene que ver si la práctica jurídica en su conjunto es una práctica moralmente aceptada de acuerdo a ciertos principios valorativos válidos y, si lo es, pasará a un segundo nivel de análisis en que tiene que ver si su acción está o no justificada de acuerdo a esa práctica que a su vez está justificada de acuerdo a los principios morales.

#### **d) Bases de la culpabilidad en principios y valores constitucionales**

Finalmente, para evitar deformaciones de los valores morales en la imposición de una pena por la culpabilidad de una persona que carece de ellos (psicópata), es indispensable recurrir a presupuestos constitucionales reconocidos a favor de cualquier persona (*pro homine*), como son el de justicia, igualdad y dignidad. Para lo cual, se sugiere otorgar al concepto de persona un contenido normativo, por estar necesariamente asumido cuando participamos de la práctica del discurso moral y que es parte esencial de la estructura subyacente al razonamiento que realizamos mediante ella, por ende, es correcto la posición de sostener una culpabilidad (material) jurídico penal construida sobre la capacidad de autodeterminación como reconocimiento social o intersubjetivo, pero con las aportaciones neurocientíficas se estaría en mejores condiciones para detectar supuestos de disminución de dicha capacidad de la persona penalmente responsable de su actuar, en palabras de Feijoo Sánchez “Una vez que se reconoce competencia comunicativa o normativa a alguien que entra en juego una dinámica preventivo-general relacionada con el reconocimiento externo de la vigencia de la norma que deja a la prevención especial en un papel secundario. Aunque no se llegue a estar de acuerdo con esta última afirmación, creo que, en general, resulta asumible afirmar que la responsabilidad jurídico individual surge cuando el Derecho le reconoce algo al individuo que le pertenece y que le pertenece sólo a él (se defina como se defina dicho individuo)”, de ahí que un juez (de ejecución de penas y medidas de seguridad) que conozca de un caso por psicopatía debiera apegarse a los criterios de proporcionalidad al imponer la pena, pero con una estándar de garantía constitucional (justicia, igualdad y dignidad), mediante la imposición paralela de una medida de seguridad, lo cual daría mayor contenido normativo a la culpabilidad del hecho cometido por el sujeto que conocía el mensaje de la norma y decide aún así, realizar su conducta ilícita.

En palabras de NINO “La tesis del libre albedrío se opone a la tesis determinista sólo en tanto y en cuanto se la conciba también en términos descriptivos. Pero la forma en que el libre albedrío suele defenderse, y las ideas y actitudes asociadas con tal defensa, hacen suponer que detrás de esta tesis se esconde una concepción normativa fundamental que no es incompatible con el determinismo. Una formulación plausible de tal concepción podría ser que debemos tratar a los hombres como

personas; o que no debemos considerar sus decisiones, intenciones, preferencias y opiniones en forma análoga a su color de piel, su grupo sanguíneo, su cociente intelectual o sus trastornos hormonales. Este es un principio tan básico de todo sistema moral conocido que vacilaríamos en calificarlo de mero principio moral. Sin embargo, a veces se lo presenta como el principio de la dignidad de la persona humana, y es esta dignidad la que se consiera lesionada cuando un interlocutor descalifica nuestras experiencias infantiles, de nuestra particular inserción en la sociedad o de los procesos fisiológicos que ocurren en nuestro cerebro. Cuando, frente a esto, invocamos nuestra dignidad como personas, no necesitamos negar la hipótesis determinista, sino poner énfasis en que el mismo interlocutor, al formular su opinión respecto de nuestras actitudes subjetivas, tiene la expectativa, que debe consistentemente universalizar, de que a él se lo trate también como persona, tomando en cuenta su opinión de sus méritos intrínsecos y no reaccionando frente a ella como ante un mero reflejo condicionado”.<sup>120</sup>

Por tanto, vincular las aportaciones neurocientíficas al principio de culpabilidad material, permitiría cimentar las bases de una responsabilidad moral acorde con principios de los derechos humanos, esto es, más tratamiento terapéutico que sancionatorio puro, sin alejarnos de una culpabilidad por el hecho, a lo que DEMETRIO CRESPO denomina “compatibilismo humanista”,<sup>121</sup> al reconocer la importancia de la neurociencia que ha logrado explicar del funcionamiento del cerebro con la explicación del comportamiento humano con ciertos límites, lo cual permite ahondar en las razones para conseguir un derecho penal más democrático.

## **2. Conclusiones provisionales.**

La diversidad de criterios relacionados con el estudio de la acción, permite dimensionar, a su vez, la complejidad de los posicionamientos teóricos que se han venido elaborando desde HART hasta DAVIDSON para explicar mediante deseos, creencias, etcétera, los cuales por sí solos son trascendentes e importantes, pero cuando se intenta justificar las acciones de los sujetos, estos recursos argumentativos o descriptivos que llevaron al sujeto a realizar tal acción genera una serie de problemas.

---

<sup>120</sup> 2008a: 114.

<sup>121</sup> Cfr. 2013: 17-42.

Es en este último aspecto donde los estudios de NINO y RAZ ofrecen una línea de investigación bastante elocuente para delinear y profundizar en la diferencia que marca las razones explicativas frente a las razones justificatorias, pero a decir del propio NINO, mantener una diversidad de razones implicaría una desintegración en el propio razonamiento práctico, lo cual imposibilitaría cuestionarnos acerca de la justificación de las acciones, esto es, cómo podría alguien saber que su conducta no está justificada moralmente pero que sí lo está jurídica o prudencialmente, y no saber aún cómo, en definitiva, debe actuar. Por ello, resulta importante en NINO, que el razonamiento práctico presuponga una jerarquización de razones para evitar que las razones prudenciales justifiquen las acciones sólo cuando no sean desplazadas por razones morales, y al aclarar que no hay razones jurídicas autónomas que no logren proporcionar alguna razón auxiliar para permitir justificar una decisión, en tanto sea factible combinarla con otras razones morales o prudenciales adecuadas.

La aportación de NINO al estudio de la filosofía de la acción ha sido enriquecida por él, al identificar la viabilidad de las razones jurídicas con razones morales o prudenciales y al diferenciar, entre razones explicativas y razones justificatorias, reconociendo mayor relevancia las segundas sobre las primeras, pero dejando en claro que se requieren de las dos para emitir un juicio moral.

Lo anterior, toma relevancia y actualidad en la discusión entre la moral y el conocimiento científico, al encontrar un punto de conexión sobre la valoración de las acciones de aquellos sujetos que carecen de moralidad, esto es, padecen la ceguera moral al momento de cometer una acción prohibida por una norma jurídico (penal), tal y como sucede en el homicidio, resultando carente de responsabilidad (determinismo) o por el contrario, denotar un vacío moral en el actuar del sujeto es razón explicatoria para incrementar el rango de sanción.

Por supuesto, que lo que falta ahora es como se justifican los juicios morales, es decir, como son fundamentados y si es que efectivamente es posible hacer eso. Eso es lo que se propone identificar en el siguiente capítulo.





## CAPÍTULO II

# EL CONSTRUCTIVISMO ÉTICO DE C. S. NINO FRENTE A HABERMAS Y RAWLS

*“El procedimiento simplemente se fija usando como punto de partida las concepciones básicas de la sociedad y de la persona, los principios de la razón práctica y el papel público desempeñado por una concepción política de la justicia”.*  
John Rawls

### 1. INTRODUCCIÓN.

Uno de los temas que más ha generado la atención en el debate de la ética contemporánea ha sido el debate desarrollado entre el liberalismo y comunitarismo, destacándose los diversos presupuestos metodológicos e ideológicos, en aras de presentar un esquema crítico del excesivo individualismo y procedimentalismo del discurso liberal, así como de una revisión en positivo de los valores de la comunidad. Sin embargo, el caso del comunitarismo al no corresponder a una sola teoría homogénea y unificada, hace que las críticas de éste hacia el liberalismo, que iremos desdoblado a partir la ética de Nino y Dussel, implique confrontarla con los diversos autores que conforman este bloque doctrinario, tal es el caso de Michael SANDEL, Alasdai MACINTYRE, Michael WALZER, Charles TAYLOR, Amitai ETZIONI, entre otros.

Para ello, haré una exploración histórico intelectual en Carlos S. NINO para contextualizar su posición kantiana adquirida a través de John RAWLS, a fin de estudiar el alcance teórico-práctico de su propuesta constructivista heredada del propio RAWLS, que le permitirá a NINO elaborar su propuesta ética procedimental inmersa en el debate entre comunitaristas y liberales, donde propiamente NINO intentó desarrollar una propuesta metodológica intermedia entre estas dos corrientes éticas (RAWLS y HABERMAS), pero su

fallecimiento a principios de los noventa impidió a Nino continuar el diálogo con las aportaciones subsiguientes a su deceso y, que seguramente, hubiera continuado su confrontación, por lo que, he de intentar reconstruir este diálogo desde una perspectiva crítica entre liberales y comunitarios, a partir de las propias bases dejadas por NINO.

### **1.1. Los conflictos éticos antes de John RAWLS. Una visión del sistema ético anglosajón durante el siglo XX.**

El eje central del análisis de la confrontación mantenida entre comunitaristas y liberales ha sido la pugna por la herencia ética kantiana y hegeliana, de donde la primera marcó una clara forma de análisis de la ética de manera científica, al publicar KANT su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, al plantear la filosofía en su significado material, esto es, diferente a la lógica formal, y por tanto como metafísica a partir de los juicios sintéticos *a priori* mediante conceptos. Por consiguiente, KANT sostuvo al entender a la filosofía como ciencia, que también la ética debería poder aclararse en términos de juicios *sintéticos a priori*, porque esta no puede extraer sus juicios de la intuición, al carecer sus principios de evidencia. En consecuencia, el sistema de la ética no se puede construir dogmáticamente, como tampoco en general la metafísica. El método de su fundamentación es más bien el crítico, es decir: se requiere una investigación previa al sistema de la ética por medio de la cual se pongan al descubierto los principios del sistema y las condiciones de validez. Esta investigación previa, de cuyo éxito depende el destino de la ética como ciencia, es de lo que se ocupa la *Crítica de la razón práctica*.

Este paso dado por KANT, modifica toda la filosofía aristotélica que postulaba que el fundamento de la moral debería estar basado en el principio de la felicidad, el cual fue mantenido sin modificación alguna hasta bien entrada la Ilustración. Una vez postulado el “deber” como fenómeno moral, resultará central para KANT, en oposición a toda ética basada en el bien o los bienes de la virtud, que tanto se había asumido en los códigos

sociales de conducta como en las elaboraciones filosóficas de ella.<sup>122</sup> Finalmente, “Kant introducía una original y compleja teoría metafísica como fundamento de la posibilidad de la moralidad en el ser humano, cuyos conceptos clave: el de la voluntad y el de la libertad, desencadenaron una viva polémica que dio lugar a uno de los temas centrales del idealismo absoluto”.<sup>123</sup>

Este planteamiento kantiano llegará a tener grandes implicaciones en el pensamiento de RAWLS, tal y como se encuentra señalado en su trabajo intitulado “*El constructivismo kantiano en la teoría moral*”, donde examina la variante “la justicia como equidad” desarrollada en su libro *Teoría de la justicia*, con la finalidad de ahondar con mayor holgura en las raíces kantianas de dicha concepción, y hacer frente al utilitarismo, el perfeccionismo y el intuicionismo; sin embargo para lograr mejor comprensión del impacto kantiano en el trabajo de RAWLS y consecuentemente, en NINO, se expondrá el mosaico de confrontaciones éticas mantenidas previo a la década de los setenta, con la finalidad de comprender la herencia discursiva analítica en la que propio NINO se vio inmerso, para ello, su estudio “*Ética analítica en la actualidad*”,<sup>124</sup> muestra con claridad este escenario, en donde la discusión sobre el análisis y fundamentación de los juicios de valor (metaéticos) predominaba en su relación con *ítems* subjetivos como deseos, preferencias, intereses o emociones, esto es, “el subjetivos ético sostuvo que los juicios de valor describen o dan cuenta de actitudes, sea del hablante (en el caso del subjetivismo individualista) o de la comunidad en conjunto (en el caso de un convencionalismo)”,<sup>125</sup> ya que en la primera mitad del siglo XX, la ética anglosajona había estado reiteradamente centrada en el pensamiento de HUME, al tener centrada la atención en que todo conocimiento sustantivo

---

<sup>122</sup> Para hondar sobre el método ética de ARISTÓTELES Cfr. GUARIGLIA, 1992, el mismo, 1997: 33, explica la cuestión del método en la ética por parte de ARISTÓTELES “El estudio de la obra aristotélica durante el siglo que concluye puede dividirse en dos grandes períodos, el primero de los cuales hasta aproximadamente la década de los sesenta, estuvo dominada por la orientación filológica que le imprimieron a comienzos de siglo estudiosos de la talla de W. Jaeger y H. Arnim. A partir de esa década comenzaron a aparecer un conjunto de libros y artículos centrados en diversos aspectos del método en las obras de ética y política de Aristóteles. Este nuevo interés sistemático, surgido primordialmente de las preocupaciones filosóficas actuales, transformó paulatinamente el panorama de la interpretación de la obra aristotélica, en especial en el campo de la filosofía práctica, iniciando un período en el que se pone el acento en el significado que tiene aún para nosotros el modelo de ética centrada en la virtud ofrecida por Aristóteles”.

<sup>123</sup> Sobre el particular, véase, GUARIGLIA, 2004: 54.

<sup>124</sup> 2007b.

<sup>125</sup> 2007b: 21.

deriva de la experiencia sensible y con la consecuencia del escepticismo con respecto a las proposiciones metafísicas, por ende, el presupuesto moral de este tipo de teorías es que el juicio moral no puede fundarse sobre alguna argumentación de la razón, sino sólo a partir de los sentimientos. Lo cual conlleva a que la subjetividad será éticamente determinada, únicamente, por el placer o la felicidad (fin de la acción), por las pasiones o sentimientos (como los medios), sin ninguna intervención de la razón, la autoridad política o la religión,<sup>126</sup> por ejemplo, previo a la década de los setenta la filosofía moral estaba inmersa en el *emotivismo*: las aserciones morales no entran en el campo de lo verificable y no son verdaderas ni falsas; sólo expresan sentimientos o actitudes del que habla sobre la materia en discusión.

La primera versión del no cognitivismo es la expresada por A.J. AYER en su libro *Lenguaje, verdad y lógica*,<sup>127</sup> donde plasma una versión del emotivismo de la manera más sencilla y provocativa del positivismo lógico dentro de la ética analítica, despartándose plenamente de los principios y supuestos básicos del intuicionismo y, paralelamente, con los del naturalismo ético. Esta postura de las expresiones significativas de las que no lo son en ética, se pueden contextualizar siguiendo a RABOSI<sup>128</sup> de la manera en siguiente:

“(a) *enunciados lógicamente verdaderos*, o enunciados analíticos, (por ejemplo, '2+2=4', 'Llueve', 'a=a', (b) *enunciados lógicamente falsos* (por ejemplo, las negaciones de los enunciados incluidos en (a), (c) *enunciados empíricamente verdaderos* (por ejemplo, 'La luna es redonda', 'Estoy leyendo un libro escrito en castellano') y (d) *enunciados empíricamente falsos* (por ejemplo, 'La luna es rectangular', 'Esta hoja de papel es amarilla' [cuando en realidad es blanca]). Los enunciados incluidos en (a) y en (b) expresan conocimiento lógico; son verdades o falsedades formales. Y su carácter se determina sin hacer referencia a aspectos empíricos. A su vez, los enunciados incluidos en (c) y en (d) expresan conocimiento empírico y respecto de ellos vale el *criterio empirista del significado*. Este criterio establece que para que un enunciado que no pertenece ni a (a) ni a (b), pueda ser asignado válidamente a (c) o a (d), es necesario que sea refutable o confirmable mediante la experiencia empírica”.

---

<sup>126</sup> DUSSEL, 2002: 108.

<sup>127</sup> Básicamente, véase el apartado 6, “Crítica a la ética y de la teología”; RABOSI, 1979: 129, explica que “El emotivismo aparece conectado en sus comienzos con el positivismo lógico. Como aplicación del criterio empirista del significado puede llevar a eliminar a los enunciados éticos de la clase de enunciados auténticamente significativos, algunos filósofos allegados al Circulo de Viena trataron de encontrar una salida que mantuviera incólume la autoridad del criterio y que, al mismo tiempo, explicara el funcionamiento de tales enunciados”.

<sup>128</sup> 1979: 131.

Esta nueva forma de analizar la ética, permitirá a Charles STEVENSON,<sup>129</sup> Richard M. HARE,<sup>130</sup> Simon BLACKBURN<sup>131</sup> y Allan GIBBARD elaborar una versión más sofisticada del emotivismo. Para STEVENSON, uno de los representantes<sup>132</sup> sostiene que los conceptos de “signos”, “significado” y “significado emotivo”, entendidas como reglas lingüísticas permiten que las propiedades disposicionales que relacionan un signo con las reacciones psicológicas de aquellos que lo interpretan o lo utilizan, sirva para elegir el menor de los

---

<sup>129</sup> 1979: 306, sostiene que “No puede pensarse, pues, que corresponde dejar de lado el lenguaje descriptivo en beneficio del lenguaje no descriptivo o que corresponde dejar de lado el segundo en beneficio del primero. El problema consiste –en realidad– en conseguir que los dos usos del lenguaje funcionen juntos sin dificultades; que los dos cumplan con su función sin excederse en sus prerrogativas. Es muy difícil explicar cómo puede conseguirse tal resultado, pero esto es mucho más claro: el esfuerzo por obtener conocimiento empírico –tarea con la cual el lenguaje descriptivo se encuentra íntimamente conectado– es muy importante y exige perseverancia. Aunque una expresión controlada de la emoción puede favorecerla, una expresión incontrolada puede obstaculizarla. Esto último se ha visto una y otra vez en el curso de la historia. Parece prudente que todo el que discute y considera problemas normativos contenga sus emociones durante un período más o menos largo, con el objeto de asegurarse de que las premisas fácticas pertinentes se encuentran adecuadamente corroboradas. En otras palabras, tienen que existir períodos en los que los usos emotivos del lenguaje se subordinen totalmente a los usos descriptivos. Hemos visto que en otras oportunidades puede haber ocasión de usar libremente términos fuertemente emotivos. Pero cuando se trata de sopesar pruebas, es muy probable que enturbien la cuestión. Quizás esto sea así de modo temporario. A medida que mejoren nuestros hábitos de pensamiento podremos desarrollar la aptitud de usar simultáneamente los dos aspectos del lenguaje, conservando separadas sus funciones. Esto es posible, a veces en nuestra época. Sin embargo, cuando *corroboramos* la verdad de las razones ofrecidas en apoyo en una conclusión normativa, debemos tomar la precaución de identificar los términos que más se aproximan a los términos puramente descriptivos. Únicamente de esta manera podemos estar seguros de que la ciencia –y no una imitación de ella– tendrá relación con los problemas éticos y de que los fines que se encuentran bien fundados podrán resistir un examen cuidadoso. Estos comentarios sirven para sugerir –pese a ser nada más que aproximados– la manera en que deben desarrollarse las discusiones de tipo normativo. Deben basarse en la *totalidad* del conocimiento que posee una persona, se prestan muy poco a la especialización y exigen una vitalidad emocional completa, aunque controlada”.

<sup>130</sup> 1999; el mismo, 1975.

<sup>131</sup> Cfr. 1998; el mismo, 2006: 144-159.

<sup>132</sup> La obra más significativa de STEVENSON, es, 1979: 146. “En primer lugar, en la obra de Stevenson se encuentra el primer intento serio de analizar el *funcionamiento efectivo del lenguaje ético*. Esta circunstancia coincide con la corriente filosófica –desarrollada en la década del cuarenta y veinte aún en nuestros días– según la cual determinar el *uso o función* de las expresiones lingüísticas en contextos específicos constituye una etapa necesaria en todo ensayo de análisis filosófico. La tesis de que tanto el intuicionismo como el naturalismo han presupuesto erróneamente que el lenguaje usado con contenido o con fines éticos posee primordialmente una función informativa o descriptiva, es una consecuencia inmediata de esta estrategia que tiene la virtud de poner de manifiesto una nueva dimensión del problema que no puede ser ignorada por los eventuales defensores de dichas teorías. En segundo lugar, el enfoque propuesto por Stevenson promueve a un primer plano la *relación entre el comportamiento y los enunciados éticos*– un tema postergado por los intuicionistas y los naturalistas– y proyecta sobre ella un análisis inteligible y, en muchos sentidos, clarificador. Es verdad que el problema ha sido vislumbrado por otros filósofos aparte de Stevenson, pero sólo a través de su teoría recibe la cuestión la importancia que merece dentro del campo de la ética”.

males.<sup>133</sup> Por ende, el papel de la razón sólo queda limitada a actuar sobre datos sensibles y por eso lo moral es independiente de la propia razón. Esto genera el problema para deducir de la experiencia sensible un argumento moral, o del pasar concluyentemente del ser al deber ser y, por tanto, lo moral no sería parte del ámbito racional, sino que depende sólo del sentimiento, esto significa, que no propiamente existe una argumentación, sino propaganda e incitación, enfrentamientos de gustos y actitudes.<sup>134</sup>

En realidad lo que STEVENSON trata de defender en el fondo, es una fundamentación basada en la teoría del interés al considerar “totalmente relevante”<sup>135</sup> para su análisis de los juicios éticos, el concepto de “bueno”, señalando tres requisitos para satisfacer el sentido de “más importante”: 1) la bondad debe ser un tema para un desacuerdo inteligente; 2) debe ser “magnética”; y 3) no debe ser posible descubrirla solamente mediante el método científico. Por ende, los términos éticos son instrumentos usados en la complicada interacción y reajuste de los intereses humanos y la razón es porque “los juicios éticos se propagan”<sup>136</sup>

Esta generalización sirve para la ética. Si A y B, en vez de emplear imperativos, hubieran dicho respectivamente: “Sería *mejor* ir al cine” y “Sería mejor ir al concierto”, las razones que darían, serían aproximadamente las mismas. Cada uno de ellos daría una explicación más completa

---

<sup>133</sup> STEVENSON, 1985: 130, aclarando más adelante, p. 133. “Esto no quiere decir que el “significado emotivo” sea siempre dependiente o cuasi-dependiente –que es un producto secundario de la cognición, por decirlo así, o que es *únicamente* el resultado de una función de signos. Tal punto de vista convertiría nuestras actitudes en una anomalía psicológica. En términos generales, todo evento tiene muchas causas. Sería extraño, entonces, si algo tan complejo como nuestra reacción emocional a los signos variaría *solamente* con nuestra reacción cognoscitiva frente a ellos”.

<sup>134</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, 1985: 3. Explica que “Para muchos la tarea del filósofo moral ya no puede ser de ética normativa: proponer contenidos o normas, ni mucho menos articular un sistema, pues sólo sería algo subjetivo y arbitrario; sino sólo metaética: análisis filosófico de la naturaleza de los juicios morales y de la discusión moral, que apenas puede hacer más que insistir en su irracionalidad, con una labor de desenmascaramiento y reducción de lo moral a otra cosa. Sólo el utilitarismo con su razón instrumental, su neutralidad frente a los deseos de todos y su pretendido carácter metafísico podría ser una ética normativa aceptable. Esta etapa se ha caracterizado sobre todo por la discusión en torno al utilitarismo, que también fue a su manera la ética de Hume”.

<sup>135</sup> Para STEVENSON, 1965: 273, las teorías tradiciones del emotivismo se han centrado en señalar que los enunciados éticos son descriptivos del estado real de los intereses, según la cual, sólo proporcionan información sobre tales intereses, a lo cual explica “Es esta insistencia en la descripción, en la información, lo que hace incompleta su relevancia. Siempre hay, indudablemente, *algún* elemento descriptivo en los juicios éticos, pero eso no es todo, de ningún modo. Su uso más importante no es indicar hechos, sino *crear una influencia*. En vez de describir meramente los intereses de la gente, los *modifica* o *intensifica*. *Recomiendan* el interés por un objeto, más que enunciar que ese interés ya existe”.

<sup>136</sup> STEVENSON, 1965: 275.

del objeto de interés, con el propósito de terminar la rectificación de intereses que empezó con la fuerza sugestiva de la oración ética. En conjunto, por supuesto, la fuerza sugestiva del enunciado ético sólo ejerce presión suficiente para iniciar la cadena de razones, ya que éstas son mucho más esenciales para la solución de desacuerdos de intereses que el efecto persuasivo del juicio ético por sí mismo. Así, el método empírico es útil para la ética simplemente porque nuestro conocimiento del mundo es un factor determinante de nuestros intereses. Pero adviértase que los hechos empíricos no son bases inductivas de las cuales se siga, problemáticamente, el juicio ético. (Que es lo que implican las teorías tradiciones del interés). Si alguien dijera: “Cierra la puerta”, y añadiese: “Nos resfriaremos”, esta última frase difícilmente podría considerarse como base inductiva de la primera. Ahora bien, los imperativos se relacionan con las razones que los apoyan, del mismo modo que los juicios éticos se relacionan con razones.<sup>137</sup>

Sin embargo, el propio STEVENSON reconoce que el método empírico no es suficiente para conseguir el acuerdo ético, y menos aún, si se entiende el concepto método como un método racional, sino que el acuerdo se consigue mediante un modo *persuasivo* o por *influencia*, no empírico ni racional, de ahí el desacierto por parte de las teorías tradicionales del emotivismo por olvidar el significado emotivo. Por tanto, “Los enunciados éticos son instrumentos sociales. Se emplean en una empresa cooperativa en la que unos a otros estamos adaptándonos a los intereses de los demás”.<sup>138</sup>

Otro de los ámbitos éticos mayormente elaborados antes de la propuesta ralswiana fueron las diversas versiones utilitaristas (dentro del plano ético normativo), que intentaban juzgar a las acciones o instituciones por sus consecuencias respecto de un bien intrínseco (según BENTHAM y MILL), como el placer o la ausencia de dolor; o aquella otra versión, basada en el presupuesto moral implícito en la teoría económica del bienestar, como satisfacción de deseos o preferencias. El pensamiento del utilitarismo para NINO resulta egoísta “si se toma en cuenta sólo el placer o la satisfacción de deseos del agente, y es universalista (como ocurre con Bentham y la economía del bienestar) si toma en cuenta el placer o la satisfacción de las preferencias de todos los miembros del grupo relevante. Esta doctrina también se bifurca en utilitarismo de actos o de reglas, según se aplique el principio de utilidad –que prescribe la maximización del bien intrínseco- directamente a las

---

<sup>137</sup> STEVENSON, 1965: 284.

<sup>138</sup> STEVENSON, 1965: 286.

conductas individuales o a las reglas, prácticas o instituciones sociales (sean positivas o ideales) que a su vez sirven para evaluar acciones”.<sup>139</sup> De igual manera, la propuesta del utilitarismo positivo prescribe maximizar la felicidad, en cambio, Karl POPPER elabora su versión negativa, esto es, minimizar la miseria. Y finalmente, la tradición clásica utilitarista sostiene la maximización del bien intrínseco independientemente del número de personas que gozan de él, el utilitarismo “del promedio” divide el bien intrínseco por el número de sus beneficiarios.<sup>140</sup>

Sin embargo, NINO advierte que todas estas modalidades utilitaristas renovadas por SINGER, SMART y GLOVER, quienes mostraron una serie de consecuencias del principio de utilidad en superar ciertos prejuicios como la distinción entre actos y omisiones y entre seres humanos y otros seres sensibles, generaron pocos desafíos a la concepción utilitarista misma, “ya que, en una era de escepticismo metaético, se consideraba que tal concepción era la más económica en materia de presupuestos metafísicos: al fin y al cabo el utilitarismo sólo partía de un principio económico y simple, mientras que el resto era un cálculo de consecuencias sobre la base de hipótesis empíricas, lo que satisfacía a la mentalidad científicista y tecnológica prevaleciente. Es más, el principio de utilidad estaba relacionado intrínsecamente o bien con deseos o con sensaciones, lo que parecía satisfacer al relativismo meta-ético dominante aunque, en realidad, había un salto muy grande entre pretender reducir los juicios éticos a la expresión o descripción de deseos y emociones – como hacía el subjetivismo o el no-descriptivismo meta-ético- y pretender que los juicios éticos prescriban maximizar la satisfacción de deseos o la expansión de ciertas sensaciones”,<sup>141</sup> esto en aras de poder consolidar un posicionamiento objetivista en la fundamentación de los juicios morales en RAWLS.

---

<sup>139</sup> 2007b: 22.

<sup>140</sup> 2007b: 22.

<sup>141</sup> 2007b: 22-23. Para NINO el postulado más débil del utilitarismo es el propuesto por F. HAYEK, denominado “libertarianismo” que toma como dato moral básico los deseos o decisiones de la gente, una vez sacralizados el orden social y el natural y posteriormente, adscribiría al cosmos el orden del mercado y de la propiedad privada, pretendiendo que los restantes arreglos sociales estén basados en el consentimiento y las decisiones de la gente.



## 1.2. La propuesta ética-analítica de John RAWLS.

Para RAWLS “el objetivo de la reflexión filosófica no es la obtención de la verdad sino, más modestamente, la obtención del consenso sobre principios que puedan organizar la vida en común en sociedades plurales donde la gente disiente acerca de todo y, en especial, acerca de las diversas concepciones del bien”,<sup>142</sup> para ello, RAWLS construye su propuesta ética a partir de toda una serie de supuestos, de hechos o de principios aceptados de modo prácticamente acrítico. Esa objetividad supone una validez de ciertas nociones: sujeto moral autónomo, sociedad bien ordenada, libertad e igualdad como supremos valores sociales, entre otros, así como también ciertos hechos: pluralismo social y cultural, bienes primarios, sociedad democrática avanzada, etcétera.<sup>143</sup>

Tal y como lo puntualiza “La concepción de justicia que pretendo desarrollar puede formularse bajo la forma de dos principios. A saber: primero toda persona que participe en una práctica, o se vea afectada por ella, tiene igual derecho a la libertad más amplia que sea compatible con igual libertad para todos; y segundo, las desigualdades son arbitrarias mientras no sea razonable esperar que funcionarán en beneficio de todos y siempre que las posiciones y funciones a las que corresponden, o a partir de las cuales puede obtenerse, estén abiertas a todos. Estos principios expresan la justicia como un conjunto de tres ideas: libertad, igualdad y retribución por los servicios que contribuyan al bien común”.<sup>144</sup>

Y más adelante concretiza:

“El término ‘persona’ deberá interpretarse en forma diversa según las circunstancias. En ciertas ocasiones puede significar individuos humanos, pero en otras se referirá a naciones, provincias, firmas comerciales, iglesias, equipos, etc. los principios de la justicia se aplican a todos estos casos, aunque hay una cierta lógica a favor de los individuos humanos. Usaré el término ‘persona’ de la manera ambigua señalada”.<sup>145</sup>

---

<sup>142</sup> ROSENKRANTZ: 19.

<sup>143</sup> MASSINI CORREAS, 2005: 39.

<sup>144</sup> 2002: 7.

<sup>145</sup> 2002: 9. En general, estas características tendrán repercusiones directas con el concepto de persona, que hoy en día, ha generado tantas diferencias en la sociedad, particularmente en temas específicos como la eutanasia, el aborto, la clonación, etcétera.

En este orden de ideas, deja claro RAWLS que su teoría de la justicia podrá ser realizable en tanto se acepte la igualdad en la libertad, salvo aquellos casos, donde el ejercicio de una persona fuese incompatible con la práctica que los define (sociedad), o condujese a una menor efectividad. A partir de estos supuestos, podría existir una razón para circunscribir sus derechos. Por ello, acepta una concepción de justicia que incluya en ella el concepto de la mayor igualdad de libertad.<sup>146</sup>

Ahora bien, aún y cuando RAWLS mantenga una postura metafísica de persona –en estricto sentido–, derivada de toda la tradición liberal de LOCKE y KANT, se debe enfatizar que dentro de su teoría de la justicia, la noción de persona se establece al margen de los valores sustantivos que definen el carácter y preferencias concretas de un individuo.

El propio RAWLS<sup>147</sup> aclara este punto, “Parte de esta dificultad consiste en que no hay una noción comúnmente aceptada de lo que significa una doctrina metafísica...desarrollar una concepción política de la justicia sin presuponer o usar explícitamente una doctrina metafísica particular, por ejemplo, alguna concepción metafísica particular de persona, es presuponer ya una tesis metafísica, a saber: que no se requiere ninguna doctrina metafísica para este propósito. También podría decirse que nuestra concepción cotidiana de las personas como las unidades básicas de deliberación y responsabilidad presupone, o implica de algún modo, ciertas tesis metafísicas acerca de la naturaleza de las personas como agentes morales o políticos. Siguiendo el precepto de la abstención, no debería entrar a negar estas tesis. Lo que debería decir es lo siguiente. Si atendemos a la presentación de la justicia como equidad y al modo en que está construida, y si observamos las ideas y las concepciones de que se sirve, no se divisa entre sus premisas ni se aprecia en las implicaciones de su argumentación, ninguna doctrina metafísica particular acerca de la naturaleza de las personas que sea distinta u opuesta a otras doctrinas metafísicas. Si entraña presupuestos metafísicos, quizá son tan generales que son incapaces de

---

<sup>146</sup> Esta postura rawlsiana de justicia imparcial que pretende sostener, tiene sus antecedentes con Hegel, en su dialéctica del amo y el esclavo, y el concepto de reconocimiento. Aunque en el fondo, tenga más una fundamentación kantiana del deber ser y el cumplimiento al imperativo categórico que la propiedad *polis* establezca como el bien más próximo a la realización de los fines de cada uno de sus integrantes.

Para CANO VALLE, 2005: 53-54, acepta que el pensamiento rawlsiano tiene injerencia en la asistencia sanitaria. “Creemos que no debe haber ninguna duda en el sentido de que en el área de salud, de acuerdo con la gran mayoría de las teorías éticas sobre la justicia distributiva, es justo lo que produce equidad y eficiencia. Son también necesarios el planteamiento la solución de prioridades a través de la formulación de políticas, normas, programas, capacitación del personal de salud y de la población, y la adquisición de materiales y equipos para otorgar a todos los individuos una atención de salud adecuada. Ésta debe ser universal, accesible, oportuna, integral, efectiva y de alta calidad”.

<sup>147</sup> 2004: 59-60, nota 31.

distinguir entre las visiones metafísicas que han ocupado tradicionalmente a la filosofía – cartesianos, leibnizianas o kantianas; realistas, idealistas o materialistas–. En tal caso, esos presupuestos no serían relevantes en modo alguno para la estructura y el contenido de una concepción política de la justicia”.

Para ello, acepta una concepción de persona descrita políticamente (en una posición original los ciudadanos en tanto personas libres), bajo tres aspectos fundamentales: *el primero* es que “se conciben a sí mismos, y unos a otros, con facultad moral para tener una noción del bien”, lo cual significa que pueden alterar y revisar esa concepción de motivos razonables y racionales, si así lo desean. Por ende, su identidad pública –dice RAWLS–, entendida como personas libres, se ve afectada por los cambios que temporalmente se sucedan en su determinación de esa concepción.

Ejemplifica esto de la siguiente manera: “cuando los ciudadanos se convierten a otra religión, o cuando abandonan una fe religiosa establecida, no dejan por ello de ser, a efectos de la justicia política, la misma persona que antes. No se produce pérdida alguna de lo que podríamos llamar su identidad pública o institucional, o de su identidad como asunto del derecho básico. En general conservan sus mismos derechos y obligaciones básicos, poseen las mismas propiedades y pueden reclamar lo mismo que antes, salvo en la medida en que esas reclamaciones vayan ligadas a su antigua afiliación religiosa”.<sup>148</sup>

En *segundo lugar* está la identidad moral, o moral no institucional. Lo cual marca una separación entre los objetivos, compromisos de cada uno de los ciudadanos de la sociedad, de corte política y no político. Porque sin estos fines, estaríamos desorientados, perdidos, y seríamos incapaces de llevar a cabo nuestros propósitos, o bien, “podría pensarse que no habría ya nada que llevar a cabo”.<sup>149</sup>

Lo que demuestra que la persona no es anterior a sus fines, sino que son los fines morales lo que conforman a la persona, los que la constituyen valorativamente, “no es la voluntad de los individuos la que constituye la sociedad, sino que es la comunidad la que otorga la identidad a los individuos, así como el camino que marca el sentido de sus

---

<sup>148</sup> 2004: 60-61 y 336-341.

<sup>149</sup> 2004: 61.

vidas”.<sup>150</sup> Aún y cuando RAWLS prefiere no utilizar el término “identidad”, sino “nuestra concepción de nosotros mismos”, o bien, “el tipo de persona que queremos ser”, porque todos llegamos a cambiar con el transcurso del tiempo, –al igual que PARFIT– ya sea paulatinamente o abruptamente, y por ende, pensamos que ya no es la misma persona. De ahí, que RAWLS crea que eso no tiene por qué afectar en nuestra identidad pública o institucional, ni aún en nuestra identidad personal.

“Eso ayudaría a distinguir entre la cuestión propiamente moral y la cuestión de la mismidad, o identidad, de una substancia, de un permanente o de una cosa a través de los diferentes cambios temporales y espaciales. Al decir eso, presupongo que una respuesta al problema de la identidad personal de la que trata es de definir varios criterios (por ejemplo, criterios psicológicos memorísticos y de continuidad física del cuerpo, o de alguna parte de él), criterios de acuerdo con los cuales pueda decirse de dos estados o acciones psicológicos diferentes que lo son de una misma persona que perdura en el tiempo; esa respuesta trata también de definir el modo de concebir esa persona que perdura, ya como substancia cartesiana o leibniziana, ya como yo trascendental kantiano, o bien como un algo permanente de algún tipo, por ejemplo, corporal o físico”.<sup>151</sup>

En este sentido, RAWLS trata de justificar su fundamentación del concepto de persona, a partir del desarrollo de una concepción política de la justicia que evite en lo posible problemas, como podría serlo la falta de distinción entre la identidad no-pública o moral de la persona y el de su identidad personal.

Esta postura es fortalecida por SANDEL, quien como buen liberalista encontramos en su a lo largo de su obra *El liberalismo y los límites de la justicia* los siguientes elementos distintivos:

1. Las personas morales están constituidas por su capacidad de elegir fines, adoptar intereses, formar deseos;
2. Esta capacidad y la persona constituida por ella es previa a cualquier fin, interés o deseo. Esto implica, por un lado que cuando nos referimos a un interés o un deseo

---

<sup>150</sup> Así, ALCÁCER GUIRAO, 2004: 153.

<sup>151</sup> 2004: 62, nota 34.

presuponemos un sujeto de los y que la identidad de ese sujeto, la persona moral, no cambia juntamente con sus fines, intereses o deseos.

3. Esta separación de la persona de cualquier fin, interés o deseos permite también aislar a la persona del flujo causal en el que los últimos, como cualquier fenómeno empírico, están inmersos. La capacidad para elegir fines no es así afectada por ese flujo causal y el fin elegido puede ser normativamente adscrito a la persona.
4. Las personas morales están también separadas entre sí. Esto significa que tienen sistemas separados de fines e intereses y que son centros independientes de elecciones y decisiones.
5. Si algo es una persona moral nada que esté compuesto por ella o esté construido a partir de ella puede ser también persona moral. En particular, las personas colectivas no son personas morales.

Estas características son generadas por:

“el grado de complejidad alcanzado en la convivencia actual, en las sociedades modernas no puede sino asumirse el *hecho del pluralismo*, en el sentido de que el individuo no está inmerso únicamente, por decirlo así, en una “comunidad ética”, en un universo cerrado y compacto de convicciones morales, como parecen creer los comunitaristas, sino que en torno a él late un entramado de diversas, opuestas e irreconciliables comprensiones del mundo, realidad cuya complejidad es la que permite al individuo la ponderación de las mismas y la facultad de reflexión y disenso a lo dado, así como la tendencia a la cooperación bajo el respeto a la tolerancia”.<sup>152</sup>

En palabras de RAZ<sup>153</sup>:

“Una concepción del bienestar individual que combine la autonomía y el pluralismo de valores resuelve la cuestión liberal de cómo puede combinarse una búsqueda política de ideales del bien con una actitud de tolerancia y respeto por la libertad individual. El liberalismo perfeccionista tiene firmes bases morales. Por una parte, en esta concepción la función del gobierno es proteger y promover el bienestar de las personas, dentro de los límites de su competencia. Por otra parte,

---

<sup>152</sup> ALCÁCER GUIRAO, 2004: 155.

<sup>153</sup> 2001: 132-133.

establecimos que las personas prosperan a través de una vida de autodefinición que consiste en opciones libres entre una pluralidad de actividades, objetivos y relaciones incompatibles pero valiosos, v.g. una pluralidad de estilos y modos de vida valiosos e incompatibles. Este pluralismo de valores, y no el escepticismo ni la neutralidad de valores, constituye el baluarte liberal contra la uniformidad, contra la sociedad que imponga a través del gobierno o de otra manera una visión uniforme del estilo de vida ideal de su población. Además, dado que la vida próspera es la vida autodefinida, v.g. una vida dedicada a actividades y objetivos valiosos elegidos libremente, no se trata de una vida que el gobierno o nadie más pueda ofrecerle a las personas, mucho menos imponérsela. La autonomía se refiere a una vida activa que el agente adopta libremente. Es incompatible con cualquier visión de la moral que desee imponer por la fuerza”.

Por consiguiente, la concepción de persona como sujeto ético (racional) y políticamente autónomo (razonable) –dice ALCÁCER GUIRAO–, pertenece al ámbito de argumentación de lo público, de lo intersubjetivo y debe distinguirse de la noción fáctica de “sujeto moral” socializado en una serie de convicciones concretas, perteneciente al ámbito de lo privado, de lo subjetivo. En palabras de RAWLS, el concepto de persona es un concepto normativo político y no metafísico, “la concepción de la persona no se extrae de la metafísica o de la filosofía de la mente, ni de la psicología...La concepción de la propia persona se entiende a la vez como normativa y política, no como metafísica o psicológica”<sup>154</sup>.

Manteniendo un paralelismo con las aportaciones de SANDEL sobre el concepto de persona, RAWLS<sup>155</sup> propone “las dos fuentes morales”, las cuales consisten:

i) Una de esas facultades es la capacidad de poseer un sentido de la justicia: es la capacidad de entender, aplicar y obrar según (y no sólo de conformidad con) los principios de la justicia política que definen los términos equitativos de la cooperación social.

ii) La otra facultad moral es la capacidad de poseer una concepción del bien: es la capacidad de poseer, revisar y perseguir racionalmente una concepción del bien. Dicha concepción consiste en una familia ordenada de fines y objetivos últimos que define la concepción que tiene la persona de

---

<sup>154</sup> 2002: 44, en esta misma página puntualiza RAWLS lo siguiente: “la concepción de la persona se desprende del modo en que la cultura política pública de una sociedad democrática concibe a los ciudadanos, algo que se plasma en sus textos políticos fundamentales (constituciones y declaraciones de los derechos humanos) y en la tradición histórica de interpretación de esos textos. Para tener conocimiento de estas interpretaciones nos fijamos no sólo en los tribunales, los partidos políticos y los estadistas, sino también en los expertos en derecho constitucional y jurisprudencia y en los más perdurables escritos de índole que conforman la filosofía política de una sociedad”.

<sup>155</sup> 2002: 43.

lo que tiene valor en la vida humana o, dicho de otros modo, de lo que se considera una vida plenamente valiosa”.

Ahora bien, existe un punto en común entre RAWLS y PARFIT: el factor del tiempo. Dice RAWLS que “nuestras concepciones del bien pueden cambiar, y a menudo lo hacen, con el transcurso del tiempo, normalmente de manera paulatina, pero a veces también abruptamente. Cuando esos cambios son súbitos, estamos prontos a decir que ya no somos la misma persona”.<sup>156</sup>

Hasta este momento he intentado describir la etapa rawlsiana de persona en un contexto político liberal, pero lo que más me interesa destacar es su propuesta del constructivismo ético del concepto de persona. Específicamente, su método de la ética será el intuicionismo racional, en tanto se pueda sostener la posibilidad de un conocimiento de objetos morales, aunque no tome como punto de partida a la noción de persona como ente libre y racional. Sino que más bien, la alternativa que RAWLS defenderá es la elaboración de un procedimiento por el cual los principios de la ética sean creados por sus mismos destinatarios, resultando de ese modo principios autónomos, que supongan la noción de personas libres e iguales y conforme a la tradición democrática. Esto solamente será posible si existe un consenso y aceptación a los principios éticos, sin referencia alguna a objetos morales cognoscibles.<sup>157</sup>

Es aquí donde la meta-ética rawlsiana es dirigida contra el intuicionismo y utilitarismo arraigado en la filosofía angloamericana, al asumir que las razones morales no pueden estar fundadas en deseos e intereses del agente, ya que se acude a ellas precisamente cuando tales

---

<sup>156</sup> 2004: 61-62.

<sup>157</sup> MASSINI CORREAS, 2004: 29 y 30, refiere sobre el particular “el profesor de Nueva Inglaterra introduce un principio de divergencia con sus desarrollos anteriores: para Rawls el constructivismo ya no es más una doctrina ética integral, sino sólo una teoría política”, más adelante, p. 31, comenta “Rawls encara la cuestión central de la objetividad de los principios ético-políticos conforme a su nueva versión del constructivismo. Allí sostiene que toda concepción de la objetividad debe reunir cinco elementos esenciales: *i*) establecer un marco de pensamiento público suficiente como para alcanzar conclusiones sobre la base de razones y evidencias, y luego de cierta discusión y reflexión; *ii*) especificar un criterio de juicio correcto y de sus normas; *iii*) especificar un orden de razones, las que deben sobrepasar las opiniones que los sujetos tengan desde su punto de vista; *iv*) distinguir el punto de vista objeto del punto de vista de cada agente particular, y *v*) que la concepción de la objetividad tenga una explicación del acuerdo o consenso en los juicios prácticos entre agentes razonables. Rawls concluye que “una concepción moral y política es objetiva sólo si establece un marco de pensamiento, razonamiento y juicio que dé respuesta a estos cinco elementos esenciales”.

deseos e intereses determinan un curso de acción insatisfactorio y deben ser neutralizados, comenta RAWLS "...el único camino para impugnar al intuicionismo es proponer criterios éticos reconocibles que respalden los valores que, a nuestro juicio, pensamos que es correcto dar a la pluralidad de principios. Una refutación del intuicionismo consiste también en presentar el tipo de criterios constructivos que, según sus tesis, no existen",<sup>158</sup> con ello se destaca que las teorías intuicionistas no son solo teleológicas sino también deontológicas, sin embargo y con independencia de cual de las dos sobresalgan, se debe destacar el recurso a nuestras capacidades intuitivas sin guiarnos por criterios éticos constructivos y reconocibles, al negar una solución útil y explícita al problema de la prioridad,<sup>159</sup> por no ser el cómo enfocar la complejidad de los hechos morales dados, los cuales no pueden ser alterados, en cambio, el problema será formular propuestas razonables y generalmente aceptables para lograr el acuerdo deseado en los juicios, que según RAWLS mediante su propuesta contractualista,<sup>160</sup> los hechos morales son determinados por los principios que deberían ser escogidos en la posición original, al marcar qué consideraciones son pertinentes desde el punto de vista de la justicia social, ya que son las propias personas en la posición original las que deben escoger estos principios de cualquier hecho moral,<sup>161</sup> en palabras de NINO:

"Esta idea, presentada como la teoría del "observador ideal", del "punto de vista moral", o de "la posición original", etc., puede ser resumida, de modo muy simplificado, diciendo que la

---

<sup>158</sup> 2002a: 49.

<sup>159</sup> 2002a: 54. "Al enfocar el problema de la prioridad, la tarea consiste en reducir y no en eliminar totalmente el depender de los juicios intuitivos. No hay razón para suponer que podemos eliminar toda apelación a la intuición o que debamos tratar de hacerlo. El objetivo práctico es obtener un acuerdo razonablemente confiable con el fin de ofrecer una concepción común de la justicia. Si los juicios intuitivos de prioridad que hacen los hombres son semejantes, entonces no importa, prácticamente hablando, el que no puedan formular los principios que explican estas convicciones, si es que tales principios existen. Los juicios contrarios hacen, empero, surgir una dificultad, ya que la base para adjudicar pretensiones es, en esa medida, oscura. Así, nuestro objetivo deberá ser el formular una concepción de la justicia que, por mucho que recurra a la intuición, ética o prudencial, tienda a lograr que nuestros juicios acerca de al justicia concuerden. Si tal concepción existe, entonces desde el punto de vista de la posición original habría buenas razones para aceptarla, ya que es racional introducir mayor coherencia en nuestras comunes convicciones de justicia".

<sup>160</sup> A partir de aquí se genera un importante cambio en el rumbo de la discusión ética anglosajona en la que el propio Nino estará inmerso, esto es, la propuesta contractualista rawlsiana, quien a decir de NINO, 2007b: 23, "presentó un complejo aparato meta-ético para fundamentar principios de justicia respecto de las instituciones sociales, o sea, principios que determinan derechos y deberes en el marco de la estructura básica de una sociedad y la distribución apropiada de los beneficios y cargas de la cooperación social", destacando dos ejes intelectuales influyentes en Rawls, el de Rousseau y Kant.

<sup>161</sup> Para ahondar, sobre el intuicionismo en RAWLS, véase, FARRELL, 1994: 116-127.



justificación moral de un acto es lo que muestra su conformidad con los principios que serían aceptados por un *arbitrio ideal*, esto es, por alguien que fuera absolutamente imparcial, completamente racional, y bien informado acerca de todos los hechos relevantes. En otras palabras...los principios morales válidos son aquellos que serían aceptados por un dios con tales atributos –pero no morales- si él existiera. Esto implica que el hecho que demuestra la existencia de principios morales es su aceptabilidad hipotética bajo ciertas condiciones. Este tipo de hecho, que es descriptivo por juicios condicionales contrafácticos, no presenta otras dificultades ontológicas que las muy serias que presentan todos los juicios de este tipo, incluyendo aquellas que parecen ser esenciales a las ciencias empíricas actuales. Esta reconstrucción de éste aspecto formal del discurso moral necesita, por supuesto, todavía mucha más elaboración, de modo de sobreponer una serie de problemas (como la adopción de una perspectiva “holista” o “fragmentaria” para tomar en cuenta los intereses relevantes, la recurrencia a hipótesis empíricas o racionales-normativas para inferir la decisión hipotética, etc.), pero sus prospectos parecen ser muy prometedores. Para empezar, permite caracterizar tentativamente a un juicio de valor que establece que “x” debería moralmente hacerse, como un juicio que predica de la acción “x” que es requerida, bajo circunstancias definidas sobre la base de propiedades fácticas y genéricas, por un principio público que sería aceptado como la justificación final y universal por quien fuera totalmente racional, completamente imparcial y por completo conciente de los hechos relevantes”<sup>162</sup>.

Esta extensa cita permite denotar con suma claridad el posicionamiento de NINO a favor de la posición original rawlsiana como un preámbulo para su filosofía analítica instaurada mediante su constructivismo ético, para ello, se debe establecer si habría ciertas condiciones en que los hombres prestarían hipotéticamente su consentimiento de forma unánime a determinadas formas sociales de organización, y esto sería viable mediante la propuesta de RAWLS de justicia como equidad, al validar determinados principios de justicia al ser elegidos por medio de un procedimiento equitativo y sólo por seres libres y puramente racionales si estuvieran en una posición de igualdad, “...en tanto se presuponga una concepción de las personas morales de acuerdo con la cual ellas se caracterizan por tener capacidad de elegir y materializar planes de vida y para desarrollar un sentimiento de justicia. También se presupone que las personas son independientes y separadas entre sí, y que en consecuencia el mal que sufra una no puede compensarse *per se* con el beneficio de otra”<sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup> 2007a: 134-135.

<sup>163</sup> 2007b: 24.

No será hasta el año 1993, cuando RAWLS<sup>164</sup> concretiza esta peculiar forma de entender el concepto de persona moral seguido por NINO,<sup>165</sup> al referir que “Puesto que partimos de la tradición del pensamiento democrático, no podemos menos de concebir a las personas como libres e iguales. La idea básica es que en virtud de sus dos facultades morales (una capacidad para un sentido de justicia y para una concepción del bien) y de las facultades de la razón (de juicio, pensamiento y las inferencias vinculadas con estas facultades), las personas son libres. El poseer esas facultades en el grado mínimo requerido para ser miembros plenamente cooperantes de la sociedad hace a las personas iguales.

Especifiquemos: puesto que las personas pueden participar plenamente en un sistema equitativo de cooperación social, les atribuimos las dos facultades morales vinculadas a los elementos antes mencionados de la idea de la cooperación social, a saber: una capacidad para el sentido de justicia y una capacidad para concebir el bien. Un sentido de justicia es la capacidad para entender, para aplicar, y para actuar de acuerdo con la concepción pública de la justicia que define los términos equitativos de la cooperación social. Dada la naturaleza de la concepción política, que establece la base pública de justificación, un sentido de justicia expresa también una disposición, si no el deseo, a actuar en relación con los demás de un modo tal que pueda ser aceptado públicamente también por ellos. La capacidad para concebir el bien es la capacidad para formar, para revisar y para perseguir racionalmente una concepción de la propia ventaja racional, o del propio bien”.

Esta diversidad de principios básicos rawlsianos son ordenados para NINO en un jerarquía lexicográfica que implica la materialización de uno sobre otro, esto es, 1) Primer principio: cada persona debe tener un derecho igual al sistema total más extenso de libertades básicas (de conciencia, de palabra, contra detenciones arbitrarias, de voto, etc.) que sea compatible con un sistema similar de libertades para todos, y 2) Segundo principio: las desigualdades sociales y económicas deben ser dispuestas de modo tal que satisfagan estas dos condiciones: a) deben ser para el mayor beneficio de los que se encuentran en una posición social menos aventajada (el llamado “principio de diferencia”), y b) deben adjudicarse a funciones y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades.<sup>166</sup> Estos principios serán la base científica de la moralidad en RAWLS, para su propuesta del constructivismo ético, y que retomara NINO para la elaboración de sus propios principios enmarcados en una concepción liberal de ética y

---

<sup>164</sup> 2004: 94.

<sup>165</sup> 2007c: 137-154.

<sup>166</sup> 2007b: 25.

derechos humanos, tales como el principio de inviolabilidad, autonomía y dignidad, mismos que serán analizados y confrontados más adelante.

### **1.2.1. El constructivismo ético rawlsiano y su impacto en NINO.**

A partir de los estudios de John RAWLS en su *Teoría de la justicia*, es donde NINO recibe la más clara influencia en filosofía moral y política anglosajona, a través de la meta-ética y con ello, logra desarrollar todo un bagaje conceptual ético basado en la concepción constructivista<sup>167</sup> netamente kantiana por influencia del propio RAWLS,<sup>168</sup> tal y como lo describe NINO, “RAWLS asumió que las razones morales no pueden estar fundadas en deseos e intereses del agente, ya que acudimos a ellas precisamente cuando tales deseos e intereses determinan un curso de acción insatisfactorio y deben ser neutralizados”,<sup>169</sup> lo cual le permite a RAWLS embestir plenamente al utilitarismo y el intuicionismo, al mantener una posición deontológica frente al utilitarismo, a fin de centrar la atención en la corrección moral de un acto no deriva de su contribución a maximizar un bien intrínseco. En cambio, el intuicionismo al carecer de un método constructivo que le permita “endosar” una pluralidad de principios morales para decidir los conflictos entre ellos, es que se recurre a la intuición frente a casos particulares “para adoptar la solución prescrita por algunos de los principios en pugna”.<sup>170</sup>

El contexto en que RAWLS propone este método constructivista fue señalado por él mismo de la siguiente manera: “Intentemos ahora profundizar nuestra comprensión del constructivismo

---

<sup>167</sup> Concepto utilizado por primera vez en su artículo 1980, “El constructivismo kantiano en la teoría moral”, posteriormente, traducido en 2002.

<sup>168</sup> Resulta interesante la propuesta interpretativa del GARCÍA RUÍZ, 1999, sobre RAWLS y RICOEUR sobre el constructivismo ético.

<sup>169</sup> NINO, 2007: 23.

<sup>170</sup> NINO, 2007: 23. “Rawls presentó un complejo aparato meta-ético para fundamentar principios de justicia respecto de las instituciones sociales, o sea, principios que determinan derechos y deberes en el marco de la estructura básica de una sociedad y la distribución apropiado de los beneficios y cargas de la cooperación social. En primer lugar, adscribe explícitamente su teoría a la tradición contractualista de Rousseau y Kant, advirtiendo que, por supuesto, no se trata de endosar la tesis, seguramente falsa, de que en un momento histórico determinado los hombres convinieron establecerse en sociedad y crear un gobierno. Se trata, por el contrario, de establecer si habría ciertas condiciones en que los hombres prestarían hipotéticamente su consentimiento unánime a determinadas formas sociales de organización. Rawls plasma esta idea mediante una concepción de la justicia a la que denomina “justicia como equidad” (*justice as fairness*): según ella, los principios de justicia válidos son los que se elegirían por medio de un procedimiento equitativo”.

kantiano contrastándolo con lo que voy a denominar *intuicionismo racional*. Esta doctrina ha sido expresada, por supuesto, de diversos modos; pero en una forma u otra dominó la filosofía moral desde Platón y Aristóteles en adelante hasta que fue puesta en tela de juicio por Hobbes y Hume y, creo yo, de un modo muy diferente por Kant. Simplificando, entiendo por intuicionismo racional la concepción ejemplificada en la tradición inglesa por Clarke y Price, Sidgwick y Moore, y formulada en sus elementos esenciales mínimos por W.D. Ross. Con alguna cualificación la aceptaron Leibniz y Wolff bajo capa de perfeccionismo, y Kant sabe de ella bajo esta forma”.<sup>171</sup>

Con esta clara declaratoria kantiana por parte de RAWLS, su elemento esencial constructivista será la conexión que establece entre los primeros principios de justicia y una concepción de los seres humanos como personas morales racionales libres e iguales, como capaces de actuar tanto razonable como racionalmente, y, por consiguiente, como capaces de participar en una cooperación social ente personas así concebidas; conexión que viene dada por un procedimiento de construcción en el que esos agentes sujetos a determinadas condiciones se ponen de acuerdo sobre aquellos principios de justicia.<sup>172</sup> Lo cual, habrá de facilitar que la validez de los juicios morales de su aceptabilidad para un sujeto o para una comunidad de sujetos ideales en determinadas condiciones también ideales. Por ende, la propuesta constructivista kantiana rawlsiana será la relación que establece entre los primeros principios de justicia y una concepción de los seres humanos como personas morales racionales, libres e iguales, como capaces de actuar tanto razonable como racionalmente, y, por consiguiente, como capaces de participar en una cooperación social entre personas así concebidas; conexión que viene dada por un procedimiento de construcción en el que esos agentes sujetos a determinadas condiciones se ponen de acuerdo sobre aquellos principios de justicia. Por consiguiente, el elemento distintivo es la noción de objetividad<sup>173</sup> –o de validez– que subyace a los planteamientos

---

<sup>171</sup> RAWLS, 2002b: 248.

<sup>172</sup> RAWLS, 2002b: 209.

<sup>173</sup> RAWLS, 2002b: 259. Sobre el particular, MASSINI CORREAS, 2004: 27 y 28, hace un intento por resumir esta primera propuesta rawlsiana en los siguientes puntos: I. El principal oponente de Rawls en cuanto al método de la ética es el *intuicionismo racional*, pero esta oposición puede extenderse legítimamente a toda concepción cognitivista *fuerte* de la ética, ya que para el profesor de Harvard resulta intuicionista toda concepción que sostenga la posibilidad de un conocimiento de objetos morales. II. Esta concepción *cognitivista intuicionista* de la eticidad, resulta inaceptable en clave *kantiana*, en razón de que impone principios morales heterónomos, no tiene como punto de partida a la noción de persona como ente libre e individual y no coincide con los contenidos de las tradiciones democráticas de las naciones avanzadas. III. Frente a esto, la única alternativa válida resulta ser la de elaborar un procedimiento por el cual los principios de la ética sean creados por sus mismos destinatarios, resultando de ese modo principios autónomos, que supongan la noción

constructivistas,<sup>174</sup> lo cual habrá de descansar en un punto de vista social adecuadamente construido y dotado de autoridad respecto de todos los puntos de vista individuales y asociativos, “un ejemplo del cual es el marco proporcionado por el procedimiento de la posición original”,<sup>175</sup> toda vez que desde esta posición no reconocen ningún principio de justicia como verdadero o correcto y por ello como previamente dado, sino que su meta es simplemente seleccionar la concepción que para ellos es más racional. En palabras de MARTÍNEZ GARCÍA “Se trata de evitar distorsiones, posturas parciales o interesadas, que hagan imposible ese punto de vista neutral, de totalidad, que está implícito en la justicia. Se buscará una visión completa, desde todos los puntos de vista en el diálogo. De aquí que Rawls llame a su teoría “justicia como imparcialidad”...No es que imparcialidad sea lo mismo que justicia, sino que en Rawls los principios de justicia serán el resultado de un acuerdo en una situación cuyo rasgo más característico es el de imparcialidad...Se busca así un consenso indirecto y abstracto, sustituyendo el difícil problema de la elección colectiva de unos principios de justicia por el de la elección más sencilla de esos principios

---

de personas libres e iguales y que resulten conformes con la tradición democrática. IV. La objetividad moral se constituye por el mero seguimiento de ese proceso de construcción, por el cual los miembros de la comunidad dan su aceptación a los principios éticos, sin referencia alguna a objetos morales cognoscibles; por supuesto que esta objetividad moral meramente construida resulta –según Rawls- suficiente para la fundamentación de los principios éticos”.

<sup>174</sup> Cfr. MASSINI CORREAS, 2004: 38, quien describe “...una vez abandonado todo fundamento ético trascendental a la razón humana, se plantea a la inteligencia una cuestión de especial importancia: *la búsqueda de algún tipo de objetividad* que, sin incurrir en tal temido fundamento trascendente a la conciencia, sea capaz de superar el relativismo subjetivista y todas las aporías a que su aceptación conduce. Este es causalmente uno de los objetivos centrales de la propuesta de Rawls que, a través de un procedimiento de la razón práctica que conduce a un acuerdo público, intenta alcanzar ciertos principios básicos de la organización social, dotados de una objetividad al menos suficientes como para cumplir adecuadamente la función de principios normativos. Este es, por otra parte, el objetivo de una larga serie de propuestas contemporáneas de fundamentación ética y jurídica, entre otras las de Dworkin, Nino, Habermas y Gauthier: todas ellas pretenden superar el craso positivismo a que conduce necesariamente el subjetivismo ético, sin incurrir en el pretendido anacronismo de la fundamentación trascendente –noéticamente trascendente- de la moral, la política y el derecho”.

<sup>175</sup> RAWLS, 2002b: 261. Más tarde en 2004: 16, RAWLS reitera su idea del constructivismo ético, pero ahora en un constructivismo político, pero igualmente relacionado con la posición original de justicia como equidad o cualquier otro marco conceptual similar. “Los principios de justicia política son el resultado de un procedimiento de construcción en el que las personas racionales (o sus representantes), sujetos a condiciones razonables, adoptarán los principios reguladores de la estructura básica de la sociedad. Creo que son razonables los principios surgidos de un procedimiento que exprese propiamente los principios y las concepciones requeridos por la razón práctica. Los juicios que se apoyan en esos principios son también razonables. Cuando los ciudadanos comparten una concepción política razonable de la justicia, tienen una base que permite una discusión pública de cuestiones políticas fundamentales y su resolución razonable, no, evidentemente, en todos los casos, pero es de esperar que sí en la mayoría de casos constitucionales esenciales y en las cuestiones de justicia básica”.

en la posición original”,<sup>176</sup> como una estructura básica de la sociedad, lo que permitirá establecer ciertas restricciones, a las que él llama restricciones del concepto de lo recto. “Así, los principios tienen que ser generales en la forma, no mencionando a personas particulares; tienen que ser universales en la aplicación, aplicándose potencialmente a todos; y tienen que ser públicamente reconocidos como el último tribunal de apelación para resolver las pretensiones conflictivas de las personas”.<sup>177</sup> Por ello, la idea de aproximarse a la verdad moral no tiene lugar alguno en una postura constructivista al no pretender reconocer ningún principio de justicia como verdadero o correcto, sino el objetivo será seleccionar la concepción para cada uno de los intervinientes sea la más racional.

RAWLS sostiene de manera adicional que<sup>178</sup> “En una sociedad bien-ordenada los ciudadanos saben cuáles son las creencias en las que se piensa que se apoyan los principios de justicia reconocidos y por tanto pertenecen a su justificación pública completa. Esto presupone que cuando establecemos la posición original, estipulamos que las partes tienen que razonar sólo a partir de creencias generales que son apropiadamente comunes. Surge ¿qué razón hay para limitar a las partes a esas creencias y no permitirles tener en cuenta todas las creencias verdaderas?...¿Por qué no es la concepción más razonable aquella que se funda en toda la verdad y no simplemente en una parte de ella, mucho menos en creencias que meramente tienen un basamento común y que ocurre que son públicamente aceptadas en un momento dado, pues es presumible que éstas contengan al menos algún error?

Este primer paso que da RAWLS para analizar la propuesta constructivista kantiana sobre el concepto de persona como elemento de un procedimiento de construcción razonable cuyo resultado determina el contenido de los primeros pasos de la justicia, al permitir que todos los miembros de una comunidad sean mutuamente aceptables en sus arreglos básicos, mediante arreglos públicamente como razones suficientes es referido por el propio RAWLS de la siguiente forma:<sup>179</sup>

---

<sup>176</sup> 1985: 98-100.

<sup>177</sup> Así, CHANDRAN y PETTIT, 2004: 35. Más adelante pp. 38 y 39, explican los autores que “Hay que señalar otros dos rasgos de la estructura básica que han de elegir las partes en la posición original. Son interesantes, como el rasgo que acabamos de considerar, porque el hecho de que las partes les presten atención significa que consideran cuestiones de viabilidad tanto como de deseabilidad. El primer rasgo es que la estructura básica ha de gobernar una sociedad de personas que tienen un sentido de la justicia, el segundo es que ha de gobernar una sociedad que existe bajo las típicas circunstancias de la justicia”.

<sup>178</sup> 2002b: 233.

<sup>179</sup> 2002b: 211.

“Siguiendo esta idea de justificación, tomamos nuestro examen de la concepción kantiana de la justicia como dirigido a un *impasse* de nuestra historia política reciente; el curso del pensamiento democrático durante –digamos– los dos últimos siglos muestra que no hay un acuerdo acerca de cómo deberían articularse las instituciones sociales a fin de que se ajusten a la libertad e igualdad de los ciudadanos como personas morales. El requerido entendimiento de la libertad y la igualdad, implícito en la cultura pública de una sociedad democrática, y el modo más adecuado de equilibrar las pretensiones de esas nociones, no han alcanzado una expresión que encuentre aprobación general. Ahora bien, una concepción kantiana de la justicia intenta disipar el conflicto entre las distintas formas de entender la libertad y la igualdad preguntando: ¿qué principios de libertad e igualdad de los tradicionalmente reconocidos, o qué variaciones naturales de los mismos, acordarían personas morales libres e iguales, si estuvieran representadas equitativamente sólo como personas tales y se viesan a sí mismas como ciudadanos que viven una vida completa dentro de una sociedad en marcha?

Como punto de partida –libertad/igualdad– RAWLS dirige su análisis sobre la tradición histórica que incluyen un amplio campo de convicciones consideradas como siendo parte de la gente en la vida cotidiana, frente a aquellas que resisten la reflexión crítica. Es aquí donde la ética formal rawlsiana es elaborada a partir del concepto de persona (libre e igual), la cual es capaz de actuar tanto razonable como racionalmente, esto es, como capaces de participar en una cooperación social entre personas así concebidas. Sin embargo, este planteamiento no es epistemológico, como el mismo RAWLS lo aclara, sino que tiene la intención de ahondar en las raíces de la concepción que tenemos de nosotros mismos y de nuestra relación con la sociedad, de ahí su interés en el constructivismo kantiano, en el que “sostiene que la objetividad moral ha de entenderse en términos de un punto de vista social adecuadamente construido y que todos puedan aceptar. Fuera del procedimiento de construir los principios de justicia, no hay hechos morales”,<sup>180</sup> permitiendo que un gobierno

---

<sup>180</sup> 2002b: 212. Para mayor referencia sobre el alcance conceptual de este planteamiento rawlsiano, véase, PORTILLA CONTRERAS, 2007: 290-292. “En conclusión, se defiende un consenso constitucional, se establecen procedimientos electorales democráticamente y se garantizan derechos y libertades formales; y cuando surgen nuevos conflictos, se moviliza a los grupos sociales a alcanzar el “consenso entrecruzado”, esto es, a modificar la legislación y la Constitución mediante la propuesta de una estructura esencial de la sociedad, lográndose una Constitución cuyo contenido cardinal sea suscrito por todos los ciudadanos en tanto libres e iguales, en términos de su razón humana común. Dicho de otro modo, se pretende el acuerdo entre personas “razonables” que aceptan doctrinas “razonables”, un consenso que únicamente puede producirse cuando la decisión pública aparece como “razonable” para todos los que participan. Por lo tanto, se trata de un teoría sesgadamente liberal que excluye de lo “razonable” cualquier otra visión del mundo que no sea universalista o

pueda limitar la libertad, en tanto esté en juego el interés en común por el orden público y la seguridad, pues sólo en esas ocasiones actúa el gobierno sobre la base de un principio que sería elegido en la posición original y cuando la Constitución está segura, eso significa que no hay razón para denegar libertad ni siquiera al intolerante.<sup>181</sup> Pero eso siempre y cuando sea considerado como igual ante los demás, para lograr el consenso, esto es “...más que pensar en los principios de justicia como verdaderos, mejor es decir que son los principios más razonables para nosotros, dada nuestra concepción de las personas como libres e iguales y como miembros plenamente cooperantes de una sociedad democrática”,<sup>182</sup> para esto RAWLS construye su razonamiento a partir de las críticas que él hubo dirigido a la obra de SIDGWICK “*The methods of ethics*”, por no lograr reconocer, dice RAWLS, el imperativo categórico de la ética kantiana como un principio puramente formal o como lo que Sidwick denominó “el principio de equidad”, esto es, “todo lo que es recto para una persona es recto para todas las personas similares en circunstancias relevantemente similares”<sup>183</sup>, junto al rechazo del perfeccionismo, que entendido como método de ética característico en KANT, condujo a SIDGWICK a reducir las concepciones morales tradicionales a tres métodos fundamentales: a) el egoísmo, b) el intuicionismo (pluralista) y c) y el utilitarismo clásico.<sup>184</sup> Por ello, RAWLS da un paso importante para su posicionamiento constructivista, al relacionarlo con el “intuicionismo racional”,<sup>185</sup> que para

---

utilitarista, que es utópica en la medida en que el consenso entrecruzado es inviable entre concepciones políticas, económicas y religiosas diferentes. Ahora bien, lo discutible de este proyecto es el punto de partida mismo: el término “razonable”, que permite excluir del consenso lo que es “irrazonable”. El concepto de persona en Rawls abarca al ciudadano que acepta su libertad e igualdad con la intención de interrelacionarse con terceros. Se establece así un círculo sin salida posible, ya que por persona razonable hay que interpretar al liberal que asume el liberalismo y, como concepción razonable, es el liberalismo que exige personas razonables –liberales– que acepten tal concepción. En ningún momento se plantea el problema de la legitimidad cuando se excluye y margina la diferencia. En este sentido, es sorprendente el parecido de esta teoría con el pensamiento *schmittiano* que subordina la existencia de lo político a la distinción entre liberal y no liberal, obteniendo la seguridad a través de la exclusión de cualquier ideología opuesta al liberalismo”.

<sup>181</sup> KUKATHAS, y PETTIT, 2004: 60. “Para Rawls la constitución ha de entenderse como un procedimiento justo que satisface las exigencias de la igual libertad (...), articulada de modo que, de entre todos los arreglos justos que son viables, sea la que más probabilidades tiene de producir un sistema de legislación efectivo justo”

<sup>182</sup> 2002b: 245 y s.

<sup>183</sup> 2002b: 247.

<sup>184</sup> Igualmente habrá de señalar estas carencias en autores como F. H. BRADLEY y MOORE por no reconocer al constructivismo como una concepción moral, en sus respectivos sistemas éticos.

<sup>185</sup> 2002b: 248, aclara “Esta doctrina ha sido expresada, por supuesto, de diversos modos; pero en una forma u otra dominó la filosofía moral desde Platón y Aristóteles en adelante hasta que fue puesta en tela de juicio por Hobbes y Hume y, creo yo, de un modo muy diferente por Kant. Simplificando, entiendo por intuicionismo racional la concepción simplificada en la tradición inglesa por Clarke y Price, Sidgwick y Moore, y formulada



este autor deviene con dos tesis: “primera, los conceptos morales básicos de lo recto, el bien, y el valor moral de las personas no son analizables en términos de conceptos no morales (aunque posiblemente lo sean los unos en términos de los otros), y, segundo, los primeros principios de la moral (sean uno o muchos), si están correctamente enunciados, son proposiciones evidentes por sí mismas acerca de qué tipos de consideraciones constituyen buenas razones para aplicar uno de los tres conceptos morales básicos, esto es para afirmar que algo es (intrínsecamente) bueno, o que cierta acción es lo que es recto hacer o que un determinado rasgo del carácter tiene valor moral”<sup>186</sup>, solo estas tesis tendrán sentido para RAWLS desde el plano de una justicia pública efectiva, en el entendido de fundamentarse en el reconocimiento de verdades evidentes por sí mismas acerca de buenas razones, “Y cuáles sean esas razones es algo que viene fijado por un orden moral previo a, e independiente de, la concepción que tenemos de la persona y del papel social de la moral”, lo cual no será mediante los sentidos sino por la intuición racional “Es con esta idea de la verdad moral con la que se contrastará la idea de los primeros principios como razonables”<sup>187</sup>. Por ello, el intuicionismo racional de RAWLS de claro corte constructivista kantiano, totalmente distinto al intuicionismo racional de SIDGWICK, MOORE y ROSS, le resultara más instructivo por su carácter heterónimo, esto es, “los conceptos morales básicos son conceptualmente independientes de conceptos naturales y los primeros principios son independientes del mundo natural y, en tanto que captados por intuición racional, son considerados como sintéticos *a priori*...para que haya heteronomía basta que esos principios rijan en virtud de relaciones entre objetos cuya naturaleza no está afectada o determinada por la concepción de persona. La idea kantiana de la autonomía requiere que no exista ningún orden tal de objetos dados que determine los primeros principios de lo recto y de la justicia entre personas morales libres e iguales. Se da heteronomía no sólo cuando los primeros principios están fijados por la especial constitución psicológica de la naturaleza humana, como en Hume, sino también cuando están fijados por un orden platónico de las formas o en la jerarquía leibiziana de las perfecciones”<sup>188</sup>, para ello, RAWLS aclara que “...una doctrina kantiana de la autonomía no necesita negar que los

---

en sus elementos esenciales mínimos por W. D. Ross. Con alguna cualificación la aceptaron Leibniz y Wolff bajo capa de perfeccionismo, y Kant sabe de ella bajo esta forma”.

<sup>186</sup> 2002b: 248.

<sup>187</sup> 2002b: 249.

<sup>188</sup> 2002b: 250.

procedimientos mediante los que se seleccionan los primeros principios son sintéticos *a priori*. Sin embargo, hay que interpretar adecuadamente esta tesis. La idea esencial es que tales procedimientos tienen que fundarse adecuadamente en la razón práctica, o más exactamente, en nociones que caracterizan a las personas como razonables y racionales, y que están incorporadas en el modo como, en tanto que las personas, se presentan a sí mismas su personalidad moral libre e igual”<sup>189</sup>. Por consiguiente, RAWLS propone distinguir

---

<sup>189</sup> 2002b: 251. De forma crítica habrá de pronunciarse en contra del constructivismo como una vía alterna a la racionalidad de los juicios morales, BAYÓN, 1995: 206-207. “...desde cualquier clase de posición *constructivista* se subraya precisamente que el sentido correcto en el que cabría hablar de la «validez» o «racionalidad» de un juicio moral –rebasando así el marco del internalismo o proyectivismo- no tiene nada que ver con la presuposición de alguna clase de «verdad» moral entendida como «correspondencia» con presuntos valores externos u objetivos, concepción ésta de la que justamente se duda –o incluso, sin ambages, se niega- que pueda conducirnos a resultados satisfactorios”... Aunque no son las cuestiones terminológicas las que más me preocupan, para evitar equívocos conceptuales sí creo que sería conveniente llamar la atención sobre las posibles diferencias entre lo que vengo llamando internalismo o proyectivismo y el sentido en el que a veces (no siempre) se habla de «no cognoscitivismo» -o «no-cognoscitivismo», «subjetivismo», «descriptivismo» o «relativismo». Más adelante, BAYÓN, 1995: 224-228, dirige el contundente ataque a esta propuesta rawlsiana de la siguiente tesitura: “Todas las formas de constructivismo parten de la idea de que la objetividad en materia moral no tiene nada que ver con la postulación de valores externos u objetivos en el sentido en el que éstos son presupuestos por el modelo externalista o realista, sino que debe entenderse –por decirlo con palabras de Rawls- «por referencia a un punto de vista social adecuadamente construido». Lo moralmente correcto serán entonces, diciéndolo de un modo muy general y prescindiendo de los detalles particulares de cada propuesta, lo que resulta aceptable en determinadas condiciones ideales o para un sujeto o comunidad de sujetos ideales. Ahora bien, en este caso la identificación de lo moralmente correcto depende por completo de la definición de esas condiciones o de los atributos que se asignen a esos sujetos ideales. Y entonces se plantea un problema general que, a mi juicio, Peczenik y Spector ha identificado con claridad: si la naturaleza de esos sujetos ideales se define a partir de su preferencia por actos o estados de cosas que posean ciertas características, el *verdadero criterio* de corrección moral que estamos manejando es el definido por la concurrencia de esas características, y la referencia al punto de vista de sujetos ideales definidos o construidos de tal modo que sólo preferirían actos o estados de cosas que las posean resulta absolutamente superflua por redundante. En ese caso, tras una fachada constructivista, tiene que subyacer o bien el modelo externalista o realista (esas características *son realmente* valiosas en un sentido externo u objetivo) o bien el modelo internalista o proyectivista (esas características son aquéllas a las que atribuye valor el sujeto o los sujetos *reales* que proponen el procedimiento o punto de vista en cuestión como definidor de lo moralmente correcto). Creo que esta conclusión se impone siempre que en la definición de las condiciones, o reglas procedimentales, o naturaleza del sujeto o comunidad de sujetos ideales cuyas preferencias serían definitivas de la corrección en materia moral se introduzca el más mínimo elemento sustantivo... si se introduce algún elemento sustantivo en la definición del procedimiento, o bien se sostiene que ese elemento es objetivamente correcto en un sentido que no puede ser el definido por el propio procedimiento, sino alguno *previo* a él ( y que no puede ser otro que el postulado por el modelo externalista o realista), o bien hay que renunciar a la idea de que la objetividad se define y obtiene por referencia al punto de vista construido. Porque en este último caso siempre cabrá construir puntos de vista distintos (introduciendo en ellos algún elemento sustantivo diferente, y la presunta «objetividad» será entonces meramente relativa o interna a *cada uno* de esos puntos de vista; y de lo que no dispondríamos en absoluto sería de un criterio auténticamente objetivo – i.e., uno que no sea el de nadie en particular- desde el que considerar moralmente preferible *uno* entre aquellos puntos de vista posibles. Alternativamente, si no se introduce en la definición de esas condiciones ideales o de la naturaleza de ese sujeto o comunidad de sujetos ideales ninguna clase de elemento sustantivo, es decir, si esas condiciones o esos sujetos son «racionales» meramente en el sentido limitado o formal que excluye los conjuntos de preferencias últimas inconsistentes o colectivamente auto-refutatorios y que supone un conocimiento completo y veraz de los hechos relevantes, entonces por referencia al punto de vista así

entre autonomía racional y autonomía plena: “Esta última es un ideal político, y es parte del ideal más completo de una sociedad bien ordenada. La autonomía racional como tal no es un ideal en modo alguno, sino un modo de conceptualizar la idea de lo racional (en contraste con lo razonable) en la posición original”,<sup>190</sup> agregándole un matiz particular, el de autonomía ciudadana quienes se conciben así mismo en tres aspectos:

“primero, con la facultad moral para formar, revisar y perseguir racionalmente una concepción del bien; segundo, como fuentes autoautenticatorias de exigencias válidas; y tercero, con capacidad para responsabilizarse de sus fines. Ser libre en estos aspectos capacita a los ciudadanos para ser autónomos, tanto racional como plenamente. La autonomía racional, por empezar por ella, descansa en las facultades morales e intelectuales de las personas. Se revela en el ejercicio que éstas hacen de formar, revisar y perseguir una concepción del bien, y de deliberar de acuerdo con él. También se revela su capacidad de llegar a acuerdos con otros (cuando están sujetos a restricciones razonables).

Así, la autonomía racional puede captarse conceptualmente convirtiendo la posición original en un caso de justicia puramente procedimental. Es decir: cualquiera sean los principios seleccionados por las partes de entre la lista que se les presenta son aceptados como justos. Dicho de otra manera: siguiendo la idea de que los ciudadanos mismos (a través de sus representantes) tienen que determinar los términos equitativos de su cooperación (y dejando de lado, por el momento, el criterio del equilibrio reflexivo), el resultado arrojado por la posición original nos proporciona –esa es la conjetura- los principios adecuados de justicia para los ciudadanos libres e iguales”.<sup>191</sup>

---

construido no es posible en modo alguno seleccionar una concepción moral entre todas las que superen la criba preliminar de esos requisitos mínimos. El limitado espacio para la crítica racional –en un sentido formal de «racionalidad» -a los diferentes conjuntos posibles de preferencias últimas que permitiría entonces una estrategia constructivista así definida sería *exactamente el mismo* que cabe reconocer también desde supuestos internalistas o proyectivistas; y en cuanto excediera de él creo que podría asegurarse por definición que en esas condiciones, o reglas procedimentales, o en la naturaleza del sujeto o comunidad de sujetos ideales cuyas preferencias serían definitivas de la corrección en materia moral *se habría introducido ya* –manifiesta o subrepticamente- *algún* elemento sustantivo. Nótese, por otra parte, que si el constructivista admite que juicios morales contrapuestos pueden ser igualmente acordes con las reglas procedimentales cuyo seguimiento se considera definitorio de la racionalidad práctica, o igualmente elegibles por el sujeto o comunidad de sujetos ideales, tropieza exactamente con los mismos problemas que se imputan al internalista o proyectivista a la hora de explicar de qué forma el reconocimiento de que no existe un punto de vista objetivo desde el cual quepa calificar las propias preferencias últimas como *verdaderamente correctas* (en un sentido en el que *no* podrían serlo igualmente preferencias últimas incompatibles) no socavaría o «privaría de sentido» al hecho de seguir manteniéndolas. Sea cual sea la fuerza de esa objeción –que en realidad sólo cabe evitar por completo asumiendo presupuestos externalistas o realistas- el constructivista no estaría entonces en mejores condiciones que el internalista o proyectivista para hacerle frente”.

<sup>190</sup> 2004: 58 y 59.

<sup>191</sup> 2004: 103-104.

Al respecto, resulta clarificador el posicionamiento de J. R. SIECKMANN sobre el concepto de autonomía kantiano al entenderlo “auto-legislación”, por legislar nosotros mismos la ley moral y “al mismo tiempo, Kant sostiene la existencia de un imperativo categórico, es decir, de una ley moral que no depende de la auto-legislación, sino que se considera necesaria y universal”.<sup>192</sup>

Por último, es importante mostrar como el RAWLS hizo un esquema diferenciador entre el constructivismo moral de KANT y el constructivismo político de la justicia como equidad, el cual está dividido en cuatro partes:

“La primera diferencia consiste en que la doctrina de Kant es una concepción moral comprensiva en la que el ideal de autonomía desempeña un papel regulativo para la vida toda. Esto lo hace incompatible con el liberalismo político de la justicia como equidad. Un liberalismo comprensivo fundado en el ideal de autonomía puede, evidentemente, pertenecer a un consenso entrecruzado razonable que acepta alguna concepción política, la justicia como equidad entre ellas; pero como tal no es adecuado para proporcionar una base pública de justificación.

Una segunda diferencia...para el liberalismo político la cuestión de si una concepción política es autónoma depende de cómo represente la ordenación de los valores políticos...como fundado en principios de la razón práctica a la vez que en las concepciones políticas apropiadas de la sociedad y de la persona.

Otro significado, más profundo, de autonomía viene a decir que el orden de los valores morales y políticos tiene que alcanzarse, o estar él mismo constituido, por los principios y las concepciones de la razón práctica. Nos referiremos a ella como autonomía constitutiva. A diferencia del intuicionismo racional, la autonomía constitutiva dice que el llamado orden independiente de valores no se constituye a sí mismo, sino que es constituido por la actividad, real o ideal de la razón práctica (humana) misma...El liberalismo político...debe rechazar la autonomía constitutiva de Kant; sin embargo, el constructivismo moral kantiano puede aceptar hasta el final los resultados del constructivismo político. Por otro lado, el liberalismo político acepta el punto de vista kantiano que hace surgir los principios de la razón práctica...de la conciencia moral informada por la razón práctica. No surgen de ningún otro sitio. Kant es la fuente histórica de la idea de que la razón surge...de sí propia y es autoautentificatoria. Con todo, aun aceptando eso, el que los principios de la razón práctica sean constitutivos del orden de valores es una cuestión aparte.

---

<sup>192</sup> 2008: 468, Para mayores detalles sobre el concepto de autonomía en KANT, véanse entre otros, HÖFFE, 1986: 159 y ss.; AMERIKS, 2000; WALDRON, 2005: 307-329; REATH, 2006.

La tercera diferencia consiste en que las concepciones básicas de la persona y de la sociedad sostenidas por Kant se fundan, vamos a admitir, en su idealismo trascendental...Recuérdese de que parto del supuesto de que todos tenemos un punto de vista comprensivo que se extiende más allá del dominio de lo político, aunque sea parcial y, a menudo, fragmentario e incompleto...Lo que es esencial es que la justicia como equidad use, como ideas organizadoras básicas, ciertas ideas fundamentales que son políticas.

Todas estas diferencias están vinculadas a una cuarta diferencia...La justicia como equidad se propone suministrar una base pública de justificación para las cuestiones de la justicia política partiendo del hecho del pluralismo razonable. Puesto que la justificación tiene que ofrecerse a los demás, tiene que proceder a partir de lo que es, o puede ser, sostenido en común; razón por la cual empezamos con ideas fundamentales compartidas implícitas en la cultura política pública, en la esperanza de desarrollar a partir de ellas una concepción política que pueda atraer un acuerdo libre y razonado en el juicio, un acuerdo que sea estable al ganarse el apoyo de un consenso entrecruzado de las doctrinas comprensivas razonables. Esas condiciones bastan para una concepción política razonable de la justicia”.<sup>193</sup>

## **2. Presupuestos metaéticos de NINO para su elaboración del constructivismo ético.**

El constructivismo ético de NINO, concibe la autonomía de la persona como libre en la participación de un diálogo colectivo lo más amplio posible, con el fin de llegar a obtener un consenso acerca de los principios morales concretos. “Me parece que quienes participan del discurso moral para dirimir sus conflictos se comprometen implícitamente a adoptar la solución que indicaría un árbitro ideal, o sea alguien que fuera completamente racional, que conociera todos los hechos relevantes y que fuera plenamente imparcial, en el sentido de dar igual peso a los intereses de igual jerarquía de los involucrados en el conflicto”.<sup>194</sup> Esta cita denota una clara influencia del planteamiento kantiano y Hobbsiano<sup>195</sup> que conforman su estructura ética argumentativa sobre el papel que desempeña el sujeto moral frente a la comunidad, aún y cuando, en un primer momento pareciera tan diversificados los caminos que proporcionan cada uno. Sin embargo, NINO logra conjuntarlos en la práctica social de la discusión moral, consiguiendo satisfacer ciertas funciones relacionadas con la superación

---

<sup>193</sup> 2004: 130-132.

<sup>194</sup> NINO, 1989: 69.

<sup>195</sup> La emblemática figura de Thomas HOBBS representa para NINO el fundador de la filosofía social como ciencia.

de conflictos y la búsqueda de la cooperación a través del consenso, esto es, mirando desde dentro la práctica del discurso moral que aparece a la mirada del formalismo kantiano, como un conjunto de exigencias universales a las que debe adaptarse la justificación de acciones e instituciones, y no simplemente desde afuera, con la postura hobbesiana donde se percibe el convencionalismo relativista al ser la institución social contingente y variable, misma que es generada por diversos factores sociales y culturales, acorde con las distintas estructuras sociales, tal y como lo ejemplifica GUARIGLIA al referir que “el uso del sustantivo “moral” nos remite a la existencia de una cierta regularidad en las conductas habituales de los miembros de una misma institución, una familia o una asociación más amplia como clubes deportivos, colegios, villas, ciudades, etc. Se puede hablar, en efecto, de la moral de una familia o institución, entendiéndose por ello un código más o menos privativo de conducta que es seguido por todos sus miembros. Cuando el director de un colegio secundario, el entrenador de un equipo de fútbol o el jefe de un cuerpo militarizado, por caso, se refieren a la moral del conjunto que dirigen, el término engloba no solamente códigos reglados de comportamiento, válidos internamente, sino también un conjunto de sentimientos recíprocos de solidaridad, lealtad, etc., que liga entre sí a sus miembros y torna confiables y previsibles sus acciones de acuerdo con determinadas expectativas, normalmente satisfechas”,<sup>196</sup> lo cual permitiría compartir un “*standar evaluativo común*”<sup>197</sup> pero sin conformarse en el ámbito de la vigencia fáctica de la costumbre, por el contrario, la moral “se aplica a las acciones cuya *moralidad* puede apoyarse en razones más generales, toda vez que para GUARIGLIA al igual que NINO “el *sujeto moral* es aquél realmente existente en las condiciones culturales, sociales, psicológicas e históricas presentes, cuya identidad, en consecuencia, se estructura narrativamente sometido a la tensión de las distintas influencias que se extienden discursivamente en el interior de las sociedades históricas”.<sup>198</sup>

---

<sup>196</sup> 1996: 11 y 12.

<sup>197</sup> 1996: 12.

<sup>198</sup> 1996: 17.

Por ende, la aportación hobbsiana al sistema moral de NINO fue, igualmente que para HOBBS ofreciera GALILEO mediante la revolución científica,<sup>199</sup> y el desarrollo del derecho natural moderno,<sup>200</sup> toda vez que con ello, HOBBS estuvo en aptitud de construir una teoría política partiendo del individuo<sup>201</sup> bajo determinados presupuestos éticos, a través del método nominalista, porque las palabras son simples signos referidos a cosas individuales o a sus propiedades observables y estos signos se relacionan entre sí según las reglas del cálculo (o del razonamiento) para construir la ciencia humana.

En palabras de HOBBS<sup>202</sup> “El uso general del lenguaje consiste en trasponer nuestros discursos mentales en verbales: o la serie de nuestros pensamientos en una serie de palabras, y esto con dos finalidades: una de ellas es el registro de las consecuencias de nuestros pensamientos, que siendo aptos para sustraerse de nuestra memoria cuando emprendemos una nueva labor, pueden ser recordados de nuevo por las palabras con que se distinguen. Así, el primer uso de los nombres es servir como *marcas* o *notas* del recuerdo. Otro uso advierte cuando varias personas utilizan las mismas palabras para significar (por su conexión y orden), una a otra, lo que conciben o piensan de cada materia; y también lo que desean, temen o promueve en ellos otra pasión. Y para este uso se denominan *signos*. Usos especiales del lenguaje son los siguientes: primero, registrar lo que por meditación hallamos ser la causa de todas las cosas, presentes o pasadas, y lo que a juicio nuestro las cosas presentes o pasadas puedan producir, o efecto: lo cual, en suma, es el origen de las artes. En segundo término, mostrar a otros el conocimiento que hemos adquirido, lo cual significa aconsejar y enseñar uno a otro. En tercer término, dar a conocer a otros nuestras voluntades y propósitos, para que podamos prestarnos ayuda mutua.

A partir de esta cita, se desprende que HOBBS nunca intentó explicar lo bueno o malo, sino el *llamar* a las cosas buenas o malas, lo cual significa para NINO el punto de

---

<sup>199</sup> LÓPEZ HERNÁNDEZ, 1998: 288. “Hobbes adopta el mismo método que Galileo y los otros científicos de la época, llamado resolutivo-compositivo, porque consistía en la reducción de la realidad compleja a sus elementos más simples, los cuales eran definidos y ordenados, para proceder luego a la reconstrucción del compuesto de manera racional”.

<sup>200</sup> LÓPEZ HERNÁNDEZ, 1998: 286, explica que “Se ha dicho que Hobbes es el iniciador del «iusnaturalismo» moderno, en lugar de Grocio, por varias razones: 1) Porque creó un sistema de normas o leyes naturales deducidas racionalmente a partir de la naturaleza humana. 2) Porque instauró el individualismo propio de la concepción moderna: su teoría del derecho y del Estado se basa en el análisis del hombre como individuo. 3) Finalmente, porque en su teoría el derecho natural y las leyes naturales son premisas para el nacimiento del Estado y del derecho positivo”.

<sup>201</sup> Cfr. VALLESPÍN, 2002.

<sup>202</sup> Hobbes, 2001: IV, 23.

partida de su postura constructivista, al entender que los conceptos morales se crean, se construyen, toda vez que el discurso moral es una práctica social que constituye una técnica para convergir en ciertas conductas y en determinadas actitudes frente a conductas sobre la base de la coincidencia de creencias en razones morales.<sup>203</sup> Pero no fue nada sencillo para nuestro autor llegar a este punto, fue necesario transitar desde una concepción del discurso moral colectivo y de su resultado como constitutivo de los principios morales básicos, entendido como constructivismo ontológico.

Con esta base constructivista, NINO logra comprender que “la idea central del constructivismo ético es que los juicios morales se justifican sobre la base de presupuestos procedimentales y aún tal vez sustantivos, de esta práctica social en cuyo contexto se formulan”,<sup>204</sup> y por ende, la función de la práctica moral vigente, será la de superar los conflictos y fomentar la cooperación, a través de un medio concreto: la adopción libre y compartida de los principios que deben guiar las acciones y actitudes humanas, que permite alcanzar una convergencia de estas mismas. Para ello, el problema se presenta al momento de determinar que sean éstas y no otras las funciones de la moral. Con esto, NINO entiende la práctica social como parte de la discusión moral, al satisfacer “ciertas funciones relacionadas con la superación de conflictos y facilitamiento de la cooperación a través del consenso y tiene ciertos presupuestos estructurales –procedimentales y aún sustantivos– que son apropiados para satisfacer tales funciones”.<sup>205</sup> Aunado a esto, señala una reflexión altamente importante para comprender el alcance de su propuesta constructivista “Si miramos a la práctica “desde afuera” la veremos como la percibe el convencionalismo relativista: como una institución social contingente y variable, generada por diversos factores sociales y culturales y generadora, a su vez, de diferentes efectos que impactan en la estructura social. En cambio, si la miramos “desde adentro”, la práctica del discurso moral aparece a la manea del formalismo kantiano, como un conjunto de exigencias universales a las que debe adaptarse la justificación de acciones e instituciones.”<sup>206</sup>

---

<sup>203</sup> NINO, 1989: 96-104.

<sup>204</sup> 1989a: 11.

<sup>205</sup> 1989a: 11.

<sup>206</sup> 1989a: 11.



En este sentido, NINO lo que propone es considerar algunas circunstancias fundamentales de la vida del ser humano en sociedad que están asociadas con el derecho y la moral y que determinan tanto la existencia de conflictos entre los seres humanos, como la necesidad de que éstos cooperen unos con otros. NINO decide prestar atención a la moral porque, a su juicio, sólo esta práctica discursiva presenta una clara tendencia a expandirse y a imponerse sobre cualquiera otras. Para ello, NINO estudia la aceptabilidad de los principios morales a la luz de ciertas condiciones que están fijadas por los presupuestos y reglas procedimentales implícitas en el discurso moral tal y como se desarrolla hoy en día, aún y cuando también existan personas de ciertas convicciones o intuiciones morales que no coincidan con todas ellas.

Este intento de –fundamentación, –si bien es cierto dice NINO–<sup>207</sup> está íntimamente relacionada con “*ítems* subjetivos como deseos, preferencias, intereses o emociones”, donde los filósofos “sólo divergían acerca de la forma de expresar esa relación”,<sup>208</sup> por ejemplo “En una controversia moral podemos estar de acuerdo en las creencias, pero tener actitudes divergentes o, a la inversa, tener las mismas actitudes pero diferir en cuanto a nuestras creencias fácticas”,<sup>209</sup> por tanto, “El significado emotivo expresa la actitud y el significado descriptivo representa la creencia, por ejemplo, en “hay” y “dolor”.

“Esta idea de significado emotivo de un juicio moral o de un término ético supone, como dice Hudson, adoptar una concepción *causal* acerca del significado de las palabras. Esto implica pasar de la concepción del significado como el *sentido* y la *referencia* de las palabras (o sea las propiedades que designan y las cosas que denotan). También implica la concepción que caracteriza ese uso no por *reglas* o *convenciones lingüísticas*, sino por los *procesos psicológicos que causan o son causados* por el uso de las palabras. El significado de una palabra es según Stevenson, la propiedad disposicional que tiene esa palabra para causar, o ser causada por, ciertos procesos psicológicos en el oyente o en el hablante, respectivamente”.<sup>210</sup> Por ejemplo, dice NINO, “la palabra “democracia” tiene un significado emotivo favorable, alguien podría intentar re-dirigir las actitudes de aprobación de la gente hacia una forma de organización social diferente a la que la

---

<sup>207</sup> Originalmente publicado en 1992: 131-151; posteriormente en 2007, ésta última edición será la que cite a lo largo del texto.

<sup>208</sup> 2007: 21.

<sup>209</sup> NINO, 2003: 363-364.

<sup>210</sup> NINO, 2003: 364.

palabra usualmente denota, diciendo “la verdadera democracia es el gobierno de los más capaces al servicio de todo el pueblo”.<sup>211</sup>

O bien, en palabras de MORESO<sup>212</sup> “El núcleo común a todas las concepciones constructivistas de la ética consiste en un determinado modo de interpretar aquello que significa que un comportamiento humano es moralmente correcto. Para estas concepciones, los comportamientos moralmente correctos son aquellos que elegirían seres humanos situados en determinadas condiciones ideales. El contenido de estas condiciones varía según la teoría, pero todas están encaminadas a que los agentes en condiciones ideales sean seres humanos imparciales, con capacidades cognitivas y afectivas óptimas, capaces de desprenderse de los prejuicios y torpezas que nublen nuestra visión adecuada de las cosas”.

Al respecto, resulta oportuno el análisis de GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI<sup>213</sup> sobre el constructivismo, señalando cuatro tesis, de las cuales me interesa tomar en este momento la primera: “(i) En primer lugar, el concepto constructivista de objetividad y de verdad frente al defendido desde planteamientos objetivistas y cognoscitivistas. Así, mientras estos últimos entienden el problema de carácter epistemológico, el constructivismo lo concibe como una cuestión práctica. En efecto, el objetivismo defiende la existencia de un orden moral previo a, e independiente de, la concepción que se tenga de la persona humana, y por eso, las distintas concepciones morales deben tratar de aproximarse a dicha realidad moral objetiva. El constructivismo, por el contrario, niega la existencia de un orden moral previo a, e independiente de, nuestra concepción de la persona. Por eso, la idea de aproximarse a la verdad moral entendida como correspondencia con determinados hechos morales no cabe en una doctrina constructivista, pues no hay verdad moral al margen del proceso de construcción que lleva a cabo la persona concebida como agente moral; o por decirlo con términos tomados de las éticas discursivas que defienden una teoría consensual de verdad, la verdad de los enunciados morales se conciben como la posibilidad de éstos de ser objeto de un acuerdo entre todos los participantes en una comunicación ideal...De ahí que en el constructivismo los primeros principios de justicia sean razonables y correctos (o no razonables e incorrectos) más que verdaderos (o falsos). En definitiva, las diferentes teorías constructivistas asumen que la noción cognoscitivista de objetividad es innecesaria, y defienden una noción inter-subjetiva de validez”.

