

EL CONCEPTO DE PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y LA JUSTIFICACION JURIDICA

CARLOS SANTIAGO NINO

Hay muchos motivos para rendir homenaje a Genaro R. Carrió. Quienes lo conocemos bien estamos permanentemente deslumbrados por su integridad moral, su aguda inteligencia, su generosidad, su brillante manejo del lenguaje, su coraje para defender los principios que sustenta, su ingenio y sentido del humor. En esta lista, inevitablemente incompleta, de virtudes personales he mezclado deliberadamente las de índole intelectual con las de naturaleza moral, puesto que lo que distingue a Carrió es, precisamente, haber puesto las notables facultades de su intelecto al servicio, no de la acumulación de cargos públicos, cátedras, o sillones académicos, sino del esclarecimiento de importantes cuestiones teóricas, de la formación de profesionales e investigadores en derecho y filosofía, y sobre todo del triunfo de causas justas, tales como la efectiva vigencia de los derechos individuales básicos. En relación con este último punto, es digno de destacar que Carrió es uno de los pocos liberales argentinos que muestran una preocupación constante por preservar una considerable coherencia de actitudes, lo que conduce, naturalmente, a tomar conciencia de que la concepción liberal de la sociedad no se manifiesta principalmente en fenómenos como el funcionamiento del mercado de cambios sino en aspectos más centrales de la vida comunitaria.

Pero un homenaje a Carrió debe ser necesariamente