Lo importante de haber considerado las posturas antes aludidas sobre el constructivismo ético, viene a cuenta de la concepción metaética autónoma y sólida que representa como

---

<sup>211</sup> 2003: 365.

<sup>212</sup> 2009: 102.

<sup>213</sup> 2004: 84-85. En este sentido, RUBIO CARRACEDO, 1990: 208 “En definitiva, el constructivismo no sitúa la objetividad en un criterio exterior a los mismos principios de justicia “cuentan como razones de justicia”, en tanto que los garantiza el mismo procedimiento de su construcción”.

una alternativa a la solución del conflicto entre liberales y comunitarios que por varias décadas, en aras de saldar la deuda con el sujeto moral.

Interesado en este quehacer ético, NINO habrá de partir sobre la base de que el discurso moral al ser una práctica social que constituye un procedimiento para convergir en ciertas conductas y en determinadas actitudes frente a otras sobre el sustento de la coincidencia de creencias en razones morales. Para ello, es necesario señalar que la doctrina ha marcado un derrotero en posiciones sobre el análisis de los juicios morales y su forma de fundamentación,<sup>214</sup> mismas que pueden quedar comprendidas en dos grandes grupos: *a)* teorías descriptivistas o cognoscitivistas y *b)* teorías no descriptivistas tales como el emotivismo y el prescriptivismo.<sup>215</sup> Por supuesto que existen una gran diversidad de variantes a dos grupos concentrados por NINO, para mostrar el alcance de esta clasificación sin pretender centrar la atención en el ámbito conceptual recorro a las reflexiones de BAYÓN MOHINO:

“...sí creo que sería conveniente llamar la atención sobre las posibles diferencias entre lo que vengo llamando internalismo o proyectismo y el sentido en el que a veces (no siempre) se habla de «no cognoscitvismo» -o «no descriptivismo», «subjetivismo» «escepticismo» o «relativismo» -o de sus contrarios- se suele hacer referencia a teorías que versan acerca del significado y función de los enunciados morales, no acerca de la cuestión ontológica de en qué sentido puede decirse que «existen» razones para la acción. El cognoscitvismo o descriptivismo es entonces aquella familia de teorías que, de formas muy diversas, coinciden en sostener que los enunciados morales tienen contenido proposicional, una función

---

<sup>214</sup> Una forma de clasificar este esfuerzo por la doctrina es señalada por NAKHNIKIAN, 1998: 8. “La ética contemporánea se divide, a su vez, en ética teórica y ética normativa. La ética teórica se ocupa de cuestiones tales como: ¿Cuál es el *estatus* semiótico (o sea el “significado”) de términos éticos como “bueno”, “correcto”, “deber”, “obligación”? ¿Puede alguno de estos términos servir de término primitivo para definir a los demás? ¿Pueden los términos éticos ser definidos en términos no éticos? ¿Son los enunciados éticos juicios susceptibles de ser verdaderos o falsos? ¿Pueden, al igual que las proposiciones de las ciencias naturales, ser confirmados o falseados mediante la experimentación y la observación? Estas preguntas y otras similares de la ética teórica se refieren a los significados y funciones típicos de ciertos términos y enunciados y a las conexiones lógicas entre ellos. No son preguntas acerca de lo que debemos hacer o lo que debemos de valorar. Las cuestiones acerca de lo que debemos hacer o valorar son cuestiones normativas”.

<sup>215</sup> *Cfr.* HARE, 1999.

referencial, y por consiguiente valores veritativos. Pero entonces la aceptación del internalismo o proyectivismo en el plano ontológico es compatible con una posición cognoscitivista o descriptivista (por ejemplo, afirmando que los enunciados morales y *estrictamente* en ese sentido, ni el cognoscitivismo o descriptivismo resultan plenamente satisfactorios; pero lo que me interesa subrayar, en cualquier caso, es que la divisoria entre uno y el otro...no discurre por el mismo punto que aquella otra que en el plano ontológico separa a externalistas e internalistas. Por supuesto todas estas advertencias y precisiones están de más si uno entiende por «cognoscitivismo» aproximadamente aquello que aquí he llamado externalismo o realismo valorativo”.<sup>216</sup>

La discusión entre estos dos modelos, dice BAYÓN MOHINO tiene un alcance más allá de la propia metaética, esto es, resulta ser propio de la teoría de la acción y hasta de la propia naturaleza de la realidad, la cual incluye las ideas de una serie de *hechos morales* que forman parte de la estructura del mundo y de una capacidad humana singular para tener acceso cognitivo a ellos. Esto tiene mejor comprensión cuando BAYÓN MOHINO puntualiza “Afirmar que nuestra concepción ordinaria del fenómeno moral incorpora una pretensión de objetividad es afirmar que quien sostiene un juicio moral pretende o presupone que los demás, si consideraran la cuestión «de un modo razonable», si llegaran a adoptar lo que consideramos «la perspectiva adecuada», llegarían a la misma conclusión que nosotros. Es entender también que los individuos no se ven a sí mismos como comprometidos con los concretos fines últimos que tienen en un momento dado (cualquiera que estos resulten ser y justamente porque son los que en ese momento tienen), sino más bien como capaces de revisar o corregir sus fines en atención a consideraciones que no resultan ser meramente ni otros fines más fundamentales que ya formaban parte de su conjunto subjetivo de motivaciones (a la luz de los cuales el individuo va depurando otros elementos derivativos del mismo a medida en que repare en que son inconsistentes con aquéllos), ni cualesquiera fines últimos nuevos que en aquel conjunto reemplacen a los anteriores (de lo contrario parece que no tendría sentido –o, al menos, no en el que ordinariamente se diría que le damos- pensar que se puede estar moralmente *equivocado*, o tener *dudas* o *perplejidades*

---

<sup>216</sup> 1991: 207-208

*morales*)”.<sup>217</sup> Lo cual tendrá implicaciones desde la perspectiva individual como colectiva en la participación en discursos o discusiones morales.

Para BAYÓN MOHINO “En el plano individual parece que el prescindir de la pretensión de objetividad priva de sentido (o, si se quiere, convierte en arbitraria) a la adopción de un conjunto de preferencias últimas: si no se puede sostener que esas preferencias últimas son «correctas» -en algún sentido externo u objetivo- y si el individuo reconoce tal cosa, ciertamente puede seguir formulando juicios morales *desde* ese conjunto de preferencias últimas acerca de sus acciones y de las de los demás, pero no puede dar una justificación *acerca* de su adopción de *ese* conjunto de preferencias últimas (es más, en rigor tendría que afirmar que esta afirmación acerca de lo que está justificado o lo que se tiene una razón para hacer sería necesariamente *interna* a una ordenación de preferencias, y por consiguiente se estarían traspasando los límites de lo que puede decirse con sentido al plantear una cuestión como aquélla), con lo que su compromiso con ellas quedaría «falto de sentido» tras un reconocimiento semejante.

En el plano colectivo, el prescindir de la pretensión de objetividad parece que desnaturaliza nuestra concepción ordinaria acerca de los desacuerdos morales y del sentido de la discusión moral. Parece que sin un criterio de corrección externo a los conjuntos subjetivos de motivaciones de los individuos resultaría inapropiado decir que hay entre ellos «desacuerdos» morales, salvo que se entienda por tal meramente el hecho de que los contenidos de esos conjuntos son distintos. Por supuesto nada impide reinterpretar de ese modo lo que querría decir que existe un desacuerdo moral. Pero aceptando ese sentido –que seguramente supone una revisión o corrección de nuestras ideas ordinarias- falta por explicar qué se supone que estarán haciendo quienes intervienen en discusiones morales. Si se da por descontado que quien interviene en una discusión moral presupone con el mismo hecho de su intervención que hay un sentido en el que «existen» razones para actuar que es externo a los conjuntos de preferencias de todos los individuos y que lo que se ventila en la discusión es cuáles son esas razones, entonces, por definición, quien interviniera en una discusión moral reconociendo ser un defensor del modelo internalista o proyectivista incurriría en una suerte de contradicción pragmática. Sucede sin embargo, una vez más, que desde la aceptación de este último modelo sería posible dar una aplicación alternativa –aunque sea reconociendo que se aparta en mayor o menor medida de nuestras concepciones ordinarias- del sentido de la intervención en discusiones morales. En primer lugar, desde los supuestos del internalismo o proyectivismo sí hay un sentido *limitado* en el que perfectamente cabe hablar de la racionalidad o irracionalidad de un conjunto de preferencias últimas que no resulte ser su evaluación desde otro diferente: este sentido limitado tiene que ver con su consistencia interna, con la veracidad de las creencias acerca de cuestiones de hecho en las que un sujeto basa algunos de

---

<sup>217</sup> 1991: 213-214. Sobre esto último véase el trabajo de MUGERZA, 1999.

los juicios morales que formula y con su carácter no colectivamente auto-refutatorio. Un primer espacio para la discusión en materia moral desde supuestos internalistas o proyectivistas tiene que ver precisamente con la detección de defectos de esta clase en el punto de vista que se critica. Podría pensarse que este espacio es *sumamente* limitado, y si lo que se quiere decir es que permite tan sólo descalificar algunos conjuntos de preferencias últimas pero no fundamentar –desde un punto de vista «objetivo»- la elección de uno entre los que sí satisfagan esos requisitos mínimos, creo que indudablemente se está en lo cierto. Pero hay otra circunstancia que, junto a ésta, da sentido a la discusión moral desde supuestos internalistas. Si observamos la forma en que típicamente se desarrollan las discusiones morales veremos, según creo, que el modo más característico de argumentar en contra de una cierta postura consiste en intentar demostrar que de ella se derivan implicaciones que se supone que no está dispuesto a aceptar quien la sostiene, o que no puede ser consistentemente aceptada al mismo tiempo que se acepta alguna otra tesis que se supone que no estaría dispuesto a rechazar el oponente. Si presuponemos que no existe *ninguna* base mínima compartida entre nuestra posición y la de nuestro oponente es muy posible...que no le encontremos ningún sentido a entrar en una discusión moral con él y nos limitemos a evaluar sus preferencias últimas y sus acciones con arreglo a nuestro propio punto de vista...De este modo cabría sostener que el rechazo de los presupuestos externalistas o realistas no priva necesariamente de sentido a la intervención en discusiones morales ni le hace a uno presa de contradicción pragmática alguna (aunque seguramente sí obligar a revisar la concepción común acerca de la naturaleza, sentido y presupuestos de la discusión moral)<sup>218</sup>.

Esta descripción de postulados externalistas e internalistas desarrollada por BAYÓN MOHINO, tiene cabida en el legado de NINO, quien propuso recurrir al conocimiento moral mediante la práctica social, toda vez que, el reconocimiento de sistemas morales en cualquier grupo social parece confirmar la hipótesis de que tanto el derecho como la moral habrán de satisfacer la función social de disminuir los conflictos y mejorar la cooperación entre ellos, sólo en tanto, existan razones para actuar, como aquellas que son el objeto de creencias, mantenidas y revisadas a través de un tipo de discurso moral, el cual "...consiste en una técnica para converger en acciones y actitudes...sobre la base de creencias comunes en razones morales. Esta coincidencia sería un mero resultado accidental –y de este modo el discurso moral no cumpliría con su función- si no estuviera sujeta a ciertas reglas que establecen las condiciones bajo las que uno puede defender ciertas razones morales; esto es decir que aquellas reglas qué argumentos son aceptables en el discurso moral a favor o en

---

<sup>218</sup> 1991: 214-216.

contra de una razón para actuar y cuáles son actitudes a las que se comprometen los participantes en ese discurso cuando aquellos argumentos son aceptados o rechazados”,<sup>219</sup> para lo cual resulta indispensable considerar las reglas procedimentales y el aspecto formal del discurso moral por determinar las condiciones de la justificación moral dice NINO: “las restricciones a las que deben sujetarse todos quienes buscan argumentar acerca de la justificabilidad moral de una acción”.<sup>220</sup> Por supuesto, que el recurso ético de NINO para esto será el postulado kantiano de RAWLS de la posición original<sup>221</sup> con la cual “tal forma debe ser inferida en parte de ciertas hipótesis acerca de las funciones sociales de la moral y en parte de un “equilibrio reflexivo” entre las hipótesis acerca de lo que es constitutivo del concepto moral y las convicciones sustantivas que, debido a su firmeza, parece haber pasado el examen de aquellos criterio formales, y que, de este modo, sirven para detectarlas de forma indirecta”.<sup>222</sup> Por consiguiente, la identificación formal del discurso habrá de ser aplicada mediante el *consenso*, toda vez que, se genera mediante la concurrencia de acciones y actitudes que aceptan de manera libre principios comunes de conducta, como resultado de un examen de los argumentos a favor o en contra de principios alternativos. Es aquí, donde la propuesta liberal de NINO tendrá mayor contenido moral, a través del principio de autonomía donde “cada sujeto es su propio legislador”.<sup>223</sup>

---

<sup>219</sup> 2007a: 132.

<sup>220</sup> 2007d: 132.

<sup>221</sup> 2007a: 133-134, entendida para NINO como “la justificación moral de un acto es lo que muestra su conformidad con los principios que serían aceptados por un *arbitro ideal*, esto es, por alguien que fuera absolutamente imparcial, completamente racional, y bien informado acerca de todos los hechos relevantes. en otras palabras (que quizás ayuden a mostrar la evolución de la moral desde una etapa premoral), los principios morales válidos son aquellos que serían aceptados por un dios con tales atributos –pero no morales- si él existiera. Esto implica que el hecho que demuestre la existencia de principios morales es su aceptabilidad hipotética bajo ciertas condiciones. Este tipo de hecho, que es descrito por juicios condicionales contrafácticos, no presenta otras dificultades ontológicas que las muy serias que presentan todos los juicios de este tipo, incluyendo aquellas que parecen ser esenciales a las ciencias empíricas actuales. Esta reconstrucción de éste aspecto formal del discurso moral necesita, por supuesto, todavía mucha más elaboración, de modo de sobreponer una serie de problemas...pero sus prospectos parecen ser muy prometedores. Para empezar, permite caracterizar tentativamente a un juicio de valor que establece que “x” debiera moralmente hacerse, como un juicio que predica de la acción “x” que es requerido, bajo circunstancias definidas sobre la base de propiedades fácticas y genéricas, por un principio público que sería aceptado como la justificación final y universal por quien fuera totalmente racional, completamente imparcial y por completo consiente de los hechos relevantes”.

<sup>222</sup> 2007a: 132.

<sup>223</sup> 2007a: 133.

Es importante destacar que su propuesta constructivista no guarda relación alguna con las que en su momento elaboraron AARNIO (subjetivismo social) o de HARMAN (convencionalismo), porque en estas toda argumentación moral encuentra su límite por la coincidencia de ciertos valores sustantivos básicos. En cambio para el constructivismo se da por la aceptación de reglas y criterios acerca de cómo juzgar cualquier valor sustantivo. “Los límites de la moral no están establecidos por ninguna opinión acerca de la resolución de conflictos sociales ni por ninguna concepción de la sociedad, sino por las formas en los que ellos deben ser justificados...Por supuesto, las reglas formales del discurso moral son *convencionales*; no son hechos naturales. Pero son tan universales como la aplicabilidad del concepto de moral, en tanto son constitutivos de tal concepto. Su relatividad está determinada sólo por la relatividad de la noción de moral”.<sup>224</sup> Sin embargo, NINO es prudente con esta propuesta metodológica procedimental, al reconocer que el constructivismo no se debe identificar con ningún valor sustantivo por no quedar exento de críticas por posibles posiciones sustantivas al no lograr satisfacer las condiciones formales antes aludidas. Por ello, acepta elaborar meras aproximaciones “incrementales” a los requisitos del discurso en aras de superar cualquier incompatibilidad con tales requerimientos de formalidad, las cuales para NINO serían: “...que las características formales del discurso moral parecen conducir a dos principios básicos de una concepción liberal de la sociedad: el principio de *inviolabilidad* de la persona –que proscribe sacrificar los intereses básicos de los individuos sin su consentimiento, ya sea con el propósito de beneficiar a otros o de beneficiar al todos social; y el principio de *autonomía* de la persona –que establece que la libre elección de los planes de vida individuales es en sí misma valiosa y no debiera ser interferida”.<sup>225</sup>

Es aquí donde NINO habrá de presentar con mayor soltura su esquema argumentativo para defender un liberalismo del discurso moral, a saber dice:

“Si prestamos atención a cualquier discusión moral corriente advertiremos de inmediato que en ellas se emplean recurrentemente ciertos argumentos estándares, como las preguntas retóricas “¿qué pasaría si todos obrasen como usted?” o “¿le gustaría que a usted le hicieran lo mismo?” o

---

<sup>224</sup> 2007a: 134.

<sup>225</sup> 2007a: 136.



“¿por qué no se pone en mi lugar” Estas réplicas reflejan rasgos formales distintivos del discurso moral que deben ser analizados.

Hay un aspecto del discurso moral que es tan fundamental que hace que él sea precisamente un *discurso*: en el discurso moral están excluidos argumentos, formas de persuasión o técnicas de motivación basados en la obediencia dogmática a ciertas autoridades –humanas o divinas–, el recurso a amenazas de daños o a ofertas de beneficios, el engaño, el condicionamiento a través de la propaganda. Todos coincidirán en que cuando estos recursos se emplean se está pervirtiendo o abusando del discurso moral, y que ello puede viciar los resultados obtenidos. *El discurso moral está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de una aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes* de la moral, que fue insuperablemente señalado por Kant al sostener que lo que da valor a la acción no es el miedo o la inclinación sino el respeto voluntario a la ley, que convierte al agente en su propio legislador”.<sup>226</sup>

Lo valioso de este razonamiento de NINO sobre el discurso moral enmarcado en un liberalismo, radica a mi parecer en permitir identificar la operatividad de la moral mediante el consenso, es decir, para que “la convergencia de acciones y actitudes obtenida a través de la aceptación libre de principios de conducta sea posible, esos principios deben satisfacer ciertas condiciones mínimas”,<sup>227</sup> para lo cual propone considerar que los principios morales deban reunir las siguientes características: *generales, supervinientes, universales y públicos*. Aceptando estos distintivos, se podrá conseguir que los principios morales constituyan razones finales en la justificación de una acción, afirmando que: “ninguna razón de otra índole puede prevalecer sobre ellas, y ellas desplazan a cualquier otra razón cuando son aplicables. Ésta no es una cuestión normativa ni motivacional sino lógica: hace al concepto de principio o razones morales, lo que implica que este concepto es aplicable al caso de cualquier principio que sea defendido como justificación última de una conducta, siempre, claro está, que satisfaga las otras condiciones de un principio moral”.<sup>228</sup> Esto será viable, en tanto la participación en el discurso moral considere la inclusión de alguna disposición a aceptar los principios de conducta que nosotros mismos o un tercero adopte, sólo si nos encontráramos en determinadas circunstancias diferentes de aquellas a las que de hecho estaríamos sometidos y, en consecuencia, se entendería por qué la participación

---

<sup>226</sup> 1989: 109.

<sup>227</sup> 1989: 109-110.

<sup>228</sup> 1989: 111-112.

en la discusión resulta ser un medio significativo para lograr la coincidencia en la aceptación de los principios de conducta, poniendo el ejemplo Nino de un árbitro “la forma de hacerlo a través de la discusión moral consistiría en *imaginar cómo decidiría un árbitro ideal*”.<sup>229</sup> Esta posición es coincidente con la teoría del “*punto de vista moral*”, de W. FRANKENA,<sup>230</sup> para quien, siguiendo la interpretación de NINO, un juicio, principio o código moral básico será justificado o verdadero, en tanto sea aceptado por cualquiera que adoptase el punto de vista moral, en tanto fuera racional y tuviera conocimiento de todos los hechos relevantes, porque al formular juicios normativos acerca de las acciones, intenciones o personas, por ejemplo, se estará dispuesto a universalizarlos y, por consiguiente, las razones que llegue a darse sobre esos juicios relacionados con hechos acerca de cómo las cosas juzgadas afectan los intereses de seres sensibles, conlleva a que cuando los juicios se refieren a nuestras propias acciones, las razones dadas que damos a favor de ellos determinan hechos acerca de cómo ellas afectan los intereses de los demás. En este orden de ideas, RIBOTTA sostiene que la idea de universalización del discurso moral resulta ser consistentemente rawlsiana,<sup>231</sup> por su propuesta de la posición original (imparcialidad), tal y como lo expresa de manera puntual:

“la idea de universalización remite a una estrategia de justificación moral basada en la imparcialidad, de evidente inspiración kantiana y que Rawls comparte, con diferentes rasgos y algunos muy significativos, con Dworkin y Habermas, entre otros. La estrategia de justificación está basada en valores procedimentales imparciales y neutrales, mientras que la inspiración kantiana es clara en la medida en que desde estos presupuestos se identifica el punto de vista moral con la fundamentación de normas de validez universal. Para Kant el punto de partida es el hecho

---

<sup>229</sup> 1989: 113.

<sup>230</sup> 1989: 113.

<sup>231</sup> Al respecto, GUARIGLIA, 1996: 21 y 22, puntualiza sobre el principio de universalización que “Una de las cuestiones sin duda más debatidas en la bibliografía ética contemporánea es la que se refiere al principio de universalización y a sus aplicaciones a casos específicos como criterio de moralidad. En efecto, en el desarrollo del debate se ha solido entremezclar en las diversas formulaciones propuestas para el principio lo que constituye el núcleo lógico de éste con el procedimiento que R. M. Hare bautizó hace cuarenta años con el término que se ha convertido en la denominación *standard*, “universalizabilidad”. Las coincidencias y diferencias entre el principio de universalización y el procedimiento de universalizabilidad han sido exploradas recientemente por M. G. Singer, quien fue uno de los primeros entre los filósofos contemporáneos en rescatar del olvido la universalización como herramienta lógica imprescindible para la argumentación moral, si bien bajo un nombre un tanto equívoco, “principio de generalización”, que no ha tenido demasiada fortuna. Sin duda como señalan Potter y Timmons, la fusión entre el principio formal de universalización y un principio sustantivo de moralidad, la ley universal o imperativo categórico, está ya presente en Kant y a partir de allí se vuelve a encontrar en la ética contemporánea, normalmente a partir de Henry Sidgwick en la tradición anglosajona y de Leonard Nelson en la alemana.

moral universal, es decir, la presencia de sensibilidad moral en todo ser humano, pero la ley moral no puede ser particular, pues los fines particulares no son necesariamente buenos en sí mismos. De ahí, que la determinación de la ley moral debe ser universal, válida para todos, y al ser universal será racional y necesaria, pero al mismo tiempo será sólo formal, vacía de todo contenido fáctico particular. Esta ley es el auténtico imperativo moral de carácter categórico, es decir no subordinado a ningún valor exterior a él, y que exige *actuar de tal manera que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre también como principio de una legislación universal*. Por ello, la universalización es con frecuencia vista como un primer requisito de todo juicio moral.<sup>232</sup>

Aún y cuando no sea del todo unánime la atribución a RAWLS de la universalización, si corresponde a éste mantenerlo vigente en una posición liberal de tradición kantiana, en aras de presentar una perspectiva de imparcialidad o desinterés inherente en el razonamiento moral, a fin de lograr un consenso entre todos los participantes, quienes aceptarán libremente los mismos principios de conducta, y es aquí, donde resulta importante determinar si una hipótesis empírica acerca de cómo procedería alguien que estuviera en la situación del observador ideal (de HUME), o bien, de RAWLS no para determinar cómo se procedería en una situación ideal sino de cómo se *debería* proceder de acuerdo con ciertos principios de racionalidad.

Según NINO “Para encarar las dificultades de esta idea conviene reducir al mínimo sus aspectos ficticios, que, si bien pueden tener un valor heurístico importante, pueden también inducir a confusión; hay que tener siempre presente que de lo que se trata en última instancia no es de dar cuenta de la estructura del razonamiento de seres fantásticos o de seres normales en situaciones fantásticas sino del razonamiento moral ordinario que llevamos a cabo nosotros mismos en situaciones comunes y corrientes”.<sup>233</sup> Esta idea se complementa con los estudios de NAGEL de quien NINO admira su lucidez al señalar que “la única forma de evitar una posición solipsista –es decir la posición de que los juicios referidos a otros no tienen el mismo significado que cuando se refiere a nosotros- requiere que la *concepción* de otras personas como nosotros éste incluida de entrada en la idea de nuestras propias experiencias”.<sup>234</sup> Toda vez que el aspecto formal del discurso moral (imparcial), no sería un rasgo distintivo del discurso moral sino que sería un presupuesto fundamental de nuestra concepción del mundo y de nosotros mismos.<sup>235</sup>

---

<sup>232</sup> 2009: 46s. En el mismo sentido MACKIE, 2000: 95; HABERMAS, 1998: 68.

<sup>233</sup> NINO, 1989: 116.

<sup>234</sup> 1989: 116.

<sup>235</sup> 1989: 117.

Ahora bien, este recurso de la universalización le permite a NINO mejores resultados para las implicaciones del discurso moral en su propuesta ética constructivista de carácter procedimental, en aras de lograr resultados mediante un procedimiento con cierta validez universal, en tanto las condiciones “ideales” o “hipotéticas”, las conclusiones morales a las que llegarían los sujetos involucrados satisfacen los requisitos de la imparcialidad, y por ende, tendrían valor prescriptivo universal, para lo cual NINO cuestiona “Pero si se tiene en cuenta el aspecto interno de las preferencias y se las satisface sólo en la medida de la validez de las razones en que ellas se apoyan ¿esto no hace desaparecer la autonomía ya que ciertos valores que hacen al bien de cada uno deberían imponerse independientemente de las preferencias?”.<sup>236</sup> Su respuesta será mediante el valor de la autonomía con la cual se lograría evitar la imposición de preferencias sea más valiosa que otra, aún y cuando realmente suceda, porque la pretensión del principio de autonomía radica en que cada persona mediante su capacidad de elección racional elija por tales preferencias, lo cual para NINO refleja su clara preferencia liberal (de principios morales) con pretensión universal.

Para esto, tendrá que, primero, reconocer dos postulados fundamentales en el debate que enmarcaban en su momento la discusión ética, me refiero a RAWLS y HABERMAS. Y, en segundo lugar, NINO propone una tercera vía intermedia de índole epistémica, permitiéndole fomentar un dialogo entre estos dos promotores de la subjetividad moral, y quienes en determinado momento sostuvieron un diálogo propio, sin que el tiempo permitiera a NINO ver establecido dicha comunicación, pero que, a mi parecer los postulados de NINO en esta base continúan presentes, tal y como se mostrará en el siguiente apartado.

## **2.1. El constructivismo epistemológico de NINO. ¿Una propuesta conciliatoria entre RAWLS y HABERMAS o una tercera vía?**

Uno de los distintivos del siglo XX fue el acercamiento entre dos grandes tradiciones, la analítica y continental, protagonizada por RAWLS y HABERMAS, quienes confrontaron entre

---

<sup>236</sup> 1989b: 38.

dos de las teorías políticas más diferenciadas, pero con un punto de partida en común en la filosofía práctica de kantiana. Al respecto, resulta oportuno retomar la hipótesis de MCCARTHY quien sostiene que "...la publicación en el otoño de 1992 de la obra de Habermas *Faktizität und Geltung*...y en la primavera de 1993 de *Political Liberalism* de John Rawls muestra a las claras que la discusión apenas ha comenzado".<sup>237</sup> Este pronunciamiento de identificar el inicio de un debate entre estos dos autores, tiene validez para la lengua inglesa y alemana, pero no para la española, toda vez que, a mi parecer con mayores decoros para C. S. NINO fue quien en 1989 presentara originalmente un primer bosquejo en su trabajo "*Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas*",<sup>238</sup> en el que, claramente Nino sin llegar a conocer en vida de la confrontación entre estos dos autores tal y como lo señala MCCARTHY, serían piezas claves para el estudio de su posicionamiento constructivista epistemológico para la discusión de la razón pública. Para ello, NINO señaló que el constructivismo ontológico defendido por HABERMAS y ACKERMAN, para quienes los principios morales se *constituyen* como un resultado de una discusión real, careciendo de validez previamente a este resultado, por consiguiente, su propuesta epistemológica radica en que "los principios morales sustantivos se infieren, generalmente, por vía de argumentos basados en inconsistencias prácticas, de los presupuestos y reglas procedimentales del discurso moral",<sup>239</sup> esto permite descubrir los principios universales que hubieran sido aceptados en condiciones de racionalidad ideal, y con ello, constituyen el método por antonomasia de aproximación a la *verdad moral*, y además, no llega a frustrar la capacidad epistemológica de la mayoría en la aproximación a la verdad, porque a decir de NINO la opinión que se impone mayoritariamente tiene una mejor presunción a su favor de ser la tesis moralmente más correcta: "Este enfoque implica que la democracia tiene valor epistemológico. Es un buen método para alcanzar el conocimiento moral puesto que incluye, como componente esenciales, tanto la discusión como la conformidad mayoritaria, y de este modo nos lleva más cerca de la verdad moral".<sup>240</sup>

---

<sup>237</sup> 1997: 36.

<sup>238</sup> 1989a. Lo que conlleva pensar que previo a este año, ya NINO iba identificando las lecturas de estos dos autores que paralelamente constituirían el centro de atención mundial para la ética contemporánea.

<sup>239</sup> 1989a: 389-390.

<sup>240</sup> 1989a: 397.

### 2.1.1. Los estudios de Nino hasta 1993.

Para tener mejor comprensión de la propuesta de NINO, es necesario referirme en primer lugar al pensamiento de RAWLS y posteriormente al de HABERMAS, para ello, he de insistir que las lecturas hechas por NINO para su posicionamiento no fueron en *Liberalismo político* y *Facticidad y validez*, sino que sólo pudo centrar su atención en las bases filosóficas de los setenta y ochenta del pensamiento moral de HABERMAS y RAWLS. Por ello, haré el intento de mantener la argumentación de NINO hasta sus últimas lecturas y, llegado a este punto, mostrar que es viable continuar el dialogo constructivista con estos dos autores.

Ahora bien, el posicionamiento metaético de RAWLS nunca fue claramente identificado en su *Teoría de la justicia* al elaborar sus dos principios de justicia (prioridad de la libertad y el de diferencia), recurrió a todos los recursos teóricos, excepto el teológico, para fundamentar intersubjetivamente los principios morales: el consentimiento, el auto-interés, las intuiciones y los presupuestos formales del razonamiento moral, principios que llegarán a tener influencia en autores como J. BUCHANAN y G. TULLOCK,<sup>241</sup> D. GAUTHIER<sup>242</sup> y D. RICHARDS.<sup>243</sup> Otro de los trabajos más identificatorios del pensamiento rawlsiano para la formación de NINO fue *El constructivismo kantiano en la teoría moral. Autonomía racional y autonomía plena*, donde explícitamente advierte que los procedimientos por los que los primeros principios son elegidos deben ser adecuadamente fundados en el razonamiento práctico, que no hay otros hechos morales aparte del procedimiento de construcción de los principios, y que la verdad de los juicios morales está consiguientemente definida por tal procedimiento, tal y como fuera el caso del método de equilibrio,<sup>244</sup> en la que RAWLS juega un papel importante la reflexión individual para acceder a la verdad moral, solo en tanto ésta sea definida a partir de la satisfacción de ciertas exigencias como las de imparcialidad o universalidad.

---

<sup>241</sup> 1993.

<sup>242</sup> 1994.

<sup>243</sup> 1971.

<sup>244</sup> NINO, 1989: 95, más adelante el propio autor sostiene, p. 97. "Rawls no es para nada explícito sobre cuál es el método o el procedimiento apropiado sobre la forma de *conocer* este tipo de verdad moral. Aparentemente, él asume que la reflexión individual como la que él mismo emprende en *La teoría de la justicia* es un método adecuado para tener acceso a la verdad en materia moral, por lo menos en el ámbito de la justicia".

“Esto no excluye por supuesto que el intercambio de opiniones con otros no tenga en la teoría de Rawls algún valor epistémico. Lo contrario implicaría negar que, por ejemplo, las reflexiones que el propio Rawls hace en su libro tengan algún valor para nosotros. Por cierto que todos nos beneficiamos con el resultado de la reflexión de otros ya que se supone que compartimos, por lo menos parcialmente, los mismos presupuestos y esquemas conceptuales y las mismas posibilidades de acceso a los hechos por medio de la observación. Pero probablemente Rawls mantendría que uno debe guiarse finalmente por el resultado de la propia reflexión, ya que él parece adoptar, como Kant, un concepto de autonomía que incluye la idea de que en materia moral cada uno es su propia autoridad epistémica. Dada la estructura de nuestro razonamiento práctico esto parece inevitable ya que no podemos aceptar los mandatos de otra autoridad –por ejemplo de un legislador- sin reconocerla como tal, y esto implica un juicio de *nosotros mismos* de que debemos hacer lo que esa autoridad dispone. Obedecer a otro siempre parece implicar seguir nuestras propias razones, sean éstas morales o prudenciales...Sin embargo, Rawls reconoce a continuación que la discusión entre muchas personas tiene efectos beneficiosos, puesto que refrena nuestra parcialidad (no en una discusión ideal en que se supone que los que están participes son imparciales), amplía nuestra perspectivas y nuestros conocimientos y permite detectar errores de razonamiento”.<sup>245</sup>

Asimismo, NINO advierte que:

“De cualquier modo, dado que todo lo que hace el primer principio de prioridad de la libertad e incluso al valor de ésta, que está dado por el acceso a los recursos económicos y sociales regulado por el segundo principio, condiciona a la discusión y decisión democrática, no hay duda sobre el individualismo epistemológico de Rawls sobre una amplísima y prioritaria área de la moral. En todo lo que hace a la determinación de los derechos civiles y políticos de los individuos y tal vez incluso a sus derechos económicos y sociales, la reflexión individual es soberana y la discusión y decisión colectiva tiene un valor meramente auxiliar. Esto no debe confundirse, por supuesto, con la relevancia de los procedimientos ideales de decisión constituidos por la posición originaria en sus cuatro estadios: esos procedimientos son constitutivos de la verdad en materia moral, ya que, como vimos, reflejan restricciones formales del razonamiento práctico. Pero a esa verdad se llega, conviene insistir a través de una reflexión individual efectiva que determine cuál sería el resultado del procedimiento colectivo ideal”.<sup>246</sup>

---

<sup>245</sup> 1989: 98-99.

<sup>246</sup> 1989: 100.

Por consiguiente, NINO asume la hipótesis de que para las conclusiones morales es importante considerar las reglas procedimentales y los presupuestos sustantivos del discurso moral corriente, y luego, se logra comprender claramente el alcance del equilibrio reflexivo de RAWLS junto a su posición originaria, lo cual permitiría *justificar* ciertos principios de justicia, en tanto se pueda aceptar saber cuáles son esas reglas o cómo debe constituirse la posición originaria para dar cuenta de ellas, para ello, dice NINO “en parte tenemos que inferir esas reglas de los principios generales y de las conclusiones particulares a los que de hecho arribamos a partir de ellas, aunque, por supuesto, debemos tomar muy en cuenta la posibilidad de que la aceptación de tales principios esté determinada por errores en la aplicación de esas reglas y en la apreciación de los hechos relevantes. Esto sugiere un equilibrio reflexivo *más amplio* que el que plantea explícitamente Rawls, ya que él debe darse no por *dos* sino por *tres* términos: convicciones intuitivas particulares, principios sustantivos generales que den cuenta de ellas, y reglas o aspectos formales del discurso moral que permiten derivar tales principios. Debemos abandonar aquellas intuiciones que no pueden justificar sobre la base de principios plausibles, modificar aquellos principios que no dan cuenta de intuiciones firmes o que no parecen derivar de reglas formales cuando ellas no permiten derivar principios plausibles”,<sup>247</sup> lo que permite a RAWLS dar sentido al ajuste que propone entre convicciones particulares y principios generales, lo cual explica que “la aceptabilidad social de esos principios sea *en sí* un signo de su validez (puesto que este positivismo moral parece muy poco plausible), sino porque ello constituye un paso previo a otro ajuste, tendiente a detectar las reglas formales del discurso moral ordinario, reglas que se supone son relevantes para la justificación de ciertos principios morales, sean o no los socialmente aceptables”.<sup>248</sup>

En este orden de ideas, RAWLS reconoce que la discusión entre una gran cantidad de personas es más favorable, puesto que refrena nuestra parcialidad, dice NINO “no en una discusión ideal en que se supone que los que están partícipes son imparciales”,<sup>249</sup> por lo que amplía las perspectivas y los conocimientos de cada uno de los que intervienen,

---

<sup>247</sup> 1989: 105-106.

<sup>248</sup> 1989: 106.

<sup>249</sup> 1989: 99.



permitiendo esto reconocer errores de razonamiento. En realidad lo que resulta importante para NINO de este esquema rawlsiano es el enfoque de una “justicia procesal pura”, es decir, permite aproximarnos al conocimiento de la solución correcta porque los que están en desacuerdo con la decisión mayoritaria no pueden convencer a los demás en el marco de la concepción pública de la justicia. Por tanto, el principio de prioridad de libertad mediante la reflexión individual es soberana y la discusión y decisión colectiva tiene un valor meramente auxiliar.

El propio RAWLS lo explica de la siguiente manera: “los miembros de una sociedad bien-ordenada son personas morales libres e iguales, y como tales se ven a sí mismos y unos a otros en sus relaciones políticas y sociales (en la medida en que éstas son relevantes para cuestiones de justicia). Hay aquí tres nociones distintas, especificadas de forma independiente: libertad, igualdad y moralidad (en tanto que aplicada a la persona). Los miembros de una sociedad bien-ordenada son personas morales por cuanto que, una vez que han alcanzado la edad de la razón, cada uno tiene, y ve a los demás como teniendo, un sentido de la justicia efectivo, así como un entendimiento de una concepción de su bien. Los ciudadanos son iguales por cuanto que se consideran unos a otros como poseedores de un igual derecho a determinar, y a valorar tras la debida reflexión, los primeros principios de justicia por los que ha de gobernarse la estructura básica de la sociedad. Finalmente, los miembros de una sociedad bien-ordenada son libres por cuanto que piensan que tienen derecho a plantear pretensiones sobre el diseño de sus comunes instituciones en nombre de sus propias metas fundamentales y de sus propios intereses de orden supremo. Al mismo tiempo, en tanto que personas morales, no se ven a sí mismos como inevitablemente atados a la búsqueda de los particulares fines últimos que en un momento dado tienen, sino más bien como capaces de revisar y cambiar esos fines por motivos razonables y racionales”.<sup>250</sup>

Por tanto, el procedimiento para llegar a la verdad rawlsiana sólo será efectivo mediante una reflexión individual, para determinar cuál sería el resultado del procedimiento colectivo ideal.

Ahora bien, para tomar postura sobre el postulado de RAWLS, NINO analiza el pensamiento ético de Jürgen HABERMAS, eso sí, solamente, y en esto es muy claro NINO, en una sola obra: “*Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación*”,

---

<sup>250</sup> 2002: 215.

publicada en 1983, la cual a mi parecer refleja gran parte de su propuesta ética del discurso y, en ella, NINO encuentra la posibilidad de confeccionar su propuesta constructivista epistemológica, la cual (en 1989), anticipa la viabilidad del dialogo ético más representativo en el siglo XX, entre pensadores continentales y anglosajones, me refiero a la polémica entre RAWLS-HABERMAS.

El trabajo de HABERMAS versa entre otros factores distintivos en haber cambiado el objeto de la crítica de la razón sustituyendo las formas de la subjetividad trascendental por las formas de comunicación, con la que se dan razones o fundamentos para que las aspiraciones de la conciencia individual obtengan reconocimiento intersubjetivo. Para ello, presenta un programa de una “ética discursiva” reconstruyendo la propuesta kantiana de razón práctica en términos de razón comunicativa,<sup>251</sup> esto es, “los fenómenos morales son susceptibles de una investigación pragmático-formal de la acción comunicativa”,<sup>252</sup> ya que en la vida cotidiana combinamos enunciados normativos con pretensiones de validez, mediante preguntas ¿qué debo hacer?, ¿qué debemos hacer?, a fin de no caer en criterios arbitrarios, sino que, mediante la confianza en nuestra capacidad de distinguir entre normas y mandatos falsos de los verdaderos, dice HABERMAS “Llamo comunicativas a las interacciones en las cuales los participantes coordinan de común acuerdo sus planes de acción; el consenso que se sigue en cada caso se mide por el reconocimiento intersubjetivo de las pretensiones de validez”,<sup>253</sup> en tanto sea por un modo de hablar ontológico, esto es,

---

<sup>251</sup> 1985. En esta tradición kantiana existen aportaciones relevantes de Kurt BAIER, Marcus George SINGER, Paul LORENZEN, Ernst TUGENDHAT y el propio John RAWLS, quienes serían considerados por HABERMAS a lo largo de su proyecto ético.

<sup>252</sup> 2000: 60.

<sup>253</sup> 2000: 77. El propio autor contextualiza esta afirmación de la siguiente manera: 78-79. “Que un hablante pueda impeler a un oyente a aceptar tal oferta, no se explica en función de la validez de lo dicho, sino de la *garantía* surgida de la coordinación que formula el hablante de que, llegado el caso, hará realidad la pretensión de validez que ha presentado. En el caso de pretensiones de validez que ha presentado. En el caso de pretensiones de verdad y de rectitud, el hablante puede dar cumplimiento a su garantía por medio discursivos, esto es, aduciendo razones; en el caso de pretensiones de sinceridad, mediante un comportamiento congruente (el hecho de que alguien piense de verdad lo que dice, es algo que sólo puede demostrarse mediante la congruencia de sus actos y no acumulando motivos). En cuanto el oyente acepta la garantía ofrece por el hablante, entran en funcionamiento aquellos *vínculos relevantes a las consecuencias de la interacción* que están contenidos en el significado de lo que se ha dicho. Por ejemplo, las obligaciones de la acción rigen en primer lugar para el destinatario en el caso de órdenes y recomendaciones; para el hablante, en caso, de promesas y anuncios; para ambas partes de modo simétrico, en caso de acuerdos y contratos; para ambas partes, y de modo asimétrico, en el caso de recomendaciones y avisos de contenido normativo. A diferencia de estas acciones de habla regulativas, del significado de los actos de habla que sirven para dejar constancia, se derivan obligaciones en la medida en que el hablante y el oyente se ponen de acuerdo en apoyar

en un orden de la sociedad en la que podemos aceptar o rechazar las pretensiones de verdad solamente radica en las acciones de habla, en cambio, las pretensiones de validez normativa radican en esencia en las normas y sólo derivadas de las acciones de habla, por ello, no se constituyen al margen de la validez como en el orden de la naturaleza, dice HABERMAS “frente a la cual nos limitamos a adoptar una posición objetivadora. La realidad social, a la que nos remitimos con acciones de habla regulativas, se encuentra desde el inicio en una relación interna con las pretensiones normativas de validez”.<sup>254</sup> Para esto, es necesario distinguir entre el hecho social del reconocimiento intersubjetivo y la aspiración de una norma al reconocimiento, en aras de identificar la validez de una norma, en tanto ésta sea implementada mediante la aportación de razones justificatorias para cada uno de los participantes. Logrando este esquema de participación de grupos de masas hoy en día en las sociedades modernas, se establece la *legitimación* de las normas.<sup>255</sup> Pero a su vez, la vigencia social de una norma depende de que ésta sea aceptada por sus destinatarios y esto implica su reconocimiento mediante la comprobación discursiva: “Entre la existencia de relaciones objetivas y la veracidad de los enunciados aseverativos correspondientes, existe una relación interna que no se da, sin embargo, entre la existencia de realidades objetivas y la *expectativas* de un grupo concreta de personas de que quepa fundamentar tales enunciados. Esta circunstancia permite explicar por qué la cuestión de las condiciones de la validez de juicios morales plantea de modo *inmediato* el tránsito a una lógica del discurso práctico, mientras que la cuestión de las condiciones de validez de los juicios empíricos

---

sus acciones en interpretaciones de las situaciones que no contradigan los enunciados aceptados como verdaderos en cada caso. Del significado de los actos de habla expresivos se siguen obligaciones de acción de modo inmediato en la forma que especifique el hablante, con lo que su comportamiento no se encontrará, ni incurrirá, en contradicción. Gracias a la base de validez de la comunicación que busca el entendimiento, un hablante puede conseguir mover al oyente a aceptar su acto de habla, obteniendo con ello un efecto de enlace asegurado para la prosecución de la comunicación en la medida en que ofrezca la garantía para la realización de una pretensión de validez en principio criticable”.

<sup>254</sup> 2000: 80.

<sup>255</sup> NINO, 1989: 100. “Habermas se apoya en Strawson para mostrar que la justificación de juicios morales y el reproche basado en ellos es parte de una práctica social que pervade buena parte de nuestra vida y de los intercambios con otros. Es como parte de esa práctica que se predica verdad o falsedad de los juicios morales cosa que no se hace de los mandatos o decisiones Sin embargo, esta predicación de verdad en el caso de las normas tiene un carácter distinto a la de las proposiciones descriptivas –con lo que el discurso práctico se distingue del teórico-, debido a que las normas se interponen entre los actos de habla y la realidad empírica. Según Habermas entre la existencia de relaciones objetivas y la veracidad de los enunciados aseverativos correspondientes se da una relación interna que no se da entre las relaciones objetivas y las expectativas normativas; esta diferencia es lo que justifica que las condiciones de validez de los juicios morales dependa de una lógica del discurso práctico, mientras que los juicios empíricos requieren reflexiones cognitivas que son independientes de la lógica de los discursos teóricos”.

requiere reflexiones cognitivas y científico-teóricas, que en principio son independientes de una lógica de los discursos teóricos”.<sup>256</sup>

A decir de T. MCCARTHY,<sup>257</sup> la propuesta habermasiana se resume de la siguiente manera: “la idea de Habermas implica una reformulación procedimental del imperativo categórico: más bien que atribuir a otros como válidas aquellas máximas que yo puedo querer que sean leyes universales, lo que debo hacer es someter esas máximas a los otros con el propósito de probar su pretensión de validez universal. Ya no se hace hincapié en lo que puede querer *cada uno* sin contradicción, sino en aquello con lo que *todos* pueden estar de acuerdo en un discurso racional. La validez construida como aceptabilidad racional no es algo que pueda ser certificado en forma privada; anda ligado a procesos de comunicación en los que las pretensiones de cada uno se prueban argumentativamente por medio de la ponderación de razones en pro y en contra. A semejanza de Kant, distingue Habermas tipos diversos de razonamiento práctico y les asocia sus respectivas formas de «deber»: las correspondientes a lo pragmáticamente conveniente, lo éticamente prudente y lo moralmente correcto. Los cálculos de elección racional proporcionan recomendaciones idóneas para el logro de propósitos contingentes a la luz de preferencias dadas. Cuando lo que surge son cuestiones graves de valor, la deliberación sobre quién es uno y lo que quiere cede el paso a las instituciones sobre la buena vida. Pero si se trata de asuntos de justicia –de juzgar lo que es correcto o justo- entonces se exige la consideración equitativa e imparcial de los intereses de conflicto. Y a semejanza de Kant y de Rawls, Habermas cree que el objeto adecuado de la teoría moral son las cuestiones de éste último tipo más bien que las específicamente éticas...Las cuestiones de la autocomprensión y la autorrealización, arraigadas como están en las culturas y en las historias de las vidas particulares, no admiten respuestas generales; las deliberaciones de tipo prudencial sobre la buena vida que se llevan a cabo en los horizontes de los mundos de vida y de las tradiciones particulares no proporcionan prescripciones universales”.

Ahora bien, HABERMAS será crítico de cualquier análisis de consenso mediante la teoría de la argumentación, y en particular, de la de Toulmin, porque no es viable imponer un acuerdo entre las cuestiones teóricas o práctico-morales de forma deductivo, o bien, de pruebas empíricas por la sencilla razón “de conexiones causales lógicas, no descubren nada importante; y cuando tienen un contenido sustancial se apoyan sobre experiencias y necesidades, que se pueden interpretar de modo diferente a la luz de teorías cambiantes, por

---

<sup>256</sup> 2000: 82.

<sup>257</sup> 1997: 37-38.

lo que no ofrecen un fundamento definitivo”.<sup>258</sup> Por consiguiente, HABERMAS propone para el discurso práctico de un principio (moral kantiano) puente que sea equiparable al principio de inducción inmerso en el discurso científico experimental, como resulta ser el imperativo categórico a fin de excluir como inválidas cualquier norma que no consigan la aprobación cualificada de todos los posibles destinatarios “Por lo tanto, el principio puente que posibilita el consenso tiene que asegurar que únicamente se aceptan como válidas aquellas normas que expresan una *voluntad general*: esto es, como señala Kant una y otra vez, que han de poder convertirse en «ley general»”.<sup>259</sup>

Asimismo, HABERMAS sostiene que el principio de la universalidad no se agota en la exigencia de que las normas morales tengan que poseer la forma de enunciados de deber ser incondicionalmente universales,<sup>260</sup> por el contrario, desde su propuesta de una ética discursiva “una norma únicamente puede aspirar a tener validez cuando todas las personas a las que afecta consiguen ponerse de acuerdo en cuanto *participantes de un discurso práctico* (o pueden ponerse de acuerdo) en que dicha norma es válida. Este *postulado ético discursivo* (D), sobre el cual he de volver en referencia con la fundamentación del *postulado de la universalidad* (U), ya presupone que se *puede* fundamentar la elección de normas. Se trata ahora de considerar *este* presupuesto. He introducido (U) como una norma de argumentación que posibilita el acuerdo en los discursos prácticos cuando se pueden regular ciertas materias con igual consideración a los intereses de todos los afectados. Únicamente mediante la fundamentación de este principio puente podremos avanzar hacia la ética discursiva. En todo caso, he dado tal forma a (U) que excluye una aplicación monológica de este postulado; únicamente regula argumentaciones entre distintos participantes y hasta contiene la perspectiva de argumentos reales, que están por hacerse y a los que se permite entrar a los afectados. A este respecto, se distingue nuestro postulado de

---

<sup>258</sup> 2000: 83.

<sup>259</sup> 2000:83. En el mismo sentido, NINO, 1989: 101.

<sup>260</sup> 2000: 84. NINO, 1989: 101, aclara que “Habermas se hace cargo de las dificultades para fundamentar este principio de universalización sin caer...en el trilema de Münchhausen: o bien un regreso al infinito, o una justificación circular o un corte dogmático en la justificación. Sostiene Habermas que este trilema se puede eludir si desechamos una concepción deductivista de la fundamentación y siguiendo a Apel buscamos una fundamentación pragmática-trascendental que se apoya en los presupuestos del discurso práctico...Una serie de reglas más específicas de la argumentación que han sido señaladas por autores como Alexy implican ese principio general”.

universalidad de la conocida propuesta de John Rawls”.<sup>261</sup> Particularmente, HABERMAS se refiere a la posición original rawlsiana, cuando toda la atención imparcial de los implicados se encuentran afectados por el hecho de que quien formula el juicio moral se sitúa en una “posición ficticia”, que excluye las diferencias de poder, garantiza la igualdad de libertades para todos y permite que cada uno ignore las posiciones que habrá de tener en un orden social futuro, que puede estar organizado de cualquier manera,<sup>262</sup> esto es, “Al igual que Kant, Rawls operativiza el punto de vista de la imparcialidad de forma que cada cual puede acometer por su cuenta el intento de justificar las normas fundamentales. Esto es válido para el mismo filósofo moral. En consecuencia, Rawls entiende la parte material de su investigación, por ejemplo, el desarrollo del principio de beneficio medio, no como una *aportación* de un participante en la argumentación a la construcción de la voluntad discursiva sobre las instituciones fundamentales de una sociedad de capitalismo tardío, sino como el resultado de una «teoría de la justicia», en la que es competente en cuanto experto”.<sup>263</sup>

No obstante, la posición originaria de RAWLS resulta ser para HABERMAS un monologo que no permitiría por ningún motivo resolver en las argumentaciones morales las pretensiones de validez normativa en la praxis comunicativa cotidiana, sino que requieren un esfuerzo cooperativo en una “actitud reflexiva con el objeto de restaurar un consenso roto. Las argumentaciones morales también sirven para la resolución consensual de conflictos de acción. Los conflictos en el ámbito de las interacciones orientadas normativamente se remiten de modo inmediato a un acuerdo normativo interrumpido...o bien en establecer un reconocimiento intersubjetivo para esta exigencia de validez sustituta...ya no basta que cada individuo piense si puede aceptar o no cada norma. No basta con que todos los individuos hagan esta reflexión, cada uno para sí mismo, luego depositen su voto. Antes bien, lo necesario es una argumentación «real» en la que participen de modo cooperativo los afectados. Únicamente un procedo de entendimiento

---

<sup>261</sup> 2000: 86-87.

<sup>262</sup> 2000: 87.

<sup>263</sup> 2000: 87.

intersubjetivo puede conducir a un acuerdo que sea de carácter reflexivo: sólo entonces, pueden saber los participantes que se han convencido conjuntamente de algo”.<sup>264</sup>

El contenido del imperativo categórico kantiano del principio de universalidad en HABERMAS, lleva implícito un sentido pragmático en aras de evitar la interpretación errónea de los intereses propios por parte de los demás, lo que en realidad constituiría la última instancia que ha de juzgar lo que verdaderamente son los intereses propios, en tanto se encuentren abiertos a las críticas de los otros, esto sin perder de vista los rasgos culturales de cada grupo participante, al ser un componente de una tradición intersubjetivamente compartida ya que “la revisión de valores que interpretan las necesidades no es algo de lo que puedan disponer monológicamente los individuos aislados”,<sup>265</sup> a fin de que la forma de argumentación (moral) debe impedir a alguno de los participantes en las relaciones intersubjetivas a sugerir o, incluso, prescribir a los demás lo que es bueno para ellos, es decir, “La argumentación no tiene que posibilitar la *imparcialidad del juicio*, sino el hecho de que no puede influir en la *formación de la voluntad*, esto es, que ésta sea autónoma”,<sup>266</sup> sin embargo, NINO difiere de HABERMAS en el sentido de que solamente se podría librar de este presupuesto un escéptico si se llegará a apartar de una comunidad de quienes argumentan, pero esto no sería así, ya que por no haber una sola forma socio-cultural en el mundo conectada, por lo menos implícitamente, a una “prosecución de la acción

---

<sup>264</sup> 2000: 87-88. NINO, 1989:102. “En la defensa de esta tesis Habermas entre en política con Ernst Tugendhat , quien sostiene que si es cierto, como él cree que lo es, que el postulado de la universalidad no es un criterio semántico sino pragmático y está destinado en consecuencia a ser usado no en el razonamiento monológico sino en un discurso intersubjetivo real en el que todos los afectados deben determinar si una norma es igualmente buena para ellos, entonces éste no es un postulado para la formación del juicio sino de la voluntad. Tugendhat concibe al discurso como un medio para garantizar que, a través de las reglas de comunicación, todos los afectados tengan la misma oportunidad de participar en una solución de compromiso equitativa, una solución que todos acepten autónomamente. Pero Habermas sostiene que la idea de imparcialidad no puede reducirse a un equilibrio de poderes, requiere que el juicio imparcial sobre los intereses de todos los afectados”.

<sup>265</sup> 2000: 88.

<sup>266</sup> 2000: 92. El propio autor agrega: 100-101, que “Kant fundamenta el imperativo categórico en los conceptos de autonomía y libre albedrío, de claro contenido normativo, y ello en la medida en que no recurre simplemente a un «hecho de la razón». Y de esta manera se presta a la objeción de una *petitio principii*. En todo caso, la fundamentación del imperativo categórico está tan imbricada en la arquitectura del sistema kantiano que no resulta fácil de defender en una situación distinta. Los teóricos morales de hoy ya no ofrecen una fundamentación del principio moral, sino que se limitan a reconstruir un conocimiento preteórico, como puede verse, por ejemplo, considerando el concepto de Rawls del equilibrio reflexivo. Esto es válido asimismo para la propuesta constructivista de la construcción metódica de un lenguaje para las discusiones morales, dado que la implantación lingüístico-normativa de un principio moral extrae su fuerza de convicción exclusivamente de la explicación conceptual de las intuiciones *afectadas*”.

comunicativa, por muy rudimentaria y poco institucionalizada que sea. Si alguien pretendiera alejarse durante un tiempo prolongado de los contextos de la acción orientada hacia el entendimiento, se sumiría en un aislamiento tal que se expondría a la esquizofrenia y al suicidio”.<sup>267</sup>

Con estos dos breves recorridos en RAWLS y HABERMAS, se está en condiciones de retomar la propuesta epistemológica de NINO en aras de subsanar, los extremos del individualismo y colectivismo, para esto, he de destacar las primeras notas características según NINO de cada uno.

Primero. La metaética de HABERMAS es de ubicarse en un constructivismo epistemológico al sostener que la validez de los juicios morales no está dada por el *resultado* del discurso real sino por sus presupuestos, ese resultado será confiable de conocer los principios válidos, que acorde con el propio HABERMAS “El principio básico de la ética discursiva toma pie en un *procedimiento*, esto es, la comprobación discursiva de las pretensiones normativas de validez. A este respecto cabe calificar con razón la ética discursiva *formal*. Ésta no ofrece orientación de contenido alguno, sino un procedimiento: el discurso práctico. Éste es, en realidad, un procedimiento no para la producción de normas justificadas, sino para la comprobación de la validez de normas propuestas y establecidas con carácter hipotético. Los discursos prácticos han de admitir que su contenido esté dado de antemano”.<sup>268</sup>

Segundo. También advierte NINO otra posición más radical en el posicionamiento de HABERMAS, denominado “constructivismo ontológico”, donde la posición de que es la validez misma de los principios morales y no el mero conocimiento de esa validez la que se construye con el resultado de la discusión real cuando ella satisface ciertas condiciones, “este procedimiento no es formal, en el sentido de la abstracción de contenidos. En su apertura, el discurso depende de que le estén «dados» los contenidos contingentes. Por lo

---

<sup>267</sup> 1989: 101.

<sup>268</sup> 2000: 128.



demás, éstos se elaboran de tal manera en el discurso que, al final desaparecen los puntos de vista valorativos que no son susceptibles de acuerdo por consenso”.<sup>269</sup>

Tercero. NINO sostiene que HABERMAS coincide desde un presupuesto formal con RAWLS, me refiero al de imparcialidad como requisito sine qua non para la validez de los principios morales. Pero con la diferenciación de que para HABERMAS son reglas de una práctica social de discurso intersubjetivo y que sólo mediante la búsqueda colectiva de la verdad resulta ser la vía adecuada de acceso y confiable al conocimiento moral, en cambio, para RAWLS son presupuestos formales del razonamiento moral monológico y la validez de los principios morales está dada por la satisfacción de la exigencia propia de la imparcialidad, de ahí que, sea factible lograr arribar por vía de reflexión individual a la conclusión de que un principio moral es válido, aunque acepte, únicamente como rol auxiliar, la discusión colectiva.<sup>270</sup>

Cuarto. NINO propone distinguir tres tesis ontológicas sobre la constitución de la verdad moral y al menos tres tesis epistemológicas sobre el conocimiento de esa verdad moral:

“Veamos las tesis ontológicas:

O1: La verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales inherentes al razonamiento práctico de todo individuo, en especial el de que un principio moral es válido si es aceptable o no rechazable por todos en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes.

O2: La verdad moral se constituye por presupuestos formales o procedimentales de una práctica discursiva social destinada a cooperar y evitar conflictos sobre la base de la convergencia de acciones y actitudes dada por el consenso en la aceptación de principios para guiar la conducta. Entre esos presupuestos de la práctica social del discurso moral está el de que un principio es válido cuando es aceptable o no rechazable por todos en condiciones de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos.

O3: La verdad moral se constituye por el consenso que resulta efectivamente de la práctica real de la discusión moral cuando ella es llevada a cabo siguiendo restricciones procedimentales de los argumentos como el de un principio propuesto debe ser aceptable o no rechazable por todos bajo condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento.

---

<sup>269</sup> 2000:129.

<sup>270</sup> 1989: 104.

Veamos ahora las tesis epistemológicas:

E1: El conocimiento de la verdad moral –que puede estar constituida de acuerdo a 01, 02 u 03 pero sobre todo relevante en los casos 01 y 02- se accede sólo mediante reflexión individual que, empleando un método de equilibrio reflexivo u otra alternativa, determine si se da la relación apropiada entre presupuestos formales y principios substantivos (y, en el caso de 03, sí se da el consenso efectivo, lo que tendrá que determinarse por observación). La discusión con otros es un auxiliar útil de la reflexión individual, pero en última instancia es inescapable que actuemos de acuerdo a los dictámenes finales de esta última.

E2: La discusión y la decisión intersubjetiva es el procedimiento más confiable de acceso a la verdad moral (sobre todo cuando está constituida por 01 y 02), ya que el intercambio de ideas y la necesidad de justificarse frente a los demás no sólo amplía el conocimiento y permite detectar fallas de razonamiento sino que principalmente permite determinar la satisfacción del requisito de atención imparcial de los intereses de todos, bajo el presupuesto de que no hay mejores jueces de los intereses involucrados que los mismos afectados que participan en el proceso colectivo de discusión. Sin embargo, esto no excluye que por vía de la reflexión individual alguien pueda acceder al conocimiento de soluciones correctas, aunque hay que admitir que este método es mucho menos confiable sobre todo por la dificultad para representarse fielmente los intereses de los demás y ser, por tanto imparcial.

E3: El método de discusión y decisión colectiva es la única vía posible de acceso a la verdad moral en el área de justicia, ya que siempre la reflexión monológica se halla distorsionada por prejuicios del individuo a favor de sí mismo, por su condicionamiento contextual y por la dificultad insalvable de ponerse “en los zapatos de otro”. Sólo el consenso efectivo obtenido luego de un amplio debate con las menores excepciones, manipulaciones y desigualdades posibles es una guía confiable para acceder a las exigencias de la moral”.<sup>271</sup>

Quinto. Acorde con esta clasificación, NINO supone que la tesis 01 corresponde a la posición de RAWLS como caracterización de la verdad moral, en particular, destaca que en *Teoría de la justicia* no tiene relevancia la práctica social del discurso moral para las reglas que definen la validez de los principios morales.<sup>272</sup> Pero en otros trabajos subsecuentes a este texto, NINO detecta mayor atención por parte de RAWLS en las prácticas sociales, sin demeritar su relevancia a la práctica del discurso social y la “cultura democrática”, con cierto matiz convencionalista que será conocida como “razón pública libre”, la cual es advertida por en el texto inédito “Free public reason”, para aquel momento. Y por otro lado,

---

<sup>271</sup> 1989: 104-105.

<sup>272</sup> 1989: 105-106.

en su posición epistemológica RAWLS coincide con E1 y con cierto aire de convencimiento por E2 (constructivismo epistemológico), pero que finalmente lo habría de rechazar, pero sólo en lo conducente a la determinación de las libertades básicas.<sup>273</sup>

Sexto. HABERMAS se ubica en 02 y 03 (constructivismo ontológico) y, en la cuestión epistemológica en E3, en tanto los dos primeros al ser compatibles entre sí y conlleven E3, esto es, la tesis de que el conocimiento moral sólo se obtiene por la discusión efectiva entre todos los afectados.<sup>274</sup>

Séptimo. NINO sostiene que la tesis más viable “sobre la constitución y el conocimiento de la verdad moral son 02 y E2, o sea tesis intermedias entre la de Rawls (que defiende 01 y se inclina por E1 aunque con una leve simpatía por E2) y Habermas (que se inclina por 03, aunque con cierta confusión con 02, y además defiende E3)”.<sup>275</sup> Esta identificación de posicionamientos señalada concisamente por Nino tiene mejor luz en la siguiente cita:

“En el plano ontológico, creo que es una grave deficiencia de Rawls, y de su mentor en esta interpretación Kant, que defiende E1, el no incorporar a su enfoque el aspecto de práctica social del discurso moral. Esta incorporación permite hacerse cargo de algún punto fuerte del relativismo respecto de variaciones en cuanto a la práctica de la argumentación moral...Por otra parte, el concentrar nuestra atención en una práctica social permite centrar con una base empírica a partir de la cual inferir las reglas y criterios de hecho presupuestos en aquella práctica. Esto es sobre todo pausable si tomamos en cuenta que esta práctica social tiene funciones manifiestas y latentes –como las de obtener coordinación a través del consenso- y que muchos de los presupuestos formales están adaptados a esas funciones”.<sup>276</sup>

Por lo que atañe a la tesis 03 de HABERMAS refiere:

---

<sup>273</sup> 1989: 106.

<sup>274</sup> 1989: 106.

<sup>275</sup> 1989: 107.

<sup>276</sup> 1989: 107.

“Habermas parece sostener, creo que por más que algunos consensos efectivos puedan ser descalificados sobre la base del no respeto del postulado de la universalización, en definitiva termina cayendo en un convencionalismo moderado y en la confusión, que él imputa a Tugendhat, entre validez y vigencia. Si el postulado básico está respetado no se ve como puede elegirse entre varios posibles consensos y criticarse el efectivamente adoptado a favor de otro”.<sup>277</sup>

Esta identificación de O3 carece, según NINO, de una adecuada fenomenología de la discusión moral consistente no en la expresión de intereses personales sino en confrontar principios o preferencias de validez, en tanto, la toma de decisiones de los participantes de una discusión no pueden depender de una u otra propuesta “como válida si la validez dependiera por definición del *resultado* de la discusión. Tampoco tiene sentido el *ofrecer* un principio para la discusión y la decisión si no se alega que hay razones en su apoyo, que es válido, sobre todo cuando se concluye el mero alegato de que va en interés del ofertante.”<sup>278</sup>

Lo cual también resulta aplicable al caso de RAWLS, al referir que, las indeterminaciones de los principios como el de diferencia, deben ser solucionadas mediante un sistema democrático, por cuanto éste, como un caso de justicia procesal pura. Por consiguiente, O3 cae en un convencionalismo conservador, en tanto, al resultado de la discusión y como mera confrontación de intereses solo por lo que atañe a su trámite.<sup>279</sup>

En el fondo de su propuesta epistemológica de NINO guarda relación con la práctica social por ser un medio adecuado para arribar al conocimiento moral, esto es, “El que la verdad moral quede definida por presupuestos de la práctica social del discurso moral y no por sus resultados efectivos permite explicar la argumentación con intentos de conformar estos resultados a aquellos presupuestos. Entre los presupuestos hay posiblemente principios substantivos como el de autonomía, del que se pueden deducir juicios morales, y reglas procedimentales como la de imparcialidad, que sirve de filtro de principios y sólo

---

<sup>277</sup> 1989: 107.

<sup>278</sup> 1989: 107-108.

<sup>279</sup> 1989: 108.

genera éstos en la forma dinámica en que una norma de competencia como las cláusulas constitucionales sobre el poder legislativo, generan leyes”.<sup>280</sup>

En lo correspondiente a E1 y E3 NINO<sup>281</sup> explica que RAWLS y HABERMAS tienen inconvenientes serios, porque si nuestra reflexión individual es nuestra única forma de acceso a la verdad moral, cómo se lograría el tránsito entre la autonomía de la moral a la heteronomía del derecho, y lo ejemplifica con el dictado de la autoridad, que aún y cuando sea legítima (democrática), sean contrarios a ésta (autoritarios), mediante su descalificación por parte de los jueces, esto es, la reflexión individual no nos puede dar razones para obedecer lo que otro ha prescrito, o bien, llega a dar razones más fuertes en contra de lo prescrito.

Por tanto, E1 cree NINO termina en un elitismo moral y por lo que atañe a E3 conlleva a un populismo moral: “la posición de que lo que resuelven todos o la mayoría es necesariamente correcto. Es evidente que la mayoría a veces se equivoca de gran modo”,<sup>282</sup> por tanto concluye: “Según E2 el procedimiento de discusión colectiva consuetudinario por el discurso moral y aún por su sucedáneo imperfecto, el régimen democrático, es el procedimiento *más confiable* de acceso a la verdad moral, por las mismas razones que apoyan a E3. Pero es el único. Es posible, aunque generalmente improbable, que por medio de la reflexión individual un sujeto se represente adecuadamente los intereses en conflicto, y que llegue a la conclusión correcta en cuanto a su imparcialidad. Es posible que un individuo aislado en ocasiones llegue a conclusiones más correctas que a las que se llega por el procedimiento colectivo. Esta posibilidad explica el aporte que cada uno puede hacer a la discusión y que pueda legítimamente pedir re-iniciar una discusión concluida por consenso...Pero dado que en general el procedimiento colectivo es más confiable y que él no operaría si en cada caso decidimos si observar sus resultados o no de acuerdo a los de nuestra reflexión individual, ello justifica la obligación de tal observancia aunque nuestra

---

<sup>280</sup> 1989: 108.

<sup>281</sup> 1989: 109.

<sup>282</sup> 1989: 109.

reflexión individual nos indique una respuesta distinta. Creo que la combinación de O2 y E2...constituye la concepción meta-ética más plausible”.<sup>283</sup>

Hasta aquí la exposición metodológica de NINO sobre las dos aportaciones que, respectivamente, cada uno en su momento presentaron para la justificación de los juicios morales en sus respectivos ámbitos filosóficos (postmetafísico y político), en aras de justificar la autonomía práctica. Por supuesto que este bosquejo trazado por Nino tuvo lugar hasta el 23 de agosto de 1993, fecha de su fallecimiento en Bolivia, lo que le impidió confirmar su visión sobre un debate entre el propio Rawls-Habermas en los años venideros, mismo que se deja constancia para los fines del presente capítulo en el siguiente apartado.

### **2.1.2. El debate RAWLS-HABERMAS en 1995.**

Para mejor concentración del debate a partir de 1995 entre RAWLS y HABERMAS, habré de apoyarme en los trabajos elaborados por VALLESPÍN<sup>284</sup> y MELKEVIK<sup>285</sup> quienes logran identificar los principales puntos de discusión entre ellos,<sup>286</sup> y posteriormente, mediante un escenario más amplio con las intervenciones de DWORKIN, MORESO, RAZ, SCANLON, PETTIT, TUGENDHAT, entre otros, someteré a valoración nuevamente los postulados señalados anteriormente por NINO, para determinar si son o no de interés para la fundamentación de la autonomía práctica del sujeto moral.

La fundamentación moral en el sujeto práctico, deviene de la tradición político filosófico de HOBBS y luego en LOCKE, ROUSSEAU, KANT y HEGEL, al ser el primero de los citados

---

<sup>283</sup> 1989: 110.

<sup>284</sup> 1998.

<sup>285</sup> 2006. Es importante aclarar que a diferencia de VALLESPÍN que no toma una posición en contra de HABERMAS o de RAWLS, sino que hace énfasis en un dialogo de esta naturaleza no puede haber un perdedor o ganador. En cambio con MELKEVIK sí se posiciona a favor de HABERMAS.

<sup>286</sup> También pueden consultarse en el mismo contexto de estudio a HENDRICK, 2010, FINLAYSON y FREYENHAGEN, 2011, realizan un estudio introductorio, y posteriormente, se publican los mismos trabajos de RAWLS y HABERMAS que están en VALLESPÍN, 1998, pero la diferencia es que, también se adicionan ocho ensayos sobre esta discusión y al último se incorpora una respuesta del propio HABERMAS a sus críticos.

quien sostuvo la necesidad de establecer un criterio de utilidad que por su fuerza de convicción racional pudiera ser interiorizado por cada persona y permitiera alcanzar así una mejor estabilidad social. No obstante, este punto es el que deviene a todo el debate (liberal-comunitario) sobre los fundamentos de la racionalidad moral al intentar resolver entre otras cuestiones dice Vallespín “¿Cómo conseguir respetar la autonomía y los intereses individuales dentro de un concepto de comunidad capaz de trascenderlos e integrarlos a la vez? ¿Es posible alcanzar este objetivo en una sociedad crecientemente diferenciada en la que predomina una pluralidad de convicciones morales, concepciones del bien, o modos de vida? ¿Puede conseguirse a partir de la convergencia de dichos intereses sobre un conjunto de principios de la justicia sustantivos, o debemos contentarnos con un mero *modus vivendi* apoyado en una actividad política favorecedora de una permanente búsqueda de la negociación y el compromiso? De considerarse viable la primera opción ¿desde qué instancia hemos de extraer esos principios: desde la «eticidad» o *Sittlichkeit* inmanente a un determinado contexto histórico-social, o desde la construcción de un «punto de vista moral» que superponemos después contrafácticamente a la realidad concreto?”<sup>287</sup>

Estas hipótesis de trabajo que denota elocuentemente VALLESPÍN permiten dimensionar en la tarea interminable que emprendió en su momento NINO para mediar entre las dos propuestas filosóficas más comentadas en la actualidad. Sin embargo, también es importante puntualizar que RAWLS desde una tradición política contractualista, y en cambio HABERMAS con un posicionamiento por una política de la acción comunicativa, ofrecen respuestas similares a todas estas cuestiones, tal y como sucede con la concepción pública de la justicia requerida para las actuales sociedades plurales con diversas concepciones del bien, que demandan a la razón mediante requerimientos mínimos del pensamiento metafísico de HABERMAS y de la razón política enmendada de cualquier metafísica por RAWLS, llevando esta diferenciación a una pugna con liberales quienes favorecen los derechos fundamentales de libertades por considerarlos la base de todo Estado, y los republicanos, por encima de cualquier otra cosa, benefician en mayor medida los derechos

---

<sup>287</sup> 1998: 12.

políticos de participación en aras de afianzar la intersubjetividad comunicacional frente al monólogo resultante de la conciencia liberal.<sup>288</sup>

Igualmente, coinciden estos dos autores en una argumentación moral mediante el modelo de la racionalidad procedimental, misma que permite establecer el adecuado equilibrio entre lo individual y lo colectivo, y es en este aspecto donde la autonomía de la persona pretende lograr la indispensable reconciliación entre subjetividad y generalidad,<sup>289</sup> en aras de establecer una concepción de la justicia en la que las virtudes de la imparcialidad, la equidad y la cooperación social puedan ser apoyadas sobre la dimensión de la personalidad moral en aras de alcanzar una mejor clarificación, coherencia y fundamentación de los fines de la vida política en congruencia entre principios, instituciones y práctica política efectiva. No obstante, es aquí empiezan las discrepancias entre libertad y democracia, o bien, autonomía pública y privada.

Al respecto HABERMAS sostiene que el trabajo *Teoría de la justicia* logra posicionarse ámbito moral abandonado por largo tiempo, en la rehabilitación del dicto kantiano, «en el caso de conflicto debemos hacer lo que sea igualmente bueno para todas las personas», ya que RAWLS lo canaliza a la justa vida en común de ciudadanos de una sociedad política sin asumir el trasfondo de supuestos de la filosofía trascendental de KANT.<sup>290</sup>

---

<sup>288</sup> MELKEVIK, 2006: 48-49. “La lógica del modelo rawlsiano transforma, al final, la multitud del “yo” en un “nosotros” político. Tal concepción según Habermas, sigue siendo dependiente de las premisas de la filosofía de la conciencia, es decir, se centra en el modelo de un sujeto solitario. Este modelo no requiere de la utilización del diálogo entre los ciudadanos. Solo necesita referencias político-lógicas que afirman la autonomía jurídica y política de los individuos. En realidad Habermas crítica esta concepción de la autonomía personal que considera al agente desde el punto de vista de un modelo hipotético. El modelo de Rawls ignora sistemáticamente aquello que el agente razonable puede alcanzar colectivamente. Este modelo desconoce deliberadamente la comprensión reflexiva que cada individuo puede adquirir en él”.

<sup>289</sup> Vallespín, 1998: 13-14. “...sí está claro que en ambos autores los elementos procedimentales favorecen la prioridad de la justicia sobre el bien; o lo que es lo mismo, que las cuestiones de justicia («lo que es bueno para todos») admiten su separación analítica y su diferencia de rango respecto de aquellas que remiten a preceptos éticos o concepciones del bien («lo que es bueno para mí o para nosotros») y, por tanto, no puede afirmarse con carácter universal). En esto se distinguirían del contextualismo de un Richard Rorty, por ejemplo, o de la tradición comunitarista. En estos dos últimos casos, el concepto de justicia aparece inextricablemente unido a las concepciones del bien y no cabe introducir tal separación sin violentar el horizonte normativo en el que se *sitúa* el discurso moral...Abstracción hecha de cómo se busque su fundamentación, dicha distinción entre una y otra dimensión de la moralidad encarnada en el diseño del procedimiento va a permitir evitar tanto la reducción de la racionalidad moral a mera eticidad, como su equiparación a lo que B. Barry denomina la «justicia como provecho mutuo»”.

<sup>290</sup> HABERMAS, 1998: 41.



“En oposición al utilitarismo, de un lado, y al escepticismo frente a los valores, del otro, ha propuesto una lectura intersubjetivista del concepto kantiano de autonomía: actuamos de modo autónomo cuando obedecemos aquellas leyes que podrían ser aceptadas con buenas razones por todos los afectados sobre la base de un uso público de la razón. Rawls utiliza este concepto de autonomía como llave para la explicación de la autonomía política de los ciudadanos en un Estado democrático de derecho”.<sup>291</sup>

Este planteamiento rawlsiano será de admiración para HABERMAS, misma que le permite desarrollar en mayor dimensión su proyecto de una ética del discurso inmersa en una sociedad moderna. Sin embargo, la discrepancia con RAWLS serán sobre las dudas que si éste haría valer de mejor forma sus intuiciones normativas para garantizar la colaboración equitativa entre sus ciudadanos en tanto que personas libres e iguales. Para ello, Habermas divide en tres pasos su proyecto, el primero versa sobre la posición original; en el segundo paso esta concepción en las condiciones de pluralismo que ella misma exige, puede contar con asentamiento, en tanto el liberalismo político sea neutra en relación con las concepciones del mundo por ser una construcción racional que no se plantea a sí misma una pretensión de verdad y finalmente, en el tercer paso presenta los derechos básicos y los principios del Estado de derecho derivados de los dos principios superiores, en palabras del propio HABERMAS<sup>292</sup> “Mi crítica...se plantea en términos inmanentes. En primer lugar, tengo dudas acerca de si el diseño de la posición original es adecuado para explicar y asegurar el punto de vista del juicio imparcial de principios de justicia entendidos deontológicamente. Además, tengo la impresión de que Rawls tendría que separar más rigurosamente las cuestiones de fundamentación de las cuestiones de aceptación: parece querer comparar la neutralidad de su concepción de justicia frente a las concepciones del mundo al precio de abandonar su pretensión de validez cognitiva. Estas dos decisiones teóricas estratégicas tienen como consecuencia una construcción del Estado de derecho que coloca los derechos básicos liberales por encima del principio democrático de legitimación. Con ello Rawls yerra su objetivo de poner en armonía la libertad de los modernos con la libertad de los antiguos”, esto es, desde una teoría de la justicia en el marco general de una

---

<sup>291</sup> HABERMAS, 1998: 41.

<sup>292</sup> 1998: 43.

teoría de la elección racional Rawls creyó que al limitar el espacio operativo de decisión racional entre las partes de una manera adecuada derivaría los principios de la justicia de su autointerés ilustrado, lo cual no fue así, porque la razón de los ciudadanos autónomos no se habría de dejar reducir a la elección racional de los actores que seleccionan al arbitrio, por consiguiente tendrá consecuencias desafortunadas, a saber, dice: 1) ¿Pueden las partes en la posición original representar los intereses preferentes de sus clientes sobre la base de su egoísmo racional?; 2) ¿Se pueden asimilar los derechos básicos a bienes básicos?; 3) ¿Garantiza el velo de ignorancia la imparcialidad del juicio?, las respuestas son:

“1. Rawls no puede mantener de modo consecuente la decisión de que los ciudadanos «plenamente» autónomos sean representados por partidos a los que les falta este tipo de autonomía. Los ciudadanos son por hipótesis personas morales que poseen un sentido de la justicia y están capacitadas para tener una concepción propia del bien, así como tienen igualmente interés en cultivar estas disposiciones de modo racional...Por ejemplo, tienen que contar con que los ciudadanos autónomos atienden a los intereses de otros a la luz de principios justos y no solamente por propio interés, que se obligan a comportamientos leales, que se pueden convencer de la legitimidad de instituciones y políticas existentes mediante el uso público de su razón, etc. Los partidos deben, pues, seguir una autonomía que en su plenitud les está vedada a ellos mismos, y deben comprender, tomar en serio y convertir en objeto de negociaciones las implicaciones del ejercicio de una razón práctica que ellos mismos no pueden asumir...Si las partes deben comprender el sentido deontológico de los principios de la justicia que buscan y a un tiempo tomar adecuadamente en consideración los intereses de justicia de sus clientes, tienen que estar pertrechados con competencias cognitivas que van mucho más allá de las capacidades con las que tienen que arreglárselas actores que deciden racionalmente pero que son ciegos a la justicia. Naturalmente, Rawls puede variar el diseño de la posición original de acuerdo con esto...Mi pregunta es sólo si un diseño ampliado de este modo no pierde su gracia, porque se aleja excesivamente del modelo originario. Pues tan pronto como las partes avanzan un paso más allá de los límites de su egoísmo racional y adoptan aunque sólo sean lejanas semejanzas con personas morales se destruye aquella división del trabajo entre la racionalidad de elección subjetiva y las apropiadas limitaciones objetivas, una división en base a la cual sujetos de acción autointeresados deben no obstante llegar a realizar decisiones racionales, es decir, morales.”<sup>293</sup>

2. Para actores que eligen racionalmente atados a la perspectiva de 1ª persona, las cuestiones normativas, cualesquiera que sean, se representan solamente en términos de intereses o valores que pueden satisfacerse mediante bienes...Con ello Rawls se ve arrastrado hacia un concepto de

---

<sup>293</sup> HABERMAS, 1998: 45-47.

justicia propia de una ética de los bienes que se adecúa mejor a enfoque aristotélicos o utilitaristas que a una teoría del derecho como la suya que parte del concepto de autonomía...Si estoy en lo cierto, Rawls se ve forzado, por las constricciones de la estrategia conceptual derivadas del modelo de la elección racional, a concebir las libertades básicas de entrada no como derechos básicos, sino primero a *reinterpretarlos* como bienes básicos. Sin embargo, con ello iguala el sentido deontológico de las normas, que nos obligan al sentido de los valores, que preferimos...Resumiendo, las normas se distinguen de los valores, primero, por su relación con un tipo diferente de acción, dirigido por las reglas o dirigidos a fines; segundo, por la pretensión de validez, binaria o por codificación gradual; tercero, por ser vinculantes de modo absoluto o de modo relativo; y, cuarto, por los criterios de cohesión que deben satisfacer los sistemas de normas y los sistemas de valores...A partir de la perspectiva de la primera persona desde la que nos orientamos según nuestros intereses y valores, sin embargo, no es posible fundamentar una prioridad absoluta de iguales libertades subjetivas de acción frente a los bienes básicos regulados por el segundo principio...El valor equitativo de libertades iguales se mide en la satisfacción de presupuestos fácticos para un ejercicio en igualdad de oportunidades de los derechos, y sólo derechos pueden calificarse de este modo...Sólo puede darse una distancia problemática desde el punto de vista de la igualdad entre el derecho, de un lado, y oportunidades dadas para el uso de los derechos, por el otro, mientras que la distancia no existe entre la disponibilidad fáctica de bienes y el disfrute fáctico de bienes.<sup>294</sup>

3...La intuición por la que Rawls se deja dirigir es clara: el papel del imperativo categórico es asumido por un procedimiento aplicado intersubjetivamente por varios participantes e incorporado en condiciones de participación, como la igualdad de las partes, y en las características de la posición, como el velo de la ignorancia. En mi opinión, francamente, los beneficios que podría significar este giro intersubjetivista se pierden otra vez precisamente por la privación sistemática de información...Pienso que Rawls podría evitar las dificultades relacionadas con la construcción de la posición original si operacionalizara de otro modo el punto de vista moral y liberara de connotaciones sustanciales el concepto procedimental de la razón práctica, esto es, si lo desarrollara consecuentemente de modo procedimental...Rawls impone una perspectiva común a los participantes de la posición original mediante una restricción de la información y neutraliza con ello de entrada con un artificio la multiplicidad de perspectivas interpretativas particulares. La ética discursiva, por el contrario, ve incorporando el punto de vista moral en el procedimiento de una argumentación verificada intersubjetivamente y que lleva a los participantes a una *ampliación* idealizante de sus perspectivas interpretativas. La ética discursiva se apoya en la intuición de que la aplicación del principio de universalización correctamente entendido exige una «asunción ideal de rol» emprendida conjuntamente...Bajo los presupuestos comunicativos de un discurso inclusivo y libre de coerción entre participantes libres e iguales todos se ven llevados a situarse en la

---

<sup>294</sup> HABERMAS, 1998: 47-50.

perspectiva de todos los demás y con ello en su autocomprensión y en su comprensión del mundo...En la posición original, la imparcialidad del juicio sólo estaría entonces garantizada, si los conceptos normativos básicos empleados para la construcción de la misma, esto es, los conceptos de ciudadano políticamente autónomo, de cooperación equitativa y de sociedad bien ordenada estuvieran blindados frente revisiones resultantes de futuras experiencias y procesos de aprendizaje...Cuando la privación de información impuesta a las partes en la posición original por medio del velo de ignorancia genera una carga tan pesada de la prueba, parece lógico reducir la carga operacionalizando el punto de vista moral de otra manera. Pienso en el procedimiento abierto de una praxis argumentativa que se halle bajo los presupuestos exigentes del «uso público de la razón» y que no excluya de entrada el pluralismo de las convicciones y visiones del mundo. Este procedimiento puede explicarse sin tener que recurrir a los conceptos sustantivos básicos que Rawls precisa para la construcción de la posición original”.<sup>295</sup>

Para dar mayor contenido a las críticas contra RAWLS, habrá de centrar su atención en el giro realizado en su carácter político y ya no metafísico de la justicia como equidad, generado por el pluralismo social en las concepciones del mundo, introduciendo en el procedimiento de fundamentación contenidos normativos y, en particular, en el concepto de persona moral (bajo el intento de una teoría neutral) en aras de ser aceptada desde las perspectivas interpretativas de diferentes concepciones del mundo, y con ello constituir la base de un “consenso entrecruzado”, sin embargo, HABERMAS sostiene “Este paralelismo metódico resulta desconcertante porque esta vez la prueba no se puede realizar en el *interior de la teoría*. El test acerca de la neutralidad en relación a las concepciones del mundo de los conceptos básicos estructurales se encuentra bajo premisas distintas a las de un hipotético examen de la capacidad de reproducción de una sociedad ya ordenada según principios de justicia...La teoría como un todo tiene que exponerse a la crítica de los ciudadanos ante el foro del uso público de la razón. Y aquí ya no se trata de ciudadanos imaginarios de una sociedad justa, acerca de los cuales se pueden hacer afirmaciones *dentro* de la teoría, sino que se trata de ciudadanos de carne y hueso; y la teoría tiene que dejar abierto al resultado de semejante test”.<sup>296</sup> Lo cual le permite inferir que RAWLS no pretende con estas series de modificaciones a su teoría política de la justicia generar una

---

<sup>295</sup> HABERMAS, 1998: 51-54.

<sup>296</sup> HABERMAS, 1998: 56-57.

fundamentación, sino solamente, una estabilidad,<sup>297</sup> sin que ello implique afirmar que RAWLS carezca de premisas para obtener consecuencias.

Asimismo, destaca HABERMAS que la pretensión de RAWLS por asegurar a las afirmaciones normativas (y su teoría de la justicia en su totalidad), con un cierto carácter vinculante apoyado en un reconocimiento intersubjetivo fundado, pero sin concederle un sentido epistémico, introduce el predicado “razonable” como contrario al concepto práctico “verdadero”.<sup>298</sup> Por lo que finalmente sostiene HABERMAS que “El problema no consiste en que Rawls rechace un realismo de los valores platonizante y que por consiguiente niegue a las afirmaciones normativas un predicado de verdad entendido semánticamente, sino en que *concede* a las cosmovisiones tal predicado de verdad. Con ello se priva de la posibilidad de dejar a la expresión «razonable» las connotaciones epistémicas que tiene que mantener como atributo de su propia concepción de la justicia, si es que ésta pretende tener en algún sentido un carácter normativamente vinculante”.<sup>299</sup>

Finalmente, otro de las críticas dirigidas al pensamiento rawlsiano es el contexto de conformación de la autonomía privada y autonomía pública, en la que vuelve a tomar lugar el concepto de persona moral (neutral), pero enfatizando su constitución ontológico-social de la praxis argumentativa pública, es como se irá evaluando la estructuración conceptual de su teoría de la justicia, por supuesto, con la perspectiva habermasiana de la acción, esto es “una red en la que conceptos como los de persona y relación interpersonal, actor y acción, comportamiento conforme a normas y comportamiento desviado, responsabilidad y autonomía, una red en fin en la que incluso encuentran su lugar los sentimientos morales intersubjetivamente estructurados”,<sup>300</sup> en tanto sean válidos aquellos principios que pueden

---

<sup>297</sup> Por supuesto que la crítica hacia RAWLS por parte de HABERMAS tiene como sustento una visión funcionalista de la justicia.

<sup>298</sup> HABERMAS, 1998: 59-60, entiende tal contraconcepto en dos sentidos. “O bien entendemos «razonable» en el sentido de la razón práctica como un sinónimo de «moralmente verdadero», es decir, como un concepto de validez análogo a la verdad distinto de la verdad proposicional, pero que se encuentra en el mismo plano que ésta... O bien entendemos por «razonable» algo así como «reflexivo» en relación con concepciones discutibles cuya verdad por el momento resulta incierta; en este caso se emplea «razonable» como un predicado de orden superior que relaciona con el trato con «reasonable disagreements», esto es, con la conciencia falible y la actitud civil de personas, más bien que con la validez de sus expresiones. Esta lectura es la que parece favorecer Rawls”.

<sup>299</sup> HABERMAS, 1998: 62.

<sup>300</sup> HABERMAS, 1998: 65.

ser objeto de un libre reacomodo intersubjetivo en condiciones de discurso. Por ende, el programa procedimental de Rawls será confrontado por Habermas en tanto tenga una afectación a la explicación del Estado democrático constitucional,<sup>301</sup> desde una perspectiva republicana.

Para esto HABERMAS sostiene que el concepto de autonomía política ubicado en la posición original reasigna una existencia virtual, en tanto no pueda desplegarse en el corazón de una sociedad constituida jurídicamente.

En palabras del autor “Desde el punto de vista de la «Teoría de la justicia» el acto de fundación del Estado de derecho democrático no puede ni precisa repetirse bajo las condiciones de una sociedad ya ordenada de modo justo, el proceso de realización de los derechos no puede ni precisa ser cuestionado a largo plazo. Los ciudadanos no pueden experimentar este proceso, tal como exigirían sin embargo las cambiantes condiciones históricas, como un proceso abierto e inconcluso. No pueden reiniciar la ignición del núcleo radical democrático de la posición originaria en la vida real de su sociedad, pues desde su perspectiva todos los discursos de legitimación *esenciales* han tenido lugar en el seno de la teoría; y los resultados de los debates teóricos se encuentran ya sedimentados en la constitución. Puesto que los ciudadanos no pueden comprender la constitución en tanto que *proyecto*, el uso público de la razón no tiene propiamente el sentido de una ejercitación actual de la autonomía política, sino que solamente sirven al pácifico *mantenimiento de la estabilidad política*”.<sup>302</sup>

Es aquí donde identifica en RAWLS una contradicción al intentar marcar la frontera *a priori* entre la autonomía privada y pública, que implica graves consecuencias a una visión republicana de la soberanía popular y los derechos humanos, porque en tanto sólo una teoría de la justicia conformada por una diferencia de lo “político” y no de la regulación jurídica, tendrá poca eficacia para HABERMAS, porque a final de cuentas, es el derecho positivo y su obligatoriedad lo que regula legítimamente la convivencia de una comunidad política,<sup>303</sup> esto es, la relación dialéctica entre la autonomía privada y pública se clarifica

---

<sup>301</sup> Mismo que se verá con mayor detenimiento confrontado de igual manera con el elaborado por NINO.

<sup>302</sup> HABERMAS, 1998: 67.

<sup>303</sup> HABERMAS, 1998: 69. “Según la determinación kantiana de la legalidad, el derecho *obligatorio* se extiende solamente a las relaciones externas entre personas y se dirige a la libertad de elección de sujetos que precisan orientarse sólo por las propias concepciones del bien de cada cual. El derecho moderno constituye, por consiguiente, el estatus de persona jurídica mediante libertades subjetivas de acción reclamables

por el estatus de semejante ciudadano democrático facultado de competencias para elaborar leyes, es gracias a este factor de coercibilidad,<sup>304</sup> por tanto, la supuesta diferenciación entre autonomía privada y autonomía pública, realmente, terminan presuponiéndose recíprocamente, “no hay ningún derecho sin libertades subjetivas de acción reclamables jurídicamente que garanticen la autonomía privada de las personas jurídicas individuales; y no hay ningún derecho legítimo sin la legislación democrática común de ciudadanos legitimados para participar como libres e iguales en dicho proceso”,<sup>305</sup> y solo será posible este enfoque mediante los presupuestos de comunicación y los procedimientos de la formación discursiva de la opinión y la voluntad de los que se manifiesta el uso público de la razón.

Estos son a mi parecer los planteamientos más identificatorios de la crítica habermasiana sobre RAWLS y su teoría de la justicia. Ahora corresponde conocer su réplica a HABERMAS, dicho sea de paso, nada pronta de elaborar por lo que deja ver el propio Rawls,<sup>306</sup> réplica que divide en tres partes, las cuales consisten en mostrar las diferencias entre ellos (I), luego en dar respuesta a sus críticas (II y III).

Lo relativo al apartado (I), identifica dos diferencias principales, la primera refiere a su posicionamiento como una doctrina comprensiva que va más allá de la filosofía política, mientras que el posicionamiento de RAWLS es estrictamente político<sup>307</sup> y la segunda es que

---

jurídicamente y que pueden utilizarse según las preferencias de cada cual. Puesto que el orden jurídico legítimo se tiene que *poder* acatar por razones morales, el lugar legítimo de las personas jurídicas privadas se determina mediante el derecho a *iguales* libertades subjetivas de acción. Por otro lado, este medio demanda, como derecho *positivo* o codificado, el papel de un legislador político por el que la legitimidad de la legislación se explique mediante un procedimiento democrático que asegure la autonomía política de los ciudadanos. Los ciudadanos son políticamente autónomos, así, sólo cuando pueden entenderse a sí mismos conjuntamente como autores de aquellas leyes a las que se someten como destinatarios”.

<sup>304</sup> Un buen ejemplo de este factor coercitivo de institucionalización de leyes es en materia penal, para lo cual se recomienda ampliamente para esta aplicación PAREDES CASTAÑON, 2013 y DIÉZ RIPOLLÉS, 2003.

<sup>305</sup> HABERMAS, 1998: 70.

<sup>306</sup> RAWLS, 1998: 75. En la primera nota al pie página, RAWLS deja constancia de la gran cantidad de académicos que le ayudaron por varios años a preparar su réplica, lo cual denotó un gran esfuerzo por conocer el pensamiento de HABERMAS para estar en condiciones de elaborar su trabajo que versó en nada menos que setenta páginas, y donde agradece también a HABERMAS por la “generosa discusión y por los agudos comentarios...Al hacer esto me ofrece un contexto ideal en el que explicar el significado de *liberalismo político* y contrastarlo con la poderosa doctrina filosófica del propio Habermas. Tengo que agradecerle también que me haya obligado a repensar cosas que he dicho”.

<sup>307</sup> RAWLS, 1998: 77. “Entiendo el liberalismo político como una doctrina que pertenece a la categoría de lo político...Por el contrario, la filosofía política tal como la entiende el liberalismo político consiste en su

se centra en sus mecanismos de representación, es decir, en HABERMAS es un situación discursiva ideal como herramienta esencial para su teoría de la acción comunicativa en aras de dar una explicación general del significado, la referencia, la verdad o validez tanto de la razón teórica como de las distintas formas de razón práctica, en cambio RAWLS será la posición original, los cuales denotan con plena claridad rasgos distintivos para fines distintos, en particular el principio del discurso ideal requiere sean juzgados los valores y normas desde el punto de vista de la primera persona plural (intersubjetividad), recurriendo para esto a HEGEL mediante su *Sittlichkeit*, por ende, “La doctrina de Habermas es, creo, una doctrina lógica en el amplio sentido hegeliano: un análisis filosófico de los presupuestos del discurso racional ( de la razón teórica y de la razón práctica) que incluye en su seno según se afirma todos los temas sustanciales de las doctrinas religiosas y metafísicas. Su lógica es metafísica en el siguiente sentido: da cuenta de lo que hay. Y lo que hay son seres humanos comprometidos en la acción comunicativa en su mundo de la vida... Habermas propone limitar la filosofía moral a la clarificación del punto de vista moral y el procedimiento de legitimación democrática, así como al análisis de las condiciones de los discursos y la negociación racionales”.<sup>308</sup> Lo que implica pensar a RAWLS que la teoría de la acción comunicativa de HABERMAS se fundamenta en el mecanismo analítico de la situación ideal de discurso, mediante el cual da cuenta de la verdad y la validez de los juicios (tanto de la razón teórica como práctica), por lo que su liberalismo político se limita a lo político y la

---

mayor parte en diferentes concepciones políticas del derecho y la justicia consideradas como *independientes*... Concibo a la justicia como equidad como el desarrollo de una concepción política liberal de la justicia para un régimen democrático tal que podría ser aceptado, al menos así lo espero, por todas las doctrinas comprensivas razonables que existen en una democracia regulada por ella, o por una concepción similar”.

<sup>308</sup> RAWLS, 1998: 82. En cambio, el punto medular para Rawls es su posición original, la cual la identifica de la siguiente manera: 84-85. “La posición original es un mecanismo analítico destinado a formular una conjetura. La conjetura es que cuando preguntamos cuáles son los principios más razonables de la justicia política para una democracia constitucional cuyos ciudadanos son considerados como libres e iguales, razonables y racionales, la respuesta es que estos principios vienen dados por un mecanismo de representación en el cual las partes racionales (entendidas como fideicomisarias de ciudadanos, uno por cada ciudadano) están situados en condiciones razonables y limitados por estas condiciones de modo absoluto. Así, los ciudadanos libres e iguales se contemplan como alcanzando por sí mismos un acuerdo acerca de dichos principios políticos en condiciones que representan a aquellos ciudadanos igualmente como razonables y racionales. Que los principios así alcanzados tengan que ser realmente los más razonables es una conjetura, puesto que desde luego puede ser incorrecto. Tenemos asimismo que examinarla confrontándola con los puntos fijados de nuestros juicios considerados a diferentes niveles de generalidad. Tenemos asimismo que examinar en qué medida estos principios se aplican a las instituciones democráticas y cuáles serían sus resultados, y en consecuencia en qué medida encajan en la práctica con nuestros juicios considerados/ponderados en la reflexión debida. En cualquier dirección podemos vernos llevados a revisar nuestros juicios”.



ética discursiva no, por tanto, el argumento será normativo al tratar de valores e ideales, en palabras de RAWLS “Al dirigirse a esta audiencia de ciudadanos en la sociedad civil, como tiene que hacer toda doctrina democrática, la justicia como equidad explica varias concepciones políticas fundamentales –la de la sociedad como un sistema equitativo de cooperación, la de ciudadano libre e igual, y la de sociedad bien ordenada- esperando así combinarlas en una concepción política de la justicia razonable y completa para la estructura básica de una democracia constitucional. Este es el objetivo principal: ser presentada a la audiencia de la sociedad civil y comprendida por ella con objeto de que la tomen en consideración”.<sup>309</sup> Para ello, RAWLS advierte la coincidencia con HABERMAS mediante su equilibrio reflexivo al ser “un punto en el infinito que nunca podemos alcanzar, aunque podemos acercarnos a él en el sentido de que a través de la discusión nuestros ideales, principios y juicios nos parecen más razonables y los consideramos mejor fundados de lo que antes estaban”.<sup>310</sup>

El punto (II) versa sobre el consenso entrecruzado permiten una adecuada fundamentación de una concepción independiente, o por el contrario, constituyen solamente una condición necesaria de la estabilidad social y cual es el alcance en el liberalismo político el término “razonable”. Sobre esto Rawls presenta una estrategia de fundamentación escalonada, al sostener tres tipos: *pro tanto* de la concepción política donde la razón pública tiene en cuenta valores políticos concretados por ella misma pueden ser convenientemente ordenados o equilibrados, en aras de obtener una respuesta razonable a los asuntos constitucionales esenciales y a la justicia básica;<sup>311</sup> la fundamentación plena de dicha concepción por una persona individual en la sociedad permite a cada ciudadano, individual o colectivamente decidir cómo ordenar y ponderar las reclamaciones de justicia política frente a los valores no políticos (doctrina comprensiva);<sup>312</sup> y la fundamentación pública de la concepción política por la sociedad política opera de manera indirecta ya que los ciudadanos razonables se tienen mutuamente en cuenta como defensores de doctrinas comprensivas razonables pero carecen de un ámbito normativo en la justificación pública

---

<sup>309</sup> RAWLS, 1998: 88.

<sup>310</sup> RAWLS, 1998: 89.

<sup>311</sup> RAWLS, 1998: 90.

<sup>312</sup> RAWLS, 1998: 91.

por no atender el contenido de las doctrinas de los demás, y por ende, permanecen dentro de los límites de lo político, por ello, deben tener en cuenta y mayor peso sólo al hecho del consenso entrecruzado mismo.<sup>313</sup>

“En una sociedad democrática caracterizada por el pluralismo razonable, mostrar que la estabilidad por razones rectas es al menos posible es también parte de la justificación pública. La razón es que cuando los ciudadanos afirman doctrinas comprensivas razonables aunque diferentes, observando si es posible un consenso entrecruzado acerca de la concepción política, es un modo de ensayar si hay suficientes razones para proponer la justicia como equidad (o alguna otra doctrina razonable) que pueda ser razonablemente defendida ante otros sin criticar o rechazar sus compromisos religiosos o filosóficos más profundos. Si podemos exponer argumentadamente que hay razones adecuadas para que diferentes personas razonables afirmen conjuntamente la justicia como equidad en tanto que su concepción política efectiva, entonces están satisfechas las condiciones para ejercer legítimamente el poder político coercitivo sobre otros, lo cual es algo que inevitablemente hacemos mediante el voto o de otras maneras. El argumento, es si que debe funcionar, mostraría como podemos afirmar y apelar razonablemente a una concepción política de la justicia entendida como base compartida de las razones de los ciudadanos, suponiendo siempre que otros, no menos razonables que nosotros, pueden también afirmar y reconocer esta misma base. A pesar del hecho del pluralismo razonable, las condiciones para la legitimidad democrática están satisfechas”.<sup>314</sup>

Por lo que atañe a la legitimidad, RAWLS es partidario de que cada ciudadano razonable la entienda acorde con la estructura general de la autoridad política derivada de una constitución democrática habrá de incluir procedimientos de mayoría u otras formas plurales de votación para alcanzar decisiones. Y con relación al alcance del liberalismo político se justifica mediante la idea de lo razonable, al expresar una actitud reflexiva en la tolerancia, pues reconoce los límites de la capacidad de juzgar y esto, a su vez, conduce a la libertad de conciencia y a la libertad de pensamiento.<sup>315</sup>

Por último, el punto (III) basado en la idea de autonomía política y su relación con la posición original que HABERMAS le critica su concepción de derechos y libertades básicos (de los antiguos y modernos). Para esto RAWLS aclara el contenido de su posición original

---

<sup>313</sup> RAWLS, 1998: 91-92.

<sup>314</sup> RAWLS, 1998: 94-95.

<sup>315</sup> RAWLS, 1998: 99-100.

donde las partes eligen principios de justicia y, luego se desplazan a la concención constitucional donde nos veríamos todos como delegados en aras de trazar los principios y reglas de una constitución a la luz los propios principios elegidos. Esto nos permite posicionarnos de cierta manera como legisladores para la promulgación de leyes que la constitución permite y, finalmente, nos asumimos como jueces para interpretar la constitución y las demás leyes.<sup>316</sup> Por ello, la autonomía política en RAWLS no tiene cabida como autonomía moral, (tal y como sucede con HABERMAS mediante KANT y MILL propiamente) sino meramente política al concretarse en términos institucionales y de prácticas de ésta índole,<sup>317</sup> para lo cual hace una distinción entre política constitucional y normal, en las que asume la idea de una democracia constitucional dualista basada en LOCKE, de donde seguramente HABERMAS pensó que su concepción de las libertades de los modernos son una clase de ley natural, lo que resulta ser un error, por no advertir la posición política de la justicia como equidad, al permitir ésta la soberanía popular, con lo que afirma RAWLS “que el diseño más apropiado de una constitución no es una cuestión que tenga que decidirse por consideraciones exclusivamente de filosofía política, sino que depende de la comprensión del objetivo y los límites de las instituciones políticas y sociales y de cómo se puedan hacer funcionar de modo efectivo. Estas cosas dependen de la historia y de cómo se organizan las instituciones”.<sup>318</sup> Esta idea de justicia se ve contextualizada por lo que el propio RAWLS entiende por liberalismo “en primer lugar, que el liberalismo deje la autonomía política y la autonomía privada en una competición irresuelta; segundo, que el pretendido dilema que el liberalismo afrontaría no es tal dilema, puesto que las dos proposiciones son claramente correctas; tercero, sostengo que en el liberalismo adecuadamente interpretado, como espero que lo sea en la justicia como equidad, y en otras doctrinas liberales que se remontan hasta Locke, la autonomía pública y la autonomía

---

<sup>316</sup> RAWLS, 1998: 102-103.

<sup>317</sup> RAWLS, 1998: 107-108. En aras de ser más claro RAWLS dice “...en primer lugar, que los ciudadanos logran la plena autonomía política cuando viven bajo una constitución razonablemente justa que garantice su libertad e igualdad, con todas las leyes y preceptos subordinados adecuados que regulan la estructura básica, y cuando también comprenden plenamente y confirman esta constitución y sus leyes, así como las ajustan y revisan a medida que los cambios sociales lo requieren, siempre convenientemente movidos por su sentido de justicia y demás virtudes políticas. A todo esto le añadimos, en segundo lugar, que aun cuando la constitución y las leyes sean de diversas maneras injustas e imperfectas, los ciudadanos con razón desean ser más autónomos haciendo lo que en sus circunstancias históricas y sociales puede considerarse razonable y racionalmente para promover su plena autonomía. Así, en este caso un régimen justo es un proyecto como dice Habermas, y la justicia como equidad está de acuerdo con ello”.

<sup>318</sup> RAWLS, 1998: 115.

privada son ambas cooriginarias y de igual peso...y ninguna se impone a la otra...ambas clases de libertad están enraizadas en una o en las dos facultades morales, en la capacidad para un sentido de la justicia y la capacidad para un concepción del bien respectivamente. Como antes, estas dos facultades no están jerarquizadas y ambas son aspectos esenciales de la concepción política de la persona, cada facultad con su propio interés de orden superior”.<sup>319</sup>

Finalmente, RAWLS mediante su defensa al liberalismo político responde a la crítica habermasiana de que su justicia como equidad es sustantiva, al igual que la de él mismo, al tomar la distinción entre justicia procedimental y justicia de su resultado al ejemplificar ciertos valores de procedimiento y de consecuencia, por lo que la justicia procedimental y sustantiva están conectadas y no separadas, con valores intrínsecos, ejemplo de esto es la imparcialidad porque da a todos una oportunidad igual para presentar su caso.<sup>320</sup> Sin embargo, RAWLS reconoce las implicaciones críticas generadas entre mayoritaristas y constitucionalistas quienes los primeros sostienen que la regla de la mayoría es justa e incluye a todos los derechos necesarios para deparar una legislación justa y resultados razonables, en cambio los constitucionalistas rechazan la regla de la mayoría, salvo aquellos casos donde se les reconozcan restricciones constitucionales a su legislación, por consiguiente, la democracia no estará solidamente apoyada ni ganará consenso de su pueblo.

“Habermas reconoce que una vez que se atribuyen al procedimiento discursivo las idealizaciones, se incorporan por ello en él elementos de contenido. Además, el procedimiento ideal así formado resulta esencial en su explicación de la democracia, puesto que una idea básica es que se puede garantizar que el proceso de discusión pública tenga resultados razonables sólo en la medida que realice las condiciones del discurso ideal. Cuanto más igual e imparcial, más abierto es este proceso y menos participantes resultan coaccionados, estarán más dispuestos a ser guiados por la fuerza del mejor argumento y con mayor probabilidad los intereses generalizables serán aceptados por todas las personas afectadas de modo relevante. Hay aquí cinco valores que sin pensarlo parecen ser valores del procedimiento –imparcialidad e igualdad, el carácter abierto (no se excluye ninguna información relevante, ninguna en general), la ausencia de coerción y la

---

<sup>319</sup> RAWLS, 1998: 118-120.

<sup>320</sup> RAWLS, 1998: 129.

unanimidad-, los valores que cambiando guían la discusión sobre los intereses generalizables hacia el acuerdo de todos los participantes. Este resultado es ciertamente sustantivo, ya que se refiere a la situación en la que los intereses generalizables de los ciudadanos están satisfechos. Además, los anteriores cinco valores se relacionan con juicios sustantivos si la razón de que dichos valores se incluyan como parte del procedimiento es que son necesarios para hacer que los resultados sean justos o razonables. Es más, Habermas sostiene que los resultados de la razón pública, que funciona mediante procedimientos democráticos, son razonables y legítimos. Por ejemplo, afirma que la igual distribución de las libertades puede ser realizada mediante un procedimiento democrático que apoya el supuesto de que los «resultados de la formación de la voluntad política son razonables». Una vez dicho esto, presupone una idea de razonabilidad para afirmar dichos resultados, de ahí que su concepción sea sustantiva”.<sup>321</sup>

En última instancia lo que ha intentado RAWLS es mostrar que el mismo HABERMAS mantiene también una concepción sustantiva, pero con ciertos límites a los aspectos procedimentales del uso público de la razón, al identificarse el uso regular de la idea de legitimidad más que de justicia, para esto aclara RAWLS que no es lo mismo legítimo y justo, puede haber decisiones y leyes democráticas legítimas, pero no por ello justas, sino porque han sido legítimamente aprobadas de acuerdo con el procedimiento democrático legítimamente aceptado, esto es, la constitución “que especifica el procedimiento sea suficientemente justa, aun cuando no sea perfectamente justa porque ninguna institución humana puede serlo. Pero puede no ser justa y ser, sin embargo, legítima con tal que sea suficientemente justa a la vista de las circunstancias y las condiciones sociales”.<sup>322</sup> Esta diferenciación le permite reiterar su posición individualista, porque todo ciudadano debe intervenir en los procesos de promulgación y legislación de instituciones y no solamente colectivamente.

“Conjeturo que su idea principal es que una vez la forma y la estructura de los presupuestos del pensamiento, la razón y la acción, tanto teóricos como prácticos, están comunicativamente, entonces todos los supuestos elementales sustanciales de aquellas doctrinas religiosas y metafísicas y las tradiciones de las comunidades han sido absorbidos (o sublimados) en la forma y la estructura de dichos supuestos. Esto significa que en la medida que esos elementos tengan validez

---

<sup>321</sup> RAWLS, 1998: 133.

<sup>322</sup> RAWLS, 1998: 136.

y fuerza en la justificación moral en materias de derecho y justicia, su fuerza es plenamente capturada y puede ser defendida por medio del razonamiento de dichas formas y estructura, pues aquellas presuposiciones son formales y universales, esto es, son las condiciones de las calces de razón en todo pensamiento y acción. La justicia como equidad es sustantiva, no en el sentido que he descrito (que lo es), sino en el sentido que surge de la tradición de pensamiento liberal y de la amplia comunidad de cultura política de las sociedades democráticas y pertenece a ellas. Así que no acaba de ser propiamente formal ni verdaderamente universal, de modo que no puede formar parte de los presupuestos quasitrascendentales (como dice Habermas a veces) establecidas por la teoría de la acción comunicativa”.<sup>323</sup>

Finalmente, HABERMAS réplica a RAWLS en su ensayo “«Razonable» *versus* «verdadero», o la moral de las concepciones del mundo”, en este último diálogo presentado entre estos autores, se destaca los intentos de su justicia como equidad en un marco de lo político, pero con diversas manifestaciones de su concepción política frente a lo metafísico, al ser estos elementos esenciales para su liberalismo que pretende ser neutral a las diversas cosmovisiones o doctrinas comprensivas. Por consiguiente, HABERMAS sostiene la tesis donde no podemos esperar de los ciudadanos consenso entrecruzado alguno en tanto no se halla en disposición de adoptar un punto de vista moral independiente de las perspectivas de las distintas concepciones del mundo que cada cual asume y que se anticipa a éstas.<sup>324</sup> Por ello, desde el punto de vista de la validez existe una incómoda asimetría entre la concepción pública de la justicia, que según HABERMAS, plantea una pretensión débil de «razonabilidad», y las doctrinas no públicas con una pretensión fuerte a la «verdad»,<sup>325</sup> esto es, más que una esfera política las argumentaciones de cada ciudadano exigen por lo menos el uso público de la razón, y su fuerza vinculante es mediante los actos de habla (como pretensiones de validez que reclaman reconocimiento intersubjetivo), tal y como acontece con las pretensiones de validez normativas, rechazando por consiguiente cualquier pretensión de convicción de fe personal de quienes no llegaran a compartir esa fe, porque “...cuanto más traten de principios constitucionales y de las concepciones de la justicia que les subyacen tanto más se *asemejan* a los discursos morales. Por lo demás, las cuestiones políticas básicas van unidas a cuestiones de implementación del derecho. Y las

---

<sup>323</sup> RAWLS, 1998: 141.

<sup>324</sup> HABERMAS, 1998a: 150.

<sup>325</sup> HABERMAS, 1998a: 161.

regulaciones *obligatorias* hacen que el consenso político básico sea con mayor razón necesario”.<sup>326</sup>

Sin embargo, el propio autor desconfía sobre el contenido que da RAWLS al de ciudadanos “razonables”, logren alcanzar un consenso entrecruzado, en tanto, sólo pueden convencerse de la validez de conceptos de justicia en el sentido de sus propias concepciones del mundo. Lo cual resulta factible un rotundo fracaso con la concepción justificada “pro tanto” que “tu y yo” consideramos válida desde tu o mi perspectiva, por supuesto, asumiendo todos los valores ante el veto de los demás. Porque para HABERMAS es indispensable primero que nuestra propia concepción pueda “iluminar”, debe ser revisada, por lo que distingue tres clases de diferencias de opinión en Rawls “I se refieren a la definición del campo de las cuestiones públicas; las que II, se refieren a la jerarquía y la ponderación razonable de los valores políticos; y la última y más importante, III la que se refiere a la prioridad de los valores políticos frente a los valores no políticos”.<sup>327</sup>

Por consiguiente, HABERMAS sostiene “En la actitud de las personas «razonables» que quieren tratarse mutuamente de modo equitativo, a pesar de saber que no coinciden en sus concepciones religiosas o metafísicas, el punto de vista moral colectivo está en todos tan ausente como en la reflexividad y la renuncia a la violencia de las concepciones del mundo «razonables». Una exigencia de la razón práctica que tiene que *doblegarse* ante concepciones del mundo, si es que el consenso entrecruzado ha de ser posible, sólo se puede justificar evidentemente por la fuerza de una autoridad epistémica independiente de las concepciones del mundo mismas. Pero con una razón práctica emancipada de la dependencia de la moral de las concepciones del mundo, la relación interna entre lo verdadero y lo razonable se volvería públicamente accesible. Esta conexión tiene que permanecer opaca sólo mientras la fundamentación de una concepción política sea inteligible únicamente a partir del contexto de la respectiva concepción del mundo. Esta perspectiva se invierte, sin embargo, cuando la prioridad de los valores políticos tiene que legitimarse a partir de una razón práctica que primero define qué concepciones del mundo vales como razonables”.<sup>328</sup>

En este análisis crítico, HABERMAS advierte un peligro por el posicionamiento paternalista filosófico hacia los ciudadanos por dar una ventaja para el diseño de una sociedad bien ordenada, ya que al no advertir RAWLS la alternativa procedimentalista aplicable, sin ésta no podría dice

---

<sup>326</sup> HABERMAS, 1998a: 162.

<sup>327</sup> HABERMAS, 1998a: 167-168.

<sup>328</sup> HABERMAS, 1998a: 170-171.

Habermas “desdramatizar” la protección filosófica de los ciudadanos, por que “Una teoría que se limita a clarificar las implicaciones de la institucionalización jurídica de procedimientos de autolegislación democrática, no prejuzga los resultados que los ciudadanos mismos tienen que alcanzar en uno de estos marcos institucionales configurados por estos procedimientos. Una razón práctica que se encarna en procesos no en contenidos, no desempeña ella misma entonces ningún papel paternalista cuando se le restituye una autoridad posmetafísica, independiente de concepciones del mundo. Para este enfoque, que es el que yo favorezco, se encuentra en Rawls algún punto de apoyo”.<sup>329</sup>

Por último, HABERMAS destaca el desplazamiento rawlsiano de la autonomía kantiana al momento de su construcción del consenso entrecruzado, por lo que denomina la autodeterminación ético-existencial, esto es, “libre es quien asume la autoría de su propia vida”,<sup>330</sup> pero acepta igualmente esta conceptualización, porque sigue Habermas su propia línea de estudio con HEGEL al explicar “Rawls salva una perspectiva que Hegel había hecho valer antaño contra Kant: los mandamientos morales no se pueden poner abstractamente por encima de la historia vital individual de las personas cuando apelan a una razón común a todos nosotros o a un sentido universal de la justicia. Los mandamientos morales tienen que estar en una relación *interna* con los proyectos de vida y los modos de vida de las personas afectadas, una relación constatable por ellas mismas”.<sup>331</sup>

Por tanto, concluye HABERMAS con su propuesta republicana kantiana de este modo “El liberalismo político o de Estado de derecho parte de la intuición de que el individuo y su forma de vida individual tienen que ser protegidos frente a las intrusiones del poder del estado...[«El Liberalismo político permite...que nuestras instituciones políticas contengan espacio suficiente para formas de vida valiosas y en este sentido nuestra sociedad política es justa y buena»]. Con ello la distinción entre esfera privada y esfera pública gana una significación de principio. Establece la dirección de la interpretación estándar de la libertad: la libertad de arbitrio garantiza legalmente de las personas jurídicas circunscribe el espacio de una forma de vida consciente y orientada por la propia concepción del bien de cada cual. Los derechos son *liberties*, revestimientos protectores de la autonomía privada. La preocupación principal consiste en que, en igual libertad, cada cual lleve una vida autodeterminada y auténtica. Desde esta perspectiva la autonomía pública de los ciudadanos que participan en la praxis autolegisladora de la colectividad debe posibilitar la

---

<sup>329</sup> HABERMAS, 1998a: 173.

<sup>330</sup> HABERMAS, 1998a: 179.

<sup>331</sup> HABERMAS, 1998a: 179.



autodeterminación personal de las personas privadas. Aunque para muchas personas puede tener un también un valor intrínseco, la autonomía pública aparece en primer lugar como un *medio* para posibilitar la autonomía privada.

El republicanismo kantiano, tal y como yo lo entiendo, parte de otra intuición. Nadie puede ser libre a costa de la libertad de otros. Porque las personas sólo se individualizan en el camino de la socialización, la libertad de un individuo está vinculada a la libertad de los demás no sólo negativamente, por limitaciones recíprocas. Las delimitaciones justas son más bien el resultado de una autolegislación ejercida colectivamente, por limitaciones recíprocas. Las delimitaciones justas son más bien el resultado de una autolegislación ejercida colectivamente. En una asociación de libres e iguales todos ha de poder ser entendido colectivamente como autores de las leyes a las que ellos sienten ligados individualmente en tanto que destinatarios de las mismas. Por ello la llave que garantiza aquí las libertades iguales es el uso público de la razón institucionalizado jurídicamente en el proceso democrático.

Tan pronto como los principios morales ha de tomar forma en el medio del derecho obligatorio y positivo la libertad de la persona moral se escinde en la autonomía pública del legislador y la autonomía privada del destinatario del derecho, y de modo que además ambas se presuponen mutuamente. Esta relación complementaria entre lo público y privado no refleja ninguna dato fijo. Más bien es producida conceptualmente por la estructura del medio jurídico. Por consiguiente es asunto del proceso democrático definir siempre de nuevo las precarias fronteras entre lo privado y lo público a fin de garantizar a todos los ciudadanos iguales libertades tanto en las formas de la autonomía privada como de la autonomía pública”.<sup>332</sup>

### **2.1.3. Aproximación al análisis de la autonomía práctica después del debate.**

Ahora corresponde intentar crear el escenario más factible para verificar, si efectivamente, NINO tuvo razón en identificar las dos vertientes metaéticas, o si solo, por el momento histórico en el que se encontró (hasta el mes de abril de 1993), sin lograr estudiar a HABERMAS en su *Facticidad y validez* y de RAWLS a su *El liberalismo político*, los cuales generaron un escenario renovado al estudiado por NINO en su elaboración del constructivismo epistemológico, es suficiente para trazar el camino para el siguiente capítulo sobre la aportación ético-político y jurídico de NINO en el establecimiento de instituciones y mecanismos idóneos para la consecución de la democracia en su natal Argentina, creando las bases de su propuesta denominada *democracia deliberativa*, su

---

<sup>332</sup> HABERMAS, 1998a: 179-181.

máximo logro teórico para la renovación de la discusión actual política de un Estado de Derecho, no solo con RAWLS y HABERMAS sino con otros autores que iré particularizando en su momento.<sup>333</sup>

Por ahora, debo comenzar esta aproximación al análisis de la autonomía práctica del sujeto moral después del debate RAWLS-HABERMAS, con el estudio elaborado por BARBAROSCH quien intenta negar la tesis intermedia de NINO (constructivismo epistemológico) entre estos dos autores. Solo que su crítica a NINO me parece de entrada incompleta, porque únicamente presta atención a una posible interpretación equívoca al pensamiento de RAWLS,<sup>334</sup> por condicionar a éste con un posicionamiento metaético en la verdad moral, con sólo haber leído la *Teoría de la justicia*, en particular con su propuesta de la “justicia como equidad”.<sup>335</sup> Para esto, BARBAROSCH refiere que el posicionamiento metaético (constructivismo ético) de NINO,<sup>336</sup> esto es, conceptual y no empírico y por ende,

---

<sup>333</sup> Para una mejor comprensión del resultado de este intento de continuar con la confrontación de las propuestas metaéticas de RAWLS-HABERMAS-NINO, véase el capítulo IV, correspondiente a la democracia deliberativa.

<sup>334</sup> BARBAROSCH, 2008: 73. Deja entrever el motivo por el que no analiza completamente el debate de NINO con HABERMAS, y sí sólo lo hará con Rawls, al señalar “No es el caso de Habermas quien tiene un compromiso con la verdad moral, circunstancia por la cual, entre otras cosas, polemizó con Rawls”. Esta es la única referencia que directamente hace sobre Habermas, porque realmente lo hace con lo analizado por el propio NINO.

<sup>335</sup> Aunque el propio BARBAROSCH, 2008: 75-76, acepta que NINO conoció otros trabajos de RAWLS para su crítica, como fue el caso de “Kantian Constructivism”, el mismo Nino, 1989: 95, dice que por quedar fuera de toda posibilidad de análisis en su comparación HABERMAS-RAWLS “no puede dejar de mencionarse que en su trabajo de transición “Kantian Constructivism”, el autor es explícito en que los procedimientos por los que los primeros principios son elegidos deben ser adecuadamente fundados en el razonamiento práctico, que no hay otros hechos morales aparte del procedimiento de construcción de los principios, y que la verdad de los juicios morales está consiguientemente definida por tal procedimiento”. Esta breve referencia de NINO al trabajo de RAWLS, deja entrever que aún y cuando centro su atención en *Teoría de la justicia*, si considero indispensable otros trabajos del autor, pero por razones propias no entro a un análisis pormenorizado. Esto me permite indicar que BARBAROSCH se equivoca al afirmar que soslayara cualquier otro escrito de RAWLS para su estudio, porque a mi parecer sí lo hace, dejando una idea del trabajo, pero aceptando la honestidad intelectual de NINO, para haber dicho esto, por lo menos tuvo que haberlo leído.

<sup>336</sup> BARBAROSCH, 2008: 75. “Pues bien, Nino entiende que esa tarea es de índole conceptual, no empírica, pero que nos lleva a resultados relevantes ya que adopta aspectos convincentes de distintas posiciones metaéticas. En primer lugar, conduce a alguna forma de naturalismo: la verdad o falsedad de los juicios morales depende de un hecho empírico, hecho que, sin embargo, sólo es describible a través de enunciados contrafácticos y ello permite lo que denomina una corroboración intersubjetiva de tales juicios. Aunque simultáneamente recoge la crítica no naturalista contra la identificación de los hechos morales como estados de cosas. En segundo lugar, toma ciertos rasgos del subjetivismo entendiendo que los juicios morales dependen de actitudes, aunque no colapsa en el subjetivismo naturalista pues se pueden superar de forma independiente los juicios divergentes. Por último los juicios morales no se trata de juicios que se formulan como el resultado de una investigación teórica de una realidad moral externa, y ello se logra, según Nino, por medios de coincidencias de acciones y actitudes, mediante la adopción de los mismos principios”.

adopta una concepción cognitivista sobre su propia versión del conocimiento moral (mediante practicas sociales) denominado constructivismo epistemológico mediante el cual identifica las tres tesis ontológicas y epistemológicas presentes en RAWLS y HABERMAS, mismas que fueron transcritas con antelación, concluyendo que el primero se inclina por O1 y E1 y con leve simpatía por E2 y el segundo autor por O3 y E3. En este punto, BARBAROSCH sostiene la interpretación de que NINO es partidario del realismo moral con fundamentos en el intuicionismo racional, y rechaza su aceptación a un realismo sustantivo, tomando como ejemplo las críticas de KORSGAARD quien se identifica como un realista moral pero procedimental al defender que existen respuestas para las cuestiones morales coexisten también procedimientos correctos para arribar a ellas, y no como sucede con la variante del realismo moral sustantivo, el cual concibe la existencia de respuestas correctas porque existen hechos morales o verdades de ese tipo que existen independientemente de los procedimientos de búsqueda.<sup>337</sup> Además, señala que NINO creía en el conocimiento de la verdad moral alcanzable en RAWLS sólo por medio de la reflexión individual, misma que rechaza BARBAROSCH.<sup>338</sup>

“Por otra parte cabe señalar que no puede aseverarse que Rawls confiara en la reflexión individual enmarcada en el equilibrio reflexivo como un método epistemológico para alcanzar verdades morales. Nino insistió indebidamente en calificar a Rawls como adherente de una tesis epistemológica como la que describe en E1, pues si bien no fue muy claro en su obra “A Theory of Justice”, ya en ella admitía el equilibrio reflexivo amplio que iba más allá de una reflexión individual sobre juicios considerados y los principios. Debían considerarse las concepciones alternativas, incluso aquellas que fueran críticas del concepto de justicia. Es cierto, sin embargo, y hay que decirlo en defensa de la interpretación que Nino formulara, que más adelante Rawls

---

<sup>337</sup> BARBAROSCH, 2008: 78-79. Explica que el posicionamiento de Korsgaard en su “realismo sustantivo concibe los procedimientos para responder a cuestiones normativas como una forma de descubrir dentro de cierta parte del mundo una parte normativa. De esta manera se concibe a la ética como una rama del conocimiento de una parte normativa del mundo. El realismo moral sustantivo ha sido criticado porque parece no armonizar con la moderna visión científica del mundo...Pero existe una crítica adicional al realismo sustantivo y se refiere al aspecto motivacional...Como se puede advertir, el realismo sustantivo nos propone una visión teórica o epistemológica de la moral.”

<sup>338</sup> BARBAROSCH, 2008: 79-80. “En verdad nunca puede decirse que Rawls haya aseverado que el equilibrio reflexivo fuera un método para alcanzar la verdad moral, y que creyera en la posibilidad de una epistemología moral aplicada a la concepción de justicia. Esto surge de manera concluyente de los propios escritos de Rawls. En “La Independencia de Teoría Moral” afirma que la teoría moral es independiente de la epistemología y ello resulta del hecho de que el equilibrio reflexivo no da por supuesto que existe una concepción moral correcta. Es una especie de psicología y no presupone la existencia de verdades morales objetivas. Enfatiza especialmente que si todo el mundo alcanzara un equilibrio reflexivo amplio, puede que se siguieran defendiendo muchas concepciones morales contrarias”.

admite que el equilibrio reflexivo debe ser general o pleno, la justificación exige un punto de vista afirmado por todos los ciudadanos”.<sup>339</sup>

Esta interpretación hecha por BARBAROSCH sobre el equívoco de NINO en creer que al haber un posicionamiento metaético en RAWLS, le sea aplicable la tesis E1, me parece poco convincente y más conservadora en el sentido de no advertir que los cambios de posicionamiento del RAWLS sean suficientes para no reconocer premisas esenciales metaéticas todavía en su *Liberalismo político*, aún y cuando este mismo autor haya intentado despojarse de tal posicionamiento a partir de su *Teoría de la justicia*, por la diversidad de críticas señaladas a ésta, en particular las del HABERMAS. Para ejemplificar este error en BARBAROSCH retomo lo dicho por Silvina ÁLVAREZ:

“La interpretación del constructivismo moral kantiano-rawlsiano como una teoría metaética antirrealista es controvertida, sobre todo si atendemos a la obra de Rawls posterior a *Una teoría de la Justicia*. En el famoso escrito “*Justice as Fairness: Political Not Metaphysical*” –del año 1985- Rawls quiere despojar su teoría de toda connotación metaética y transformarla en una teoría sobre las posibilidades de acuerdo respecto de cuestiones políticas, es decir, de acuerdo sobre cuestiones que atañen a la vida pública de las ciudadanas y los ciudadanos, a las instituciones y a su especial forma de organización en una comunidad democrático-liberal. El constructivismo sería entonces un mecanismo de construcción de los presupuestos necesarios para la vida política y no un modelo de fundamentación moral. Sin embargo, no parece fácil de vaciar el constructivismo kantiano de sus fuertes connotaciones metaéticas”.<sup>340</sup>

Conjuntamente a esta replica quien mejor que el propio NINO para aclarar su posición constructivista heredada de RAWLS, al referir: “Si bien es cierto que el constructivismo parece ser radicalmente distinguible del realismo por el tipo de hechos morales que uno y otro presuponen (asumiendo que podamos concebir los hechos presupuestos por el realismo), ambas posiciones no parecen excluirse. Aun cuando el constructivismo no presupone que haya otros hechos morales que la aceptabilidad hipotética de principios, él no excluye que una revisión de la ontología y epistemología corrientes pueda arrojar la conclusión de que un principio moral le corresponde otro hecho además de su aceptabilidad en ciertas condiciones. De cualquier modo, es muy improbable que pueda justificarse la

---

<sup>339</sup> BARBAROSCH, 2008: 80.

<sup>340</sup> ÁLVAREZ, 2002: 96-97.

conclusión de que tenemos acceso a tales misteriosos hechos fuera de las condiciones implícitas en el discurso moral, puesto que sería muy extraño que éste se haya ido moldeando en forma desviada respecto de las condiciones favorables para una supuesta “observación moral”,<sup>341</sup> por ende, el constructivismo no tendría porque indagar en ello, porque el proceso de construcción de una teoría de la justicia le será suficiente con partir de principios hipotéticos. Por tanto, cuando los principios a los que arriban los sujetos en este proceso de construcción de construcción como el de equidad, resultan ser principios morales objetivos, en tanto cumplan con las condiciones de publicidad, generalidad, superveniencia (respecto de ciertas circunstancias de hecho, finalidad y universalidad), de ahí que Rawls haya sostenido una posición especial de objetivismo metaético para su teoría en el sentido de corrección de los principios de justicia acordados por las partes en la posición originaria y esto generaría una incertidumbre a la fundamentación de los presupuestos ideales de persona y a la concepción afina del bien que se encuentra entre las premisas normativas del acuerdo asumido entre los participantes. Por ello, considero atractiva la propuesta contractualista de SCANLON por una fundamentación de la moral basada en la elección de contenidos sustantivos a ser evaluados a la luz del criterio de razonabilidad mediante una base motivacional que apela a las relaciones afectivas entre las personas: “Para mostrar que las preguntas sobre lo correcto y lo incorrecto tienen respuestas correctas, basta con mostrar que tenemos buenos motivos para considerar que determinadas conclusiones relativas a la corrección o a la incorrección de las acciones son correctas si las entendemos como conclusiones relativas a la moralidad, y que por consiguiente tenemos buenos motivos para conceder a estas conclusiones la particular importancia que normalmente vinculamos a los juicios morales”.<sup>342</sup> O la de GAUTHIER quien propone una teoría de la elección racional como un modelo de teoría normativa distintas a las de RAWLS y HARSANYI, por no consistir en una conexión a profundidad entre la moral y la elección racional, esto es, “Nuestra posición sostiene que en ciertas situaciones que incluyen la interacción con los demás, un individuo elige racionalmente sólo si limita la búsqueda de su propio interés o conveniencia a fin de acatar los principios que expresan la imparcialidad característica de la moral. Para elegir racionalmente uno

---

<sup>341</sup> NINO, 1989a: 119-120.

<sup>342</sup> 2003: 17.

debe elegir moralmente...La moral...puede aparecer como una coacción racional surgida de premisas no morales de elección racional. Ni Rawls ni Harsanyi sostienen semejante idea. Ni Rawls ni Harsanyi consideran los principios morales como un subconjunto de principios racionales necesarios para la elección...Nuestra teoría debe generar, estrictamente como principios racionales necesarios para la elección sin introducir supuestos morales previos, limitaciones en la búsqueda del interés o el beneficio individual, limitaciones que, siendo imparciales, satisfagan lo que tradicionalmente se entiende por moral. No suponemos de antemano que tales restricciones o limitaciones imparciales y racionales deban existir. Ni siquiera suponemos que deban existir restricciones racionales, sean o no imparciales. Pretendemos demostrar que existen restricciones racionales y que esas restricciones son imparciales...Pero lo que nos interesa es validar la concepción que tiende la moral como un conjunto de restricciones racionales e imparciales que limitan la busca (sic) del interés personal y no defender ningún código moral particular”.<sup>343</sup>

Las implicaciones contractualistas posterior a la elaborada por RAWLS en su *Teoría de la justicia* es que ya no solamente se concentra en la justicia de las instituciones sociales básicas, sino que se busca trascender con el principio de la imparcialidad entendido formalmente. Además, la introducción de su justicia procesal pura (fundamentada con la posición original), se divide en dos tipos como dice BARRY “la real y la constructivista. La justicia procesal real es intrínsecamente *ex post*: esperamos que el procedimiento sea usado y consideramos el resultado real, justo. La justicia procesal constructivista es cuestión de

---

<sup>343</sup> GAUTHIER, 1994: 19-20. Sobre estas propuestas contractualistas KYMLICKA, 2004: 279,-280 explica que “A menudo se afirma que todas las teorías contractuales fundamentan la moralidad en el acuerdo. Pero sólo los teóricos clásicos fundaron realmente la obligación en el acuerdo. Para los teóricos modernos, el acuerdo no es más que un recurso para identificar las exigencias de imparcialidad o beneficio mutuo, que constituyen el fundamento real de la obligación. La idea del acuerdo social se utiliza para sopesar los intereses de las personas según los criterios de imparcialidad o beneficio mutuo, pero si otro recurso aplicase con más exactitud estos criterios podría desecharse por completo de la teoría del contrato. A menudo se afirma que las teorías contractuales están comprometidas con un individualismo atomista, considerando la sociedad como producto artificial del acuerdo entre individuos presociales. Esto lo sugiere realmente una lectura excesivamente literal del término «contrato social». Pero sólo los teóricos clásicos hablaron de personas que abandonan su estado natural para crear relaciones artificiales (e incluso entonces las que se consideraban artificiales eran relaciones *políticas* y no sociales). No hay razón intrínseca por la que las teorías contractuales modernas sean individualistas. Como son simplemente recursos para sopesar intereses, pueden utilizarse sin concepción alguna de nuestros intereses, incluidos los que afirman nuestra sociabilidad natural...En cierto sentido no existe en ética una tradición contractual, sino sólo un *recurso* contractual que han utilizado muchas tradiciones diferentes por muy diferentes razones”.

deducir (o especular acerca de) qué harían surgir los actos racionales”,<sup>344</sup> con esto, BARRY sostiene que el constructivismo mantiene una relación estrecha con el contractualismo:

“El constructivismo en general es, diré, la doctrina de que aquello en lo que se convendría en algunas determinadas clases de situaciones, constituye la justicia. Que la situación misma sea caracterizada por la equidad para que el resultado sea justo, queda como una cuestión pendiente. En defensa de esta definición amplia puedo ofrecer dos argumentos. Primero, si queremos conservar el vínculo entre el constructivismo y la tradición de la teoría del contrato social, por cierto no deberíamos insistir en que la situación dentro de la cual el acuerdo define el contenido de la justicia, debe pasar alguna prueba ética. Hobbes, por dar un ejemplo evidente, habría negado vehementemente que la justicia de mantener los convenios, reflejará ninguna equidad en la situación que da lugar al acuerdo. Sin embargo, destacó que los convenios a los que se llega sin temores son válidos y el que establecía el soberano era un ejemplo. Segundo...Rawls mismo coquetea con la doctrina de las circunstancias de justicia y creo que la noción de que aquello que se acuerda bajo las circunstancias de la justicia constituye justicia deberá ser incluido dentro del alcance del constructivismo. Esto, evidentemente, se ajusta a mi propia definición del constructivismo en la que evitamos cualquier criterio independiente de justicia y decimos que el acuerdo mismo crea el contenido de la justicia...Las teorías constructivistas de la justicia, deseo sugerir, caen en dos categorías definidas por la naturaleza de la situación dentro de la cual ha de alcanzarse el acuerdo. En una categoría tenemos aquellas que descansan en las circunstancias de la justicia...La otra categoría de teorías constructivistas está compuesta por todas las que descansan en lo que denominaré las circunstancias de la imparcialidad.”<sup>345</sup> Esta serie de clasificaciones le permiten a Barry concluir que “Si se pregunta si estas dos formas de teoría constructivista están unidas en algún nivel más profundo, podría proporcionarse una respuesta positiva diciendo que ambas son, en un sentido amplio del término, contractualistas. Lo que esto significaría es que en ambas versiones se atribuye mucho peso a lo que las mismas partes acordarían en alguna situación hipotética. Así podemos mostrar alguna relación entre ambas formas de teoría constructivista y la tradición de la teoría del contrato social”.<sup>346</sup>

Estas series de posicionamiento de renovación de la posición original y la justicia como equidad desde el ámbito contractualista dejan entre ver, a mi parecer, una serie de posiciones éticas que pretenden subsanar, corregir, o en el mejor de los casos superar el

---

<sup>344</sup> BARRY, 2001: 287.

<sup>345</sup> BARRY, 2001: 287-288.

<sup>346</sup> BARRY, 2001: 289. En el mismo sentido, RIBOTTA, 2009: 51-52. “

postulado rawlsiano por el denominado neocontractualismo<sup>347</sup> que, en esencia, se encuentran inmersos estos criterios metaéticos en los principios rawlsianos de la diferencia, el de igual libertad y el de igualdad de oportunidades.

Para complementar mi crítica al intento de desvirtuar la posición intermedio de NINO que intentó señalar BARBAROSCH, huelga insistir que su estudio al centrar su atención con RAWLS y pasar por alto la posición de Habermas la deja más vulnerable, en el sentido de que el propio HABERMAS reconoció su tesis ontológica identificada tiempo atrás por NINO, en palabras del autor:

“Con respecto a las cuestiones morales las condiciones de la comunicación ya no tienen solamente el sentido epistémico de asegurar que por los canales de argumetnación correctos. Las condiciones de la comunicación referidas a los participantes *mismos* satisfacen inmediatamente un sentido epistémico. La estructura de los discursos racionales que garantizan, con carácter general, apertura e igual inclusión, transparencia y exclusión de toda coacción y que debe permitir que aplore el mejor argumento, funciona aquí como un constructo que exige de los participantes en la argumentación una actitud autocrítica y el intercambio empático de perspectivas de interpretación”.<sup>348</sup>

Por tanto, considero que en primer lugar, NINO tuvo buen lente para trazar el camino que seguirían las discusiones para la fundamentación del sujeto moral, y en segundo momento, la posición intermedia propuesta entre RAWLS y habermas deja una gran beta para seguir la discusión, en aras de superar la dicotomía entre liberalismo y comunitarismo que será analizada en el siguiente capítulo.

### **3. Conclusiones.**

De lo expuesto, es importante destacar que el discurso ético debe direccionarse de tal suerte que mantenga un equilibrio –similar al de RAWLS– tomando de nuevo las funciones sociales de la moral como banco de pruebas: si los principios resultantes son capaces de

---

<sup>347</sup> RIBOTTA, 2009: 133 ss.

<sup>348</sup> HABERMAS, 2002: 297-298.



solventar conflictos y fomentar la cooperación, podrá entenderse que las reglas procedimentales capaces de generar esos principios son válidas, así como la aceptación consensuada de todos ellos,<sup>349</sup> esto es, fijar una serie de restricciones formales que garanticen la libertad, la igualdad y la imparcialidad de todos los participantes en ese proceso de construcción de los principios de justicia, garantizando con ello su racionalidad y legitimidad.

En este sentido, el constructivismo de Carlos Santiago NINO, frente al propugnado por HABERMAS o RAWLS, se apoya en la práctica social del discurso moral vigente en nuestra cultura, y ésta no es de ningún modo una institución neutral. Sus exigencias de consenso, publicidad o cognoscibilidad, generalidad, supervivencia, universalidad y finalidad, frente a su remisión a lo que sería aceptable en condiciones de imparcialidad, racionalidad y conocimiento, su principio sustantivo de autonomía y su presupuesto de que las decisiones de los individuos son antecedentes apropiados de consecuencias normativas constituyen, como lo trata de demostrar en *Ética y derechos humanos*, la materia prima básica del pensamiento liberal. Para lograr lo anterior, es menester analizar detalladamente y someter a una revisión prudente la teoría de la acción moral de NINO, mediante la cual intenta igualar los valores liberales con los valores universales, sobre todo al momento de determinar por qué los individuos prefieren las acciones que benefician a la sociedad en su conjunto, definidas por el utilitarismo o de cualquier otra forma, antes que las acciones que los benefician a ellos mismos ya que esta teoría provee las bases para reconciliar el utilitarismo con las justificaciones relativas al agente y por su valor deontológico. Por tanto, la cuestión esencial será determinar si la práctica moral real ha de establecerse en el plano ontológico de la constitución de los principios o hechos morales, o bien, en el plano epistemológico del conocimiento de tales principios o hechos, quedando abierto a discusión este debate con la siguiente interrogante ¿cuál es la justificación moral del concepto y el concepto de los derechos humanos universales?

---

<sup>349</sup> Para GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, 2004: 87, el constructivismo se caracteriza “por proponer la adopción de un punto de vista ideal –un procedimiento de construcción o una situación de comunicación– que permitirá y garantizará a los seres humanos, concebidos como agentes morales libres e iguales, alcanzar acuerdos sobre aquellos principios de justicia que deben regir nuestra vida en sociedad”.

Finalmente, otro de los puntos que considero necesario señalar como parte de la propuesta constructivista de RAWLS, y consecuentemente de NINO, es determinar el estatus ideal de persona. Para RAWLS desde su concepción política, el ideal de persona es un presupuesto que no hace otra cosa que recoger un dato presente en la comunidad política, por consiguiente, se trataría de un elemento de la moral positiva cuya justificación o fundamentación se dejaría de lado, tomándolo simplemente como un dato más a tener en cuenta para la construcción del consenso político en un tipo determinado de sociedades y excluyendo el acuerdo sobre concepciones del bien. S. ÁLVAREZ explica la relación sobre este constructo de RAWLS y KANT de la siguiente manera “Si en cambio la concepción de la persona presente en el constructivismo kantiano es entendida como un presupuesto sustantivo del cual se predica valor moral, entonces el constructivismo deberá dar cuenta de cómo se llega a postular la validez de tal principio. RAWLS no realiza dicha tarea de fundamentación de la concepción de la persona presente en su teoría”.<sup>350</sup>

---

<sup>350</sup> 2002: 99.

## CAPÍTULO III

### LIBERALISMO FRENTE AL COMUNITARISMO. LA ÉTICA ANÁLITICA DE C. S. NINO COMO REFERENTE PARA CONTINUAR CON EL DIALOGO

*“El problema principal de la ética no es ontológico ni epistemológico sino conceptual. En otras palabras, la cuestión que plantean los hechos morales no está relacionada con su existencia o con su conocimiento, sino con su reconocimiento como tales”.*

*Carlos S. Nino*

#### I. Introducción.

A lo largo de su vida, NINO participa en la controversia en torno a la naturaleza ética del sujeto práctico, sobre si éste es resultado de una hipostatación del sujeto de las filosofías clásicas de la conciencia o más bien resultado de su depuración por medio de la crítica hermenéutica o comunitarista;<sup>351</sup> para NINO la autonomía del sujeto es el sustento de la moral y sin ella es impensable la ética. Esta postura será defendida en sus excelsos trabajos *Ética y derechos humanos* y *El constructivismo ético*, ambas publicadas en 1989, frente a la postura de una deliberación colectiva que pregonan los comunitaristas y liberales, tal y como lo dejara plasmado en su obra póstuma *La constitución de la democracia deliberativa*, donde el pensamiento de Carlos Santiago NINO cobra vital importancia para analizar esta pugna entre el liberalismo y comunitarismo e indicar el lugar que ocupa la autonomía práctica kantiana como fundamento del sujeto moral (*Moralität*), frente a las obligaciones a la comunidad (*Sittlichkeit*) hegeliana, tal y como lo ha subrayado el propio NINO: “el espectro de Hegel desafía una vez más al espíritu de Kant”.<sup>352</sup>

Existen diversos posicionamientos sobre el denominado “liberalismo”, entre los que han destacado, a) la defensa de los derechos fundamentales; b) la defensa de un gobierno

---

<sup>351</sup> Cfr. HABERMAS, 2000: 13-34.

<sup>352</sup> Cfr. NINO, 1989a: 135-152.

democrático y c) la defensa de procedimientos para la asignación e intercambio de bienes y recursos económicos entre los miembros de la sociedad mediante un libre consentimiento.

Los tres postulados tendrán presencia en el devenir de toda la obra de NINO, pero particularmente, la tercera, analizada por nuestro autor bajo los principios de inviolabilidad y autonomía de la persona, los cuales centran todo el argumento ético en oposición a que ciertos individuos sean usados en beneficio exclusivo de otros, o excluidos (como ha sucedido con el totalitarismo<sup>353</sup>), con una clara tradición heredada por KANT y renovada en RAWLS y NOZICK de quienes NINO retomada sus postulados para la construcción del concepto de persona moral aplicable a cualquier derecho moral (derecho humano). Para esto, se verá como NINO sostiene que “la ciudadanía moral no es una cuestión de teoría biológica (ni de ningún tipo de teoría descriptiva), sino teoría política, o sea de teoría moral en un sentido amplio. Esto significa que necesitamos producir un cambio radical de estrategia filosófica: tenemos que determinar primero cuáles son los principios morales de los que los derechos básicos derivan y sólo después podemos definir a las personas morales como la clase de todos aquellos individuos (o entidades) que poseen las propiedades que son factualmente necesarias para gozar o ejercer tales derechos y la única forma autorizada por una sociedad para intervenir en la libertad de algunos de sus miembros es para su autoprotección”,<sup>354</sup> posicionamiento que será debatido en el presente capítulo frente al llamado comunitarismo identificado principalmente por los herederos de la tradición hegeliana.

## **1. KANT *versus* HEGEL. La herencia de la polémica liberal/comunitarista.**

---

<sup>353</sup> NINO, 2007c: 23. “...parece claro por qué es totalitaria una doctrina que desconoce esta concepción liberal: porque justifica el sacrificio de personas individuales en beneficio de cierta ‘totalidad’ (aunque se alegue que esa totalidad está simplemente integrada por la mayoría de la población). Obviamente el liberalismo no se opone a que, por razones de conveniencia se hable en términos de entidades colectivas; pero la diferencia crucial está dada por el hecho de si, cuando aludimos, al bienestar de tales entidades, estamos computando el bienestar de sus miembros individuales en forma agregativa o en forma distributiva (en este último caso no diremos que el bienestar de una entidad colectiva se incrementa a consecuencia de una medida que aumenta el buen pasar de una mayoría de sus miembros a costa del sacrificio de una minoría)”.

<sup>354</sup> NINO, 2007c: 24.

Uno de los mayores debates generados en la ética desde el siglo XX, ha sido el encuentro entre liberales y comunitarios, quienes han hecho un esfuerzo inconmensurable por determinar si los postulados kantianos tienen mejor aplicación para la solución de los conflictos de carácter político, cultural o social y jurídicos en una determinada sociedad, o si por el contrario, es el pensamiento de HEGEL la alternativa mejor elaborada para la atención de cada uno de los problemas generados en la comunidad integrada por individuos con intereses distintos. Por supuesto, que inmerso en este inagotable dialogo liberales-comunitarios<sup>355</sup> por parte de RAWLS, DWORKIN, NAGEL, SCANLON, SANDEL, MACINTYRE, WALZER, TAYLOR, HABERMAS, PETTIT, KYMLICKA, entre otros, es haber centrado la atención en la separación entre autonomía y heteronomía para incorporar las directivas morales normativas en el ámbito de la racionalidad práctica del sujeto moral, en aras de alcanzar la imparcialidad de los juicios morales obtenidos mediante la implementación de procedimientos constructivos con juicios universales. Al respecto, la propuesta del constructivismo ético de NINO viene a renovar el papel del sujeto moral en las prácticas sociales consistentes del discurso moral, que se presentan como ideas de la razón práctica en aras de afirmar que el sujeto es un sujeto autónomo y racional y que la sociedad bien ordenada es una sociedad democrática constitucional. Por tanto, el constructivismo intenta fijar dicha concepción del ciudadano y de la sociedad bien ordenada.

Para contextualizar esta pugna ética entre liberalismo y comunitarismo, (KANT-HEGEL), me apoyaré en el esquema general trazado por VILLAVICENCIO MIRANDA a fin de comprender su esencia histórica:

“a) La idea hegeliana de que el único contenido válido de la obligación moral está dado por la eticidad es incompatible con la postura kantiana de una fundamentación autónoma de la moral sustentada en una razón puramente formal. Esto tiene dos consecuencias decisivas: primero, la moral kantiana sigue siendo individual, por lo que cada agente moral debe dotarse para sí, en forma autónoma, de los principios que han de guiar sus acciones, los que serán universales si el sujeto sigue fielmente el procedimiento impuesto por el imperativo categórico; y, segundo, la ética kantiana es deontológica, no solo porque prescribe que nuestros fines pueden buscarse

---

<sup>355</sup> Adicional a este encuentro liberales-comunitarios se han elaborado diversas propuestas alternas como el pluralismo, multiculturalismo, republicanism, interculturalismo, nacionalismo, cosmopolitismo, por citar algunos ejemplos.

exclusivamente dentro de los límites de la ley moral –ya que de lo contrario la vida humana sería indigna y sin valor- sino, además, pretende para sí una prioridad fundacional o conceptual, en cuanto sus principios se derivan independientemente.

b) Una de las tesis hegelianas sostiene que la mínima realidad humana autosuficiente es el Estado y que, en consecuencia, al pertenecer los individuos a una realidad más amplia que los supera, la moral solo alcanza su plenitud en una comunidad y la libertad se ejecuta auténticamente cuando satisface los requerimientos del Estado racional. La teoría kantiana, muy por el contrario, defiende una concepción diversa: el único sujeto relevante para la moral es el individuo considerado aisladamente, prescindiendo de cualquier otra consideración, por lo que las obligaciones universales predominan sobre las que contingentemente se nos imponen como miembros de una comunidad específica.

c) Descartado el papel del Estado que Hegel postula, es decir, la idea de que todos los individuos y la comunidad forman parte de un mismo espíritu, Kant defiende una idea de derechos morales previos al Estado. Así, el Estado tiene principalmente una función instrumental, esto es, servir a los fines de los individuos

d) Por último, la teoría kantiana supone una concepción del agente moral completamente ideal, un sujeto trascendental o noumenal que carece completamente de fundamento empírico, él que, solo así concebido, actuaría conforme a la ley moral y los designios de la buena voluntad.”<sup>356</sup>

Una vez resaltado los puntos medulares de la herencia ética kantiana y hegeliana corresponde destacar los diversos posicionamientos sobre el denominado “liberalismo”, entre los que han destacado por una defensa *a)* de los derechos fundamentales; *b)* de un gobierno democrático y *c)* de procedimientos para la asignación e intercambio de bienes y recursos económicos entre los miembros de la sociedad mediante un libre consentimiento.<sup>357</sup> Los tres postulados tendrán presencia en el devenir de toda la obra de

---

<sup>356</sup> VILLAVICENCIO MIRANDA, 2009: 48-49.

<sup>357</sup> BARBER: 1993, 63-64, “En su errática y a menudo gloriosa historia política desde 1688, el liberalismo ha forjado muchas alianzas: con el racionalismo y el empirismo, con la revolución y la burocracia, con la ilustración y el romanticismo y con la economía del laissez-faire y el nacionalismo. Pero ninguna le fue más útil que la que estableció con la democracia. Ya que, por sí mismo, el liberalismo fue una lucha por la emancipación del absolutismo religioso y político que impuso costos con los que los principios liberales no podían contender. Al proponer al individuo solitario como ciudadano modelo, el liberalismo frustró las ideas de ciudadanía y comunidad y urdió un yo novelesco tan desentendido de la situación y el contexto que sólo era útil para desafiar a la idea misma de lo político...nunca ha habido un estado real constituido por principios liberales puros. Desde el comienzo, el liberalismo forjó una relación fundamental con la democracia, la que parecía compartir tantas de sus metas (el bienestar y la libertad, entendidos de manera diferente, del individuo) como problemas planteaba a su realización. Los estados liberales occidentales son de hecho, todos, democracias liberales, que combinan principios de libertad individual con principios de autonomía e igualitarismo colectivos. Y, como una cuestión de práctica, esos estados han actuado comparativamente bien,

NINO, pero particularmente, la tercera, analizada por nuestro autor bajo los principios de dignidad, inviolabilidad y autonomía de la persona, los cuales centran todo el argumento ético en oposición a que ciertos individuos sean usados en beneficio exclusivo de otros, o excluidos (como ha sucedido con el totalitarismo<sup>358</sup>), con una clara tradición heredada por KANT y renovada en RAWLS y NOZICK de quienes NINO retoma sus postulados para la construcción del concepto de persona moral aplicable a cualquier derecho moral (derecho humano). Para esto, NINO sostiene que “la ciudadanía moral no es una cuestión de teoría biológica (ni de ningún tipo de teoría descriptiva), sino teoría política, o sea de teoría moral en un sentido amplio. Esto significa que necesitamos producir un cambio radical de estrategia filosófica: tenemos que determinar primero cuáles son los principios morales de los que los derechos básicos derivan y sólo después podemos definir a las personas morales como la clase de todos aquellos individuos (o entidades) que poseen las propiedades que son factualmente necesarias para gozar o ejercer tales derechos y la única forma autorizada por una sociedad para intervenir en la libertad de algunos de sus miembros es para su autoprotección”.<sup>359</sup>

Es cierto que NINO se encuentra inmerso en la tradición liberal, pero ¿qué significa propiamente el liberalismo para este autor argentino?, o más bien, ¿qué comprende para cualquier autor que comulgue con esta corriente de pensamiento político? Para contestar estas cuestiones considero retomar un pasaje de Alasdair MACINTYRE quien refiere sobre los fundamentos del liberalismo mediante una serie de apelaciones a principios de una racionalidad compartida en contra de lo que se tornaba por la tiranía de la tradición, en aras de proporcionar un marco político, legal y económico, “en el que el asentimiento a uno y el mismo conjunto de principios racionalmente justificables permitiría a los que se adhieren a

---

tanto en cuanto a la libertad, la propiedad y el individualismo, por un lado, como a la igualdad, la justicia y la autonomía, por el otro”.

Para ahondar sobre estos posicionamientos del liberalismo, por todos véase, FARREL, 1992 y 1998.

<sup>358</sup> NINO, 2007d: 23. “... parece claro por qué es totalitaria una doctrina que desconoce esta concepción liberal: porque justifica el sacrificio de personas individuales en beneficio de cierta ‘totalidad’ (aunque se alegue que esa totalidad está simplemente integrada por la mayoría de la población). Obviamente el liberalismo no se opone a que, por razones de conveniencia se hable en términos de entidades colectivas; pero la diferencia crucial está dada por el hecho de si, cuando aludimos, al bienestar de tales entidades, estamos computando el bienestar de sus miembros individuales en forma agregativa o en forma distributiva (en este último caso no diremos que el bienestar de una entidad colectiva se incrementa a consecuencia de una medida que aumenta el buen pasar de una mayoría de sus miembros a costa del sacrificio de una minoría)”.

<sup>359</sup> C. S. NINO, 2007d: 24.

concepciones muy diferentes e incompatibles de la vida buena para los seres humanos vivir juntos pacíficamente dentro de la misma sociedad, disfrutando del mismo *status* político y metidos en las mismas relaciones económicas. Cada individuo iba a ser igualmente libre para proponer y vivir según cualquier concepción de la vida buena que le placiera, derivada de cualquier teoría o tradición a la que suscribiese, a no ser que esa concepción del bien incluyera la reformación de la vida del resto de la comunidad de acuerdo con ella misma”.<sup>360</sup> Estas palabras de MACINTYRE son, a mi parecer, la clave para tratar de solventar el entramado debate entre liberales y comunitarios, es decir, que propiamente no existe dicho conflicto ético porque la base de este dialogo parte de la existencia de un Estado, esto es, que en tanto haya un Estado y no una Monarquía, Dictadura, o Tiranía, no habría libertades y no haberlas por consiguiente tampoco habría diversidad de formas de pensamiento político, ético y jurídico, por ejemplo, mediante el liberalismo se puede pensar con un discurso liberal-pluralista, comunitario-patriotico, republicano-liberal, etcétera, lo cual considero es posible compatibilizar, armonizar, conciliar o convenir con el comunitarismo. Es claro que cada pensamiento tiene sus propios principios, procedimientos, y resultados, pero la base sigue siendo la misma para todos, esto es, el liberalismo. Puede ser que la principal crítica a este postulado sea que en realidad este pensamiento no sea neutral, porque en el fondo siempre implica una serie de valores mínimos que son inevitables, tal y como lo enfatiza LORENZO IZQUIERDO:<sup>361</sup>

“...habría que ver si la pluralidad de concepciones del bien se sostiene y es tal sin unos presupuestos compartidos. Hay un momento de *After Virtue* en el que MacIntyre habla del fenómeno contemporáneo de la «*democratización de la actividad moral*», término con el que quiere describir cómo cada individuo se ha convertido y se considera un agente moral que, desde sus propios criterios –independientes, personales y cambiantes- puede juzgar universalmente todo valor, concepción de la subjetividad claramente individualista. Tal proceso da una eminencia al yo que le sitúa por encima de todo papel y circunstancia y le configura como criterio último de moralidad, situación que aboca a una inevitable disparidad de criterios y concepciones irreconciliables de lo moral que se acaba vistiendo de *pluralismo*. MacIntyre habla de *vestir* de pluralismo tal situación porque considera que en realidad no es tal: el verdadero pluralismo para él

---

<sup>360</sup> 2001: 320-321. Sobre este aspecto, LORENZO IZQUIERDO, 2007: 21-67, analiza todo el antecedente de la noción de individualismo, para comprender el pensamiento de MACINTYRE en su crítica al contractualismo, utilitarismo y neocontractualismo de RAWLS.

<sup>361</sup> 2007: 251-253.



no es una mera yuxtaposición de distintas opciones morales irreconciliables, sino una diversidad *en –y para-* la unidad...En cambio, lo que el Estado liberal alberga es una diversidad *en y para* la disgregación o separación. Sin embargo, ciertamente, sin unos principios mínimos, muchos conceptos y argumentos (como el de *responsabilidad, identidad, etc.*) quedan sin sentido e inviables. Tales principios son los que ha pretendido o buscado el universalismo liberalista como neutrales, neutralidad imposible para MacIntyre, pues siempre hay una idea de bien detrás de unos principios...Se revela así que incluso el Estado se basa en unos presupuestos básicos compartidos. Es decir, tanto en la comunidad como en el Estado, debe haber algo común, y no sólo procedimental, pues el reconocimiento de ciertos valores mínimos es inevitable. Por eso dice nuestro autor que el Estado liberal no es neutral, pues sostiene una determinada concepción del bien, la propia del liberalismo y su concepción del hombre. Cuestión distinta es si ese estrato común es mayor o menor, con más o menos valores sustantivos; y, además, si es suficiente para explicar y facilitar un desarrollo ético coherente, *humano*".

Realmente han sido poco los autores que han puesto atención en estudiar el liberalismo neutral, tal es el caso de FARREL, para quien la neutralidad es "obrar de un modo tal que no se beneficie a ninguna concepción particular del bien, así como tampoco a ningún individuo en virtud de su presunta superioridad intrínseca. Si es el Estado el que debe comportarse de una manera neutral, él no debe ni beneficiar ni perjudicar la concreción de los planes de vida de sus ciudadanos en virtud del contenido de esos planes de vida...el Estado neutral no sólo debe abstenerse de beneficiar o de perjudicar la *concreción* de los planes de vida de sus ciudadanos, sino que también debe abstenerse de toda parcialidad respecto de su *elaboración*",<sup>362</sup> tal y como sucedería, por ejemplo si el Estado promueve una política electoral para seguir beneficiando al partido político que está en el poder, ese Estado no sería neutral, ya que no permite a sus ciudadanos elegir libremente a sus representantes para el día de la votación electoral. Lo mismo sucede cuando el Estado no hace nada por sus ciudadanos, por ejemplo, erradicar el hambre, esto es, un Estado liberal neutral tiene que actuar, de modo tal que todos sus ciudadanos tengan perspectivas semejantes para la realización de sus propios planes de vida, lo cual no significa que "el Estado actúe *igualmente* respecto de todos sus ciudadanos, dándoles a cada uno de ellos la misma cantidad anual de dinero, por ejemplo, sin tener en cuenta su diferente situación económica. Se trata, por el contrario, de que el Estado actúe *desigualmente* respecto de sus ciudadanos,

---

<sup>362</sup> 1998: 15.

de acuerdo a su distinta situación económica, de modo de acrecentar la probabilidad de que los individuos peor situados puedan llevar a cabo su plan de vida”.<sup>363</sup> Por consiguiente, FARREL sostiene que el liberalismo neutral funciona como un metavalor o bien como un principio regulador de los valores subjetivos, sin encontrarse al nivel que los propios valores subjetivos, es decir, sólo indica cómo debe uno tratar a esos valores,<sup>364</sup> porque al no haber valores objetivos, debemos ser neutrales respecto de los valores subjetivos, pero esto no significa que en sí misma, la neutralidad sea buen, ya que ningún plan de vida llega a ser buena, por eso el metavalor indica que seamos neutrales respecto de ellos. “El Estado liberal de la neutralidad no propicia ningún plan de vida que se caracterice como típicamente liberal; es liberal, justamente, porque no promueve un tipo específico de plan de vida”,<sup>365</sup> y quien tiene mayor obligación de conducirse neutral, es el legislador. En este mismo sentido, DWORKIN también ha centrado su atención al liberalismo neutral como tolerante de la diversidad de convicciones que tienen los ciudadanos para relacionarse, en tanto no sea dependiente de un ideal ético particular,<sup>366</sup> porque de no ser así, -enfatisa DWORKIN-, se caería en un elitismo y, por ende, poco atractivo para la gente, por ello, sustenta este autor una teoría de la igualdad liberal,<sup>367</sup> distinto al liberalismo igualitario<sup>368</sup> que avala la posibilidad de redistribuciones de bienes y recursos y de interferencias en las transacciones privadas si ello es necesario para promover la igualdad entre los individuos,<sup>369</sup> esto sin perder de vista que existe una amplia diversidad de ramas del liberalismo acorde con los ámbitos culturales de Estados Unidos, España y en

---

<sup>363</sup> FARREL, 1998: 16.

<sup>364</sup> FARREL, 1998: 19-20.

<sup>365</sup> FARREL, 1998: 20.

<sup>366</sup> DWORKIN, 1993: 40-41. “...a los filósofos liberales les parece tan natural como útil insistir en que el liberalismo no establece lo que es una buena vida, sino que se limita a describir estructuras políticas y económicas equitativas dentro de las cuales los ciudadanos individuales tomarán sus propias decisiones acerca de qué tipo de vida es bueno para ellos”.

<sup>367</sup> DWORKIN, 1993: 46.

<sup>368</sup> PÉREZ DE LA FUENTE, 2005a: 257-258. “En líneas generales, se puede describir la posición del liberalismo igualitario como la estrategia de privatizar las culturas. La definición de la esfera pública se produce a partir de la abstracción de las circunstancias particulares, que podrían producir conflictos, que son considerados una manifestación de la autonomía de los ciudadanos en la esfera privada. Ésa es la estrategia que históricamente se siguió en la superación de los conflictos religiosos en Europa a partir de la reforma protestante, la privatización de las fuentes de conflicto, las formas de culto religioso, y la definición del marco de convivencia sobre la base de principios aceptables por las diferentes visiones, el ámbito político de la esfera pública. Frente al pluralismo cultural el liberalismo igualitario propone adoptar la misma solución para hacer frente al pluralismo religioso”.

<sup>369</sup> NINO, 2007: 17.

Latinoamérica, frente al de Alemania y Gran Bretaña por ejemplo.<sup>370</sup> Por esto, el liberalismo igualitario tiene un compromiso explícito con la igualdad acorde con los siguientes aspectos: a) distinción importante entre personalidad y circunstancias; b) justificación de políticas redistributivas a favor de la igualdad de recursos; c) neutralidad estatal sobre las concepciones del bien. Afirmar el valor de la tolerancia; d) consideración de la igual dignidad de los seres humanos y e) los derechos individuales son el mejor mecanismo de defender los intereses de los individuos.<sup>371</sup> En realidad, el liberalismo igualitario (de RAWLS y DWORKIN) distingue entre circunstancias por el azar y las circunstancias generadas por las elecciones voluntarias de todos los ciudadanos.

NINO contextualiza el lugar que tiene el liberalismo ideológicamente, y por supuesto, las implicaciones que tendrá en su elaboración teórica “La libertad que el liberalismo valora es la libertad para realizar acciones o conductas. Pero no es plausible suponer que este estado de cosas tiene valor en sí mismo. Se podría decir que lo que interesa al liberalismo son hombres libres, no acciones libres. La respuesta a esta objeción podría ser que los hombres son libres en la medida en que realicen acciones libres. Pero quien presente la objeción seguiría haciendo notar que no está claro cuál es la relación entre aquellos dos términos. ¿Es posible sostener que un hombre es más libre en la medida en que realice más acciones libres? Esta posibilidad enfrenta en seguida problemas serios: el primero es el de la dificultad de *contar* acciones (¿constituyen acciones diferentes las que se describen de modo distinto?; ¿basta una mínima diferencia en la acción básica para que se cuente como una acción distinta?; ¿cómo se subdividen comportamientos continuos?). La segunda dificultad, aún más importante, es que no toda acción voluntaria constituye el ejercicio

---

<sup>370</sup> PÉREZ DE LA FUENTE, 2005a: 278-279. “El liberalismo igualitario sostiene que las diferencias culturales se deben abstraer en la definición de la esfera pública, que ha de basarse en un consenso en forma de concepción política de la justicia –Rawls- o cultura política del patriotismo constitucional –Habermas-. La posición de liberalismo igualitario considera relevante el valor de la autonomía, que permite revisar y deliberar sobre los diversos planes de vida, los derechos individuales, en el ejercicio de los cuales pueden darse las distintas manifestaciones de la diversidad cultural y la tolerancia, que tiene sus límites en la racionalidad del pluralismo. El Estado debe ser neutral en las diversas manifestaciones del pluralismo cultural. La concepción de cultura del liberalismo igualitario o bien considera que es una necesidad secundaria como el folclore o la gastronomía o bien que es una expresión fundamentalista u opresora si van contra los derechos fundamentales o el coto vedado los principios en los que se basa el consenso de la esfera pública. El liberalismo igualitario estima desafortunado el argumento del igual valor de las culturas, a que distingue claramente entre valores morales, universales e imparciales, y valores culturales. Está en contra de las protecciones externas para mantener la identidad cultural, puesto que no cree que la supervivencia cultural sea un fin en sí mismo y justifique la coerción estatal frente a la autonomía individual. Considera desafortunada la política de la diferencia, ya que supone una culturalización que omite otros aspectos relevantes para las minorías como el económico, social y educativo. El liberalismo igualitario es contrario a los derechos colectivos, pues piensa que son innecesarios y de difícil implementación normativa”.

<sup>371</sup> PÉREZ DE LA FUENTE, 2005a: 350.

de una libertad que sea valiosa (por ejemplo, los mínimos movimientos de un hecho que pueda realizar un hombre maniatado no son computables para atribuirle una libertad significativa.<sup>372</sup>

Estos breves apuntes sobre los fundamentos del liberalismo permiten contextualizar de mejor forma los principios de autonomía, dignidad e inviolabilidad elaborados por Carlos S. NINO para fundamentar la autonomía práctica del sujeto moral frente a los comunitarios. Para lo cual, he de iniciar este debate conceptual mediante el principio de autonomía personal, el cual constituye la base de una concepción liberal de la sociedad. Para ello, NINO sostiene una concepción constructivista metaética,<sup>373</sup> con la cual, intenta justificar y defenderse de las objeciones que el comunitarismo dirige a la noción de autonomía,<sup>374</sup> al considerar un perjuicio al subjetivismo y egocentrismo que ha generado la autorrealización individual como fin en sí mismo y en lugar de ello, sostienen un concepto de autenticidad, virtud y bien común, subyaciendo un contenido socialmente constitutivo de la moralidad.

En palabras de NINO “Fatalmente el espíritu de Kant tenía que enfrentarse al fantasma de Hegel. A fines de los años setenta y en los del ochenta se desarrolló todo un movimiento que enfrenta el enfoque constructivista kantiano, y a menudo sus implicaciones liberales, con las habituales acusaciones de pervertir la ética por la formulación de reglas universales legísticas que sustraen a los hombres de sus vínculos y circunstancias locales, concibiéndose como egos descontextualizados, cuya historia, deseos y proyectos son irrelevantes y que existen independientemente los unos de los otros y de la comunidad en la que está insertos. Las virtudes han de preferirse a los principios universales; los ideales de una vida buena a las obligaciones morales, los compromisos personales a la imparcialidad hacia nuestros semejantes como tales.

Lo extraño no es que este movimiento apareciera en los últimos años sino que surgiera con un sentido de descubrimiento, de finalmente desenmascarar al liberalismo kantiano poniendo en evidencia que se paoya en un conjunto de presupuestos infundados que nos han tenido

---

<sup>372</sup> NINO, 2007: 19.

<sup>373</sup> NINO, 1983: 354. Nuestro autor defendió tres niveles éticos: “a) La *metaética* o *ética analítica* analiza el tipo de significado a los términos éticos –como «bueno», «justo» o «correcto» y sus opuestos- y el significado de los juicios de valor –como «la pena de muerte es injusta»-, ya que la posibilidad de justificar racionalmente los juicios valorativos depende de qué clase de juicio son ellos y qué significado tienen las expresiones que se usan típicamente para formularlos. b) La *ética normativa* trata de formular y justificar (suponiendo que sea posible) juicios morales y determinar qué acciones e instituciones son buenas o justas. c) La *ética descriptiva* o *sociológica* se encarga de describir los juicios de valor que se formulan en cierta sociedad en determinada época, dando cuenta de qué cosas los miembros de esa sociedad *consideran* justas o buenas”.

<sup>374</sup> PÉREZ DE LA FUENTE, 2005: 47. “La autonomía individual es un concepto clave en la teoría liberal. Viene a sostener que el sujeto es el principio y el fin de la moralidad, que las normas morales tienen como sujeto creador y como objeto al sujeto individual. Se contrapone a la idea de que la moralidad se impone externamente al sujeto”.

enceguecidos. En realidad, tan pronto como dirigimos la mirada hacia nuestro entorno cultural más próximo, tanto en el tiempo como en el espacio, advertimos que ese discurso en términos de comunidad, patriotismo, vínculos locales y compromisos personales era, y es aún, muy familiar y que tenía, y tiene todavía, manifestaciones patológicas. El liberalismo kantiano contra el cual esta nueva ola reacciona, fue, y es a su vez, una reacción contra aquel enfoque de la moralidad”.<sup>375</sup>

El punto de partida de esta ofensiva identificada por NINO, dice estar centrada en el libro de Charles TAYLOR *Hegel*<sup>376</sup> donde explica el error kantiano ético al ser comprendida la vida moral como equivalente a la libertad, pero en un sentido radical de auto-determinación por la voluntad moral, es decir, la “autonomía”.<sup>377</sup> Este será el punto en el que HEGEL advierta la ruptura entre el ideal kantiano de la autonomía moral y la aspiración a la unidad expresiva, ya que “El conflicto con Kant estaba implícito desde el momento en que Hegel rechazó aceptar la separación entre moralidad e inclinación, lo que era central en la posición de Kant”,<sup>378</sup> pero esta serie de argumentos expuestos por TAYLOR mediante HEGEL en contra de KANT,<sup>379</sup> dice NINO resultan fueron invertidos, “...ya que para él la completa

---

<sup>375</sup> NINO, 1989a: 129-130.

<sup>376</sup> NINO, 1989a: 130-131. “Lo que Hegel critica a Kant es que, debido a que su concepto de la razón era puramente formal (por cuanto se reduce al requisito de universalidad), no podía dar contenido a la obligación moral; porque esa idea era incompatible con la de que el único contenido válido de la obligación moral está dado por la *Sittlichkeit* de la sociedad circundante a la que pertenecemos, la moral sigue siendo para Kant individual, y porque ella no tomó en consideración que los individuos son parte de una realidad más amplia, ese concepto de razón opuso lo justo a lo real, la moralidad a la naturaleza. Para Hegel, en cambio, la moralidad alcanza su completitud en una comunidad, la libertad se realiza cuando la sociedad satisface las demandas de la razón”.

<sup>377</sup> TAYLOR, 2010: 28. “Pero esta austera y emocionante doctrina tenía un precio. La libertad es definida en contraste con la inclinación, y es claro que Kant ve la vida moral como una lucha permanente. Dado que el hombre como ser natural debe ser dependiente de la naturaleza, y dado que tiene deseos e inclinaciones debido a que depende de la naturaleza, no puede esperarse que éstos encajen con las demandas de moralidad que tienen una fuente diferente en la razón pura. Pero aún más, uno tiene la sensación de que la paz última entre la razón y la inclinación sería más una pérdida que una ganancia; porque, ¿qué sería de la libertad si no hubiera más contraste? Kant nunca resolvió realmente este problema, y fue reprendido por Hegel más de una vez por ello. Y es un problema embarazoso, dado que es parte del deber de un hombre moral aspirar a la perfección, es decir, aspirar a convertirse en lo contrario de la inclinación, buscar un estado de santidad, como lo llama Kant, donde ya nos e levantara nunca más la posibilidad de un deseo que nos desviara de la ley moral, donde nosotros siempre cumpliéramos alegremente con la ley”.

<sup>378</sup> TAYLOR, 2010: 51.

<sup>379</sup> Especialmente, TAYLOR, 2010: 165. “El pensamiento de Kant representa el entendimiento de un modo más carente de compromiso. Es por ello que permanece con división y no puede superarla. Por eso su *contenido* a la obligación moral. En orden a resguardar la autonomía, Kant insiste que la voluntad moral ha de ser determinada sólo por sí misma. Así argumenta Kant que lo que hace a una máxima de acción moralmente obligatoria no tiene nada que ver con su contenido sustantivo, sino sólo con su forma. Cuando tiene la forma de la universalidad, y por tanto refleja la voluntad racional, es obligatoria. Hegel argumenta en muchos lugares que el criterio formal kantiano falla a la hora de producir cualquier resultado determinado. Coloca este tema en el capítulo sobre la razón, y también en otros lugares. Muchos filósofos han argumentado, por

realización de la libertad requiere una sociedad porque ésta es la mínima realidad humana autosuficiente; nuestra más alta y más completa existencia moral es la que podemos lograr como miembros de una comunidad. Hegel rechaza la idea iluminista utilitaria de que el Estado sólo tiene una función instrumental: servir a los fines de los individuos”,<sup>380</sup> esto conforma el posicionamiento de TAYLOR de creer que la identidad de los individuos necesitan de una comunidad por tener una pertenencia a la misma, y esto será logrado mediante el lenguaje compartido y su esquema conceptual subyacente, vease como lo expone TAYLOR quien recurre a HEGEL para tales críticas al liberalismo:

“Aquí vemos, más bien, que la noción de los fines y medios cede el paso a la imagen de un ser vivo. El Estado o la comunidad tiene una vida más grande; sus partes están vinculadas como las partes de un organismo. Así, el individuo no está al servicio de un fin separado de él, más bien está sirviendo a un fin más grande que constituye el fundamento de su identidad, ya que él solamente es el individuo que es dentro de esta vida más grande. Hemos ido más allá de la oposición auto-finalidad/otra finalidad.

Hegel agrega a esta noción de comunidad como viviente la noción de comunidad como «autociencia». Y es ésta, junto con el uso de las palabras *Geist* y *Volkgeist*, la que ha dado ocasión a la idea de que el estado hegeliano o a la comunidad es un súperindividuo. Pero...Hegel deja claro que no se está pensando en los *Volksgeister* en el sentido en que se aplica a los individuos. Más bien se trata de un «concepto filosófico», como cualquier *Geist* mayor que el individuo, solamente tiene existencia a través del vehículo de los sujetos concretos individuales. No es, pues, un sujeto como ellos.

¿Pero por qué Hegel quiere hablar de un espíritu que es mayor que el individuo? ¿Qué significa decir que el individuo forma parte de, que es inherente a, una vida más grande; y que solamente es lo que es haciéndolo?

Estas ideas nos parecen misteriosas sólo debido al arraigado poder que tienen sobre nosotros los prejuicios atomísticos, que han sido muy importantes en el pensamiento político y la cultura modernos. Podemos pensar que el individuo es lo que es, abstrayéndolo de su comunidad, sólo si

---

supuesto, que el criterio de Kant es vacío. Pero para Hegel este defecto surge de la misma causa básica de la contradicción anterior, el dualismo entre autonomía moral y naturaleza. Kant insiste en que el criterio sea formal en orden a salvaguardar la autonomía de la voluntad. La voluntad sólo puede dirigirse a la razón como su guía. Pero la idea de Kant de razón no es la de una verdad a la que se le opone la idea de naturaleza y que encuentra una encarnación que la manifiesta, pues la noción de Kant de razón es abstracta, puramente formal. Y justo por esta adhesión a la razón no puede decirnos nada sobre cómo actuar. Para Hegel, la razón está ligada a la estructura ontológica de las cosas, y ésta ha de proveer la guía que necesitamos para definir nuestra acción moral. Pero para Kant, la razón es distinta de la naturaleza de las cosas, justo como la voluntad moral lo es de la naturaleza. Es así puramente formal, y justo por esta razón no puede proveer ninguna guía sustantiva”.

<sup>380</sup> NINO, 1989a: 131

lo estamos pensando como un organismo. Pero cuando pensamos en el ser humano, no nos referimos simplemente a un organismo vivo, sino a un ser que puede pensar, sentir, decidir, moverse, responder, entrar en relación con otros; y todo esto implica un lenguaje, un grupo de modos interrelacionados de experiencia del mundo, de interpretación de sus sentimientos, de comprensión de su relación con otros, con el pasado, con el futuro, con el absoluto, y así sucesivamente. Es el modo particular en que se sitúa a sí mismo dentro de este mundo cultural lo que podemos llamar identidad.

Ahora bien, un lenguaje, y el conjunto de distinciones que están en la base de nuestra experiencia e interpretación, es algo que solamente puede creerse y ser sostenido por una comunidad. En este sentido, lo que somos como seres humanos lo somos únicamente en una comunidad cultural. Quizá, una vez que nos hemos desarrollado plenamente en una cultura, podemos abandonarla y todavía retendremos mucho de ella. Pero este caso es excepcional, y en un sentido importante marginal. Los emigrantes no pueden vivir plenamente su cultura, y siempre son forzados a adoptar algo de los estilos de la nueva sociedad a la que se encuentran. La vida del lenguaje y la cultura es una cuyo *locus* es mayor que la del individuo. Sucede en la comunidad. El individuo posee esta cultura, y por consiguiente su identidad, en la participación de esta vida más grande”.

Cuando digo que un lenguaje y las distinciones relacionadas pueden ser sostenidos solamente por una comunidad, no estoy pensando el lenguaje sólo como un medio de comunicación, de tal modo que nuestra experiencia pudiera ser enteramente privada, y sólo necesitará un medio público para ser comunicada de uno a otro. Más bien el hecho es que nuestra experiencia es lo que es, es configurada en parte, por el modo en que la interpretamos, y esto tiene mucho que ver con los términos que están a nuestra disposición en nuestra cultura...De esta manera, la cultura que vive nuestra sociedad configura nuestra experiencia privada. Así, no es una proposición extravagante decir que somos lo que somos en virtud de nuestra participación en la vida más grande de nuestra sociedad”.<sup>381</sup>

Ahora bien, el propio TAYLOR ha identificado dentro de las corrientes liberales un esquema “de procedimientos”, en particular, a la ética del derecho, más que del bien, en tanto se refieran a cómo debe la sociedad responder y arbitrar las demandas en pugna de los individuos, a la que considera presenta grandes problemas frente a las cuestiones ontológicas de identidad y comunidad para estar en condiciones de distinguir las identidades de “nosotros” en comparación con las meramente convergentes identidades de “yo”, y el rol consiguiente de los bienes comunes comparados. Por ello, TAYLOR advierte

---

<sup>381</sup> TAYLOR, 2010: 328-329.

que si nos abstraemos de esta comparación se corre el riesgo de perder la distinción entre instrumentalidad colectiva y acción común, en otros términos la identificación patriótica.<sup>382</sup> Por consiguiente, “el liberalismo concibe a la sociedad constituida por individuos con proyectos de vida, basados en sus concepciones del bien, pero sin una concepción sostenida en común y defendida por la sociedad misma. Pero eso parece ser la fórmula para una sociedad instrumental, diseñada para buscar bienes meramente convergentes; parece excluir por completo la forma republicana”,<sup>383</sup> y por ello, contrario al contexto de una ontología holista.

Estas referencias al posicionamiento de TAYLOR por la renovación del comunitarismo frente al liberalismo hicieron presentar de manera renovada la confrontación entre KANT y HEGEL, por lo que el propio NINO enunció correctamente esta polémica para confrontar su pensamiento con las diversas corrientes comunitaristas que conformaron la principal fuente de atención en los años ochenta y todavía principio de los noventa.<sup>384</sup>

---

<sup>382</sup> TAYLOR, 1993: 188. “El razonamiento subyacente a esta tesis...es que las disciplinas que serían impuestas externamente por el temor bajo un régimen despótico, tienen que ser autoimpuestas en su ausencia, y sólo la identificación patriótica puede brindar la motivación. Podríamos decir que un régimen libre, esto es, participativo, convoca a los ciudadanos a que dispongan por sí mismos de las cosas que un régimen despótico puede disponer por ellos. El principal ejemplo fue la defensa nacional. Un régimen despótico puede reunir dinero y contratar mercenarios para que combatan por él: un régimen republicano generalmente convocará a sus ciudadanos para que combatan por su propia libertad. Los vínculos causales corren en ambas direcciones. Los ejércitos ciudadanos garantizan la libertad porque son obstáculo al propiamente despótico del poder, del mismo modo que los grandes ejércitos a disposición de generales poderosos invitan a un golpe, como lo ilustra la agonía de la República romana. Pero al mismo tiempo, sólo las personas que viven en y aprecian un régimen libre estarán motivadas a combatir por sí mismas”, más adelante puntualiza: 193. “El bien común es, ciertamente, una regla de justicia. Pero tenemos que recordar que el patriotismo implica algo más que principios morales convergentes; es una fidelidad común a una comunidad histórica determinada. Estimarla y sostenerla tiene que ser una meta común, y esto es algo más que solamente consenso sobre la regla de justicia. Expresado de manera diferente, el patriotismo entraña, más allá de los valores convergentes, un amor por lo particular. El sostenimiento de este conjunto histórico específico de instituciones es y debe ser un fin común sancionado socialmente”.

<sup>383</sup> TAYLOR, 1993: 189. Sobre el particular, consúltese, SUÁREZ LLANOS, 2001: 211-249.

<sup>384</sup> PÉREZ DE LA FUENTE, 2005: 12-13, expone de manera muy elocuente esta diversidad de postulados comunitaristas. “Tras la etiqueta de “comunitarismo” ha habido varios intentos de crítica a los postulados teóricos del liberalismo. En los años sesenta, los críticos estaban inspirados en Marx, y en los años ochenta, en las ideas de Aristóteles y Hegel. En 1982, Michel Sandel publica su libro *Liberalism and the Limits of Justice*, iniciando el debate actual sobre la cuestión a partir de la crítica a *Theory of Justice* de Rawls. Si bien MacIntyre, un año antes, había publicado *After virtue*, Sandel acuña la etiqueta de “comunitarista” para su posición e inicia la campaña a favor de la corriente. Junto con Michael Walzer, Charles Taylor y algunos otros han formado lo que se ha venido en denominar comunitarismo filosófico, que ha generado un gran debate académico en la sociología por la perspectiva comunitaria en autores como Amitai Etzioni, Robert Bellah, Philip Selznick y Daniel Bell. Incluso parte de las preocupaciones de los comunitaristas han trascendido como movimiento político que publica manifiestos en la visión política de algunos planteamientos del Presidente Clinton y el Primer Ministro Blair”.



Otro de los autores que fueron objeto de atención por NINO fue Michael SANDEL por dirigir su crítica al liberalismo deontológico, en palabras de NINO: “Lo que Sandel quiere atacar no es solamente una concepción moral sino el modo de derivarla, esto es una posición metaética: aquella que afirma que los principios de justicia son derivados independientemente de cualquier concepción de lo bueno, puesto que se los puede obtener sin acudir a la idea de que satisfacen algún fin, interés o meta individual o social”,<sup>385</sup> lo cual no permitiría que los derechos deben apoyarse en los valores y preferencias que prevalecen en cualquier comunidad dada en cualquier tiempo dado, de ahí que SANDEL considere “la concepción de Rawls del sujeto moral elimina la posibilidad de que algún compromiso del sujeto llegue a ser tan profundo como para que sea necesario tomarlo en cuenta para comprenderse así mismo y definir su identidad. Elimina asimismo la posibilidad de que sean relevantes para la identidad del individuo consideraciones intersubjetivas e intrasubjetivas, puesto que esa identidad es definida independientemente de otros individuos y de la comunidad a la que pertenecen y de los cambios que la personalidad del individuo pueda experimentar a lo largo del tiempo”.<sup>386</sup> Por tanto, SANDEL sostiene que “La justicia es una virtud que personifica la visión liberadora de la deontología y le permite desenvolverse. Incorpora esta visión al describir aquellos principios que el sujeto soberano construye mientras está situado anteriormente a la constitución de todo valor... Los ciudadanos gobernados por la justicia pueden entonces realizar el proyecto liberador de la deontología en forma tan completa como las circunstancias lo permiten.”<sup>387</sup> De igual manera destaca NINO el comunitarismo de MACINTYRE (*Is patriotism a virtue* y *After virtue*) quien modifica la concepción de una moralidad liberal por una moralidad del patriotismo al ser ésta la virtud por excelencia porque sin ella, se perdería el vínculo con una determinada comunidad y no llegaría la persona a ser un agente moral “Esta explicación debe unificar los bienes de prácticas particulares en la que pudiéramos tomar parte en segmentos de nuestra vida a fin de evaluar una vida como un todo. Debemos entenderla, según MacIntyre, como una narración actuada. Sólo que la historia de mi vida está incluida en la historia de la comunidad de la cual derivó mi identidad. Esto significa

---

<sup>385</sup> NINO, 1989a: 132.

<sup>386</sup> NINO, 1989a: 133-134.

<sup>387</sup> SANDEL, 2000: 220.

que las tradiciones de nuestra comunidad son esenciales para definir lo que es bueno en nuestra vida”.<sup>388</sup> En cambio, para WALZER (*Philosophy and democracy* y *Esferas de la justicia*) de quien destaca su juzgamiento sobre la inmersión en las particularidades de una comunidad, en tanto sea “con sus propias tradiciones, convenciones y expectativas, como preconditione necesaria para adoptar decisiones políticas...la moralidad está basada en algunos bienes básicos cuyo significado y alcance son definidos en cada comunidad. Cada clase de bienes tiene su propio principio de distribución. Por lo que defiende lo que llama una “igualdad compleja”, la cual se logra, no por aplicación de un principio de distribución a toda suerte de bienes –a la Rawls-, sino por la operación conjunta, en sus propias esferas, de todos los principios de distribución que son adecuados a los bienes que esa particular comunidad estima”.<sup>389</sup>

Con estos elementos característicos de la investidura comunitarista, NINO intenta salvar al liberalismo kantiano mediante las siguientes características no definitorias, pero sí identificatorias:

- a) Condiciones mentales del agente: aquí debemos incluir las propiedades y proceso psíquicos del individuo que no constituyen parte de los deseos y creencias que determinan su acción particular, y que hacen que el individuo sea considerado un agente maduro y normal (por ejemplo, se debe computar la autoconciencia como un agente integrado y continuo, y la ausencia de *akrasia* o debilidad de voluntad).
- b) Condiciones físicas del agente: como es obvio, este ítem incluye el apropiado funcionamiento del cuerpo del individuo, de modo que pueda realizar la acción básica que subyace a cualquier descripción más compleja.
- c) Acceso a artefactos o instrumentos que amplifican o suplen la capacidad mental y física del individuo.
- d) Acceso a un entorno físico apropiado para la acción; esto incluye la presencia de bienes y procesos naturales que facilitan la acción y la ausencia de los que la obstaculizan.
- e) Acceso a un contexto de interacción en el que se den las acciones y abstenciones de los demás que facilitan la acción en cuestión.
- f) Acceso a prácticas sociales que facilitan la acción: aquí deben incluirse, por ejemplo, las prácticas lingüísticas o las religiosas.

---

<sup>388</sup> NINO, 1989a: 137-138.

<sup>389</sup> NINO, 1989a: 138.

g) Acceso a un contexto institucional que permita y no obstaculice la acción: obviamente, esto está constituido principalmente por la relación de la acción con prescripciones de un orden jurídico vigente”.<sup>390</sup>

Con estos elementos NINO habrá de sostener un relativismo ético para dar respuesta a las críticas comunitaristas:

“El movimiento comunitarista necesita del particularismo en dos niveles diferentes: primero, en el nivel del contenido de los juicios éticos, los cuales deben tomar en cuenta las particularidades de cada contenido social e histórico y deben dar relevancia a las relaciones particulares con el país, la familia, los amigos, etc., en la distribución de derechos y deberes; en segundo lugar, en el nivel de la generación de los juicios morales que deben seguirse de las tradiciones particulares de una sociedad contienen estándares que toman especialmente en cuenta las particularidades de esa sociedad y los vínculos particulares desarrollados dentro de ella. Pero es importante observar que esta conexión no es forzosa, dado que las tradiciones de una sociedad pueden adoptar estándares universales de comportamiento que no toman en cuenta los vínculos locales...La expansión del liberalismo tiene un efecto de autorrealización para aquellos que apelan a las convenciones que son realmente vigentes en una sociedad dada.

Esta segunda especie de particularismo implícito en el movimiento comunitarista equivale manifiestamente al tradicional relativismo ético...Lo sorprendente en este renacimiento del relativismo ético es que parece ser enteramente indiferente a las familiares críticas que consistentemente se les han hecho a lo largo de las últimas décadas. Estas críticas son...que el relativismo ético es ambiguo entre una posición sociológica descriptiva, una definicional o conceptual y una posición normativa, y en el primer caso es verdadero pero irrelevante, en el segundo es falso o lleva a lo absurdo y en el tercer caso carece de fundamento y es autodestructivo....Como una reconstrucción de la estructura del razonamiento moral y de los juicios morales, en el sentido de que presuponen una implícita referencia a las convenciones o prácticas de un cierto grupo social, el relativismo ético parece distorsionar seriamente ese razonamiento y esos juicios, ya que los presenta como imposibles o necesariamente falsos, en oposición a como habitualmente los tomamos cuando no hay convenciones o prácticas sociales prevalecientes, o si hay varias en conflicto, cuando los juicios significan hacer comparaciones intergrupales, o si son formulados por una minoridad que desafía las costumbres o puntos de vista prevalecientes (tal vez logrando reemplazarlos por los preferidos). Y como posición normativa que nos induce a formular juicios morales de acuerdo con los puntos de vista y las prácticas prevalecientes de nuestra sociedad implica un conservadurismo sin fundamento, en general

---

<sup>390</sup> 2007.

autodestructivo, ya que este juicio normativo generalmente no está contenido en las prácticas de nuestra sociedad”.<sup>391</sup>

Por tanto, NINO sostiene lo siguiente “el liberalismo kantiano no implica que la gente debe vivir fuera de las comunidades; obviamente, debería seguirse lo opuesto de algunos principios liberales que toman en cuenta los deseos o intereses actuales de los hombres. Lo que quizás implique la estructura del razonamiento que conduce a esos principios es que no deberíamos considerar como una diferencia básica relevante el hecho de pertenecer a esta o aquella comunidad”,<sup>392</sup> lo que implica invariablemente para NINO que “El comunitarismo no puede pues quejarse de que la sociedad liberal desaliente la creación de comunidades, aunque sí puede lamentar que, según el pensamiento liberal, tales comunidades deben ser consensuadas. Esto se sigue necesariamente...acerca de la conexión entre la pertenencia a una comunidad y la concepción de una persona. Este carácter voluntario de la integración en una comunidad no niega, por supuesto, que en realidad nosotros nos encontramos insertos en muchas comunidades sin que se nos haya preguntado primero si estábamos de acuerdo con ello y que en muchos otros casos nuestra pertenencia responda a factores no enteramente voluntarios. La idea normativa de que las comunidades deben ser consensuales implica que las oportunidades para optar salir de la comunidad deben ser maximizadas”,<sup>393</sup> y pone como ejemplo una educación liberal a los niños de comunidades, o legitimando el divorcio. Por consiguiente, NINO defiende la idea de la relación entre la libertad de acción y la autonomía personal no es una relación instrumental, sino de carácter constitutiva, esto es, que se materializa cuando un individuo da sentido a su vida ajustando sus acciones a un cierto proyecto o ideal.<sup>394</sup>

“Por tanto, si el concepto de libertad de acción se construye a partir de una selección de las condiciones de la capacidad de actuar que tome en cuenta prácticas sociales, se produce a través de este concepto un salto ilegítimo entre proposiciones fácticas y juicios valorativos. De la verificación del hecho de que, según las pautas vigentes, quienes se abstienen de dar una cantidad de dinero para comprar comida para chicos hambrientos y la gastan, en cambio, en ver espectáculos de balocensto no causan la destrucción de los chicos y sí, en cambio, se les causaría

---

<sup>391</sup> NINO, 1989a: 158-161

<sup>392</sup> NINO, 1989a: 167-168.

<sup>393</sup> NINO, 1989a: 192-193.

<sup>394</sup> NINO, 2007: 21.

un perjuicio si se les impidiera el último gasto, se infiere que en el primer caso la libertad de los chicos no se ve limitada, lo que se valora positivamente, y que en el segundo caso la libertad de los potenciales espectadores sí se afectaría negativamente, lo que se deplora.

Esta adopción sin beneficio de inventario de las pautas vigentes de legitimidad y normalidad puede ser cuestionada. Implica aceptar tácitamente una posición moral convencionalista., ya que las convenciones sociales detgerminan nuestros juicios morales críticos. El convencionalismo moral, o subjetivismo ético colectivista, tiene deficiencias notarias: implica una posición moral conservadora, ya que no hay posibilidad lógica de objetar las pautas vigentes en la sociedad; la posición de la minoría que no comparte tales pautas se vuelve muy curiosa desde el punto de vista lógico, puesto que se convierte automáticamente en falsa por definición; por tra parte, la discusión moral transgrupal se convierte en imposible, ya que cada parte en la discusión usaría conceptos diferentes por estar referido a partes diversas. El relativismo ético implícito en esa posición tiene las dificultades para reflejar la fenomenología de la práctica de la discusión moral. Pero lo más importante es que esta posición liberal conservadora subvierte un presupuesto fundamental del liberalismo: el que toda práctica o convención social es suceptible de criticar. Este presupuesto constituye el rasgo distintivo del discurso moral posiluminista, que rechaza toda autoridad –divina, humana o tradicional- y somete cualquier producto de ella al control de la crítica racional. En verdad, este rasgo esencial del liberalismo está estrechamente asociado a la idea de autonomía personal, puesto que lla, al contrario de lo sugerido por Hgel, privilegia el valor de la libre elección individual de principios de conducta sobre el de la elección colectiva de pautas que hace una sociedad a lo largo de su historia. Por esto es que hay una cierta relación entre el *holismo*, que toma como sujetos morales a entes supraindividuales, y el perfeccionismo, que niega el valor de la autonomía personal”.<sup>395</sup>

Al respecto es significativo las reflexiones de FARREL sobre el caso europeo del siglo XVII asociado con GROCIO, HOBBS, PUFENDORF y LOCKE quienes intentaron abordar el problema de la diversidad cultural de la cual depende la identidad personal según los comunitaristas, debido a la incidencia de la comunidad en el yo. Para entender este problema, FARREL lo pone en términos jurídicos tales como si una constitución moderna puede reconocer legítimamente las pretensiones de los miembros de distintas culturas. Esta lucha por el reconocimiento cultural (completamente hegeliano), se puede dar en dos formas (mediante el otorgamiento de derechos individuales, o de derechos comunitarios) y solo una es compatible con la tesis liberal, esto es, la tolerancia,<sup>396</sup> por ejemplo es posible

---

<sup>395</sup> NINO, 2007: 21.

<sup>396</sup> FARREL, 1998: 43-44.

obligar a los niños judíos a ir al colegio sin sombrero, o las niñas musulmanas sin velo? Hacer esto sería traicionar sus aspectos fundamentales de su cultura, pero dice, respetar estos rasgos culturales tampoco significa exigir derechos comunitarios, “basta con otorgar derechos individuales respecto de aquellos aspectos del vestuario escolar que se vinculan con la religión”.<sup>397</sup> Para esto, Nino sugiere la combinación del principio de autonomía y el de inviolabilidad de la persona para resolver cualquier conflicto de derechos y esto solamente se consigue mediante una posición igualitaria, porque conduce a una expansión de la autonomía, y no lo hace bajo el sacrificio de ciertos individuos para conseguir el beneficio de otros, porque “el igualitarismo no sólo implica que hay un enlace entre los derechos tradicionales y los nuevos sino también que fundamentalmente son los *mismos* derechos: el derecho a la vida, por ejemplo, implica lógicamente el derecho a la asistencia médica, al ser violado tanto mediante la omisión de frenar una enfermedad fatal, como por la acción de provocar tal enfermedad”.<sup>398</sup>

Concluye su estudio NINO en defensa del liberalismo kantiano en su modalidad ético constructivista al afirmar en contra de los comunitaristas, que los rasgos universales y abstracto del kantianismo están incorporados a la estructura subyacente de la práctica dominante del discurso moral que comumente se comparte, aún y con los propios

---

<sup>397</sup> FARREL, 1998: 54, más adelante en la página 55, ejemplifica esta situación: “En realidad, el problema que enfrentan los padres judíos y musulmanes es otro: ellos temen que sus hijos dejen de usar sombrero, o velo, por el hecho de ir al colegio con otros niños que no los usan. No es un temor del que podamos burlarnos, por cierto. Una política que separa coercitivamente a los niños de la cultura de sus padres socava la estabilidad de la sociedad, al debilitar la capacidad de la gente de mantener relaciones íntimas a largo plazo, y amenaza uno de los deseos más profundos de los padres: el de comprender a sus hijos, compartir su mundo, y permanecer cercanos a ellos. Esta circunstancia plantea, entonces, el problema de la educación separada, y la solución del tema no es fácil de encontrar, por cierto. Supongo que una manera de aproximarnos a ella consiste en establecer el número de interesados en un tipo especial de educación (judía o musulmana, por ejemplo. Imaginemos que el número promedio de alumnos por clase asciende en un Estado determinado a cuarenta. En ese Estado, a su vez, hay cuarenta alumnos judíos o musulmanes, que desean recibir una educación separada. La neutralidad obligaría al Estado liberal a proporcionar una enseñanza de ese tipo. Igualmente, el Estado liberal quedaría obligado a ello si el número de interesados no alcanzara exactamente a cuarenta, pero se aproximara a él. Pero, ¿qué ocurre, por ejemplo, si sólo dos interesados están en esa situación? Allí, dedicar fondos públicos para pagar a un maestro que enseñe a dos alumnos, cuando los demás maestros se comparten entre cuarenta alumnos, viola el principio de neutralidad: ninguna cultura es superior a otra. Distinto sería el caso, por supuesto, si los padres utilizaran sus propios recursos para pagar a los maestros, reservándose el gobierno el papel de examinar el contenido mínimo de la enseñanza, pero no sus peculiaridades; esta solución resultaría ciertamente admisible para la teoría liberal”.

<sup>398</sup> NINO, 2007e: 67. Para NINO, 2007f: 68-69, los derechos sociales no son más que una *extensión natural* de los derechos individuales desde una concepción liberal de la sociedad, y en particular, a un liberalismo conservador.

comunitaristas, cuando se discuten cuestiones “sustantivas de moralidad social”, lo que conduce irremediamente a los principios liberales, entendido el discurso moral como una práctica liberal, pero solo en el aspecto interno de las instituciones liberales en aras de superar conflictos y facilitar la cooperación, destacándose su mayor anhelo de que “Lo único que pueden hacer los liberales es desea que los no liberales continúen compartiendo con ellos los mismos presupuestos básicos en la discusión de cuestiones morales”.<sup>399</sup>

Con este marco conceptual de la discusión tradicional por la autonomía práctica en el sujeto moral entre liberales y comunitarios, resulta indispensable seguir pensando como lo hizo NINO desde un posicionamiento liberal latinoamericano, para lo cual me serviré de los estudios de Enrique DUSSEL y Luis VILORO quienes a mi parecer congenian de mejor forma con la estructura del razonamiento práctico del discurso moral liberal.

## **2. Fundamentación ética del sujeto moral en latinoamericana.**

El debate generado a partir del siglo XXI, ha tomado especial importancia en el análisis ético, particularmente, la ética pública centrando la atención en problemas como pobreza, inseguridad, discriminación, abuso de poder, desigualdad, etcétera y donde el pensamiento Latinoamericano no ha sido la excepción a este análisis ético al mantener un dialogo constante con pensadores de otros continentes, mediante el intercambio de ideas y proyectos sobre la construcción de los fundamentos del sujeto moral, lo cual, ha sido un bastión para el desarrollo del pensamiento continental en los estudios de su fundamentación, tal y como ha sido el caso en Enrique DUSSEL, Luis VILORO y Carlos Santiago NINO, quienes elaboran un modelo base para contrastar las visiones universalistas y particularistas que contextualizan el estudio de las versiones liberales y comunitaristas, las cuales son importantes para la construcción de un modelo material de la ética acorde con las estructuras socio-político, económico y cultura que se viven en este lado del hemisferio sur.

---

<sup>399</sup> NINO, 1989a: 196.

Para estar en condiciones de arribar al estudio de la fundamentación del sujeto moral en la discusión liberalismo/comunitarismo, debo en primera instancia explicar a lo largo del presente capítulo las visiones que constituyen el centro de atención de mi trabajo que giran alrededor del pensamiento de Carlos S. NINO como son el proyecto de la filosofía de la liberación elaborado por DUSSEL, quien centra su importante marco conceptual ético (inmerso en su pensamiento liberal), en el posicionamiento del sujeto moral para Latinoamérica, dejándose ver su tendencia por una ética material, es decir, por una ética del excluido, del marginado, del olvidado, del necesitado, de las víctimas, etcétera y, con ello, pasar a una mejor comprensión de la ideología de VILLORO, quien elabora una propuesta ético-político del sujeto moral mediante el estudio de los valores morales concernientes a la vida en sociedad sometida a un sistema de poder, es decir, de la política, en el cual, el propio VILLORO intenta determinar cuáles son los valores (de carácter objetivo) comunes, dignos de ser estimados por cualquiera (fundamentados razonablemente), y con ello, elaborar los principios regulativos de las acciones políticas para su realización, que me permitirán determinar los elementos base para la construcción ética material propuesta por DUSSEL y, finalmente, elaboró una semblanza filosófico intelectual de la obra de NINO, a fin de mostrar el gran bagaje ético-político que desarrolló a lo largo de su vida, no solo para el ámbito jurídico, sino también su trabajo filosófico (elaborado desde un pensamiento liberal), permitiéndole construir un marco conceptual propicio para el restablecimiento de la democracia y los derechos humanos en la Argentina post-dictatorial, modelo a seguir por otros países de latinoamericana, pero que lamentablemente su obra no ha sido percibida filosóficamente para su debate, confrontación y continuación de temas esenciales como la autonomía, dignidad e inviolabilidad de la persona, para su construcción del sujeto moral con postulados metaéticos, frente a los razonamientos del comunitarismo y cosmopolitismo que a lo largo de este trabajo estaré desarrollando, mediante la obra de DUSSEL, VILLORO, GARZÓN VALDÉS, GUARIGLIA, entre otros pensadores latinoamericanos y continentales.

## **2.1. Primer momento en la construcción del sujeto moral: El proyecto ético material de la filosofía de la liberación de Enrique DUSSEL.**



Enrique DUSSEL elabora un marco ético conceptual acorde con su proyecto de la filosofía de la liberación,<sup>400</sup> iniciado a partir de la década de los setenta,<sup>401</sup> que trasciende a la originalidad, no solo por su contenido, sino también por su método de estudio elaborado sistemáticamente,<sup>402</sup> con claros cambios y adaptaciones de su pensamiento liberal a las circunstancias que vive el sujeto frente al poder ejercido por unos cuantos,<sup>403</sup> pasando un momento difícil en la década de los ochenta por la dictadura militar en Argentina. Pero que ya antes, DUSSEL conocía las limitantes fácticas con las que se encontraba al ser latino.

“El descubrimiento de la miseria de mi pueblo, percibido desde mi niñez en el campo casi desértico, me llevó a Europa e Israel. Descubría, como indicaba el filósofo mexicano Leopoldo Zea en su obra *América en la historia* (1957), que América Latina está fuera de la historia. Era necesario, desde su pobreza, encontrarle un lugar en la historia mundial, descubrir su ser oculto”,<sup>404</sup> generando inmediatamente la preocupación a Dussel por dedicar a su estudio lo que en su momento Leopoldo Zea denominó “concientización”, entendido como la interiorización del pasado histórico latinoamericano para poder definir al mismo tiempo el papel, la misión y la realidad de América Latina, en el conjunto de la historia universal. Se trata de la búsqueda de un sentido que, curiosamente, irá a encontrarlo en la semejanza protohistórica de la cultura semita. Con esto Dussel centrara su atención a la ética, a fin de encontrar el camino reflexivo a seguir por toda su obra. “Nos inclinamos demasiado fácilmente a buscar su sentido [de una cultura] en un nivel demasiado racional o demasiado

---

<sup>400</sup> Estudios iniciados desde la Universidad de Cuyo (Argentina), posteriormente, en la Universidad Central de Madrid (Complutense) en la Universidad Nacional Autónoma de México. Cfr. CATURELLI, 2001: 741-742. Sobre sus orígenes filosóficos, véase la biografía elaborada por DÍAZ NÚÑEZ, 2009: 849-851.

<sup>401</sup> Sobre los orígenes del movimiento liberal en Argentina, véase CERUTTI GULDBERG, 2006: 282-301; MIRÓ QUESADA, 1998: 66, explica que “La filosofía de la liberación se fue perfilando cada vez con mayor nitidez. En la década de los setenta era ya un movimiento que se había extendido por toda América Latina y había alcanzado una vigorosa madurez. Esta madurez se expresa en un congreso de filosofía realizado en la ciudad de Morelia, México, en 1975. En este congreso me encontré con Leopoldo Zea, Arturo Roig, Abelardo Villegas y Enrique Dussel. Todos teníamos el mismo empeño: expresar los rasgos esenciales de la filosofía de la liberación”.

<sup>402</sup> A groso modo el concepto de método en DUSSEL, está inmerso en su propuesta de la liberación, véase como ejemplo su obra, de 1974.

<sup>403</sup> Cfr. GARCÍA RUÍZ, 2003: 23. “Así, podríamos distinguir, durante la primera época del pensamiento de Dussel, dos grandes periodos: el que va de 1964 a 1969, en el cual elabora los proyectos de lo que he llamado una “hermenéutica cultural latinoamericana” y una “ética ontológica”. El segundo periodo inicia ya en 1969 pero queda definitivamente conformado en 1970: se trata del proyecto de una “filosofía ética latinoamericana”, inspirada inicialmente en Aristóteles y Heidegger, y definida poco después como “filosofía de la liberación latinoamericana” a partir de la influencia de Levinas; dicho proyecto va a ser proseguido hasta 1974, año de la publicación *Método para una filosofía de la liberación*, esta obra, junto con los dos primeros tomos de la *Filosofía ética latinoamericana*, conforma la estructura básica del pensamiento de Dussel hasta mediados de los ochenta”.

<sup>404</sup> 1993: 139.

reflejo, por ejemplo a partir de una literatura escrita, de un pensamiento elaborado o, en la tradición europea, de la filosofía. Los valores propios de un pueblo, que lo constituyen como pueblo, deben buscarse más abajo. Cuando un filósofo elabora una moral, se entrega a una tarea de carácter muy reflexivo; no constituye propiamente hablando una moral, sino que refleja la que tiene una existencia espontánea en el pueblo. Los valores que aquí apreciamos residen en las actitudes concretas frente a la vida, en tanto que forma un sistema y no son cuestionadas de forma radical por los hombres influyentes y responsables”.<sup>405</sup>

Su visión del mundo (*weltanschauung*) de DUSSEL elaborada mediante su programa antropológico-ético realizado a partir del postulado heideggeriano (mediante la destrucción que defiende contra la metafísica de la subjetividad, por la que el sujeto se convierte en la medida universal del conocimiento y del ser de las cosas), le permite encontrar el fundamento ontológico del pensamiento moderno de la ética, en la subjetividad del sujeto que pone la objetividad del objeto:<sup>406</sup> “Pero... el ser *sujeto* ante un *objeto* no es el modo más radical del ser del ser del hombre. El hombre antes que *sujeto* es ya un hombre abierto al mundo, en el mundo. Antes que *sujeto* el hombre es un ente mundano que puede, como uno de sus modos de ser, tomar la actitud de sujeto ante un objeto. Pero este modo de ser no es originario sino fundado, segundo”,<sup>407</sup> por ello, la función de la ética para DUSSEL es “justamente describir la estructura ética que el hombre vive en su situación histórica vulgar e impensada”,<sup>408</sup> sin que esté fundada en el *ethos* predominante en cada sujeto, ni en cada grupo o colectivo humano, sino en una ética ontológica, *ethica perennis*, histórica y construida desde lo concreto del ser humano,<sup>409</sup> esto es, desde la deshumanización que vive la gran mayoría de la población y para ello, la filosofía de la liberación tiene que entenderse

---

<sup>405</sup> Para ahondar sobre este punto, véase GARCÍA RUÍZ, 2003: 32-33. DUSSEL, 2001: 131, aclara que “...para la Periferia mundial empobrecida (heredera del colonialismo éticamente irracional moderno), para la mujer (desde siempre en un sistema de violación machista), para las razas oprimidas (como la judía en Alemania en la época de Hitler y la de los esclavos africanos en Estados Unidos o del apartheid en Sud África), para las minorías (como los palestinos en Israel) o las grandes mayorías (como los “asalariados” en el capitalismo), etc., para todos ellos el “estado de excepción” impide el “aplicar” las normas morales trascendentales en sus situaciones concretas ¿Para qué sirve en ese caso una tal moral?”.

<sup>406</sup> Véase 1972.

<sup>407</sup> DUSSEL, 1977: 38.

<sup>408</sup> DUSSEL, 1977: 38. “Lo difícil no es violentar la situación de cotidianidad que debe siempre revestir dicho tema. Sin nos dejamos llevar por la propia actitud temática que ejercemos al pensar el tema ético podemos igualmente “sacar” al hombre, que es nuestro tema de su cotidianidad, y “tornarlo” a él mismo *sujeto* de un pensar acerca de lo ético. De esta manera distorsionaríamos ya el tema mismo y la cuestión fundamental nos pasaría desapercibida –como se le ha pasado sin ser pensada a la metafísica moderna de la subjetividad temática”. De igual manera lo denuncia ZEA, 1953, principalmente, Capítulo I.

<sup>409</sup> Véase esta idea fundamental en el pensamiento de DUSSEL, 1973; 1974; y 1993a.

como parte de una praxis (de liberación), capaz de humanizar la realidad humana,<sup>410</sup> para ello es menester establecer nuevas categorías interpretativas que permitan indicar la realidad cotidiana latinoamericana, “...la fundamentación del saber (*Wissen*) filosófico moral debe partir de un *Faktum* cuya evidencia sea indubitable, y por otra parte *a priori*, es decir, sin mezcla alguna de lo empírico; lo empírico es lo que puede ser objeto de la inclinación o amor patológico y que, en último término, se dirige hacia la felicidad. La *eudemonia* ha sido reducida a jugar el papel de supremo egoísmo empírico o sensible. El fundamento de lo ético-racional es la ley moral como hecho abismal”.<sup>411</sup> Por ello, el proyecto de DUSSEL va más allá a las propuestas fenomenológica-axiológica que colocan el fundamento de la moral en la subjetividad del sujeto, o bien, del propio HEIDEGGER quien centra en el concepto de valor o valores como condiciones de posibilidad de realización de la subjetividad mediante el apoyo ideales para su propia invención, sino que, la ética se encuentra en la propia cotidianidad, donde la facticidad o determinación, es la dimensión del trascender, del sentir lo existencial. La praxis indica la forma como el hombre *es* en el mundo, su modo de ser en el mundo, *la com-comprensión del ser*. Esta com-comprensión sólo se puede dar a partir del intelecto que actúa transformando e interpretando la realidad, como posibilidad de acción y concretización,<sup>412</sup> pero solo mediante la alteridad, ya que en ésta, el movimiento de la alineación es el paso del Otro libre a la situación de “lo Otro” oprimido. En la Alteridad, el movimiento activo es el del oprimido que se constituye como un ser libre ante la Totalidad, por consiguiente, para DUSSEL la conciencia ética es escuchar la voz

---

<sup>410</sup> Entre otros textos de DUSSEL que presentan este proyecto, véanse 1972; 1972a; 1973; 1974; 1978; 1979 y 1995.

Para ahondar, sobre la filosofía iberoamericana en la época del encuentro véanse los ensayos recogidos en la obra editada por ROBLES, 1992; GÓMEZ-MULLER, 1997.

<sup>411</sup> DUSSEL, 1977: 34 y 35.

<sup>412</sup> ÁLVAREZ GÓMEZ, 2007: 71. “Dussel, repasando algunas teorías históricas desde la doctrina clásica de Aristóteles, llega a la conclusión de la insuficiencia presentada para explicar la realidad del hombre ante las posibilidades reales. En estas insuficiencias se encuentra la comprensión kantiana, en donde el *sujeto* no es el hombre ni el *objeto* es el mundo. El sujeto es colocado en un hecho intramundano que sería la *ley moral*. Haciendo de esta ley moral su sujeto y el fundamento de todo, deja de reconocer su posibilidad óptica al olvidarse de que es ya *intramundano*. Esta misma insuficiencia se puede encontrar en la fenomenología axiológica, que limita el *ser-adveniente* a un proyecto intramundano en donde los valores, o el valor, quedan absolutizados con relación al ser, y el sujeto, actuando valorativamente, realiza sus preferencias, elecciones, etc. constituyéndose como fin de una voluntad que es solamente voluntad realizadora”.

del Otro.<sup>413</sup> Esto será el principio ético universal en la propuesta de DUSSEL, “el Otro”, entendido como el pobre y el excluido.

Para GARCÍA RUÍZ<sup>414</sup> “Es verdad que “por todo el desarrollo ideológico de la filosofía duaseliana, se puede percibir con toda nitidez la relectura de las ideas vertebrales de Levinas, expuestas en un marco de mayor extensión en la historia de la filosofía moderna y contemporánea, como ‘en la concreción’ de la historia de América Latina”, pero esta “concreción” no significa continuidad y desarrollo de las tesis de Levinas, sino un rompimiento definitivo con ellas en el sentido de que Dussel reconoce su ambigüedad en un plano geopolítico...pues proponer que el otro puede ser analógicamente interpretado es mostrar que la concepción de alteridad que sostiene Levinas torna equívoca esta relación. Aplicando una lógica analéctica se pueden definir marcos conceptuales y normativos para determinar las expresiones de la alteridad de acuerdo con las posibles relaciones que se establezcan entre los términos. “El otro’ es todavía un polo alternativo *abstracto*. La relación como encuentro del yo-Otro (‘el Mismo’-‘el Otro’) por ser la de ‘dos’ en general no nos indica todavía ninguna posición *concreta*. En la relación irrespectiva de un Yo personal y otro también personalizador estamos en un nivel abstracto”.<sup>415</sup>

Este proyecto ético liberal de DUSSEL con claras influencias europeas en sus bases ideológicas (ética del discurso), tienen a irse adaptando a sus circunstancias latinoamericanas,<sup>416</sup> esto es, de una ética periférica, para lo cual, la alteridad tiene que ser

---

<sup>413</sup> DUSSEL, 1977a: 50-52. Cabe puntualizar al respecto, que DUSSEL también recibe una clara influencia ética de RICOEUR, con quien estudiara en París en la década de los sesenta.

<sup>414</sup> 2003: 223. En el mismo sentido, ÁLVAREZ GÓMEZ, 2007: 120.

<sup>415</sup> Para ahondar más sobre la subjetividad en LEVINAS, véase GARCÍA RUÍZ, 2004: 133-148.

<sup>416</sup> DUSSEL, 2001a: 57-70; ÁLVAREZ GÓMEZ, 2007: 125, refiere que, “Para Dussel, no podemos apoyarnos en imitadores americanos de la filosofía europea. Los mayores críticos de la filosofía europea han sido los europeos citados. Además de la crítica a la filosofía europea, el escuchar de forma interpelante la voz del Otro como oprimido, hace que nazca la filosofía latinoamericana que, analógicamente, se refiere igualmente a África y Asia.”

En este sentido, ÁLVAREZ GÓMEZ, 2007: 277, explica el devenir intelectual de DUSSEL para la conformación de su ética de la liberación “...Dussel no prescinde de elementos de la contribución marxista, y como él, el conjunto de la filosofía latinoamericana preocupada por la transformación de la sociedad. Pero para la formulación de sus tesis tampoco excluye ideales vitalistas y existencialistas, considerándoles constituyentes de su pensamiento, permitiendo una superación de lo simbólico y de lo axiológico, y aprovechando la contribución histórica que emerge desde la dialéctica de Hegel, pasando por la axiología de Scheler o de Nietzsche, continuando por el existencialismo de Heidegger, la fenomenología de Husserl, el simbolismo de Ricoeur, y culminando con la alteridad de Levinas, concretizándose en la idea del rostro del otro como núcleo real del compromiso filosófico y humano. De hecho, la preocupación por el Otro reaparece espontánea y constantemente en toda reflexión que pretende analizar la relación entre los seres humanos en sus dimensiones colectivas culturales”.

Considero que este proyecto ético liberal de DUSSEL coincide fundamentalmente con el de ZEA, 1991: 131. “A lo que han aspirado los iberoamericanos en su afán por recrear, por rehacer su mundo, ha sido a hacer de sus pueblos libres y felices, a sus hombres, hombres libres y con un mínimo confort material. En las

reconstruida en torno a la categoría de humanismo ético, entendido éste como reivindicación de un “espacio moral” en el que una subjetividad como la exigida por el individualismo ético pueda llevar a cabo una vida digna, es decir su vida,<sup>417</sup> aún y cuando el sentido ético original para Levinas sea de orientación pre-originaria (pre-ontológica), como seres-para-los-otros, tendiente a salir de nuestra propia subjetividad hacia el otro.<sup>418</sup> Pero no será así para DUSSEL y los demás pensadores liberales en latinoamérica<sup>419</sup> ya que nuestra circunstancia ontológica-existencial es completamente distinta. En palabras del propio DUSSEL “el ser humano no es solo corporal sino *viviente*”,<sup>420</sup> y esto implica que la vida humana concreta, específica, particular de cada uno, sea su “modo de realidad”, es decir, ser real “a modo de viviente”, por consiguiente, el “ser humano viviente” constituye lo real como “posibilidades de vivir”. De ahí que, DUSSEL sea crítico de la pretensión universalista de la razón europea, a fin de construir una salida viable a la dominación del imperialismo cultural optando por el pobre, el marginado, el excluido, el explotado, ya que “la “vida humana” no se agota en una cultura: es la fuente creadora de toda cultura, por ello es el criterio universal”,<sup>421</sup> crítica que evidentemente, requiere ser matizada en el contexto del debate actual de la ética pública y la filosofía política, no solo europea sino también norteamericana,<sup>422</sup> tal y como ha suscitado su confrontación con la de Charles TAYLOR quien se decanta un seguidor hegeliano y por ello, habrá de desarrollar una ética material en un sentido “axiológico universalista”.

En su obra “*Las fuentes del yo*” TAYLOR intenta mostrar el origen, el contenido y la crisis de identidad del “yo” moderno, a partir de los siguientes elementos en la filosofía

---

grandes naciones que les sirvieron de modelo vieron siempre esa su capacidad para defender las libertades de sus individuos y darles un mínimo de felicidad material”.

<sup>417</sup> Cfr. GONZÁLEZ R. ARNAIZ, 1994, 2004: 59-81 y 1999; ALONSO MARTOS, 2008.

<sup>418</sup> LEVINAS, 2000: 84.

<sup>419</sup> Entre otros, SÁNCHEZ VÁZQUEZ, 1999; WALLERSTEIN, 2004.

<sup>420</sup> 2001b: 115, más adelante, p. 117, “La “vida humana” no es un horizonte ontológico. El horizonte ontológico se “abre” desde el “modo de realidad” humano viviente: el “mundo” (en sentido heideggeriano) es el horizonte que el ser humano-viviente “abre” en la *omnitudo realitatis* de todo aquello que sirve para la vida humana. La “vida humana” es transontológica (con E. Levinas la llamaríamos “ética” o “meta-física”).

<sup>421</sup> (2001a), p. 117. Para hondar sobre el particular, véase, DUSSEL, 2006: 28-32 y 185-225.

<sup>422</sup> El propio DUSSEL, 2001b: 43. “La Ética de la Liberación, no sólo latinoamericana sino con pretensión de mundialidad (que no es la simple universalidad abstracta o formal), tiene objeciones tanto ante las Éticas ontológicas norteamericanas (así llamaremos a posiciones tales como las de Ch. Taylor o a. MacIntyre, los “comunitaristas”), la Ética del Discurso europeo (K.-O. Apel y J. Habermas), y la propuesta de un “nuevo” punto de partida latinoamericano más allá de la Filosofía de la Liberación”.

moral contemporánea: a) el énfasis de las teorías morales modernas en los asuntos del deber ser en detrimento de otros ideales morales más personales, a fin de lograr sus aspiraciones universalistas; b) el énfasis por parte de estas teorías en la relevancia del individuo por sobre la comunidad donde, según TAYLOR, se establecen las significaciones y las metas o ideales de estas otras dimensiones morales desplazadas.<sup>423</sup> Para lo cual, propone: 1) Expandir las descripciones morales legítimas. 2) Recuperar modos de pensamiento y descripción que se han vuelto problemáticos y 3) Examinar los trasfondos lingüísticos que son la base de la moral de obligación que reconocemos. Sin embargo, advierte DUSSEL que, “es imposible esta autocomprensión desde una mera moral formal abstracta”,<sup>424</sup> por lo que defiende la universalidad de la ética material, pero tomando en consideración a la moral formal como “procedimiento de aplicación del principio material universal”,<sup>425</sup> ya que en sí mismo la ética de TAYLOR no muestra claramente cómo cada cultura *es un modo* de concretar la «la vida humana en general»; solo considera la «particularidad» de cada cultura, sin descubrir el ámbito universal de la vida humana desde donde todas las culturas son concreciones particulares, conformadas por *dentro* por dicho criterio *universal material* de la necesidad de producir, reproducir y desarrollar la vida humana en cuanto tal, de ahí

---

<sup>423</sup> 1996: 43. “La gente puede percibir que su identidad está en parte definida por ciertos compromisos morales o espirituales, digamos, como ser católico o anarquista. O pueden definirla en parte por la nación o la tradición a la que pertenecen, como ser armenio o quebequés. Lo que dicen con esto no es solamente que están firmemente ligados a esa visión espiritual o a ese trasfondo; más bien lo que están diciendo es que ello les proporciona el marco dentro del cual determinan su postura acerca de lo que es el bien, o lo que es digno de consideración, o lo admirable, o lo valioso. Formulado contrafácticamente, lo que dicen es que si perdieran ese compromiso o esa identificación quedarían a la deriva; ya no sabrían, en lo referente a un importante conjunto de cuestiones, cuál es para ellos el significado de las cosas. Y, desde luego, esta situación se le presenta a alguna gente. Es lo que llamamos una «una crisis de identidad», una forma de aguda desorientación que la gente suele expresar en términos de no saber quiénes son, pero que también se puede percibir como una desconcertante incertidumbre respecto al lugar en que se encuentran. Carecen del marco u horizonte dentro del cual las cosas adquieren una significación estable; dentro del cual es posible percibir, como buenas y significativas, ciertas posibilidades vitales, y otras, como malas o triviales. El significado de esas posibilidades no es fijo, es inestable o indeterminado. Una dolorosa y aterradora experiencia”.

<sup>424</sup> 2002: 118 y 2001b: 132, insiste en que el proyecto de la liberación de los oprimidos y excluidos se abre desde la exterioridad del Otro, más allá de toda situación dada. “La construcción de alternativas, aún si fuera necesario (lo que no puede descartarse a priori) la de una utopía histórica o de una nueva sociedad, no es “aplicación” de un modelo o situación ideal o trascendental, ni tampoco el cumplimiento auténtico de un “mundo de la vida” dado (sea este el moderno u otro), muchos menos pensado como movimiento indefectible de una lógica necesaria de una lógica necesaria (la de la teleológica o razón histórica de Hegel o del marxismo standard o staliniano), sino un “des-cubrimiento” responsable como respuesta a la “interpelación” del Otro, en un lento proceso prudencial (donde la teoría de una “comunidad de comunicación real”, que llega racional y procesualmente al consenso con validez intersubjetiva, nos ayuda para mejor comprender el desarrollo electivo de la frónesis de liberación), donde el filósofo (como el “intelectual orgánico” de Gramsci) debe tomar en serio las motivaciones éticas (con Taylor) de la liberación de los oprimidos y excluidos”.

<sup>425</sup> Cfr. 2002: 118.

que solamente –dice DUSSEL– “descubre una razón ontológica-cultural particular (razón hermenéutica-valorativa)”.<sup>426</sup> Aunque, por otro lado, DUSSEL acepta el avance teórico conceptual de TAYLOR al desarrollar la ética de la autenticidad al referir que:

“En resumen, podemos afirmar que la autenticidad (A) entraña (i) creación y construcción así como descubrimiento, (ii) originalidad, y con frecuencia (iii) oposición a las reglas de la sociedad e incluso, en potencia, a aquello que reconocemos como moralidad. Pero también es cierto...que (B) requiere (i) apertura a horizontes de significado (pues de otro modo la creación pierde el trasfondo que puede salvarla de la insignificancia) y (ii) una autodefinición en el diálogo. Ha de permitirse que estas exigencias puedan estar en tensión”.<sup>427</sup>

Este planteamiento de la tensión en TAYLOR es inevitable, dice GUARIGLIA ya que “...debido al reconocimiento de la diferencia a cargo de los otros miembros de la sociedad como parte de un ideal de autorrealización, como la autenticidad. Pero este reconocimiento puede chocar con ideas diferentes de lo bueno, que existen en cualquier sociedad multicultural, como son casi todas las sociedades contemporáneas”,<sup>428</sup> pero por otro lado, considero acertado también el argumento de DUSSEL, al destacar un elemento complementario al de la autenticidad en una sociedad multicultural que refiere GUARIGLIA, el del “reconocimiento”,<sup>429</sup> donde TAYLOR lo sitúa como “horizonte último común” y esto para DUSSEL es incorrecto, porque para él no es un “horizonte”, sino “*un modo de realidad: la vida humana misma*”,<sup>430</sup> ya que la exterioridad (donde radica la libertad humana) es el ámbito en el que se sitúa más allá del fundamento de la totalidad, es decir, es un momento analéctico, tal y como sucedería con la dignidad del expulsado *fuera* del capital desde un sistema utópico viable futuro más justo,<sup>431</sup> de ahí que, la totalidad sea puesta en cuestión

---

<sup>426</sup> 2002: 133.

<sup>427</sup> TAYLOR, 1994: 99.

<sup>428</sup> 2006: 46 -47.

<sup>429</sup> 2009: 53-116.

<sup>430</sup> Cfr. 2002: 119.

<sup>431</sup> DUSSEL, 2011: 238-239. “Analéctico quiere indicar el hecho real humano por el que todo hombre, todo grupo o pueblo se sitúa siempre “más allá” del horizonte de la totalidad. Dicha exterioridad debe afirmarse la primeramente, ya que la dialéctica negativa no es suficiente. El momento analéctico es el punto de apoyo de nuevos despliegues. El momento analéctico nos abre al ámbito meta-físico (que no es el óptico de las ciencias fácticas ni el ontológico de la dialéctica negativa), refiriéndose semánticamente al otro. Su categoría propia es la de *exterioridad*; por ello, el punto de partida de su discurso metódico (método más que científico y dialéctico positivo) es la exterioridad del otro; su principio no es el de identidad sino el de separación, *distinción*”. Aunque ya DUSSEL había utilizado este concepto en 1972, como subtítulo de su obra *Método para*

por la interpelación provocativa del otro, porque en sí mismo, la teoría no es suficiente para el momento analéctico,<sup>432</sup> sino que debe ir más allá, por ejemplo, se genera una aptitud que permite escuchar el clamor de las víctimas para sensibilizarse y comprometerse con ellas, creyendo y confiando en que otro mundo es posible, y solo así, se da el crecimiento a la totalidad *desde* el otro y para servir-le (al otro), creativamente. Para lograr esto, dice DUSSEL, es evidente que se parte de una dialéctica hegeliana, pero con ciertas correcciones de Feuerbach, al decir que la “verdadera dialéctica parte del diálogo del otro y no del «pensador solitario consigo mismo».”

DUSSEL explica este método de manera sucinta y clara de la siguiente manera: “El movimiento del método es el siguiente. En primer lugar, el discurso filosófico parte de la cotidianidad óntica y se dirige dia-léctica y *ontológicamente* hacia el fundamento. En segundo lugar, de-muestra científicamente (*epistemática*, apo-dícticamente) los entes como posibilidades existenciales. Es la filosofía como ciencia, relación fundante de lo ontológico sobre lo óntico. En tercer lugar, entre los entes hay uno que es irreductible a una de-ducción o de-mostración a partir del fundamento: el «rostro» óntico del otro que en su visibilidad permanece presente como trans-ontológico, metafísico, ético. El pasaje de la totalidad ontológica al otro como otro es *ana-léctica*, discurso negativo desde la totalidad, porque se piensa la imposibilidad de pensar al otro positivamente desde la misma totalidad; discurso positivo de la totalidad, cuando piensa la posibilidad de interpretar la revelación del otro desde el otro. Esa *revelación del otro*, es ya un cuarto momento, porque la negatividad primera del otro ha cuestionado el nivel ontológico que es ahora creado desde un nuevo ámbito. El discurso se hace ético y el nivel fundamental ontológico se descubre como no originario, como abierto desde lo ético, que se revela después (*ordo cognoscendi a posteriori*) como lo que era antes (el *prius* del *ordo realitatis*). En quinto lugar, el mismo nivel óntico de las

---

*una filosofía de la liberación, Superación analéctica de la dialéctica hegeliana*; del mismo autor, 2011a: pp. 142-169.

<sup>432</sup> BEORLEGUI, 2004: 698, explica que la corriente “analéctica” es “la corriente liderada por Dussel y Scannone, y denominada anteriormente por Cerutti como *populismo de la ambigüedad abstracta* y también *populismo ingenuo*. Guardaron distancia del peronismo, ante la posibilidad de que la experiencia populista pudiera naufragar, y con ella los discursos que se hubieran adherido a ella. Pero, afirma Cerutti, no lograron mantenerse del todo distantes, afirmación que parece contradictoria con el hecho de que después fueran perseguidos por el propio peronismo. Cerutti achaca a esta postura un cierto totalitarismo, puesto que quienes se atrevían a poner en duda su originalidad, su novedad revolucionaria, quedaban fuera de todo tipo de pensamiento liberador. Y, de algún modo, su intransigencia habría sido bastante eficaz, ya que habrían sido considerados, durante un cierto tiempo, como los únicos representantes de la auténtica y casi única FL. Ya vimos que no es cierta esta afirmación, en la medida en que la razón de ser los representantes más conocidos se debe sobre todo a sus amplias y valiosas publicaciones, especialmente en el caso de Dussel, y también de Scannone. Junto a estos dos autores mencionados, hay que situar aquí a O. Ardiles y a Humberto Ortega”. Para un estudio más detallado sobre este método en el pensamiento de DUSSEL, véase, GARCÍA RUÍZ, 2003: 224-230.



posibilidades queda juzgado y relajado desde un fundamento éticamente establecido, y estas posibilidades como praxis analéctica transpasan el orden ontológico y se avanzan como «servicio» en la justicia”.<sup>433</sup>

Por consiguiente, “La vida humana marca límites, fundamenta normativamente un orden, tiene exigencias propias. Marca también contenidos: se *necesitan* alimentos, casa, seguridad, libertad y soberanía, valores e identidad cultural, plenitud espiritual...La vida humana es *el modo de realidad* del ser ético”,<sup>434</sup> para lo cual DUSSEL habrá de desarrollar tres elementos conceptuales que le permiten justificar su postulado material universal de la ética, estos son: a) el criterio de verdad práctica o de contenido de toda ética; b) el principio material y universal de la ética y c) la problemática de la «aplicación» del principio ético material, postulados que a lo largo del presente capítulo serán analizados.

Por otro lado, DUSSEL considera necesario confrontar su propuesta ética desde una reflexión periférica, frente a la de RAWLS, quien diseñara un formalismo neocontractualista, propio de la filosofía norteamericana (tradicción liberal progresista),<sup>435</sup> al plantear una filosofía moral político *formal* procedimental que parte de un modelo hipotético semejante al kantiano, en el que el “juego de regateo” presentado como un renovado modelo contractualista (como el Locke o Rousseau).

Es importante destacar que a DUSSEL lo más atrayente de RAWLS para su análisis ético es <sup>436</sup> “...considerar atentamente que el haber negado el aspecto material de la ética como punto de partida (el problema inevitable de los formalismos) le exige construir escenas hipotéticas irresolubles, que deberán corregirse siempre para intentar recuperar paso a paso, pero nunca

---

<sup>433</sup> 1991: 187 (cabe indicar que la primera edición data de 1974). El propio DUSSEL, en 1972 (dos años antes) de la obra antes aludida escribe, *La dialéctica hegeliana, supuestos y superación o del inicio originario del filosofar*, en la que profundiza y desentraña el camino por el cual, habrá de constituirse en HEGEL su dialéctica.

<sup>434</sup> Cfr. 2002: 129.

<sup>435</sup> Al respecto, ÁLVAREZ GÓMEZ, 2007: 184. “Por eso los principios formulados por la Ética de la Liberación parten de varias constataciones e intuiciones. La primera que podemos claramente captar es, la existencia de una reflexión periférica, que aunque no tuvo su espacio reconocido formalmente, no dejó de estar presente. En segundo lugar, esta reflexión, muy bien contemplada paradigmáticamente en Bartolomé de las Casas, fue continuada de diversas formas por otros intelectuales y agentes sociales, pensadores que asumieron y sintieron el planeta como un lugar privilegiado de reflexión y de encuentro, al estilo del historiador mejicano Francisco Xavier Clavijero, a quien no le era desconocida la crítica kantiana del sistema. En tercer lugar, se parte de la necesidad de una transformación del mismo sistema, a partir del pensamiento periférico, marginalizado y dominado, concretamente en sus dimensiones locales y regionales”.

<sup>436</sup> Véase, 2002: 174 y 175.

adecuadamente la materialidad negada en el origen”, y esto tiene sentido para DUSSEL al detectar en la teoría de RAWLS, un resultado en grado de tentativa, al intentar hacer converger las teorías intuicionistas con las utilitaristas,<sup>437</sup> sin dejar de lado la tradición institucional y liberal americana, aunque sea en una versión progresista. RAWLS, de hecho, trata de establecer bases éticas para una redefinición de la justicia distributiva. Influida por la tradición liberal de los últimos siglos, en la filosofía norteamericana entendida institucionalmente, a la cual le da continuidad, por supuesto de forma crítica.

Cuando RAWLS elabora su teoría ética mediante la “justicia como imparcialidad”, genera unos principios con los cuales cada uno de los participantes (hipotéticamente) se obligan de antemano seria y honestamente, habiendo aceptado los beneficios, a cumplir los deberes que se asignen en las diversas prácticas –entendidas como “instituciones”–, que son formas de actividad estructuradas por normas que definen oficios, funciones, movimientos, etc., y es aquí, donde el “velo de la ignorancia” funciona como recurso analítico, hipotético, de imposible factibilidad –dice DUSSEL–, ya que no puede aplicarse en la realidad, al advertir una gran diversidad de clases culturales existentes en un mismo país, ciudad, colonia, barrio, donde cada uno se expresa de manera distinta, a su modo, esto es, tienen lenguas distintas, el obrero y el aristócrata.<sup>438</sup>

Otro gran distintivo de RAWLS, es la “posición originaria”, la cual es rechazada por DUSSEL de igual manera, por no tener aplicabilidad fáctica, “una posición puramente formal no puede nunca decidir principios materiales, por definición, a no ser que dicha materialidad entrara en el proceso subrepticamente, sin ser notada”,<sup>439</sup> por lo que para los países periféricos no tiene efecto alguno, ya que al estar dominados o alineados nunca serán reconocidos como presencia en el mundo, y este es una limitante para el potencial teórico de RAWLS, que escribe pensando para los países desarrollados, esto es, que están en el centro (de la economía, del poder bélico, de las decisiones en Naciones Unidas, etcétera), de ahí que el método analético de DUSSEL desempeñe un papel fundamental para descubrir la realidad mediante el movimiento de la negación del principio de la alteridad, y con ello,

---

<sup>437</sup> 2002a.

<sup>438</sup> Cfr. 2002: 175.

<sup>439</sup> 2002: 175.

se esté en posibilidades de exigir la valorización de la dimensión humana esencial en su dimensión subjetiva, cultural, social e histórica.

Para ÁLVAREZ GÓMEZ “El método analéctico supone compromiso con las víctimas. No puede partir de un análisis frío e imparcial. Parte de la constatación de la desigualdad, y por eso, da mayor importancia a las víctimas, para hacerlas sujeto de liberación y permitir que puedan alcanzar su dimensión de persona. No se trata de una simpatía asistencialista y sí de una valorización humana que fue negada. El núcleo de la ética de la liberación va a residir en la *corporalidad y en la vida*. Para avanzar en ese proceso de descubrimiento de la vida...El primer paso tendrá que ser la superación de los elementos eurocéntricos de la filosofía, cuestión a ser realizada no solamente desde la experiencia latinoamericana. Dussel, trae a colación la existencia del pensamiento filosófico africano, en la figura de Eboussi Boulaga, como ejemplo de desconocimiento de otros mundos filosóficos y como semejanza con el mundo filosófico latinoamericano...Desde este principio, la Ética de la Liberación justifica la lucha de las víctimas por su liberación, marcando claramente su aspecto de filosofía actuante y militante. Podemos afirmar que este es el momento material de la ética de la liberación. La experiencia de marginalización mundial lleva a pensar este momento de necesidad humana como una pretensión de universalidad, buscando el reconocimiento concreto en leyes prácticas, positivas e institucionales”.<sup>440</sup>

Por ello, la propuesta rawlsiana de la posición original aplicada a las sociedades habrá de generar una desigualdad provocada por interés de grupos que tienen el poder sobre los demás (para DUSSEL, esta desigualdad que sostiene RAWLS es natural para él, como para ARISTÓTELES afirmaba que los esclavos eran esclavos por naturaleza),<sup>441</sup> ya que en Estados Unidos los más liberales son los más ricos y los mejor situados en la sociedad, recordemos que durante la década de los veinte y treinta se produjo un colapso económico lo que generó la aplicación de la teoría del bienestar social,<sup>442</sup> dando toda la responsabilidad al Estado sobre la felicidad de los ciudadanos, lo que generó la victoria de un capitalismo económico sustentado por un liberalismo político, mientras que las víctimas del sistema son los que en peores condiciones se encuentran, casi a llegar al olvido, a la indiferencia de su existencia, como es el caso de los migrantes. Al respecto RAWLS ha intentado superar esta

---

<sup>440</sup> Cfr. 2007: 185.

<sup>441</sup> Cfr. 2002: 177.

<sup>442</sup> Sobre este tema, véase entre otros, la obra editada por MUÑOZ DE BUSTILLO, 2000.

crítica a su formalismo construido con su posición original al distinguir entre las libertades básicas y el valor de estas libertades:

“...las libertades básicas vienen definidas por derechos y deberes institucionales que capacitan a los ciudadanos para hacer varias cosas, si lo desean, y que prohíben la interferencia de terceros. Las libertades básicas constituyen un marco de pautas y oportunidades jurídicamente protegidas. Evidentemente, la ignorancia y la pobreza, y, en general, la falta de medios materiales, impide que la gente ejerza sus derechos y aproveche las oportunidades abiertas por éstos. Sin embargo, antes de considerar que obstáculos de este tipo restringen la libertad persona, nosotros optamos por considerar que afectan al valor de la libertad, es decir, a los beneficios que las personas sacan de sus libertades. Pues bien; en la justicia como equidad, esos beneficios se definen en términos de un índice de bienes primarios regulado por el segundo principio de justicia. No vienen definidos por el nivel de bienestar de una persona (o por una función de utilidad), sino por esos bienes primarios, la exigencia de los cuales se entiende como exigencia de estar en condiciones de subvenir a las necesidades especiales determinadas por los propósitos de una concepción política de la justicia. Algunos bienes primarios, como los ingresos y la riqueza, se conciben como medios materiales de uso universal de los que habrán de servirse los ciudadanos para promover sus objetivos en el marco de las libertades iguales y de la equitativa igualdad de oportunidades”.<sup>443</sup>

Por ello, DUSSEL seguirá sosteniendo que su objetivo es sustentar una ética de la vida, donde la mediación de la factibilidad de la reproducción de la vida humana se genera mediante sistemas performativos,<sup>444</sup> ejemplo, la agricultura, una escuela o el Estado de mayor o menor complejidad,<sup>445</sup> ya que sigue siendo un formalismo el que intenta RAWLS crear mediante un círculo sin salida para los más necesitados u olvidados, en palabras del autor:

“La eticidad se construye procesual, diacrónicamente, desde la fundamentación o decisión electiva de la norma, hasta la realización *factible* ética del acto, la institución, las estructuras sistémicas

---

<sup>443</sup> RAWLS, 2004: 363. Considero que finalmente, todo el entramado conceptual de Rawls, es otro intento de aspirar a un verdadero espacio de igualdad entre los seres humanos, por lo que considero al igual que Dussel, su proyecto liberal al ser utópico, fomenta el estudio de recursos conceptuales que logren ser aplicados en la práctica cotidiana, a fin de reconocer no solo la existencia de los marginados, excluidos, sino también tomarlos en cuenta e incluirlos, piénsese el caso de los migrantes, grupos indígenas, homosexuales, mujeres, etcétera. Tal y como sucede, por solo citar algunos ejemplos, los trabajos de POGGE, 2005 y 2009, así como los dos volúmenes editados por el autor y MOELLENDORF, 2008 y 2008a. Así también el caso de SEN, 2009, 2004 y 2004a.

<sup>444</sup> Por ejemplo APEL, 2004: 59.

<sup>445</sup> Cfr. 2002: 235.

histórico-culturales, etc., pasando de esta manera de la *a prioridad* de la norma o máxima en la intención del agente a la realización de la eticidad. Es decir, si *a*) en el aspecto material nos referimos a la dimensión de la verdad práctica (desde las exigencias de la *reproducción y desarrollo de la vida de cada sujeto humano en comunidad*, y donde los enunciados normativos tienen *pretensión de verdad práctica*; si *b*) en el aspecto formal se trataba del ámbito de la racionalidad formal de los acuerdos válidos (desde las *exigencias de la intersubjetividad simétrica*, y con enunciados normativos con *pretensión de validez* en la comunicación); ahora *c*) describiremos inicialmente el proceso de la construcción de lo *factible ético*, donde se realiza estrictamente el «bien» (o el «mal»), lo que tiene «godness claim» sea una norma, acto, micro-estructura, institución o sistema de eticidad efectuados concretamente, desde las *exigencias de la factibilidad ética*, y por enunciados normativos con *pretensión de eficacia y rectitud* en la realización efectiva concreta, teniendo en cuenta las circunstancias contextuales y también sus consecuencias. Se trata de enmarcar desde la verdad práctica y la validez moral a la razón instrumental y estratégica (subsumida por la razón práctico-material, ético-originaria y discursiva)”.<sup>446</sup>

Este proyecto resumido en el párrafo anterior, muestra claramente los pasos que habrá de seguir DUSSEL para la construcción de su ética material, el cual iré confrontando paulatinamente con Carlos S. NINO en el desarrollo del constructivismo ético para así estar en condiciones de probarla con la ética del discurso diseñada por HABERMAS y APEL y, en un segundo momento, analizar a Luis VILLORO y NINO desde la perspectiva político-filosófico de la democracia deliberativa frente a la de DUSSEL que ha venido construyendo en los últimos años.

Ahora bien, una vez que DUSSEL confrontó su ética material con el pensamiento de TAYLOR, RAWLS, entre otros, explica el principio ético-material universal mediante el “pasaje” de los enunciados descriptivos a los normativos, ya que considero esencial este cambio al señalar “es toda la problemática de la posible *fundamentación* dialéctico-material, no de «deducción» formal, de «juicios normativos» a partir de «juicios de hecho»

---

<sup>446</sup> Véase, 2002: 235-236. GARCÍA RUÍZ, 2007: 186, explica como función en DUSSEL el obrar bien “...cumplir en la *praxis* algo conveniente con el poder ser, no es sino producir algo para alguien a través de lo cual una posibilidad de mi poder ser se ha cumplido y con ello yo soy fácticamente más hombre que antes (o menos, si la *praxis* es inadecuada a mi poder ser o si mi poder ser es inauténtico”.

Este planteamiento ha propiciado el interés de HOYOS VÁSQUEZ: 79-96, quien reconoce el esfuerzo de Dussel por promover la discusión entre la filosofía de la liberación y la ética del discurso.

sobre la vida”,<sup>447</sup> por lo que intenta establecer nuevos desarrollos lógicos mediante la razón práctico-material estrictamente éticos, tales como los de “obligación” o “deber-ser”, los cuales les permitiría utilizarlos como mediación entre el criterio descriptivo y su aplicación crítica.<sup>448</sup>

“Se trata del «pasaje» del mero *criterio* descriptivo (el «ser» en sentido concreto y material, como vida humana) al propiamente dicho *principio ético material* normativo (el «deber-ser»), que no se sitúa lógicamente en el mismo nivel abstracto o formal de la llamada «falacia naturalista», porque en ese caso sería una deducción imposible o indebida. En efecto, la llamada falacia naturalista define como erróneo el deducir de un *criterio formal* medio-fin descriptivo (que sería para Weber, y tantos otros, el único tipo de «juicio de hecho») una exigencia o *principio material* normativo de la ética (que sería un «juicio de valor»). Este tipo de deducción es imposible lógicamente. Nosotros...nos situaremos en el ámbito de un tipo particular de juicios de hecho (referentes a la vida humana en concreto y como ejercicio de la razón práctico-material). Debemos efectuar estas aclaraciones para dejar libre todo el desarrollo teórico que pueda permitir reconstruir la ética material y crítica (que la metaética analítica, positivista, del liberalismo filosófico, la Ética del Discurso o la economía formal neoliberal de F. Hayek han negado por diversas razones)”.<sup>449</sup>

Este argumento será elaborado en cuatro pasos, 1) todo enunciado que se refiera a hechos del ser *viviente humano*, en cuanto “viviente” y en cuanto “humano” son puramente descriptivos; 2) el ser humano como sujeto tiene su vida, por ello, él es responsable sobre sus actos, sobre su vida que le permite adquirir la autoconciencia; 3) el viviente humano se constituye mediante una intersubjetividad, lo que genera la corresponsabilidad; 4) el viviente humano es un sujeto que participa en un mundo cultural, esto es, guarda relación necesaria al modo *humano* de *ser viviente*. Esto dice DUSSEL, “conlleva a que todo enunciado descriptivo de momentos constitutivos del ser viviente humano *como humano* incluye siempre, necesariamente (por ser un ser humano y no otra cosa) y desde su origen, una autorreflexión responsable que «entrega» su propia vida a la exigencia de conservarla”.<sup>450</sup> Por consiguiente, esta libertad (humana) y autorreflexiva (humana) genera

---

<sup>447</sup> Cfr. 2002: 136.

<sup>448</sup> DUSSEL, 2002: 136.

<sup>449</sup> Véase, DUSSEL, 2002: 136.

<sup>450</sup> DUSSEL, 2002: 137.

un horizonte a las decisiones no “estimúlicas”<sup>451</sup> entre la seguridad del instinto y la pura arbitrariedad de una libertad sin límites, por tanto, la ética –sostiene correctamente DUSSEL– “«enmarca» una conducta regulada por deberes, obligaciones, exigencias racionales (que tienen como parámetro material la frontera que divide la vida de la muerte)”,<sup>452</sup> y en tanto esto genere el ejercicio de la autoconciencia, se “...abre la posibilidad de la autorresponsabilidad autónoma; responsabilidad por la cual el ser humano «toma a su cargo»...las mediaciones, posibilidades o acciones como exigencias de la realización de la *propia* vida humana, comunitariamente, y, como último horizonte implícito, de toda la humanidad. La vida está bajo su responsabilidad. Es lo propio y exclusivo del *modo de realidad* de la vida humana: *tenerse bajo su propia responsabilidad*”.<sup>453</sup>

Es aquí donde intentaré armonizar dos proyectos desarrollos paralelamente al de DUSSEL, quien a lo largo de su obra ética, no existe confrontación alguna, me refiero al principio de responsabilidad de Hans JONAS y de la ética práctica de Peter SINGER de quienes también advierto una ética material, a fin de confrontar esta visión ética con la desarrollada por NINO, en aras de obtener mejores presupuestos metodológicos para la fundamentación de la autonomía práctica del sujeto moral.

En primer lugar, Hans JONAS concede una nueva dimensión a la responsabilidad al proyectarla hacia el futuro al no ser ya la actuación en una sola dimensión individual, sino que adquiere una mayor importancia y protagonismo la acción colectiva y el sujeto colectivo,<sup>454</sup> la responsabilidad por las generaciones futuras, la precariedad por la naturaleza, esto debido a los alcances inimaginables que se han logrado con la tecnología en beneficio de las relaciones humanas y con la propia naturaleza, como también con

---

<sup>451</sup> Esta expresión corresponde al lenguaje Xavier ZUBIRI, con quien DUSSEL estudiaría en la Universidad Complutense de Madrid, por lo que creo que, de él toma este concepto para explicar el proceso de aprehensión sensible desarrollado por el filósofo español en el hombre.

<sup>452</sup> DUSSEL, 2002: 137.

<sup>453</sup> DUSSEL, 2002: 138.

<sup>454</sup> DUSSEL, 2002: 379, también sostiene este planteamiento desde su propia filosofía de la liberación “¿Quiénes son los re-sponsables de la «aplicación»?...es la misma comunidad constituida por la víctimas que se autorre-conocen como dignas y afirman, como autorres-ponsables de su liberación, la encargada de aplicar en primer lugar el principio ético-crítico”.

efectos negativos, por ejemplo, el cambio climático,<sup>455</sup> generando nuevos riesgos y amenazas en la configuración técnica del mundo y en nuestra autocomprensión ética como seres humanos.<sup>456</sup>

Son dos obras en las que Jonas elabora su propuesta ética del principio de responsabilidad, *El principio vida. Hacia una biología filosófica* y, por supuesto, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. En la segunda obra citada, presenta una clara influencia de HEIDEGGER (técnica), BLOCH (utopía), KANT (deberes morales), ARISTÓTELES (finalismo) y hasta del propio SINGER (ecología), con quienes construye su postulado teórico-conceptual de la responsabilidad para una ética en la era de la tecnología.

Por ende, las reflexiones de JONAS<sup>457</sup> fueron canalizadas hacia la proliferación de armas y tecnologías nucleares, la generalización de tecnologías genéticas y biológicas y la crisis ecológica global, para ello, la filosofía tiene el deber imperioso de aportar una respuesta y desarrollar un pensamiento que asegure la supervivencia de la tierra, el cuidado y salud de la biosfera y de la dimensión interior de la vida (los códigos genéticos), como el mismo lo refiere:

“La enormidad de nuestro poder a partir de sus posibles consecuencias, exigió que el concepto de responsabilidad se situara en el centro de la ética, a un tiempo que su elaboración, en virtud de la evidencia de lo que está en juego, se convertirá para mí en la primera obligación de aquella misma responsabilidad. Se trataba de una nueva forma de responsabilidad, como ninguna otra ética tuvo que tomar en consideración. Las nuevas dimensiones del poder tecnológico aumentan considerablemente las consecuencias de nuestras acciones expandiendo nuestra responsabilidad hacia aspectos antes inauditos, y por tanto, nunca meditados desde un punto de vista ético. Todo esto impone a la responsabilidad moral tareas radicalmente nuevas. Una de ellas es, en primer lugar, repensar nuestra responsabilidad. Esto es lo que me sucedió. Y así llego el otoño de mi

---

<sup>455</sup> DUSSEL, 2002: 309, utiliza el término “destrucción ecológica”, al realizar la crítica ética del sistema vigente, desde la negatividad de las propias víctimas.

<sup>456</sup> JONAS, 1995: 34, “Ninguna ética anterior hubo de tener en cuenta las condiciones globales de la vida humana ni el futuro remoto, más aún, la existencia misma de la especie. El hecho de que precisamente hoy estén en juego esas cosas exige, en una palabra, una nueva concepción nueva de los derechos y deberes, algo para lo que ninguna ética ni metafísica anterior proporciona los principios y menos aún una doctrina ya lista”.

<sup>457</sup> 2005: 352-353.



vida”.<sup>458</sup> Igualmente, Dussel coincide con este planteamiento al postularse por una autorresponsabilidad”.<sup>459</sup>

Tanto JONAS como DUSSEL concuerdan en un presupuesto empírico para la reflexión ética,<sup>460</sup> a fin de generar un nuevo imperativo que apele no al acto consigo mismo, sino a la concordancia de sus efectos últimos con la continuidad de la actividad humana en el futuro, por ello, las dos visiones al ser pretensiones de universalización, no son de ninguna manera hipotéticas, es decir, “no es la mera transferencia lógica del «yo» individual a un «todo» imaginario y sin ningún vínculo causal con ello («si todos obraran así»)”<sup>461</sup>, mediante la responsabilidad, el todo colectivo generaría la configuración del estado universal de las cosas, permitiendo la aplicación del nuevo imperativo hacia un futuro real previsible de la sobrevivencia (DUSSEL) como dimensión abierta de nuestra responsabilidad, por un deber para con la descendencia en general (JONAS).

De ahí que el objetivo de *El principio vida* haya sido un intento de seguir con el mismo énfasis en que su otro texto, sobre la importancia de la ética en los órganos vivos, esto es, en el propio cuerpo y no en algo más lejano a nuestra cotidianidad<sup>462</sup>, pero esto solo será posible dice JONAS mediante una fundamentación de la ética desde la ontología con cimientos de la metafísica:

“La ontología como fundamento de la ética era el punto de vista original de la filosofía. La separación entre una y otra, que equivale a la separación entre el reino «objetivo» y el «subjetivo»,

---

<sup>458</sup> JONAS, 2001: 151.

<sup>459</sup> 2001b: 119, al sostener que “el que actúa éticamente *debe* (como obligación) producir, reproducir y desarrollar autorresponsablemente la vida concreta de cada sujeto humano, contando con enunciados normativos con *pretensión de verdad práctica*, en una *comunidad de vida* (desde una “vida buena” cultural e histórica, con su modo de concebir la felicidad, en una cierta referencia a los valores y a una manera fundamental de comprender el ser como deber-ser, por ello con *pretensión de rectitud* también), que se comparte pulsional y solidariamente teniendo como horizonte último a toda la humanidad, es decir, con pretensión de *universalidad*”.

<sup>460</sup> JONAS, 1995: 39-41; DUSSEL, 2001b: 124.

<sup>461</sup> JONAS, 1995: 41; DUSSEL 2001b: 330-331.

<sup>462</sup> JONAS, 2005: 341. “Mi tesis era que la esencia de la realidad se expresa del modo más acabado en la existencia física del organismo, no en el átomo, no en la molécula, no en el cristal, tampoco en los planetas ni en astros, etc., sino en el organismo vivo, que es sin duda cuerpo, pero que esconde en su seno algo más allá del mero ser mudo de la materia. Sólo si partimos de este punto es posible formular una teoría del ser. Tenía claro que a partir de ahí debía seguir investigando y rastrear las consecuencias. De ahí que el libro termine con un epílogo sobre por qué una filosofía de lo orgánico debe conducir forzosamente a una ética, que en el fondo ya se encuentra ahí en ciernes, pero que requiere un desarrollo”.

es el destino moderno. Su reunificación solo puede efectuarse, si es que realmente puede efectuarse desde el lado objetivo, es decir, mediante una revisión de la idea de naturaleza. Y es la naturaleza en devenir, más bien que la naturaleza permanente, lo que ofrece mejores perspectivas de éxito a este respecto...De ahí se seguirá un principio de la ética que en último término no estaría fundado en la autonomía del sí mismo ni en las necesidades de la sociedad, sino en una asignación objetiva por parte de la naturaleza del todo...tal que incluso el último miembro de una humanidad moribundo pudiese ser fiel en su última soledad”.<sup>463</sup>

Por supuesto que DUSSEL no desarrolla este presupuesto metafísico propugnado por JONAS en aras de postulado ético material, pero tampoco Dussel lo rechazaría completamente, por considerar fundamental la corporalidad orgánica de la existencia ética, aclarando que la conciencia no interviene siempre, pero es determinante en la intervención “crítica, correctiva de los efectos perversos no-intencionales”,<sup>464</sup> en cambio, el análisis ontológico que también es presentado en HEIDEGGER, MACINTYRE y TAYLOR es aplicable también al mundo de las víctimas, afectados, explotados o excluidos, ya que al prestar atención –dice DUSSEL- al aspecto positivo a su realidad, se deja a un lado el objeto formal vacío del sujeto, por la sencilla razón, de ser parte del mundo pleno de sentido, con una memoria de sus gestas, una cultura, una comunidad, el «nosotros-estamos-siendo» como realidad «re-sistente».<sup>465</sup>

Otro aspecto relevante de JONAS en su ética material es ¿hasta dónde llega en el futuro la responsabilidad política?, en el cual trasciende el aspecto temporal del principio de responsabilidad, consistente en “...que cualquier responsabilidad total es también responsable de que, más allá de su propio cumplimiento, siga siendo posible en el futuro la acción responsable”,<sup>466</sup> lo que para DUSSEL sería la toma de conciencia crítico-monológica

---

<sup>463</sup> JONAS, 2000: 326.

<sup>464</sup> DUSSEL, 2002: 93. “Se trata de los estudios empíricos de la biología cerebral que nos permitirán, sin caer en reduccionismos o en el naturalismo o darwinismo ético, recuperar la dimensión de la *corporalidad* con procesos orgánicos altamente autorreferenciales tan dejada de lado por las morales formales, y para enmarcar más estrictamente las pretensiones no siempre válidas de las éticas materiales”.

<sup>465</sup> DUSSEL, 2002: 418-419.

<sup>466</sup> JONAS, 1995: 199. Más adelante lo explica de esta manera: 201. “Tales proyecciones nos anticipan más cosas y lo hacen con más precisión y mayor antelación de lo que pudieron hacerlo cualquiera predicciones anteriores, pero también tienen que dejar más cosas sin determinar. Tales proyecciones dicen así: a partir de los datos y tendencias actuales (el dinamismo es contemplado también en los cálculos) se prevé para 1995 tal situación de abastecimiento energético, para el año 2000 tal otra; con ciertos avances en alguna de las técnicas que están desarrollándose, por ejemplo la atómica –para acelerar el cálculo anterior proporciona un motivo–,

es transformada rápidamente en un acto comunitario de “acuerdo”, de consenso y lo aplica al caso de Rigoberta MENCHÚ, (premio Nobel de la Paz en 1992), al referir “«Rigoberta-su pueblo» han tenido desde siempre su cultura, la han despreciado y nadie les había enseñado a valorarla; han sufrido una opresión y exclusión espantosa; de pronto comienza la toma de conciencia ético-crítica de esa opresión-exclusión, del hecho de ser víctimas; eso es posible desde la *afirmación* de su propio ser valioso; desde esa afirmación comienza una lucha de liberación con conciencia ética de ser víctima”,<sup>467</sup> y es aquí donde el autor, centra todo su esfuerzo por delimitar qué tipo de racionalidad nos permite abrirnos al Otro como otro aún en su Exterioridad, antes, en y después de los momentos funcionales de los sistemas (proposicionales, [analíticos], argumentativos o pragmáticos,<sup>468</sup> textuales,<sup>469</sup> instrumentales,<sup>470</sup> políticos,<sup>471</sup> económicos<sup>472</sup>), a lo cual postula una “razón-práctico-material” consistente en discernir en “...las mediaciones para la reproducción y desarrollo de la vida del sujeto humano; pero aún más exactamente denominamos «razón ético-preoriginaria» a un *tipo específico de racionalidad* que re-conoce a la víctima excluida”,<sup>473</sup> razón que encuentra su fundamento en la experiencia (empírica material) “como responsabilidad-por-el-Otro antes de toda decisión, compromiso, expresión lingüística o comunicación a su respecto”.<sup>474</sup>

---

el panorama puede mejorar de tal y tal modo. De realizarse los esfuerzos necesarios podremos contar, según nos dice la experiencia, con tales avances. No es algo completamente seguro, pero sí lo bastante seguro como para ordenar que se lleve a cabo el esfuerzo y (si el asunto es importante) justificar el riesgo de un fracaso costoso. Con ello la predicción del irrumpe en la política práctica (véase el «proyecto Manhattan»), en el sentido de que la acción inspirada por la predicción es la que debe promover o impedir que ésta se cumpla. Especialmente esto último es en general la *prima causa*, pues, en cuanto aviso, la predicción es con razón un motivo que provoca la precaución del gobernante –una imperiosa apelación a la responsabilidad-, un motivo más poderoso que la promesa...Desde esta perspectiva cabe comprender la función de los cálculos de población para los próximos decenios y el próximo siglo. El aumento de las tasas de población, que resulta imparable (si nos es mediante el exterminio), exige tomar tiempo las medias oportunas ante las necesidades alimenticias y de otro tipo, evitando también la destrucción del medio ambiente. Aparte de esto, el conocimiento de los posibles efectos de nuestras acciones reclama una política que corrija el rumbo hacia lo catastrófico que se está tomando”.

<sup>467</sup> DUSSEL, 2002: 417. “El nuevo punto de partida se origina desde la *experiencia ética* de la «exposición» en el cara-a-cara: «Me llamo Rigoberta Menchú», o el «¡Heme aquí!» abriendo la camisa y descubriendo el pecho ante el pelotón de fusilamiento de Levinas”.

<sup>468</sup> APEL y HABERMAS.

<sup>469</sup> RICOEUR.

<sup>470</sup> WEBER y POPPER.

<sup>471</sup> RAWLS.

<sup>472</sup> MARX.

<sup>473</sup> DUSSEL, 2002: 419.

<sup>474</sup> DUSSEL, 2002: 419. Para lo cual DUSSEL agrega “Es el momento ilocucionario mismo en el origen de todo «acto-de-habla»: «Yo-te digo que...»; es la intención constitutiva anterior al «acto-de-trabajo», a toda

Ahora bien, el otro proyecto ético material que deseo vincular con el de DUSSEL es el del filósofo australiano Peter SINGER, por existir un paralelismo en el “principio-liberación” que DUSSEL analiza en el último capítulo de obra ética, “ahora estudiaremos el *desarrollo creativo y liberador estratégico de esta vida*”.<sup>475</sup>

“Aparece, pues, la posibilidad de la explotación y la dominación. Acaparar y concentrar los medios materiales de la *vida* es destruir las posibilidades *de vida del otro*, ya que lo que se concentra y se quita no son simples riquezas sino medios de vida (...) La dominación hace posible la explotación y ésta da materialidad a la dominación (...) Ninguna dominación puede ser definitiva *sin el majeo de la distribución de los medios materiales de la vida*”.<sup>476</sup>

Este mismo planteamiento será generado por SINGER al defender una teoría de la justicia o ética global centrada en la redistribución de la riqueza como solución a las situaciones del hambre, malnutrición y pobreza absoluta existente en el mundo. A juicio de SINGER, los países que viven en condiciones de lo podríamos denominar “riqueza absoluta”, esto es, aquellos en los que sus ciudadanos disfrutan de “ingresos por encima del nivel necesario para satisfacer las necesidades básicas de uno mismos y de los suyos”,<sup>477</sup> deberían transferir parte de su PIB a aquellos otros que se encuentran en pobreza absoluta. Lo original de SINGER es en el intento de expandir el círculo de los obligados a hacer lo posible para terminar con tales situaciones hasta incluir no sólo a los gobiernos sino también a los ciudadanos de los países ricos.<sup>478</sup> A su juicio, los que vivimos en esta parte del globo

---

división del trabajo, a toda pretensión de eficacia en la factibilidad o co-solidaridad para con el Otro. Es el «Decir (*Dire*)», antes de todo «lo dicho (*le dit*)» (aun del argumento); es un «estar-expuesto» en la propia piel ante-el-Otro; es el momento primero en el que consiste «la racionalidad misma de la razón». La crítica tiene su fuente en el momento práctico por excelencia de la «razón ético-preoriginaria» que establece el «estar-siendo-por-el-Otro», como re-sponsabilidad *a priori*, en el «cara-a-cara» de la «proximidad».

<sup>475</sup> DUSSEL, 2002: 495, principio que contextualiza desde con la caída del Muro de Berlín de 1989, y separación de la Unión Soviética, así como del colapso en el socialismo en la Europa del Este, o la derrota del sandinismo, podrían ser temas superados para países de primer mundo, pero no para los de la periferia, como África, América Latina, Asia o la propia Europa del Este.

<sup>476</sup> DUSSEL, 2002: 499.

<sup>477</sup> SINGER, 1995: 217-307.

<sup>478</sup> El esfuerzo de SINGER, 1995, por plantear el problema de la pobreza, trae de fondo todo un estudio sobre una ética para vivir mejor. En este texto, SINGER explica los problemas que han generado las redes morales, así como la pérdida de la costumbre y la comunidad, buscando encontrar la respuesta a los motivos que tiene el individuo para comportarse éticamente, ya que para el filósofo australiano, una comprensión de la ética, p. 207, “es aquella que nos permita tener en cuenta las circunstancias especiales en que nos encontramos –dice Singer- es ya un gran paso hacia la obtención de una ética útil para guiar nuestras vidas”.

tendríamos un deber moral de acabar con el sufrimiento de las personas que padecen hambre y miseria, aunque no nos una a ellos ningún vínculo político o jurídico, simplemente por tratarse de seres humanos.<sup>479</sup> Por ello, su propuesta inmersa en el utilitarismo, representa una de las teorías éticas que lleva hasta sus últimas consecuencias los principios básicos del cosmopolitismo ético, como son la igualdad moral de todos los individuos y la irrelevancia moral de las fronteras. La esencia de su argumento moral es “que los intereses de todas las personas deben contar por igual y que la localización geográfica y la ciudadanía no tienen valor por sí mismos a la hora de determinar los derechos y obligaciones de los individuos”,<sup>480</sup> por lo que en esencia su análisis utilitarista, radicará en la imparcialidad (la cual distingue entre una de primer y segundo orden<sup>481</sup>), para su estudio ético de la pobreza. Sin embargo, aunque SINGER admite la influencia de HUME relacionada a la dependencia de la razón en los deseos, los que generan razones para la acción, difiere que la simpatía o la compasión puedan constituir ni el fundamento ni tampoco el principal elemento que motive al cumplimiento de los deberes positivos, al contrario, sostiene SINGER que el fundamento está en el altruismo, aún y cuando existan criterios dirigidos a señalar que el altruismo aplica perfectamente a los más cercanos a uno y, no directamente a los extraños, pero no para él, “No supone ninguna diferencia moral si la persona a la que ayudo es el hijo de un vecino que está a unos pocos metros de distancia o bien un bengalí cuyo nombre nunca conoceré y que se encuentra a más de diez mil kilómetros”<sup>482</sup> y es ahí, donde precisamente, SINGER trata de avanzar con mayor amplitud su postulado ético de la imparcialidad, mediante la razón, ante respuestas naturales como

---

<sup>479</sup> Cfr. SINGER, 1995: 275 y ss.; y 2003. Sobre este planteamiento de SINGER, véase con mayor detenimiento, ARCOS RAMÍREZ, 2009: 51-53.

<sup>480</sup> SINGER, 2002: 121.

<sup>481</sup> Cfr. ARCOS RAMÍREZ, 2009: 57. explica la distinción de imparcialidad hecha por SINGER: “La de primer orden requiere que los principios morales tenga un *alcance* universal, excluyendo por ello aquellas teorías éticas que privilegian en su misma formulación a un grupo de personas o alguna perspectiva particular. Como deja claro en la introducción a su *Ética Práctica*, el punto de vista ético debe ser imparcial y, de alguna manera, la universalidad trata de capturar su significado. La imparcialidad formal brotaría de nuestra reflexión racional sobre las propiedades de los términos del lenguaje y de la exigencia de tratar igual los casos iguales. En este plano, Singer estima que el fundamento de la imparcialidad se correspondería con la exigencia señalada por Hare de que los juicios morales deban ser universalizables esto es, que el que los proclamase debería estar preparado para prescribir que fueran llevado a cabo en todas las situaciones reales e hipotéticas, no sólo en que se beneficia de ellas, sino también en aquellas en que está entre los perdedores”.

<sup>482</sup> SINGER, 2003: 170.

éstas,<sup>483</sup> con el propósito de generar una transformación en el mundo fáctico mediante deberes (normativos) impuestos por la razón, tal y como lo desarrolla DUSSEL con el principio-liberación, el cual enuncia el deber-ser que exige el cumplimiento por las víctimas, oprimidos, excluidos, etcétera, bajo su-responsabilidad,<sup>484</sup> en tanto, la razón estratégico crítica estudia la factibilidad y realiza con eficiencia concreta la de-construcción de lo negativo y las “transformaciones posibles”, a fin de que las víctimas o excluidos estén en condiciones de participar “simétricamente” en las decisiones,<sup>485</sup> siendo claro DUSSEL con el sentido de su razón crítico-ético:

“La razón discursiva misma puede ser “funcional” al sistema vigente o intersubjetivamente “crítica”. Pienso que hemos dado un paso adelante. Hemos partido de la posición fuerte, crítica (negativa y material) de la *primera* Escuela de Frankfurt, y ahora “subsumimos” también, dentro del paradigma lingüístico-discursivo de la *segunda* Escuela de Frankfurt, dicha “crítica”. La “crítica” de la que hablamos nada tiene que ver con el “critical thinking” teórico de un Stephan Toulmin o Hans Albert, pero tampoco exactamente con la “emancipación” habermasiana como Ilustración discursiva. Se trata de la “crítica ética” que parte del “ponerse de parte de” la víctima empírica e intersubjetivamente, considerando su negatividad material (con “a” en alemán). Cuando el científico solidario (el “intelectual orgánico” de Gramsci) ha adoptado esta perspectiva práctico-intersubjetiva, discursiva y proyecta un programa de investigación que busca “explicar” –según los mejores “recursos” científicos a disposición- la “causa” de la negatividad de las víctimas, obtenemos la “posición” *desde donde* se desarrollan las “ciencias sociales críticas” (e igualmente la Filosofía de la Liberación y su Ética, que es su necesaria introducción)”.<sup>486</sup>

Una vez planteado los fundamentos de una ética material a la luz del pensamiento de DUSSEL, bajo un principio-liberación, desarrollado por el concepto de “responsabilidad”, a través del criterio de la razón crítico-ético que ubique simétricamente a las víctimas de un

---

<sup>483</sup> Cfr. ARCOS RAMÍREZ, 2009: 62. “...Singer insiste en que la motivación para expandir la incumbencia moral no debería encontrarse sólo ni principalmente en las emociones sino en la misma razón. Si la imparcialidad no funciona siempre como ese estímulo para observar los deberes de ayuda, eso no deja de ser más que una descripción acerca de lo que ocurre de facto y, como es lugar común desde Hume, no parece que sea posible derivar consecuencias normativas de los hechos ni, por tanto, tampoco negar que debemos ser imparciales bajo la premisa de que pudiendo no habitamos a serlo. No hay nada de contradictorio en afirmar al mismo tiempo que “Todo el mundo debe hacer X” y que “es cierto que la mayoría de la gente no hará X”.

<sup>484</sup> DUSSEL, 2002: 554. “Es todo la cuestión de la factibilidad crítica de la praxis, del «poder» transformar la realidad contando con la «posibilidad» fáctica o empírica, con las condiciones (técnicas, económicas, políticas, culturales, etc.) para un efectuar un tal cambio”.

<sup>485</sup> 2001c: 84.

<sup>486</sup> 2001d: 377.

sistema global parcial y opresor por determinados grupos de poder,<sup>487</sup> que igualmente se ha visto reflejado en los intentos de-constructivos por parte de JONAS y SINGER<sup>488</sup> en sus respectivos campos de la ética material, surge la cuestión de cómo implementar o instaurar esta razón crítico-ético en las instituciones mediante políticas públicas, para ello, recurre a la obra de Luis VILLORO.

## 2.2. Segundo momento en la construcción del sujeto moral: Luis VILLORO.

Luis VILLORO ha sido uno de los filósofos mexicanos más activos durante el siglo XX, en el estudio y la difusión del existencialismo, la fenomenología, la filosofía analítica, el marxismo, el comunitarismo, entre otras corrientes filosóficas, cuya amplitud y originalidad intelectual me permitirán enlazarlo con la ética de la liberación de DUSSEL y posteriormente, con la ética de Carlos NINO, en aras de construir un fundamento ético del sujeto moral.<sup>489</sup>

El ambiente académico político en el que VILLORO se forma a mediados del siglo XX, fue gracias a su participación con el grupo Hiperión conformado, entre otros, por quien llegar a ser su mentor intelectual Leopoldo ZEA,<sup>490</sup> y de otros grandes pensadores nacionales como Emilio URANGA, Jorge PORTILLA, Joaquín SÁNCHEZ MCGREGOR, Salvador REYES NARVÁEZ, Fausto VEGA, Ricardo GUERRA,<sup>491</sup> quienes optaron por aplicar

---

<sup>487</sup> Sobre este punto, cfr. DUSSEL, 2002: 451, 502.

<sup>488</sup> Por supuesto que, únicamente SINGER ha dado un cuidado a la salvación de los no humanos, con su *Movimiento de Liberación Animal* que desde la década de los setenta inició y que hoy en día tiene gran difusión a nivel mundial, proyecto que va en la misma dirección que el propugnado por DUSSEL a lo largo de toda su vida a la liberación de los seres humanos, por lo que resultan ser compatibles, y más aún, complementarios estos dos proyectos éticos de liberación, que a su vez intentaré presentar armónicamente en el ámbito de los Derechos Humanos elaborado por Carlos NINO mediante una ética analítica y de la democracia deliberativa a lo largo de este trabajo.

<sup>489</sup> Objetivo que en el siguiente tercero, empezaré a trazar las líneas básicas en su discusión teórico conceptual que ha desembocado la confrontación entre liberales y comunitaristas.

<sup>490</sup> La obra de ZEA es un referente invaluable para el pensamiento de VILLORO principalmente en los trabajos de 1968, cuya primera edición data de 1943, publicado por el Colegio de México en dos volúmenes y 1946, estas dos obras considero habrán sido las más leídas por VILLORO en su influencia intelectual por la filosofía del mexicano; 1948, 1953: principalmente Capítulo X, 1953a y 1965.

<sup>491</sup> Cfr. BEORLEGUI, 2004: 605. “Los objetivos del grupo no se ceñían a ser un grupo interno de reflexión, sino que aspiraban a influir en el entorno cultural mexicano”; HURTADO, 2006: IX. “Dentro del grupo había, como era natural, varias diferencias y asimetrías. Zea era el de mayor edad, se acercaba a los cuarenta años hacia

el bagaje filosófico europeo a la comprensión crítica y activamente transformadora de la realidad en México,<sup>492</sup> ejemplo de este compromiso intelectual fue su trabajo presentado el 29 de octubre de 1948,<sup>493</sup> en la Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM, intitulado “Soledad y comunión”,<sup>494</sup> donde VILLORO presenta un estudio sobre la existencia concreta del hombre de carne y hueso y su libertad, frente a su soledad y las relaciones con los otros. Conceptos desarrollados en las obras de pensadores como HEGEL, KIERKEGAARD, SCHELER, GABRIEL MARCEL, entre otros, para sostener que “al aprehender el *tú*, no abandono mi soledad, sino que la afirmo frente al otro”,<sup>495</sup> afirmación notoriamente dialéctica “Luchando contra todo impulso de esclavizar al otro, lo mantengo en su libertad, lo quiero en la solitaria angustia de su elección. Entonces mi intervención en su acto se transforma en llamado, en *invocación*. Nada puedo determinar al otro, no puedo convertirme en motivo eficiente de su acción. Su libertad permanece intacta, y habrá de elegir en angustia y en absurdo. Solo puedo exhortarlo, invocar en él su libertad para que responda”,<sup>496</sup> así como también la alteridad. En fin, temas por demás esenciales en los primeros estudios de DUSSEL<sup>497</sup> para la fundamentación de una ética material, en la que reconozca, atienda, identifique al ser humano *viviente*.

A partir de 1950, VILLORO a diferencia de los demás hiperiones, centra su atención en el problema del indigenismo en México,<sup>498</sup> analizando la “conciencia indigenista”, esto es, la forma como el mexicano ha visto al indio, no tanto en sí mismo, sino mediante los españoles, criollos y mestizos,<sup>499</sup> lográndolo plantear mediante el método dialéctico, así como también un cuidado al enfoque histórico en la comprensión del ser del mexicano,<sup>500</sup>

---

1950, y ya era, para entonces, un conocido profesor de filosofía. Uranga y Villoro tenían poco menos de treinta años y eran alumnos avanzados y brillantes de la carrera de filosofía”.

<sup>492</sup> Cfr. TEODORO RAMÍREZ, 2009: 843. El propio VILLORO, 1980: pp. 607-617, deja ver claramente su influencia por Leopoldo ZEA.

<sup>493</sup> Este mismo año fue instaurado los trabajos del grupo Hiperión, con un ciclo de conferencias sobre el existencialismo francés, véase al respecto, HURTADO, 2006: IX; BEORLEGUI, 2004: 606.

<sup>494</sup> Cfr. VILLORO, 2006:113-138.

<sup>495</sup> VILLORO, 2006: 136.

<sup>496</sup> VILLORO, 2006: 136

<sup>497</sup> DUSSEL, 1977: 35, 56-64; con mayor profundidad, DUSSEL, 1977a: 51-63, 89-96.

<sup>498</sup> Destacándose dos trabajos, VILLORO, 2006a: 139-154; y 1998. La obra que utilizaré será la 2ª reimpresión, pero la 1ª edición data de 1950, editada por el COLMEX.

<sup>499</sup> Sobre el estudio de la obra de VILLORO, véase BEORLEGUI, 2004: 610-612.

<sup>500</sup> Quienes por primera vez pusieron el tema a discusión, fueron Antonio CASO, José VASCONCELOS, Samuel RAMOS y Edmundo O’GORMAN. Sobre este aspecto, HURTADO, 2006: XVI. “Escritores como Alfonso Reyes,



aplicándolo ahora en su obra *El proceso ideológico de la revolución de independencia*, pero ahora desde una perspectiva filosófico-antropológicas (problemas de la acción, la libertad, la función de las ideologías en los procesos sociales, entre otros), además de mostrar con total claridad un desarrollo histórico del país, a decir de TEODORO RAMÍREZ: “Violencia” como negación y desconocimiento del “otro”, “violencia” como ideológica negación de la “realidad”, como intento por evadir la irremediable contextura temporal de nuestro ser. “Violencia, en fin, como incapacidad de “comprender”, de “conocer” y de “razonar”, esto es, “pensar”.<sup>501</sup> Este método crítico-dialéctico le permite a Villoro evaluar y actualizar sus aportes en función de problemáticas que respondían a un proyecto filosófico propio.<sup>502</sup>

Es ya así como logra explicar su propia filosofía VILLORO, en el campo de la racionalidad mediante sus estudios fenomenológicos de HUSSERL<sup>503</sup> y la vía reflexiva de DESCARTES,<sup>504</sup> para que finalmente escriba una filosofía analítica, particularmente, en la teoría del conocimiento, pero nunca sin perder su preocupación por las cuestiones sociales, generando una estrecha relación entre el conocimiento y la vida y praxis sociales, los problemas éticos del saber, la naturaleza del pensamiento ideológico, entre otros temas, que

---

Rodolfo Usigli y Agustín Yañez, que habían publicado con anterioridad ensayos sobre lo mexicano, vuelven a abordar el tema convocados por el grupo o prestan sus textos para que sean reeditados. Lo mismo sucede con destacados escritores del exilio español como José Moreno Villa, con su *Cornucopia de lo mexicano*, y Luis Cenuda, con sus *Variaciones sobre tema mexicano*. El filósofo transterrado José Gaos, maestro de los hiperiones y gran promotor del estudio del pensamiento iberoamericano, escribe un libro en dos tomos sobre la filosofía mexicana y la filosofía de lo mexicano. Samuel Ramos, autor de *El perfil del hombre y la cultura en México*, retoma el tema y debate con Uranga. Octavio Paz publica en aquel entorno de ideas un libro profundo y perdurable: *El laberinto de la soledad*. La importancia del método histórico en la comprensión del mexicano, se vería reflejado en VILLORO por ejemplo, 1981: 171-176.

<sup>501</sup> Cfr. 2009: 843. “Por esto, la “solución” que el pensamiento puede aportar a la problemática de México consiste, en principio, en el propio ejercicio del “pensamiento”, esto es, en asumir como tarea la necesaria incorporación del acto crítico-reflexivo en la realidad sociocultural, la integración de la filosofía al proceso de la praxis colectiva y a la discusión pública de nuestros problemas y posibilidades como sociedad”.

<sup>502</sup> TEODORO RAMÍREZ, 2010: 19. “Es ya común recordar el año 1967 como fecha oficial de aparición de la corriente analítica en la filosofía mexicana. En ese año, Fernando Salmerón, Alejandro Rossi y Luis Villoro inician la publicación de la revista *Crítica*, órgano del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México. De hecho, esta revista y un buen número de miembros del propio Instituto trabajaron durante varios años bajo la égida de la filosofía analítica. La predominancia que en los Estados Unidos tenía esta corriente hizo suponer a más de algún suspicaz que se trataba de un instrumento del colonialismo cultural, como si todo lo que viniera de Estados Unidos tuviera indefectiblemente ese carácter, y como si otras corrientes teóricas defendidas como más autóctonas no debieran nada a pensadores y corrientes de otros países”.

<sup>503</sup> 1975.

<sup>504</sup> 2009.

en síntesis gravitan en *a)* una teoría de los valores éticos, *b)* una teoría de la política y *c)* una teoría de la relación entre ética y política.

TEODORO RAMÍREZ<sup>505</sup> lo explica puntualmente “Esta alternativa se realiza, y en esto radica su especificidad, a través de una concepción plural y pluralista de la razón, misma que se desenvuelve en tres momentos dialécticamente interrelacionados: a] Una *razón teórica* al estilo más clásico, que actualiza y mantiene los valores del pensamiento discursivo, metódico, crítico y analítico (asunto de la teoría del conocimiento de Villoro); b] Una razón práctica, que defiende la dimensión axiológica de la praxis humana, bajo una idea de la unidad ético-política en la vida social, y c] Una “*razón hermenéutica*” (no elucidada así por Villoro) que reconoce y asume los límites de la razón, y se abre a la interpretación y comprensión de las formas “no racionales” de la experiencia y la praxis: la experiencia místico-religiosa, la estético-artística, y la erótico-amorosa”.

Tal descripción intelectual de la obra de VILLORO se ciñe en mantener una defensa razonable de la racionalidad “Necesitamos conducirnos conforme a la razón, reconociendo, a la vez, que la razón no lo es todo, y que no es “racional” querer negar o ignorar esto, pues precisamente de ahí vienen las peores formas de irracionalidad, las posturas ideológicas más dañinas, aquellas que se creen indiscutiblemente válidas y que están justificadas para imponerse a cualquier precio”,<sup>506</sup> esto le permite establecer normas de justificación racional,<sup>507</sup> en tanto, la creencia y el conocimiento sean aplicados a la práctica, a fin de no quedarse en un juicio de “deber”, como un juicio hipotético señalando el medio que tenemos que emplear para lograr un fin propuesto, (aclarando que el “deber”, no es un término ético, sino pragmático), aún y cuando ese juicio hipotético pueda dar lugar a un juicio categórico, bajo el supuesto de que la realización del interés general de la especie

---

<sup>505</sup> Cfr. 2009: 844.

<sup>506</sup> Cfr. TEODORO RAMÍREZ, 2009: 844; también VELASCO GÓMEZ, 1998: 151, expone una serie de comentarios sobre el concepto de racionalidad desarrollado por Villoro, “Pero Villoro advierte que el hecho de que las creencias sobre valores no tengan que ser objetivas, en el sentido en que lo son las creencias científicas, no las condena a un relativismo escéptico y a la irracionalidad de los caprichos subjetivos. El dilema de tener que escoger entre dogmatismo o relativismo escéptico surge solamente si se plantea que la única racionalidad es la científica...Para superar este dilema, Luis Villoro propone otro tipo de racionalidad que no es demostrativa, ni arriba a juicios apodícticos y universales. Se trata, dice Villoro, utilizando una expresión de Carlos Pereda, de una «racionalidad incierta»”.

<sup>507</sup> Cfr. VILLORO, 1989: 280, la racionalidad en Villoro significa “...tendencia a lograr razones suficientes y adecuadas para nuestras creencias, que garanticen su verdad, y a procurar que nuestras acciones sean congruentes con esas creencias. La racionalidad sería el medio para que nuestras disposiciones a actuar alcancen efectivamente la realidad. Y éste es un fin que responde...al interés general de la especie”.

constituye una norma universal,<sup>508</sup> ya que para Villoro las preguntas filosóficas, siempre se habrán de referir a temas universales y pretenden responder necesidades de todo individuo o grupo de nuestra especie, pero siempre desde el seno de una determinada cultura y en un momento de su historia, esto es, cada comunidad está inmersa en un contexto distinto lo que permite hacer corresponder la reflexión con las necesidades reales de nuestro entorno social, mediante la discusión de propuestas de trabajo, crítica, controversia sobre todo lo que se declara o publica, más allá de la lengua castellana, advirtiendo que este tipo de preguntas filosóficas, si bien solo interesan a un sujeto racional, pero la selección de los temas obedece a necesidades de una comunidad dada en un contexto histórico; es obra del deseo colectivo, lo cual denota una clara importancia para VILLORO el estudio de la ética mediante la intersubjetividad, y por consiguiente es lo que denota una autenticidad de una producción filosófica.<sup>509</sup>

“De ese postulado ético se deriva, pues, la obligación de racionalidad en la comunidad. Los preceptos de una ética de las creencias deben ser tales que su cumplimiento haga posible una comunidad en el conocimiento y asegure, así, la realización del interés general. Corresponden, por lo tanto, a una ética de dimensión social. Son congruentes con la interpretación del conocimiento como una actividad que implica una dimensión comunitaria y que tiende a justificarse intersubjetivamente, pues expresan condiciones para que existan “comunidades epistémicas”, o “sapienciales”, a las que debe apelar una fundamentación adecuada del conocimiento. Meta regulativa de la acción es la realización de una comunidad que se guíe por la razón, en la adquisición, justificación y comunicación de las creencias. Lograr ese fin está en el interés de la conservación y perfeccionamiento de la especie humana. Los preceptos de una ética de las creencias enunciarán, a la vez, condiciones de racionalidad de nuestras creencias y normas para la supervivencia y perfeccionamiento de la especie. Para determinar las normas generales, deberemos fijarnos, por consiguiente, en las condiciones básicas que deben cumplirse para que se dé una racionalidad en la justificación y transmisión de las creencias”.<sup>510</sup>

Una vez señalado el contenido de la relación entre la creencia y el conocimiento, para su aplicación a la práctica, VILLORO ofrece una propuesta en términos práctico-institucionales

---

<sup>508</sup> VILLORO, 1989: 280.

<sup>509</sup> VILLORO, 1998a: 55-58. A principio de la década de los noventa, se publicó un libro sobre la obra de VILLORO, coordinado por E. GARZÓN VALDÉS y F. SALMERÓN, 1993; así como (2002), *Luis Villoro. Doctor Honoris Causa*, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Morelia, las cuales muestran el gran bagaje de temas abordados sobre Villoro, mismas que serán comentadas a lo largo del capítulo tercero.

<sup>510</sup> Cfr. VILLORO, 1989: 280 y 281.

y socioculturales mediante la conformación de una tradición filosófica nacional capaz de asumir su propio contexto histórico-cultural, que fomente una nueva forma de “Estado”,<sup>511</sup> de organización e integración de la sociedad, incluyendo a todos (diversidad cultural) con los valores de democracia, justicia, igualdad y libertad, en tanto, un comportamiento político conforme a la ética incluya la aceptación autónoma de valores objetivos y normas generales, así como también su implementación en una moral social, se podrá establecer una ética política que comprenda dos momentos “...la determinación de valores objetivos fundados en razones y el establecimiento de las condiciones que hagan posible su realización en bienes sociales concretos”.<sup>512</sup> Pero antes de aplicarlo a instituciones en el futuro se debe aclarar qué tipo de racionalidad será la más viable para su implementación, tal y como lo subraya DUSSEL, quien propone la “razón ética” al ser “el momento originario racional, anterior a todo otro ejercicio de la razón, por la que el Otro nos impacta *antes* de toda resolución o compromiso a su respecto; es la «re-sponsabilidad por el Otro» *a priori*, y como presupuesta ya siempre, dada en toda expresión lingüística proposicional, argumentativa, en toda comunicación, en todo consenso o acuerdo, en todo texto, en toda praxis”,<sup>513</sup> esto es, el origen del proceso de la liberación del pobre, de todo excluido<sup>514</sup> donde se buscan reconocer como iguales, como el Otro, en aras de ser libres, aunque “esa «libertad» futura es hoy sólo una utopía en la que se espera, por la que se lucha, desde la que se piensa como filosofía de la liberación”,<sup>515</sup> o en palabras de VILLORO<sup>516</sup> “la ideología y la utopía son los dos escollos en que puede sucumbir una racionalidad valorativa. Entre uno y otro debe levantarse la ética”, pero con un claro elemento denominativo de “ética disruptiva”,<sup>517</sup> el cual es el centro de su propuesta intelectual, al entender que éticamente

---

<sup>511</sup> El papel de la historia en la construcción del fundamento ético referido por VILLORO, también desempeña un ligar valioso para la Ética del Discurso de APEL, 2004: 63; y de igual manera para el proyecto filosófico de DUSSEL.

<sup>512</sup> Cfr. VILLORO, 1997: 225.

<sup>513</sup> DUSSEL, 2004: 244.

<sup>514</sup> Este tema ha sido detenidamente abordado por el propio VILLORO, 2000: 103-142. Trabajo que será analizado con mayor holgura en el siguiente capítulo, correspondiente a los presupuestos teóricos desarrollados por RAWLS en su Teoría de la Justicia.

<sup>515</sup> DUSSEL, 2004: 247.

<sup>516</sup> Cfr. VILLORO, 1997: 221. Sobre el concepto de ideología, véase VILLORO, 2007.

<sup>517</sup> VILLORO, 1998b: 41. “...una cultura no es una manera uniforme de vida, establecida de una vez para siempre, está transida de un conflicto permanente entre lo aceptado por la mayoría y las razones y valores que una minoría crítica propone, sin abandonar por ello las creencias básicas de esa cultura. No hay moral vigente sin posibilidades de disidencia de esa moral. No hay pensamiento reiterativo de creencias convencionales sin su contraparte: un pensamiento disruptivo de las ideologías establecidas. Toda cultura presenta una tensión

válida es aquella política que promueve una “disrupción”: la conversión radical de la “voluntad particular” en “voluntad general”, del convenio “conforme al poder” en convenio “conforme al valor”, del “burgués” en “ciudadano”, de la “sociedad burguesa” en “sociedad política”,<sup>518</sup> generando con ello un nuevo lenguaje político marxista a fin de integrar dos niveles de discursos en la práctica: el explicativo y el justificativo. Por un lado, las situaciones y relaciones sociales efectivas, reales (orden explicativo), y por el otro, los proyectos colectivos que suponen la aceptación de valores relativos a los intereses particulares de cada grupo social (orden justificativo).

En este sentido, Lucero MONTAÑO resume elocuentemente este planteamiento de VILLORO de la siguiente manera: “Los intereses de cada grupo social están condicionados en gran medida por su situación; los valores y fines colectivos serán pues diferentes de uno a otro grupo, pero sería excesivo establecer necesidades uniformes para todos los grupos. Sin embargo, las valoraciones de los distintos grupos sociales, aun si responden a necesidades y actitudes particulares, tienen la pretensión de ser objetivas. Los valores que se proyectan se presentan como un bien común. Pero esta pretensión puede dar lugar a una maniobra: presentar, sin justificación suficiente, los valores que responden al interés exclusivo de un grupo, como si fueran de interés general. Esta es la operación de las ideologías. Ahora bien, el proceso de justificación puede seguir la línea de la racionalidad valorativa, que con independencia de las actitudes e intereses del sujeto colectivo, fundamenta la objetividad de los valores, aduce razones para determinar cuál es el bien común y postula la coincidencia del interés particular con el interés general. Pero el lenguaje justificativo no sólo plantea la elección de los valores objetivos, sino también quiere su realización. Y ésta no es posible sin acudir a la realidad de los hechos sociales, es decir, a su explicación. Así, la acción y el orden político no se entienden sin referirse a la distinción entre esos dos lenguajes”.<sup>519</sup>

Antes de ahondar con mayor detenimiento sobre el contenido propositivo de VILLORO en aras de encontrar la fundamentación ética del sujeto moral, desde una visión Latinoamericana, expondré la formación intelectual filosófica de Carlos Santiago NINO, ya que he advertido en las obras filosóficas latinoamericanas elaboradas por TEODORO

---

constante entre los ideales proyectados no realizados y los valores reiterados día con día. Cada cultura comprende criterios de racionalidad internos por los que, sin abandonar los presupuestos de una determinada figura del mundo, pueden someterse a críticas las creencias teóricas y valorativas vigentes y las formas de vida practicadas. Toda reforma radical se ha hecho en el seno de una cultura”.

<sup>518</sup> Cfr. VILLORO, 1997: especialmente, 153, 157, 199-205. Este planteamiento filosófico será analizado con mayor detenimiento en el tercer capítulo, correspondiente al estudio de la democracia deliberativa elaborada por NINO, junto con la obra política de DUSSEL y GARZÓN VALDÉS.

<sup>519</sup> 2007: 164.

RAMÍREZ, así como la de Enrique DUSSEL/Eduardo MENDIETA/Carmen BOHÓRQUEZ, que no consideran a Carlos NINO como un filósofo, al no incluirlo como parte de la historia del pensamiento de nuestro continente, razón por la que el siguiente apartado, pretende mostrar que existe realmente sí existe una formación filosófica-política-ética de NINO hasta su muerte ocurrida en Latinoamérica.

## **2.3. La propuesta ética principialista liberal de NINO.**

### **2.3.1. Aspectos bibliográficos de Nino para mejor identificación de su propuesta ética-analítica.**

Carlos NINO, nació el 3 de noviembre de 1943, graduado como abogado en la Universidad de Buenos Aires en los años sesenta, principalmente interesado en temras de filosofía jurídica.<sup>520</sup> En las primeras décadas del siglo XX, la lógica y epistemología eran las áreas con mayor difusión en Argentina, impulsadas entre otros,<sup>521</sup> por Mario BUNGE y, quien, al ser nombrado profesor en 1956 de Filosofía de la Ciencia en la Facultad de de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, se consolida como el precursor del “realismo científico”, quien entiende a la epistemología como un campo más amplio que una teoría del conocimiento por abarcar todas las disciplinas, incluida la tecnología,<sup>522</sup> e identificando a la epistemología con la filosofía como una “ontología materialista” en la cual la verdad es sólo coherencia y adecuación.<sup>523</sup> A la partida de Argentina hacia Canadá de BUNGE, la filosofía se centró en el *Análisis*, la *semántica* y el *lenguaje*, donde la filosofía analítica

---

<sup>520</sup> NINO, 1984: 175, en palabras del propio autor. “Comencé a investigar temas de filosofía jurídica siendo estudiante de derecho, cuando me incorporé en 1965 como ayudante-alumno al Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires”.

<sup>521</sup> También data el nombre de Alejandro ROSSI quien emigrara a México a dedicarse a la investigación de la filosofía analítica en la Universidad Nacional Autónoma de México, cabe destacar su obra *Lenguaje y significado*, (1969), Siglo XXI, Buenos Aires, y por el impulso de la revista *Crítica*.

<sup>522</sup> Cfr. *Vistas y entrevistas*, p 161.

<sup>523</sup> *Vistas y entrevistas*, p 175. En palabras de CATURELLI, 2000: 645, para BUNGE la filosofía la describe de la siguiente manera “...la mayoría de los filósofos producen basura o la transportan (en sus publicaciones) o hacen ambos cosas a la vez. Y nos ofrece una analogía: así como los basureros de Nueva York han logrado que se les llame “ingenieros sanitarios” (*sanitary engineers*), así una filosofía cientifizada y tecnicada haría que los filósofos alcanzaran el tratamiento de “ingenieros conceptuales”. Me parece, en verdad, una basura de filósofos. ¡Que se la lleve, entonces, el basurero!”.

tendría un lugar fundamental para su estudio.<sup>524</sup> Con la institucionalización de la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico el 8 de abril de 1972, impulsada por sus fundadores Eugenio BULYGIN, Genaro CARRIÓ, J. C. COFFA, J. C. D'ALESSIO, Rolando GARCÍA, R. GÓMEZ, Gregorio KLIMOVSKY, Raúl ORAYEN, Eduardo RABOSI, Félix SCHUSTER, Thomas Moro SIMPSON, el quehacer filosófico se dedicó al análisis del lenguaje.<sup>525</sup> A este respecto trasciende la labor de Eduardo RABOSI quien centro su atención a la obligatoriedad de las normas morales a partir de la noción de “necesidades humanas” y también de las normas lingüísticas, y por otro lado, a su interés por el análisis de la filosofía analítica, en particular a la metaética<sup>526</sup> así como también la labor de Osvaldo GUARIGLIA sobre sus trabajos de filosofía aristotélica,<sup>527</sup> al sostener que las categorías serían una teoría semántica y no de interpretación, de donde conformará más adelante una filosofía práctica en su obra

---

<sup>524</sup> GRACIA, 1985: 20 y 21. “Es es Buenos Aires, entonces, donde primero se siente el efecto del análisis filosófico en la América Latina. Pero la fuerza del efecto es limitada. Las corrientes filosóficas latinoamericanas preferidas son la fenomenología, el existencialismo y el tomismo. Las dos primeras, en particular, son muy fuertes. Hay que recordar que esta es la década (los cuarenta) en que los emigrados españoles, fugitivos de la guerra civil llegan a nuestro continente. Entre ellos, un distinguido grupo de filósofos, como Joaquín Xirau, Juan David García Bacca, José Gaos, Eduardo Nicol, José Echavarría, Eugenio Imaz y otros, traen consigo ideas de Ortega y sus discípulos y con ellas la influencia germana. Algunos de éstos, sin embargo, como García Bacca, estaban al tanto del progreso de la filosofía analítica y por lo tanto contribuyeron a la diseminación de estas ideas en la América Latina. En efecto, el conocido *Diccionario de filosofía* de Ferrater Mora fue una de las fuentes de información sobre el análisis filosófico en el continente...La actividad filosófica crece considerablemente en la década de los cincuenta...La sociedad Interamericana de Filosofía se fundó en 1954. Con el incremento de la actividad filosófica, crece también el interés en el análisis filosófico. La mayoría de los artículos que tratan sobre ideas o figuras del movimiento analítico son críticos, aunque generalmente la crítica se limita al positivismo lógico que algunos latinoamericanos confunden con el análisis filosófico aún hoy. El interés en la lógica contemporánea y el análisis filosófico está restringido a pequeños núcleos en Argentina, Brasil, Chile y México o a figuras aisladas en el resto de la América Latina (Miró Quesada en Perú, Castañeda en Guatemala y los Estados Unidos)...La situación cambia considerablemente en la década de los sesentas. Este periodo no puede describirse ya como una época de *asimilación* sino como un periodo de *consolidación*. En 1967, Villoro, Rossi y Salmerón fundan *Crítica*, el órgano más importante de la corriente analítica en la América Latina hasta el presente. Además, se difunde el interés en el análisis filosófico...Trabajos importantes comienzan a salir como resultado de estos esfuerzos, como *Causalidad* de Bunge (1961), *Formas lógicas realidad y significado* (1964) de Thomas Moro Simpson, que se publican en la Argentina; y *La filosofía y las matemáticas* de Fernando Salmerón y José Adem que se publica en 1968 en México. La Universidad de Buenos Aires publica traducciones de Carnap, Cohen, Goodman, Kaplan, Ryle, Strawson y Max Black, entre otros”.

<sup>525</sup> RABOSI, 1985: 31, aclara que “Una de las ventajas de esta concepción amplia de “Filosofía analítica” es que permite contar con un *criterio de adscripción* bastante útil. Es posible, pues, considerar *filósofo analítico* a quien exhiba en su producción filosófica una *metodología* y una *temática* emparentadas con la que se practica y analiza en alguno de los movimientos mencionados”.

<sup>526</sup> Véase entre otros, 1961, 1968, 1971, 1979, 1970, 1972. Por otro lado, en el campo de la metaética nos indican DUSSEL, MENDIETA y BOHÓRQUEZ, 2009: 537, que Eduardo RABOSI, “...ha defendido, por ejemplo, la teoría de J.S. Mill contra la acusación de “falacia naturalista” que le dirigiera G.E. Moore”.

<sup>527</sup> Véase 1982 y 1985.

“ideología y legitimación”.<sup>528</sup> Y por otra parte, a todo este quehacer lingüístico, en 1977 Enrique DUSSEL desembocaría todo un movimiento conocido como “filosofía de la liberación”,<sup>529</sup> el cual desempeñara un papel fundamental para el desarrollo de la ética analítica material que tanto requiere nuestra América Latina, y que a lo largo de este trabajo será analizado a la luz de las propuestas analíticas desarrolladas entre otros por NINO y en su caso Luis VILLORO.

NINO continuó sus estudios jurídicos y durante la década de los sesenta, inmerso en temas sobre derecho y lenguaje y lenguaje normativa, sobre el concepto de acción humana, los cuales fomentaron un nuevo quehacer de investigación y discusión de índole analítica,<sup>530</sup> así como su permanente interés en el objetivismo moral y en la validez del proyecto kantiano acerca de la verdad moral. Durante este periodo, Ernesto GARZÓN VALDÉS<sup>531</sup> autor de obras muy importantes para el pensamiento latinoamericano,<sup>532</sup> y a su regreso de Alemania a Argentina en 1964,<sup>533</sup> ya había recibido referencias sobre NINO a través de BULYGIN,<sup>534</sup> teniendo noticias “vagas de un joven jurista cuya inteligencia

---

<sup>528</sup> 1993.

<sup>529</sup> Cabe señalar que la producción intelectual de DUSSEL, data de la década de los cincuenta, de donde va construyendo todo su proyecto de la Filosofía de la Liberación. Para ahondar sobre este devenir filosófico de DUSSEL, fundamentalmente, GARCÍA RUÍZ, 2003: 23-30.

<sup>530</sup> ALEGRE, 2013: 12, contextualiza este panorama al indicar que “En términos metodológicos, la obra filosófica de Nino, puede enrolarse en la tradición analítica, si bien este término ha estado asociado con las corrientes positivistas lógicas de las primeras décadas del siglo XX (con centro de Viena y en Oxford) orientadas al análisis del uso corriente del lenguaje, en la actualidad remite a un estilo de reflexión que aspira a un alto rigor y claridad conceptual, y que es muy influyente en el ámbito anglosajón”.

<sup>531</sup> Al respecto, BULYGIN, 2007: 20, comenta que Ernesto GARZÓN “Se recibió de abogado en 1950, pero nunca ejerció esa profesión, pues se dedicó a estudiar filosofía en España y Alemania y a enseñar en su colegio y en la universidad de Córdoba para entrar luego, en 1958, en el servicio diplomático, en el cual se desempeñó durante seis años como agregado cultural en la embajada argentina en Bonn. A diferencia de muchos de sus colegas, no se limitó a frecuentar las recepciones y los cócteles, sino que se dedicó a crear casas de cultura y bibliotecas. A su regreso al país en 1964 supo combinar con envidiable habilidad y no poco esfuerzo físico su actividad diplomática con la enseñanza en tres universidades, bien distantes entre sí (Córdoba, Buenos Aires y La Plata)”.

<sup>532</sup> Principalmente, sus dos volúmenes sobre el *Derecho y naturaleza de las cosas*, 1960.

<sup>533</sup> ÁLVAREZ ORTEGA, 2008: 49, “En 1964, regresa a Buenos Aires reincorporándose a la Universidad y continuando sus labores en el Ministerio. Dos años más tarde, caído el gobierno constitucional de Arturo Illia, la Universidad volvía a ser intervenida. Garzón pertenecía al grupo de Ambrosio Gioja de la Facultad de derecho bonaerense, el cual, junto con otros profesores liberales, decidió no abandonar la Universidad. Ante los acontecimientos que vivía el país, optaron por organizar seminarios sobre la democracia y el Estado de derecho”.

<sup>534</sup> Las palabras que describe BULYGIN como recuerda a NINO son: “[c]onoció a Carlos Nino en 1965 o 1966. Yo impartía un curso sobre análisis filosófico a los alumnos de licenciatura en derecho en la Universidad de Buenos Aires. Había más de cien estudiantes en la clase, pero recuerdo especialmente a uno de ellos, un alumno muy desagradable: levantaba la mano continuamente para formular preguntas complejas, difíciles de



provocaba la admiración y respeto de los integrantes del grupo de filósofos del derecho dirigido por Ambrosio GIOJA en la Universidad de Buenos Aires”,<sup>535</sup> para ese entonces NINO tendría alrededor de veinte años<sup>536</sup> y con quien llegará a escribir un libro sobre el concepto de acción humana, junto con María Eugenia URQUIJO y Norberto SPOLANSKY.<sup>537</sup>

El interés académico de NINO se centró en dos áreas, el Derecho penal estimulado por Sebastián SOLER, Luis JIMÉNEZ DE ASÚA y Ambrosio GIOJA (decano de la Facultad de Derecho de la UBA); así como por la Filosofía del Derecho iusnaturalista y positivista de la mano de Carlos COSSIO (fundador en Argentina del análisis jurídico del lenguaje ordinario),<sup>538</sup> el mismo GIOJA (hasta su muerte en 1971) , e indirectamente recibida por el estudio de Hans KELSEN, L.A. HART, David ROSS o von WRIGHT, entre otros, y por otra parte, del análisis lógico impartida por Carlos ALCHOURRÓN quien llegara a ser el director de su primera investigación realizada en el Instituto de Filosofía del Derecho, así como de la filosofía analítica transmitida por CARRIÓ,<sup>539</sup> formación que mantendrá a lo largo de su obra,<sup>540</sup> y que al termino de sus estudios de licenciatura entre 1967 y 1969, fue designado

---

comprender. Con los años, Carlos adquirió una tendencia aún más desagradable, la de hacer quedar atrás a todos sus profesores. A pesar de esto, y de forma bastante extraña hemos seguido siendo buenos amigos durante los últimos años”, la cita es tomada de BLANCO MIGUÉLEZ, 2002: 265. Todavía BULYGIN conserva el mismo recuerdo de NINO. Conversación con BULYGIN el 19 de mayo de 2010, con motivo del *Primer Congreso Neutralidad y teoría del Derecho*, celebrado en la ciudad de Girona, España.

<sup>535</sup> 2008: XIII; por su parte, BULYGIN, 2007: 21, agregaría que durante la década de los sesenta la filosofía analítica fue ampliamente difundida en Argentina, principalmente por Ambrosio L. GIOJA, quien fomento el debate en un amplio grupo de asistentes en sus cursos, tal y como fue el caso de CARRIÓ, ALCHOURRÓN, VERNENGO y más tarde Carlos NINO.

<sup>536</sup> BLANCO MIGUÉLEZ, 2002: 265, describe que “Nino ingresa a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en 1962...Su entrada en la Universidad coincide con una época dorada de dicha Facultad, y particularmente de su Departamento de Filosofía del Derecho y derechos humanos. En ese momento enseñaban en él profesores de reconocido prestigio, como Genaro Carrió, Eugenio Bulygin o Carlos Alchourrón, que aportaban, además de su calidad como investigadores y docentes, un enorme dinamismo a la Universidad. Era una época efervescente, de constantes actividades formativas: conferencias, cursos y seminarios se sucedían, expresivos de un clima de interés por el conocimiento iusfilosófico y el diálogo interdisciplinar”.

<sup>537</sup> Aparecido inicialmente, 2005: 849-918 y reeditado, 2007.

<sup>538</sup> Cfr. CATURELLI, 2001: 726. “No exento del influjo heideggeriano y simultáneamente continuador (polémico y crítico) del neokantiano Kelsen, Carlos Cossio, doctor en Jurisprudencia y titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires, propuso su propia teoría “egológica” del derecho en su extensa obra *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de la libertad*. En la confluencia de doctrinas de Kant, Husserl, Scheler, Heidegger, Cossio intenta un planteo nuevo a partir de una fenomenología de la sentencia judicial donde aparece el “hecho jurídico”.

<sup>539</sup> Los datos son proporcionados por BLANCO MIGUÉLEZ, 2002: 268. Existe una entrevista de Carlos NINO en 1990 a Genaro Carrió en la revista DOXA, No. 7.

<sup>540</sup> Al respecto, el iusnaturalismo no tendría tal impacto en el pensamiento de NINO, porque el ambiente intelectual que le rodeaba, estaba impregnado de positivistas como lo refiere ATIENZA, 129-330; no solo era el

por concurso Profesor de Filosofía e Historia de las ideas filosóficas del Ciclo de Enseñanza Básica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires,<sup>541</sup> para 1977 logra doctorarse en Filosofía en el área de Jurisprudencia por la Universidad de Oxford.<sup>542</sup>

Sin embargo, este ambiente universitario dejaría muy pronto de mantener la paz “por violentos movimientos de guerrilla de izquierdas, contrarrestados con golpes y acciones militares.

BLANCO MIGUÉLEZ refiere a este episodio de la siguiente manera: “En concreto la entrada de Nino en la vida académica coincide con el gobierno de Onganía, que había derrocado al gobierno constitucional de Arturo Illía con el golpe de estado de 1966, apoyado por sectores del sindicato peronista. Este régimen, que dio lugar a un Estado represivo, burocrático y autoritario, marcado por el desarrollo de lo que se dio en denominar «doctrina de la seguridad nacional», realizó una tarea sumamente destructiva en la Universidad de Buenos Aires. El gobierno intervino la Universidad en julio de 1966, empleando incluso la violencia en algunos casos. Consecuencia de esta intervención fue la expulsión de numerosos profesores (sobre todo de la Facultad de Ciencias Exactas, donde la intervención fue especialmente cruenta) así como la renuncia de unos 1400 docentes sólo en la Universidad de Buenos Aires...A diferencia de lo que ocurrió en otras facultades, renunciaron sólo los profesores políticamente vinculados a la izquierda, permaneciendo en la Facultad un nutrido grupo de académicos encuadrables políticamente en lo que podría llamarse «centro progresista» (compuesto, fundamentalmente por Gioja y sus colaboradores) que resistió incluso en la etapa más dura de la represión, ya bajo los gobiernos de las Juntas Militares.<sup>543</sup> De hecho, los dos profesores del «grupo Gioja» que presentaron su renuncia fueron G. Carrió y E. Rabossi, que se instalaron en Oxford.<sup>544</sup> No obstante, muchos de sus

---

positivismo jurídico, sino también Argentina es heredera de un positivismo social, tal y como lo señalan ZEA, 1976: 320-328; y BEORLEGUI, 2004: 293-310.

<sup>541</sup> 2002: 269. Al término de los estudios de licenciatura NINO “fue distinguido con el Diploma de Honor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, y tras una breve etapa en la que intentó combinar la carrera universitaria con el ejercicio profesional, Nino centra su interés en la Universidad. Sus primeros pasos en la carrera académica se desarrollaron combinando su interés por la Filosofía del Derecho con su entusiasmo por el Derecho Penal. Ya durante los últimos años de la carrera había colaborado en actividades docentes e investigadoras con Gioja y Jiménez de Asúa.

<sup>542</sup> Cfr. MALEM SEÑA, 2008: 281.

<sup>543</sup> La violencia generada durante este periodo, no solamente se centraba en restringir la libertad de cátedra, sino también mediante atentados terroristas, tal y como aconteció en el domicilio particular de Enrique DUSSEL, el 2 octubre de 1973, ocasionado graves daños a su casa y biblioteca.

<sup>544</sup> El exilio de ambos les permitió la traducción para 1971 de la obra de John L. Austin *How to do things with words*, escrita en 1962 y publicada por la Oxford University Press.

compañeros aprovecharon las circunstancias para realizar estancias de investigación en diversos centros extranjeros, mayoritariamente europeos o estadounidenses. El resultado fue un éxodo de los más influyentes o prometedores filósofos del Derecho argentino: en el año 1968 estaban instalados en Oxford Carrió, Rabossi, Simpson y Bulygin”.<sup>545</sup> Este periodo de exilio fue clave para el desarrollo filosófico del pensamiento de muchos profesores argentinos, incluyendo el de Nino, ya que la figura de H.L.A. Hart<sup>546</sup> durante este tiempo formó un amplio grupo de discípulos, que más tarde desarrollarían y enriquecerían su legado, en particular Ronald Dworkin, Neil MacCormick, Joseph Raz, y John Finnis, con quienes Nino mantendría un diálogo permanente.

Carlos NINO obtiene en 1974 una beca del Consejo Británico de Relaciones Culturales para realizar los estudios del doctorado en la Universidad de Oxford, teniendo como objetivo “el estudio de una serie de materias independientes: la función de las teorías jurídicas y de su relevancia para la aplicación judicial del Derecho, la estructura de la teoría del delito continental, la justificación de la pena, la relación entre moralidad y delito (análisis de la polémica DEVLIN-HART), los principios penales del Derecho penal inglés, entre otras. Posteriormente, consideró que la mejor forma de profundizar en cada uno de estos temas en un trabajo unitario viniera a constituir su tesis doctoral”:<sup>547</sup> *Los límites de la responsabilidad penal*, bajo la supervisión de J. M. FINNIS y A. M. HONORÉ y del propio HART, no pudiendo lograr sus objetivos en su investigación, ya que NINO recibía malas noticias de Argentina, toda vez que “...la instauración en 1976 de la Dictadura militar agudizó esta inquietud, provocándole una enorme impaciencia por defender su tesis y regresar a su país; impaciencia que a su vez motivó algunos roces entre él y Hart, quien deseaba que Nino prolongara su estancia para profundizar en algunos aspectos”.<sup>548</sup> Sobre

---

<sup>545</sup> 2002: 269-271.

<sup>546</sup> Quien fuera designado profesor de filosofía en el New College en Oxford desde la guerra, hasta su renuncia a la cátedra de Jurisprudencia en 1968. Al respecto, MACCORMICK, 2010: 62-63. “El Oxford al que regresó se hallaba en un estado de efervescencia filosófica con exigencias en el aire de una «revolución filosófica» que se percibía a un tiempo necesaria e inminente. Las figuras más destacadas eran Gilbert Ryle y J. L. Austin, pero éstas no eran en absoluto las únicas figuras importantes de la nueva filosofía de Oxford durante la posguerra. Otros con los que Hart entabló un contacto.”.

<sup>547</sup> ROCA, 2005: 50.

<sup>548</sup> Cfr. BLANCO MIGUÉLEZ, 2002: 277. El propio NINO aclara el objetivo de su tesis doctoral, 2006: X. “La versión original de este trabajo fue presentada como tesis para obtener el doctorado de la Universidad de Oxford. Cuando fui a Oxford tenía como objetivo estudiar una serie de tópicos relativamente independientes para la aplicación judicial del derecho, la estructura de la teoría del delito continental, la justificación de la pena, la relación entre inmoralidad y delito, los principios generales del derecho penal inglés, etcétera. En un momento dado, se me ocurrió que la mejor manera de profundizar el análisis de esos temas y tomar partido a su respecto era integrarlos en un trabajo unitario que constituiría mi tesis. A pesar de que me esforcé por darle

este momento histórico resulta alentador lo narrado por Diana MAFFÍA que contextualiza una de las convicciones personales de NINO, la libertad de pensamiento, tal y como se advierte:

“La dictadura había sido un páramo para la enseñanza superior, y a demás había estado precedida por períodos cercanos dogmáticos y adoctrinadores. La filosofía analítica junto al marxismo, estaban prohibidos en las universidades porque se los consideraba promotores de la subversión, en la medida en que discutían “el orden natural”. Desde la siniestra “Noche de los bastones largos”,<sup>549</sup> la vida en las aulas había sido silenciada y empobrecida a fuerza de persecuciones, censura y amenazas. SADAF<sup>550</sup> formó parte de lo que luego dio en llamarse “la universidad de las catacumbas”, un espacio de pensamiento crítico y de formación en disciplinas que no tenían aún expresión en la academia tradicional. Allí se debatió la filosofía política que luego nutriría la práctica democrática de la transición, y allí se gestaron también profundas convicciones de ética pública y derechos humanos...En este ambiente ominoso se gestaron las primeras manifestaciones de lo que Eduardo Rabossi llama “la etapa de recepción” de la filosofía analítica, el interés por algunos filósofos difundidos en grupos de discusión “preocupados por la fundamentación del saber científico, por el análisis meticuloso de los conceptos en juego, por el rechazo de toda forma de metafísica especulativa”. Es decir, por la antítesis de lo que se difundía en las universidades, en particular en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires”.<sup>551</sup>

Después de varios años realizando estancias de investigación en Inglaterra, Venezuela, Estados Unidos, Alemania y en México rechazó un puesto como docente en la Universidad Nacional Autónoma de México, NINO logra regresar a su entrañable Argentina en 1978,

---

al trabajo un desarrollo coherente, creo que el resultado final deja traslucir cierta falta de equilibrio en la atención prestada a ciertos tópicos en comparación con la que dediqué a otros, lo cual es una consecuencia del hecho de haberme interesado inicialmente por algunos problemas con independencia de su importancia relativa para el plan de trabajo global que concebí ulteriormente”.

<sup>549</sup> MAFFÍA, 2013: 25. “El debate de ideas fue interrumpido abruptamente en 1966 con la llamada eufemísticamente “Revolución Argentina”. A esta dictadura le debemos la “Noche de los bastones largos” del 29 de julio del mismo año, en que la universidad pública sufrió el más virulento ataque ideológico desde el poder estatal, con el ingreso de las tropas de infantería en los claustros universitarios y la represión física de docentes y estudiantes. Esa noche se instauró el comienzo del desmanelamiento de la educación superior. El exilio político de planteles completos de profesores, la desestructuración de equipos de investigación, la polarización ideológica inducida desde el poder a los efectos de la despolitización de los claustros, todo ello destruyó en meses una década de construcción académica y científico-tecnológica. En la Facultad de Ciencias Exactas renunció el 90 por ciento de los profesores e investigadores, esto es, más de mil docentes, que se fueron del país o quedaron fuera de la educación pública”.

<sup>550</sup> La SADAF es la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico.

<sup>551</sup> MAFFÍA, 2013: 23-24.

encontrándose con un panorama contrario al respeto de los derechos humanos.<sup>552</sup> Para 1982, los militares perdieron la Guerra de las Malvinas,<sup>553</sup> y con ello el poder. En julio de ese mismo año, NINO comenzó a reunirse informalmente con un grupo de abogados y filósofos que compartían sus compromisos y quienes más tarde se convertirían en funcionarios, entre ellos, Genaro CARRIÓ, presidente de la Suprema Corte de Justicia de Argentina, Eugenio BULYGIN, decano de la Facultad de Derecho de la UBA y Juez de la Cámara Federal de Apelaciones, Eduardo RABOSI, profesor de filosofía, Subsecretario de Derechos Humanos, miembro de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Conadep) y participó activamente en la redacción del famoso informe “Nunca más”; Martin FARREL, profesor de filosofía del derecho y juez, incorporándose a este grupo al círculo más íntimo de ALFONSÍN y se refería a ellos como “los filósofos”.<sup>554</sup> Pero no fue sino hasta 1983, fecha en la que se consigue abrir la convocatoria de elecciones presidenciales y, el 30 de octubre de ese mismo año, Raúl ALFONSÍN consigue ser Presidente de la República y con ello Jaime MALAMUD y NINO fueron sus asesores<sup>555</sup> en lo

---

<sup>552</sup> Cfr. BLANCO MIGUÉLEZ, 2002: 279. “En un intento desesperado por cambiar la imagen del gobierno, Galtieri, el Presidente de la Junta, ordenó el 2 de abril de 1982 la invasión de las Islas Malvinas, en posesión de Gran Bretaña desde 1830. La táctica, que inicialmente pareció obtener el resultado esperado (días más tarde se produjo una manifestación masiva en la Plaza de Mayo de las fuerzas nacionalistas en apoyo a la invasión), terminó resultando un fracaso absoluto, como es sabido. Argentina se vio forzado a rendirse el 14 de junio de 1982. El efímero favor de que había gozado el régimen militar a causa de la bravata se desvaneció. Bajo la presión de las fuerzas armadas, Galtieri renunció, y la Junta se dismanteló debido a desvanencias internas”. Para ahondar al respecto, véase WALDMANN/GARZÓN VALDÉS, 1983.

<sup>553</sup> MAFFÍA, 2013: 28. “Quiero destacar enfáticamente y con agradecimiento esa experiencia luminosa en años oscuros que fue la SADAF y la universidad de las catacumbas. Allí, en un seminario de Derechos Humanos con Eduardo Rabossi y Carlos Nino, se analizó el documento resultante de la inspección a la Argentina que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la OEA había realizado en 1979. Allí se discutieron cuestiones éticas y el concepto de “guerra justa” durante la guerra de Malvinas”.

<sup>554</sup> Los datos son tomados de FISS, 2004: 39. Por su parte, ROCA, 2005: 39, refiere que “La importancia en la práctica ético-política y jurídica de 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 de detalles e intensidad 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 de la democracia en Argentina tras la cruenta dictadura militar de 1976-1983”.

<sup>555</sup> GARGARELLA, 2013: 14-15. “En este terreno, má propiamente *político*, la trayectoria de Nino también nos resultó sumamente atractiva. Y es que, a pesar de la obvia inexperiencia –o torpeza– que uno podía atribuirle en su paso por las cercanías de la política, lo cierto es que su actuación nos ayudó a ver, y a reconocer como necesaria, una dimensión moral fundamental que la política debía asegurar en todos los casos. La política no tenía por qué ser –como algunos la describen, como algunos todavía la viven– un ámbito en el que se suceden meras disputas de poder; un espacio caracterizado por los intercambios de favores, la compra y venta de decisiones y votos, y el engaño y la traición. La política también podría relacionarse con hacer justicia, pensar la igualdad y defender las libertades más básicas. De manera notable, Nino mostró, en su paso por la función pública, una actuación consistente con sus ideales teóricos. El Consejo para la Consolidación de la Democracia se convirtió bajo su dirección, en un órgano deliberativo en el que se convocaban puntos de vista muy distintos para discutir temas de interés común. Luego se procuraba llevar las discusiones más

relativo al juzgamiento de los líderes militares, iniciándose, con él, una serie de reformas legales y políticas en aras de consolidar la democracia y el respeto a los derechos humanos, para ello se instauró el *Consejo para la Consolidación de la Democracia* órgano consultivo y plural dedicado a elaborar proyectos de mediano y largo plazo, entre los que se destacaron el de reforma constitucional, el proyecto de Ley de Radiodifusión y la reforma de diversos códigos<sup>556</sup> que, en palabras de ALFONSÍN, estuviera originariamente integrada por “el brillante jurista, filósofo e intelectual Carlos NINO, quien fuera su inteligente y eficaz coordinador”,<sup>557</sup> y donde intentó aplicar los principios de la democracia deliberativa, y también ocupó el cargo de director de una comisión dedicada a la reforma constitucional. Al cabo de unos años, NINO publicó dos libros en 1989, claves para el estudio de su pensamiento, me refiero a *Ética y Derechos Humanos* y *El constructivismo ético*, mismos que contribuyeron a la discusión moral del respeto a los derechos humanos, fruto de su quehacer en el gobierno de Raúl ALFONSÍN.<sup>558</sup>

El tema de más trascendencia para el presidente ALFONSÍN eran las violaciones a los derechos humanos cometidos por los militares, por lo que nombra una comisión con el objeto de investigar tales abusos durante la dictadura y descubrir el destino de los muchos que habían desaparecido, comisión integrada entre otros, por “Jaime Malamud Goti, quien

---

importantes al resto del país donde se volvían a poner a prueba los frágiles acuerdos a los que se había llegado puertas adentro. Nino fue, durante toda su gestión, un funcionario público de puertas abiertas al que cualquiera podía acceder”.

<sup>556</sup> ALEGRE, 2013: 12.

<sup>557</sup> Véase ALFONSÍN, 2004: 167, sobre la referencia de NINO en otras negociaciones gubernamentales, 176-178.

<sup>558</sup> Realmente la producción literaria de NINO fue consolidándose paulatinamente, o mejor dicho, a lo largo de su vida, tal y como el mismo dejó testimonio de sus intereses por la investigación, NINO: 1984, 175-176. “Con motivo de una prolongada estadía en la Universidad de Oxford con el fin de realizar mi doctorado comencé una tercera etapa de mi actividad teórica. Ella se concentró en el desarrollo de una teoría general sobre la responsabilidad penal, a partir de una crítica metodológica de la teoría general del delito vigente. En mi tesis doctoral, editada en Buenos Aires con el título *Los límites de la responsabilidad penal*, trato de articular ciertos principios valorativos básicos de los que depende la asignación de responsabilidad penal, infiriendo luego sus consecuencias para problemas específicos. Más tarde inicié un período en que me dediqué a expandir y precisar algunas de las tesis que había desarrollado con anterioridad. De este modo, abordé el tema del positivismo durante una estadía en la Universidad de Harvard, preparando el artículo sobre la obra de Dworkin que publiqué en la revista *Mind*. Amplié mis ideas sobre la ciencia jurídica, discutiendo algunas concepciones acerca de ella, en una monografía publicada en Venezuela con el título *Algunos modelos metodológicos de «ciencia» jurídica*. Y desarrollé las consecuencias de mi teoría general de la responsabilidad enfocando un tema específico en mi libro publicado en Buenos Aires *La legítima defensa. Una fundamentación y régimen jurídico*. Finalmente, debo mencionar mi último período de desarrollo teórico en el que estuve y estoy dedicado a investigar la fundamentación de la ética y su conexión con la elucidación de temas centrales de filosofía jurídica y política, como es la justificación de los derechos humanos. Ello se ha plasmado en mi libro en curso de publicación *Ética y derechos humanos*”.

trabajó muy de cerca de Nino en la Argentina de Alfonsín como asesor presidencial y más tarde como procurador general, complementa la contribución de Stotzky examinando la viabilidad de aplicar una teoría de la democracia deliberativa a la Argentina de la dictadura de 1976”,<sup>559</sup> y como resultado de esto, fue la realización de un juicio a los miembros de las juntas militares por las atrocidades perpetrados durante su gobierno, gracias a los esfuerzos no sólo teóricos sino prácticos de NINO, Martín FARREL y Jaime MALAMUD en aquellos entonces docentes de la SADAF, fundada por el propio NINO, quien “estaba elaborando la estrategia que permitiría llevar adelante los históricos juicios contra los militares responsables de violaciones de derechos humanos. Si bien existía un consenso entre los partidarios de la anulación de la ley de que una razón importante para la nulidad era que se trataba de un autoperdón que recaía sobre delitos aberrantes, NINO desarrolló un argumento adicional, a partir de la distinción entre normas de facto y normas democráticas. El argumento señalaba que, puesto que la autoamnistía era una norma de facto, carecía de la presunción de legitimidad propia de la legislación democrática. Por lo tanto, si además se tenía en cuenta su aberrante contenido moral, era pasible de anulación, sin que los violadores de derechos humanos pudieran ampararse en el principio de la ley penal más benigna. Este argumento sería uno de los pilares de la política de los juicios y, además, prenunciaba la nueva doctrina de la Corte, que restringiría el alcance de las normas dictatoriales en general”,<sup>560</sup> mismo que fuera más adelante plasmando en su libro *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las Juntas del Proceso*.

El objetivo de ALFONSÍN se había logrado pero con ciertos problemas, tal y como lo narra FISS: “Para diciembre de 1985, se logra sentenciar a quince de los oficiales de rango superior, pero con el tiempo el número de juicios, totalmente fuera de control del ejecutivo, aumentó. En los primeros meses de 1987 hubo un súbito incremento del número de acusaciones, en parte como respuesta a una nueva ley aprobada por el Congreso que ponía un límite al plazo para nuevas acusaciones. Para la primavera de 1987 más de cuatrocientos oficiales, incluyendo a muchos de los rangos inferiores y medios habían sido acusados...Nadie supo exactamente lo que sucedió en las negociaciones entre Alfonsín y los líderes de las fuerzas rebeldes aquel día, pero en mayo de 1987 el presidente Alfonsín propuso al Congreso una ley que protegería a los oficiales de rangos medios e inferiores de la persecución por diversas violaciones a los derechos humanos, incluyendo la

---

<sup>559</sup> HONGJU, HAROLD y SLYE, 2004: 27.

<sup>560</sup> ALEGRE, 2013: 19.

tortura”.<sup>561</sup> Carlos NINO desaprobó de inmediato la determinación del presidente ALFONSÍN.<sup>562</sup> Este factor de disidencia influyó para que determinara “volcarse con renovado ímpetu en la actividad académica (a la que, por otra parte, nunca había renunciado) alejándose de la política activa. Sin embargo, la atracción permanente de Nino hacia la *praxis* gubernamental y su afán por materializar democracias moralmente legitimadas le llevó a seguir participando como asesor en los procesos de reforma de varios países latinoamericanos (Brasil, Chile y sobre todo Bolivia)”.<sup>563</sup>

Sin embargo, el viaje de NINO a Bolivia el 29 de agosto de 1993, para discutir la segunda lectura de la constitución, le quito la vida a la edad de cuarenta nueve años, en palabras de FISS:<sup>564</sup>

“La Paz y su aeropuerto se ubican en lo alto de los Andes, a casi 4.000 metros, y la altitud es un problema para todo viajero, especialmente para Carlos, quien sufría de asma. Para evitar agobio y molestias, las reuniones iniciales del comité de redacción se habían realizado en Santa Cruz. Más tarde, cuando Carlos viajó a la Paz para la primera lectura de la constitución se sintió mareado e incómodo. La perspectiva de este segundo viaje a La Paz le provocaba cierta inquietud. Al descender del avión, sufrió un ataque al corazón. Sus anfitriones lo llevaron inmediatamente a una enfermería cercana, pero murió antes de poder alcanzar servicios médicos más adecuados”. ¿Por qué, por qué Carlos viajó a Bolivia?, me preguntó una vez Ernesto Garzón Valdés intentado darle sentido a esa tragedia sin igual.<sup>565</sup>

Cabe señalar que la prematura muerte de NINO, dejó al descubierto el interés generado por su dedicación a los problemas en el campo de los derechos humanos, desde la filosofía

---

<sup>561</sup> 2004: 40.

<sup>562</sup> Fiss, 2004: “A lo largo de este período, Nino aconsejó al Presidente Alfonsín en asuntos de derechos humanos...Obviamente, Alfonsín consultó a muchos otros sobre estos temas. Otros miembros de “los filósofos”, Jaime Malamud Goti, fue también consejero de la presidencia con especial responsabilidad en el área de derechos humanos; incluso otro, Eduardo Rabossi, trabajó en el Ministerio del Interior como Subsecretario de Derechos Humanos. Aún así, uno podía advertir inmediatamente la compenetración que se había desarrollado entre Carlos y Alfonsín. Carlos era un erudito, pero a la vez muy sencillo”.

<sup>563</sup> Véase BLANCO MIGUÉLEZ, 2002: 292 y s.

<sup>564</sup> Cfr. 2007: 11.

<sup>565</sup> Al respecto, GARZÓN VALDÉS, 2008: XVII, refiere que “Pocos meses después de nuestro último encuentro en Barcelona, el 29 de agosto de 1993, Jorge Malem me comunicaba telefónicamente la terrible noticia: “Nino ha muerto”. Como suele suceder en estos casos, uno no quiere creer que la noticia sea cierta y comienza la desesperanzada búsqueda de alguna información que falsee aquello que uno se niega a aceptar. Al final, nos quedamos más solos sabiendo que una parte de nuestro mundo afectivo ha quedado definitivamente mutilado”.



moral,<sup>566</sup> lo cual le valió fuera objeto de un congreso homenaje en septiembre de 1994 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, en una conferencia organizada por el Orville H. Schell, Jr., *Center for International Human Rights*, organización dedicada a promover las cuestiones teóricas, filosóficas y morales planteadas por los derechos humanos en el plano internacional. Los congresistas que asistieron al homenaje fueron Alberto CALSAMIGLIA, Ronald DWORKIN, Martin FARRELL, Owen FISS, el propio GARZÓN VALDÉS, Amy GUTMANN, Stephen HOLMES, Paul W. KAHN, Jaime Malamud GOTI, Thomas NAGEL, Carlos F. ROSENKRANTZ, Elaine SCARRY, Ian SHAPIRO, John SHATTUCK, Irwin P. Stotzky, T. M. SCANLON, Ruti TEITEL, Jeremy WALDRON y Bernard WILLIAMS, lo cual es muestra clara de la importancia que tuvo NINO en el ámbito filosófico y práctico sobre los problemas morales. El resultado de esta reunión generó la publicación de la obra *Democracia deliberativa y derechos humanos*, compilada por Harod Hongju KOH y Ronald C. SLIYE en 1999, dejando testimonio del interés generado por Carlos Santiago NINO en la comunidad filosófica anglosajona y en la comunidad internacional en aras de proteger los derechos humanos, fundamentándolos de conceptos morales (kantianos) que puedan ser aplicados en casos concretos. Asimismo, cabe destacar el curso del profesor Robert ALEXI que impartiera en la Universidad de Kiel, Alemania en 1994, sobre *The ethics of human rights* de NINO. Y en el marco del XXV Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, realizado los días 15 al 20 de agosto del 2011, en la Ciudad de Frankfurt, Alemania, se dedicó un Workshop: *Derecho, moral y democracia: El legado de Carlos S. NINO*, en el que intervinimos entre otros, Gustavo A. BEADE y Luis ARRIMADA (Argentina), Miroslav IMBRISEVIK (U.K.) y Stanley PAULSON y Antony R. DUFF (E.E.U.U.).

---

<sup>566</sup> Sobre este aspecto el propio NINO: 1984, 176-177, describe los temas que en su momento fueron objeto de estudio, “por ejemplo, el análisis y crítica de aspectos metodológicos de la dogmática (como el conceptualismo en que incurre, su positivismo ideológico subyacente), el intento de disolver la controversia entre iusnaturalismo y positivismo jurídico; la idea de que muchas disputas iusfilosóficas derivan del presupuesto no cuestionado de que debe haber un solo concepto de derecho; el análisis del concepto de validez jurídica como una noción de índole moral; la tesis de que el razonamiento justificatorio de soluciones jurídicas requiere necesariamente previsas valorativas, lo que tiene consecuencias sumamente relevantes para la ciencia jurídica y la administración de justicia; propuesta para resolver el problema de la individualización de los sistemas jurídicos; el análisis de algunos problemas de interpretación que no son generalmente percibidos; la defensa de una teoría consensual de la pena; una crítica a la teoría del delito tradicional; formulación de principios valorativos básicos para una teoría liberal de la responsabilidad penal como el concurso de delitos, la tentativa, la negligencia, etc.; propuesta de una fundamentación compleja de la legítima defensa y derivación de un régimen normativo para su tratamiento, un cuestionamiento del escepticismo ético; un intento de derivar principios morales sustantivos del discurso moral; una articulación de tres principios fundamentales de filosofía política de cuya combinación derivan derechos individuales básicos, etc.”.

### 2.3.2. Los principios de Nino para la fundamentación del sujeto moral.

Ahora bien, la propuesta principialista de NINO tendrá un claro matiz liberal, heredado por RAWLS y de quien remota la propuesta ética deontológica kantiana, con la cual desarrolla progresivamente a lo largo de su obra. Para ello, NINO presenta su base filosófica kantiana de la siguiente manera:

“Para este filósofo los principios básicos de la moral debían tener la universalidad de los principios de la lógica y el contenido sustantivo y no trivial de las leyes de la física. Los principios morales deben ser para Kant *autónomos*, porque son principios que uno se da si mismo con independencia de toda autoridad humana o divina; deben ser *categoricos*, porque lo que ellos ordenan no está condicionado a intereses o deseos; deben ser *universales*, ya que obligan a todos los seres racionales por igual. Este último requisito de los principios morales deriva de la primera formulación del famoso imperativo categórico de Kant: “obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal”. Kant aspiraba a que este principio sirviera para seleccionar todas las máximas morales sustantivas. Para ello debía mostrar que está intrínsecamente relacionado con un fin absoluto de todos los seres racionales. Él encuentra ese fin absoluto en el hecho de que la humanidad deba ser tratada como fin en sí misma y nunca sólo como un medio, lo que constituye la segunda formulación de su imperativo categórico. Esto se conecta con la relación de prelación entre la justicia y la bondad moral o la felicidad que define el deontologismo: yo trato a otros como fines en sí mismos cuando respeto sus fines subjetivos. El deber moral de cada uno no es buscar el perfeccionamiento moral de los demás porque ello lo deben hacer ellos mismos; uno sólo debe ayudarlos a satisfacer sus fines. En cambio la búsqueda de la propia felicidad de cada uno no es objeto de un deber moral, sino de una inclinación natural. La felicidad no es buena sin calificaciones porque puede no ser merecida, por ser el resultado de la virtud. Lo que es bueno sin restricciones es la buena voluntad, que implica obrar no por inclinación, sino por respeto del deber moral”.<sup>567</sup>

Esta cita permite retomar la iniciativa elaborada por NINO sobre su programa de fundamentación (constructivista), del discurso moral la cual está dividido en tres niveles. El primero se ubica dentro del análisis de la estructura de la argumentación y de la acción moral; en el segundo se fundamentan los derechos con base a esta estructura; y en tercer lugar, han de constituir parámetros para las instituciones.

---

<sup>567</sup> 1996: 474.

En realidad, lo que NINO hace es seguir el camino trazado mediante rasgos formales del discurso moral elaborado por BAIER, FRANKENA, HARE, NAGEL, RAWLS, RICHARDS, ACKERMAN, entre otros, en aras de justificar sus principios liberales, que a decir del propio autor “El discurso moral está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de una concepción libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a acciones de otros”.<sup>568</sup> De esta forma se aclara que el discurso no es un procedimiento de negociación sino de argumentación y para esto se requiere que los principios reúnan cinco propiedades como mínimas, las cuales deben ser: 1) públicos,<sup>569</sup> 2) generales,<sup>570</sup> 3) supervinientes,<sup>571</sup> 4) universales<sup>572</sup> y deben poseer prioridad frente a otras razones de actuar.<sup>573</sup>

Sobre este nivel del discurso moral elaborado por NINO, ALEXY reconoce que es un programa importante al darle al discurso moral una libertad no solo de coacción sino también una libertad de juicio:

“La fundamentación de los principios y de los derechos también podría concentrarse en un segundo nivel dividido a la vez, de modo que nuevamente se podría volver a un modelo de tres niveles. Esto no afectaría en nada la materia. Sólo es importante no perder de vista la relación

---

<sup>568</sup> 1989a: 109.

<sup>569</sup> NINO, 1989a: 110. “Ellos deben ser *públicos*, o sea que todos pueden conocer estos principios; si alguien alega actuar sobre la base de principios misteriosos e inefables o revelados sólo a él, ellos no podrán servir de base de comportamientos y actitudes convergentes.

<sup>570</sup> NINO, 1989a: 110. “Los principios deben ser *generales* en el sentido de que establecen soluciones normativas para casos definidos sobre la base de propiedades y relaciones genéricas; si los principios se refieren a casos individuales no cumplirían su función de servir de base para comportamiento convergente, ya que esa convergencia presupone expendatavias fundadas en regularidades”.

<sup>571</sup> NINO, 1989a: 110. “Esto se vincula con la exigencia de que las propiedades y relaciones que determinan los casos relevantes deben ser índole fáctica, de modo que las circunstancias que condicionan las diferentes soluciones normativas sean susceptibles de verificación por parte de todos; de aquí que los principios morales sean *supervinientes* respecto de circunstancias de hecho”

<sup>572</sup> NINO, 1989a: 110-111. “Este rasgo puede o no confundirse con el de generalidad según cómo se defina cada uno, y en verdad hay bastante divergencia acerca de cómo debe caracterizarse la universalidad de los juicios morales. Creo que lo que no está recogido por el elemento de generalidad y debe ser exigido independientemente, puesto que es esencial para que el discurso moral cumpla sus funciones sociales, es un aspecto que ahece no al contenido sino a la aceptabilidad de los principios: si se admite que alguien puede *justificar* sus acciones y actitudes sobre la base de un cierto principio aplicable al caso, entonces cualquier potencial participante en el discurso moral puede también justificar sus acciones y actitudes sobre la base del mismo principio, con tal de que su caso no difiera del otro respecto de propiedades que el mismo principio recoge como relevantes”.

<sup>573</sup> NINO, 1989a: 110.

escalonada en la fundamentación de los principios, por un lado, y de los derechos, por el otro. Todo ello tiene la apariencia de una fundamentación lineal, deductiva o cuasideductiva y, de hecho, el trayecto desde el discurso pasando por los principios hacia los derechos e instituciones conforma el núcleo del argumento de Nino. Junto a ello hay un gran número de relaciones transversales y no pocos argumentos adicionales. Además Nino engloba la totalidad de su argumento en un modelo de coherencia, en el que debe producirse un equilibrio reflexivo como en Rawls. Este equilibrio debe producirse entre tres polos: (1) las convicciones intuitivas, (2) los principios sustantivos generales y (3) un test formal de validez que se refiere a los aspectos estructurales del discurso moral. Aquí se puede dejar de lado la cuestión de la exactitud de la tesis de Nino cuando sostiene que su modelo de equilibrio reflexivo se diferencia del de Rawls en que presenta una estructura triádica, mientras que Rawls se ciñe a la armonía entre juicio individual y principio”.<sup>574</sup>

En realidad lo que logra NINO es sostener que el razonamiento práctico presupone una jerarquización de razones que evita que cada uno de los sujetos ostenten hablar de una justificación moral, jurídica, prudencial, etcétera, porque explica NINO que “...las razones prudenciales justifican acciones sólo cuando no son desplazadas por razones morales; no hay, en cambio, razones jurídicas autónomas sino que...la existencia de ciertas normas jurídicas constituye una razón auxiliar que sólo justifica una decisión cuando se combina con razones morales o prudenciales adecuadas”.<sup>575</sup> Esto permite decir que NINO pretende sostener un vínculo necesario entre los conceptos del discurso moral y de imparcialidad,<sup>576</sup> pero requiere de un juicio moral aplicable a este punto de vista imparcial para ser verdadero, mismo que propone de la siguiente manera “Una acción X debe moralmente ser realizada”.

“Un juicio que expresa que debe moralmente hacerse X puede analizarse como un juicio que predica de la acción X que ella es requerida, en ciertas circunstancias definidas por propiedades fácticas de índole genérica, por un principio público que sería aceptado como justificación última y universal de acciones por cualquier persona que fuera plenamente racional, absolutamente

---

<sup>574</sup> ALEXY, 2003: 174-175.

<sup>575</sup> NINO, 1989a: 112.

<sup>576</sup> NINO, 1989a: 117. “considerar cada interés por sus propios méritos y no tomando en cuenta la persona en quien se origina”. Lo interesante aquí es que defiende su *punto de vista imparcial* “esto no sería un rasgo distintivo del discurso moral sino que sería un presupuesto fundamental de nuestra concepción del mundo y de nosotros mismos”.

imparcial y que conociera todos los hechos relevantes. Un juicio de este tipo es verdadero si el principio a que alude fuera efectivamente aceptado en tales condiciones”.<sup>577</sup>

Con este recurso metaético NINO logra solventar las posiciones realistas, como el intuicionismo, al igual que lo hizo en su momento RAWLS, ya que el constructivismo “trata de un problema de verdad, de incompletitud del sistema por ausencia o superabundancia de hechos que verifican juicios morales; para el realismo se trata de un problema de *conocimiento* de la verdad (puesto que el mundo de sus “hechos” morales se supone completo y consistente)”.<sup>578</sup> Con estos argumentos NINO es claro al mantener en el discurso moral un cierto valor epistemológico, porque el intercambio de puntos de vista y el consenso unánime tienden a producir soluciones moralmente correctas, tal y como sucede en el procedimiento democrático de tomas de decisiones, en aras de solventar, dentro de las limitaciones impuestas por los propios principios, muchas indeterminaciones morales, como suele suceder con las normas jurídicas, como lagunas, vaguedades, contradicciones, entre otras.<sup>579</sup>

Con esta breve introducción de su propuesta principialista para la fundamentación del discurso moral, habrá de destacarse el de autonomía personal, inviolabilidad y dignidad inmersos en su análisis metaética, los cuales desarrollaré a continuación para estar en

---

<sup>577</sup> NINO, 1989a: 117.

<sup>578</sup> NINO, 1989a: 120.

<sup>579</sup> Sobre este aspecto, BLANCO MIGUÉLEZ, 2002: 120-122. “Nino considera que la cuestión de la obligatoriedad de las normas jurídicas es idéntica a la cuestión de su obligatoriedad moral, es decir, a la cuestión de si existen o no y cuáles son los principios morales que, bajo ciertas condiciones, prescriben la obediencia a las normas jurídicas. Y esto porque la obligación última sólo puede surgir de la moral, porque sólo la moral aporta razones últimas. Más aún, es plenamente consciente de que «deber», o significa «deber moral», o no significa nada. En conexión con esto, Nino constata la relación que existe entre la obligatoriedad moral de las normas jurídicas y la justificación moral (legitimidad) del gobierno que las dicta: «el hecho de que un gobierno sea moralmente legítimo es una razón (que a veces es desplazada por otras) para que sus dictados sean obligatorios (aunque quizá puede haber otras razones que fundamenten la obligación de obedecer algunas reglas de un gobierno moralmente ilegítimo)». Ahora bien, ¿para qué se necesita un gobierno (legítimo o no) y normas de él emanadas, si al fin y al cabo son los principios morales los que indican cómo actuar? Si las normas jurídicas no tienen virtualidad justificatoria, y sí los principios morales, ¿por qué no prescindir de las primeras? A juicio de Nino, es posible superar esta paradoja de la irrelevancia moral del gobierno. Para ello es preciso, por una parte, averiguar si hay alguna forma de gobierno que minimice la posibilidad de desvíos morales en el dictado y aplicación de normas jurídicas; y si hay alguna forma de gobierno que garantice cierta obligatoriedad para sus normas jurídicas, aun cuando el contenido de éstas incolucre errores morales, por otra. Lo que Nino intenta demostrar es que existen razones generales para obedecer las prescripciones de ciertas autoridades políticas, y que tales razones sólo concurren en relación con las prescripciones de las autoridades políticas democráticas. Para ello elabora su teoría del valor epistémico de la democracia como mejor sucedáneo del discurso moral”.

condiciones en el siguiente capítulo mostrar sus implicaciones en el ámbito del estudio de la democracia y en particular, de su mejor consecución teórica conocida como democracia deliberativa.

### **a) Principio de autonomía.**

La importancia del principio de autonomía a decir de SIECKMANN es la siguiente:

La idea de autonomía es central para la filosofía práctica moderna así como para la filosofía jurídica y para el Derecho. Proporciona un fundamento normativo para el Estado constitucional, en particular a través de las ideas de autonomía política, de autonomía individual o personal y de dignidad humana. También es crucial para el tema de la diversidad y la unidad en el Derecho y la moral. La diversidad es posible porque, de acuerdo con la idea de autonomía, las normas no están determinadas por estándares ya dados, sino que dependen, en cambio, de los juicios normativos de los individuos o de las comunidades morales o jurídicas. Por otra parte, la autonomía es la única idea que puede crear unidad entre las diversas concepciones normativas del Derecho o de la moral, ya que sólo una concepción autónoma de la validez normativa puede lograr la aceptación de agentes que se consideran a sí mismos autónomos, como al menos harán algunos agentes. Es sólo la idea de autonomía, por tanto, la que permite articular una concepción comprensiva del razonamiento normativo”.<sup>580</sup>

Por supuesto que para llegar a esta afirmación sobre la articulación de una concepción comprensiva del razonamiento normativo con el concepto de autonomía, resulta necesario retomar el postulado kantiano al considerarla como *valiosa por sí misma*, y no aquello que logramos a través del ejercicio de la autonomía, ni aquello que las acciones presentes puedan significar para un yo futuro, sino en el ejercicio mismo que hacemos de nuestra capacidad para actuar racionalmente,<sup>581</sup> ya que KANT intentó mostrar que la capacidad individual del razonamiento práctico se da bajo presupuestos y condiciones

---

<sup>580</sup> SIECKMANN, 2008: 466. Para mayor detenimiento sobre el concepto de autonomía en este autor, véase, 2012: principalmente, apartado 5.

<sup>581</sup> ÁLVAREZ, 2002: 238.

como los que están implícitos en las tres formulaciones del imperativo categórico al determinar la validez de ciertos principios sustantivos de justicia y moralidad social.<sup>582</sup>

Según NINO, “si la tentativa kantiana de derivar principios sustantivos de condiciones necesarias para el razonamiento práctico fuera plausible tendría la ventaja de su absoluta universalidad, puesto que comprometería a todos los seres racionales con principios y juicios valorativos que no podrían ser negados sin rechazar presupuestos implícitos en esa misma negación. Kant expresó de modo magistral tales presupuestos del razonamiento práctico en las distintas formulaciones del imperativo categórico que aluden a la universalidad, la imparcialidad (es decir, el no condicionamiento por deseos o intereses contingentes) y la autonomía moral”.<sup>583</sup> Sin embargo, este planteamiento kantiano no estaría exento de críticas desde el pensamiento de HEGEL, tal y como lo reconoce y destaca el propio NINO, al decir que la base constituida por los presupuestos del razonamiento práctico resulta bastante débil para derivar principios morales definidos,<sup>584</sup> por lo que, en cambio, HEGEL propuso como básica las costumbres de una sociedad (Sittenlinchkeiten), aún y con todo los problemas que presenta un convencionalismo de ésta índole,<sup>585</sup> por ello, NINO rechaza este aspecto por consagrar *a priori* un conservadurismo

---

<sup>582</sup> ROCA, 2005: 422. Sobre el particular, ÁLVAREZ, 2002: 240, “conforme a la concepción kantiana de la autonomía, ésta se ve satisfecha cuando se cumplen las condiciones de racionalidad e independencia. La autonomía es en este sentido una capacidad universal, es decir susceptible de ser ejercida por cualquier individuo que pueda reunir las condiciones señaladas. Un niño no nace autónomo dado que su racionalidad es limitada; no puede hacer uso autónomo de su racionalidad, la que deberá desarrollar con el aprendizaje, la experiencia y los desafíos a que lo enfrente el ambiente en que se desarrolle y crezca. Pero una vez alcanzada la racionalidad y la independencia, la autonomía kantiana debe ser entendida como una capacidad universal que, independientemente de las condiciones o el contexto en que se haya adquirido, una vez adquirida y en tanto capacidad de la persona, es universal”.

<sup>583</sup> NINO, 1994: 166; 2005: 19.

<sup>584</sup> NINO, 1994: 167.

<sup>585</sup> NINO, 2005: 163-164. “Es cierto que este tipo de constructivismo meta-ético que se basa en los *presupuestos* de la práctica de la discusión moral y no en sus *resultados*...es una forma de convencionalismo, ya que toma como punto arquimediano de la justificación moral los que son presupuestos de una práctica social. Pero frente a esto conviene hacer dos aclaraciones: *a*) que según las reglas de la discusión moral lo que justifica un juicio ético es su conformidad con los *presupuestos normativos* de esa discusión y no el hecho, que independientemente se da, de que tales exigencias son convencionalmente aceptadas, *b*) que las convenciones constitutivas de la práctica de la discusión moral son mucho más amplias, generales e invariantes que las pautas morales sustantivas más específicas, como la que condena, por ejemplo, la tortura. Es cierto que se producen a través de la historia y de la geografía algunas variaciones radicales en los presupuestos de la discusión moral, pero ellas son extremadamente raras y excepcionales. Precisamente, la variación más notable que se produce en la conformación de esa práctica es el rechazo por parte de la cultura moderna de criterios de validación apoyados por los dictados de autoridades humanas o divinas o de convenciones sociales, a favor de un criterio incorporado a nuestras prácticas del discurso moral que recurre a

moral absoluto, “Este conservadurismo llega hasta el punto de que no resulta inteligible la posición de una minoría disidente, que, aunque reconoce que la posición opuesta es mayoritaria, la juzga incorrecta. Por otro lado, este tipo de convencionalismo no permite explicar las discusiones morales transculturales, ya que que quienes formularan los juicios morales tomando en cuenta las costumbres diversas de sus respectivas sociedades, no estarían en realidad discrepando. Este convencionalismo ignora uno de los presupuestos básicos del discurso moral de la modernidad:<sup>586</sup> toda práctica o institución social puede someterse a crítica y debe justificarse”.<sup>587</sup>

Para estas afirmaciones NINO considera los trabajos elaborados previamente por parte de APEL y HABERMAS<sup>588</sup> quienes intentan explicar la crítica hegeliana a Kant mediante las prácticas sociales más básicas y generales, esto es “la práctica de la deliberación colectiva en materia práctica. Ello tiene la ventaja de partir del punto donde se atascan...la mayoría de las teorías metaéticas: dado que éstas no dan cuenta de diversos aspectos de la praxis de la discusión moral, se debe, entonces, comenzar por observar la configuración de esa práctica. A diferencia del proyecto kantiano, este de la deliberación colectiva puede agregar a las condiciones de la capacidad individual y universal del razonamiento práctico nuevas condiciones que surgen de la práctica social de la discusión moral y que, junto con las anteriores, pueden constituir una plataforma lo suficientemente sólida como para permitir la derivación de principios definidos sustantivos”.<sup>589</sup>

---

los dictados contrafácticos de quienquiera asuma una posición de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes”.

<sup>586</sup> GUARIGLIA, 1996: 253, identifica el reto a afrontar en la modernidad con el sujeto moral. “La reconstrucción hermenéutica del *Dasein* como una estructura temporal, que tiene que vivir su vida y darle unidad y sentido a su existencia planteándose la pregunta decisiva, “¿qué haré de mi vida?”, disuelve el presunto núcleo trascendental del *Yo* que garantizaba la unidad e identidad del sujeto, y deja abierta la forma en que esta identidad se integra en las condiciones de la sociedad moderna. Heidegger mismo, y tras él los diversos comunitarismos, anglosajón y latinoamericano, bajo la influencia de Nietzsche, renunciaron a toda posible unidad permanente del sujeto centrada en alguna forma de *razón práctica* que integrase los proyectos y fines existenciales, contingentes e históricos, con una estructura suprapersonal e intersubjetiva regida por reglas autónomas de validez general, e hicieron confluír los ideales evaluativos de la buena vida que organizan y dan sentido a la vida comunitaria de una cierta sociedad con la identidad del sujeto, sin la cual éste se desintegraría en la inautenticidad. Con ello, la *autonomía* del sujeto moral, propia de la cultura moral y jurídica de la modernidad, se convierte en un enigma insoluble, el sistema de la moralidad sostenido por el universalismo en una fantasmagoría –mero reflejo ideológico de la sociedad capitalista- y la razón práctica en un engaño sistematizado. En esta noche negra, el sujeto moral queda definitivamente desintegrado”.

<sup>587</sup> NINO, 1994: 167; 2005: 163.

<sup>588</sup> NINO, 1994: 167.

<sup>589</sup> NINO, 1994: 167-168.



Para ser consecuente con lo dicho, NINO intenta presentar un programa con fundamentos del liberalismo y el reconocimiento de la moral positiva para dar mejor cabida al principio de autonomía, consistente en los derechos básicos se integran por una diversidad de libertades para hacer determinadas cosas, por ejemplo, ejercer la libertad de conciencia, asociarse con otros, trasladarse de una entidad a otra, profesar un culto religioso, elegir prácticas sexuales, entre otros. Por lo que una Constitución debe establecer la posibilidad de realizar cada uno de estos derechos básicos, por ello preguntarnos, tal y como lo hiciera NINO ¿Cuál puede ser el valor de permitir realizar a un individuo alguna conducta anodina cuando puede haber razones muy fuertes de interés público –razones no traducibles en la necesidad de prevenir daños a terceros- para impedir tal conducta?<sup>590</sup> Lo más importante para NINO será si la mera inmoralidad de un acto constituye una razón para que el derecho interfiera en él.<sup>591</sup> Para esto, propone un tipo particular de doctrina liberal que “No está necesariamente ligada a una moral utilitarista y, en consecuencia, es compatible con el punto de vista de que algunos actos socialmente inocuos son inmorales (aunque si admite o no que la conducta sexual desviada es un ejemplo de ello sería otra cuestión); aunque sostiene que actos inmorales pero inocuos no deben ser legalmente prohibidos, no necesita dar un cheque en blanco a favor de la tesis de que el derecho debe ser neutral hacia un sistema moral válido; más aún, esta doctrina es independiente de la antítesis entre positivismo e idealismo moral”.<sup>592</sup> Con esto NINO recurre a pensadores como MILL, HART y

---

<sup>590</sup> NINO, 1989a: 202.

<sup>591</sup> Este ha sido un tema por demás explorado por el autor, pero corresponde destacar que NINO, 2006: 270-271, sostiene que “El tema de la relación entre derecho y moral tiene muchas y complejas variantes. Una de ellas, que constituye el punto central de la controversia entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, se refiere al problema de si para identificar y describir un sistema jurídico es necesario asumir una posición acerca de la justicia o adecuación axiológica de sus regulaciones. Otra variante concierne a la pregunta de si un sistema jurídico vigente identificado en forma valorativamente neutra tiene, por el solo hecho de su vigencia cualquiera que sea el contenido de sus normas, alguna justificación moral, al menos *prima facie*, que determine la existencia de un deber moral de los funcionarios y el público de aplicarlo y obedecerlo. Otro aspecto del tema de la relación entre el derecho y moral es el de la posibilidad de distinguir conceptualmente el derecho positivo de la moral positiva y una norma jurídica de una pauta moral. También se plantea el problema, de índole sociológica, de determinar las influencias recíprocas entre el contenido de un orden jurídico y las ideas y pautas de carácter moral. Otra cuestión se refiere al papel de las consideraciones morales en las decisiones judiciales, y, más específicamente a si es legítimo que los jueces recurran a reglas morales cuando el derecho es indeterminado respecto de la solución de un caso. Una pregunta mucho más genérica que las anteriores (que subyace bajo todas las consideraciones que hacemos en este trabajo) concierne a la justificación de instituciones, prácticas o soluciones jurídicas de acuerdo con ideales y valoraciones morales cuya validez se asume”.

<sup>592</sup> NINO, 2006: 283.

DEVLIN para fortalecer su posicionamiento liberal de la autonomía personal,<sup>593</sup> a fin de mantener que la práctica del discruso moral al estar definido por sus reglas, criterio y valores subyacentes, se deben a un producto histórico contingente, pero la idea de que la moral no es un producto de ninguna autoridad, legal, divina, o tradicional sino, y esta es la clave del pensamiento de NINO para el fundamento del sujeto moral, es que deba ser aceptado autónomamente, entendido como “valiosa la adopción individual libre de ideales de excelencia humana y de planes de vida basados en ellos”,<sup>594</sup> por ende, ningún Estado o cualquier otro individuo no puede involucrarse en la elección del sujeto, o bien, en la materialización de esos ideales y planes, piénsese en los casos de voluntad anticipada, donación de organos o consumo de drogas. Para ello, el Estado dice NINO debe “limitarse a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida, de tal manera que impida la interferencia mutua en el curso de tal persecución”<sup>595</sup>, entendido este principio como “principio de daño”.<sup>596</sup>

En este orden de ideas, si uno puede decidir qué norma es válida, obviamente esta norma no puede ser vinculante para la decisión que uno tome. Y como uno es libre de cambiar su propia visión normativa, tampoco puede estar vinculado por una decisión previa por la que consideró que una norma era válida. Esta dicotomía entre elección y obligación implica una relación intrínseca, lo cual debe aceptarse la válidez de una norma como algo parecido a su existencia objetiva, tal y como lo propone SIECKMANN, en tanto seamos capaces de encontrarla, debemos evitar ciertas asunciones comunes:

- “1. No debemos presuponer que las normas morales existen independientemente de su reconocimiento por parte de agentes autónomos. Por consiguiente, en el plano de la argumentación normativa debemos evitar el compromiso con el realismo moral
2. Debemos rechazar la idea de que los argumentos normativos implican pretensiones de corrección moral en sentido cognitivo. Los agentes autónomos deben presentar argumentos normativos acerca de qué norma debería considerarse válida, pero no pueden establecer individualmente normas que sean vinculantes para otros agentes autónomos. Por lo tanto, no pueden pretender conocer por sí mismos lo que sea moralmente correctos.

---

<sup>593</sup> Véase, NINO, 1989a: 202-203; 2006: 271-278.

<sup>594</sup> NINO, 2007d: 33.

<sup>595</sup> NINO, 2007d: 33-34.

<sup>596</sup> Sobre el particular, consultese fundamentalmente, HUSAK, 2013.

3. Debemos evitar tanto una interpretación descriptiva como una interpretación. De acuerdo con una interpretación descriptiva, las oraciones normativas expresan enunciados o proposiciones normativas. Los enunciados normativos implican la pretensión de que la norma enunciada existe. Sin embargo, en el curso de su argumentación, los agentes autónomos no pueden elevar tal pretensión razonablemente, porque no pueden presuponer la existencia de una norma sin considerar las visiones normativas de otros agentes autónomos. En sus argumentos, sólo pueden elevar pretensiones acerca de qué norma debería ser aceptada como válida. Y también debemos evitar una interpretación prescriptiva de las oraciones normativas usadas como argumentos, porque los agentes autónomos no están en condiciones de establecer prescripciones frente a otros agentes autónomos.

En una palabra, al analizar la argumentación autónoma, el primer paso es olvidar todas las discusiones habituales sobre las normas y el razonamiento normativo. En su lugar, deberíamos analizar qué sucede cuando los agentes autónomos aducen argumentos normativos en un intento de establecer nuevas normas como válidas y vinculantes<sup>597</sup>.

Ahora bien, NINO ha de otorgarle al principio de autonomía una valoración positiva de la libre elección de pautas y modelos correspondientes a la moral personal o autorreferente y realización de concepciones personales de lo bueno y de planes de vida basados en ellas, así como un veto al Estado y a cualquiera que pretenda impedir el ejercicio de este principio,<sup>598</sup> porque la autonomía personal opera a través del consenso y no mediante coacción o engaño, por ende, la regla básica del discurso moral constitutivo del acuerdo mínimo que suscribimos tácitamente cuando participamos corresponde de la siguiente manera, “Es deseable que la gente determine su conducta sólo por la libre adopción de los principios morales que, luego de suficiente reflexión y deliberación, juzgue válidos”.<sup>599</sup>

Sobre esto ALEXY aclara lo siguiente: “Para llegar a la norma básica de Nino, debe entenderse el concepto de participación seria en otro sentido más fuerte. Según este, participa seriamente en discursos morales sólo quien desea solucionar conflictos sociales a través de consensos producidos y controlados discursivamente. Un consenso producido discursivamente es un consenso que se ha alcanzado en base a un discurso. Un consenso producido discursivamente permanece bajo control discursivo y, por tanto, es controlado discursivamente si es nuevamente cuestionado en todo momento. Entonces, nuevamente se ha de intentar producir un consenso discursivamente. Según la primera acepción de seriedad, después del surgimiento de una

---

<sup>597</sup> SIECKMANN, 2008: 470-471.

<sup>598</sup> NINO, 1989a: 229.

<sup>599</sup> NINO, 1989a: 230.

convicción firme le fue posible a A sin más el recurso a la persuasión y a la violencia. Esto está excluido en la segunda acepción del concepto de participación seria. En ésta, no se separa el discurso de la acción. Con ello la libertad e igualdad en el discurso se trasladan al ámbito de la acción. Como las reglas de conducta social han de ser determinadas por consensos y continuamente sustentadas por éstos, la segunda acepción incluye de hecho el reconocimiento de la norma básica de *Nino*. Esta explica exactamente aquello que quiere, como deseable, alguien que participa seriamente en discursos en la segunda acepción: el control de la conducta a través de principios que después de un discurso son reconocidos libremente como correctos, y por tanto, válidos. Discurso y autonomía se convierten en los dos lados de una misma cosa”.

Con estas premisas argumentativas de NINO, considero oportuno identificar el alcance no sólo teórico, sino práctico con su postulado de la autonomía personal en un caso concreto como el trasplante de órganos, el cual a mi parecer reúne todos los elementos básicos para la discusión del sujeto moral,<sup>601</sup> esto es, del discurso moral entre la autonomía y la intervención del Estado para mejorar las condiciones de salud de las personas mediante el procedimiento de donación de órganos, porque considero que el factor de consentir la donación<sup>602</sup> implica *per se* la preexistencia del principio de autonomía,<sup>603</sup> el cual conlleva implícitamente otro problema, establecer un concepto de persona a partir del cual se derivan los principios fundamentales encargados de orientar la moral social:<sup>604</sup> la libertad (autonomía), igualdad (equidad) y dignidad del ser humano. Lo cual impone deberes inexcusables a las instituciones por tutelarlos, y además, contar con una organización

---

<sup>600</sup> 2003: 185.

<sup>601</sup> Sobre el particular y de manera más extensa, PÉREZ DAZA: 2008.

<sup>602</sup> Sobre el derecho a la autonomía mediante el consentimiento en la actividad médica, véase PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, 2009;

<sup>603</sup> NINO, 2007d: 43, sostiene “Si no hay posibilidad de defender, en el contexto del discurso moral, un principio que niegue el valor de la autonomía moral, esto significa que ese valor es inherente a la estructura del discurso moral. De ahí que la autonomía que se manifiesta en la elección de principios morales para guiar las propias acciones y actitudes tenga un valor moral *prima facie*. Este valor *prima facie* de la autonomía moral se transmite a las acciones que manifiestan esa autonomía, o sea las acciones que están determinadas por la libre elección de principios morales que prescriben tales acciones. Cualquiera que sea la validez de los principios morales en cuestión, las acciones que están determinadas por la adopción de tales principios tienen algún valor *prima facie*. Esto refleja lo que suele calificarse como el valor de la autenticidad moral y hace eco a la idea que aun en las acciones de un nazi convencido podría haber *algún* valor”.

Resulta atractiva la afirmación de KYMLICKA, 1995: 219 “Muchos liberales piensan que el valor de la autodeterminación es tan obvio que no requiere ninguna defensa”.

<sup>604</sup> Tal y como NINO, 1989a, lo estudia a lo largo del capítulo primero, desde la perspectiva de los derechos humanos como derechos morales.

asistencial acorde con las demandas de una sociedad plural, tal y como lo señala ROMEO CASABONA:<sup>605</sup>

“La afirmación de la libertad y dignidad humanas en el donante, y de éstas y del mencionado derecho a la salud en el receptor. Y en ambos casos —donante y receptor—, en considerar al ser humano como fin y no como medio. El reconocimiento a la libertad humana, considerada como fuente de otros derechos, conlleva el de la no violación de su integridad corporal, cuando se trata de un ser vivo, o de respeto a sus ideas o creencias religiosas, una vez fallecido”.

Y por otra parte, también será la sociedad misma<sup>606</sup> la responsable de sus decisiones<sup>607</sup> (obviamente a través de las instituciones gubernamentales y, en cierta medida, de los organismos particulares),<sup>608</sup> al realizar prácticas de trasplante, las cuales deben estar apegadas a una reglamentación ajustada a sus necesidades y demandas por la simple razón de obtener una mejor calidad de vida del receptor,<sup>609</sup> y no por simple paternalismo del Estado quien restrinja la voluntad y decisión de cada uno de sus ciudadanos, o bien imposibilitando un carácter de solidaridad entre los miembros de la sociedad, tal y como lo hizo el legislador del Estado de Nayarit al regular en el artículo 24-A del Código Civil del Estado de Nayarit (CCEN), la limitación en la relación de parentesco, todavía

---

<sup>605</sup> 1979: 158.

<sup>606</sup> En este sentido, RIOPÉREZ, 2006: 40. "De este modo, el trasplante es una actividad que trasciende el ámbito meramente sanitario, pues más que un acto terapéutico, se convierte en un verdadero hecho social en el que implica a toda la sociedad".

<sup>607</sup> Al respecto, RIOPÉREZ, 2006: 52, explica: "constituyendo el cuerpo humano y sus componentes el objeto de un derecho de propiedad por parte de la persona, se sigue que los actos que conllevan la cesión o transmisión del dominio sobre alguno de aquéllos se sustancien a través de dicho contrato, o de otras figuras sui generis como el denominado contrato somático".

<sup>608</sup> RIOPÉREZ, 2006: 207, considera poco oportuno permitir al sector privado abrir el espacio para llevar a cabo operaciones, salvo excepciones que no desvirtúan la propia naturaleza del sector sanitario, con lo cual coinciden, según el propio autor, casi todos los países del Consejo de Europa. Porque es en el sector público donde conserva vigencia el "principio de gratuidad en el ámbito de la cirugía sustitutiva, la cual exige unos mecanismos de control que aparecen adecuarse más convenientemente al sector público, mientras que, por el contrario, podrían fácilmente diluirse en una compleja red de centros privados". Pero además el problema trascendería a la situación sanitaria, es decir, el verdadero problema de la participación del sector privado radica en la obtención de dinero, pero si una persona (pobre) necesita un trasplante no podría tener acceso a un hospital particular. Y si esto lo llevamos a una dimensión más amplia, como una sociedad económicamente poco desarrollada, se corre el riesgo de mercantilizar los trasplantes dentro de una sociedad con estas características. En este sentido, es importante indicar que si el Estado mexicano decide dejar el paternalismo y permitirle a cada persona que decida por sí misma, también es necesario intentar elevar el nivel de vida y un estado de bienestar en todos los sentidos (económico, ambiental, educativo, etcétera).

<sup>609</sup> RIOPÉREZ, 2006: 236. Aunque hace falta mucho para determinar en qué consiste esa mejora del pronóstico vital o de las propias condiciones de vida. En caso de no lograr aclararlo, se estaría ante un concepto jurídico indeterminado.

condicionándola hasta el cuarto grado, lo que invariablemente generaría una violación a la autonomía moral en el sentido kantiano, porque el derecho debe aspirar a obtener una convergencia de acciones y actitudes a través de la libre aceptación de los mismos principios últimos y generales para guiar la conducta y no coartar jurídicamente tales oportunidades de elección. Por consiguiente, al encontrarse restringido el principio de autonomía, entendido como criterio fundamentador de la capacidad de voluntad y/o decisión en la determinación de la acción del sujeto por sí mismo, esto es, querer donar un órgano; y esto conlleva inmediatamente a las nociones de "fin" y "máximas" de la voluntad que ocupa un lugar decisivo en la concepción del individuo humano y en la filosofía moral de KANT, que más adelante RAWLS retomaría para crear su teoría de la justicia distributiva, al presentar una serie de bienes primarios que, una vez alcanzados y distribuidos entre todos los miembros de la sociedad, se podría garantizar una igualdad y por supuesto de manera justa. Sin embargo, este planteamiento de justicia no se encontraba en el contenido del artículo 24-A del CCEN, aunque sí alcanzaba este bien primario —la donación de órganos—, pero no era justa ni igualitaria, porque lo restringía a determinadas personas (calidad de parentesco) y, por ende, impedía a cualquiera realizar la donación por simple solidaridad y con ello, permitir consagrar el derecho humano a la salud de todo sujeto moral racional, porque una teoría de los derechos humanos<sup>610</sup> tienen como objetivo básico “lograr que los seres humanos sean realmente dueños de su destino, puedan autodeterminarse, o lo

---

<sup>610</sup> ALEXY, 2010: 81-82, propone cinco características que definen concepto de los derechos humanos “La primera es su universalidad. Portador o titular de derechos humanos es todo ser humano en cuanto ser humano. La universalidad desde el lado del destinatario es más complicada. Algunos derechos humanos, como el derecho a la vida, se dirigen a todos los que pueden ser destinatarios de deberes, esto es, a todo ser humano, pero también a todos los Estados y organizaciones. Otros derechos humanos, como el derecho de participación en la formación de la voluntad política, se dirigen solamente al Estado al que pertenece o en el que vive el individuo. La segunda característica de los derechos humanos no protegen todas las fuentes y condiciones de bienestar imaginables, sino únicamente intereses y necesidades fundamentales. También la tercera característica se refiere al objeto de los derechos humanos: es la abstracción. Se puede alcanzar rápidamente el acuerdo de que todos tienen derecho a la salud; pero qué significa esto en el caso concreto puede dar lugar a una larga discusión. La cuarta y quinta características no se refieren ni a los titulares ni a los destinatarios ni a los objetos de los derechos humanos, sino a su validez. Los derechos humanos en cuanto tales tienen sólo validez moral. La cuarta característica de los derechos humanos, es por tanto, su moralidad. Un derecho tiene validez moral si puede ser justificado frente a todo el que participe en una fundamentación racional. La validez de los derechos humanos es su existencia. De ahí que la existencia de los derechos humanos consista en su fundamentabilidad y nada más...Esto conduce a la quinta característica, la de la prioridad. En cuanto derechos morales, los derechos humanos no sólo no pueden ser derogados por normas de derecho positivo sino que son, además, el patrón de medida al que debe ajustarse toda interpretación de lo positivado. Esto significa que un pacto de derechos humanos, al igual que una sentencia de un Tribunal de derechos humanos, puede ser contrario a los derechos humanos”.

que es lo mismo, desplegar todas sus potencialidades en tanto que seres morales racionales”,<sup>611</sup> o bien como señala NINO “Es deseable que la gente determine su conducta sólo por la libre adopción de los principios morales que, luego de suficiente reflexión y deliberación, juzgue válidos”,<sup>612</sup> porque en caso que el Estado o algún particular restrinja o coarte tal decisión de elección, como es el caso de donar un órgano, será imposible apelar al propio principio de autonomía moral a fin de justificar la necesidad de restringir la autonomía de algunos individuos como lo pretende la norma jurídica del Código Civil de Nayarit, y que peor aún, no protege a un tercero, al contrario afecta los derechos de terceros, esto es, de mejorar su calidad de vida por políticas paternalistas.<sup>613</sup>

En este sentido, resulta atractiva la aportación de NUSSBAUM, con su teoría de "las capacidades",<sup>614</sup> donde propugna una lista de capacidades humanas,<sup>615</sup> con la finalidad de poder ejercer cualquier bien primario —siguiendo a RAWLS—, esto es, exigir un derecho fundamental, como lo sería por ejemplo el de la salud, ubicada en el segundo lugar de esta lista, al señalar: "*Salud corporal*: poder tener una buena salud", lo cual denota que quien necesite y tenga la capacidad de ejercer la garantía constitucional del artículo 4o., párrafo cuarto, por tener una mejor calidad de vida con la donación de un órgano, se vería imposibilitado para los habitantes del Estado de Nayarit, porque el artículo 24-A lo impedía, pero con la resolución de la Suprema Corte vino a corregir esta arbitrariedad del legislador por asumir un papel proteccionista y no dejar al sujeto su libre elección, esto es su libre voluntad como sujeto autónomo, que para muchos liberales la capacidad es un valor, y por ende, es jerarquizable, pero esto para NINO tiene ciertas implicaciones:

“casi todos los pensadores liberales como Rawls, Dworkin y Ackermann, se pronuncian por jerarquizar el valor de la capacidad de optar por diversos planes de vida sobre el valor de la capacidad de satisfacer las preferencias adoptadas. Ellos sostienen que en una concepción liberal de la sociedad los individuos son responsables por sus elecciones de planes de vida y la adopción de preferencias. Esa elección o adopción no debería ser vista como un accidente del que fueron

---

<sup>611</sup> Así, GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, 2004: 397.

<sup>612</sup> 1989a: 230.

<sup>613</sup> Sobre el paternalismo jurídico, véase por todos, el magnífico trabajo de ALEMANY, 2006.

<sup>614</sup> La teoría de las capacidades está vinculada estrechamente con el tema de los derechos humanos; véase NUSSBAUM, 2003: 413-440.

<sup>615</sup> NUSSBAUM, 2007.

víctimas y por el que el Estado u otros individuos deben compensar con recursos adicionales como si fueran discapacitados físicos o mentales. No me interesa aquí los principios que efectivamente descalifican la concepción de las preferencias como si fueran accidentales. Por el momento basta sugerir que si bien la capacidad de satisfacer planes de vida elegidos posee un valor endosado por el principio de autonomía personal (ya que esta autonomía se restringe cuando hay planes de vida imposibles de satisfacer), según ese principio, la capacidad de optar entre *diversos* planes de vida es ún más valiosa. Esto quiere decir que, si bien es justo que Iso recursos no utilizados por los individuos con preferencias más baratas sean no desperdiciados sino redistribuidos para aquéllos con preferencias más caras, esta asignación debe ser provisional y revertirse tan pronto ocurra en cambio en elas preferencias de los primeros”.<sup>616</sup>

Este respuesta de NINO a las capacidades para las preferencias en los proyectos de vida de cada uno, aún y cuando se considere todavía vago o tan amplio el principio de autonomía, resulta indispensable por permitir inferir el contenido de algunos derechos individuales básicos, como este caso el derecho a la salud, mismo que está dado por los bienes o intereses que esos derechos protegen, esto es, el derecho de donar y de recibir un órgano de manera gratuita. Por tanto, estos bienes son necesarios para la elaboración y materialización de planes de vida de los individuos. Esta argumentación, viene correlacionada con el posicionamiento de COLOMER MARTÍN-CALERO al referir que “La relación entre la voluntad como arbitrio y la ley de esa misma voluntad, en tanto legisladora, constituye el verdadero lugar en torno al que se construye la teoría kantiana de la libertad. En él se muestra la necesaria interdependencia de los conceptos de libertad del arbitrio y autonomía de la voluntad como razón pura práctica. El arbitrio humano es *arbitrium liberum*, porque es "afectado pero no determinado por los impulsos sensibles". Ahora bien, predicar del arbitrio humano esta condición significa afirmar su capacidad para ser determinado por un móvil ajeno a todo lo empírico, que sólo puede ser el principio puramente formal de la razón práctica; por lo que aquella posibilidad no es otra que la posibilidad del arbitrio de ser determinado por la ley de la voluntad humana. Por eso, el arbitrio que puede ser determinado por la pura razón se llama libre arbitrio”.<sup>617</sup>

---

<sup>616</sup> 2007d: 48.

<sup>617</sup> 1995: 36.



Pero frente a este planteamiento kantiano del libre arbitrio, es necesario previamente determinar cuáles son los principios morales de los que los derechos básicos derivan, como es el de la salud, y sólo después se podrá definir a las personas morales como la clase de todos aquellos individuos que poseen las propiedades que son factualmente necesarias para gozar o ejercer tales derechos, y no sea la norma la que limite a estos individuos —donante y receptor— capaces de ejercer su derecho a la salud y mejorar su calidad de vida, garantías salvaguardadas por la Constitución. Tal y como lo ha expresado NINO:

“Esto quiere decir que los principios fundamentales de los que los derechos humanos derivan son categóricos, en el sentido de que ellos no condicionan *latitudinalidad* de tales derechos a la posesión de una u otra característica. Estos principios son *erga omnes*, o sea se aplican a todos o a todo. Es simplemente una cuestión de hecho que sólo ciertos individuos o entidades pueden gozar o ejercitar en cierto grado los derechos generados por estos principios. Esto presupone, naturalmente, la distinción entre ser titular de un derecho y estar capacitado para ejercerlo”.<sup>618</sup>

En este sentido, se pronunció el Pleno de la Suprema Corte, al reconocer en la propia Ley General de Salud las condiciones para realizar un trasplante de órgano, pero dejando al arbitrio del individuo con pleno goce de sus capacidades (mayor de edad), la libertad de ejercer su derecho como donante en ceder algún órgano de su cuerpo en beneficio de la salud del paciente y no que sea el Estado quien determine al individuo con determinada personalidad moral para la donación, confirmando el principio liberal de la autonomía personal heredada de John Stuart MILL quien estableció la diferencia entre la moral privada de la moral pública en la que el Estado debe ser plenamente respetuoso de la primera para preservar y lograr el despliegue potencial de los derechos humanos, en particular, el derecho humano a la salud, del cual NINO defendería a cabalidad.

## **b) Principio de inviolabilidad.**

Ha sido claramente expuesto el lugar trascendente para la fundamentación del sujeto moral el principio de autonomía personal postulado por NINO, sin embargo, comprender que por

---

<sup>618</sup> NINO, 1989a: 45.

sí sólo este principio no logrará ser autosuficiente para el desarrollo del aspecto interno en la concepción del bien de la que dependen los ideales personales plausibles, entendido como planes de realización personales, por ello propone complementar dicho principio con el principio de inviolabilidad de la persona “que proscribire sacrificar los intereses básicos de los individuos sin su consentimiento, ya sea con el propósito de beneficiar a otros o beneficiar al todos social; y el principio de *autonomía* de la persona –que establece que la libre elección de los planes de vida individuales es en sí misma valiosa y no debiera ser interferida”,<sup>619</sup> lo cual conlleva una irrestricta prohibición a causar un daño a las personas o imponerles sacrificios en contra de su voluntad, por ejemplo, en el caso del trasplante de órganos, si uno decide donar alguna parte de su cuerpo con previa autorización, esto es, consentimiento libre, la propia Constitución estaría permitiéndolo para mejor consecución del derecho a la salud de una tercera persona, pero si por el contrario, se le extrae algún organo o tejido en contra de su voluntad o bajo engaño, no solamente se le estará afectado en su bienestar físico, sino que está prohibido y sancionado el tráfico de órganos.

Este segundo principio mantiene una estrecha relación también con el legado kantiano del imperativo categórico que nos ordena actuar de forma tal que siempre tratemos a la humanidad, ya sea en la persona del agente o de otras personas, como un fin en sí mismo y nunca como sólo medios, afirmación que ha dado diversas interpretaciones, de las cuales NINO sigue el siguiente “lo que el principio kantiano veda menoscabar son las cualidades que distinguen a la naturaleza humana y que son, fundamentalmente, la capacidad de proponerse fines y la racionalidad...que la idea de tratar a alguien como mero medio presupone, como lo hace explícito el concepto de sacrificio, que al individuo se lo priva de algo *valioso*...Como lo que es valioso en relación con un individuo está dado por los fines que él tiene o que debería tener, no es muy aventurado decir que a un individuo se lo trata como un fin en sí mismo cuando se lo trata tomando en cuenta sus propios fines”.<sup>620</sup>

---

<sup>619</sup> 2007a: 136; igualmente, 2007e: 52.

<sup>620</sup> NINO, 1989a: 239-240.

Lo que está detrás de este posicionamiento a favor del principio de inviolabilidad de la persona es una oposición clara a la corriente utilitarista, como elocuentemente lo resume NINO:

“Como bien es sabido, algo parecido a este principio de inviolabilidad de la persona ha sido utilizado recientemente como una herramienta contra el utilitarismo, al que se acusa de tratar a las personas como sólo medios en cuanto permite el sacrificio de algunas personas para maximizar la felicidad o la utilidad o el bienestar agregados de la sociedad en su conjunto. Lo realmente novedoso de este ataque al utilitarismo es el punto enfatizado por autores como Gauthier, Rawls y Nozick de que la razón por la cual esta doctrina permite el sacrificio de algunas personas para lograr el mayor beneficio de otras es que ignora la relevancia moral de la *separabilidad* de las personas, al tratar a los intereses de distintas personas como si fueran los intereses de un único individuo. Thomas Nagel ha argumentado convincentemente que el rechazo de la forma de combinar las pretensiones individuales que caracteriza el utilitarismo presupone un interés impersonal por cada persona como individuo, es decir que adopta el punto de vista de cada persona por separado en lugar de un punto de vista que comprenda a la totalidad del grupo relevante de personas. Nagel cree que la visión ‘fragmentada’ del razonamiento moral es compatible con dos concepciones diferentes de la igualdad: la que llama ‘la concepción de los derechos’ –lo que implica que ciertas pretensiones no pueden violarse para satisfacer otras-, y ‘la concepción igualitaria’ –que da preferencia a las pretensiones más urgentes (con el fin de arribar a la asignación que sea menos inaceptable para quienes sea más inaceptable). Sin embargo, en ausencia de una discusión más profunda, no resulta claro si la concepción igualitaria (tal como Nagel ilustra con el ejemplo de un padre que sacrifica los intereses de su hijo sano por los de su hijo discapacitado) satisface la exigencia de unanimidad ínsita en la concepción ‘fragmentada’ del razonamiento moral, o si, por el contrario, termina acercándose a una forma de utilitarismo negativo que busca reducir la infelicidad...a primera vista parece que si el razonamiento moral avanzara adoptando el punto de vista de todos los involucrados tomándolos como entidades separadas, debería reconocerse algo como el principio de inviolabilidad de la persona, y los derechos deberían cumplir una función esencial en cualquier sistema moral plausible”.<sup>621</sup>

Por supuesto que el utilitarismo en tanto no se interese por la *distribución* de goce de utilidad social, excepto que retribuya en un incremento de esa misma utilidad social, será mejor una sociedad de tres individuos en que uno de ellos obtenga cuatro unidades de utilidad y los otros nada, que otra sociedad en que cada uno de sus tres integrantes tenga una

---

<sup>621</sup> NINO, 2007e: 53-54.

unidad de utilidad, esto es, su enfoque agregativo y no distributivo del utilitarismo deriva de fundir los intereses de los individuos en un sistema unitario, desconociendo que son intereses de personas distintas y separadas, frente a esto NINO intentará elaborar su teoría igualitarista, que será analizada más adelante, por lo mientras, quien ha dado mejor luces para la comprensión de esta discusión frente al utilitarismo es la propuesta de Derek PARTIF mediante su teoría de la identidad personal y los principios de distribución<sup>622</sup> que consiste:

“Este autor se basa en una concepción de la identidad personal, según la cual ella no está determinada por alguna propiedad simple que se da o no se da, sino por la continuidad corporal y psicológica a lo largo del tiempo...En relación a este punto, Partif sostiene que la adopción de un punto de vista complejo de la identidad personal puede apoyar al utilitarismo en su rechazo de principios de distribución: al hacer más laxa la identidad a lo largo de una vida humana, el enfoque complejo hace menos prominente la falta de identidad entre vidas humanas. De este modo, el utilitarismo podría rechazar todo principio de distribución, no porque, como dicen sus nuevos críticos, funda a todos los individuos en uno solo, sino porque, al contrario desintegra parcialmente a los individuos. Que se imponga cargas a algunos para mayor beneficio de otros sería admisible, no porque todos integren algún superorganismo, sino porque tal operación es, en definitiva, análoga a la que se produce cuando se impone una carga a un individuo en aras de beneficios que se materializarán cuando presumiblemente su yo presente haya sido desplazado por un yo posterior diferente; lejos de presuponer una concepción totalizadora u holista de la sociedad, el utilitarismo podría presuponer una concepción atomizadora de los individuos. Parfit es consciente de que su concepción sobre la identidad personal podría, por el contrario, justificar que se le dé a los principios de distribución un *alcance mayor* del que generalmente se les otorga, de modo que se apliquen no sólo *entre* vidas humanas sino también *dentro* de vidas humanas; de esta forma se prohibiría imponer a los individuos cargas en aras de beneficios que van a ser disfrutados por un yo ulterior. El argumento de Parfit contra esta posibilidad es complejo y bastante oscuro, pero creo que puede ser reconstruido de este modo: 1) ese supuesto alcance mayor de los principios de distribución no sería relevante si los principios tuvieran un *peso menor* con el enfoque complejo de la identidad personal, 2) tales principios están apoyados en la idea de que no puede hacerse un balance entre las pérdidas y los beneficios que afectan a distintas personas, 3) a su vez, esta objeción se basa en el hecho cierto de que no puede *compensarse* a una persona la pérdida que sufre con el beneficio de un individuo distinto, 4) pero, como este hecho se basa en la identidad personal, al volverse ésta, con el enfoque complejo, una propiedad menos “profunda” por estar basada en *menos* hechos, hace menos importante moralmente el hecho de que no puede haber compensaciones interpersonales, 5) esto quita buena parte de sustento a la objeción a hacer un

---

<sup>622</sup> PARFIT, 1973: 137-169.

balance moral entre beneficios y pérdidas de distintas personas, con lo que los principios de distribución que están fundados en esa objeción pierden, correlativamente, gran parte de su peso”.<sup>623</sup>

Esta suscita pero sustanciosa valoración de NINO sobre PARTIF trae como consecuencia, que NINO difiera sobre su concepción de identidad personal compleja relacionada con principio de distribución frente al punto de vista simple, porque su idea es que si la identidad personal involucra menos hechos tendrá menos importancia, pero NINO cree que el punto de vista simple de la identidad personal no tendría porque involucrar más hechos sino un hecho distinto de la continuidad psicológica y física,<sup>624</sup> por tanto “El punto de vista simple no parece fundamentar la identidad personal en una conjunción de hechos, algunos de los cuales admitirían grandos y otros sería el tipo “todo-o-nada...Esto implica que la circunstancia de que no pueda compensarse a alguien una privación que se le impone, por medio de algún beneficio para algún extaño, sigue apoyando la idea de que no puede hacerse un balance moral entre beneficios y pérdidas de distintas personas, con lo cual los principios de distribución conservan su peso”.<sup>625</sup> Por supuesto, NINO llega a esta diferencia con PARFIT por sus estudios liberales sobre que condiciones son constitutivas de la capacidad de actuar, entre las que destaca a) condiciones fácticas; b) condiciones intrínsecas y extrínsecas; y c) condiciones positivas y negativas, para las cuales no podrán ser valoradas para la capacidad de acción sino se recurre a estándares de normalidad o presupuestos de índole normativa, sin que se llegue a un relativismo y subjetivismo desprovisto de alguna base empírica.<sup>626</sup> Esto sin perder de vista que para NINO las normas son prácticas sociales como una combinación compleja de comportamientos o actitudes, o bien, como una proposiciones deónticas que pueden forma parte de un razonamiento práctico destinado a justificar acciones o actitudes, que conjuntamente con la autonomía personal se tornan en normas o estándares vigentes en el contexto social.<sup>627</sup>

---

<sup>623</sup> NINO, 1989a: 243-244.

<sup>624</sup> NINO, 1989a: 245.

<sup>625</sup> NINO, 1989a: 245-246.

<sup>626</sup> NINO, 2007: 37.

<sup>627</sup> NINO, 2007: 37.

Por consiguiente, NINO sostendrá un punto de vista moral en el principio de inviolabilidad de la persona con la intención de articular y combinar con determinados presupuestos de la identidad personal, a partir de la idea de que “no solamente debemos considerar irrelevantes quiénes son los titulares de los intereses en juego sino también el hecho de que ellos puedan ser diferentes individuos. Lo que importaría son los intereses en sí mismos, con absoluta independencia de su origen en uno o varios individuos”.<sup>628</sup> Esta idea se ha dado por identificarla como el observador ideal, por ser un simpatizante con los diferentes intereses involucrados y asumirlos como propios.

En definitiva, la propuesta de NINO por un observador ideal se deja ver de la siguiente manera:

“Esta forma de construir el punto de vista impersonal subyacente al discurso moral conduce directamente a la adopción de un principio básico de índole utilitarista, o sea un principio que prescribe materializar las acciones, medidas o instituciones que satisfagan el mayor número de intereses de mayor jerarquía. Esto constituye una concepción ética agregativa, según la cual los efectos beneficiosos o perjudiciales de una medida para los intereses de individuos son sumados o restados con el fin de determinar su justificabilidad, sin tomar en cuenta cómo se distribuyen esos efectos entre distintos individuos. El utilitarismo procura el bienestar global de un grupo que se toma como marco de referencia, sin considerar relevante que un incremento de ese bienestar global se consiga a costa de una disminución del bienestar neto de algunos de los miembros del grupo. Cualquiera que sea el atractivo intrínseco de un principio semejante, lo cierto es que él deriva de una reconstrucción objetable del punto de vista impersonal subyacente al discurso moral”.<sup>629</sup>

Finalmente, NINO sostiene que el papel de los derechos y de las limitaciones al principio de inviolabilidad consiste en “atrincherar” determinados intereses de los individuos, de modo que ellos no puedan ser dejados de lado, contra su voluntad, en atención a intereses que se juzgan más importantes de otros individuos,<sup>630</sup> por tanto “la función principal de los derechos es la de limitar la persecución de objetivos sociales colectivos, o sea de objetivos que persiguen el beneficio agregativo de diversos grupos de individuos que integran la sociedad. Si la persecución del bien común fuera una justificación última de medidas o

---

<sup>628</sup> NINO, 1989a: 255.

<sup>629</sup> NINO, 1989a: 256-257.

<sup>630</sup> NINO, 1989a: 261.

acciones, el reconocimiento previo de derechos individuales sería absolutamente *inoperante* y *superfluo*; bastaría con determinar en cada caso si el goce de un cierto bien por parte de un individuo favorece o menoscaba esa persecución del bien común. Precisamente la idea de derechos individuales fue introducida en el pensamiento filosófico-político como un medio para impedir que se prive a los individuos de ciertos bienes con el argumento de que ello beneficia, tal vez en grado mayor, a otros individuos, a la sociedad en conjunto o a una entidad supraindividual”.<sup>631</sup>

### **c) Principio de dignidad.**

La relación entre la concepción de moralidad social mediante la voluntad de los individuos que se opone a una serie de ideas muy difundidas, coincide en descalificar la relevancia moral de esa voluntad. Pero desde un posicionamiento del escepticismo ético postulado por NINO consistente en presuponer que las únicas razones para actuar son las constituidas por deseos; en contraposición, los deseos nunca constituyen razones finales para justificar una acción, ni aun en la esfera prudencial, sino que tales razones siempre están conformadas por principios morales o prudenciales y, son estos, los que pueden hacer relevantes a ciertos actos de voluntad.<sup>632</sup> Esta idea implica un rechazo al determinismo (biológico) y las implicaciones que genera la adscripción de responsabilidad en cada uno de nuestros actos.<sup>633</sup> Distinto será la propuesta de un determinismo normativo y el principio de dignidad de la persona que NINO consecuente con sus propuestas metaéticas le permiten construir adecuadamente, “es que prácticamente *toda* la vida humana en sociedad tal cual la conocemos, aun en las condiciones más disímiles y en las circunstancias más inusuales, está basada en la adopción, en mayor o menor grado, pero siempre en una medida considerable, del principio opuesto al determinismo normativo, que aquí estoy bautizando como el *principio de dignidad de la persona*”.<sup>634</sup> Ya que al abandonarlo de nuestra concepción de hombre y de su identificación de la vida en sociedad, por un determinismo

---

<sup>631</sup> NINO, 1989a: 261-262.

<sup>632</sup> NINO, 1989a: 268.

<sup>633</sup> Sobre este aspecto, NINO, 1989a: 273-282.

<sup>634</sup> NINO, 1989a: 285.

normativo solamente, dice NINO “nos conduciría, si fuera llevado coherentemente, hasta sus últimas consecuencias, hacia el abismo de una existencia humana y de una organización social irreconocibles como tales”.<sup>635</sup> Hasta aquí, el postulado ético de NINO sobre la dignidad es acorde con el discurso moral de una sociedad, haciendo omisión alguna a KANT directamente, pero todo el contenido de fondo del principio de dignidad de la persona en NINO es claramente kantiano,<sup>636</sup> porque los seres humanos son seres autónomos, esto es, son sujetos morales y pueden autodeterminarse moralmente como tales, ya que son capaces de usar su razón y su voluntad para darse leyes a sí mismos y regirse por ellas.

De igual manera la comunidad internacional<sup>637</sup> ha llegado al consenso de reconocer la dignidad como un valor fundamental (kantiano) para la identificación de un Estado de Derecho,<sup>638</sup> y por consiguiente, de una democracia<sup>639</sup> encargada de salvaguardar los derechos individuales de cualquier persona, aunque la dignidad pertenezca al campo de la metaética y no propiamente al de la ética normativa, aún y cuando se encuentre esta tendencia en los instrumentos internacionales, por ejemplo, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* inicia su redacción “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la *dignidad intrínseca* y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, teniendo como

---

<sup>635</sup> NINO, 1989a: 286. En el mismo sentido CELA CONDE, 2009: 118.

<sup>636</sup> Atienza, 2009: 87, lo explica elocuentemente “Como se sabe, el imperativo categórico kantiano tiene varias formulaciones, aunque todas ellas expresarían la misma ley. La primera formulación, el imperativo de la universalidad, ordena obrar de modo que quisiéramos ver convertidas en leyes universales las máximas de nuestra conducta. La segunda, el imperativo de los fines, ordena algo negativo: obrar de modo que nunca nos tratemos a nosotros mismos ni a los demás como simples medios sino siempre al mismo tiempo como fines. y la tercera, el imperativo de la autonomía, ordena que deben rechazarse todas las máximas que no puedan compadecerse con la propia legislación universal de la voluntad, o sea, establece que la voluntad sólo está sometida a las leyes de las que ella misma puede considerarse autora. En definitiva, los tres valores aquí concernidos son el de igualdad (la universalidad implica que todos deben ser tratados por igual si están en las mismas condiciones), dignidad y libertad (libertad como autonomía, no libertad negativa). A partir de aquí, podría pensarse que la dignidad tiene alguna suerte de prioridad frente a los otros dos. Frente a la igualdad, porque con el imperativo de la universalidad se está expresando un principio meramente formal, mientras que el imperativo de los fines parece señalar un contenido, aunque se trate de un contenido negativo; marca algo así como un límite infranqueable a lo que se puede universalizar. Y frente a la libertad, porque parece que la dignidad no es algo que pueda quedar librado a la voluntad del individuo o de la comunidad”.

<sup>637</sup> KAUFMANN, 1999: 552.

<sup>638</sup> Para ROMEO CASABONA, 2003: 56, la dignidad humana “...no puede situarse en los términos habituales de ponderación como un interés más allá donde suege el enfrentamiento o colisión entre derechos fundamentales o bienes jurídicos constitucionales, sino que es preciso constatar si en la situación concreta la dignidad humana se ha visto o no en cuanto tal afectada, lo que la califica como principio material de justicia”.

<sup>639</sup> Al respecto, véase el siguiente capítulo.



principal objetivo esta declaración evitar la discriminación por razones de raza, color de piel, sexo, idioma, religión, posición económica, origen nacional, social o biológico,<sup>640</sup> en particular por los incontenibles investigaciones biomédicas, tanto en el inicio de la vida (estatuto del embrión y reproducción asistida) como en el final de la misma (cuidados paliativos y eutanasia), o por el proyecto del genoma humano que dio pauta a la conformación de la *Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos* que establece la siguiente prerrogativa: “Recordando, que en el Preámbulo de la Constitución de la UNESCO se invocan “los principios democráticos de la dignidad, la igualdad y el respeto mutuo de los hombres” y se impugna “el dogma de la desigualdad de los hombres y de las razas”, se indica “que la amplia difusión de la cultura y la educación de la humanidad para la justicia, la libertad y la paz son indispensables a la *dignidad del hombre* y constituyen un deber sagrado que todas las naciones han de cumplir con un espíritu de responsabilidad y de ayuda mutua”,<sup>641</sup> lo cual entiendo como una obligación de

---

<sup>640</sup> Hoy día cobra mayor relevancia el principio de la dignidad humana por los incontenibles avances científicos e investigaciones biomédicas, tanto en el inicio de la vida (estatuto del embrión y reproducción asistida) como en el final de la misma (cuidados paliativos y eutanasia).

<sup>641</sup> Es tal la importancia de la dignidad humana en esta declaración que se le destina todo el apartado A (artículos 1-9) de la declaración para la protección de este valor fundamental de todo ser humano, por lo que su contenido en materia de dignidad se puede apreciar con los puntos identificados por GARCÍA MANRIQUE, 2009: 62. “1) Que la *Declaración* no opta *claramente* por una determinada concepción de la dignidad humana, aunque una interpretación sistemática de su texto parece abonar una concepción naturalista, comunitaria y teleológica. 2) Que todas las cláusulas de la *Declaración* que hacen mención de la dignidad humana pueden ser interpretadas como haciendo referencia a una concepción unitaria de la misma, y que la concepción que considero más adecuada es la que basa la dignidad en la autonomía individual orientada a la consecución de ideales sustantivos de excelencia humana, determinados heterónomamente (aunque asumibles autónomamente). 3) Que la cláusula del artículo 10 establece la igual dignidad de todos los seres humanos podría dar pábulo a los partidarios de una concepción de la dignidad basada en la posesión de alguna cualidad metafísica, puesto que es obvio que no todos los seres humanos disfrutan de la capacidad para la autonomía, y desde luego no en la misma medida. Sin embargo, el hecho de que también los partidarios de fundar la dignidad en la autonomía la extiendan también a los que no disfrutan de esta capacidad hace pensar que la *Declaración* podría simplemente reproducir esta incongruencia, más que optar por una concepción distinta de la dignidad. 4) Que la cláusula del artículo 12, limitado el alcance del pluralismo y la diversidad cultural a la no afectación de la dignidad, hace pensar que los redactores de la *Declaración* tienen en mente algún ideal sustantivo de excelencia humana, que sería el límite que el pluralismo y la diversidad no pueden rebasar; y, por tanto, hace pensar que un concepto de dignidad como el que hemos esbozado es no sólo posible como base para interpretar las cláusulas de la *Declaración* sobre la dignidad, sino también recomendable, ahora ya no sólo por sus virtudes intrínsecas, sino porque se adapta mejor al texto a interpretar. 5) Que los partidarios de fundar la dignidad en la autonomía individual pueden estar tranquilos con el texto de la *Declaración*, siempre que acepten que el ideal de la autonomía individual es incomprensible si no es por referencia a ideales de excelencia humana o, por decirlo en términos aristotélicos y quizá más provocativos, si no es por referencia a un concepto funcional del ser humano. Por tanto, pueden estar tranquilos en particular porque la *Declaración* no parece considerar a la dignidad humana especialmente como un freno a los avances científicos y técnicos, en la medicina o en cualquier otro campo. Y, 6) Que aquéllos que están preocupados por la posible destrucción de la esencia humana que el avance indiscriminado de la tecnociencia pueda

los Estados por velar no a la dignidad como un derecho humano o fundamental que deba ser ponderado con otros derechos establecidos en la Constitución, sino como un presupuesto inalienable e indivisible que da soporte al resto de los derechos fundamentales (intimidad, libertad de expresión, convivencia, reunión, tránsito, etcétera) y por consiguiente, exigibles como derechos subjetivos en cuanto procedimiento interpretativo que tienen cabida en el correspondiente derecho fundamental, acorde con lo estipulado por el derecho internacional sin apartarse de la tradición kantiana.

En este sentido GARCÍA MANRIQUE<sup>642</sup> considera que “...el uso normativo contemporáneo del concepto de dignidad, el que encontramos en las declaraciones de derechos o en los textos de la bioética, parecen ser un uso que los sitúa en el ámbito de la antropología moral. Porque el concepto kantiano, en tanto que vacío no puede ser un concepto normativo tan fértil como están suponiendo todos esos textos, sobre todo los jurídicos. De manera que esta dignidad *normativa* no sería la dignidad kantiana, aunque la presuponga o abarque, sino que expresaría otra cosa...un ideal global de vida buena, que, en tanto ideal sustantivo, sí permitiría extraer consecuencias concretas tales como la afirmación de los derechos fundamentales o como la formulación de criterios para resolver problemas bioéticos; y que, en tanto que ideal global serviría como cláusula de cierre como cláusula interpretativa suprema tanto de una teoría de los derechos fundamentales como de la bioética.

De manera complementaria a la propuesta de NINO se considera valioso el posicionamiento de GARZÓN VALDÉS quien sostiene:

“Mi presupuesto básico afirma que la dignidad es una característica definitoria atribuida a todo ser humano viviente. El concepto de dignidad no es un concepto descriptivo; decir que todo ser humano posee dignidad no es lo mismo que decir, por ejemplo, que todo ser humano viviente posee determinadas características biológicas propias del *homo sapiens sapiens*. El concepto de dignidad humana tiene un carácter adscriptivo. Expresa y atribuye una evaluación positiva; en este caso, moral.

La adscripción de dignidad humana a un ser X presupone la verdad del enunciado descriptivo que afirma que X es un ser viviente que pertenece a la especie humana, cualquiera que sea su edad o su estado mental o físico. Esta presuposición arrastra consigo, por así decirlo, la adscripción de

---

acarrear pueden también estar tranquilos con la *Declaración*, en la medida en que su texto puede (y probablemente debe) ser interpretado como sosteniendo una concepción de la dignidad humana que presupone un ideal sustantivo de lo humano que ningún supuesto ejercicio de la autonomía puede menoscabar”.

<sup>642</sup> 2009: 52.

dignidad. La arrastra conceptualmente de forma tal que sería contradictorio decir que X es un ser humano viviente pero carece de dignidad. Parafraseando a Kant podría decirse que, en este sentido, predicar la dignidad de X es lo mismo que predicar su humanidad.

Adscribirle dignidad al ser humano viviente es algo así como colocarle una etiqueta de valor no negociable, irrenunciable, ineliminable e inviolable, que veda todo intento de auto o heterodes humanización. En este sentido, impone deberes y confiere derechos fundamentales”.

Esta identificación adscriptiva de GARZÓN VALDÉS permite comprender en mejor medida que todo ser humano por el simple hecho de serlo tiene dignidad, y no mediante el criterio de la descripción, por ser discriminatorio. El principio de la dignidad humana que ha sido reconocido en México no solo a nivel constitucional sino también en el ámbito jurisdiccional, guarda el mismo esquema propuesto por GARZÓN VALDÉS, al no definir a la dignidad humana, sino establecerlo como un principio, origen o esencia de cualquier derecho humano.<sup>643</sup> Sin embargo, el hecho de solo contemplarlo de esta forma no ha sido suficiente para que las actuaciones de las autoridades estatales comprendan su contenido y alcance de protección, por ejemplo la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) consideró necesario regular la inspección corporal que se realiza en los aeropuertos del país, a fin de salvaguardar la integridad de las personas, por lo que emitió la Recomendación No. 71/2012, de 29 de noviembre del 2012, intitulada: “*Sobre el caso de*

---

<sup>643</sup> Tomese de ejemplo los siguientes criterios: [J]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; DIGNIDAD HUMANA. SU NATURALEZA Y CONCEPTO. La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna; [J]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; DIGNIDAD HUMANA. DEFINICIÓN. La dignidad humana es el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos; [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXX, Diciembre de 2009; Pág. 8 DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad.

*actos de molestia y registros personales arbitrarios en agravio de varios usuarios de los aeropuertos civiles, por parte de elementos de la secretaría de seguridad pública”,* misma que fue motivada por una queja de una mujer en la que relató que debido a que padeció cáncer, fue sometida a una mastectomía y, por prescripción médica, porta una prótesis mamaria, la cual algunas veces hace sonar los detectores de metal. Y que a pesar de tal advertencia, al cruzar el arco del punto de revisión de pasajeros y equipaje de mano del Aeropuerto Internacional de Villahermosa, Tabasco, se activó la alarma, por lo cual el personal de vigilancia la detuvo y fue objeto de una revisión física, pasándole el bastón detector de objetos metálicos por el cuerpo. Los elementos de seguridad le ordenaron que se retirara la prótesis y la colocara en una charola para que posteriormente pasara por la banda y la cámara de escáner de supervisión de equipaje, lo cual no fue a decisión de la mujer, sino obligada a revelar en público que utilizaba una prótesis de seno, y ponerla a la vista de quienes se hallaban en ese punto de inspección.

Estos hechos que fueron del conocimiento de la CNDH llegaron a considerar en dicha recomendación que estas conductas o protocolos de seguridad por parte de autoridad “configura un injustificado acto de exhibición y una interferencia arbitraria, desproporcionada e innecesaria” que “vulneró los derechos a la intimidad, al honor y al trato digno”. Por ende, llamó a las autoridades competentes a “diseñar y observar la aplicación de las revisiones personales con el propósito de que se realicen con responsabilidad, respeto, cordialidad, trato digno y con el mínimo de interferencias o demoras”.

Este ejemplo denota la importancia de contar con instituciones encargadas de velar no solo por el respeto de cualquier derecho humano, sino de recomendar programas de capacitación, respeto y cuidado de un valor fundamental como la dignidad, en aras de mantener el ideal de un Estado democrático de derecho en la igualdad de los seres humanos y evitar con ello determinados actos por autoridades de discriminación.

Este principio para NINO considero está implícitamente inmerso en el de la autonomía, porque la misma tradición kantiana entiende la autonomía al igual que la dignidad de las

personas como presupuestos esenciales de su ética deontológica. Por eso, es poco elaborada una doctrina de la dignidad en la obra de NINO, porque al haber autonomía y protección a la inviolabilidad de la persona, la dignidad solo es recurrible para reforzar y confirmar su lugar en el marco conceptual de su teoría metaética, tal y como lo concluye NINO “Con este bosquejo de fundamentación del principio de dignidad de la persona concluye el rudimentario intento de mostrar que los principios básicos del liberalismo están apoyados en aspectos estructurales del discurso moral”,<sup>644</sup> en aras de materializar las condiciones de vida de cada ciudadano, garantizándole libertad e igualdad de oportunidades (autonomía) en una sociedad justa.

### **3. Posición personal.**

El entendimiento por una filosofía latinoamericana para la construcción de la fundamentación del sujeto moral en DUSSEL y VILLORO, tienen a mi parecer, como fondo argumentativo la defensa (liberal) de la autonomía de la persona, entendido, por el primero de ellos, como la razón-ético-crítico que constituirá el elemento liberador-emancipador del excluido, marginado, víctima de un sistema-mundo que se ubica en las periferias, pero esto lo logra solventar DUSSEL mediante su propuesta del método analéctico al identificar oportunamente, la exterioridad metafísica del Otro en una elaboración lógica no ontológica, sino una lógica alternativa que desde el Otro pueda servirle al Otro (interpretación de la intersubjetividad del sujeto), pero mediante un acto ético (desde el principio de responsabilidad) y no una razón meramente teórica, como es el discurso ontológico de la dialéctica, tal y como el mismo lo describe<sup>645</sup>:

En la primera edición de nuestra Filosofía de la liberación habíamos hablado todavía, al igual que en la Ética, de un “método” analéctico. Se quería subrayar el hecho de que el método comienza con la afirmación del Otro, del pobre, del oprimido. El escuchar su voz era el arranque inicial, metafísico (aquí “metá” en griego significa más allá: más allá de la ontología o del horizonte ontológico del ser del sistema vigente). En la segunda edición cambiamos la

---

<sup>644</sup> NINO, 1989a: 300.

<sup>645</sup> DUSSEL, 1983: 97.

palabra “método” analéctico por “momento” analéctico. Ahora, con mayor precisión pero sin variar el fondo, la afirmación de la exterioridad es un *momento*, el primero y originario, de una dialéctica no sólo negativa, sino positiva. El método dialéctico *afirma* primero la exterioridad, *desde ella* niega la negación, y emprende hacia el *pasaje* de la totalidad dada a la totalidad futura. Pero la totalidad futura ahora es *nueva*; era imposible para la antigua totalidad. El Otro, la exterioridad, vino a fecundar analógicamente a la totalidad opresora y constituyó una *nueva* totalidad (utopía imposible para la antigua totalidad) con momentos nunca incluidos en el antiguo sistema (analécticos) y con otros incluidos en él. En algo “semejante” (la continuidad con el pasado) en algo “distinto” (lo nuevo analéctico) el nuevo sistema histórico no es unívoco ni equívoco: el totalitarismo de la mismidad ha sido superado”.

Por lo que corresponde a Luis VILLORO, quien por su parte, elabora su propuesta ética material centrada también en una relación con el Otro, pero más delimitada que a la DUSSEL, esto es, en el problema del indigenismo en México, analizando la “conciencia indigenista”, esto es, la forma como el mexicano ha visto al indio, no tanto en sí mismo, sino mediante los españoles, criollos y mestizos, lográndolo plantear mediante el método dialéctico, así como también un cuidado al enfoque histórico en la comprensión del ser del mexicano, pero ahora desde una perspectiva filosófico-antropológicas (problemas de la acción, la libertad, la función de las ideologías en los procesos sociales, entre otros), logrando armonizar la ideológica como negación de la “realidad”, y la “violencia” entendida como incapacidad de “comprender”, de “conocer” y de “razonar”, esto es, “pensar”. Logrando así explicar su filosofía, VILLORO en el campo de la racionalidad aplicado una teoría de la relación entre ética y política.

Para ello, VILLORO construye el elemento denominativo de “ética disruptiva”, entendida como aquella política que promueve una “disrupción”, entre la conversión radical de la “voluntad particular” en “voluntad general”, del convenio “conforme al poder” en convenio “conforme al valor”, del “burgués” en “ciudadano”, de la “sociedad burguesa” en “sociedad política”, y generando con ello un nuevo lenguaje político marxista a fin de integrar dos niveles de discursos en la práctica: el explicativo y el justificativo.

Estas dos propuestas éticas materiales desarrollados acordes con nuestras circunstancias periféricas, me permitieron justificar el por qué de la importancia en la persona de NINO para centrar mi análisis de la fundamentación en el sujeto moral, mediante la autonomía práctica, y no meramente como un recurso teórico, retorico y contemplativo, tal y como lo intentaré aplicar en el capítulo siguiente, al analizar la formación kantiana-liberal de NINO heredada por John RAWLS y desarrollada bajo su propia circunstancia pensador latinoamericano en un país en vías de construcción a la democracia y respeto a los derechos humanos, a fin de (tercer capítulo) centrar la atención en el debate doctrinario que se ha dado en las últimas décadas entre comunitaristas, liberales, cosmopolitas y republicanos en los presupuestos morales que son, lo “bueno” y lo “correcto”, pero ahora desde el discurso argumentativo de Carlos NINO.

Lo anterior permite advertir que la dignidad humana no solo es un valor supremo, sino también originario de los demás derechos reconocidos en las constituciones o tratados internacionales en materia de derechos humanos, tal y como lo destacado NINO, GARZÓN VALDÉS, entre otros, a diferencia de aquellas propuestas de que el origen de cualquier derecho humano es a partir del concepto de vida, tal y como lo se visto con DUSSEL, JONAS, en cierta forma SINGER, propuestas que si bien pueden complementar la visión de Nino por la ética principialista conformada por la autonomía personal, la inviolabilidad de la persona y la dignidad humana, como fundamentos de toda política de respeto a los derechos humanos que un Estado democrático tiene la obligación de preservar y fomentar. Pero tales fines es indispensable que esta visión democrática tenga a su vez los mecanismos elementales para permitir a las personas participar en la toma de decisiones de las instituciones gubernamentales que impactan a toda o la mayoría de la sociedad, y esto es lo que NINO ha dado en llamar la democracia deliberativa.

## **CAPÍTULO IV**

### **LÍMITES ENTRE LA AUTONOMÍA DE LA RAZÓN PRÁCTICA Y DEMOCRACIA DELIBERATIVA DE C. S. NINO**

*“La verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales  
o procesales de una práctica discursiva dirigida a lograr cooperación y evitar conflictos”  
Carlos S. Nino.*

#### **I. Aspectos preliminares.**

El estudio de la democracia en los escenarios políticos ha dejado de ser algo exclusivo para los políticos y filósofos, y el estudio de la constitucionalidad de leyes ha superado las expectativas de los abogados. Ahora se requiere una mayor capacidad de comprensión y aplicación del discurso teórico al práctico en materia de democracia, por ello, el mejor ejemplo de esta visión conjunta de escenarios son los estudios de Carlos Santiago NINO, quien trascendió no solo por sus estudios filosófico-jurídicos, sino que por su agudeza de poder advertir los problemas constitucionales para ser discutidos mediante dilemas morales, le permitió visualizar un camino mejor presentado para el estudio de la democracia constitucional, esto es, mediante su proyecto denominado democracia deliberativa.

NINO tal y como lo he destacado en el capítulo anterior, fue asesor del Presidente de Argentina Raúl ALFONSÍN con quien implemento mecanismos democráticos para la discusión de leyes, juicios, etcétera. Lo cual marco una ejemplar forma de incluir a cuanta persona estuviera interesada en participar en el debate de temas públicos.

Su propuesta de una democracia deliberativa, es hoy día, altamente recurrente en estudios no sólo del ámbito anglosajon, sino también continental y asiático para implementar algunas de las directrices del ideal o aspiración de esta clase de democracia.



Por supuesto, que se intentará determinar si en México a nivel constitucional se cuenta con las herramientas no sólo político-jurídicas sino también morales para estar en condiciones de alcanzar los ideales de la democracia deliberativa, mismo que será confrontado por el procedimiento de la consulta popular y la justificación moral del castigo por crímenes cometidos contra los derechos humanos desde una política de justicia retroactiva o correctiva centrado en el caso del “*Halconazo*” en México.

### **1. El valor epistémico de la democracia.**

El presupuesto básico para la construcción de cualquier posicionamiento ideológico, es que exista una democracia, esto es, un sistema de gobierno que garantice el debate crítico de concepciones y medidas políticas,<sup>646</sup> la cual a pesar de tener una superioridad moral, resulta inestable y delicado, en caso de verse afectada, su restablecimiento y preservación requiere de un gran esfuerzo. Para mantener una democracia se necesita de actitudes de tolerancia hacia la diversidad de opiniones y de respeto de las reglas en práctica cuando el resultado sea adverso, la paradoja dice NINO “es que las precondiciones para que ella florezca solo pueden ser provistas por medio de un sistema democrático en acción. La única esperanza de romper ese círculo, es que un proceso de democracia, tal vez imperfecto pero duradero, lo retroalimente, generando sobre la marcha la tolerancia y participación que conduzcan a la democracia plena”,<sup>647</sup> para esto, requiere mantener una relación entre la moral y el derecho para la validez moral de las normas jurídicas dentro de origen democrático, esto es, el derecho vigente legislado por las autoridades para mantener una genuina obligación de observar sus mandatos en tanto sea correcto para que refleje la verdad moral.<sup>648</sup> Para lograr esto, no es suficiente una reflexión o razonamiento individual, sino por un proceso colectivo, abierto y público, de discusión libre y racional entre todos los posibles interesados, “de modo que el consenso que se obtuviera como resultado de esa discusión gozaría de una fuerte presunción de que refleja aquella verdad moral. Esto sólo puede ser así si la verdad en materia moral está dada por la aceptabilidad hipotética de principio

---

<sup>646</sup> NINO, 2007g: 187.

<sup>647</sup> NINO, 2007g: 188.

<sup>648</sup> NINO, 2007g: 189.

éticos por todos los afectados por ellos en el caso de que fueran plenamente imparciales, racionales y concedores de los hechos relevantes. En la medida que la en la discusión intentemos detectar los principios que gozan de esa aceptabilidad hipotética y tratemos de reproducir al máximo las condiciones de libertad, apertura a todos los interesados, racionalidad, etc., el consenso que se obtenga al cabo de ella será un reflejo presuntamente fiel del consenso ideal que es constitutivo de la verdad moral”.<sup>649</sup> Por tanto, para NINO la democracia es un método apto de conocimiento ético y sus conclusiones adquieren una presunción de validez moral si se incorpora la discusión no solo en el origen de las autoridades sino también en su ejercicio, de ahí que la democracia tenga un valor epistemológico del cual no tienen los otros sistemas de decisión,<sup>650</sup> esto es lo que NINO elaborara como proceso colectivo, público y abierto de deliberación. Sin embargo, hay un posicionamiento ético que contraviene la idea de mantener una serie de procedimientos racionales para determinar la validez de los juicios morales en un sistema democrático, me refiero al escepticismo ético<sup>651</sup> con la cual aluden a que no es posible demostrar racionalmente en última instancia que sea la mejor forma de gobierno. Lo que propone NINO para superar el escepticismo ético sin caer en un dogmatismo o en presupuestos ontológicos cuestionables es “admitir que cuando pretendemos justificar principios como el de la tolerancia estamos participando de una práctica social –la discusión moral- que tiene reglas implícitas que determinan la validez de un juicio como el que dice que la tolerancia es valiosa. Una de esas reglas remite a la aceptabilidad del principio en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento”.<sup>652</sup>

Ahora bien, la elaboración teorica-conceptual de NINO por una democracia deliberativa en el marco de su pensamiento liberal, parte de su posición sobre la imparcialidad en la que “todos aquellos que pueden ser afectados por una decisión han participado en la discusión y han tenido una oportunidad igual de expresar sus intereses y justificar una solución a un conflicto, ésta será muy probablemente imparcial y moralmente correcta siempre que todos

---

<sup>649</sup> NINO, 2007g: 190.

<sup>650</sup> NINO, 2007g: 191.

<sup>651</sup> NINO, 2007h: 192.

<sup>652</sup> NINO, 2007h: 193.

la acepten libremente y sin coerción”,<sup>653</sup> para esto, NINO fundamenta la imparcialidad mediante proposiciones metaéticas como el principio de autonomía personal para aceptar que los intereses de los individuos deben estar determinados por sus elecciones, así como de proposiciones empíricas para el caso de la posibilidad de extender el acceso de las propias personas a sus deseos y preferencias. Por esto, la democracia para NINO es un proceso de discusión moral sujeto a un límite de tiempo,<sup>654</sup> donde los participantes deberán someterse a determinadas reglas en las que cada uno reciban las mismas oportunidades para debatir sobre determinados tópicos que previamente se han elegido discutir, y no así por meros datos cuantitativos, esto es, la mayoría no quiere decir que esté cerca de la unanimidad, un solo sujeto que vote en sentido contrario es fundamental para la toma de decisiones. Por tanto, “un proceso de discusión moral con cierto límite de tiempo dentro del cual una decisión mayoritaria debe ser tomada...tiene mayor poder epistémológico para ganar acceso a decisiones moralmente correctas que cualquier otro procedimiento de toma de decisiones colectivas”,<sup>655</sup> en tanto se concreten las siguientes hipótesis:<sup>656</sup>

1. *El conocimiento de los intereses de los otros.* La falta de imparcialidad es generalmente propiciada por la ignorancia acerca del contenido de los intereses de los demás, por ejemplo, el caso del dictador quien erróneamente llega a generalizar

---

<sup>653</sup> NINO, 2003: 166.

<sup>654</sup> Al respecto expone NINO, 2003: 167. “Supongamos que vivimos juntos en un condominio y que nos hemos reunido para discutir un conflicto de intereses. Imaginemos que el elevador debe ser reparado y que aquellos que viven en los pisos más bajos y que lo usan ocasionalmente no están interesados en compartir los costos. Al principio, cada uno de los participantes de la discusión tratarán de convencer a los otros de que se podría alcanzar un consenso unánime. Incluso, si está claro que desde el principio que aquellos que se oponen a compartir los costos de la reparación están en minoría, ambos grupos tratarán de convencer a los miembros del otro grupo de intentar alcanzar la unanimidad. Pero en cierto punto algunos de los participantes pensarán que debe tomarse definitivamente una decisión. Tal vez están cansados, o es muy tarde o piensan que se han agotado los argumentos. La principal consideración que forzará la toma de la decisión será que la que sostiene que si no se llega a ella explícitamente, se tomará una decisión en forma tácita a favor del *statu quo*, es decir, no reparar el elevador. Entonces alguien propondrá que debería votarse. De este modo, prevalecerían los deseos de la mayoría. Obsérvese que este pasaje del requerimiento del consenso unánime a la regla de la mayoría –que es una de las características definitorias del proceso democrático- no tiene lugar meramente como consecuencia de la imposibilidad de alcanzar la unanimidad, sino que se debe a la necesidad de tomar una decisión en un tiempo limitado. De otro modo siempre se tomará en forma implícita una decisión en favor del *statu quo*. La introducción de un límite de tiempo para finalizar la discusión y la necesidad de votar diferencian drásticamente el proceso informal de la discusión moral de su sucedáneo institucionalizado, la democracia como regla de la mayoría”.

<sup>655</sup> NINO, 2003: 168.

<sup>656</sup> NINO, 2003: 168-180.

los intereses de personas ligadas a él mismo, acerca de los valores que la gente defiende para sus elecciones de planes de vida y de ideales de excelencia personal.

2. *La justificación de la justicia.* Todo proceso democrático como sucedáneo de la práctica informal de la discusión moral requiere que todo participante justifique sus propuestas frente a los demás, y no meramente a) exprese deseos o la descripción de intereses; b) la descripción de hechos como una tradición o costumbre que determinada autoridad ha establecido o una divinidad ha ordenado; c) por expresiones de proposiciones normativas que no son generales, y solo pretenden cuidar su interés personal; d) las expresiones de proposiciones normativas deben llegar a ser universales para la aplicación de cualquier caso mediante la consistencia pragmática; e) inconsistencias pragmáticas obvias; f) las expresiones de proposiciones normativas excuyan los intereses de los demás y; finalmente, g) las expresiones de proposiciones normativas que ni intentan ser morales. Todos estos límites, dice Nino, contribuyen al progreso de la discusión hacia la aplicabilidad de criterios de imparcialidad, contra posicionamientos estáticos por el autointerés o indiferentes hacia soluciones propuestas.
3. *La detección de errores fácticos y lógicos.* La discusión intersubjetiva permite detectar o identificar errores de hecho o errores lógicos, lo que no garantiza que la mayoría tenga la razón acerca de los hechos o de la lógica. NINO rechaza una teoría consensual o mayoritaria de la verdad fáctica, lógica o filosófica, sino solo defiende una teoría consensual o mayoritaria del conocimiento de ciertos tipos de asuntos morales.
4. *Factores emocionales.* NINO reconoce una dimensión emotiva en la comunicación dentro de la discusión moral y su sucedáneo democrático, pero sólo adquiere un papel auxiliar al valor epistémico del proceso de argumentación y decisión colectiva, por ejemplo, la psicología de masas puede provocar ocultar la verdad moral, y generar una serie de emociones incontroladas transmitidas de una persona a otra en un movimiento social. Aunque también hay casos, donde las emociones ayudan al progreso de un proceso genuino de argumentación, o bien, a evaluar los intereses de los demás.

5. *La negociación que subyace al proceso democrático.* La negociación contribuye al valor epistémico del que gozan en el proceso de argumentación y las decisiones mayoritarias para alcanzar la imparcialidad.
6. *La tendencia colectiva hacia la imparcialidad.* Esta tendencia se logra mediante un proceso de discusión y decisión mayoritaria, los cuales cree NINO se da por el teorema de Condorcet y una agregación de intereses satisfechos, porque las decisiones tomadas por la regla de mayoría simple son más probablemente correctas para grupos pequeños, que la decisión del miembro más competente del grupo, aunado a que cuantas más personas apoyan una decisión, más de posibilidades existen de satisfacer sus intereses.

Cabe precisar que para NINO, el alcance de la teoría de la democracia no es absoluta, porque varía de acuerdo con el grado de satisfacción de las condiciones que subyacen al proceso deliberativo de la decisión mayoritaria acorde a la capacidad epistémica de la discusión. Estas condiciones son “que todas las partes interesadas participen en la discusión y decisión; que participen de una base razonable de igualdad y sin ninguna coerción; que puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos; que el grupo tenga una dimensión apropiada que maximice la probabilidad de un resultado correcto; que no haya ninguna minoría aislada, pero que la composición de las mayorías y minorías cambie con las diferentes materias; que los individuos no se encuentren sujetos a emociones extraordinarias”.<sup>657</sup> Estas condiciones han sustentado la visión de las democracias actuales, sino que también sirve de guía para las democracias en proceso de afianzamiento mediante el incremento de su capacidad para alcanzar el conocimiento de las soluciones moralmente correctas.<sup>658</sup>

---

<sup>657</sup> NINO, 2003: 180.

<sup>658</sup> Al respecto, NINO, 2003: 180-181. “El valor epistémico debe ser comparado con procedimientos alternativos disponibles para la decisión colectiva. El valor epistémico de la democracia puede bien ser muy bien ser muy bajo pero aun ser más alto que ningún otro modelo alternativo para tomar una decisión colectiva. En particular, el valor epistémico de la democracia de ser comparado con el valor epistémico de nuestra propia reflexión individual sobre asuntos de moral intersubjetiva. Este valor en general es bastante bajo a la luz de la dificultad que cada uno de nosotros tiene para representarse vívidamente las situaciones y los intereses de personas muy diferentes a nosotros. Es extremadamente improbable que podamos alcanzar un conocimiento similar de los intereses que los demás tienen y que han logrado gracias a sus propias inquietudes al defender sus propios intereses en un escenario colectivo. Por supuesto, cada uno de nosotros se encuentra generalmente inclinado a efectuar racionalizaciones y a cometer errores lógicos y fácticos que disfrazan, algunas veces en una forma inconsciente, nuestra propia parcialidad. Por ello, el proceso

## 1.1. Respeto a las decisiones democráticas e imperio de la ley.

El nuevo paradigma de la democracia identificado a partir del siglo XX, ha sido sentado por tener un lugar común en la filosofía jurídica entre el positivismo, el relativismo moral y el liberalismo político,<sup>659</sup> de ahí NINO sea un referente interesante para seguir con el intento de determinar si las normas jurídicas no constituyen por sí mismas razones para justificar decisiones, sino que esas decisiones deben justificarse en última instancia sobre la base de principios morales, esto es, la democracia al ser un sistema en el que las decisiones son tomadas o se deciden de manera directa, por anuencia explícita de la mayoría del grupo legitimado o en su forma representativa por servidores públicos autorizados periódicamente, se puede lograr la justificación de las tomas de decisiones que incluya a la mayoría de los que dieron su consentimiento o aceptación a dichas decisiones, esto es, que en tanto se apliquen estas decisiones en pro de los derechos individuales, serán justificadas moralmente. Para ello, se sugiere fundamentar dichas decisiones por un constructivismo epistemológico<sup>660</sup> que permite detectar fallas en el conocimiento y en la racionalidad para

---

democrático debe estar muy lejos del ideal para justificar la afirmación de que nuestra propia reflexión individual en forma aislada puede alcanzar en forma más confiable soluciones imparciales. Si esto resulta ser cierto en términos generales con respecto a nuestras propias reflexiones, también se aplica a la reflexión aislada de otros, tales como un dictador o los líderes de una aristocracia”.

<sup>659</sup> JIMÉNEZ CANO, 2013: 21-23, sintetiza de manera elocuente las diversas discusiones generadas por este nuevo paradigma, “Ciertos autores, como Alf Ross y Eugenio Bulygin, han considerado que la tesis escéptica según la cual no hay hechos morales o no existe una moral objetiva (o el Derecho natural) forma parte del concepto de positivismo jurídico. Otros autores, en particular los seguidores del positivismo jurídico incluyente, necesitarían adherirse, por el contrario, al objetivismo moral. la posición de José Juan Moreso y Josep Maria Vilajosana es muy clara en este aspecto: si se es escéptico respecto del objetivismo moral entonces se rechaza el positivismo jurídico incluyente. O, desde otro punto de vista, si el objetivismo moral es una doctrina falsa, entonces el positivismo ético, normativo, prescriptivo o democrático. Sin embargo, también se puede incluir aquí a todos aquellos autores que desde posiciones iuspositivistas descriptivas estiman que no es tarea del positivismo jurídico enzarzarse en debates político-morales, pero que personalmente o como iusfilósofos en general –no ya como iuspositivistas- mantienen paralela e independientemente un discurso de ese tipo. Todas las aportaciones éticas y políticas de estos últimos autores, así como las de los positivistas prescriptivos las englobaré en la locución *positivismo político*. El positivismo político asimismo ha recibido el apelativo de «democrático» y ello porque se ha caracterizado por una vehemente defensa de la democracia como forma de gobierno”.

<sup>660</sup> Crítico al constructivismo epistemológico JIMÉNEZ CANO, 2013: 50-51. “El constructivismo o relativismo epistemológico puede conducir al solipsismo, pero la aceptación de Kelsen del realismo empírico...equilibra el relativismo subjetivista para no caer precisamente en el solipsismo. En efecto, el relativismo constructivista que concede al sujeto cognoscente libertad absoluta para construir su propio mundo llega a presentar al individuo epistémico como la única realidad que existe, pues todo lo demás sólo existe dentro y a través de los estados mentales del individuo. Este solipsismo, de acuerdo con Kelsen, sitúa al individuo (el *ego*) en la posición de no reconocer ni comprender a otros sujetos (al *non- ego*), estableciendo una supremacía del ego o

llegar a una solución correcta, esto es, “consistente en un principio que habría sido aceptado en condiciones de racionalidad, conocimiento e imparcialidad. La discusión es un buen método, aunque falible, para acercarse a la verdad moral”,<sup>661</sup> aunado a que este elemento epistemológico propuesto por NINO resulta alcanzar efectos prácticos que permiten superar conflictos y lograr la cooperación entre los involucrados por haber aceptado los mismos principios morales para satisfacer las necesidades básicas de la vida en sociedad, esto es, “El respeto a la autonomía y a la dignidad del individuo, a la concepción de éste como agente moral autónomo, con libertad y capacidad para gobernarse a sí mismo, es, en principio, incompatible con la presencia de unas normas en cuya formación no han intervenido la mayor parte de los individuos del grupo. La existencia del poder jurídico-político, entonces, sólo puede justificarse si los individuos participan en su proceso de formación y si aquél actúa como árbitro de los diferentes planes de vida, divergentes formas de gobernarse y distintos intereses y objetivos que tiene cada individuo y que, en multitud de ocasiones, colisionan en una vida social en común”.<sup>662</sup> El mejor ejemplo para entender el modo de operar de este proceso democrático es mediante el poder judicial.

“En éste la imparcialidad se introduce a través de la calidad de una o varias personas a las que se supone dotadas de la capacidad moral e intelectual que llevan a una equitativa consideración de todos los intereses involucrados cualesquiera que sean sus titulares, capacidades que están reforzadas por la existencia de ciertos mecanismos del propio juez. Algunos podrán argüir que del valor de la discusión libre y abierta para alcanzar la imparcialidad no puede inferirse el valor del proceso mayoritario, dado que el primer valor podría conducir a una extensión del proceso judicial a la esfera de la política, con un dictador benéfico que actuara como juez. Pero para tal extensión hay dos obstáculos evidentes. Primero, como jueces se supone que se tiende a nombrar a individuos imparciales, pro cuanto el procedimiento de selección, de carácter democrático, es en sí mismo imparcial; en cambio, no hay ninguna garantía de que el proceso del que surge un dictador promueva su imparcialidad. En segundo lugar, a diferencia de lo que ocurre en los

---

una posición de desigualdad entre el *ego* y el *non-ego*. El realismo empírico, al reconocer un único mundo exterior con múltiples *egos* o individuos, impone una restricción a esa libertad absoluta consisten en suponer que todos los sujetos cognocentes son iguales, de manera que los procesos de conocimiento racional (no así las reacciones emotivas) de los individuos también son iguales y, por ende, que los objetivos de conocimiento resultados de estos procesos son conformes entre sí”.

<sup>661</sup> NINO, 1989a: 390.

<sup>662</sup> JIMÉNEZ CANO, 2013: 148.

procesos judiciales, es casi imposible aislar los intereses de la persona que en forma global y comprensiva decide cuestiones políticas que afectan a casi todos”.<sup>663</sup>

En México, el Pleno de la SCJN con el proyecto de sentencia del Ministro ponente Sergio A. Valls Hernández, relacionado con la acción de inconstitucionalidad 126/2008 y sus acumuladas 127/2008 y 128/2008, determinó con la Tesis: P./J. 51/2010, emitir el primer criterio jurisdiccional en materia de violación a los principios de la democracia deliberativa, consistente en procesos legislativos:

“PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO QUE DIO ORIGEN AL DECRETO NÚMERO 187, POR EL QUE SE REFORMAN LOS ARTÍCULOS 25 Y 120 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE DURANGO. NO VULNERA LAS GARANTÍAS DE DEBIDO PROCESO Y LEGALIDAD, NI LOS PRINCIPIOS EN QUE SE FUNDA LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA. El hecho de que en un solo día se hubiesen llevado a cabo la primera y la segunda lecturas, la discusión y la aprobación del dictamen presentado por la Comisión de Estudios Constitucionales del Congreso del Estado de Durango, del que derivó el Decreto 187, por el que se reforman los artículos 25 y 120 de la Constitución Política de la indicada entidad federativa, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 12 de noviembre de 2008, no implica vulneración a las garantías de debido proceso y legalidad contenidas en los artículos 14, segundo párrafo y 16, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo anterior es así porque, por una parte, la circunstancia de que el dictamen fue aprobado en un mismo día y durante la noche no implica que sea el resultado de un procedimiento viciado, pues no impidió el cumplimiento de las formalidades del procedimiento establecidas en la ley local -la cual sólo exige que esas etapas se desarrollen en diferentes sesiones y que los diputados cuenten, previo a la discusión, con copia del dictamen respectivo- y, por otra, tampoco se vulneraron los principios de la democracia representativa, fundamentalmente el principio deliberativo, ya que tanto en el seno de la Comisión como en el Pleno del Congreso, se dio oportunidad a que los diputados que quisieran intervenir en el debate para que lo hicieran, exponiendo sus puntos de vista a favor o en contra del dictamen, aceptándose, incluso, algunas modificaciones propuestas por los que se manifestaron en contra, lo que demuestra que el órgano legislativo tuvo suficiente tiempo para conocer dicha iniciativa y realizar un debate sobre ella, en el que las minorías participaron”.

---

<sup>663</sup> NINO, 1989a: 393. Por su parte, JIMÉNEZ CANO, 2013: 146, aclara que “La posible incompatibilidad entre imperio de la ley, por un lado, y tanto democracia como liberalismo, por otro, o, si se quiere, su compatibilidad con la autocracia y con una absoluta regulación de todos los aspectos de la vida de los individuos, conстриendo al máximo su libertad, se debe a que, en rigor, no es un principio que regule las relaciones entre gobierno y gobernados, sino un principio interno al gobierno, una relación entre las funciones de creación y aplicación del Derecho. Su meta, pues, no es la libertad, sino la seguridad jurídica”.



De igual manera le sigue el pronunciamiento de la Magistrada María Elena Suárez Préstamo, integrante del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región, resolvió un recurso de amparo advirtiendo diversas violaciones al principio de democracia deliberativa en materia de proceso legislativo, destacándose que es una de las primeras tesis que el Poder Judicial de la Federación emite en este rubro mediante la Jurisprudencia: (IV Región)2o. J/1 (10a.), bajo el rubro y texto siguiente:

“DEMOCRACIA DELIBERATIVA. CUANDO EN EL PROCEDIMIENTO PARA LA EMISIÓN DE UNA LEY GENERAL, EL ÓRGANO LEGISLATIVO COMETE VIOLACIONES QUE TRANSGREDEN DICHO PRINCIPIO, ÉSTAS PUEDEN REPARARSE EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, AL VULNERAR LA APLICACIÓN DE ESA NORMA LOS DERECHOS HUMANOS DE SEGURIDAD JURÍDICA Y LEGALIDAD. La seguridad jurídica, como derecho humano, implica que toda persona tenga certeza de que las leyes que la rigen, además de cumplir con la garantía de legalidad -que se traduce en que provengan de un órgano legislativo facultado para emitirlos y que, a su vez, se refieran a relaciones sociales que deben ser jurídicamente reguladas-, provengan de un procedimiento legislativo válido, esto es, en el que se respeten los principios y formalidades previstos en los ordenamientos que lo regulan, pues dichos requisitos tienen como fin último legitimar la autoridad del Estado democrático. Consecuentemente, cuando en el procedimiento para la emisión de una ley general, el órgano legislativo comete violaciones que trasgreden el principio de la democracia deliberativa, como uno de los requisitos rectores del proceso legislativo (por ejemplo, no cumplir con el respeto a la participación de todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria en condiciones de libertad e igualdad), la aplicación de dicha norma vulnera los derechos fundamentales de seguridad jurídica y legalidad, contenidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque impide al gobernado tener certeza de que no está sujeto a decisiones arbitrarias por parte de las autoridades y, por ende, el juicio de amparo indirecto constituye el medio de protección apto para reparar las violaciones referidas”.

Así como el criterio del Magistrado Alejandro de Jesús Baltazar Robles integrante del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, con motivo del estudio de un amparo fue que emitió la tesis Jurisprudencia: (II Región)2o. J/1 (10a.), en el siguiente sentido:

“PENSIONES DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO DE TLAXCALA. EL PROCESO LEGISLATIVO QUE DIO ORIGEN AL DECRETO NÚMERO 154 POR EL QUE SE EXPIDE LA LEY RELATIVA, VIGENTE DEL 1 DE ENERO AL 25 DE OCTUBRE DE 2013, VULNERA LOS PRINCIPIOS DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA E IGUALDAD DE LAS MINORÍAS, PUBLICIDAD, LEGALIDAD Y CERTEZA JURÍDICA. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que para determinar si en un caso concreto las violaciones al proceso legislativo provocan la invalidez de una ley, o si por el contrario, no tienen relevancia invalidatoria, por no llegar a trastocar los atributos democráticos finales de la decisión, es necesario evaluar el cumplimiento de los estándares siguientes: I. El procedimiento legislativo debe respetar el derecho a la participación de todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria, en condiciones de libertad e igualdad; II. El procedimiento deliberativo debe culminar con la correcta aplicación de las reglas de votación establecidas; y, III. Tanto la deliberación parlamentaria como las votaciones deben ser públicas. En este sentido, en el trámite del procedimiento legislativo que dio origen a la Ley de Pensiones del Estado de Tlaxcala (Decreto Número 154), vigente del 1 de enero al 25 de octubre de 2013, se observan violaciones trascendentales que transgreden los citados estándares: 1. Falta de convocatoria a un porcentaje importante de diputados del Congreso del Estado, para la discusión y votación de la ley; 2. Cambio injustificado de sede; y, 3. Inconsistencias en las actas de la sesión extraordinaria de 30 de diciembre de 2012. Consecuentemente, estas violaciones son trascendentales e impiden conocer de manera precisa y contundente la voluntad del órgano legislativo, en cuanto a la aprobación de la citada ley, lo que vulnera los principios de democracia deliberativa e igualdad de las minorías, publicidad, legalidad y certeza jurídica”.

De igual manera el pronunciamiento del Magistrado Sergio Eduardo Alvarado Puente integrante del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, relativo al amparo en revisión 202/2013, del cual conforma la tesis jurisprudencial IV.1o.A. J/7 (10a.), bajo el rubro y texto siguiente:

“NÓMINAS. EL AUMENTO DE LA TASA O TARIFA DE ESE IMPUESTO, ESTABLECIDA EN EL DECRETO 037, PUBLICADO EL 31 DE DICIEMBRE DE 2012, QUE REFORMÓ EL ARTÍCULO 157 DE LA LEY DE HACIENDA DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN, ES INCONSTITUCIONAL POR VIOLACIÓN AL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO QUE LE DIO ORIGEN. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia P./J. 11/2011, conceptualizó el principio de deliberación parlamentaria como "la necesidad de no considerar automáticamente irrelevantes todas las infracciones procedimentales que se produzcan en una

tramitación parlamentaria que culmina con la aprobación de una norma mediante una votación que respeta las previsiones legales al respecto.". Indicó, además, que "está estrechamente vinculado con la esencia y valor de la democracia, como sistema de adopción de decisiones públicas en contextos caracterizados por el pluralismo político, como es el caso de México y de la mayor parte de las democracias contemporáneas. ... Es precisamente el peso representativo y la naturaleza de la deliberación pública, lo que otorga todo su sentido a la reglamentación del procedimiento legislativo y a la necesidad de imponer su respeto.". En esos términos, al considerar que el artículo 136, fracción II, del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso del Estado de Nuevo León establece como regla del procedimiento legislativo, que ante un empate en la reforma sujeta a votación, se desahogue una votación nominal (que consiste en la participación individual de los miembros de la legislatura, poniéndose de pie, diciendo en voz alta su nombre, apellido y expresando la afirmativa o la negativa sobre la propuesta de reforma sometida a votación), es claro que si en la discusión de la reforma al artículo 157 de la Ley de Hacienda del Estado, que propuso aumentar del 2% al 3% la tasa impositiva, ocurrió un empate, el Congreso no debió volver a votar en lo general la propuesta, junto con otros preceptos puestos también a discusión, pues debió proceder a votar en exclusiva la reforma del artículo 157 de manera nominal. Por tanto, al no atender el procedimiento legislativo previsto, es claro que la modificación al mencionado artículo 157 es inconstitucional por no haber cumplido con el principio de deliberación y participación parlamentaria, ya que se impidió, en perjuicio del gobernado, cumplir con uno de los elementos esenciales de la democracia en nuestro sistema de gobierno representativo y popular que establecen los artículos 39 y 40 de la Constitución Federal. En efecto, es a través de la deliberación pública, como los ciudadanos, con el actuar de sus representantes, toman las decisiones colectivas en un debate abierto, que es propio de la democracia y cuya expresión culminatoria da la regla de acatamiento para la mayoría. De manera que la voluntad parlamentaria, al ser restringida por las omisiones en el desarrollo de la votación, se constituye en una violación a las formalidades del procedimiento legislativo que afecta los referidos principios y derechos constitucionales, sin los cuales no puede tener validez la aprobación de las normas".

Estos criterios son clara muestra de que el poder judicial empieza a identificar violaciones de derechos humanos vinculados a procesos de participación en condiciones por imparcialidad, particularmente en la toma de decisiones, y cuyos resultados afectan a la población mexicana en general, y esto es un paso importante para la consolidación de la democracia, porque establecen el contexto para acceder a la verdad moral mediante un proceso de reflexión individual, esto es, de un órgano jurisdiccional que justifica el valor epistémico general de los procedimientos democráticos mediante razones exclusivas para que sean acatados sus criterios (jurisprudenciales), por las demás autoridades relacionadas con el tema, a decir de NINO "la representación es, en el mejor de los casos, un mal

necesario. La intermediación de los representantes en la discusión y decisión podría beneficiar el proceso desde el punto de vista de un mayor conocimiento técnico, pero esto debilita la conciencia y la consideración de los intereses de la gente involucrada en diferentes conflictos. Mientras tal conciencia es crucial para el logro de la imparcialidad, los representantes que generalmente pertenecen a sectores más o menos definidos de la sociedad, pueden muy bien carecer de experiencia referida a modos de vida que determinan otras preferencias. Además, la intermediación de un representante, como la de un funcionario público, siempre conlleva la posibilidad de que éste anteponga sus propios intereses al manejar un negocio que se le ha confiado. Sin embargo, la intermediación del representante puede ser inevitable, ya que a las personas directamente involucradas les puede faltar el tiempo, la experiencia y el poder para hacer que sus voces sean escuchadas”.<sup>664</sup>

## **1.2. Democracia constitucional y la objeción democrática al constitucionalismo ¿y la autonomía personal?**

El debate actual sobre la legitimación democrática del control constitucional de la ley,<sup>665</sup> es en el sentido de que los jueces deberían limitarse a seguir las instrucciones establecidas por el poder constituyente al momento de expresarlas de manera clara y específica, y en cambio existen otras posturas que, defienden la idea de que el proceso judicial está diseñado de tal manera que los tribunales se encuentran en buena posición para interpretar y salvaguardar los principios abstractos de moralidad política incorporados en el texto constitucional al darle sentido a los derechos fundamentales reconocidos en un estado de derecho. De ahí que en nuestro sistema constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) al ser el último garante en materia de legalidad de las leyes frente al cuidado de los derechos fundamentales, asume la función de un órgano de vigilancia (como tribunal constitucional) hacia los otros dos poderes del Estado mexicano para que éstos actúen conforme a lo

---

<sup>664</sup> NINO, 2003: 184.

<sup>665</sup> Entre otros véase, RUÍZ MIGUEL, 2000: 151-155; 2004: 58-76; ARRIMADA, 2007, 2008; PRIETO SANCHÍS, 2007: 71-72; SHAPIRO, 1997: 335-340; BARBERIS, 2011.

previsto en la propia constitución,<sup>666</sup> pero también es susceptible de generar frustración alguna a las metas políticas que los distintos poderes persiguen. De ahí, que el argumento esencial en oposición al órgano judicial, sea aquel que por no ser sujetos de rendición de cuentas para la ciudadanía, no debe poder frustrar la voluntad de la gente.

BARAK sostiene que “en caso de que el tribunal tome tal determinación, la composición o jurisdicción de él puede conservarse sólo con la ayuda de fuerzas sociales que busquen proteger la democracia y el tribunal”,<sup>667</sup> lo cual entiendo como una búsqueda en el favorecimiento del diálogo institucional, para incrementar la calidad deliberativa de los procesos de decisión mediante el razonamiento de la mayoría o contradicciones, así como los puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones, al ser la esencia de la democracia.

Sin embargo, los conceptos de consolidación democrática y legitimidad al ser multidimensional y controversiales, dificultan establecer correlaciones directas y medibles entre jurisdicción constitucional y valoración o, consolidación de la democracia,<sup>668</sup> ya que desde la incursión del control de constitucionalidad implica que los ciudadanos dispongan de mecanismos procesales ante los que puede acudir en defensa de sus derechos e intereses legítimos garantizados por la carta magna. Pero necesariamente, esta intromisión jurisdiccional implica una sumisión del legislador democrático a la Constitución,<sup>669</sup> por consiguiente, es menester cuestionar por la legitimidad del tribunal constitucional para anular leyes elaboradas democráticamente, pero sin llegar al extremo de asimilar la

---

<sup>666</sup> COSSÍO DÍAZ, 2011: 118, explica que este modelo de ordenar los trabajos de la Suprema Corte responde a la idea que engloba la expresión “justicia constitucional”, es traducida como “una idea-guía de la ingeniería de la justicia constitucional y, adicionalmente, de la manera de ir articulando la jurisdicción constitucional por quienes la ejercen”.

<sup>667</sup> 2008: 134.

<sup>668</sup> CARPIZO, y FIX-ZAMUDIO, 2005: 424, “a través del derecho constitucional el derecho penetra y se introduce en la vida de la comunidad y a su vez los factores políticos, sociales y económicos determinan en buena parte el derecho constitucional”. Desde una perspectiva filosófica, NINO, 2005; y desde la sociología FIX-FIERRO, 2007: 69-88.

<sup>669</sup> BAYÓN, 2010: 288, “El emplazamiento en una Constitución rígida los hace indispensable para el legislador, ya que la rigidez no es sino la previsión de un procedimiento legislativo ordinario. Y el control judicial de constitucionalidad de la ley sería la garantía necesaria (e incluso, para algunos, bien el presupuesto o bien la consecuencia lógica) de la primacía constitucional, esto es, de la auténtica superioridad jurídica –y no meramente política- de la Constitución sobre la ley”.

democracia al simple mayoritarismo.<sup>670</sup> No obstante, el verdadero problema de fondo está en la distribución del poder (quién y cómo decide), y otro concerniente a su limitación (qué no se puede decidir o dejar de decidir), al momento de tomar la decisión del respeto a los derechos fundamentales que garantizan la autonomía de los ciudadanos, frente a la toma de decisiones de los poderes públicos que pueden afectarlos, aun cuando esas decisiones respondan directa o indirectamente a la voluntad popular.<sup>671</sup> Es aquí, donde los problemas se centran en la diferenciación del constitucionalismo legal y político, donde el primero logra el consenso racional sobre los resultados sustantivos que una sociedad comprometida con sus ideales democráticos de igualdad de trato y respeto debería alcanzar, reflejándose estos resultados en el mejor de los términos de derechos humanos y que, en esencia, le dan forma a la Constitución de una sociedad democrática y, por ende, el proceso judicial resulta ser el más seguro que el democrático a la hora de identificar esos resultados. En cambio el constitucionalismo político mantiene desacuerdos frente a los resultados generados por el constitucionalismo legal y, por supuesto, el proceso democrático tiene mayor legitimidad. En el centro de este debate, existen autores (HABERMAS,<sup>672</sup> RAWLS,<sup>673</sup> GARGARELLA,<sup>674</sup> BAYÓN,<sup>675</sup> WALDRON,<sup>676</sup> DWORKIN,<sup>677</sup> ELY,<sup>678</sup> ELSTER,<sup>679</sup> LINARES,<sup>680</sup> FERRERES COMELLA,<sup>681</sup> BELLAMY,<sup>682</sup> entre otros), que han elaborado todo un arsenal argumentativo desde la filosofía, derecho y política en el terreno de la teoría constitucional, el resultado de esta combinación es el de una democracia constitucional. En particular, HABERMAS sostiene presupuestos de una democracia deliberativa con las exigencias del constitucionalismo, en aras de preservar las ideas modernas de autogobierno y derechos

---

<sup>670</sup> KELSEN, 1977: 85; y 1979: 341.

<sup>671</sup> ARANGO, 2004: 179, explica que “Una de las concepciones de la concepción valorativa de la Constitución es la importancia del discurso de los derechos frente al etna del ejercicio de las funciones públicas y de los poderes privados. Tal concepción obedece efectivamente a un traslado de poder político de las autoridades a los ciudadanos”.

<sup>672</sup> 1998.

<sup>673</sup> 1989.

<sup>674</sup> 1996.

<sup>675</sup> 2004, 2006 y 2010.

<sup>676</sup> 2005a.

<sup>677</sup> 1993.

<sup>678</sup> 1997.

<sup>679</sup> 1999.

<sup>680</sup> 2008.

<sup>681</sup> 2007.

<sup>682</sup> 2010.

personales, de autonomía colectiva e individual,<sup>683</sup> “el concepto *jurídico* de autolegislación debe adquirir una dimensión política hasta transformarse en el concepto de una sociedad democrática que actúa por sí misma. Sólo entonces se podrá lograr, a partir de las actuales constituciones, el proyecto reformista de *realización* de una sociedad “justa” o “bien ordenada”,<sup>684</sup> y en este mismo contexto, refiere ALEXY “...el discurso iusfundamental no está sujeto a las decisiones tomadas en el procedimiento legislativo, sino que tiene prioridad sobre éste. Esto significa que él desaparece el factor de sujeción más importante para la argumentación jurídica general, es decir, la ley ordinaria que, la mayoría de las veces, es relativamente concreta. En su lugar aparecen las disposiciones iusfundamentales, muy abstractas, abiertas e ideologizadas. La cuestión es saber qué significa esto para la controlabilidad racional de la decisión iusfundamental”.<sup>685</sup>

De estas posiciones referidas, considero que la propuesta de NINO, es la más adecuada para los fines de este estudio en buscar un equilibrio entre los fines del poder judicial y, las obligaciones del poder legislativo, en aras de los derechos fundamentales, al señalar que, “el control judicial de constitucionalidad materializa así el equilibrio entre la voluntad y el interés colectivo del pueblo y las decisiones e intereses básicos de un individuo que se encuentran atrincheradas por un derecho fundamental”,<sup>686</sup> siempre y cuando esta idea de una democracia liberal es, la de una democracia limitada por ciertos derechos que no pueden ser traspasados ni aún por decisiones mayoritarias<sup>687</sup> y es precisamente, la intervención de los jueces por no estar designados por la mayoría, ni son parte de ese proceso (epistémico) democrático, habrá de limitarse a las esferas de afectación de las partes en conflicto y no así, a todos lo que pueden ser afectados por el principio con el que

---

<sup>683</sup> 1998: 147s.

<sup>684</sup> 2000a: 83.

<sup>685</sup> 2002: 532.

<sup>686</sup> 1991: 97. En la misma línea argumentativa, GARGARELLA, 1996: principalmente, 262-265; COSSÍO DÍAZ, 2007: 91.

<sup>687</sup> NINO, 2005: 122, “...los derechos individuales se caracterizan por servir de límite a la consideración agregativa de los intereses colectivos –aun cuando sean mayoritarios-, no necesariamente constituyen límites a las decisiones colectivas mayoritarias. Aun cuando los intereses que los derechos protegen sean de individuos aislados o de minorías, no hay contradicción en suponer que esos derechos están mejor defendidos por las decisiones de la mayoría. Es obvio que la mayoría puede estar tentada a suprimir los derechos de una minoría u otros individuos aislados sirvan de mejor protección, a menos que coincidan con los individuos afectados”

se dirime tal conflicto, al ser ellos ajenos, lo cual se ve como una ventaja en términos, dice NINO, de imparcialidad.<sup>688</sup>

Para estar en condiciones de aplicar este postulado teórico en las resoluciones judiciales del poder judicial, frente a posibles violaciones de derechos fundamentales al momento de emitir leyes el legislador quien busca representar a la mayoría de las personas en una democracia, considero necesario primero, explicar cuál es el mecanismo con el que se cuenta en el derecho constitucional mexicano para el cuidado de los derechos básicos reconocidos por la propia constitución, me refiero a las acciones de inconstitucionalidad.

### **1.2.1. El camino trazado por NINO.**

Uno de los mejores logros elaborados por NINO durante los últimos años de su vida fue haberle dedicado la atención a desentrañar el carácter complejo de la democracia-constitucional, relación perfectamente combinable porque al ser el constitucionalismo y la democracia parte esencial de un sistema de gobierno respetuoso con los derechos humanos y libertades fundamentales,<sup>689</sup> no deja de presentar tensiones, especialmente con la expansión de la democracia genera indudablemente un debilitamiento del constitucionalismo y, en cambio, el fortalecimiento del ideal constitucional se vuelve un obstáculo para la democracia. Pero lo más complejo de esta relación es que no resulta fácil identificar qué es lo que hace a la democracia sea algo valioso, y cuál es el modelo que

---

<sup>688</sup> NINO, 2005:123. “Esta dificultad no puede superarse, en general, acudiendo al origen democrático de la propia Constitución cuyos principios se aplican para ejercer el control judicial de constitucionalidad”. En esta misma línea argumentativa de sostener una imparcialidad, véase DWORKIN.

<sup>689</sup> NINO nunca dejó de ver los antecedentes históricos que motivaron la conformación de una democracia constitucional, véase por ejemplo, NINO: 2003: 13. “Futuros historiadores probablemente describirían las últimas décadas del siglo XX como la era en la cual el ideal de la democracia constitucional se extendió rápidamente por el mundo. Durante la segunda mitad de la década de 1970 muchos países del sur de Europa abandonaron antiguas dictaduras y adoptaron regímenes democráticos-liberalis. A comienzos de los años ochenta, la mayoría de los países de América latina instituyeron democracias constitucionales, a la vez que repudiaron una larga tradición de gobiernos militares y dictaduras. Al finalizar esta década y comenzar la de 1990, otra oleada de constitucionalismo se extendió por Europa del Este y la Unión Soviética, demoliendo el imperio comunista que, alguna vez, pareció destinado a durar un milenio. Quizás otra ola de democracias constitucionales llegará a aquellas regiones de Asia y Africa que aún se encuentran sujetas al gobierno de un partido único”.



logra maximizar dicho valor y, por otro lado, qué es lo que se debe entender por constitucionalismo.

Para entender la relación entre democracia e ideal constitucional, resulta oportuno centrar el estudio primeramente entre el legislador y el juez en el desarrollo de los derechos fundamentales, por ser necesario analizar previamente las condiciones en la que ésta relación se genera, tal es el caso de las ideas políticas sobre la mejor manera de organizar una sociedad, mediante el control judicial de las leyes que dan sentido a un Estado democrático de derecho, lo cual lleva implícito el establecimiento de instituciones (horizontales) de control de la legalidad, así como fortalecer la independencia, el acceso y la eficiencia de la justicia, empoderar a los ciudadanos y a los movimientos sociales, y por supuesto, la consolidación del control judicial de las leyes. Y en segundo término, este papel del control judicial de las leyes bajo una constitución rígida, significa una afrenta a los valores que dan sentido a un gobierno democrático y, a los valores de igual dignidad y autonomía personal, principios plenamente compatibles con la propuesta elaborada por C. S. NINO de quien fundamentaré la propuesta de estudio.

Ahora bien, estos dos elementos constitutivos de la relación entre los poderes legislativo y judicial, para la preservación, aplicación y desarrollo de los derechos fundamentales en el estado mexicano, se constriñe bajo el mecanismo de las acciones de inconstitucionalidad que, regula el artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), a fin de dar legitimidad a diversos actores que pueden presentar argumentos en contra y en defensa de la norma impugnada, de las restricciones a la declaración de inconstitucionalidad, de las facultades interpretativas del Congreso, del derecho al veto, sobre las propias vías de acceso a la justicia constitucional, y del contexto en el que opera el control de constitucionalidad.

NINO es de la idea de que “la acción de los legisladores y jueces se desarrolla en el contexto de una obra colectiva cuyos restantes aportes ellos no controlan. Este enfoque es perfectamente compatible con la conclusión de un juez o de un legislador que el derecho hasta ese momento vigente, empezando por su Constitución, es tan disvalioso que vale la pena el esfuerzo de arriesgar una refundación o aun justifica, si ese esfuerzo fracasa o es imposible, una situación de anarquía o

de disgregación del orden jurídico. Lo que simplemente toma en cuenta es la circunstancia de que si la anterior no es una alternativa aceptable, la decisión del juez debe concebirse como parte integral de un orden jurídico, fundado por cierto orden constitucional. Esto implica que la medida legislativa, judicial o administrativa debe contribuir a la vez a preservar y a mejorar ese orden jurídico. Ello no requiere que la medida pueda justificarse sobre la base de los mismos principios que permitan justificar el resto de las contribuciones al orden jurídico que se presupone valioso, dada la imposibilidad de otro acto fundamental...El hecho de que el legislador o el juez no pudieran haber dictado su ley o sentencia sin el orden jurídico que les da autoridad, no implica en sí mismo una restricción moral en sus decisiones...pero sí llama la atención sobre el hecho de que sin la preservación de ese orden jurídico, probablemente, futuras decisiones de ellos sean absolutamente ineficaces...Sin embargo, creo que la solución está dada por la adopción de un tipo de razonamiento escalonado en dos niveles. En el nivel primero y más básico se deben articular las razones que legitiman o no la práctica social constituida por la presente Constitución. Aquí rigen el tipo de razones sustantivas y procedimentales...que permiten ubicar a la Constitución en un continuo de legitimidad conformado por el grado en que, por un lado, ella exprese un consenso democrático que sea resultado de una deliberación lo más amplia y libre posible y sienta las bases para la formación de ese consenso y la estructuración de la precedente deliberación en relación con normas de inferior jerarquía; por el otro lado, es también relevante el grado en que la Constitución reconoce derechos fundamentales, que son prerequisites para la formación de un consenso que tenga suficiente calidad epistemológica. Pero en este nivel de razonamiento práctico se debe tener en cuenta cuáles son las alternativas realistas a la preservación de la presente Constitución”.<sup>690</sup>

Una vez aclarado el lugar que ocupa este mecanismo de control constitucional frente a la emisión de leyes que contravienen, restringen, excluyen, etcétera, determinados derechos fundamentales que la propia constitución regula y protege, corresponde analizar si, *per se*, las acciones de inconstitucionalidad realmente son un mecanismo de desarrollo para los derechos fundamentales, o por el contrario, atentan contra las facultades del legislativo quien, democráticamente ha sido elegido para representar a la mayoría de los ciudadanos para emitir leyes en su beneficio, y aquellos (los jueces) sean los que tengan la última decisión sobre la vigencia, contenido y el propósito por la que fue promulgada determinada ley atente a un Estado democrático de derecho.

Fijada la problemática entre la justicia constitucional y la democracia, estaré en condiciones de tomar postura sobre el lugar que ocupan las acciones de

---

<sup>690</sup> Cfr. NINO, 2013a: 42-45.

inconstitucionalidad en el posible desarrollo de los derechos fundamentales, mediante un caso en materia de transexualismo, el cual a mi parecer fue correctamente analizado por los ministros de la SCJN, a la luz de los derechos humanos y que el legislador ha tenido la prudencia de compartir tal visión, sin que haya sido ordenado a modificar su propia legislación y, es en este punto de mi estudio, en el que sostendré una versión de la teoría deliberativa de la democracia (de Carlos NINO) como apertura del control judicial de la constitucionalidad de los derechos fundamentales en vía de progreso de su legitimidad democrática, mediante el principio de autonomía personal como eje rector del pensamiento de NINO como presupuesto fundamental para su propuesta de una democracia deliberativa, para mejor comprensión de todo el entramado que deviene al posicionamiento de NINO, es oportuno tomar en cuenta lo siguientes cuestionamientos hechos por el autor:

“Aunque casi ningún pensador niega hoy en día que la democracia es el único sistema legítimo para gobernar una sociedad, existe poco acuerdo acerca de cuál es el origen de esa legitimidad. ¿El valor de la democracia, es instrumental o intrínseco? ¿Es éste procedimental o sustantivo? ¿Reside en la característica negativa de evitar la tiranía y la monopolización del poder, o se encuentra asociado a su aptitud positiva de promover la autorrealización personal? ¿Es que acaso la virtud de la democracia reside en su capacidad para transformar las preferencias de la gente o para impedir que éstas sean alteradas? ¿Es la democracia un proceso político independiente de la moral, o es un modo de elegir entre valores y solucionar conflictos morales? ¿Son los individuos los sujetos de la democracia, o acaso lo son los grupos o las corporaciones? ¿Debería restringirse la democracia sólo a la “comunidad política” o debería extenderse a otras dimensiones de la sociedad civil como, por ejemplo, el lugar de trabajo? En este caso, ¿Cuáles previsiones constitucionales serían esenciales a la democracia y cuáles serían contingentes e instrumentales? En este caso, ¿cuál sería el sentido de, por ejemplo, el principio “un hombre, un voto”, las elecciones periódicas, la libertad de expresión, la división de poderes, la representación política, los partidos políticos y el control judicial de constitucionalidad?”.<sup>691</sup>

Esta propuesta constituye fundamentar la concepción deliberativa de la democracia desde un punto de vista epistémico con respecto a la moralidad social, en tanto hechos ciertos reparos, se podría decir que la democracia es el procedimiento más confiable para poder acceder al conocimiento de los principios morales, dejando NINO a un lado cualquier intento perfeccionista, porque al diferenciar entre los estándares morales y limitando el

---

<sup>691</sup> NINO: 2003: 14.

valor epistémico de la democracia a aquellos que son de naturaleza intersubjetiva, y en particular se refiere NINO a las propuestas de RAWLS y HABERMAS de quienes de comentado con anteriores los pormenores de sus propuestas metaéticos,<sup>692</sup> pero que ahora corresponde verlo a luz del ámbito de la democracia.

La identificación de un común entre RAWLS-HABERMAS es la imparcialidad, porque “Si todos aquellos que pueden ser afectados por una decisión han participado en la discusión y han tenido una oportunidad igual de expresar sus intereses y justificar una solución a un conflicto, ésta será muy probablemente imparcial y moralmente correcta siempre que todos la acepten libremente y sin coerción”,<sup>693</sup> pero lo más trascendente de esta anhelada imparcialidad en la participación de todos y cada uno de los participantes es que “Cuando el discurso moral es institucionalizado y reemplazado, debido a consideraciones operativas, por un sucedáneo regimentado, como la regla de la mayoría, uno debe examinar si ese sucedáneo aún garantiza, aunque sea en un nivel menor, el requerimiento de imparcialidad. Claramente, una solución al conflicto apoyada por una mayoría y no por todos los involucrados en el conflicto puede ser muy parcial. Es problemático que la mayoría ignore completamente los intereses de la minoría. En efecto, la oposición a una minoría puede por sí misma motivar las acciones de la mayoría. De este modo, la democracia como regla de la mayoría parece ser el mecanismo arquetípico para tomar decisiones parciales. Si esto es verdad, las decisiones democráticas podrían ser sólo justificadas por razones que no tienen nada que ver con su corrección moral”,<sup>694</sup> por esto, ANSUÁTEGUI ROIG claramente explica el porque de este posicionamiento de NINO de la siguiente manera:

“En el marco del análisis de diferentes dimensiones del constitucionalismo, Nino plantea determinados problemas que surgen en el razonamiento práctico tendente a justificar decisiones. Así, por una parte, la indeterminación radical que presenta la Constitución (histórica, no ideal) a la hora de ser interpretada, y por otra parte el carácter aparentemente superfluo de esta Constitución para la justificación de decisiones en relación con asuntos o materias reguladas por ella. En el primer caso, la indeterminación del significado del texto plantea para Nino, el necesario recurso a valoraciones normativas (morales) en la tarea de traducir el texto en determinaciones prácticas. Es

---

<sup>692</sup> Véase, *supra*, Capítulo II, apartado 2.1.2.

<sup>693</sup> NINO: 2003: 166.

<sup>694</sup> NINO: 2003: 166-167.

en este escenario en el que se presentan los problemas de elección entre diversos métodos interpretativos (originalismo v. Constructivismo), y las indeterminaciones sintácticas y semánticas provocadas por la vaguedad de los lenguajes naturales, o por su ambigüedad. Nino aduce que estos rasgos del texto constitucional exigen la utilización de otros elementos normativos-valorativos, más allá de la norma constitucional; utilización que también se plantea como necesaria cuando se trata de solventar contradicciones lógicas entre normas. Los problemas de interpretación, indeterminación, contradicción, vaguedad, ambigüedad demuestran, para Nino, la existencia de una conexión interpretativa entre el Derecho y la moral, basada en la idea de que «el derecho no puede ser interpretado si no recurre, en momentos cruciales de esa tarea interpretativa, a consideraciones de índole moral». De la misma manera que afirma la existencia de esta conexión interpretativa, Nino también defiende la existencia de una conexión justificatoria. Dicha conexión adquiere sentido como consecuencia del imperialismo del discurso moral que imposibilita, a su vez, la insularidad del discurso jurídico...La Constitución histórica se muestra superflua e irrelevante en el razonamiento práctico. Nino constata la superfluidad de la Constitución a través del análisis de dos hipótesis. La primera de ellas, parte de la afirmación de que la Constitución no puede constituir la base de su propia validez. La validez de la Constitución va a estar apoyada, en este sentido, en elementos normativos superiores a la misma...Por ello la validez de la Constitución deberá basarse en elementos valorativos externos al mismo sistema constitucional. De estos elementos dependerá en última instancia el carácter obligatorio de las prescripciones constitucionales y, en definitiva, del resto de las normas jurídicas. Además, estos elementos valorativos van a ser de naturaleza moral...La segunda hipótesis, entendida por el propio Nino como más fuerte, se centra en la consideración de los principios morales colman las exigencias morales a satisfacer por la propia Constitución, entoncez ésta misma no añade nada al contenido de esos principios morales y, es más, al razonamiento práctico. El argumento propuesto por Nino es el siguiente: la legitimidad de la Constitución depende de que reconozca e incluya –positivice– determinados contenidos que no son sino exigencias de ciertos principios morales. Esos contenidos, en nuestros sistemas democráticos, se identifican básicamente con derechos fundamentales. Sólo desde el momento en que se produce esa inclusión, podemos considerar que la Constitución contiene razones justificatorias de las decisiones. Pero en realidad, a partir de ese momento, el recurso a la Constitución pierde valor, ya que esas razones justificatorias pueden encontrarse directamente acudiendo a esas valoraciones y a esos principios”.<sup>695</sup>

### **1.1.1. La teoría de la justicia del neoconstitucionalismo: Una visión de HABERMAS y NINO frente ALEXI.**

---

<sup>695</sup> ANSUÁTEGUI ROIG, 2013: 91-93.

### **a) La teoría de la justicia del neoconstitucionalismo. Un panorama inicial.**

El neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo, son expresiones de gran difusión hoy en día que pretenden de forma alguna, analizar aspectos como un cierto tipo de Estado de Derecho, desde un modelo institucional de una específica forma de organización política, también como una teoría del derecho que permita describir o explicar las características de dicho modelo, o bien, como una ideología o filosofía política que pregona un modelo de esta naturaleza y, por último, una filosofía jurídica que centra su atención al análisis metodológico y conceptual sobre la definición del derecho, el estatus de su conocimiento o la función del jurista, particularmente, en la relación del derecho y la moral, la obligación de obediencia, la neutralidad del jurista o la perspectiva adecuada para emprender una ciencia jurídica.<sup>696</sup>

En realidad esta dimensión conceptual y metodológica que ha adquirido el llamado neoconstitucionalismo representa una reestructuración argumentativa del positivismo incluyente al momento de identificar que las fuentes del derecho remiten a pautas morales del tipo de las que figuran en las constituciones, tal y como lo han analizado HART,<sup>697</sup> WALUCHOW<sup>698</sup> y COLEMAN<sup>699</sup> por ejemplo, en cambio el garantismo tiende a mantener una firme convicción en la tradición ilustrada, lo que se traduce en una visión de Estado protector de los derechos que aparecen así como valores morales externos al orden jurídico, los cuales desempeñan una función crítica frente al mismo Estado.<sup>700</sup>

Por otro lado, la teoría de la justicia del neoconstitucionalismo ha pretendido determinar qué es lo justo o cómo puede llegar a conocerse, y cómo se debe organizar una comunidad política conforme a las exigencias de la justicia. Huelga señalar que las teorías de la justicia han sido divididas en materiales al intentar fijar directamente qué es lo justo, mientras que las procedimentales pretenden establecer el recorrido a seguir para llegar a conocerlo, por ejemplo las constituciones de Europa han optado por legitimarse mediante una teoría

---

<sup>696</sup> Esta clasificación ha sido tomada de PRIETO SANCHÍS, 2003: 102-103.

<sup>697</sup> 1980.

<sup>698</sup> 2007.

<sup>699</sup> 1998: 381 ss.

<sup>700</sup> Por todos véase FERRAJOLI, 2000: 853.

material de la justicia. Por ejemplo, la Ley Fundamental de Bonn prevé en el artículo 1º la dignidad humana y los derechos humanos y, la constitución española en el artículo 10.1 la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes como fundamento del orden político y de la paz social.

Por consiguiente, la organización de un Estado de Derecho pretende invariablemente proteger la dignidad de las personas y, por consiguiente, el libre desarrollo de su personalidad no sólo lo realiza mediante la protección de determinados ámbitos de la actuación humana, sino garantizando también bienes encaminados a asegurar una igualdad básica entre todos los ciudadanos, así DE DOMINGO<sup>701</sup> señala: “dado que los distintos derechos fundamentales posibilitan ambas cosas, podría decirse que representan un equilibrio entre la libertad y la igualdad imprescindible para ajustar adecuadamente la vida social y hacer posible la coexistencia. Por consiguiente, los derechos fundamentales son propiamente lo justo, aquello reconocido y/o atribuido a cada ciudadano mediante normas de rango constitucional, mientras que la dignidad es el título en que se dunda dicho reconocimiento y/o atribución. Los derechos fundamentales se convierten en el criterio básico de justicia”.

Una vez expuesto el marco general en el que la teoría de la justicia del neoconstitucionalismo centra su atención, el problema a analizar será el siguiente: hasta que punto el principio de proporcionalidad propuesto por ALEXY en el marco de los derechos fundamentales, ha generado un nuevo derrotero conceptual para analizar casos del orden público por parte de la autoridad jurisdiccional, en el marco de la interpretación a la Constitución, frente a la teoría de la justicia que HABERMAS y NINO defienden, y en este contexto ¿es posible encontrar un punto intermedio que respalde uno de los derechos fundamentales analizados por la SCJN, me refiero al derecho a la igualdad regulado en el artículo 4º constitucional?

**b) El principio de proporcionalidad como embate a una teoría de la justicia neoconstitucional. La propuesta de Robert ALEXY.**

---

<sup>701</sup> 2011: 8.

La constitucionalización del Derecho bajo el Estado de Derecho ha sido objeto de un claro realce a la discusión por intentar integrar el iuspositivismo, iusnaturalismo y el iusrealismo en el marco del Estado constitucional de derecho, a través de la interpretación y aplicación efectiva del Tribunal Constitucional alemán, tal y como ALEXY lo ha destacado.<sup>702</sup>

Este cambio de paradigma sobre el sistema jurídico hacia su aplicación y la argumentación asociada a ella, es gracias al esfuerzo inconmensurable de su dimensión justificatoria. Particularmente, por la argumentación jurídica como un caso especial de argumentación moral desarrollada por ALEXY,<sup>703</sup> permitiéndole realizar una clasificación de las teorías relativas a la justificación de las normas morales en general, y particularmente, a la fundamentación de los derechos humanos (religioso, intuicionista, consensual, biológica, instrumentalista y cultural).<sup>704</sup>

Ahora bien, la tesis desarrollada por ALEXY en lo concerniente a la vinculación de los derechos fundamentales que se aplica sobre los poderes públicos en su doble dimensión de estos derechos, destacado por el propio Tribunal Constitucional Federal y la doctrina mayoritaria alemana, entiende que “los derechos fundamentales son derechos subjetivos al servicio del titular, pero, al mismo tiempo, se ha visto en ellos una dimensión institucional u objetiva según la cual los derechos fundamentales expresan un orden objetivo de valores previo al derecho legislado.<sup>705</sup> Así las normas que reconocen derechos fundamentales «aparecen como un orden objetivo axiológico y como un sistema de valores que demanda aplicación en todos los ámbitos del derecho». Este «efecto irradiación» reclama que sean

---

<sup>702</sup> 2003a: 35. “Hoy en día no se puede colegir lo que representan los derechos fundamentales a partir del sucinto texto de la Ley Fundamental, sino sólo a partir de los 94 volúmenes de Sentencias del Tribunal Constitucional Federal hasta la fecha ha registrado en total su benéfica actividad desde el siete de septiembre de 1951. Los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación”.

<sup>703</sup> 2007: 206-212. Sobre el particular, PRIETO SANCHÍS, 2003: 98, explica que “las Constituciones, además de reglas, incorporan principios y derechos fundamentales que tienen un incuestionable carácter moral, por lo que los problemas jurídicos son en el fondo problemas morales cuya respuesta remite al final de una teoría ética, y de ahí que se postule una especie de disolución del Derecho constitucional en esa teoría ética. A su vez, unido lo anterior, la argumentación constitucional, que es jurídica y moral a un tiempo, permite hallar una única respuesta mejor que cualquier otra”.

<sup>704</sup> Al respecto en detalle véase ALEXY, 2010a: 34-37.

<sup>705</sup> Sobre el particular, véase CRUZ, 2005: 14 y ss.



tenidas en cuenta al interpretar cualquier precepto jurídico”.<sup>706</sup> Por ejemplo, la dignidad que se traduce como un derecho fundamental regulado en el artículo 1º constitucional, lo que consecuentemente se le otorga una dimensión objetiva o institucional,<sup>707</sup> de ahí que para ALEXY la viabilidad de una conexión entre este problema y la teoría de la justicia, sea negada por el autor, esto es, la posibilidad de la doble identidad entre derechos individuales y bienes colectivos.<sup>708</sup>

Lo anterior, genera la máxima discusión sobre el pensamiento de ALEXY, esto es, si los derechos fundamentales pueden ser restringidos para preservar otros derechos fundamentales, no solamente individuales, este conflicto deberá ser desdoblado mediante el principio de proporcionalidad, toda vez que al entrar en colisión, por generar resultados incompatibles entre sí, por ejemplo, derecho de reunión y derecho de libertad, el principio de proporcionalidad permite establecer entre estos dos derechos una luz de los juicios, máximas o principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pero las preguntas que surgen son ¿es posible preservar la idea de que los derechos fundamentales son el núcleo del bien común? y, al mismo tiempo ¿el pilar de la justicia del neoconstitucionalismo?

Por supuesto que el principio de proporcionalidad en sentido estricto es lo que se ha denominado como la ponderación de los principios en colisión “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.<sup>709</sup>

---

<sup>706</sup> DE DOMINGO, 2011: 10-11.

<sup>707</sup> *Cfr.* DE DOMINGO, 2011: 10. “En efecto, si debido a su dimensión institucional la Constitución orienta la labor de los poderes públicos hacia el logro de una estructura social que no sólo permita, sino que facilite el pleno y libre ejercicio de los derechos fundamentales, es razonable pensar que tal orientación también pone de relieve que estos derechos no sólo son un bien para su titular, sino también para el conjunto de la colectividad. Los poderes públicos deben orientar su labor hacia la consecución del bien común; por tanto, si los derechos fundamentales representan el núcleo del bien común. Por ello, la doble dimensión de los derechos fundamentales también puede expresarse sosteniendo que estos derechos son, al mismo tiempo, bienes individuales –dimensión individual o subjetiva– y bienes colectivos –dimensión institucional u objetiva–”.

<sup>708</sup> Para mayores elementos de estudio sobre esta postura de ALEXY, 1992: 186; el mismo, 1993: 494-495.

<sup>709</sup> ALEXY, 1992: 161.

A lo que agrega ALEXY<sup>710</sup> “Sin embargo, la ley de la ponderación no es inútil. Dice qué es lo importante en las ponderaciones, es decir, el grado o la intensidad de la no satisfacción o afectación de un principio, por un lado, y el grado de importancia de la satisfacción del otro principio, por el otro. Quien dice que una afectación muy intensa sólo puede ser justificada mediante un grado de importancia muy alto de la satisfacción del principio opuesto no dice todavía nada acerca de cuándo se da una afectación muy intensa y cuándo un grado de importancia muy alto. Pero dice que es lo que hay que fundamentar para justificar el enunciado de preferencia condicionado que representa el resultado de la ponderación; se trata de enunciados acerca de los grados de afectación e importancia”.

Este planteamiento ha venido generando una profunda alteración al sentido original de la concepción de la justicia que constriñe al neoconstitucionalismo, en palabras DE DOMINGO “el neoconstitucionalismo sostiene que los derechos fundamentales constituyen el núcleo de lo justo y, en consecuencia, el criterio básico de justicia de la comunidad política. Semejante teoría de la justicia no puede admitir sin resultar incoherente que los derechos fundamentales sean restringidos...para preservar bienes colectivos, o que conductas que constituyen el legítimo ejercicio de un derecho fundamental...carezcan de protección institucional. La apuesta por el principio de proporcionalidad supone renunciar a una teoría material de la justicia a favor de una teoría procedimental de la justicia, pues en eso se traduce la apuesta por un procedimiento argumentativo disciplinado por reglas formales como el principio de proporcionalidad”.<sup>711</sup>

### **1.1.2. En defensa de una teoría de la justicia neoconstitucional y la protección constitucional de la autonomía.**

#### **a) Las críticas de HABERMAS a la propuesta del principio de ponderación como sustitución a los bienes jurídicos constitucionales de ALEXY.**

---

<sup>710</sup> Cfr. 1992: 164.

<sup>711</sup> DE DOMINGO, 2011: 18 y 19. Esto mismo admite ALEXY, 1992: 206 y 207, “la argumentación es conducida a vías que no existirían sin la ley de la ponderación. Desde luego, hay que tener en cuenta que esta estructuración es neutral por lo que respecta a su contenido y, en este sentido, tiene carácter formal. Ello no altera en nada su imprescindibilidad y tampoco elimina su valor, pero significa que no satisface el deseo de una determinación substancial de la relación entre derechos individuales y bienes colectivos”.

En todo el sistema filosófico-político de la obra de HABERMAS, existe un espacio dedicado al del Estado democrático, pero desde una perspectiva de la teoría del discurso,<sup>712</sup> en la que ha llegado a señalar que, la discusión en el derecho constitucional (particularmente desde el Tribunal Constitucional alemán, a diferencia de Estados Unidos), es por una “teoría de los valores”, la cual se entiende como la autocomprensión metodológica de los jueces, que ha tenido ciertos problemas al momentos de tomar una decisión en determinados casos de suma importancia, esto es, en sus consecuencias que suscitan preocupación desde la perspectiva de la salvaguarda del Estado de derecho, pero dejando claro Habermas que tales consecuencias son una clara falsa autointerpretación.<sup>713</sup>

El Tribunal Constitucional alemán entiende la Grundgesetz (la Constitución) de la República Federal de Alemania no tanto como un sistema de reglas estructurado por principios, sino, recurriendo para ello a las éticas materiales de los valores (del tipo de la de Max SCHELER o Nicolai HARTMANN), como un «orden concreto de valores». De acuerdo en ello con la letra y con el tenor de importantes sentencias del Tribunal Constitucional alemán, también BÖCKENFÖRDE entiende los principios como valores: «las normas objetivas concernientes a principios» o «normas-principios del orden jurídico objetivo» descansarían en «decisiones valorativas». Y al igual que I. MAUS, también él se suma a la propuesta de ALEXY en el sentido de entender los principios, de tal guisa transformados en valores, como mandatos de optimización, cuya intensidad permanece abierta. Esta interpretación viene a ajustarse a una expresión algo laxa, pero habitual entre los juristas, que hablan de una «ponderación de bienes»<sup>714</sup>

Es en este punto, donde la crítica de HABERMAS centra su atención al pensamiento de los juristas, entre ellos, el de ALEXY, por tratar de dimensionar el alcance que tiene este principio de ponderación, como herramienta sustitutiva de bienes jurídicos constitucionales, al entender, si los principios sientan un valor que debe ser realizado de forma optima, pero para ello, no puede lograrse a través de la propia norma, esto es, el grado de optimización,

---

<sup>712</sup> 1998.

<sup>713</sup> 1998: 326 s.

<sup>714</sup> 1998: 327.

“pues la norma ni lo establece ni lo puede establecer, la aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace menester tener una ponderación orientada a fines”.<sup>715</sup> Por consiguiente, HABERMAS enfatiza que la distinción terminológica entre norma y valores es meramente superficial para aquellos postulados que atribuyen a una teoría de los valores una validez universal, como sucede en las versiones clásicas de la ética de los bienes (planteamientos ontológicos), en cambio, para HABERMAS las teorías actuales de los valores o bienes presuntamente universales, llegan a ser tan abstractas que no es difícil reconocer en ellos principios deontológicos tales como la dignidad humana, la solidaridad, la autorrealización y la autonomía.<sup>716</sup> En palabras del autor “la transformación conceptual de los derechos fundamentales en valores fundamentales significa un enmascaramiento teleológico de los derechos, que no contribuye por cierto a percatarse de la circunstancia de que, en los contextos de fundamentación, las normas y los valores desempeñan *papeles distintos* en lo tocante a *lógica de la argumentación*”.<sup>717</sup> Este planteamiento resulta necesario para HABERMAS, toda vez que, su visión de la Constitución como norma fundamental (o sagrada), permite generar nuevas ideas a la luz de la comunidad, al permitir que ellos reconozcan sus más profundas aspiraciones, así como sus verdaderos intereses. Aceptando, que la vida política incluye un discurso moral continuo de unos y otros.

Por ende, los presupuestos de una democracia deliberativa con las exigencias del constitucionalismo, en aras de preservar las ideas modernas de autogobierno y derechos personales, de autonomía colectiva e individual,<sup>718</sup> “el concepto *jurídico* de autolegislación debe adquirir una dimensión política hasta transformarse en el concepto de una sociedad democrática que actúa por sí misma. Sólo entonces se podrá lograr, a partir de las actuales constituciones, el proyecto reformista de *realización* de una sociedad “justa” o “bien ordenada”,<sup>719</sup> y en este mismo contexto, refiere ALEXY “...el discurso iusfundamental no está sujeto a las decisiones tomadas en el procedimiento legislativo, sino que tiene prioridad sobre éste. Esto significa que él desaparece el factor de sujeción más importante para la argumentación jurídica general, es decir, la ley ordinaria que, la mayoría de las veces, es

---

<sup>715</sup> 1998: 327.

<sup>716</sup> 1998: 330.

<sup>717</sup> 1998: 330.

<sup>718</sup> 1998: 147 y ss.

<sup>719</sup> 2000: 83.

relativamente concreta. En su lugar aparecen las disposiciones iusfundamentales, muy abstractas, abiertas e ideologizadas. La cuestión es saber qué significa esto para la controlabilidad racional de la decisión iusfundamental”.<sup>720</sup> Pero el problema que denota HABERMAS sobre ALEXY es que, “una actividad judicial regida por principios no tiene por qué vulnerar *per se* esa estructura decisional jerárquicamente articulada, que tiene por fin asegurar que a *cada* procedimiento de decisión las razones legitimantes que en él resulten decisorias le vengan *dadas* por acuerdos o decisiones de una instancia de nivel superior”.<sup>721</sup> Pero si buscamos un parámetro adecuado entre la norma y los valores, ALEXY lo desarrollaría con los principios de ponderación y proporcionalidad, pero a nuestro entender junto con el de HABERMAS la coherencia con la teoría de la justicia del neoconstitucionalismo exige mantener que los derechos fundamentales no admiten restricciones y que toda conducta realizada lícitamente al amparo de un derecho fundamental merece protección. Sin embargo, existen casos donde resulta ser conveniente e incluso necesario desde algún punto de vista restringir el ejercicio de los derechos fundamentales con el fin de lograr el bien común.<sup>722</sup> Por ello, HABERMAS refiere desde una concepción liberal del Estado que, “los derechos fundamentales sólo representan derechos subjetivos de libertad frente al poder estatal y no a la vez normas-principios de tipo objetivo, obligatorios para todos los ámbitos del derecho”.<sup>723</sup> Este problema no es ajeno al quehacer del poder judicial nacional, cabe destacar el siguiente criterio jurisprudencial emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación Tesis 1a./J. 55/2006 (9ª) IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL, en la que esencialmente refiere que la igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia, sino también en la ley (en relación con su contenido). De ahí que, cuando nuestro máximo órgano jurisdiccional conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si,

---

<sup>720</sup> 1993: 532.

<sup>721</sup> 1998: 334 y 335.

<sup>722</sup> Sobre la delimitación del contenido de los derechos fundamentales y la importancia de una interpretación teleológica, véanse, MARTÍNEZ-PUJALTE, 1997; SERNA, y TOLLER, 2000.

<sup>723</sup> 1998: 336.

por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello, propone cuatro pasos a seguir para determinar, primero, si la promulgación de la norma es obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; segundo, analizar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador, mediante una de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido; tercero, debe estar apegado al principio de proporcionalidad; y por último, determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, al constituir éste un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes.

Este criterio denota claramente una dicotomía, entre la postura de HABERMAS y ALEXY. El tema realmente de controversia es, si estos cuatro pasos son acordes con una teoría de la justicia del neoconstitucionalismo, a mi parecer hasta este momento, ninguna de las dos posturas son suficientes para defender una teoría de esta naturaleza, por lo que considero necesario complementarlas con una visión del pensamiento de Carlos NINO que a continuación desarrollaré.

### **1.1.3. Hacia una teoría integral de la justicia constitucional y democracia deliberativa en Carlos S. NINO.**

La obra en su conjunto de Carlos NINO puede ser considerada como neoconstitucionalismo, pues al igual que DWORKIN y ALEXY, intenta haber superado la tesis iuspositivista de la separación entre el derecho y la moral,<sup>724</sup> afirmando la conexión entre ambas, pero que al mismo tiempo se distingue de otros neoconstitucionalistas en cuanto concibe de manera diferente esta relación, esto es, de forma justificativa NINO se cuestiona si el derecho no podría considerarse moralmente superfluo si sólo la moral puede justificar la obligatoriedad del derecho, pero oportunamente el autor advierte que, el derecho producido por el legislador elegido democráticamente no cuenta directamente de la moral, sino meramente

---

<sup>724</sup> Para un análisis detallado sobre el pensamiento de estos dos autores, véase GARCÍA FIGUEROA, 1998: principalmente las partes segunda y tercera.

mediante razones epistémicas, es decir, razones para creer que las normas dictadas por la autoridad democrática derivan de principios morales válidos.

Por ello, considero que la propuesta de NINO, es la más adecuada para los fines de este estudio al buscar un equilibrio entre los fines del poder judicial y, las obligaciones del poder legislativo, en aras de los derechos fundamentales, al señalar que, “el control judicial de constitucionalidad materializa así el equilibrio entre la voluntad y el interés colectivo del pueblo y las decisiones e intereses básicos de un individuo que se encuentran atrincheradas por un derecho fundamental”,<sup>725</sup> siempre y cuando esta idea de una democracia liberal es, la de una democracia limitada por ciertos derechos que no pueden ser traspasados ni aún por decisiones mayoritarias<sup>726</sup> y es precisamente, la intervención de los jueces por no estar designados por la mayoría, ni son parte de ese proceso (epistémico) democrático, habrá de limitarse a las esferas de afectación de las partes en conflicto y no así, a todos lo que pueden ser afectados por el principio con el que se dirime tal conflicto, al ser ellos ajenos, lo cual se ve como una ventaja en términos, dice NINO, de imparcialidad.<sup>727</sup>

Recordemos que tanto NINO como GARGARELLA y FERRERES COMELLA son los iniciadores del debate sobre “la dificultad ‘contra-mayoritaria’ y el control judicial de constitucionalidad”, consistente en 1) la menor legitimidad democrática de origen del juez constitución, 2) la rigidez de la Constitución y 3) la controvertibilidad interpretativa de la Constitución. En caso de aceptar esta dificultad contra-mayoritaria, la cuestión es responder lo siguiente ¿qué razones justificarían un papel activo de los jueces en el contexto de un Estado democrático de derecho? y ¿qué pasa con el legislador al ser sancionadas sus leyes promulgadas democráticamente?

---

<sup>725</sup> 1991a: 97. En la misma línea argumentativa, GARGARELLA, 1996: 262-265; COSSÍO DÍAZ, 2007: 91.

<sup>726</sup> NINO, 1991a: 122, “...los derechos individuales se caracterizan por servir de límite a la consideración agregativa de los intereses colectivos –aun cuando sean mayoritarios–, no necesariamente constituyen límites a las decisiones colectivas mayoritarias. Aun cuando los intereses que los derechos protegen sean de individuos aislados o de minorías, no hay contradicción en suponer que esos derechos están mejor defendidos por las decisiones de la mayoría. Es obvio que la mayoría puede estar tentada a suprimir los derechos de una minoría u otros individuos aislados sirvan de mejor protección, a menos que coincidan con los individuos afectados”

<sup>727</sup> NINO, 1991a: 123. “Esta dificultad no puede superarse, en general, acudiendo al origen democrático de la propia Constitución cuyos principios se aplican para ejercer el control judicial de constitucionalidad”. En esta misma línea argumentativa de sostener una imparcialidad, véase DWORKIN, capítulo 4.

Es oportuno aclarar que la Constitución puede verse como el conjunto de prácticas de reconocimiento del derecho de una sociedad, de ahí que NINO<sup>728</sup> sostuviera “Dado que la acción de los constituyentes, legisladores y gobernantes consiste generalmente en aportes a una obra colectiva cuyas demás contribuciones pasadas, contemporáneas y futuras ellos no controlan y sólo influyen parcialmente, esa acción debe estar guiada por la racionalidad apropiada a este tipo de conductas”, por consiguiente refiere que, “Sería irracional que un juez resolviera un caso como si estuviera creando con su decisión todo el orden jurídico o todo el orden jurídico relativo a esa cuestión”,<sup>729</sup> y esto tiene consecuencias importantes al momento en que resuelve en un sentencia el caso, por ende, “El juez debe tener en cuenta que hay expectativas generadas por lo que los legisladores y otros jueces han decidido en el pasado, que su decisión se combinará con otras que tomen contemporáneamente sus colegas, lo que es relevante para el principio de que casos iguales deben ser decididos de igual modo, y que su decisión servirá de precedente para el futuro, así como también que puede ser ignorada y hasta provocar reacciones opuestas por parte de legisladores y otros jueces”, que llegan a ser revisores de los derechos constitucionales ante posibles limitaciones impuestas por la ley que han sido justificadas en nombre de una sociedad libre y democrática, esto ha sido denominado por un sector de la doctrina como “revisión judicial dialógica” mediante dos disposiciones, una sustantiva (cláusula de limitación general aplicable a todos los derechos constitucionales) y, otra procedimental o cláusula de “no obstante o anulación”, las cuales tienen la ventaja el poder judicial en el marco del foro legislativo, para centrar la atención en valores constitucionales conectados con problemas específicos, en aras de promover estos valores de las limitaciones al autogobierno democrático. “Una vez que se llama la atención de los legisladores acerca de los problemas, podemos luego promover el valor del autogobierno democrático, dejando la decisión final a la Legislatura”.<sup>730</sup> Sin embargo, se corre el riesgo en el proceso del diálogo entre los involucrados se saquen ventajas indebidas al presentar resultados que realmente no lo son.

---

<sup>728</sup> 1990a: 208-209.

<sup>729</sup> Esta forma de entender el derecho conjuntamente con la moral y la política, véase su estupendo estudio de 1994, y reeditado en 2014 por la editorial Siglo XXI.

<sup>730</sup> TUSHNET, 2014: 112.



Es aquí donde la democracia deliberativa funciona como un mecanismo de evaluación los arreglos institucionales sobre los que debamos reflexionar y discutir.<sup>731</sup>

Ahora bien, lo expuesto por NINO es fundamental y oportuno para entender el principio de progresividad que consagra la nueva redacción de la Constitución Mexicana en su artículo 1º, a fin de prevenir y proteger cualquier intromisión en la esfera de los derechos humanos<sup>732</sup> al reconocerle como garantías o derechos fundamentales,<sup>733</sup> porque NINO considera elocuentemente que la Constitución es “un conjunto de reglas de reconocimiento que permiten individualizar al sistema jurídico”,<sup>734</sup> y a su vez, permite resolver las cuestiones planteadas desde el punto de vista externo e indirectamente admite desde el punto de vista interno justificar acciones o decisiones. Ello es así, dice NINO, porque si las reglas de reconocimiento contenidas en la Constitución “pueden ser identificadas como constituyendo la base del mismo sistema jurídico por el hecho de ser ellas practicadas por los mismos ciudadanos en general y los mismos órganos primarios en especial, ello quiere decir que también los órganos y los ciudadanos pueden ser identificados como los destinatarios del mismo orden jurídico por el hecho de que son los sujetos de normas cuya observancia está prescrita por reglas de reconocimiento que la mayor parte de ellos practica efectivamente”.<sup>735</sup> Para visualizar este planteamiento de NINO, resulta oportuno visualizarlo en la Tesis 1a./J. 37/2008, emitida por la Primera Sala de la SCJN, “*IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO*

---

<sup>731</sup> En palabras de GARGARELLA, 2014: 124. “Los sistemas de *democracia deliberativa*, en contraste con los vinculados a la tradición de los *checks and balances*, buscan asegurar que el proceso de toma de decisiones se asiente en un *diálogo inclusivo*. Así, retoman la noción habermasiana de que las decisiones justificadas son las que resultan de procesos de discusión en los que intervienen en posición de igualdad todos los potenciales afectados. El presupuesto es que el sistema de toma de decisiones gana imparcialidad en la medida en que surja de una discusión amplia e inclusiva, en la que, en particular, se escuche a todos los que disienten, piensan distinto y desfilan las decisiones establecidas. Asimismo, la discusión entre todos los posibles afectados sirve a propósitos diferentes y valiosos: abre la posibilidad de que todos obtengamos información con la que no contábamos, corrijamos errores a partir de las críticas que recibimos de los demás, nos veamos forzados a plantear nuestras posiciones en términos entendibles y aceptables para los demás y, en consecuencia, nos obliga a pensar de qué modo nuestras iniciativas impactan sobre los otros y a considerarlos en nuestras propuestas. Además, nos compele a confrontar con quienes piensan distinto y a argumentar con ellos en lugar de simplemente descartar de forma prejuiciosa o dogmática sus puntos de vista. Por último, hay un elemento civilizatorio y educativo en la idea misma de discutir con otros, sobre todo cuando aceptamos que lo que debe prevalecer es la postura que posea el mejor argumento.

<sup>732</sup> Sobre el particular, véase CARBONELL y SALAZAR, 2011.

<sup>733</sup> Esta visión progresiva, ha sido señalada por NINO, 2005.

<sup>734</sup> 1991a: 193.

<sup>735</sup> 1991a: 194.

*ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)*”, al referir que, el legislador puede ampliar su labor normativa, pero el juez debe ser más exigente a la hora de determinar si aquél ha respetado las exigencias del principio de igualdad, por ejemplo, esta redacción de tesis, centra su atención al artículo 1º de la Constitución, refiriendo al primer párrafo que todo individuo debe gozar de las garantías que ella otorga, las cuales no pueden restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, lo que evidencia la voluntad constitucional de asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales, y de que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente, de conformidad con el carácter excepcional que la Constitución les atribuye. Por su parte, el párrafo tercero del citado precepto constitucional muestra la voluntad de extender la garantía de igualdad a ámbitos que trascienden el campo delimitado por el respeto a los derechos fundamentales explícitamente otorgados por la Constitución, al prohibir al legislador que en el desarrollo general de su labor incurra en discriminación por una serie de motivos enumerados (origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil) o en cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. Por consiguiente, lo que realmente intenta afirmar el Ministro ponente José Ramón COSSÍO DÍAZ es, reconocer que el juez constitucional deberá someter la labor del legislador a un escrutinio especialmente cuidadoso desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad.<sup>736</sup> Esta postura me parece la más cercana al postulado de NINO por mantener la idea de respetar el derecho como una actitud de expresión de identificación con la sociedad para generar obligaciones, no solo por parte de los ciudadanos, sino también por los órganos encargados de preservar los valores de la Constitución que contiene mediante

---

<sup>736</sup> En la ejecutoria del amparo directo en revisión 988/2004 el ministro ponente COSSÍO DÍAZ explica este criterio de la siguiente manera: “De modo similar, será necesario que la medida legislativa esté directamente conectada con la consecución de los objetivos constitucionales de envergadura antes mencionados, que sea realmente útil para su consecución, sin que pueda considerarse suficiente que esté potencialmente conectada con la consecución de tales objetivos. Del mismo modo, la apreciación de si la medida legislativa es o no proporcional debe ser más cuidadosa, si en los casos ordinarios basta que no exista un desbalance grosero entre el objetivo al servicio del cual está la medida clasificadora, y los bienes y derechos que quedan afectados por la misma, cuando procede aplicar un examen de igualdad más estricto, es necesario que la diferencia de trato refleje un balance cuidadoso de las distintas exigencias normativas en juego, y que no se detecten alternativas menos gravosas para los derechos capaces de conducir a ese fin”.

los derechos fundamentales consagrados por ésta,<sup>737</sup> en palabras de NINO “la concepción que, según creo, permite dar relevancia moral a la Constitución como convención, sin caer en el convencionalismo o en el comunitarismo, adopta una posición intermedia entre los extremos de derivar los principios justificatorios de ciertos hechos, o de descalificar absolutamente a los hechos en la derivación de principios; sólo principios determinados en forma autónoma permiten determinar qué hechos sociales son moralmente relevantes, pero una vez identificados tales hechos permiten inferir principios justificatorios”,<sup>738</sup> y a mi parecer esto fue lo que hizo el Ministro COSSÍO DÍAZ, lo que permite a su vez postular una teoría normativa democrática que legitima una decisión de esta naturaleza, al ser producto de un procedimiento que trata de igual manera a todos los participantes en la promulgación de alguna ley correcta o incorrecta, por lo que se habrá de optar por un procedimentalismo (epistémico) y no por una teoría absolutamente sustantiva de la legitimidad.<sup>739</sup>

---

<sup>737</sup> Para una visión del derecho canadiense por un dialogo entre tribunales y legisladores consultese el ensayo de HOGG y BUSHELL, 2014: 17-48.

<sup>738</sup> 1991a: 217.

<sup>739</sup> Cfr. ESTLUND, 2011: 145-169; MARTÍ, 2006: principalmente Capítulo V; 2006a: 27-55; ROSENKRANTZ, 2004: 279-291; BARBERIS, 2006: 264-269; ROCA, 2005: 403; PRIETO SANCHÍS, 2013: 112-116; BAYÓN, 2010: 327-331. Por su parte, SPECTOR, 2014: 196-197, explica que “Además de su contenido sustantivo, los derechos morales incluyen derechos procedimentales dentro de una comunidad deliberativa. En efecto el titular de un derecho tiene el poder moral de reclamar por el respeto de sus derechos y quejarse por su violación. La idea de poder, en este contexto, significa que si el titular del derecho impetra un reclamo o una demanda, está realizando un reclamo válido o una demanda válida, de lo que se siguen ciertas consecuencias morales. Es decir, si alguien defiende sus derechos por medio de un reclamo válido, esto implica que tiene el derecho de participar en una práctica institucional que atienda el agravio y otorgue una respuesta razonada e imparcial. Los derechos morales incluyen esencialmente poderes morales para expresar agravios y esto se conecta con la idea de dignidad humana... Los poderes morales incluidos en la dimensión procedimental de los derechos morales tienen dos facetas: una *faceta de reclamo* y una *faceta de respuesta*. En primer lugar, los derechos morales les dan a los individuos el poder de expresar sus reclamos y demandas sobre violaciones de derechos... En segundo lugar, cuando los titulares de derecho denuncian que sus derechos han sido violados les corresponde recibir una respuesta razonada e imparcial. Esto es, los derechos morales imponen sobre otros el deber de dar una respuesta. Esta respuesta tiene dos aspectos diferentes: *discursivo discursivo* y *conductual*. Desde el punto de vista discursivo, el procedimiento moral para tomar una resolución sobre violaciones de derechos debe asegurar una respuesta razonada e imparcial. El procedimiento para dar una respuesta debe contemplar todos los argumentos morales ofrecidos por el titular del derecho y debe estar basado en razones morales. Por supuesto, los argumentos y razones morales están basados en principios universales que pueden ser razonablemente aceptados por todos. La imparcialidad asegura que el árbitro debe tratar al demandante y al supuesto violador en igualdad de condiciones, es decir, sobre la base de principios universales aceptables por todos. Desde el punto de vista conductual, la respuesta debe ser capaz de rectificar la violación. En suma, cuando los individuos defienden sus derechos reclamando por violaciones, activan un procedimiento en el que pueden participar de modo directo y sin intermediación, y que eventualmente debe resultar en una decisión fundada en razones imparciales”.

### 1.1.3.1. La justificación moral del castigo y la democrática deliberativa.

Se ha hecho mención del momento histórico que vivió Argentina durante el golpe militar en la década de los ochenta y del cual NINO hubiera sido objeto de diversas violaciones de derechos humanos de no haber sido por sus estancias temporales en Venezuela, México, Estados Unidos, tal y como lo recuerda FISS “XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX”. Esta experiencia generó que NINO fuera parte de un proceso de restauración de la democracia a partir de 1983, y principalmente, su participación en la implementación de una justicia retroactiva por violaciones a los derechos humanos durante la última dictadura militar, por primera vez en Latinoamérica<sup>740</sup> y, tal vez en el mundo. Para esto, el Gobierno de Raúl ALFONSÍN de la mano de uno de sus más allegados asesores, NINO,<sup>741</sup> establecieron una política insólita de recibir denuncias en contra de los responsables (militares) para determinar su castigo, poniendo como prioridad la verdad y la justicia por encima del olvido y la impunidad, como eje centrales del proceso de democratización y pacificación nacional.

Para atender las denuncias presentadas en contra de militares, el gobierno creó el 15 de diciembre de 1984, la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP),<sup>742</sup> compuesta por ciudadanos sin recibir presiones políticas ni de otra índole.

---

<sup>740</sup> ALFONSÍN, 2006: 18. “Otros países estudiaron el ejemplo y muchos de ellos constituyeron comisiones similares. En Chile, la Comisión Rettig pudo empezar a reconstruir en 1991 lo sucedido durante la dictadura de Pinochet; en Paraguay, se constituyó recién en 2003 una Comisión Verdad y Justicia que tomó como modelo la experiencia de la CONADEP para recabar información sobre desapariciones y violaciones a los derechos humanos durante el régimen de Stroessner”.

<sup>741</sup> ALFONSÍN, 2006: 8. “debo reconocer también que importantes líneas de acción y decisiones políticas tuvieron origen y desarrollo en el trabajo de estos equipos de asesoramiento...que mucho me ayudaban a pensar, evaluar y decidir. En esta constelación, tuvieron participación destacada un núcleo de intelectuales, juristas, filósofos y politólogos entre los que descolló Carlos Nino como un querido amigo y exigentísimo colaborador. Su aporte específico fue fundamental para llevar adelante la política que permitió avanzar en el esclarecimiento de las violaciones de derechos humanos, el procesamiento de sus responsables y la edificación de la democracia sobre bases éticas dejando atrás décadas de atropellos, autoritarismos, antagonismos irreductibles y frustraciones”.

<sup>742</sup> ALFONSÍN, 2006: 15. “El Decreto No. 187/83, le asignó al organismo las funciones de recibir denuncias y pruebas, remitirlas a los jueces competentes, averiguar el destino o paradero de las personas desaparecidas, determinar la ubicación de niños sustraídos, denunciar la ocultación de elementos probatorios y emitir un informe final, con una explicación detallada de los hechos investigados. El decreto estableció, además, la obligación de todos los funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional y de organismos dependientes o autárquicos, a prestarle colaboración. La CONADEP no fue facultada a emitir juicio sobre hechos o circunstancias que pudieran constituir materia exclusiva del Poder Judicial. Ello fue coherente con los principios de división de poderes y la naturaleza de la Comisión y concondó con la política de poner exclusivamente en manos del Poder Judicial la tarea de juzgar a los responsables. El decreto estipuló un plazo de seis meses para cumplir con la misión. A su pedido, el plazo se extendió luego a nueve meses. La elección

Una vez comenzado las funciones de la CONADEP se “libraron más de mil oficios a organismos gubernamentales requiriendo distintos tipos de información, se recibió el testimonio de numerosas personas detenidas que habían sido liberadas y, sobre la base de ello y de informaciones adicionales, se realizaron diligencias en edificios militares y de fuerzas de seguridad que le permitieron identificar varios cientos de centros clandestinos de detención más siniestros”.<sup>743</sup> Para el 20 de septiembre de 1984, los miembros de la CONADEP presentaron en la Casa de Gobierno el informe final conocido como *Nunca más* y publicado el 28 de noviembre de ese mismo año, mismo que fue traducido al inglés y prologado por Ronald DWORKIN, así como al italiano, alemán y portugués. El documento *Nunca más* sirvió para que la Fiscalía pudiera elaborar y formular a la brevedad la acusación en el juicio a las Juntas Militares, al igual que en otros juicios paralelos realizados. Se contabilizaron 8960 casos de desaparición de personas.

El principal problema que enfrentaba el gobierno de ALFONSÍN en este proceso de transición hacia la democracia era la persecución penal en contra del régimen anterior, esto es, aplicación retroactiva de la justicia y más aún, la justificación moral del castigo, reconociendo que no solo fue ayuda de NINO este esquema de justicia retroactiva, sino que “Su pensamiento y sus escritos tuvieron además una enorme influencia en las ideas que defendí y promoví a lo largo de toda mi gestión presidencial y que se resumieron en el trípede formado por la democracia participativa, la ética de la solidaridad y la modernización de las instituciones del Estado y de la sociedad”.<sup>744</sup>

Este fue el principal problema afrontado por NINO para justificar el castigo por violaciones de derechos humanos cometidas por los militares durante la última dictadura. Para esto, NINO advirtió que el problema trascendía a su propio escenario nacional, al recordar los juicios de Nuremberg y sus secuelas,<sup>745</sup> de igual manera en tiempos de

---

de sus miembros no fue fácil. Se requería constituir un grupo que estuviera formado por personas sin tacha en su compromiso con la defensa de la democracia y los derechos humanos, que gozaran de prestigio en la vida pública del país y, a demás, que pudieran organizar y poner en marcha la Comisión con dedicación y efectividad. La elección fue un acierto en todos esos aspectos. Un hecho revelador es la prontitud con que fue posible constituirlos. Todas las personas incluidas en la lista original aceptaron el ofrecimiento y estuvieron dispuestas a iniciar de inmediato la difícil tarea. La única excepción fue la de Adolfo Pérez Esquivel, Premio Nobel de la Paz, que rechazó la invitación alegando no compartir la política del Gobierno en marcha”.

<sup>743</sup> ALFONSÍN, 2006: 16.

<sup>744</sup> ALFONSÍN, 2006: 29.

<sup>745</sup> NINO 2006a: 43-55.

trascisiones democráticas como sucedió en los años 70 en Europa del Sur,<sup>746</sup> en los 80 en Latinoamérica y en los 90 en Europa Oriental,<sup>747</sup> entendiendo éstas clases de violaciones como el “mal absoluto”, siguiendo el planteamiento kantiano del “mal radical”, por atentar fundamentalmente a la dignidad humana, así como los estudios de Hannah ARENDT<sup>748</sup> de quien “en su concepción, el mal radical no puede ser castigado ni perdonado, y por lo tanto trasciende el reino de lo humano y destruye nuestras posibilidades. Esta imagen de impotencia frente al mal radical puede parecer a primera vista una simple imagen literaria, una forma de expresar la inadecuación de la evaluación social, de la justicia humana y de nuestra capacidad de castigar. Pero, sustancialmente, muestra la dificultad de responder al mal radical con las medidas ordinarias que aplicamos a los criminales comunes”,<sup>749</sup> y en muchas ocasiones sancionan a los de rango inferior para colmar los reclamos de la población, mientras los funcionarios políticos o militares que dieron las ordenes correspondientes quedan impunes. Para valorar esta dinámica del ejercicio del ius puniendi por crímenes cometidos en el pasado, Nino recurre al estudio de la justicia retroactiva en tres niveles, moral, político y jurídico, por lo que solamente me centraré en el primer nivel:

“...el mal radical parece superar los límites del discurso moral, corporiza una forma de vida y un esquema conceptual ajeno a nosotros. Si parecemos incapaces de producir una evaluación moral apropiada de estos hechos, ello puede deberse a que son ininteligibles para nosotros, de la misma forma que lo sería la conducta de gente que no comparta nuestros conceptos de tiempo y espacio. Surge entonces la pregunta: ¿podemos juzgar legítimamente a quienes realizan tales acciones en términos de nuestro esquema moral? cualquier posibilidad de sustentar la evaluación moral pública en algún tipo de consenso, aun idealizado, parece precluida en casos en los cuales aun el desacuerdo moral se ve impedido por divergencias conceptuales extremas.

Pero, aún si el problema del relativismo conceptual impuesto por estos hechos pudiera ser resuelto, surgirían otros. En principio, este tipo de acción colectiva que lleva al mal radical difícilmente hubiera resultado exitoso si no hubiera sido realizado sin un alto grado de convicción de parte de aquellos que participaron en él. La convicción sincera, aun siendo equivocada, impone problemas a la evaluación moral, como se evidencia en nuestra tolerancia de la objeción de conciencia, aun cuando no compartamos su contenido sustantivo. Pero además, el carácter equivocado de la convicción debe ser demostrado. Esto crea problemas para la fundamentación de

---

<sup>746</sup> NINO 2006a: 58-63.

<sup>747</sup> NINO 2006a: 63-70.

<sup>748</sup> 2000.

<sup>749</sup> NINO, 2006a: 34.

los derechos humanos, tales como el de la extensión de su ámbito de aplicación, el de prioridad, cuando varios de ellos se encuentran en conflicto; y los problemas vinculados con la legítima defensa, el estado de necesidad, la existencia de una guerra, la obediencia debida, etcétera.

Otro problema moral es el que surge de la difusión de la responsabilidad. Violaciones masivas de derechos humanos no podrían ser cometidas sin el concurso de gran cantidad de personas. Los que planearon los hechos y los que los ejecutaron, los que denunciaron a sus vecinos o amigos, los que prestaron recursos materiales, los que cometieron de hecho los actos atroces, las víctimas que ayudaron a victimizar a otros, los que cooperaron por omisión. En el caso de estos últimos, por ejemplo, los jueces que no realizaron los procedimientos judiciales que pudieron haber detenido las violaciones, los periodistas que omitieron publicar las atrocidades ayudando a contener las reacciones internas e internacionales, los diplomáticos que, lejos de hablar, ocultaron lo que estaba sucediendo y hasta justificaron activamente las acciones de sus gobiernos. Gente común –como vecinos de los campos de concentración- que cerraban los ojos a lo que estaba sucediendo cerca de ellos, que no compartieron ese conocimiento con otros, y que aun tímidamente justificaban los hechos ante sí y ante los demás (“por algo será” fue un dicho común para mucha gente en la Argentina cuando sabían que un vecino o conocido era secuestrado por las fuerzas de seguridad y convertido en un “desaparecido”). De esta forma, si casi todos los culpables, existe una sensación de que, en realidad, nadie lo es.

Desde un punto de vista retributivo, la difusión de la responsabilidad presenta problemas difíciles. La retribución supone alguna noción de igualdad y esto parece llevar a imponer a todos varios grados de castigo –lo que agrava enormemente los problemas estratégicos- o dejar a todo el mundo libre de sanción. Las teorías prevencionistas no requieren consideraciones de este tipo (al estilo todo o nada) pero tienen sus propios problemas. Usar el castigo como medio para prevenir violaciones futuras como parte de su justificación moral permite al gobierno realizar consideraciones estratégicas, como por ejemplo, considerar si resultarán males mayores en el caso de sancionar estos hechos tales como poner en peligro la estabilidad del sistema democrático. Por otra parte, es cuestionable que el castigo del mal radical pueda prevenirse en forma efectiva. Estos hechos, susceptibles de ser colectivamente descriptos como mal radical, sólo pueden ser ejecutados bajo condiciones políticas favorables (la más común de ellas es la existencia de un régimen totalitario o al menos autoritario que restrinja la crítica y evite que el conocimiento de los hechos se extienda). No queda claro entonces si el castigo del mal radical sirve para prevenir actos similares cuando ocurran condiciones favorables o para prevenir la materialización de tales condiciones. Por el contrario, el riesgo del castigo de las violaciones de derechos humanos tiende a que los líderes de regímenes autoritarios se nieguen a dejar el poder por miedo a las sanciones futuras”.<sup>750</sup>

---

<sup>750</sup> NINO, 2006a: 35-36.

Estas descripciones tomadas en consideración por NINO para la implementación de políticas retributivas, tienen que ser sometidas a un estudio relacional entre un sistema democrático y el contenido del derecho penal, el cual difiere de los sistemas no democráticos como Sudán, Somalia, Siria, China, Corea del Norte, por ejemplo, a las reglas de las sanciones en Canadá, Noruega, Costa Rica. La diferencia consiste en el caso de la Argentina post dictatorial (1983), en el reemplazo de una gran cantidad de leyes que permitían delitos y procedimientos penales totalmente violatorios de garantías como el de exacta aplicación de la ley (legalidad), penas excesivas o desproporcionadas que fueron abrogadas, la competencia de los tribunales militares para juzgar a civiles fueron abolidos, la detención preventiva durante el proceso fue limitada a favor de la libertad condicional, la reincidencia fue menos sancionada, la sanción del posesión de drogas fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia, se exacerbo la pena para los que cometieran tortura alguna, y se amenazó con pena a quien pusiera en riesgo el sistema constitucional, y a quien conspirara con un gobierno establecido por un golpe de Estado, así como la pena para el que discriminara por motivos racial, religioso, sexual mediante un marco legal promulgado por el Congreso.<sup>751</sup> Pero lo interesante no es solamente la sanción a los perpetradores de violaciones de derechos humanos o el abuso del poder que pretende imponer los gobiernos democráticos relacionados con principios liberales, sino cuál es su razón en relación a los rasgos intrínsecos de la democracia, entendida como regla de la mayoría, resulta difícil de identificar la relación entre su procedimiento y el resultado emanado de él mismo.

“El Derecho Penal es el núcleo del poder estatal y la más enérgica arma a disposición de los gobiernos. Su justificación está de este modo intrínsecamente conectada con la justificación de la existencia de los gobiernos. Un gobierno y sus leyes no están auto-justificados. Están justificadas en cuanto ayuden a materializar ciertos principios morales o evaluativos”.<sup>752</sup> Por supuesto que el problema que genera esta visión es en aquellos casos donde la gente no acepta tales principios, al indicarnos como comportarnos, o bien, ¿se puede justificar mediante el recurso de privar coercitivamente a otros bienes jurídicos, aunque quizás estas personas se desviaron en el pasado de nuestros principios?

---

<sup>751</sup> NINO, 2008: 13.

<sup>752</sup> NINO, 2008: 14.



Lo que intenta NINO plasmar como alternativa de solución a estas cuestiones es su teoría consensual de la pena<sup>753</sup> entendida de la siguiente forma:

“si las leyes penales han sido consentidas por la gente, en general, y por aquellos a los que se aplican, en particular, estaríamos justificados en hacerlas efectivas, y la justificación se extendería a la privación coercitiva de bienes jurídicos que infringimos a fin de prevenir que otros violen los principios morales sobre los que reposan nuestras leyes penales...la aceptación por parte de los ciudadanos de las leyes penales implicaría su aceptación de los principios morales en los cuales se basan, y dado este ejercicio de la autonomía de las personas, estaríamos liberados de demostrar que además estos principios son verdaderos. El único principio que queda afuera de esta justificación basada en el consentimiento es el principio liberal mismo que establece, en contra del determinismo normativo, que el consentimiento o las decisiones de la gente deben ser tomadas seriamente como un antecedente relevante y sirven para asignar obligaciones y responsabilidades. El fundamento de este principio puede residir...en el hecho de que tácitamente lo presuponemos cuando participamos en un discurso moral en el cual argumentamos a favor en cotnra de la justificación de instituciones y acciones, ya que el discurso moral es una práctica dirigida a la libre aceptación de estándares que guén acciones y actitudes, una aceptación que implica el compromiso de actuar conforme a los estándares en cuestión; por lo que, cuando participamos sinceramente en una discusión mroal estamos implícitamente tomando en serio la posible decisión, nuestra y de otros participantes, para gobernar nuestra conducta por algunos principios morales”.<sup>754</sup>

El ejemplo que toma NINO para ejemplificar su idea del consentimiento efectivo, son los actos de participación en un proceso político mediante el voto, en tanto sea voluntario en sentido fáctico como normativo, y en tanto esto suceda verdaderamente, dice “tendríamos una conexión directa entre la justificación y la aplicación de las lyes penales, así como otras leyes, y democracia”,<sup>755</sup> porque NINO cree que la democracia es la única forma de gobierno que genera espacios de participación como expresión de consentimiento a la promulgación y aplicación de leyes, en particular, leyes penales liberales.

Otro de las formas en las que NINO ocupa su teoría del consentimiento es en la promulgación de leyes penales, pero dirigidas al sujeto activo de una conducta prohibida por un código penal mediante la imposición de una pena previamente establecida (*lex*

---

<sup>753</sup> Al respecto, véase el estudio inédito sobre NINO y su teoría de pena, IMBRISSEVIC, 2013: 21-43.

<sup>754</sup> NINO, 2008: 15.

<sup>755</sup> NINO, 2008: 16.

*previa scripta*), esto es, el sujeto consciente de la consecuencia normativa de asumir una obligación o responsabilidad que él prevé como cierta, y por ende, su consentimiento justifica la efectivación de la consecuencia jurídica de una forma que tal vez el individuo no haya previsto.<sup>756</sup> Por supuesto, no todas las conductas por más que estén previamente prohibidas (tipificadas) son justificables, por ejemplo, la manifestación de ideas políticas, sobre la base del consentimiento del ofensor, por tanto la ley debe ser justa “los actos que tienda a prevenir deben ser incorrectos y deben ser actos que la gente no tenga derecho a realizar; la pena prescrita no debe ser degradante y debe involucrar males que sean menos nefastos que los actos que la ley intenta prevenir”,<sup>757</sup> lo que conlleva a NINO analizar detalladamente la corriente retributiva o utilitarista de la pena<sup>758</sup> y no propiamente rechazándola en su totalidad ya que “...si creemos que la concepción de la pena como algo que es justo en sí mismo, independientemente de sus consecuencias, es una alternativa inaceptable...cuando despedamos definitivamente a Kant y Hegel...no vaya a ser cosa que, por tomarnos desprevenidos, luego de haberles dicho adiós, tengamos que recurrir nuevamente a los servicios de esos grandes señores”.<sup>759</sup> Para entender esta advertencia, Nino busca esclarecer los límites del Estado al momento de imponer un castigo,<sup>760</sup> para lo cual presenta los siguientes argumentos como base de su posicionamiento sobre la pena:

*a.* Uno debe conceder que la mera existencia de algún consenso moral no es por sí misma una buena razón para su aplicación a través de la ley. De este modo, el reclamo de que el derecho debería aplicar la “moral” debe ser interpretado como refiriéndose a una “moral crítica válida”.

*b.* Interpretado de este modo, el reclamo resulta analítico. Afirma que para un sistema jurídico sea justificable de acuerdo con cualquier moral crítica debe aplicar los principios de dicha moral crítica. Nadie negaría deliberadamente esta tautología. Por lo tanto, resulta absurdo afirmar que la ley no debería aplicar estándares morales o que debería ser neutral respecto de ellos. Seguramente los utilitaristas no afirmarían esto; ellos aceptan implícitamente que se debería aplicar el contenido de lo que se consideran como una moral crítica válida. Ello en tanto afirman que un acto es inmoral

---

<sup>756</sup> NINO, 2008: 17.

<sup>757</sup> NINO, 2008: 17-18.

<sup>758</sup> Sobre la discusión moral de las teorías de la pena, véanse esencialmente, RABOSI, 1976: 26-38; SCANLON, 2004: 305-309; BETEGON, 1992: 14-18; ZACZYK, 2010: 20-60; FALCÓN Y TELLA/FALCÓN Y TELLA, 2005: 33-80. FEIJÓO SANCHÉZ, 2007: 60-120, 233-315; HART, 1963; DEVLIN, 1965.

<sup>759</sup> NINO, 2008d: 46.

<sup>760</sup> Mucho de los argumentos debatidos por NINO deviene a los trabajos de HART y DEVLIN.

cuando resulta dañoso para terceros y el hecho de que un acto sea dañoso (es decir, inmoral) es una razón relevante, aunque no necesariamente conclusiva, para hacer de ese acto un delito.

c. Si existe un desacuerdo entre un utilitarista y otro acerca de la prohibición legal de actos tales como el incesto o la homosexualidad, ¿en qué consiste ese desacuerdo sino en una confrontación entre dos sistemas morales diferentes? Se trata no de una discusión acerca de si la ley debería aplicar algún sistema moral sino acerca de qué sistema moral debería ser aplicado. Lo que no resulta posible es admitir simultáneamente que actos tales como el incesto o la homosexualidad son efectivamente inmorales y negar que su inmoralidad resulte relevante a los efectos de determinar si debieran ser considerados crímenes. De este modo, la afirmación de que sólo los actos dañosos debieran ser penados sólo puede ser razonablemente sostenida por un partidario de una moral utilitarista.

d. Puede ocurrir que el asunto no resulte claro por la naturaleza de los ejemplos dados. Resulta improbable que personas que, aunque no son utilitaristas, objetan la punibilidad de actos tales como las relaciones sexuales homosexuales o el incesto, realmente considerarían que tales actos contravienen una moral crítica válida; probablemente pensarían, en cambio, que aquellos actos son una desviación de meras costumbres sociales o manifestaciones de una condición patológica. Sea ello así o no, el asunto podría resultar mucho más claro si hiciéramos referencia a otros casos cuya inmoralidad resulta menos controvertida. Consideremos, por ejemplo, la posibilidad de que existiera un acto de racismo no dañoso. Un utilitarista coherente seguramente se aferraría a sus principios y sostendría que incluso esos actos no resultan inmorales y que, por lo tanto, no deberían estar prohibidos por la ley; sin embargo, muchas personas se resistirían a la conclusión de que actos racistas no dañosos no son inmorales; si así fuera, deberían estar preparados para aceptar que las leyes tendrían, en principio, que prohibir esos actos”.<sup>761</sup>

De esta manera, el primer paso para la justificación moral de un sistema jurídico es indispensable implementar estándares morales válidos de cualquier naturaleza y no solamente de forma analítica, ya que las leyes con sus respectivas penas y por otro lado, los actos a los que las penas se relacionan son cuestiones independientes que permiten ser evaluados por separado por un sistema moral, esto es, “la moralidad o la necesidad moral de la penalización de un acto no puede ser derivada de la inmoralidad del acto mismo, excepto por la interposición de un principio moral a tal efecto”.<sup>762</sup> Por consiguiente, resulta comprensible la negativa a permitir que el sistema jurídico interfiera en determinados actos inmorales por sí, sino que dependerá de la persuasión formulada para distinguir, de entre

---

<sup>761</sup> NINO, 2008d: 49-50.

<sup>762</sup> NINO, 2008d: 51.

los diferentes tipos de actos inmorales, cuál realmente debe ser sancionado, por ejemplo, la relación homosexual en sí misma no logra tener una aceptación para ser sancionada, en cambio, el que teniendo conocimiento de estar infectado y tiene la intención de contagiar a otro, esa conducta si denota un pleno convencimiento para imponer una sanción, esto es, el delito de contagio, o bien, la posesión con fines de consumo de estupefaciente por un sujeto que es adicto tampoco debiera ser punible, pero sí en cambio, el que se dedica a la venta, transito, cultivo, suministro (aún gratuito) de estupefacientes y psicotrópicos, o el caso de una mujer que a las pocas semanas (antes de la doceava), decide abortar y no así, cuando decide hacerlo a los siete meses de embarazo, o la manifestación pacifica de ideas por un determinado grupo de personas en contra de las políticas de un gobierno, y no así la permisibilidad de que con motivo de esa manifestación con uso de violencia agredan a los otros ciudadanos y destruyan propiedad ajena o cometan saqueos a negocios. Esta forma de diferenciar conductas en las que el Estado no solo deba considerarlas punibles, sino que llega a tener la obligación de hacerlo, en aras de salvaguardar determinados bienes de gran relevancia para su protección, como sería la libertad, la autodeterminación, la intimidad, la propiedad, etcétera. Esta forma análisis de casos para determinar si procede o no la implementación legislativa de una norma que sancione determinada conducta, precede al estudio del “principio de daño” o “protección del bien jurídico”.<sup>763</sup> Esta argumentación elaborada por NINO para justificar moralementne el castigo es acorde el principio de daño de la tradición anglosajona<sup>764</sup> en la que realizó gran parte de sus estudios penales bajo la dirección de HART, pero que independientemente del postulado teorico, se cumple el principio de la *ultima ratio* del *ius puniendi* por parte del Estado ante la criminalización de determinadas conductas, y fundamentalmente, de no sancionar conductas por meras cualidades de personalidad del agente,<sup>765</sup> porque un Estado no debería adoptar ideales de

---

<sup>763</sup> Para profundizar sobre los últimos derroteros sobre estas dos corrientes doctrinales de protección de determinados bienes, cfr. HEFENDHEL, 2007.

<sup>764</sup> Cfr. desde una visión del derecho penal internacional comparando los sistemas anglosajon y continental, BERNAL DEL CASTILLO, 2011: 63-90.

<sup>765</sup> Cfr. HUSAK, 2013. El propio NINO, 2008d: 52-53, presenta una serie de argumentos tendientes a la limitación del ejercicio del poder punitivo del Estado: “Casi todos los sistemas morales, incluyendo a muchos de los utilitaristas, admiten dos tipos de juicios morales. Uno de ellos evalúa las acciones de acuerdo a si contravienen o no las reglas que prohíben generar cierto estado de cosas; deciden si una acción es correcta o incorrecta, sólo sobre la base de sus propiedades y sus consecuencias e independiente de la personalidad de su agente. El otro tipo evalúa las acciones teniendo en cuenta su peso respecto de las cualidades de la personalidad d agente. Los juicios de este segundo tipo deciden si las acciones del agente (que pueden o no causar un daño a terceros) son autodegrantes, es decir, si la realización de aquellas acciones permite la

excelencia humana y discriminar entre las personas en virtud de su valor moral y calidad de su *modus vivendi*, sino más bien, acorde con el valor propio de sus acciones que atentan o controviene los bienes protegidos por un gobierno democrático, tal y como se refleja en nuestro sistema jurídico constitucional establecido en los artículos 1º, 14, tercer párrafo, 18, segundo párrafo y 22, primer párrafo,<sup>766</sup> de donde se desprende la diferenciación entre un derecho penal de autor y de acto:

---

atribución al agente de un defecto de carácter moral. Obviamente, este tipo de juicio tiene en cuenta ciertos ideales de excelencia humana. Podría ser el caso de que una acción moralmente incorrecta no fuera considerada degradante del agente sólo porque su motivo ulterior satisface un ideal subyacente de excelencia humana. En sentido inverso, podemos elogiar a un hombre por una acción supererogatoria que eraliza en un alto grado un ideal personal a pesar de que, o precisamente, porque dicha acción no estaba prescrita por estándares morales. De este modo, los juicios morales de esta dimensión no se encuentran restringidos a la verificación de que algún acto vulnera ciertos estándares morales; estos juicios determinan si aquellos actos degradan tanto al agente que no alcanza algún ideal mínimo de excelencia humana. Evidentemente, es en relación con este segundo tipo de juicio moral que resulta esencial la pregunta acerca de las intenciones del agente, sus motivos y sus rasgos psicológicos; el grado en que una acción moralmente incorrecta degrada al agente en relación con cierto ideal de una buena persona depende de si la acción fue o no intencional, cuáles fueron los motivos para realizarla y qué conexión tiene con su constitución psicológica.

Una moral utilitarista no excluye necesariamente los juicios morales acerca de la relación de ciertas acciones con las cualidades de la personalidad del agente. Su peculiaridad sería que esos juicios deberán estar limitados a las acciones que involucran un daño a terceros; pero es confiable que un utilitarista pudiera concentrar el foco en el grado en que una acción dañosa involucra una degradación de su agente. Como contraste, cuando un sistema moral condena acciones que no dañan a terceros (y además prohíbe actos dañosos) da lugar a situaciones en las que *solamente* resultan relevantes los juicios morales del segundo tipo. El único sentido de disponer de estándares que proscriben acciones no dañosas es prevenir la degradación del agente producto de la realización de dichos actos y su fracaso en alcanzar un ideal de excelencia humana.”

<sup>766</sup> Este criterio tiene respaldo por nuestro máximo tribunal constitucional, al haber emitido la jurisprudencia 1a./J. 21/2014 (10a.), correspondiente a la Décima Época, por la Primera Sala, bajo el rubro y texto siguiente: “DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 1o., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO). A fin de determinar por qué el paradigma del derecho penal del acto encuentra protección en nuestro orden jurídico, es necesario ubicar aquellos preceptos constitucionales que protegen los valores de los que tal modelo se nutre. Para ello, en primer lugar, es imprescindible referir al artículo 1o. constitucional, pues como ha sostenido esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, la dignidad humana por él protegida es la condición y base de todos los derechos humanos. Además, al proteger la autonomía de la persona, rechaza cualquier modelo de Estado autoritario que permita proscribir ideologías o forzar modelos de excelencia humana a través del uso del poder punitivo. Por ende, el derecho penal no puede sancionar la ausencia de determinadas cualidades o la personalidad, porque está limitado a juzgar actos. Afirmación que necesariamente debe ser enlazada con el principio de legalidad, protegido por el artículo 14, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Esta disposición es la que revela, del modo más claro y literal posible, que el derecho penal únicamente puede prohibir la comisión de conductas específicas (no la personalidad); es decir, sólo aquel acto prohibido por una norma penal, clara y explícita, puede dar lugar a una sanción. Por otro lado, también debe considerarse el actual contenido del segundo párrafo del artículo 18 constitucional. El abandono del término "readaptación" y su sustitución por el de "reinserción", a partir de la reforma constitucional de junio de 2008, prueba que la pena adquiere nuevas connotaciones. El hecho de que la Constitución haya eliminado la posibilidad de que el sistema penal opere bajo la premisa de que alguien es desadaptado, fundamenta la

“DERECHO PENAL DEL AUTOR Y DERECHO PENAL DEL ACTO. RASGOS CARACTERIZADORES Y DIFERENCIAS. De la interpretación sistemática de los artículos 1o., 14, tercer párrafo, 18, segundo párrafo, y 22, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se concluye que nuestro orden jurídico se decanta por el paradigma conocido como "derecho penal del acto" y rechaza a su opuesto, el "derecho penal del autor". Entender las implicaciones de ello, requiere identificar sus rasgos caracterizadores y compararlos entre sí. El modelo del autor asume que las características personales del inculpaado son un factor que se debe considerar para justificar la imposición de la pena. Al sujeto activo del delito (que en esta teoría suele ser llamado delincuente) puede adscribirse la categoría de persona desviada, enferma, desadaptada, ignorante, entre otros calificativos. Esta categorización no es gratuita: cumple la función de impactar en la imposición, el aumento o el decremento de la pena; incluso permite castigar al sujeto por sus cualidades morales, su personalidad o su comportamiento precedente frente a la sociedad. Así, la pena suele concebirse como un tratamiento que pretende curar, rehabilitar, reeducar, sanar, normalizar o modificar coactivamente la identidad del sujeto; también como un medio que pretende corregir al individuo "peligroso" o "patológico", bajo el argumento de que ello redundará en su beneficio. Por ello, el cuántum está en función del grado de disfuncionalidad que se percibe en el individuo. Ese modelo se basa en la falaz premisa de que existe una asociación lógico-necesaria entre el "delincuente" y el delito, para asumir que quien ha delinquirido probablemente lo hará en el futuro, como si la personalidad "peligrosa" o "conflictiva" fuera connatural a quien ha cometido un acto contrario a la ley. Además, el derecho penal de autor asume que el Estado -actuando a través de sus órganos- está legitimado para castigar la ausencia de determinadas cualidades o virtudes en la persona (o, por lo menos, utilizarla en su perjuicio). En cambio, el derecho penal del acto no justifica la imposición de la pena en una idea rehabilitadora, ni busca el arrepentimiento del infractor; lo asume como un sujeto de derechos y, en esa medida, presupone que puede y debe hacerse responsable por sus actos. Por ello, la forma en que el individuo lidia en términos personales con su responsabilidad penal, queda fuera del ámbito sancionador del Estado.<sup>767</sup>

---

convicción de que nuestro sistema se decanta por un derecho penal sancionador de delitos, no de personalidades. Así, el abandono del término "delincuente" también exhibe la intención del constituyente permanente de eliminar cualquier vestigio de un "derecho penal de autor", permisivo de la estigmatización de quien ha cometido un delito. Esta conclusión se enlaza con la prohibición de penas inusitadas contenida en el artículo 22, primer párrafo, constitucional, la cual reafirma la prohibición de que cualquier consideración vinculada con etiquetas a la personalidad tenga incidencia en la punición”.

Tesis de jurisprudencia 21/2014 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha cinco de marzo de dos mil catorce.

<sup>767</sup> Jurisprudencia 1a./J. 19/2014 (10a.), correspondiente a la Décima Época, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión privada de 26 de febrero de 2014, y publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, visible en la página: 374.

Existe un amplio estudio doctrinal sobre esta diferenciación de autor y de acto, véase por todos GÓMEZ MARTÍN, 2007 y ARMANZA ARMANZA, 2013.

Estos elementos esbozados de la visión liberal sobre la justificación moral del castigo en NINO, corresponde ahora adentrarnos de manera muy esquemática sobre las violaciones de derechos humanos y su propuesta de una justicia retroactiva. Para lo cual, recurre a la siguiente pregunta “¿Es moralmente permisible, o aún más, obligatorio para una sociedad, a través de sus representantes, publicar, reconocer, perseguir, y eventualmente castigar las violaciones de derechos humanos ejecutadas desde el Estado?”<sup>768</sup> Para contextualizar su visión sobre lo que implica una pregunta así, NINO recurre a los estudios de Hanna ARENDT en su libro *La condición humana*, de donde se desprende un sentimiento de impotencia por explicar por qué la justicia retroactiva es tan poco aplicada y, más en casos de violaciones de derechos humanos cometidas por agentes del Estado y la respuesta más próxima sobre los fines que justifican el castigo son casi imposible de conseguir en tales circunstancias, por ende, la retribución intenta justificar la justicia retroactiva por imponer su equivalente a los perpetradores de estos derechos humanos violentados.

“Como afirmé en mi análisis del caso argentino, las víctimas de la represión, los grupos de derechos humanos cercanos a las víctimas y los que representaban a los autores adoptaron una visión retributiva del castigo, aunque llegaron a conclusiones opuestas. Las víctimas y los grupos de derechos humanos invocaban a Kant cuando exigían el castigo de cada individuo responsable de las atrocidades, aun cuando ello acercara a la sociedad al borde de la disolución. Los autores sostenían que debían ser aclamados, dado que sus actos estaban moralmente justificados o, más aún, que eran obligatorios. Ambos lados miraban hacia el pasado más que hacia el futuro al mensurar la cantidad de maldad así como al calificar la responsabilidad de las personas que realizaron tales acciones. Ambos rechazaban la noción de castigo como un mero medio para obtener un bien social mayor”.<sup>769</sup>

Es interesante como NINO rescata esquemas kantianos de la pena para coformar su base argumentativa a favor de la pena retributiva, en el sentido de que es justo el mal sea respondido con otro mal, porque una teoría deontológica conlleva no “dudar que es nuestro deber penar hasta el último ilícito, cualquiera sean las consecuencias y aun cuando resultara

---

<sup>768</sup> NINO, 2006a: 201.

<sup>769</sup> NINO, 2006a: 202.

que, por acontecimientos ajenos a nuestra voluntad, no pudiésemos penar a ninguno”,<sup>770</sup> esto es, centrar la atención en la acción y no en los resultados, en tanto se cumplan tres exigencias del retributivismo: a) debe presuponer una conducta mala o negativa; b) debe además ser un acto culpable o responsable; y c) debe ser proporcional la pena al acto castigado. Si se cumplen estas tres exigencias, piensa NINO que se puede satisfacer una serie de intuiciones acerca de cuándo es justo sancionar, de ahí la comprensión en la función de los legisladores sea graduar el margen de punibilidad acorde con el comportamiento a sancionar, es decir, en delitos graves y no graves, intencionales o imprudentes, etcétera.<sup>771</sup> Sin embargo, lo complicado de aceptar plenamente la visión retribucionista es en la suma de un mal con otro mal se tenga como resultado un bien, por lo que finalmente NINO duda de la aceptabilidad retribucionista,<sup>772</sup> por estar ligadas a una concepción perfeccionista de la sociedad y del derecho y, por el simple hecho de pensar en que el agente sea solamente moralmente culpable atentaría al principio de la autonomía personal, ampliamente defendido por el, sino que toda pretensión de imponer una pena debe ser neutral respecto de la valoración del carácter moral del agente y no operar sobre la base de juicios acerca de si un acto es o no moralmente autodegradante. Por su parte, RABOSI, entiende el castigo como una práctica social en el sentido de una actividad estructurada por un conjunto de reglas, normas o pautas de las que resultan qué clases de acciones son consideradas ofensas.<sup>773</sup>

En cambio la posición para justificar preventivamente la pena como lo intenta el corriente utilitarista deviene con tres exigencias: a) la pena debe ser un medio eficaz para prevenir males en la sociedad a futuro; b) la pena debe ser necesaria, en el entendido que al ser la pena un mal, no existe otro medio alternativo más económico que tenga por lo menos

---

<sup>770</sup> NINO, 2013, p. 172.

<sup>771</sup> Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, 2013 y DIÉZ RIPOLLÉS, 2003.

<sup>772</sup> NINO, 2013: 175, sobre esta falta de aceptabilidad, agrega otro argumento importante “...si desarrollamos la concepción retribucionista a fondo, parece bastante claro que el mal tiene que ser tipo moral – independientemente de que, por obvias razones, tiene que estar reconocido por el derecho- y la culpabilidad del agente también tiene que serlo. Si no fuera así, la concepción retribucionista se convertiría en una justificación en blanco de cualquier sistema jurídico positivo. Es decir, con que un sistema de derecho califique un acto como delito es suficiente: ese sistema mismo estará moralmente justificado para establecer un castigo para ese acto. Cualquier sistema jurídico está habilitado moralmente para reprimir cualquier otro. Y esta parece una posición demasiado contraintuitiva. Es lo que se llama, en filosofía del derecho, positivismo ideológico: basta que haya un orden jurídico eficaz para que su contenido tenga una especie de aval moral.

<sup>773</sup> Cfr. 1976: 55.



el mismo grado de eficacia y, c) el perjuicio o el mal evitado por la pena debe ser mayor o al menos igual que el perjuicio o el mal afligido.<sup>774</sup> Estas exigencias le dan matiz a las propuestas de una prevención general y prevención especial para la imposición de una pena, pero finalmente no contiene una justificación en sí misma de la distribución de bienes y males, y además se pierde de vista las advertencias de RAWLS y NOZICK al no tomar en cuenta la separabilidad de las personas “Toma a la sociedad como un todo compacto y no importa cómo estén distribuidos los bienes o los males dentro de ese todo, con tal que el bienestar general o global aumente. Pero obviamente tiene importancia si aumenta gracias a que se hace un sacrificio, equitativo o no. Entonces *el problema fundamental de la justificación utilitarista es la falta de un principio de distribución*”.<sup>775</sup>

Por consiguiente, NINO intenta defender su teoría principialista como base de la idea de la retribución mediante el principio de autonomía personal consagra el valor de la libre adopción individual de ideales de excelencia humana y sus respectivos planes de vida. En el caso del principio de inviolabilidad de la persona, impide la restricción al principio de autonomía de cualquier individuo por la simple razón de ampliar a su vez la autonomía de terceras personas. Por el último, el principio de la dignidad de la persona consagra la igualdad a ser tratados de acuerdo con sus decisiones, intenciones y expresiones de consentimiento y que estos pueden ser tomados como antecedentes de obligaciones y responsabilidades y pérdidas de derechos.<sup>776</sup> Estos principios pueden ser un referente en defensa del retributivismo como visión del castigo porque, “La retribución respeta la autonomía porque permite que los planes de vida de diversos individuos se encuentren libres de interferencias en la medida en que esos planes no interfieran con los de otras personas. La retribución también respeta la inviolabilidad de la persona al no usarla como un mero medio para fines sociales. Finalmente, la retribución es respetuosa del valor de la

---

<sup>774</sup> NINO, 2013: 177.

<sup>775</sup> NINO, 2013: 184.

<sup>776</sup> NINO, 2006a: 202. “...el principio de autonomía determina los bienes que son el contenido de los derechos, el principio de inviolabilidad de la persona establece las barreras de protección de los intereses de los individuos contra intereses de grupos o de entidades supraindividuales, y el principio de dignidad permite que el consentimiento individual limite los derechos que, de otra manera surgirían de los dos principios nuevos”.

dignidad humana dado que la decisión de castigar se basa enteramente en las acciones de quien es castigado”.<sup>777</sup>

Finalmente, cree NINO que la solvencia a un posicionamiento a favor del retributivismo está en el concepto de culpabilidad y no propiamente en el del castigo, porque con éste se evitan consecuencias no queridas de las teorías preventivas del castigo, por ejemplo, sancionar a un inocente. Este presupuesto tendrá congruencia en tanto la culpabilidad dependa de la intención del sujeto<sup>778</sup> para cometer una determinada conducta que la ley dispone (de manera justa) con una visión objetiva sobre los tipos de conducta que debe buscar prevenir a través del castigo y con total respeto a los derechos humanos básicos.<sup>779</sup> Por ende, su teoría del consentimiento habrá de justificar el castigo porque el agente consciente en asumir su responsabilidad penal por un delito cometido voluntariamente, más allá de su actitud hacia la aplicación concreta de tal responsabilidad.<sup>780</sup>

NINO está convencido que la implementación de juicios por crímenes de gran trascendencia en materia de derechos humanos evita la venganza privada y confirma el Estado de derecho, mediante la justicia retroactiva, esto es, “los juicios promueven la deliberación pública en una forma única. La deliberación pública contrarresta las tendencias autoritarias que han llevado, y continúan

---

<sup>777</sup> NINO, 2006a: 202.

<sup>778</sup> Véase al respecto el primer capítulo.

<sup>779</sup> NINO, 2006a: 204-205. “En un extremadamente sucinto resumen de ese análisis sugeriré que, en primer término, la culpa puede tener una dimensión manipulativa pragmática en la medida en que su expresión pueda disuadir a otros de cometer acciones similares en el futuro dado que ellos pueden querer evitar el dolor y la incomodidad que la culpa normalmente supone. Obviamente esta dimensión de la culpa no presupone la falsedad del determinismo descriptivo, sino que se basa en cambio en la relación causal entre culpar a alguien y la motivación de las personas para actuar. En segundo término, la culpa puede tener una dimensión reactiva dado que su expresión puede constituir una reacción emocional a ciertos actos. Culpar a alguien por una acción malvada es expresar una actitud reactiva del tipo de las analizadas por Peter Strawson. Esta dimensión reactiva de la culpa no requiere falsificar el determinismo, dado que, como Strawson afirma, la culpa no se suspende sólo porque la intención que es el objeto de la culpa haya sido causada por ciertos hechos.

Tercero, la culpa supone un aspecto descriptivo que trata la conexión entre la persona y su acción. Es esta tercera dimensión descriptiva de la culpa que interesa al teórico retributivista. A diferencia de alguien que justifica el castigo sobre bases prevencionistas, el retributivista no está interesado en la dimensión manipulativa de la culpa. Tampoco se basa en el aspecto reactivo de la culpa asociado con el castigo dado que insiste en que la diferencia entre el castigo retributivo y la venganza descansa en el hecho de que el castigo no es una dimensión descriptiva de la culpa dado que éste es el único aspecto restante que hace inteligible al castigo en términos retributivistas.

La culpa describe la relación entre cierta conducta y la intención, decisión o elección de un individuo. No necesita asumir el hecho de que la intención, decisión o elección no esté determinada (en el sentido descriptivo) por factores diferentes que otras intenciones, decisiones o elecciones”.

<sup>780</sup> NINO, 2006a: 211.

llevando, a un debilitamiento del sistema democrático y a la comisión de violaciones masivas de derechos humanos. Toda deliberación pública tiene este efecto, pero aún más cuando el objeto de la discusión pública son esas mismas tendencias autoritarias. El dar a conocer la verdad a través de los juicios alimenta la discusión pública y genera una conciencia colectiva y un proceso de autoexamen...El contraste entre la legalidad de los juicios y la forma en que actuaron los imputados es advertido en forma prominente en la discusión pública y contribuye en mayor medida a la apreciación colectiva del Estado de Derecho. La discusión pública también sirve como válvula de escape para las emociones de las víctimas y promueve la solidaridad pública, la que, a su vez, contribuye a la recuperación del autorrespeto a las víctimas. Por supuesto que junto con las mencionadas ventajas de la justicia retroactiva se encuentran las obvias desventajas que deben ser tenidas en cuenta bajo una visión prevencionista del castigo. Los juicios pueden hacer correr un serio riesgo a la estabilidad del sistema democrático; pueden provocar nuevas violaciones a los derechos humanos; y pueden dar lugar a amargura y a hostilidad social que debiliten la fraternidad necesaria para consolidar el sistema democrático. Más aún, los juicios mismos pueden ofender algunos principios inherentes del Estado de Derecho como los principios que prohíben el castigo sin ley penal previa o tribunales especiales. Por lo tanto, el espíritu de legalidad que emana de la imparcialidad en la que los juicios conducen y de la exposición pública de las atrocidades, puede ser anulado si la legalidad de los juicios mismos es seriamente cuestionado”.<sup>781</sup>

#### **a) Caso el Halconazo.**

El proceso de deliberación pública resulta ser la mejor opción para lograr un equilibrio entre las ventajas y desventajas de juicios por violaciones a los derechos humanos y con ello evitar el elitismo epistémico moral que propugnan los relativistas. Algo que lamentablemente no sucedió en México con el proceso en contra de Luis Echeverría Álvarez por los crímenes cometidos el 10 de junio de 1972, al ordenar a un grupo de elementos del Estado (“*Los Halcones*”)<sup>782</sup> a violentar los derechos humanos básicos de todos los individuos que ese día se reunieron para manifestarse pacíficamente en contra de las políticas del gobierno de ese entonces y, que todo el tiempo quedo en un proceso sin trascendencia social en pro de las víctimas o que haya generado una conciencia social sobre los motivos que llevaron la comisión de estos crímenes, por ende, un proceso penal sin

---

<sup>781</sup> NINO, 2006a: 214. De manera también crítico a una justicia correctiva, ACKERMAN, 1995: 82-83.

<sup>782</sup> Cfr. PÉREZ DAZA, 2012: 489-529.

procesos de deliberación pública será algo intrascendente para la justicia y por todo, para las víctimas y sus familiares. Pero ahondemos en el intento del gobierno mexicano por haber iniciado una serie de investigaciones por los hechos cometidos hace más de cuarenta años en contra de la población civil.

A finales de 1999, la CNDH realizó diversas investigaciones con motivo de denuncias presentadas por miembros de la sociedad civil, por hechos acaecidos en el pasado, lo que generó que esta institución de derechos humanos, abriera un programa especial, denominado *Programa Especial sobre Presuntos Desaparecidos*, cuyo resultado fue la emisión de un “*Informe especial sobre las quejas en materia de desapariciones forzadas ocurridas en la década de los 70 y principios de los 80, México, 27 de noviembre de 2001*”, en el cual se destaca a continuación lo siguiente:

*“...de los 532 expedientes de queja sobre desapariciones forzadas de personas durante la década de los 70 y principios de los años 80 del siglo XX, cuyas evidencias obtenidas durante su tramitación permitieron a esta Comisión Nacional emitir un pronunciamiento, de acuerdo con los principios de valoración de las pruebas, tales como los de la lógica, la experiencia, así como el de la legalidad que la llevaron a concluir que en 275 casos a las personas reportadas como desaparecidas se les conculcaron sus derechos a la seguridad jurídica, a la libertad e integridad personal y a la adecuada defensa, previstas en los artículos 1º, 11, 14, 16, 20 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual se traduce en una trasgresión a su derecho a la libertad, a la seguridad e integridad de su persona, a la igualdad ante la ley, a la justicia, a la circulación y residencia, a la protección contra la detención arbitraria, así como al proceso regular, protegidos en los artículos 1, 5, 7, 8.1, 11.1 y 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2.1, 3, 5, 7.9, 11.1 y 13.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; I, II, VIII, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y 9.1 y 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.*

Derivado de esta investigación, la CNDH emitió la Recomendación 26/2001, en la cual se solicitó al titular del Poder Ejecutivo Federal, lo siguiente:

*“VII. RECOMENDACIONES.- PRIMERA. Se asuma el compromiso ético y político por parte del gobierno federal que usted encabeza, en el sentido de orientar el desempeño institucional en el marco del respeto de los derechos humanos que reconoce y garantiza el orden jurídico mexicano y*

*evitar por todos los medios legales que sucesos como los ocurridos en la década de los 70 y principios de los 80 del siglo XX se puedan repetir. SEGUNDA. Se sirva girar instrucciones al Procurador General de la República a efecto de que se designe un fiscal especial, con el fin de que se haga cargo de la investigación y persecución, en su caso, de los delitos que puedan desprenderse de los hechos a que se refiere esta Recomendación; en caso de resultar procedente, ponga en consideración de las autoridades judiciales competentes los resultados de las indagatorias, y en su oportunidad se dé cuenta a esta Comisión Nacional de las acciones realizadas”.*

Dicha recomendación fue aceptada por el entonces Presidente de la República Vicente Fox Quesada, por ser un asunto de trascendencia nacional, toda vez que nuestro país responde a una serie de compromisos internacionales en materia de protección de los derechos humanos, motivo por el cual, el Ejecutivo Federal buscó alternativas jurídicas para atender las demandas de la sociedad mexicana, respecto del esclarecimiento acontecidos el 10 de junio de 1971 y dar a conocer la verdad de lo ocurrido; así las cosas, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 27 de noviembre de 2001, el “*Acuerdo por el que se disponen diversas medidas para la procuración de justicia por delitos cometidos contra personas vinculadas con movimientos sociales y políticos del pasado*”, en el que se dispusieron diversas medidas para la procuración de justicia, tales como la facultad a favor del Procurador General de la República para designar un Fiscal Especial (Agente del Ministerio Público Federal), y un exhorto a dicho Procurador para que, por invitación, conforme un Comité de Apoyo para que el Fiscal Especial reciba el apoyo necesario para recabar los elementos históricos, sociales, políticos, jurídicos y demás elementos que requiera para el debido cumplimiento de sus funciones, así como todo el apoyo de la Secretaría de la Defensa Nacional, para que le sea proporcionada la información indispensable para el esclarecimiento de los hechos, materia de investigación.

A su vez, el Procurador General de la República, en ejercicio de la atribución otorgada en el art. 14, cuarto párrafo, de la entonces vigente Ley Orgánica de la PGR, mediante Acuerdo A/001/02, de fecha 4 de enero de 2002, designó al Licenciado Ignacio Carrillo Prieto, como Fiscal Especial, creando así la *Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado (FEMOSPP)*, para la atención de hechos probablemente constitutivos de delitos federales cometidos, directa o indirectamente, por servidores públicos, en contra

de personas vinculadas con movimientos sociales y políticos del pasado, durante las décadas de los 60, 70 y 80, la cual funcionó durante más de cuatro años y, el 18 de noviembre del año 2006, hizo público su informe.

“Por lo que hace a la organización de los Halcones como grupo paramilitar y su intervención el 10 de junio de 1971 en lo que se conoce como *matanza de Corpus Christi*, se integró la averiguación previa PGR/FEMOSPP/011/2002, también analizada en tres fases: primero, el resurgimiento del movimiento estudiantil a partir de la disolución del Consejo Nacional de Huelga y la creación del CoCo.; segundo, la decisión del Estado de crear y capacitar un grupo paramilitar, conocido como *Los Halcones*, para el control de la disidencia social, y tercero, el recrudecimiento de la guerra sucia y el paso a la lucha de guerrillas”.<sup>783</sup>

Para dar cabal cumplimiento al cargo que le fue conferido, el titular de la FEMOSPP presentó un Plan de Trabajo,<sup>784</sup> que fue hecho del conocimiento de la opinión pública el 20 de marzo del 2002, el cual recibió el apoyo de ciudadanos de reconocido prestigio público y de experiencia en la promoción y defensa de los derechos humanos, vinculado a crímenes cometidos en el pasado, en el cual se expresa lo siguiente:

*“El Plan de Trabajo se desarrolla alrededor de 3 ejes, que contienen 5 programas a los que responden 64 acciones: PRIMERO.- EL JURÍDICO MINISTERIAL el cual comprende al conjunto de acciones que permitan investigar e integrar las averiguaciones previas, ejercer la facultad de atracción y sostener la acción penal ante los tribunales federales. En ese tenor, el conjunto de conocimientos periciales actuales y los recursos tecnológicos necesarios para la investigación criminalística se ponen al servicio de este programa, acudiendo a los centros de investigación nacionales y del extranjero, tanto de instituciones encargadas de la procuración y administración de justicia como de las académicas y especializadas SEGUNDO.- Lo constituye el de INVESTIGACIÓN DOCUMENTAL E HISTÓRICA, cuyas acciones contemplan la integración de equipos interdisciplinarios de investigación documental, bibliográfica y hemerográfica, con el propósito final de esclarecer los hechos y dejar constancia de las verdades históricas que concurren en la perpetración de los ilícitos que se investigan. Alrededor de este eje se articulan procesos de comunicación social provechosa y oportuna. En todo caso, es preciso solicitar la colaboración de entidades académicas, organismos gubernamentales y organizaciones no gubernamentales y de mecanismos de intercambio internacional de información y experiencias*

---

<sup>783</sup> NERI GUAJARDO, 2009: 332-333.

<sup>784</sup> Para ahondar sobre las investigaciones de la FEMOSPP, véase las posturas de GARCÍA MORALES, 2005: 221-238.

análogas. El proceso de consulta de archivos, expedientes y otros elementos documentales públicos y privados, traduce la necesidad de esclarecimiento histórico que es exigencia social que no admite diferimiento ni encuentra contradicción con las medidas ministeriales del Fiscal Especial. TERCERO.- Lo constituye el eje de COOPERACIÓN, PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y VINCULACIÓN INSTITUCIONAL, alrededor del cual operan la coadyuvancia de los ofendidos y de los familiares de las víctimas para acreditar del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de los inculcados y la colaboración y participación de organismos públicos y organizaciones no gubernamentales, nacionales e internacionales. Ha sido preciso instrumentar medios de recepción de información y atención ciudadana en el territorio nacional mediante la implementación de direcciones de correo electrónico, enlaces vía Internet a través de la página de la Procuraduría General de la República y cualquier otro medio que permita la comunicación directa del Fiscal Especial y sus colaboradores con la sociedad, destacando las Oficinas Alternas del Fiscal Especial en diversas entidades del país, las cuales acercan la atención a la ciudadanía y sirven para recabar testimonios y observaciones de los denunciantes, ofendidos, familiares y de la sociedad y sus organizaciones. El eje jurídico ministerial se divide en tres programas. El Programa Jurídico Ministerial «A» fue creado para dar cumplimiento a la Recomendación 26/2001 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y otras denuncias relacionadas. El Programa Jurídico Ministerial «B» fue creado para dar cumplimiento a la Resolución dictada dentro del Juicio de Amparo en Revisión 968/98 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para el esclarecimiento de los hechos ocurridos con motivo de la represión por fuerzas gubernamentales del movimiento estudiantil y popular que se desarrolló entre julio y octubre de 1968 así como de la agresión en contra de los integrantes de la manifestación estudiantil y popular del 10 de junio de 1971 acaecida en la capital de la República. El Programa Jurídico Ministerial «C» se creó para la recepción, análisis y trámite de denuncias o querrelas distintas a las consideradas en los programas ministeriales ya descritos<sup>785</sup> (...) Los principales sectores de la

---

<sup>785</sup> Derivado de estos elementos la autoridad ministerial integro diversas investigaciones entre las que destacan:

- a) PGR/FEMOSPP/007/2002, iniciada por los hechos ocurridos en estado de Puebla con motivo del homicidio de Joel Arriaga Navarro en 1972 así como los acontecidos el 1 de mayo de 1973 en los cuales fallecieron diversos estudiantes en la azotea del edificio Carolino de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.
- b) PGR/FEMOSPP/015/2002, relativa a los homicidios de 665 presuntos militantes y simpatizantes del Partido de la Revolución Democrática (PRD) ocurridos en 22 estados de la República entre 1988 y 2001, iniciada con motivo de la denuncia presentada por Rosario Robles Berlanga, Presidenta del Comité Ejecutivo Nacional de dicho organismo político.
- c) PGR/FEMOSPP/016/2002, iniciada con motivo de la denuncia interpuesta por María de la Luz Núñez Ramos, ex Presidenta Municipal de Atoyac de Álvarez, estado de Guerrero, en relación con los hechos ocurridos el 28 de junio de 1995 en el Vado de Aguas Blancas, sucesos en los que perdieron la vida 17 personas que se trasladaban a dicha cabecera municipal para manifestarse.
- d) PGR/FEMOSPP/018/2002 se inició con motivo de la denuncia presentada por hechos acaecidos en la Universidad Autónoma de Nayarit entre 1978 y 1979, en que resultaron muertas diversas personas.

sociedad que han mantenido viva la demanda de saber lo que pasó y la exigencia de que se castigue a los culpables han sido los directamente agraviados, los familiares de los desaparecidos –que a su vez se han convertido en las principales víctimas-, y los organismos defensores de los derechos humanos. Al concluir esta investigación se constata que el régimen autoritario, a los más altos niveles de mando, impidió, criminalizó y combatió a diversos sectores de la población que se organizaron para exigir mayor participación democrática en las decisiones que les afectaban, y de aquellos que quisieron poner coto al autoritarismo, al patrimonialismo, a las estructuras de mediación y a la opresión. El combate que el régimen autoritario emprendió en contra de estos grupos nacionales –que se organizaron en los movimientos estudiantiles, y en la insurgencia popular- se salió del marco legal e incurrió en crímenes de lesa humanidad y violaciones al Derecho Humanitario Internacional, que culminaron en masacres, desapariciones forzadas, tortura sistemática, y genocidio, al intentar destruir a este sector de la sociedad al que consideró ideológicamente como su enemigo. Al efecto, se utilizaron a las instituciones del Estado, pervirtiendo a las mismas. El Informe aporta pruebas de tales crímenes, por lo que no se incurre en falta de objetividad si este trabajo, al presentar la sevicia que se tuvo en contra de quienes se atrevieron a pagar el precio de lograr una sociedad más justa con su sufrimiento, su libertad y su vida, uniéndose al duelo de los que murieron, de los que siguen desaparecidos, así como de sus familiares y de sus compañeros, haciendo votos para que esto no vuelva a suceder<sup>786</sup>.

A lo largo de todas las investigaciones practicadas durante más de cinco años, la Fiscalía Especial consideró que contaba con pruebas para acreditar la muerte de Ricardo Bernal Ballesteros, acontecida el 10 de junio de 1971, al encontrarse en la manifestación estudiantil ubicada en la Calzada México Tacuba, tal y como aparece en el Informe emitido por la Fiscalía, en la página 204, que a continuación se cita:

*“Conforme a reportes de la Dirección Federal de Seguridad fueron once muertos: Jorge Callejas Contreras, (22 años); Artemio Vargas Muñoz, (17 años); Raúl Juárez García, (17 años); José Jorge Vargas Beverly; Ricardo Bernal Ballesteros, (17 años); Raúl Argüelles Méndez, (20 años); Martín Edmundo del Campo, (20 años); José Moreno Rendón, (20 años); José Leobardo Reséndiz*

- 
- e) PGR/FEMOSPP/025/2002, se integra a raíz de la denuncia presentada por el Secretario General de Gobierno del estado de Sinaloa en la Oficina Alterna del Fiscal Especial en Culiacán, en relación a diversos homicidios de estudiantes ocurridos en la Universidad Autónoma de Sinaloa.
  - f) PGR/FEMOSPP/036/2002, en la cual se recibieron 6 denuncias sobre los hechos ocurridos el 23 de octubre de 1975 en el municipio de San Ignacio Río Muerto, Sonora, en los que perdieron la vida 7 campesinos.

<sup>786</sup> Cfr. Informe Histórico a la Sociedad Mexicana, 2006, emitido por la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado, pp. 4-6.



*Martínez, (28 años); Ignacio Cabrera Romero, (18 años); Miguel Ángel Mejía González, (14 años)”.*

Cabe mencionar que, de las investigaciones realizadas por la Fiscalía Especial, hubo más de 300 heridos (página 207), entre los cuales también se encontraron miembros del propio grupo de los “Halcones”, quienes llevaron a cabo diversos disparos en un contexto de confusión y agresiones entre todas las personas presentes en ese momento (páginas 207-208), señalándose en el informe la confusión inclusive generó un enfrentamiento entre integrantes del propio grupo de los “Halcones”, como se aprecia de la siguiente cita:

*“En el tumulto y la confusión iniciales, los ‘Halcones’ se agredieron entre sí y complicaron el manejo de la operación que tenían encomendada en su conjunto. De una de las bocacalles que desemboca a la Calzada México-Tacuba salió un grupo de jóvenes y súbitamente se trenzó a golpes con otro que se desplazaba en otra dirección. Chocaron duramente hasta que el altavoz de un tanque antimotines advirtió: ‘No se peguen son los mismos.’ Y la refriega se detuvo”, (páginas 195 y 196).*

Lo anterior demuestra que aún y cuando se comprobó la muerte de Ricardo Bernal Ballesteros, no se señaló en todo el informe de la Fiscalía Especial quien o quienes habrían propiciado su muerte, o bien, si su deceso se debió a una falta de atención médica.

Ahora bien, el criterio vertido por la Fiscalía Especial respecto a la probable existencia del delito de genocidio, respecto del cual ejercito la acción penal, no tenía correspondencia con la realidad, tal y como lo manifestó la Magistrada del Quinto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, toda vez que no se cumplieron los elementos previstos en el art. II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1948, así como el diverso art. 149bis del CPF, que a la letra indican:

*Artículo II “...cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo. b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo”,*

*Artículo 149-Bis.- Comete el delito de genocidio el que con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrare por cualquier medio... ”.*

Lo anterior, muestra que la FEMOSSP equívocamente consideró que los hechos acaecidos el 10 de junio de 1971, debían ser considerados como actos de genocidio, ya que se basó en lo siguiente:

*“En 1971 el problema de protesta estudiantil es nuevamente controlado por las acciones de quienes tenían poder para tomar decisiones de Estado. La creación, sostenimiento, entrenamiento y utilización de un grupo paramilitar, con capacidad letal de maniobra, permite trazar, nuevamente la decisión política de aniquilar el grupo nacional opositor en contra de quien se quiere actuar... Su objetivo: Destruir total o parcialmente el grupo nacional de estudiantes, disidentes del control del Estado. Su meta: matar, golpear, herir, sacar de los hospitales y rematar gente herida. Su táctica: Engañar a la población de que se trata de un problema interno al estudiantado y poder así criminalizar a la víctima”, (página 501)*

Sin embargo, esta apreciación no guarda concordancia con los elementos del genocidio, esto es, que se trate de acciones intencionales tendientes a destruir, total o parcialmente, un grupo nacional; porque no se acredita, en ningún momento, del Informe de la Fiscalía Especial, quienes integraban el grupo nacional opositor y, por otro lado, no es posible atribuir responsabilidad penal por el delito de genocidio respecto de un acontecimiento aislado, ya que no hubo acciones sistemáticas e intencionales después del 10 de junio de 1971. Por tanto, el Fiscal Especial señaló en su Informe que, ante hechos como los acontecidos se debían salvaguardar los siguientes derechos:

- a) El derecho de los familiares de conocer la suerte actual o final del desaparecido y, en su caso, de que se le reintegren sus restos.
- b) El derecho de la sociedad a conocer lo que sucedió.
- c) El derecho a la reparación del daño.
- d) El derecho a la reparación del honor de quienes dieron su vida por la justicia.

En este orden de ideas y, una vez integrada la averiguación previa, el 22 de julio de 2004, el Agente del Ministerio Público de la Federación adscrito a la oficina del fiscal

especial para la atención de hechos probablemente constitutivos de delitos federales, cometidos directa o indirectamente por servidores públicos, ejerció acción penal en contra de personas vinculadas con movimientos sociales y políticos del pasado, como probables responsables de la comisión del delito de genocidio, previsto en el art. 149 bis del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, vigente en el año de 1971, mismo que turnado al Juez Segundo de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal, quien mediante acuerdo de veintitrés de julio de dos mil cuatro, radicó el asunto, registrándose con el número 114/2004.

Posteriormente, en proveído de 24 de julio de 2004, el Juez de Distrito del conocimiento, determinó declarar extinguida la acción penal respecto del delito de genocidio, a favor de los inculcados, decretando el sobreseimiento de la causa penal. Esta determinación jurisdiccional, propició que el Ministerio Público de la Federación y el adscrito al juzgado de referencia, conforme a derecho, se inconformaran por esta determinación, por lo que interpusieron recurso de apelación, mediante sendos escritos presentados el veintiséis y veintisiete de julio de dos mil cuatro.

Una vez interpuesto este recurso por la autoridad ministerial, se emitió el acuerdo del 27 de julio de 2004, en el cual, el Juez de Distrito del conocimiento, tuvo por admitidos dichos recursos en el efecto devolutivo; y en consecuencia, ordenó remitir los autos al Tribunal Unitario del Primer Circuito en turno, en diverso acuerdo de 29 del mes y año de referencia. Posteriormente, remitidos los autos de la causa penal, en las oficinas de instancia del Poder Judicial de la Federación, correspondió conocer al Quinto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, quien mediante acuerdo de 6 de agosto de 2004, ordenó registrar el toca penal con el número 415/2004, con la finalidad de realizar el estudio correspondiente a los alegados por parte del Ministerio Público de la Federación.

Motivo por lo cual, la autoridad de alzada, señaló las diez horas con quince minutos del día 18 de agosto de 2004, para que se verificara la audiencia de vista, en la que el Ministerio Público de la Federación, comisionado en la oficina del fiscal especial para la

atención de hechos probablemente constitutivos de delitos federales cometidos directa o indirectamente por servidores públicos en contra de personas vinculadas con movimientos sociales y políticos del pasado, y mediante escrito presentado el dieciocho de ese mismo mes y año, formuló agravios, adhiriéndose a los mismos el agente del Ministerio Público de la Federación adscrito al Quinto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, tal y como lo manifestó en el escrito presentado en la fecha antedicha.

Realizada la audiencia pública y, estando pendiente el dictado de la resolución respectiva, el titular de la PGR, mediante oficio PGR/672/2004 presentado, el 25 de agosto de 2004, en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, solicitó que la Primera Sala ejerciera la facultad de atracción, para conocer del recurso de apelación de mérito, en términos de lo dispuesto por los arts. 105, fracción III, de la CPEUM; 10, fracción XI, 21, fracción I, 25, fracción V y 141, tercer párrafo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, por considerar que el asunto ameritaba que la máxima autoridad de jurisdiccional de nuestro país, se pronunciara sobre el mismo.

Por lo anterior, la Primera Sala de la SCJN, con fecha 13 de octubre de 2004, resolvió ejercer la facultad de atracción para conocer de los recursos de apelación interpuestos por los agentes del Ministerio Público de la Federación, considerando lo siguiente:

*“...esta Primera Sala estima que, una vez analizado por este Alto Tribunal lo que constituye la materia del presente recurso, delimitada anteriormente, lo procedente es reservar jurisdicción al tribunal unitario de circuito de origen, a saber, el Quinto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, para que en ejercicio de sus atribuciones se pronuncie... Así pues, en virtud de que el Juez de Distrito de la causa, en atención a la forma en que resolvió, no estudio los requisitos que, para el libramiento de las órdenes de aprehensión solicitadas, se encuentran previstos en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente los relativos al cuerpo del delito y la probable responsabilidad de los inculcados, es necesario que el tribunal unitario anotado estudie los mismos, únicamente respecto de los inculcados \*\*\* y \*\*\*, toda vez que se ha considerado, en la presente resolución, que, por lo que hace a ellos, no ha prescrito la acción penal respecto del delito de genocidio que se les imputa y,*

*por lo mismo, ha quedado pendiente el estudio relativo a si debe girárseles la orden de aprehensión solicitada, inicialmente, por la autoridad ministerial”.*

Por lo que considero procedente resolver:

*“PRIMERO.- En lo que es materia competencia de esta Primera Sala como Tribunal de Apelación extraordinaria, se modifica el auto impugnado dictado por el Juez Segundo de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal, en el proceso penal 114/2004-I. SEGUNDO.- Se declara que no ha prescrito la acción penal respecto del delito de GENOCIDIO, únicamente por lo que hace a los inculpados \*\*\* Y \*\*\*, en términos de lo establecido en el considerando SÉPTIMO de la presente resolución. TERCERO.- Se declara extinguida la acción penal respecto del delito de GENOCIDIO, a favor de los inculpados \*\*\*”. CUARTO.- Devuélvanse los autos al Quinto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, tribunal de origen, para los efectos señalados en el considerando OCTAVO de la presente resolución”.*

En acatamiento de este fallo emitido por la Primera Sala, la Magistrada del Quinto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, determinó resolver lo siguiente:

*“El Quinto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, integrado por los Magistrados Rosa Guadalupe Malvina Carmona Roig, María Eugenia Estela Martínez Cardiel y Manuel Bárcena Villanueva, al resolver el recurso de revisión 132/2007 interpuesto por el Agente del Ministerio Público de la Federación y el quejoso Luis Echeverría Álvarez contra la sentencia dictada por el Tercer Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, confirmó la resolución impugnada en la que se consideró que la acción penal no había prescrito, que se acreditó el cuerpo del delito de genocidio, no así la probable responsabilidad de Luis Echeverría Álvarez en su comisión”<sup>787</sup>.*

Asimismo, el juez Décimo Quinto de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal, negó las órdenes de aprehensión, por considerar que no se comprobaron los elementos del delito genocidio. Lo que motivó el recurso de apelación y el asunto pasó al Segundo Tribunal Unitario. Antes de que éste resolviera, el 11 de noviembre de 2005, la fiscalía solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación atraer el caso. Dos meses después, por

---

<sup>787</sup> Nota informativa DGCS/NI: 02/2009, de fecha 25 de marzo de 2009

tres votos contra dos, la Primera Sala del máximo Tribunal rechazó la solicitud y el caso pasó a quedar bajo la jurisdicción del Tribunal Unitario.

El entonces titular del Tribunal Unitario, concedió la orden de aprehensión el 30 de junio de 2006, sólo contra Luis Echeverría Álvarez. Su argumento fue que por haber gozado de fuero constitucional como Secretario de Gobernación y Presidente de la República, el delito aún estaba vigente en su contra. Para el 8 de julio de 2006 el Juez Décimo Quinto de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal sobreseyó la causa penal al considerar que el delito sí había prescrito. La fiscalía apeló esa determinación y logró que el Segundo Tribunal Unitario ordenara la formal prisión domiciliaria de Echeverría.

Por último, la defensa apeló y el 12 de junio de 2007 el Tercer Tribunal Unitario en materia penal en el Distrito Federal, resolvió que a pesar de haber existido genocidio, Luis Echeverría Álvarez no era culpable, por lo que le concedió el amparo contra el encarcelamiento domiciliar. La parte acusadora se inconformó, pero el Quinto Tribunal Colegiado ratificó su exculpación el 26 de junio de 2007.

En este orden de ideas, es evidente que los sucesos acaecidos el 10 de junio de 1971, denominado “El Halconazo”, no corresponde con la descripción jurídica del delito de genocidio, toda vez que no existieron las condiciones que exigen la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y el art. 149bis del CPF, como se ha mencionado, pero lo que permanece presente son las flagrantes violaciones a los derechos humanos cometidas por las autoridades mexicanas en contra de la población civil, tal y como lo ha señalado la Comisión para el Esclarecimiento Histórico<sup>788</sup> para los crímenes cometidos en Guatemala, al distinguir entre actos genocidas y políticas genocidas: “Existe una política genocida cuando el objetivo final de las acciones es el exterminio del grupo, en todo o en parte. Existen actos genocidas cuando el objetivo final no es el exterminio, sino otros fines políticos, económicos, militares o de cualquier otra índole, pero los medios que se utilizan para alcanzar ese objetivo final contemplan el exterminio total o parcial del grupo”

---

<sup>788</sup> Citado por CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, (2007), p. 403, notal al pie de página número 3.

## **b) Estudio de caso de democracia deliberativa: La consulta popular.**

Uno de los mejores ejemplos que deviene de los estudios por una democracia deliberativa es la consulta popular, la cual forma parte de los mecanismos de democracia directa,<sup>789</sup> siendo esta última una forma de democracia en la cual el poder es ejercido directamente por el pueblo en una asamblea, lo cual ha generado que muchos países detentores de democracias representativas (democracia indirecta), coexisten con formas limitadas de democracia directa, que en términos generales son las siguientes:

a) La iniciativa popular consiste en la posibilidad, prevista en la Constitución, de que las personas puedan presentar iniciativas de ley, sin ser representantes populares en sus respectivos congresos, las cuales deberán estar avaladas por una cantidad de firmas, para que puedan ser tomadas en cuenta por su respectiva cámara legislativa. Las iniciativas pueden versar sobre asuntos públicos, reforma de leyes ley e inclusive una enmienda constitucional.

La iniciativa puede ser directa o indirecta. Si es directa, la presentación de la iniciativa desemboca en un referéndum para aprobarla o rechazarla. En el caso de las iniciativas indirectas, la petición es tomada en consideración por el legislativo, quien decide si se convoca o no el correspondiente referendo.

---

<sup>789</sup> Para Nino, 2007i: 205, la democracia directa no cree que sea "...epistemológicamente inferior a la representativa en las cuestiones morales básicas, en las que se trata de elegir entre principios, que...pueden tener consecuencias fácticas; creo que en lo que hace a las cuestiones valorativas fundamentales todos los adultos normales están en condiciones relativamente similares para discernirlas, sobre todo a través de un proceso de discusión amplia en el que se vuelca la información necesaria y se pueden detectar los errores de razonamiento. Finalmente, pienso que es cierto que para decidir las cuestiones éticas derivadas y las cuestiones técnicas puede faltarle a la gente la información y principalmente el tiempo suficiente, y que por lo tanto es necesario delegar en otros la continuación de la discusión moral sobre la base de los principios acordados en forma directa a través de su elección; pero hay que ser conscientes de que este paso hacia la democracia representativa, si bien puede ser necesario para evitar un empobrecimiento inaceptable del conocimiento requerido, es un sucedáneo imperfecto de la democracia directa (así como ésta lo es de la discusión moral libre), ya que implica un retroceso en la satisfacción de la exigencia de imparcialidad, dado el principio mencionado de que naie es mejor juez de sus intereses que uno mismo".

b) El referéndum es el procedimiento jurídico por el que se someten al voto popular leyes o actos administrativos cuya ratificación por el pueblo se propone y constituye el mecanismo de democracia semidirecta por antonomasia, ya que mediante este mecanismo los ciudadanos ejercen el derecho de sufragio para decidir acerca de una propuesta de resolución mediante la expresión de su acuerdo o desacuerdo. El resultado puede ser obligatorio (vinculante) o no obligatorio (consultivo, en cuyo caso se aproxima mucho a la figura del plebiscito). Su obligatoriedad puede basarse en el coste político que supondría no obedecerlo y no en una obligación legal, además de que solo es posible en algunos países y sobre algunos temas, y un cierto tamaño del electorado participante muchas veces es también un requisito previo.

c) La revocatoria da al pueblo el derecho de destituir de su cargo a los funcionarios electos antes de finalizar su mandato.

d) Las consultas populares o sufragios populares son deliberaciones públicas tomadas por la población, como cuerpo electoral y cuerpo de legislación, para la toma de decisiones de forma directa sobre algo sometido a su voluntad. Existen distintos tipos de consultas, tales como las siguientes:

- Decisión de la votación, acerca de los electos, regulada por la constitución y las leyes que determina el sistema electoral.
- Decisión de la iniciativa legislativa, acerca de un proyecto de ley.
- Decisión de una petición, acerca de una solicitud.
- Decisión de un plebiscito, acerca de una propuesta o una controversia política.
- Decisión de la revocatoria del mandato (también conocido como referendum revocatorio), acerca de un funcionario electo.
- Decisión del referéndum, acerca de una propuesta de ley específica.

e) Plebiscito de *plebi* (la plebe, plebeyos, pueblo) y *scito* del latín (tener en cuenta). En este caso el pronunciamiento popular no constituye una expresión de la voluntad general o



popular, sino un instrumento de legitimación de un poder personal de corte autocrático por lo que se considera una categoría independiente.

Estas modalidades de participación de la ciudadanía en los cambios de la Constitución generan a decir de COLÓN-RÍOS “diferentes concepciones acerca de lo que constituye un cambio constitucional fundamental, los derechos y las instituciones –independientemente de la forma que estos asuman-, que son necesarios para el ejercicio mismo del poder constituyente, presentan un caso especial. Esos derechos e instituciones son necesarios para la existencia misma de la democracia, pues son constitutivos de la habilidad de los ciudadanos para deliberar y modificar cualquier aspecto del orden constitucional. En este sentido, solamente deberían poder ser alterados o abolidos mediante el ejercicio del poder constituyente del pueblo: solo los ciudadanos podrían privarse a sí mismos de su soberanía”.<sup>790</sup>

Para tener mejor comprensión del alcance ocupacional que ha logrado alcanzar este mecanismo de democracia deliberativa con las consultas populares, resulta oportuno mostrarlo dentro del marco del derecho comparado, toda vez que estas formas de democracia directa no reciben un tratamiento legislativo uniforme en cada país y, en muchas ocasiones, la forma en que son reguladas ocasiona confusiones entre ellas. Por ejemplo, se le puede comenzar regulando como referéndum y, por su desarrollo, puede parecer una iniciativa popular o un plebiscito. Además, como se trata de instrumentos directamente relacionados con la vida política de un país, adquieren características específicas según el contexto nacional de que se trate. Para tal efecto, se anexa al presente trabajo un cuadro comparativo sobre la forma en que varios países europeos y latinoamericanos regulan estas instituciones.

Es importante insistir en que, dadas las diferencias de grado y alcance en las previsiones constitucionales, los mecanismos de democracia directa no pueden ser catalogados unívocamente en una sola categoría y, por consiguiente, es probable encontrar casos que

---

<sup>790</sup> Cfr. 2013: 146.

pueden caer en más de una de las categorías desarrolladas. Sin embargo, esta semejanza se empieza a dilucidar si prestamos más atención en los efectos concretos sobre la vida del Estado o país en donde tienen lugar, primeramente se verá la situación en América Latina.

El mecanismo más regulado a nivel constitucional en América Latina es el referéndum y, por consiguiente, en las Constituciones correspondientes se desarrollan los detalles sobre el procedimiento y los requisitos de este mecanismo. Asimismo, se advierte que existen similitudes y hasta confusiones entre el referéndum con el plebiscito, debido a que se trata de votaciones populares en las que la ciudadanía adopta, directamente, decisiones que conciernen a la vida del Estado. Sin embargo, la doctrina se ha decantado por establecer una distinción basada en la diferencia de materias entre el referéndum y el plebiscito, atribuyendo al primero contenido normativo y al segundo un contenido político .

En ese sentido, la diversidad terminológica existente sobre los diferentes mecanismos de democracia directa en los textos constitucionales de los países latinoamericanos genera confusión y, con frecuencia, se utilizan en las constituciones latinoamericanas el término plebiscito y referéndum como sinonimos. Los ordenamientos constitucionales de los países que han introducido procesos de participación de los ciudadanos en la vida política también se han inclinado a favor del mecanismo del referéndum cuando se ha tratado de abrir cauces a la participación popular en la toma de decisiones del Estado; aunque, en algunos casos, tras dicha expresión se ocultan plebiscitos.

Por otra parte, la importancia del referendum en los distintos sistemas normativos se desprende de que éstos prevén en sus Constituciones mecanismos de democracia directa que inciden en la modificación de sus Constituciones.

En ese sentido tratándose de reforma constitucional podemos constatar la existencia del referéndum, mediante el cual se incorpora a la ciudadanía en las reformas constitucionales, ya sea para ratificar una iniciativa o para proponerla. Sólo en algunos casos se prevé la iniciativa popular para la reforma constitucional, como lo son Uruguay, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Bolivia y Perú, toda vez que surge la alternativa para que los sectores

minoritarios puedan presentar reformas constitucionales, pero en la mayoría de los casos se trata de reformas orientadas a ratificar las decisiones de los gobiernos.

Sobre este punto, ZOVATTO en su trabajo *“Las instituciones de la democracia directa a nivel nacional en América Latina”*, constata que la intención de utilizar los mecanismos de democracia directa por los gobiernos latinoamericanos ha sido con el objeto de legitimar reformas institucionales, más que entregar un tipo de poder que sea efectivo a favor de la ciudadanía.

Por otra parte, en la mayoría de las constituciones latinoamericanas las consultas populares facultativas, las materias a consultar están determinadas en la constitución o determinadas por exclusión. Por ejemplo, Argentina excluye las materias de rango constitucional y Ecuador la materia penal y las iniciativas exclusivas del Presidente de la República; Paraguay excluye las relaciones internacionales, los tratados, convenios o acuerdos internacionales, las expropiaciones, la defensa nacional, cuestiones relativas a sistemas tributarios monetarios y bancario, el Presupuesto General de la Nación.

Ahora bien, el tema del carácter vinculante de estos mecanismos tiene una particular relevancia, debido a que supone la ponderación de las posibles consecuencias por parte de los órganos constitucionales del Estado. Actualmente, la experiencia tampoco indica que los mecanismos de democracia directa hayan tenido, en la mayoría de los casos, el impacto deseado en cuanto a mejorar la representación o la participación de la ciudadanía, ni que hayan coadyuvado a disminuir el descontento con la política y los partidos, actuando más bien como canales de expresión. En Ecuador, por ejemplo, puede incluso considerarse negativo para la estabilidad política, debido a que las consultas no vinculantes, sin instrumentación posterior, no contribuyeron a disminuir la ingobernabilidad del país.

Asimismo, se puede observar que las consultas populares aún y cuando están previstas en las Constituciones latinoamericanas no han sido prácticamente utilizadas. Tal es el caso de Argentina que, después de la institucionalización con la reforma constitucional de 1994, en la que se previó la iniciativa popular de leyes y de las consultas públicas, transcurrido el tiempo desde su institucionalización, han sido poco utilizadas.

También existen precedentes de la consulta popular en países europeos y anglosajones ya que la utilización de los mecanismos en comento no se plantea en oposición con los que emplea la democracia representativa (indirecta), sino que, más bien, se establece una relación de complementariedad con las estructuras y procesos políticos ya existentes. Por ejemplo, en las dos democracias parlamentarias de tipo británico, Canadá y Gran Bretaña, el uso del plebiscito sirvió para poner en paréntesis el juego partidista normal o para buscar soluciones a cuestiones de índole regional. El procedimiento parece haber tenido efectos positivos para la toma de decisiones públicas en el caso de Gran Bretaña, mientras que en Canadá confirmó el impasse en el cual se encontraba, en esos momentos, la clase política para solucionar problemas de delicada resolución.

Por ejemplo, en Estados Unidos, el uso de numerosos instrumentos de consulta directa está vinculado a la debilidad de las legislaturas y sistemas de partidos estatales. En Francia, la reintroducción de esos mecanismos, con el advenimiento de la Quinta República y su uso relativamente frecuente, parece estar ligado al destino de una figura política y a su voluntad de superar los obstáculos que le ponía el sistema de partidos. Finalmente, en el caso suizo no se puede entender el uso frecuente del referéndum y de la iniciativa popular sin ponerlos en relación con el funcionamiento de un sistema de partidos que tiende a fomentar el consenso político.

El incremento de la participación ciudadana en la democracia directa no está garantizado. Por lo general, en los estados de Estados Unidos, donde se recurre frecuentemente a la consulta directa, la participación es ligeramente inferior a la que se registra en las elecciones que, de por sí, no es muy elevada. Por otro lado, se sabe que los ciudadanos suizos se quejan de estar sometidos a consultas con demasiada frecuencia.

Por otro lado, el argumento según el cual la democracia directa debilita a las instituciones representativas puede ser utilizado tanto en favor como en contra de los mecanismos de consulta directa. En efecto, la mera posibilidad de recurrir a tales

procedimientos puede constituir un incentivo para mejorar los procesos legislativos de la democracia representativa.

En esta discusión resulta fundamental tomar en consideración las particularidades de los sistemas políticos, así como las situaciones concretas en las cuales se aplican los métodos de consulta directa. Resulta estéril oponer de manera irreconciliable la democracia representativa con la democracia directa. Más bien, hay que ver cómo el uso de ciertos mecanismos de consulta puede fortalecer la institucionalidad democrática en su conjunto.

El mejor argumento en favor del uso de mecanismos de democracia directa quizá sea el que los define como instrumentos políticos relativamente neutros, que permiten rebasar situaciones de impasse político, más allá de las opciones partidistas existentes. Pero este planteamiento conlleva, en sí, una dimensión de excepcionalidad en el uso del recurso. Aquí cabe la observación de DUVERGER, según la cual los procedimientos de la democracia directa (o semidirecta) tienen que ser evaluados en el marco global de las instituciones de la democracia representativa. En el mejor de los casos constituyen correctivos a deficiencias de funcionamiento de las instituciones de representación pero, en sí, no son garantía de una mayor calidad de la democracia.

Una vez estudiado los diversos matices de la consulta popular se han implementado con sus respectivos matices, resulta oportuno confrontarlo con el caso de México y determinar si efectivamente este mecanismo de democracia corresponde con los principios y valores éticos señalados por NINO para la consecución de una verdadera democracia deliberativa.

Lo primero que se debe destacar sobre el procedimiento de un mecanismo democrático establecido en un gobierno es en una norma fundamental, en México es la Constitución Federal, entendido como una norma, que al ser cúspide del ordenamiento jurídico y base de la organización política estatal, tiene un carácter autorreferente. Esto nos lleva a determinar que sólo puede ser el propio texto constitucional el que defina los procesos y parámetros materiales mediante los cuales se le puede limitar, restringir, modificar o suspender.

La consulta popular resulta improcedente respecto de reformas la Constitución ya que las normas que componen la Constitución Federal, no son equiparables a otras normas, sino que constituyen la fuente de todo el ordenamiento jurídico y por lo mismo su vigencia, eficacia y validez no pueden depender de ninguna determinación que sea tomada por los órganos que por ella se constituyen o que se haga fuera de los procedimientos previstos explícitamente para su suspensión, modificación o reforma (artículos 1º, 29, 73 y 135 constitucionales).

Lo anterior deriva en una reserva constitucional, que hace que cualquier modificación al contenido constitucional sólo pueda hacerse mediante el procedimiento del artículo 135 constitucional que establece una votación calificada de las dos terceras partes del Congreso de la Unión y la mayoría de las legislaturas locales, excluyendo la posibilidad de que una determinación infraconstitucional como lo es el resultado de una consulta popular, pueda traducirse en alguna modificación al texto constitucional.

En conclusión, el pretender someter a consulta el contenido actual o futuro de la Constitución Federal a efecto de que la misma sea derogada o modificada es notoriamente inconstitucional, ya que se estaría haciendo fuera del procedimiento constitucionalmente previsto para ello.

Por otra parte, la consulta popular no resulta procedente respecto de reformas al texto constitucional, ya que la misma sólo tiene efectos vinculantes para el Poder Ejecutivo y Legislativo Federales, no así, para los órganos legislativos locales. Es decir, la consulta sólo obliga a órganos federales, sin que sea posible considerar que la misma se pueda hacer extensiva a órganos legislativos locales que participan en el proceso de reforma constitucional en funciones del orden constitucional o en ejercicio de sus competencias residuales.

Máxime, que no sería posible establecer mecanismos obligar a las legislaturas locales a cumplir con lo resuelto en una consulta popular a no serles vinculante.

Tal parece haber sido la intención del Poder Constituyente Permanente al referir expresamente en su dictamen que se excluyen algunas materias de la consulta por considerar que debe corresponder su regulación de forma exclusiva al Congreso de la Unión en su carácter de órgano federal.

“En relación con los temas sobre los que pueden versar las consultas populares, se considera pertinente establecer ciertas materias en las cuales no procede este tipo de ejercicios y que se asume están reservadas, en cuanto a la capacidad de decisión, exclusivamente a la competencia de las Cámaras del Congreso de la Unión, conjuntamente o de manera exclusiva de alguna de ellas de conformidad a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. ...”<sup>791</sup>

Es decir, se entiende que la consulta popular se encuentra limitada a cuestiones propias del orden federal y por lo tanto no puede versar sobre posibles modificaciones del orden constitucional o incluso de los órdenes locales.

Se entiende entonces que la consulta popular, por su mismo diseño constitucional, no puede ser aplicada a reformas constitucionales, al no haber establecido que la misma no es vinculante para ciertos órganos que intervienen en el proceso de reforma constitucional.

Por otro lado, la consulta popular sobre una reforma constitucional sería violatoria de los artículos 133 y 135 constitucionales.

De conformidad al criterio de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, se entiende que corresponde al órgano revisor de la Constitución, en atención al principio de jerarquía constitucional, definir el ámbito temporal de validez de una reforma constitucional o incluso que la misma pueda tener efectos retroactivos y afectar expectativas de derecho o derechos adquiridos.

Por lo tanto, podemos adelantar que una reforma constitucional en su carácter de expresión soberana puede definir, sin ningún límite, su ámbito temporal, espacial, material y personal de aplicación; cuestión que a su vez permite que se modifique cualquier

---

<sup>791</sup> Dictamen de Cámara de Origen, Senado de la República, 26 de abril de 2011.

circunstancia de la vida pública del país, sin que sea posible señalar la existencia de principios jurídicos, derechos o procesos que justifiquen paralizar su vigencia o efectos.

De lo contrario, se estaría reconociendo la existencia de procesos o contenidos que pueden limitar la expresión de la soberanía del pueblo que se verifica mediante una reforma constitucional.

Un sistema político de gobierno democrático presupone el derecho de los ciudadanos a modificar cualquier arreglo constitucional previo respecto de sus instituciones políticas en caso de que las mismas resulten inaceptables. Así, una reforma a la Constitución en términos del artículo 135 constitucional, no es simplemente un cambio de ciertas instituciones por otras, sino un ajuste de los valores básicos a las circunstancias políticas y sociales o para incorporar al texto constitucional un entendimiento más amplio e inclusivo de dichos valores para remover alguna falla que sea identificada por la práctica constitucional.

En este orden de ideas, el hecho de condicionar la vigencia o aplicación de la Constitución General al resultado de una consulta popular conlleva un desconocimiento explícito de su jerarquía como norma suprema del orden jurídico en términos del artículo 133 constitucional, puesto que se le equipara a una norma ordinaria cuyo campo de aplicación se encuentra limitado por determinados procesos o contenidos ajenos a su proceso de reforma.

Así, permitir que una consulta popular modifique el texto constitucional significaría invadir esferas competenciales que corresponden al Congreso de la Unión, al Presidente de los Estados Unidos y a las legislaturas estatales en términos del artículo 135 constitucional, los cuales son los únicos que tienen competencia expresa, mediante un proceso específico, para poder determinar el ámbito de aplicación temporal y material de los contenidos que integran el texto constitucional.<sup>792</sup>

---

<sup>792</sup>REFORMAS CONSTITUCIONALES. CUANDO RESTRINGEN ALGÚN DERECHO DE LOS GOBERNADOS, LAS AUTORIDADES CONSTITUIDAS DEBEN APLICARLAS SUJETÁNDOSE AL ÁMBITO TEMPORAL DE VALIDEZ QUE EL PODER REVISOR LES FIJÓ. Como se reconoció por el



Desde nuestra perspectiva se considera que la consulta popular, tal y como se plantea a nivel constitucional, sólo permite que se someta a ratificación o rechazo popular un acto administrativo o norma que aún no entra al ordenamiento jurídico, más no la posibilidad de derogar o revocar una norma que ya lo integra. Una consulta popular no puede actuar sobre el resultado de una competencia que ya fue ejercida, sino únicamente sobre la posibilidad de un nuevo ejercicio competencial.

La función derogatoria sólo se entiende dentro de la competencia inagotable de los órganos legislativos de poder redefinir el orden jurídico de conformidad a los procesos formales dinámicos previstos en la Constitución General (artículos 72, 73, fracción III y 135). De esta forma, carece de racionalidad constitucional el pretender someter a consulta la derogación de una norma, toda vez que esta derogación se entiende que opera de manera explícita o implícita en cualquier proceso de reforma que se proponga en el futuro.

En este sentido, se entiende que las facultades de los órganos para hacer reformas a normas constitucionales o legales no pueden tener efectos de cancelación del orden jurídico existente, sino que sólo se pueden entender bajo una dinámica prospectiva, en la cual se proponga una modificación específica, inclusive si esta tiene efectos exclusivamente derogatorios o abrogatorios. .

Por otra parte, la Constitución General sólo puede ser reformada o adicionada de conformidad al procedimiento previsto en el artículo 135, razón por la cual se entiende que el resultado de una consulta popular no tiene efectos derogatorios sobre lo ya aprobado y mucho menos, que esto signifique que se genere una obligación de los órganos que integran al Constituyente para acatar dicha determinación.

---

Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis...: "RETROACTIVIDAD DE LA LEY, PRECEPTOS CONSTITUCIONALES NO SON IMPUGNABLES POR.", el Poder Revisor de la Const puede imprimir a una reforma constitucional el ámbito temporal de validez que estime conveniente e, incluso, puede darle efectos retroactivos. En tal virtud, si de la interpretación de la reforma a un precepto constitucional, mediante la cual se restringe algún derecho de los gobernados, se advierte que fue voluntad de la expresión soberana fijarle un específico ámbito temporal de validez, las autoridades constituidas deben someterse a esa voluntad, con independencia de que ello implique afectar derechos adquiridos o, en el extremo contrario, respetar meras expectativas de derecho, que a juicio del referido poder, deben preservarse; todo ello, en aras de respetar el principio de supremacía constitucional..

Las normas que componen la Constitución Federal, no son equiparables a otras normas, sino que constituyen la fuente de todo el ordenamiento jurídico y por lo mismo su vigencia, eficacia y validez no pueden depender de ninguna determinación que sea tomada por los órganos que por ella se constituyen. Por consiguiente, la consulta no puede tener efectos vinculantes para el Congreso de la Unión. No existen medios a efecto de obligar a cumplir con el resultado de la consulta.

El artículo 35, fracción VIII de la Constitución, establece que la consulta popular se da sobre temas de trascendencia nacional. Sin embargo, la consulta no sustituye el procedimiento legislativo y las normas sólo pueden revocarse bajo el mismo procedimiento por virtud del cual fueron creadas. El inciso f) del artículo 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala que para la derogación de leyes o decretos se deben observar “los mismos trámites establecidos que para su formación”. En paralelo, se entiende que es necesario seguir el mismo procedimiento previsto en el artículo 135 constitucional a efecto de hacer alguna modificación al texto constitucional.

Ahora bien, en el procedimiento legislativo existe el principio de libertad de voto de cada diputado federal o local y de los senadores, que constituyen la base de la democracia representativa a que se refiere los artículos 40 y 41 de la Constitución. El voto libre no puede violarse porque de manera ambigua se diga en la Constitución que el resultado de la consulta popular es vinculante para el Poder Ejecutivo y Legislativo Federales, ya que del propio texto constitucional se advierte que no existe ningún mecanismo para hacer efectivo el resultado de la consulta.

Es decir, la norma que establece la vinculación del resultado de la consulta es una norma imperfecta, ya que no existe un mecanismo constitucional para imponerla en contra de la voluntad de los integrantes del Poder Legislativo, menos aún, del Poder Constituyente. Es más, el artículo 61 de la propia Constitución establece que los diputados y senadores son inviolables por las opiniones que manifiesten, más aún lo son por la emisión de su voto, que es una atribución inherente al cargo de representante popular.

En síntesis, la consulta popular no sustituye al procedimiento legislativo previsto en el artículo 72 de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por ende, no puede obligar a votar en determinado sentido una norma o su derogación, máxime que no existe mecanismo constitucional para hacer vinculante el resultado de la consulta, por lo que se trata de una norma imperfecta que no tiene aparejada ningún tipo de ejecución.

Considerar que se puede imponer el resultado de la consulta al principio de libertad de voto de los diputados y senadores, sería contrario del principio de democracia representativa, que es una de las materias vedadas por el propio artículo 35 para la consulta popular. Por tanto, la consulta no puede afectar a las normas secundarias que deriven de la reforma.

El principio de jerarquía de normas que establece el artículo 133 constitucional, es expreso en señalar que toda ley federal debe respetar lo establecido en el texto constitucional. Por lo tanto, no resulta posible someter a consulta popular la reglamentación de cuestiones que se encuentran previstas expresamente en la Constitución Federal.

En el caso concreto tenemos que el contenido mismo de la reforma constitucional fue exhaustivo en los puntos más relevantes, ya que en sus transitorios se obliga al Congreso de la Unión a regular cuando menos: cinco tipos de contratos: servicios, utilidad compartida, producción compartida, licencia o cualquier combinación de los anteriores, así como la forma en que los contratistas van a reportar para efectos contables y financieros el respectivo contrato y los beneficios económicos esperados de éste. Es importante decir que lo contenido en los artículos transitorios tiene la misma jerarquía y fuerza normativa que la Constitución, ya que provienen de la misma autoridad (poder constituyente) y del mismo procedimiento de creación de normas (dos terceras partes del Congreso de la Unión y mayoría de las legislaturas locales).

Por otra parte, las leyes secundarias encuentran un velo protector respecto de cualquier consulta popular en lo siguiente: a) en que la consulta no tiene efecto revocatorio de

normas; b) que la consulta no sustituye el procedimiento legislativo previsto en el artículo 72 constitucional; c) que no existe mecanismo para obligar a los diputados y senadores a votar una norma en determinado sentido, y, d) en que se trata de normas que reglamentan una reforma constitucional en materia de ingresos.

De lo expuesto, el procedimiento de la consulta popular si parece tener correlación con los principios elaborados por NINO en su democracia deliberativa con un perfil epistemológico.

## **2. La democracia y la Constitución basada en la justicia. ¿Equilibrio mediante acciones de inconstitucionalidad?**

Recordemos que tanto NINO como GARGARELLA y FERRERES COMELLA son los iniciadores del debate sobre “la dificultad ‘contra-mayoritaria’ y el control judicial de constitucionalidad”, consistente en 1) la menor legitimidad democrática de origen del juez constitución, 2) la rigidez de la Constitución y 3) la controvertibilidad interpretativa de la Constitución. En caso de aceptar esta dificultad contra-mayoritaria, la cuestión es responder lo siguiente ¿qué razones justificarían un papel activo de los jueces en el contexto de un Estado democrático de derecho? y ¿qué pasa con el legislador al ser sancionadas sus leyes promulgadas democráticamente?, por consiguiente, ¿qué papel trasciende la constitución en una democracia deliberativa?

GARZÓN VALDÉS sostiene que en los regímenes democráticos se requiere que el juez “cultive una firme adhesión interna a las normas básicas del sistema y, por otra, que mantenga una manifiesta imparcialidad con respecto a los conflictos de intereses que tiene que resolver”,<sup>793</sup> y esto será factible mediante un esquema de democracia deliberativa o participativa, al ser ésta un sucedáneo imperfecto de un discurso moral ideal en el cual –sin límites de tiempo, con plena información, y con la decisión de perfeccionarse en la discusión hasta alcanzar un acuerdo unánime (o mayoritario)- los miembros de la sociedad

---

<sup>793</sup> 2003: 129.

fijan las bases a partir de las cuales organizar su vida en común.<sup>794</sup> De manera similar, HABERMAS ha elaborado todo un potencial conceptual de la democracia deliberativa con su teoría del discurso, generando una gran beta de discusión que por razones del trabajo no podrá ser analizada a profundidad.<sup>795</sup>

En este sentido, considero que el mejor mecanismo con el que cuenta el Estado mexicano para controversial cualquier violación de derecho fundamental, es la acción de inconstitucionalidad, la cual a mi parecer no se contrapone fundamentalmente a la democracia, en el entendido de un régimen de deliberación pública, un régimen de autonomía o un sistema de igualdad política, y que se logrará implementar mediante reforma al artículo 105 de la CPEUM, el 5 de diciembre de 1994, y que por sí misma, fuera justificada durante el proceso legislativo tal y como lo denota la propia exposición de motivos:

“Siendo indudable que México avanza hacia una pluralidad creciente, otorgar a la representación política la posibilidad de recurrir a la Suprema Corte de Justicia para que determine la constitucionalidad de una norma aprobada por la mayoría de los congresos, significa, en esencia,

---

<sup>794</sup> En este sentido, GARGARELLA, 2008: 203.

<sup>795</sup> Sobre el particular, véase SEGOVIA, 2008: 75-77. “El punto de partida de Habermas, en su contribución a esta teoría, enlaza los presupuestos de la democracia deliberativa con las exigencias del constitucionalismo. Por lo pronto, el ordenamiento constitucional de la democracia deliberativa trata de reproducir –en la modernidad tardía que únicamente acepta una razón procedimental- aquella «norma eterna para cualquier constitución civil» que prescribiera Kant, a saber, que sólo hay una constitución que se corresponde al derecho natural de los hombres cuando lo que obedecen la ley son simultáneamente colegisladores; esto es, cuando la constitución que garantiza la autonomía particular asegura al mismo tiempo la autonomía política. Al menos así ha leído Habermas el citado pasaje de Kant. La exposición de Habermas puede tomarse como una reacción contra la política posmoderna que hace de la Constitución un objeto más de la tarea de deconstrucción; en su lugar, Habermas quiere dotarla nuevamente de poder simbólico y transformador, haciéndola instrumento de la política discursiva. Sin embargo, esta carga valorativa no viene de la constitución misma, sino de lo que Habermas pretende de ella, pues él sabe bien que es una institución bueguesa, como confesó en algún momento...El concepto de democracia constitucional, a pesar de todo, reinstala el problema como perteneciente a la evolución de la democracia como sistema político, a la democracia como instrumento de transformación de toda la sociedad. La democracia constitucional funge de instrumento que realiza las ideas modernas de autogobierno y derechos personales, de autonomía colectiva e individual, que ya no resultan contradictorias sino entrelazadas.El derecho establecido de manera positiva –es decir, sin fundamento extraño a la voluntad de los ciudadanos-, que es garante de la libertad y puede imponerse coactivamente, exige una legitimación que no puede ser otra que el reconocimiento de igual autonomía a todas las personas jurídicas, enlazando así autolegislación moral colectiva y autoconstitución ética subjetiva; por eso «no sólo una conexión histórica-contingente entre la teoría del derecho y la teoría de la democracia, sino también una conexión interna conceptual», es decir, un nexo intelectual visible entre la autolegislación popular y el *rule of law* como fuentes de legitimación del Estado democrático. Desde ahora, el derecho y la constitución se interpretan desde la democracia, a partir de la democracia, pues ésta les precede y es la piedra de toque de la inteligencia constitucional”.

hacer de la Constitución el único punto de referencia para la convivencia de todos los grupos o actores políticos. Por ello, y no siendo posible confundir a la representación mayoritaria con la constitucionalidad, las fuerzas minoritarias contarán con una vía para lograr que las normas establecidas por las mayorías se contrasten con la Constitución a fin de ser consideradas válidas”.<sup>796</sup>

Las acciones de inconstitucionalidad fueron incorporadas a la carta magna,<sup>797</sup> como un mecanismo de control abstracto de constitucionalidad, asumiendo no solo la Suprema Corte<sup>798</sup> el papel de árbitro entre órganos políticos, y también de importante delimitador de los trabajos del Poder Legislativo, al erigirse en último revisor del apego constitucional de la producción normativa,<sup>799</sup> sino, también como vehículo que permite a todos los jueces y tribunales cumplir con su doble vinculación a la Constitución y a la Ley,<sup>800</sup> tal y como lo ha señalado el Pleno de la Suprema Corte al emitir la Tesis P. LXIX/2011(9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, Diciembre de 2011, página 552, en la que esencialmente refiere los pasos en los que deberá seguir los tres niveles de autoridad judicial (federal, estatal y administrativa), esto sin generar afectación o separación alguna con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte.

---

<sup>796</sup> Esta explicación justificadora del papel mediador de la Constitución de las mayorías frente a los grupos minoritarios, no es nuevo, cabe destacar el antecedente clave para su comprensión en KELSEN quien desarrollo toda una serie de reflexiones en el que un tribunal debía cumplir una función protectora de la Constitución, particularmente, 2001.

<sup>797</sup> OROZCO GÓMEZ, 2004: 28. “La legitimación para promover la acción de inconstitucionalidad corresponde, en primer término, a las instancias legislativas, puesto que sólo procede contra una norma en sentido formal y material, es decir, contra una ley emanada del Congreso de la Unión, y por tanto no procede contra otra disposición general como pudiera ser el caso de un reglamento que no tiene el carácter formal y material de ley, puesto que deriva de la ley, la desarrolla, la detalla y no trae la incorporación innovadora de un orden jurídico nuevo”.

<sup>798</sup> La reforma constitucional al artículo 1º del 2011, en materia de derechos humanos, dio un nuevo auge a este papel de árbitro a la SCJN, derivado del caso de Rosendo Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos humanos, ha emitido diversas tesis, entre las que destaca la Tesis LXX/2011(9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, Diciembre de 2011, página 557.

<sup>799</sup> Jurisprudencia P./J. 27/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIX, mayo de 2004, página 1155.

<sup>800</sup> Aun y tratándose de derechos humanos consagrados en tratados internacionales, tal y como lo ha sostenido el Pleno de la SCJN, al emitir la Tesis Jurisprudencial P./J. 31/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, Agosto de 2011, página 870.

A diferencia de lo sucedido en la historia del derecho constitucional norteamericano, donde la ley no ha desempeñado un lugar importante que sí ha cumplido en el derecho positivo mexicano, por lo que el conflicto entre la Constitución y la ley en el contexto de una contradicción normativa (un tipo de colisión), con una clara diferenciación de rango, y por tanto, resoluble a través de la vía común de la prevalencia, asumiendo las acciones de inconstitucionalidad un papel esencial de las garantías individuales, de carácter procesal a fin de reparar el orden constitucional cuando haya sido violado o desconocido, sin que deba ser aplicado como un recurso, simplemente es una acción que se decide utilizar.<sup>801</sup> Sin embargo, en nuestro ámbito jurídico, no es solamente así, sino también como incansable polémica entre poderes.<sup>802</sup>

Al respecto RODOLFO VÁZQUEZ<sup>803</sup> ejemplifica esta problemática con el caso de la llamada “Ley Televisa” al referir: La Corte estableció que eran inconstitucionales algunos artículos de la Ley Federal de Radio y Televisión que permitían: la expansión automática, sin trámite alguno, de los concesionarios hacia las telecomunicaciones y además sin pago de contraprestación; el refrendo automático de concesiones de radio y televisión; la subasta (y no el concurso) como mecanismo para la asignación de las concesiones; y el plazo fijo de veinte años para las mismas. Lo interesante del caso es que el proyecto de reforma de Ley fue aprobado por unanimidad en la Cámara de Diputados, pasó a la Cámara de Senadores y en ésta logra la mayoría con la inconformidad de un grupo minoritario de senadores...De acuerdo con el artículo 105, la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes federales puede ejercerse, entre otros, por el 33% de los integrantes del Senado. Se alcanzó y se procedió a la acción. Contra todo lo esperado, el ministro ponente hizo público su proyecto, y en el Pleno de la Corte se decide transparentar todo el proceso: los ministros

---

<sup>801</sup> *Cfr.* Sobre el particular, véanse BELTRÁN GAOS, 2008: 35-63.

<sup>802</sup> ARAGÓN, 1998: 22. “Los jueces, en los Estados Unidos de América, como señaló bien Hamilton y ha seguido siendo así hasta hoy, ocupan una posición intermedia entre la sociedad y el Estado y, por ello, “concretan”, “adaptan”, “dan vida” a las normas constitucionales...En el modelo europeo de Estado constitucional, y por ello en el modelo europeo de justicia, la función de “concretización” y de la Constitución lo que le compete es...la “realización” de la Constitución, es decir, la aplicación no “creadora”. Sólo al intérprete político, al legislador, le cumple, en razón de su legitimación democrática y pro obra del pluralismo político, optar en cada momento por uno de entre los varios sentidos posibles de la norma constitucional”.

<sup>803</sup> 2008: 858.

reciben a las partes interesadas, escuchan expertos en la materia y debaten frente a las cámaras del canal judicial votando punto por punto en varias sesiones plenarias.

Este uno de las más de 707 acciones de inconstitucionalidad que desde 1995 a 2010, se han recibido, la gran mayoría de las cuales se refieren a la materia electoral, que ha representado cerca del 44% de los asuntos. Los ingresos públicos, por su parte, representan alrededor del 38% de los casos y el resto se refieren a otros temas.<sup>804</sup> Para ello, el procedimiento de las acciones son generadas por los partidos políticos, el procurador general de la república o los órganos de protección de derechos humanos, sin que exista una afectación directa en perjuicio de quien la presente (parte promovente),<sup>805</sup> lo cual se traduce en una mayor presencia en la escena política y participativa en la búsqueda de un ejercicio del poder público más equilibrado dentro del estado mexicano y, para lograrlo, los jueces deben intentar buscar la interpretación de las leyes que resulte más respetuosa con la Constitución antes de que la Suprema Corte genere su invalidez, por tanto, se convierten en los responsables de proyectar los valores constitucionales sobre la totalidad del ordenamiento. Por ende, advierto un doble sentido, control del legislador por la Suprema Corte y la maximizar la tutela de los intereses constitucionalmente legítimos de los particulares ante las leyes por los tribunales ordinarios,<sup>806</sup> con la declaratoria de inconstitucionalidad que produce siempre efectos generales. Por ello, comparto la visión de que este mecanismo de control judicial sirve como tutela del ciudadano frente al legislador, lo cual también reconozco que esta posición no da una respuesta definitiva, ante los diversos intereses en juego.

---

<sup>804</sup> Reseña de la sesión solemne celebrada el martes 2 de febrero de 2010, con motivo del XV aniversario de la consolidación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional, consultada el 7 de marzo de 2011, <http://www.scjn.gob.mx/Cronicas/Publicaciones%20Impresas/res-sesion-solemne.pdf>

<sup>805</sup> Al respecto consúltese, COSSÍO DÍAZ, 2006: 599-622; Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010: 73-113.

<sup>806</sup> Por su parte URÍAS, 2001: 142, explica “No tendría sentido controlar en abstracto la ley, privando a los jueces de la facultad de interpretarla del modo más constitucional; pero esto mismo tampoco se impondría sin la posibilidad de que en último término se produzca una declaración expresa de inconstitucionalidad. Así que, de las posibilidades de fusión entre ambas depende la consideración de la cuestión como mecanismo de tutela frente a leyes, de manera que el ciudadano podrá disponer de ésta en la medida en que la depuración abstracta del ordenamiento se oriente a la protección de sus derechos e intereses afectados”.



Para contextualizar mi posición sobre el control judicial de constitucionalidad en la relación del legislador y el juez en el desarrollo de los derechos fundamentales, en una democracia deliberativa lo haré mediante un caso resuelto por la Suprema Corte que, singularmente, fue declarado inconstitucional un precepto del Código Civil del Distrito Federal, pero antes de hacer tal pronunciamiento de nuestro máximo tribunal, la asamblea legislativa de esa ciudad modificó tal precepto por considerar violatorio de diversos derechos fundamentales de un recurrente al solicitar el cambio de identidad en su acta de nacimiento, por razones de transexualismo.

### **2.1. Puesta a prueba de la teoría. Un análisis de caso en una acción de inconstitucionalidad por transexualismo.**

Para centrar el debate sobre este tema, consideré viable apoyar mi argumentación hacia una fundamentación del control judicial de constitucionalidad desde el principio de autonomía que oportunamente NINO ha desarrollado a lo largo de toda su obra, con la finalidad de mostrar el desarrollo de los derechos fundamentales en la relación del legislador y el juez. Para tal objetivo, analizaré la sentencia de la Suprema Corte sobre uno de los temas por demás polémicos en materia de derechos individuales, el transexualismo, que involucra temas de dignidad, intimidad, igualdad, discriminación e identidad personal.

El 6 de febrero de 2008, se solicitó la facultad de atracción a la SCJN, para conocer del juicio de garantías que se tramitaba ante un Tribunal Colegiado del Poder Judicial de la Federación. Por lo que el Ministro COSSÍO DÍAZ decidió hacer suya la solicitud para que se examinara la posible atracción del referido amparo 755/2007. Pero no fue sino hasta en sesión de 14 de mayo de ese año, que la Primera Sala por unanimidad de cuatro votos decidieran ejercer la facultad de atracción del citado amparo, bajo el número 6/2008, y a finales de ese año se empezó a realizar el estudio en la ponencia del Ministro Sergio A. VALLS HERNÁNDEZ del asunto sobre la inconstitucionalidad del artículo 138 del Código Civil del Distrito Federal que violentaba más de un derecho fundamental, al solicitar

cambio de nombre en su acta de nacimiento del quejoso por un cambio de sexo que la persona deseaba adecuar a su estado fisiológico, que en resumen consta de lo siguiente:

La parte quejosa, vía juicio ordinario civil de rectificación de acta, ante el Juez de lo Familiar, demandó del Director del Registro Civil del Distrito Federal, la rectificación de su nombre y sexo, en virtud de habersele diagnosticado médicamente un estado intersexual denominado “pseudohermafroditismo femenino”, consecuencia de una deficiencia enzimática y virilización de órganos sexuales externos y haber sido sometida, primero, a tratamiento hormonal inducido o tratamiento de reasignación hormonal feminizante, toda vez que su aspecto físico, psicológico y social, son los de una mujer; posteriormente, se sometió a una cirugía de reasignación sexual (mil novecientos noventa y nueve), además de haber sido diagnosticado como una persona transexual, por un médico sexólogo y psicoterapeuta, al haber atravesado disforia de género, esto es, discordancia entre sus características biológicas del sexo de nacimiento y su sentido de pertenecer al género femenino; asimismo, desde que se sometió a dicha cirugía, es conocido como \*\*\*, nombre con el que se desenvuelve en su vida laboral, familiar y social, por lo que es indispensable la rectificación de su acta de nacimiento, por la evidente discordancia en su documento de identidad, que reflejan un nombre y sexo que no corresponden a su realidad social, lo que le genera una serie de problemas para acreditar su personalidad.

Por su parte, el Juez Décimo de lo Familiar en el Distrito Federal, una vez seguidos los trámites legales, dictó sentencia el 12 de junio de 2007, en la que determinó que la parte actora había probado parcialmente su acción y ordenó a la parte demandada rectificar el acta de nacimiento del actor y asentar, mediante una anotación marginal en los renglones correspondientes, como nombre, el de \*\*\* y, como sexo, el femenino; sin embargo, consideró improcedente la petición de la parte actora, relativa a que no se publicara, ni expidiera, constancia alguna que revelara la condición de su persona y se levantara una nueva acta, agregando que los alcances de su resolución eran únicamente los de ajustar el nombre y el sexo de la parte actora a su realidad jurídica y social, sin que ello implicara cambio de filiación. Por ende, el actor promovió ante el citado Juez, aclaración de sentencia, misma que se declaró improcedente. En contra de estas resoluciones (sentencia definitiva y auto aclaratorio), el hoy quejoso promovió apelaciones, de las que correspondió conocer a la Primera Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, la que resolvió los tocas 1942/2007 y 2255/2007, el 16 de octubre de 2007, en el sentido de confirmar la sentencia definitiva y modificar el auto aclaratorio. Dicha modificación consistió en afirmar que la resolución no implicaba, en modo alguno, una restricción a los derechos civiles del promovente, de conformidad con los artículos 24 y 647 del Código Civil, los cuales, al ser mayor de edad, le permiten disponer libremente de sus bienes y de su persona, añadiendo que

no había lugar a determinar la posibilidad del actor de contraer matrimonio, por ser una cuestión ajena a la *litis* y, por lo tanto, imposible de aclarar.

Contra tales sentencias de apelación, el quejoso promovió el presente amparo directo, que fue atraído por la Primera Sala de este Alto Tribunal, dada la importancia y trascendencia de la problemática en él planteada, remitiéndose posteriormente al Tribunal Pleno para su resolución; amparo en el que, como hemos señalado, se plantea, vía conceptos de violación, la inconstitucionalidad del artículo 138 del Código Civil para el Distrito Federal, por estimar el quejoso, esencialmente, que la nota marginal de la sentencia ejecutoria que concede la rectificación del nombre y el sexo, vulnera sus derechos fundamentales de igualdad, no discriminación, privacidad, salud y dignidad humana:

ARTÍCULO 138. La sentencia que cause ejecutoria se comunicará al Juez del Registro Civil y éste hará una referencia de ella al margen del acta impugnada, sea que el fallo conceda o niegue la rectificación.

En específico, tratándose de rectificación de actas, se prevé que ha lugar a pedir la rectificación en dos supuestos, a saber: por falsedad, cuando se alegue que el suceso registrado no ocurrió y por enmienda, cuando se solicite variar algún nombre u otro dato esencial que afecte el estado civil, la filiación, la nacionalidad, el sexo y la identidad de la persona.

El eje central de mis dos comentarios sobre este amparo directo, es explicar que la SCJN, advierte derechos fundamentales que están implícitamente reconocidos en la Constitución por medio del análisis de los derechos humanos (dignidad, intimidad, igualdad, discriminación, etcétera), y en segundo lugar, resaltar el correcto análisis vertido por el Ministro VALLS HERNÁNDEZ sobre lo que ha de entenderse por identidad personal frente a la identidad genética,<sup>807</sup> salvaguardando la intimidad de la persona afectada, todo esto desde la perspectiva de los derechos fundamentales, no solamente como bien jurídico individual (singular), sino también colectivamente (supraindividual),<sup>808</sup> porque el enfoque global que hoy en día se reconoce a la intimidad genética, justifica una reformulación al derecho a la intimidad, buscando armonizarlo con los nuevos intereses en juego específicamente la protección de los datos personales,<sup>809</sup> toda vez que es un riesgo el

---

<sup>807</sup> Para NICOLÁS JIMÉNEZ, 2006: 96-108, distingue hasta cuatro sujetos biológicos o niveles de identidad genética: La especie humana, El grupo étnico, La familia biológica y el Individuo.

<sup>808</sup> ROMEO CASABONA, 1996: 146.

<sup>809</sup> Desde una perspectiva del derecho europeo, véase el exhaustivo estudio de ARENAS RAMIRO, 2006.

cumulo de éstos datos para la libertad<sup>810</sup> e identidad personal,<sup>811</sup> que tiene derecho cada individuo, y por otro lado, está la posible discriminación generada por el acceso a la información genética del paciente, siendo el propio autor quien ha desarrollado un principio de no discriminación, esencialmente dirigido a salvaguardar la salud del ser humano y la de su descendencia, implicando una afectación simultánea a su esfera de la íntima o privada.<sup>812</sup> Por ello, considero de gran relieve sobre todo para salvaguardar otro bien jurídico de igual jerarquía, me refiero al derecho a la no discriminación, toda vez que existen casos en los que mediante la obtención de los datos genéticos, determinadas empresas o compañías de seguros con la finalidad de evitar costear tratamientos, padecimientos, intervenciones quirúrgicas, etcétera. Por ello resulta menester impedir a toda costa, un uso indebido de la información.<sup>813</sup> En este sentido, la intimidad genética, la identidad personal, identidad sexual, identidad de género, estado transexual y transexualidad, son conceptos que deben ser delimitados y diferenciados, tal y como el propio Ministro ponente refiere que para los fines de su estudio da por sentados conceptos tales como:

(...) sexo, identidad sexual, identidad de género, estados intersexuales y transexualidad; sin ser la finalidad de un examen constitucional, definir tales conceptos desde determinada disciplina científica, ni en un sentido unívoco, dado que se trata de términos que han sido analizados desde diversas ciencias, como la medicina, la biología, la sexología, la sociología, la antropología, la psicología, la psiquiatría e, incluso, a nivel jurídico-constitucional, en tanto que, al vincularse estrechamente con la personalidad humana, irradian sobre cualquiera de los ámbitos en que se desenvuelve el ser humano y representan o son parte de la compleja naturaleza humana.

Al respecto, resulta oportuno retomar las aportaciones jurídico-constitucionales vertidas por el Ministro VALLS, relacionadas con la medicina moderna y los derechos humanos que plantean nuevos argumentos para el derecho mexicano frente a la compleja naturaleza humana y más aún, atender las contribuciones jurídicas sobre la identidad personal y la

---

<sup>810</sup> Al respecto *cfr.* PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1996: 129, quien desarrolla tres dimensiones sobre el valor de la libertad, estos son: libertad de elección, libertad moral y libertad social, política y jurídica; el mismo, 1994.

<sup>811</sup> En este sentido, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2006: 64.

<sup>812</sup> “El principio de no discriminación y las restricciones relativas a la realización de análisis genéticos (Capítulo IV)”, en *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Carlos María Romeo Casabona (Ed.), Granda, Comares, 2002, p. 166.

<sup>813</sup> Sobre el particular, véase Valle, Cano, *Bioética. Temas humanísticos y jurídicos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, 2005, p. 143, p. 146.

identidad genética desde la perspectiva de los derechos fundamentales que esta sentencia resolvió a favor del quejoso, estableciendo así un nuevo derecho establecido en la Carta Magna, y que ya previamente se encontraba referido en el artículo 22 de la Declaración Universal del Genoma y los Derechos Humanos, en el que refiere directamente a los Estados, garantizar el respeto de los principios recogidos en la Declaración, a fin de facilitar su aplicación por cuantas medidas resulten apropiadas, tales como la dignidad humana, intimidad, entre otros, y complementariamente con el artículo 23, deberán adoptar las todas las medidas de carácter legislativo, administrativo o de cualquier otra índole, y ser transmitidas en los terrenos de la educación, la formación y la información al público.

Este punto de la Declaración tiene injerencia sobre este caso, al ser el Estado mexicano parte, procurar las medidas necesarias en pro del cuidado y salvaguarda de sus principios, que en la práctica institucional en materia de salud han sido pertinentes, pero en el aspecto legislativo se siguen presentando algunos rezagos, muestra de ello es en materia de transexualidad, donde el peticionario de garantías (quejoso) solicitó la rectificación de su acta de nacimiento la cual fue registrada con el nombre \*\*\* asentándose en la mención registral todos sus datos relacionados con su personalidad jurídica, pero que debido a su padecimiento hormonal el derecho no contemplaba una solución a este problema genético. Y una vez establecido el problema sobre el padecimiento genético que fue desarrollando el quejoso, y quien solicito al juez del registro civil, cambiar su nombre en el acta de nacimiento, mismo que fue autorizado, tal y como lo establecía en su momento el artículo 135 del código civil:

(...) Ha lugar a pedir la rectificación: I. Por falsedad, cuando se alegue que el suceso registrado no pasó; II. Por enmienda, cuando se solicite variar algún nombre u otro dato esencial que afecte el estado civil, la filiación, la nacionalidad, el sexo y la identidad de la persona (...).

Sin embargo, el subsiguiente artículo 138, condicionaba que el cambio podría realizarse con una anotación al margen del acta de nacimiento, esto es, dejando registro de su anterior identidad personal como hombre, siendo que el propósito de cambiar de nombre y sexo, era dejar en el pasado los problemas que le había ocasionado en el desarrollo de su personalidad y condición física de mujer y no de hombre. Sin embargo, el juez de lo civil al

centrarse al contenido literal, sistemático de las diversas disposiciones en la materia, no considero violatorio de algún derecho fundamental, por lo que al cambiar su acta de nacimiento dejó anotado al margen de la misma su nombre anterior. Ésta determinación de la autoridad, propició para que la persona afectada recurriera al amparo ante la SCJN, y analizará cuales derechos fundamentales entraban en afectación, entre los que consideró eran la dignidad humana, igualdad y no discriminación, derecho a la intimidad, derecho a la vida privada y a la propia imagen, libre desarrollo de la personalidad humana y derecho a la salud.

Es oportuno aclarar que la Constitución puede verse como el conjunto de prácticas de reconocimiento del derecho de una sociedad, de ahí que Carlos NINO<sup>814</sup> sostuviera: Dado que la acción de los constituyentes, legisladores y gobernantes consiste generalmente en aportes a una obra colectiva cuyas demás contribuciones pasadas, contemporáneas y futuras ellos no controlan y sólo influyen parcialmente, esa acción debe estar guiada por la racionalidad apropiada a este tipo de conductas. Sería irracional que un juez resolviera un caso como si estuviera creando con su decisión todo el orden jurídico o todo el orden jurídico relativo a esa cuestión. El juez debe tener en cuenta que hay expectativas generadas por lo que los legisladores y otros jueces han decidido en el pasado, que su decisión se combinará con otras que tomen contemporáneamente sus colegas, lo que es relevante para el principio de que casos iguales deben ser decididos de igual modo, y que su decisión servirá de precedente para el futuro, así como también que puede ser ignorada y hasta provocar reacciones opuestas por parte de legisladores y otros jueces.

Este planteamiento de NINO es fundamental y oportuno para entender el principio de progresividad que consagra la nueva redacción del artículo 1º constitucional, a fin de prevenir y proteger cualquier intromisión en la esfera de los derechos humanos y que la propia carta magna reconoce como garantías o derechos fundamentales, y para el caso concreto, trasciende en los argumentos vertidos por el Ministro VALLS<sup>815</sup> uno de tantos

---

<sup>814</sup> 1990: 208-209.

<sup>815</sup> Véase SILVA MEZA y VALLS HERNÁNDEZ, 2011: particularmente, Capítulo II.

derechos fundamentales afectados por la determinación del juez de lo civil, esto es, el derecho a la intimidad:

El derecho a la intimidad, es decir, a no ser conocidos por otros en ciertos aspectos de nuestra vida y que, por tanto, cada sujeto puede decidir revelar, es el reconocimiento del ámbito propio y reservado del individuo ante los demás, sean poderes públicos o particulares, que le garantiza el poder de decisión sobre la publicidad o información de datos relativos a su persona o familia, sus pensamientos o sentimientos. Es la plena disponibilidad sobre su vida y la decisión de lo que puede revelar de su intimidad a los demás. Así, en cuanto al ámbito sexual de una persona o a su identidad sexual y de género, es innegable que se trata de aspectos inherentes a la persona humana y a su vida privada y, por ende, forman parte de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo, esa parte de la vida que se desea mantener fuera del alcance de terceros o del conocimiento público.

Esta manifestación de protección a la intimidad de la persona, permite desarrollar el análisis que recientemente ha sido atendido en materia de salud tanto a nivel de identificación de enfermedades transmitidas de padres a hijos, como en la investigación genética con finalidades terapéuticas, así como la utilización en el ámbito forense, me refiero al derecho a la intimidad genética,<sup>816</sup> abriendo con ello la discusión en la doctrina si los conocimientos de carácter personal derivados de los estudios del genoma humano forman parte del núcleo protegido por el derecho a la intimidad, toda vez que se trata de información relacionada a la personalidad del sujeto, pero no solamente se limita esta preocupación a la intimidad genética, sino que trasciende al campo de la eugenesia, tal y como lo explica JAEN VALLEJO,<sup>817</sup> “...desde el momento en que se va a poder conocer con un alto grado de certeza cómo será el individuo que va a nacer, con la posibilidad de su alteración, y que toda esa información será disponible en los bancos de datos, puede llegar a existir en algún momento la tentación de selección de razas, de consecución de una pretendida perfección, con eliminación de aquellos seres que serían imperfectos...”,

---

<sup>816</sup> Véase al respecto SUÁREZ ESPINO, 2008; por su parte ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2006: 125, explica que “El conocimiento sobre el genoma humano posibilita la obtención de ciertas características propias del sujeto, datos de carácter personal, toda vez que esta información puede relacionarse con un sujeto identificado o identificable. Se trata de información que revela numerosas particularidades sobre la persona, como pueden ser las relativas a su aspecto físico o a su raza o los relativos al padecimiento de enfermedades en la actualidad o en un futuro más o menos inmediato. Desde este punto de vista, tal y como se ha señalado, se diferencia entre informaciones reveladas por el análisis del ADN codificante y no codificante, siendo diferente también su ámbito de utilización.

<sup>817</sup> 2004: 103.

afectando por consiguiente, también a la identidad personal e identidad genética, tal y como lo explicó el Ministro ponente en lo relativo al derecho a la identidad personal:

Dentro de los derechos personalísimos, se comprende necesariamente el derecho a la identidad personal, es decir, la persona con sus propios caracteres, físicos e internos y sus acciones, que lo individualizan ante la sociedad. Así, la identidad personal es el conjunto y resultado de todas aquellas características que permiten individualizar a una persona en la sociedad, es todo aquello que hace ser “uno mismo” y no “otro” y se proyecta hacia el exterior, permitiendo a los demás conocer a esa persona y, de ahí, identificarla. Por consiguiente, el derecho a la identidad personal, relevante para la problemática que nos ocupa, se define como el derecho que tiene toda persona a ser uno mismo, en la propia conciencia y en la opinión de los otros. Es decir, es la forma en que se ve a sí mismo y se proyecta en la sociedad. Por ello, se encuentra relacionado estrechamente con el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En este sentido, viene a colación la Declaración al regular en el artículo 3º la identidad personal: (...) la identidad de una persona no debería reducirse a sus rasgos genéticos, pues en ella influyen complejos factores educativos, ambientales y personales, así como los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos, y conlleva además una dimensión de libertad. Definición que a mi parecer es la más apropiada para comprender lo que debe significar la identidad de una persona, en la cual confluyen más de un factor (genético), que por más parecido o bien, idéntico, siempre existirá un rasgo distinto del otro, por ejemplo, su forma de pensar, su lenguaje, sus emociones, etcétera. Aunado al valor intrínseco de ser persona, la libertad. De ahí, que el Estado se comprometa a proteger la identidad de la persona por ser un principio reconocido en la Declaración, y que deberá ser considerado por el legislador como por el juzgador, pues es una prescripción jurídica muy general, pero que no por ello, dejaría de ser un derecho fundamental, esto es la dignidad humana.<sup>818</sup> Pero oportunamente, GONZÁLEZ

---

<sup>818</sup> Para ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2006: 69, considera la dignidad humana corre el riesgo de ser vulnerada por las siguientes razones: “La primera, por la posibilidad de reducción del ser humano a un mero objeto de la técnica. La segunda, porque la utilización de los datos genéticos fuera de un marco controlado puede dar lugar a la elaboración de un determinado perfil genético, sin necesidad de que se produzcan una interrelación de



VALENZUELA apunta que una cosa es la identidad genética, donde todavía hay mucho campo de discusión sobre el determinismo genético frente a la libertad del individuo<sup>819</sup> y, otra es, la identidad personal donde la propia persona escribe su historia, esto es, su (...) identidad real se construye con factores no genéticos, tanto de índole natural y material, como social, moral y cultural. Podría hablarse, por esto, de identidad biológica y de identidad «biográfica»<sup>820</sup>. Con lo cual concluye enfáticamente GONZÁLEZ VALENZUELA que “el clon no tendría por qué tener anulado su yo, ni su diferencia, ni su dignidad humana.<sup>821</sup> Por ello, resulta importante retomar de la resolución del Ministro VALLS, lo relativo al concepto de identidad personal:

De igual forma, se implica el derecho a la identidad sexual, pues cada individuo se proyecta frente a sí mismo y, de ahí, frente a la sociedad, también desde su perspectiva sexual, no sólo en cuanto a su orientación sexual, esto es, sus preferencias sexuales, sino, primordialmente, en cuanto a cómo se percibe él, de acuerdo a su psique, emociones, sentimientos, etcétera.

Esta primera afirmación señala quien es persona, toda vez que el elemento autorreferencial, es indispensable diferenciarlo de un ser humano no persona. La autoconciencia resulta ser entonces, la base constitutiva del derecho a la identidad personal, porque derivada de ésta es que se confronta con el resto de la sociedad –de los otros yo– y sabe con claridad que es único e indivisible frente al resto de los demás. En este sentido sigue argumentando el ministro:

---

datos personales, y tal y como sucede con otro tipo de informaciones, sino que del análisis de la información genética resulta posible la obtención de una cantidad de información mayor y más precisa sobre el sujeto que la derivada de otros conocimientos. En este sentido, con la elaboración y posteriormente con la utilización del perfil genético, se estaría produciendo una nueva forma de determinismo, que vincularía todas las cualidades del sujeto a su información genética, llegando incluso a predecir a través de ésta, los comportamientos que el individuo realizará en un futuro. El determinismo genético identifica a la persona con sus genes, «*en una especie de predestinación biológica*», contraria a la dignidad del ser humano; determinismo que reduce al individuo a sus características genéticas, en una especie de lo que algún autor ha calificado de «genomanía», científicamente falsa y política, social y jurídicamente inaceptable”.

<sup>819</sup> Para ahondar en mayor medida sobre pensamiento de GONZÁLEZ VALENZUELA, 2007.

<sup>820</sup> 2007: 176.

<sup>821</sup> 2007: 176. En este mismo sentido, pero bajo un discurso de los derechos fundamentales se ha pronunciado PECES-BARBA MARTÍNEZ, 2002: 28-38 y 65-74, señalar que la dignidad es un valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irrepitible.

Así, dicha identidad se integra a partir, no sólo de su aspecto morfológico, sino, primordialmente, de acuerdo a sus sentimientos y convicciones más profundos de pertenencia o no al sexo que legalmente le fue asignado al nacer y, de acuerdo a ese ajuste personalísimo de cada sujeto, es que proyectará su vida, no sólo en su propia conciencia, sino en todos los ámbitos de la misma. Lo anterior, porque, eminentemente, la sexualidad es un elemento esencial de la persona humana y de su psique, forma parte de la esfera más íntima y personal de los seres humanos, siendo, por tanto, la autodeterminación sexual, trascendente en el reconocimiento de la dignidad humana y de su pleno desarrollo y, de ahí, la protección constitucional incluye la libre decisión de la sexualidad.

Luego, la identidad personal, que comprende la sexual, será a partir de la cual, la sociedad identifica a cada individuo y lo distingue de los demás, a través de elementos o datos, como el nombre, el sexo, la filiación, la edad, sus calidades personales, sus atributos intelectuales o físicos, etcétera, o bien, de la conjunción de todos o algunos de ellos.

Tener una proyección de vida, dice el Ministro VALLS HERNÁNDEZ, coincide con el postulado de las prepersonas, por tener las posibilidades de planificar su vida, mediante deseos, emociones, tal y como lo sostiene en el caso de la sexualidad del quejoso quien busca confirmar su sexo al solicitar el cambio de nombre en el acta de nacimiento y dejar en el pasado de indeterminación sexual (hermafroditismo) mediante tratamiento hormonal y aceptarse como mujer y no como hombre, y en consecuencia, que sea reconocido como tal por la sociedad. Por otro lado, es valioso la diferenciación en la que se pronuncia el ministro ponente al distinguir entre identidad personal e identidad genética, y referir que el bien jurídico dignidad humana, toda vez que la identidad personal no se ciñe solamente en la constitución genética, o biológica.

En este orden de ideas, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian, en forma expresa en la Constitución mexicana, el máximo tribunal constitucional de nuestro país, los ha reconocido sistemáticamente en diversas disposiciones, respaldándolos mediante diversos documentos internacionales suscritos por México como es la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, y, en todo caso, deben entenderse

como derechos que derivan del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, previsto en el primero de los preceptos de nuestra Constitución, pues, sólo a través de su pleno respeto, podría realmente hablarse de un ser humano en toda su dignidad.

#### **4. Postura personal.**

Considero que el asunto resuelto por la Suprema Corte sobre transexualismo, me permite advertir para aquellos que difieren sobre el control de constitucionalidad de leyes por parte del poder judicial se opone al poder legislativo elegido democráticamente, me parece que pierde terreno. Este caso muestra, claramente que, cuando se violenta algún derecho fundamental previamente reconocido en la Constitución, sin importar que sea de un solo ciudadano o de la mayoría de la sociedad, prevalece en el proceso de decisiones una democracia deliberativa, en el sentido de que sin haber resuelto la Suprema Corte, el legislador considero, efectivamente, que la legislación civil del Distrito Federal atentaba contra el derecho a la dignidad, intimidad e igualdad. Por lo que, al reconocer este defecto normativo, decide modificarlo por cuenta propia, pero bajo advertencia de la acción de inconstitucionalidad hecha valer por el afectado, lo cual se traduce como un verdadero avance en el desarrollo de los derechos fundamentales, tal y como se explica bajo el principio de progresividad consagrado en el artículo 1º constitucional.

Por supuesto que para que esto surta tales efectos, en la salvaguarda de los derechos fundamentales, a mi parecer el principio de autonomía personal, traducido en el ordenamiento jurídico constitucional mexicano como el derecho a la identidad personal, juega un papel esencial en este proceso de deliberación por parte del legislador al momento de emitir una ley y, del juzgador al momento de interpretarla conforme a los derechos básicos reconocidos en la Constitución. Así las cosas, considero que la tensión entre democracia y control de constitucionalidad es más fingido que existente.

## CONCLUSIONES

1. NINO es crítico el hecho de aceptar una regla por motivos no morales, toda vez que el punto de vista interno de HART, sin incluir una aceptación de índole moral, deja vulnerable la idea misma de aceptar una regla. Una regla de reconocimiento, como cualquier regla social, existe como una práctica, como un hecho social de naturaleza compleja. Tal hecho no puede constituir una razón suficiente que justifique sus acciones y decisiones, quien entienda que la existencia de ese hecho supone determinadas razones para actuar que no existirían en el caso contrario, tiene que estar desarrollando un razonamiento práctico complejo, en el que se atribuye alguna clase de regla que no puede ser la propia regla de reconocimiento, en tanto práctica social.
2. La filosofía de la acción para NINO no ha sido considerada una disciplina autónoma, por el contrario, encuentra su utilidad dentro de otras disciplinas (ontología, lógica, filosofía del lenguaje, de la ciencia, ética y dentro de la propia filosofía del derecho), las cuales permiten un mejor estudio de las conductas humanas que guardan íntima relación con los *hechos* que ocurren en el mundo. Esta propuesta definitoria (ontológica) de un hecho, le permite a NINO mostrar un paso indispensable para su análisis conceptual: la diferencia entre “cosas” y “estado de cosas”.
3. El estudio de la acción en NINO le permite dar un paso fundamental para desarrollar una propuesta metodológica argumentativa, para identificar los motivos y razones que un individuo tiene para actuar, los que le permitirán explicar (y predecir), como para justificar su comportamiento. NINO realiza una clasificación del análisis de la acción humana desde los puntos de “vista interno” y “externo”, subsanando el mismo error que tradicionalmente han adoptado, por ejemplo, en el ámbito jurídico penal.
4. La diferenciación entre razones explicativas y justificativas le permite sostener que por sí mismo las normas jurídicas no constituyen razones para la acción, carecen de capacidad justificatoria, de acción y decisiones. Por ende, NINO sostiene una

concepción de la moral y su conocimiento por el hombre, por ser la propia moral la que proporciona los juicios que servirán de premisas mayores en los razonamientos prácticos, ya que, las normas jurídicas son razones para creer que existen razones para actuar. Por consiguiente, al armonizar las diversas clases de justificaciones, puntualiza las siguientes tres características de los juicios que constituyen razones justificatorias operativas, *generalidad*, *universalidad* y *superveniencia* y que, por tanto, son jerarquizables.

5. Para ahondar en la propuesta de NINO sobre el ámbito de las razones para la acción, hice un intento de incluir los recientes avances en neuroimágenes, que han aportado un amplio campo de reflexión sobre la comprensión de los comportamientos violentos o de la posible peligrosidad del sujeto para cometerlos en el futuro. Sin embargo, parte de la doctrina ha invertido sus energías para mantener un concepto de culpabilidad inerte a los avances de la neurociencia, rechazando plenamente el determinismo biológico, pero sin poder justificar, a mi parecer correctamente, la declaratoria de culpabilidad y, consecuentemente, la imposición de una pena para aquellos sujetos que comprenden la realización de sus actos y son libres en su comisión, pero que carecen de un sistema de valores morales para explicar el motivo de su actuar: los psicópatas. Será necesario valorar ambas posiciones en el ámbito procesal, al ser el lugar adecuado para la debida valoración de la prueba pericial, la neuroimagen presentada ante la autoridad jurisdiccional, advirtiéndose que al no ser una enfermedad mental, subsiste su culpabilidad, pero que al determinar la proporcionalidad de la pena, el juez deberá o no de tomar en cuenta. Lo que sería acorde con el postulado de un compatibilismo humanista.
6. En la propuesta ética NINO retoma los estudios elaborados por RAWLS sobre su teoría de la justicia y ordena los principios de igualdad e imparcialidad mediante una jerarquía lexicográfica que implica la materialización de uno sobre otro: 1) Primer principio: cada persona debe tener un derecho igual al sistema total más extenso de libertades básicas (de conciencia, de palabra, contra detenciones arbitrarias, de voto, etc.) que sea compatible con un sistema similar de libertades para todos, y 2) Segundo principio: las desigualdades sociales y económicas deben ser dispuestas de modo tal que satisfagan estas dos condiciones: a) deben ser para el

mayor beneficio de los que se encuentran en una posición social menos aventajada (el llamado “principio de diferencia”), y *b*) deben adjudicarse a funciones y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades. Estos principios serán la base científica de la moralidad en RAWLS, para su propuesta del constructivismo ético, y que retomara NINO para la elaboración de sus propios principios enmarcados en una concepción liberal de ética y derechos humanos, tales como el principio de inviolabilidad de la persona, autonomía personal y dignidad de la persona.

7. El constructivismo ético de NINO, concibe la autonomía de la persona como libre en la participación de un diálogo colectivo lo más amplio posible, con el fin de llegar a obtener un consenso acerca de los principios morales concretos, con una clara herencia kantiana y Hobbsiana que conforman su estructura ética argumentativa sobre el papel que desempeña el sujeto moral frente a la comunidad.
8. Esta propuesta constructivista pretende ser aplicada en la práctica social de la discusión moral, en aras de satisfacer ciertas funciones relacionadas con la superación de conflictos y la búsqueda de la cooperación a través del consenso. La aportación hobbsiana al sistema moral de NINO fue, igualmente que para HOBBS ofreciera GALILEO mediante la revolución científica, y el desarrollo del derecho natural moderno, toda vez que con ello, HOBBS estuvo en aptitud de construir una teoría política partiendo del individuo bajo determinados presupuestos éticos, a través del método nominalista. Porque las palabras son simples signos referidos a cosas individuales o a sus propiedades observables, y estos signos se relacionan entre sí según las reglas del cálculo (o del razonamiento), para construir la ciencia humana.
9. Con esta base constructivista NINO logra posicionar la idea central de que su propuesta aporta en aras de que los juicios morales se justifican sobre la base de presupuestos procedimentales y aún, tal vez, sustantivos, de esta práctica social en cuyo contexto se formulan. Por ende la función de la práctica moral vigente será la de superar los conflictos y fomentar la cooperación, a través de un medio concreto: la adopción libre y compartida de los principios que deben guiar las acciones y actitudes humanas, que permite alcanzar una convergencia de estas mismas. Para

ello, NINO critica una serie de posiciones sobre el análisis de los juicios morales y su forma de fundamentación, mismas que pueden quedar comprendidas en dos grandes grupos: *a) teorías descriptivistas o cognoscitivistas y b) teorías no descriptivistas* tales como el emotivismo y el prescriptivismo, mismas que han sido paralelamente estudiadas con BAYÓN.

10. La base discursiva liberal de su razonamiento en el discurso moral, radica a mi parecer en permitir identificar la operatividad de la moral mediante el consenso, es decir, para que la convergencia de acciones y actitudes obtenida a través de la aceptación libre de principios de conducta sea posible, esos principios deben satisfacer ciertas condiciones mínimas, para lo cual propone considerar que los principios morales deben reunir las siguientes características: *generales, supervinientes, universales y públicos*.
11. Su modelo ético constructivista, es comparado con RAWLS y HABERMAS, de quienes advierte puede coexistir una postura intermedia, a la que NINO le denomina constructivismo epistemológico, por considerar que tienen inconvenientes serios, ¿Si nuestra reflexión individual es nuestra única forma de acceso a la verdad moral, cómo se lograría el tránsito entre la autonomía de la moral a la heteronomía del derecho? NINO lo ejemplifica con el dictado de la autoridad, que aún y cuando sea legítima (democrática), contrarios a ésta (autoritarios), mediante su descalificación por parte de los jueces, esto es, la reflexión individual no nos puede dar razones para obedecer lo que otro ha prescrito, o bien, llega a dar razones más fuertes en contra de lo prescrito.
12. Para NINO, uno de los principios rectores de su pensamiento es el de la autonomía personal, el cual constituye la base de una concepción liberal de la sociedad. Para ello, NINO sostiene una concepción constructivista metaética, con la cual, intenta justificar y defenderse de las objeciones que el comunitarismo dirige a la noción de autonomía, al considerar un perjuicio al subjetivismo y egocentrismo que ha generado la autorrealización individual como fin en sí mismo y en lugar de ello, sostienen un concepto de autenticidad, virtud y bien común, subyaciendo un contenido socialmente constitutivo de la moralidad.

13. NINO se empeña en mantener una defensa del liberalismo kantiano en su modalidad ético constructivista al afirmar en contra de los comunitaristas, que los rasgos universales y abstracto del kantianismo están incorporados a la estructura subyacente de la práctica dominante del discurso moral que comumente se comparte, aún y con los propios comunitaristas, cuando se discuten cuestiones “*sustantivas de moralidad social*”, lo que conduce irremediabilmente a los principios liberales, entendido el discurso moral como una práctica liberal, pero solo en el aspecto interno de las instituciones liberales en aras de superar conflictos y facilitar la cooperación, destacándose su mayor anhelo de que lo único que pueden hacer los liberales es desear que los no liberales continúen compartiendo con ellos los mismos presupuestos básicos en la discusión de cuestiones morales.
14. En lo relativo a la fundamentación del sujeto moral en la discusión liberalismo/comunitarismo, elaboré un marco teórico mediante la filosofía de la liberación de Enrique DUSSEL, quien centra su importante marco conceptual ético (inmerso en su pensamiento liberal), en el posicionamiento del sujeto moral para Latinoamérica, dejándose ver su tendencia por una ética material, es decir, por una ética del excluido, del marginado, del olvidado, del necesitado, de las víctimas, etcétera y, con ello, pasar a una mejor comprensión de la ideología de Luis VILLORO, quien elabora una propuesta ético-político del sujeto moral mediante el estudio de los valores morales concernientes a la vida en sociedad sometida a un sistema de poder, es decir, de la política, en el cual, el propio VILLORO intenta determinar cuáles son los valores (de carácter objetivo) comunes, dignos de ser estimados por cualquiera (fundamentados razonablemente), y con ello, elaborar los principios regulativos de las acciones políticas para su realización, que me permitirán determinar los elementos base para la construcción ética material propuesta por DUSSEL, a fin de comprender el lugar de NINO, con su propuesta principialista de la autonomía, dignidad e inviolabilidad de la persona, para su construcción del sujeto moral con postulados metaéticos, frente a los razonamientos del comunitarismo y cosmopolitismo.
15. Mediante su recurso metaético NINO logra solventar las posiciones realistas, como el intuicionismo, ya que el constructivismo trata de un problema de verdad, de



incompletitud del sistema por ausencia o superabundancia de hechos que verifican juicios morales; para el realismo se trata de un problema de *conocimiento* de la verdad, puesto que el mundo de sus “hechos” morales se supone completo y consistente. Con estos argumentos NINO es claro al mantener en el discurso moral un cierto valor epistemológico, porque el intercambio de puntos de vista y el consenso unánime tienden a producir soluciones moralmente correctas, tal y como sucede en el procedimiento democrático de tomas de decisiones, en aras de solventar, dentro de las limitaciones impuestas por los propios principios, muchas indeterminaciones morales, como suele suceder con las normas jurídicas, como lagunas, vaguedades, contradicciones, entre otras.

16. Otro de los puntos relevantes del constructivismo es determinar el estatus ideal de persona. En el caso de RAWLS, desde su concepción política, el ideal de persona es un presupuesto que no hace otra cosa que recoger un dato presente en la comunidad política, por consiguiente, se trataría de un elemento de la moral positiva cuya justificación o fundamentación se dejaría de lado, tomándolo simplemente como un dato más a tener en cuenta para la construcción del consenso político en un tipo determinado de sociedades y excluyendo el acuerdo sobre concepciones del bien.
17. El principio de autonomía personal elaborado por NINO desde una posición liberal, mediante su constructivismo, intenta justificar y defenderse de las objeciones que el comunitarismo dirige a este principio, al considerar un perjuicio al subjetivismo y egocentrismo, que ha generado la autorrealización individual como fin en sí mismo y, en lugar de ello, sostienen un concepto de autenticidad, virtud y bien común, donde subyace un contenido socialmente constitutivo de la moralidad.
18. Otro de los puntos indispensables de defensa al liberalismo kantiano es que ésta posición no implica que la gente deba vivir fuera de las comunidades; sino que debería seguirse lo opuesto de algunos principios liberales que toman en cuenta los deseos o intereses actuales de los hombres. Lo que quizás implique la estructura del razonamiento que conduce a esos principios es que no deberíamos considerar como una diferencia básica relevante el hecho de pertenecer a esta o aquella comunidad.
19. Enrique DUSSEL elabora un marco ético conceptual acorde con su proyecto de la filosofía de la liberación, iniciado a partir de la década de los setenta, que trasciende

a la originalidad, no solo por su contenido, sino también por su método de estudio elaborado sistemáticamente, con claros cambios y adaptaciones de su pensamiento liberal, a las circunstancias que vive el sujeto frente al poder ejercido por unos cuantos, pasando un momento difícil en la década de los ochenta por la dictadura militar en Argentina. Ahora bien, el otro proyecto ético material paralelo al de DUSSEL es el del filósofo australiano Peter SINGER, por existir un paralelismo en el “principio-liberación” y de igual manera con el de Hans JONAS.

20. Luis VILLORO ofrece una propuesta en términos práctico-institucionales y socioculturales mediante la conformación de una tradición filosófica nacional capaz de asumir su propio contexto histórico-cultural, que fomente una nueva forma de “Estado”, de organización e integración de la sociedad, incluyendo a todos (diversidad cultural) con los valores de democracia, justicia, igualdad y libertad, en tanto, un comportamiento político conforme a la ética incluya la aceptación autónoma de valores objetivos y normas generales, así como también su implementación en una moral social, se podrá establecer una ética política que comprenda dos momentos, esto es, la determinación de valores objetivos fundados en razones y el establecimiento de las condiciones que hagan posible su realización en bienes sociales concretos”.
21. El origen del proceso de la liberación de DUSSEL es el pobre, de todo excluido donde se buscan reconocer como iguales, como el Otro, en aras de ser libres, aunque esa «libertad» futura es hoy sólo una utopía en la que se espera, por la que se lucha, desde la que se piensa como filosofía de la liberación. En cambio VILLORO parte de la ideología y la utopía al ser dos escollos en que puede sucumbir una racionalidad valorativa. Entre uno y otro debe levantarse la ética”, pero con un claro elemento denominativo de “ética disruptiva”, el cual es el centro de su propuesta intelectual, al entender que éticamente válida es aquella política que promueve una “disrupción”: la conversión radical de la “voluntad particular” en “voluntad general”, del convenio “conforme al poder” en convenio “conforme al valor”, del “burgués” en “ciudadano”, de la “sociedad burguesa” en “sociedad política”, generando con ello un nuevo lenguaje político marxista a fin de integrar dos niveles de discursos en la práctica: el explicativo y el justificativo. Por un lado, las

situaciones y relaciones sociales efectivas, reales (orden explicativo), y por el otro, los proyectos colectivos que suponen la aceptación de valores relativos a los intereses particulares de cada grupo social (orden justificativo).

22. Bajo el principio de autonomía se pudo apreciar que el planteamiento kantiano del libre arbitrio, es necesario para determinar cuáles son los principios morales de los que los derechos básicos derivan, por ejemplo en el caso de trasplante de órganos, sería el de la salud, y sólo después se podrá definir a las personas morales como la clase de todos aquellos individuos que poseen las propiedades que son factualmente necesarias para gozar o ejercer tales derechos, y no sea la norma la que limite a estos individuos —donante y receptor— capaces de ejercer su derecho a la salud y mejorar su calidad de vida, garantías salvaguardadas por la Constitución.
23. El segundo principio que presentó NINO junto con el de autonomía fue el de la inviolabilidad de la persona, que proscribe sacrificar los intereses básicos de los individuos sin su consentimiento, ya sea con el propósito de beneficiar a otros o de beneficiar al todos social; y el principio de *autonomía* de la persona —que establece que la libre elección de los planes de vida individuales es en sí misma valiosa y no debiera ser interferida.
24. Para el posicionamiento del tercer principio NINO recurre a una distinción entre propuesta de un determinismo normativo y el principio de dignidad de la persona, que consecuente con sus propuestas metaéticas es que el primero es prácticamente *toda* la vida humana en sociedad tal cual la conocemos, aun en las condiciones más disímiles y en las circunstancias más inusuales, está basada en la adopción, en mayor o menor grado, pero siempre en una medida considerable, del principio opuesto al determinismo normativo, que aquí estoy bautizando como el *principio de dignidad de la persona*. Ya que al abandonarlo de nuestra concepción de hombre y de su identificación de la vida en sociedad, por un determinismo normativo solamente, nos conduciría, si fuera llevado coherentemente, hasta sus últimas consecuencias, hacia el abismo de una existencia humana y de una organización social irreconocibles como tales.
25. El debate actual sobre la legitimación democrática del control constitucional de la ley, es en el sentido de que los jueces deberían limitarse a seguir las instrucciones

establecidas por el poder constituyente al momento de expresarlas de manera clara y específica, y en cambio existen otras posturas que, defienden la idea de que el proceso judicial está diseñado de tal manera que los tribunales se encuentran en buena posición para interpretar y salvaguardar los principios abstractos de moralidad política incorporados en el texto constitucional al darle sentido a los derechos fundamentales reconocidos en un estado de derecho.

26. El control judicial de constitucionalidad materializa el equilibrio entre la voluntad y el interés colectivo del pueblo y las decisiones e intereses básicos de un individuo que se encuentran atrincheradas por un derecho fundamental, siempre y cuando esta idea de una democracia liberal sea la de una democracia limitada por ciertos derechos que no pueden ser traspasados ni aún por decisiones mayoritarias. Es precisamente la intervención de los jueces por no estar designados por la mayoría, ni son parte de ese proceso (epistémico) democrático, habrá de limitarse a las esferas de afectación de las partes en conflicto y no así, a todos los que pueden ser afectados por el principio con el que se dirime tal conflicto, al ser ellos ajenos, lo cual se ve como una ventaja en términos de imparcialidad.
27. En el marco del análisis de diferentes dimensiones del constitucionalismo, NINO identifica específicos problemas que surgen en el razonamiento práctico tendiente a justificar decisiones. Así, por una parte, la indeterminación radical que presenta la Constitución (histórica, no ideal) a la hora de ser interpretada, y por otra parte el carácter aparentemente superfluo de esta Constitución para la justificación de decisiones en relación con asuntos o materias reguladas por ella.
28. Para tener mejor comprensión del alcance ocupacional que ha logrado alcanzar este mecanismo de democracia deliberativa con las consultas populares, resulta oportuno mostrarlo dentro del marco del derecho comparado, toda vez que estas formas de democracia directa no reciben un tratamiento legislativo uniforme en cada país y, en muchas ocasiones, la forma en que son reguladas ocasiona confusiones entre ellas. Por ejemplo, se le puede comenzar regulando como referéndum y, por su desarrollo, puede parecer una iniciativa popular o un plebiscito. Además, como se trata de instrumentos directamente relacionados con la vida política de un país, adquieren características específicas según el contexto nacional de que se trate.

29. Tanto NINO como GARGARELLA y FERRERES COMELLA son los iniciadores del debate sobre “la dificultad ‘contra-mayoritaria’ y el control judicial de constitucionalidad”, consistente en 1) la menor legitimidad democrática de origen del juez constitución, 2) la rigidez de la Constitución y 3) la controvertibilidad interpretativa de la Constitución.
30. La Constitución puede verse como el conjunto de prácticas de reconocimiento del derecho de una sociedad, de ahí que NINO sostuviera que la acción de los constituyentes, legisladores y gobernantes consiste generalmente en aportes a una obra colectiva cuyas demás contribuciones pasadas, contemporáneas y futuras ellos no controlan y sólo influyen parcialmente, esa acción debe estar guiada por la racionalidad apropiada a este tipo de conductas. Sería irracional que un juez resolviera un caso como si estuviera creando con su decisión todo el orden jurídico o todo el orden jurídico relativo a esa cuestión. Por ende, el juez debe tener en cuenta que hay expectativas generadas por lo que los legisladores y otros jueces han decidido en el pasado, que su decisión se combinará con otras que tomen contemporáneamente sus colegas, lo que es relevante para el principio de que casos iguales deben ser decididos de igual modo, y que su decisión servirá de precedente para el futuro, así como también que puede ser ignorada y hasta provocar reacciones opuestas por parte de legisladores y otros jueces.
31. La propuesta de control judicial analizado en el caso del transexualismo, en el que se reconoce entre otros derechos personalísimos, el derecho a la identidad personal, es decir, la persona con sus propios caracteres, físicos e internos y sus acciones, que lo individualizan ante la sociedad. Así, la identidad personal es el conjunto y resultado de todas aquellas características que permiten individualizar a una persona en la sociedad, es todo aquello que hace ser “uno mismo” y no “otro” y se proyecta hacia el exterior, permitiendo a los demás conocer a esa persona y, de ahí, identificarla. Por consiguiente, el derecho a la identidad personal, relevante para la problemática que nos ocupa, se define como el derecho que tiene toda persona a ser uno mismo, en la propia conciencia y en la opinión de los otros. Es decir, es la forma en que se ve a sí mismo y se proyecta en la sociedad. Por ello, se encuentra relacionado estrechamente con el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

## PROPUESTA

El posicionamiento de Carlos Santiago NINO por un constructivismo epistemológico, ha dejado entrever las ventajas que tendría sobre cualquier posicionamiento subjetivista, por ejemplo frente al emotivismo. Pero tampoco es lo suficientemente sólido para la aceptación total de esta elaboración teórica, sin dejar de advertir, que al haber dejado NINO su obra inconclusa debido a su fallecimiento inesperado, o más bien, poco esperado, considero fortalecer su posicionamiento con un corte realismo-objetivista, mismo que de cierta forma era aceptado por NINO, particularmente cuando de procesos democráticos devienen en gobiernos modernos para la implementación de políticas públicas.

El valor epistémico que reside en la participación no tiene porque desplazar su lugar en el propio proceso deliberativo, esto es, se requiere que las personas participen en el debate democrático no sólo para presentar sus intereses, sino también para justificarlos sobre la base de proposiciones normativas que deberían ser generales, universalmente aplicables, finales y aceptables desde un punto de vista imparcial. Propuesta que compagina perfectamente con la política liberal definida en los últimos años por DUSSEL, al sostener una “participación deliberativa”.

Por tanto, considero viable proponer que para los estudios de casos difíciles constitucionales vinculados a la democracia sean desde una posición constructivista epistémico-objetivo, por permitir posicionar en buen lugar al sujeto moral en todo proceso de la razón práctica y, con ello, solventar las interminables pugnas entre el liberalismo-comunitarismo que por décadas fueron el centro de discusión sobre la autonomía práctica del sujeto moral.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1. Bibliografía de Carlos Santiago Nino.

- (1982): "Beliefs, desires and reasons for action", *American Philosophical Quarterly*, Vol. 19, No. 3, July.
- (1983), *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona.
- (1984), "Problemas abiertos en la filosofía del derecho", *Doxa*, No. 1.
- (1985), *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires.
- (1989), *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1989a), *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona.
- (1989b), "Causalidad, consecuencialismo y deontologismo", *DOXA*, No. 6.
- (1990), "Sobre los derechos morales", *DOXA*, No. 7.
- (1990a) "La Constitución como convención", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 6, Mayo-Agosto, Madrid.
- (1991), "La democracia epistémica puesta a prueba. Respuesta a Rosenkrantz y Ródenas", *DOXA*, No. 10.
- (1991a) "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad", en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Cuadernos y Debates, No. 29, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- (1993), "Derecho, moral y política", *DOXA*, No. 14.
- (1993a), Contexto social y régimen de gobierno, *DOXA*, No. 14.
- (1994), *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- (2002), "¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de "las acciones privadas de los hombres"?", en Pablo de Greiff (Comp.), *Moralidad, legalidad y drogas*, Fondo de Cultura Económica, México.
- (2003), *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.
- (2005), *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Ariel, Barcelona.
- (2006), *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, 1ª reimpresión, Astrea/UNAM, Buenos Aires.
- (2006a), *Juicio al mal absoluto*, trad., Martín Böhmer, Ariel, Buenos Aires.
- (2007), "Liberalismo conservador: ¿Liberal o conservador?", en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, (Coord.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, LexisNexis, Buenos Aires.
- (2007a), "Ética legal entre la metafísica y la futilidad", en *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política I. Metaética, ética normativa y teoría jurídica*, Gedisa, Buenos Aires.
- (2007b), "Ética analítica en la actualidad", *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política I*, Gedisa, Barcelona.

- (2007c), “El concepto de persona moral”, en *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política II, Fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.
- (2007d), “Discurso moral y derechos liberales”, en *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política II, Fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.
- (2007e), “Libertad, igualdad y causalidad”, en *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política II, Fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.
- (2007f), “Sobre los derechos sociales”, en *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política II, Fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.
- (2007g), “Democracia y verdad moral”, en *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política II, Fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.
- (2007h), “El escepticismo ético frente a la justificación de la democracia”, en *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política II, Fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.
- (2007i), “La justificación de la democracia: entre la negación de la justificación y la restricción de la democracia. Réplica a mis críticos”, en *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política II, Fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.
- (2007j), “La relevancia moral epistémica de la democracia”, en *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política II, Fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.
- (2008), “Derecho penal y democracia”, en *Los escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos de Derecho Penal*, Gedisa, Barcelona.
- (2008a), “Libre albedrío y responsabilidad penal”, en *Los escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos de Derecho Penal*, Gedisa, Barcelona.
- (2008b) “Una teoría consensual de la pena”, en *Los escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos de Derecho Penal*, Gedisa, Barcelona.
- (2008c), “Los límites a la aplicación de la moral a través del derecho penal”, en *Los escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos de Derecho Penal*, Gedisa, Barcelona.
- (2008d), “Sobre lo que nos espera cuando despedamos a Kant y Hegel”, en *Los escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos de Derecho Penal*, Gedisa, Barcelona.
- (2013), *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- (2013a), *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- (2014), *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Siglo XXI, Buenos Aires.

## 2. Bibliografía general.

ACKERMAN, B. (1993), *La justicia social en el estado liberal*, trad. Carlos Rosenkrantz, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.



- (1995), *El futuro de la revolución liberal*, trad. Jorge Malem, Ariel, Barcelona.
- (1999), *La política del diálogo liberal*, Gedisa, Barcelona.
- (2011), *La justicia viviente*, trad. Carlos María Enrigue Lancaster, Marcial Pons, Madrid.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2004), *Los fines del derecho penal*, Ad hoc, Buenos Aires.
- ALEGRE, M. (2008), “El igualitarismo de Carlos Nino”, en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (Coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires.
- (2013), “Presentación”, en *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- ALEXY, R., (1992), *El concepto de validez del Derecho*, trad. Jorge Malem, Gedisa, Barcelona.
- (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- (2003), “La fundamentación de los derechos humanos en Carlos S. Nino”, *Doxa*, No. 26.
- (2003a), “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, trad. Alfonso García Figueroa, en Miguel Carbonell (ed.), Trotta, Madrid.
- (2007), *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª ed., trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- (2010), “¿Derechos humanos sin metafísica?”, en *La institucionalización de la justicia*, 2ª ed. trad. José Antonio Seoane, et. al., Comares, Granada.
- (2010a), “La teoría del discurso y los derechos fundamentales”, en Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen (ed.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, trad. del inglés Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ALFONSÍN, R., (2006), Prólogo “Carlos Nino: jurista y filósofo de los derechos humanos y la república democrática”, en Carlos Nino, *Juicio al Mal absoluto*, trad., Martín F. Böhmer, Ariel, Buenos Aires.
- ALVAREZ, S. (2008), “Pluralismo moral”, en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (Coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires.
- AMERIKS, K., (2000), *Kant and the fate of autonomy. Problems in the appropriation of the critical philosophy*, Cambridge University Press, New York.
- ANSCOMBE, (1991), *Intención*, trad., Ana Isabel Stellino, Paidós, Barcelona.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., (2013), *Derecho, poder y moral en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid.
- ARANGO, R., (2004), *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- ARCY, D., (1963), *Human acts: An essay in their moral evaluation*, Clarendon Press, Oxford.
- ARMANZA ARMANZA, E. J., (2013), *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, Comares, Granada.
- ARRIMADA ANTÓN, L., (2008), “Constitucionalismo, concepciones de democracia y diseño institucional: Sobre frenos, puentes, y motores en la democracia deliberativa”, en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (Coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires.

- ATRIA, F., (2008), “Reconciliación y reconstitución”, en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (Coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires.
- AUDI, R., (1993), *Action, intention and reason*, Cornell University Press, New York.
- AUSTIN, J., (2003), *El objeto de la jurisprudencia*, trad. J. R. De Páramo Argüelles, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- AVILA, J. J., (2008), “Aportes sobre actos de habla, tipo y tipicidad”, en M. Alegre, R. Gargarella y C. F. Rosenkrantz (Coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires.
- BAGNOLI, C., (2013), “Constructivism and practical knowledge”, en C. Bagnoli (ed), *Constructivism in ethics*, Cambridge University Press, United Kingdom.
- BARBAROSCH, E., (2008), “El constructivismo moral a propósito de Nino y Rawls”, en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (Coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires.
- BARBER, B. R., (1993), “La democracia liberal y los costos del consenso”, en Nancy L. Roseblum (dir.), *El liberalismo y la vida moral*, trad. Horacio Pons, Nueva Visión, Buenos Aires.
- BARBERI, M., (2011), “Ferrajoli, o el neoconstitucionalismo no tomado en serio”, en *Revista: DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho*, No. 34.
- BARRY, B. (2001), *Teorías de la justicia*, trad. Cecilia Hidalgo, Gedisa, Barcelona.
- BAYÓN, J. C., (1991), *La normatividad del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (2004), “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Varios, *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- (2006), “Derechos, democracia y Constitución”, en Miguel Carbonel (Ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, trota, Madrid.
- (2010), “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo” en Miguel Carbonell y Leona García Jaramillo (Eds), *Canon Neoconstitucional*, trota, Madrid.
- BEGOTON, J. (1992), *La justificación del castigo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- BENHABIB, S., (1993), “Diálogo liberal versus una teoría crítica de la legitimación discursiva”, en Nancy L. Roseblum (dir.), *El liberalismo y la vida moral*, trad. Horacio Pons, Nueva Visión, Buenos Aires.
- BERNAL DEL CASTILLO, J., (2011), *Derecho penal comparado la definición de delito en los sistemas anglosajón y continental*, Atelier, Barcelona.
- BERNSTEIN, R. J., (1979), *Praxis y acción*, trad. Gabriel Bello Reguera, Alianza Editorial, Madrid.
- BLANCO MIGUÉLEZ, S., (2002), *Positivism metodológico y racionalidad política. Una interpretación de la teoría jurídica de Carlos S. Nino*, Comares, Granada.
- (2005), “La argumentación jurídica como sucedáneo imperfecto del discurso moral. La teoría de Carlos Santiago Nino”, en Pedro Serna (ed.), *De la argumentación jurídica a la hermeneútica*, Comares, Granada.
- (2008), “La naturaleza del razonamiento jurídico según Carlos Santiago Nino”, en C. Rosenkrantz y R. L. Vigo (Comp.), *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*, Fontamara.

- BICKLE, J., (2004), *The Oxford handbook of philosophy of neuroscience*, Oxford, University Press, New York.
- BLACKBURN, S., (1998), *Ruling Passions*, Oxford University Press, Oxford.
- (2006), “Must we weep for sentimentalism”, en *Contemporary debates in Moral Theory*, Ed. James Dreier, Blackwell Publishing, India.
- BLANCO MIQUELES, S., (2008), “La naturaleza del razonamiento jurídico según Carlos Santiago Nino”, en C. Rosenkrantz y R. L. Vigo (Comp.), *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*, Fontamara.
- BÖHMER, M. (2008), “Iguales y traductores. La ética del abogado en una democracia constitucional”, en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (Coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires.
- BOUZAT, G (2008), “El derecho como un sistema de razones para la coacción”, en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (Coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires.
- BRATMAN, M. E., (1999), *Faces of intention. Selected essays of intention and agency*, Cambridge University Press, New York.
- CANCIO MELIÁ, M., (2013), «Psicopatía y Derecho penal: algunas consideraciones introductorias», *Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer s.l./Editorial B de f, Madrid.
- CANO VALLE, F., *Bioética. Temas humanísticos y jurídicos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 2005.
- CAVANAUGH, T.A. (2006), *Double-Effect Reasoning: Doing Good and Avoiding Evil*, Oxford: Clarendon Press.
- CELA CONDE, C. J., (2009), “Naturaleza y dignidad humana”, en Maria Casado (Coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO*, Civitas, Madrid.
- CELANO, B., (2009), “¿Son las creencias razones para la acción?”, en *Derecho, justicia y razones. Ensayos 2000-2007*, trad. A. Greppi y F. J. Laporta, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- COLEMAN, J., (1998), “Incorporationism, convencionality and practical difference thesis”, en *Legal Theory*, 4.
- COLOMER MARTÍN-CALERO, J. L., (1995), *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- COLÓN-RÍOS, J. I., (2013), *La constitución de la democracia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- COPP, D., (2013), “Is constructivism an alternative to moral realism”, en C. Bagnoli, *Constructivism in ethics*, Cambridge University Press, United Kingdom.
- COSSÍO DÍAZ, J. R., (2007), “Influencias de la Suprema Corte en la consolidación de la democracia en México”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales constitucionales y consolidación de la democracia*, México.
- COURTIS, C., (2008), “Tres discusiones sobre derechos sociales”, en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (Coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires.
- CRUZ, L. M., (2005), *La Constitución como orden de valores*, Comares, Granada.

- DANTO, A. (1981), *Acciones básicas*, trad. J. A. Robles, Cuadernos de Crítica, No. 10, México.
- DAVIDSON, D., (1995), *Ensayos sobre acciones y sucesos*, trad. Olberth Hansberg, et. al., Crítica, Barcelona.
- DE DOMINGO, T., (2011), “La teoría de la justicia del neoconstitucionalismo: los derechos fundamentales como núcleo del bien común”, en *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Antonio-Luis Martínez-Pujalte y Tomás de Domingo, Comares, Granada.
- DEMETRIO CRESPO, E., (2013), «“Compatibilismo humanista”: Una propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho Penal», *Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer s.l./Editorial B de f, Madrid.
- (2011), “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, abril.
- DERRIDA, J., (1997), *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, tecnos, Madrid.
- DEVLIN, (2010), *La imposición de la moral*, Dykinson, Madrid.
- DWORKIN, R., (1993), *Ética privada e igualitarismo político*, Paidós, Barcelona.
- (2004), “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, en Harold Hogju Koh y Ronald C. Slye, (Comp.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona.
- (2010), “Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales”, en Miguel Carbonell y Leona Garcia Jaramillo (Eds), *Canon Neoconstitucional*, trota, Madrid.
- DUSSEL, E., (2002) *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, 4ª trota, Madrid.
- ELSTER, J., (2001), *Democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.
- (2007), *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Kats, Buenos Aires.
- ELSTER, J., y RUNE S., (1999), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México.
- ENGSTROM, S. (2013), “Constructivism and practical knowledge”, en C. Bagnoli (ed), *Constructivism in ethics*, Cambridge University Press, United Kingdom.
- ESTLUND, D., (2011), *La autoridad democrática. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- FARRELL, M. D., (1992), *La filosofía del liberalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1994), *Métodos de la ética*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- (1998), *El derecho liberal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- (2000), “El alcance (limitado) del multiculturalismo”, en Ma. Julia Bertomeu, et. al., *Universalismo y multiculturalismo*, Eudeba, Buenos Aires.
- (2004), “Autonomía y consecuencias”, en Harold Hongju Koh y Ronald C. Slye, (comp), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona.
- (2008), “Nino, la democracia y el utilitarismo”, en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (Coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., (2012), «Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?»,

---(Ed.), (2011), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Civitas/thomson Reuters, Madrid.

FERRAJOLI, L., (2000), *Derecho y razón. Garantismo penal*, trad. Andrés Perfecto, et. al., trota, Madrid.

FERRERES COMELLA, V., (2005), *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

---(2010), “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática”, en Miguel Carbonell y Leona Garcia Jaramillo (Eds), *Canon Neoconstitucional*, trota, Madrid.

FINNIS, J. (2012), “Sobre los caminos de Hart: el derecho como razón y como hecho”, en K. Grant, C. Hatzistavrou (Comps.), *El legado de H. L. A. Hart. filosofía jurídica, política y moral*, Marcial Pons, Madrid.

--- *Ley natural y derechos naturales*, Abeleiro Buenos Aires.

FINLAYSON, J G. y F. Freyenhagen, (2011), *Habermas and Rawls: disputing the political*, Routledge, New York.

FITZPATRICK, W. J., (2013), “How not to be an ethical constructivist: a critique of Korsgaard’s neo-Kantian constitutivism”, en C. Bagnoli, *Constructivism in ethics*, Cambridge University Press, United Kingdom.

FRANKFURT, H. G., (2006), “El problema de la acción”, en *La importancia de lo que nos preocupa. Ensayos filosóficos*, Katz, Buenos Aires.

GARCÍA FIGUEROA, A., (1998), *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

GARCÍA MANRIQUE, R., (2009), “La dignidad y sus menciones en la declaración”, en Maria Casado (Coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO*, Civitas, Madrid.

GARCÍA MORALES, A., (2005), “México. La Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado”, en Rubén Ruiz Guerra (Coord.), *Entre la memoria y la justicia. Experiencias latinoamericanas sobre Guerra Sucia y defensa de Derechos Humanos*, UNAM.

GARCÍA RUÍZ, P. E., (1999), “Constructivismo ético y teleología del bien Rawls y Ricoeur sobre lo justo”, en *Signos Filosóficos*, vol. I, núm. 2, julio-diciembre, México.

---(2003), *Filosofía de la liberación en el pensamiento de Enrique Dussel*, Driada, México.

GARGARELLA, R. (1996), *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder*, Ariel, Barcelona.

---(2009), *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona.

---(2008), “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: El “constitucionalismo popular” frente a la teoría de Carlos Nino”, en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (Coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires.

---(2010), “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes. El «constitucionalismo popular» frente a la teoría de Nino”, en Miguel Carbonell y Leona Garcia Jaramillo (Eds), *Canon Neoconstitucional*, trota, Madrid.

---(2011), *La constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo XXI, Buenos Aires.

---(2013), “Prólogo”, al libro de Carlos Nino, *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*, Siglo XXI, Buenos Aires.

- (2014), *Por una justicia dialógica. El poder Judicial como promotor de la liberación democrática*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- GARGARELLA, R., MARTÍ, J.L., y OVEJERO, F., (2004), *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*, Paidós, Barcelona.
- GARZÓN VALDÉS, E., (2000), “¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?”, en Ma. Julia Bertomeu, et. al., *Universalismo y multiculturalismo*, Eudeba, Buenos Aires.
- GAUTHIER, D., (1994), *La moral por acuerdo*, Alcira Bixio, Gedisa, Barcelona.
- GOLDMAN, A. I., (1970), *A theory of human action*, Prentice-Hall Inc, New Jersey.
- GÓMEZ MARTÍN, V., (2007), *El Derecho penal de autor desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de Derecho penal de varias velocidades*, tirant lo blanch, Valencia.
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., (2004), *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, tirant lo blanch, Valencia.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., (1995), *Acción y norma en G.H. Von Wright*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid,
- GRANT, K. y C. HATZISTAVROU (Comps.), *El legado de H. L. A. Hart. filosofía jurídica, política y moral*, Marcial Pons, Madrid,
- GRICE, G. R., (1978), “Motive and reason”, en J. Raz, (comp.), *Practical Reasoning*, Clarendon Press, Oxford.
- GUARIGLIA, O., (1992), *Ética y política según Aristóteles. II. El bien, las virtudes y la polis*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.
- (1996), *Moralidad. Ética universalista y sujeto moral*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- (1997), *La ética en Aristóteles o la moral de la virtud*, Eudeba, Buenos Aires.
- (2004), “Kantismo”, en Victoria Camps/Osvaldo Guariglia/Fernando Salmeron, (ed), *Concepciones de la ética*, Trotta, Madrid.
- (2010), *En camino de una justicia global*, Marcial Pons, Madrid.
- HABERMAS, J. (1991), *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Paidós, Barcelona.
- (1998), “Reconciliación y uso público de la razón”, en Jürgen Habermas/John Rawls. *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós I.C.E./U.A.B., Barcelona.
- (1998), «Razonable» versus «verdadero», o la moral de las concepciones del mundo”, en Jürgen Habermas/John Rawls. *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós I.C.E./U.A.B., Barcelona.
- (1999), *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, Barcelona.
- (2000), *Facticidad y validez*, trad. Manuel Jiménez Redondo, trotta, Madrid.
- (2000a), *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, trad. Abat Pere Fabra, et. al., Paidós, Barcelona.
- (2002), *Verdad y justificación. Ensayos filosóficos*, trad. Pere Fabr y Lui Díez, trotta, Madrid.
- (2012), *La constitución de Europa*, trotta, Madrid.
- HARE, R. M., (1981), *Moral thinking. Its levels, method and point*, Clarendon Press, Oxford, New York.
- (1999), *Ordenando la ética. Una clasificación de las teorías éticas*, Ariel, Barcelona.
- (1975), *El lenguaje moral*, Instituto de Investigaciones Filosóficas/UNAM, México.
- HART, H. L. A., (1994), *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

- (1983), *Essays in jurisprudence and philosophy*, Clarendon Press, Oxford.
- (2006), *Derecho, libertad y moralidad*, trad. Miguel Ángel Ramiro Avilés, Dykinson, Madrid.
- (1980), «Postcrip», a la 2ª ed., *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrío, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- HEDRICK, T., (2010), *Rawls and Habermas. Reason, pluralism and the claims of political philosophy*, Stanford University Press, California.
- HEFENDHL, R., (2007), (Ed.), *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. Rafael Alcacer, et. al, Marcial Pons, Madrid,
- HERRERA GÓMEZ, M., (2007), *Liberalismo versus comunitarismo. Seis voces para un debate y una propuesta*, Aranzadi, Pamplona.
- HÖFFE, O., (1986), *Immanuel Kant*, trad. Diorky, Herder, Barcelona.
- HUME, D., (2002), *Tratado de la naturaleza humana*, Ed. Preparada por Félix Duque, Tecnos, Madrid.
- HUSAK, D., (2013), *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal*, trad. Rocío Lorca Ferreccio, Marcial Pons, Madrid.
- IGLESIAS VILA, M. (2008), “¿Es realmente supérfluo el derecho? Justicia política e insularidad del razonamiento jurídico”, en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (Coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires.
- JAÉN VALLEJO, M., (1994), *El concepto de acción en la dogmática penal*, Colex, Madrid.
- JIMÉNEZ CANO, R.M., *Democracia sin motivos*, Dykinson, Madrid.
- KYMLICKA, W., (1995), *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, trad. Roberto Gargarella, Ariel, Barcelona.
- (2004), “La tradición del contrato social”, en P. Singer (ed), *Compendio de ética*, trad. Julio Vigil et. al., Alianza, Madrid.
- KRIEGL, U., (2011), *The sources of intentionality*, Oxford University Press, New York.
- KUKATHAS, C. y P. Pettit, (2004), *La teoría de la justicia de John Rawls y sus críticos*, trad. Miguel Ángel Rodilla, tecnos, Madrid.
- LEBAR, M., (2013), “Constructivism and particularism”, en C. Bagnoli (ed), *Constructivism in ethics*, Cambridge University Press, United Kingdom.
- LEYVA, G. (Ed.), (2008), *Filosofía de la acción*, Universidad Autónoma de México y Editorial Síntesis, Madrid.
- LOCKE, D., (1982), “Beliefs, desires and reasons for action”, *American Philosophical Quarterly*, Vol. 19, No. 3, July.
- LORENZO IZQUIERDO, D., (2007), *Comunitarismo contra individualism. Una revisión de los valores de occidente desde el pensamiento de Alasdair MacIntyre*, Aranzadi, Pamplona.
- LUQUE, P., (2014), *De la Constitución a la moral*, Marcial Pons, Madrid.
- LUZÓN PEÑA, D. M., (2012), “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, julio.
- MACCORMICK, N., (2010), *H. L. A. Hart*, Marcial Pons, Madrid.
- MACINTYRE, A., (2001), *Justicia y racionalidad*, 2ª Ed., trad., Alejo José G. Sison, Eunsa, Pamplona.

- MALEM, J., (1996), “De la imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart”, en *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, N°. 4.
- MANRIQUE PÉREZ, M.L., (2012), *Acción, dolo eventual y doble efecto. Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*, Marcial Pons, Madrid.
- MARTÍ, J. L., (2006), *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid.
- (2006a), “The epistemic conception of deliberative democracy defended. *Reasons, rightness and equal political autonomy*, en *Deliberative democracy and its discontents*, Ashgate Publishing, Great Britain.
- (2008), “Un callejón sin salida. La paradoja de las precondiciones (de la democracia deliberativa) en Carlos S. Nino”, en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (Coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires.
- MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., (1985) *La teoría de la justicia en John Rawls*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., (1997), *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- MASSINI CORREAS, C. I., (2005), *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.
- MELKEVIK, B., (2006), *Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- MELE, A. R., (2010), “Intention”, en Timothy O`Connor and Constantine Sandis, (Ed.), *A companion to the philosophy of action*, Wiley-Blackwell, Singapore.
- MONTERO, J., (2008), “¿Cómo judicializar los derechos económicos y sociales en una democracia deliberativa?”, en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (Coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires.
- (2006), “La concepción de la democracia deliberativa de C. Nino: ¿populismo moral o elitismo epistemológico?”, en DOXA, No. 29.
- MORAL SORIANO, L., (2002), *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid.
- MORSE, S. J./A. L. Roskies (Ed.), (2013), *A primer on criminal law and neuroscience*, Oxford University Press, New York.
- MOYA, C. J., (2006), *Filosofía de la mente*, 2ª ed., Universitat de València, Valencia,
- (2011), “Razones y causas: Nuevas perspectivas”, en D. Pérez Chico y L. P. Rodríguez Suárez (eds.), *Explicar y comprender*, Plaza y Valdés Editores, Madrid.
- NAGEL, T., (2004), *La posibilidad del altruismo*, trad. Ariel Dirón, Fondo de Cultura Económica, México.
- (2004a), “Los derechos personales y el espacio público”, en Harold Hongju Koh y Ronald C. Slye, (comp), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona.
- NERI GUAJARDO, P., (2009), “Informe Nacionales sobre México”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds), *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Adenauer, Montevideo.
- NUSSBAUM, M., (2003), "Capabilities and Human Rights", en Brooks, Richard O. y Murphy, James Bernard (eds.), *Aristotle and Modern Law*, Ashgate Dartmouth.
- (2007), *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*, Barcelona, Paidós.



- O'CONNOR, T. y C. SANDIS, (Ed.) (2010), *A companion to the philosophy of action*, Wiley-blackwell, Singapore, United Kingdom.
- OQUENDO, A. R., "Democracia deliberativa en Nino y Habermas", en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (Coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires.
- ORTIZ FLORES, J. (2008), "La interpretación constitucional en Carlos Nino: una primera aproximación", en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (Coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires.
- ORTIZ MILLÁN, G., (2008), "Naturalismo y racionalidad práctica en la teoría de la acción de Hume", en G. Leyva (Ed.), *Filosofía de la acción. Un análisis histórico-sistemático de la acción y la racionalidad práctica en los clásicos de la filosofía*, Universidad Autónoma Metropolitana/Sintesis, Madrid.
- PARFIT, D., (2004), *Razones y personas*, trad. Mariano Rodríguez González, Antonio Machado Libros, Madrid.
- (2004), *Personas, racionalidad y tiempo*, trad. Manuel Cruz, Sintesis, Madrid.
- Pelayo González-Torre, A., (2009), *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Comares, Granada.
- PÉREZ DAZA, A., (2009), *Identidad personal. Problemas bioéticos y jurídicos sobre la clonación humana*, Tesis de Maestría, Inédita.
- (2014), La neuroimagen ¿Prueba para comprender y entender las acciones humanas frente un crimen?, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Número Extraordinario. Jornadas del XX Aniversario, Bilbao.
- PÉREZ DE LA FUENTE, O. (2005), *La polémica liberal comunitarista. Paisajes después de la batalla*, Dykinson, Madrid.
- (2005a), *Pluralismo cultural y derechos de las minorías. Una aproximación iusfilosófica*, Dykinson, Madrid.
- PÍA LARA, M., (1992), *La democracia como proyecto de identidad ética*, Anthropos, Barcelona.
- PINCIONE, G. (2008), "Tres malentendidos sobre la elección racional y el juicio moral", en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (Coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires.
- PINTO, M., (2008), "Los derechos humanos, económicos, sociales y culturales", en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (Coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires.
- PORTILLA CONTRERAS, P., (2007), *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, tirant lo blanch, Valencia.
- PRIETO SANCHÍS, L., (2003), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, trota, Madrid.
- (2013), *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, trota, Madrid.
- RABOSSA, E., (1976), *La justificación moral del castigo*, Astrea, Buenos Aires.
- (1979), *Estudios éticos. Cuestiones conceptuales y metodológicas*, Valencia, Venezuela.
- RAWLS, J., (2002), *Teoría de la justicia*, 3ª reimpresión trad. María Dolores González, Fondo de Cultura Económica, México.
- (2004), *Liberalismo político*, trad. Antoni Domènech, Crítica, Barcelona.

- (2002), *La justicia como equidad. Una reformulación*, trad. Andrés de Francisco, Paidós, Barcelona.
- (2002a), *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, 3ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica.
- (2002b), *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, trad. M. A. Rodilla, tecnos, Madrid.
- RAZ, J., (2013), “Razonando con reglas”, en *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*, trad. E. Sánchez Brigido, Marcial Pons, Madrid.
- (1991), *Razón práctica y normas*, trad. Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (2001), *La ética en el ámbito público*, trad. María Luz Melón, Gedisa, Barcelona.
- REDONDO, M. C., (1996), *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- RICHARDS, (1971), *A theory of reasons for action*, Oxford.
- RIVERA LÓPEZ, E., (2008), “Reflexiones sobre el cuatrilema del consecuencialismo”, en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (Coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires.
- REATH, A., (2006), *Agency and autonomy in Kant's moral theory*, Clarendon Press Oxford.
- REDONDO, M. C., (1996), *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- RIOPÉREZ, M., (2006), *El jurista ante el trasplante de órganos. Régimen jurídico administrativo*, Granada, Comares.
- ROCA, V., (2005), *Derecho y razonamiento práctico en Carlos S. Nino*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- (1991), *Razón práctica y normas*, trad. Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- RÓDENAS CALATAYUD, A. (1991), “Sobre la justificación de la democracia en la obra de Carlos S. Nino”, *DOXA*, No. 10.
- RODRÍGUEZ REINARES, L., Moral y Derecho en C. S. Nino (Principio de autonomía-fundamento de tolerancia), en *Revista Derechos y Libertades*, Año II, No. 5, Julio-Diciembre, Madrid, 1995.
- ROMEO CASABONA, C. M., (1979), *Los trasplantes de órganos. Informe y documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplante de órganos*, Bosch Casa Editorial, Barcelona.
- (2013), «Presupuestos biológicos y culpabilidad penal», *Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer s.l./Editorial B de f, Madrid.
- ROSENKRANTZ, Carlos, (2004), “La teoría epistémica de la democracia revisitada”, en Harold Hongju y Ronald C. Slye (Coord.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona.
- (2004a), “Prólogo” al libro de Seleme, Hugo, O., *Neutralidad y justicia. En torno al liberalismo político de John Rawls*, Marcial Pons, Madrid.
- RUÍZ MIGUEL, A. (1997), “Derecho y punto de vista moral”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV.
- (2000), “Modelo americano y europeo de justicia constitucional”, *DOXA*, No. 23.
- (2004), “Constitucionalismo y democracia”, *Isonomía*, No. 21, Octubre.

- (2004a), “La teoría epistémica de la democracia revisitada”, en Harold Hogju Koh y Ronald C. Slye, (Comp.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona.
- SANCHÍS PRIETO, L., (2007), “Derecho y moral en la época del constitucionalismo jurídico”, en *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, No. 10, jul-dic.
- SANDEL, M., (2000), *El liberalismo y los límites de la justicia*, trad. María Luz Melon, Gedisa, Barcelona.
- SANDIS, C. (2009), *New essays on the explanation of action*, Pelgrave Macmillan, New York.
- (2012), *The things we do and why we do them*, Pelgrave Macmillan, New York.
- SCANLON, T. M., (2003), *Lo que nos debemos unos a otros*, trad. Ernest Weikert, Paidós, Barcelona.
- (2004), “Castigo penal e imperio de la ley”, en Harold Hogju Koh y Ronald C. Slye, (Comp.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona.
- (2010), “The appeal and limits of constructivism”, en J. Lenman y Y. Shemmer, *Constructivism in practical philosophy*, Oxford University Press, United Kingdom.
- (2013), *Las dimensiones morales: permisibilidad, significado y culpabilidad*, trad. Antonio Gaitán Torres, Avarigani Editores, Madrid.
- SEGOVIA, J. F., (2008), *Habermas y la democracia deliberativa. Una «utopía» tardomoderna*, Marcial Pons, Madrid.
- SENSEN, O., (2013), “Kant’s constructivism”, en C. Bagnoli, *Constructivism in ethics*, Cambridge University Press, United Kingdom.
- SERNA, P. y TOLLER, F., (2000), *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, La Ley, Buenos Aires.
- SIECKMANN, J. R., (2008), “La autonomía moral”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 31. consultada el 10 de abril de 2014, en la página [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/19326/1/Doxa\\_31\\_28.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/19326/1/Doxa_31_28.pdf).
- (2012), *The logic of autonomy. Lay, morality and autonomous reasoning*, Hart Publishing, Great Britain.
- SECTOR, H., (2008), “Democracia y control de constitucionalidad: Una tensión aparente”, en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (Coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/La Ley, Buenos Aires.
- SHAPIRO, I., (1997), “Elementos de la justicia democrática”, *DOXA*, No. 20.
- SUÁREZ LLANOS, M. L., (2001) *La «teoría comunitarista» y la filosofía política. Presupuestos y aspectos críticos*, Universidad de Oviedo/Dykinson, Madrid.
- STEVENSON, C., (1979), *Ética y lenguaje*, trad. Rabossi, Paidós, Buenos Aires.
- (1985), “Significado, descriptivo y emotivo”, en *Ética y análisis. Volumen I*, Edición a cargo de Eduardo Rabossi y Fernando Salmerón, trad. Fernanda Navam, UNAM, México.
- (1965) “El significado emotivo de los términos éticos”, en A. J. Ayer, *El positivismo lógico*, trad. L. Aldama, et. al. Fondo de Cultura Económica, México.
- STERN, R., (2013), “Moral skepticism, constructivism, and the value of humanity”, en C. Bagnoli, *Constructivism in ethics*, Cambridge University Press, United Kingdom.
- (2012), “Constructivism and the argument from autonomy”, en J. Lenman y Y. Shemmer, *Constructivism in practical philosophy*, Oxford University Press, United Kingdom.

- TAYLOR, C., (2010), *Hegel*, trad. Francisco Castro Merrifield, Anthropos/Universidad Iberoamericana/Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona.
- (1993), “Propósitos cruzados: El debate liberal-comunitario”, en Nancy L. Rosemblum (dir.), *El liberalismo y la vida moral*, trad. Horacio Pons, Nueva Visión, Buenos Aires.
- TORRALBA LÓPEZ, J. M., (2005), *Acción intencional y razonamiento práctico según G.E.M. Anscombe*, Universidad de Navarra, Pamplona.
- VALLESPÍN, F., (1998), “Introducción”, en *Jürgen Habermas/John Rawls. Debate sobre el liberalismo político*, Paidós I.C.E./U.A.B., Barcelona.
- VAZQUEZ, R., (2010), “Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario”, en Miguel Carbonell y Leona Garcia Jaramillo (Eds), *Canon Neoconstitucional*, trota, Madrid.
- VERNENGO, R., (1987), “Relativismo ético y justificaciones morales”, *DOXA*, No. 4.
- VILLAVICENCIO MIRANDA, L., (2009), “Comunitarismo versus liberalismo: Hegel contra Kant 200 años después”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, Nº. 4, 2009, Madrid.
- VINCENT, N. A., (Ed), (2013), *Neuroscience and legal responsibility*, Oxford Univesity Press, New York.
- WALLACE, R. J., (2012), “Constructivism about normativity: Some Pitfalls”, en J. Lenman y Y. Shemmer, *Constructivism in practical philosophy*, Oxford University Press, United Kingdom.
- WALDRON, J., (2005), “Moral autonomy and personal autonomy”, en J. Christman and J. Anderson (eds.), *Autonomy and the challenges to liberalism. New Essays*, Cambridge University Press, New York.
- WALOCHOUW, (2007), *Positivism jurídico incluyente*, trad. Marcela S. Gil y Romina Tesone, Marcial Pons, Madrid.
- WHITE, A. R., (1976), *La filosofía de la acción*, Fondo de Cultura Económica, México.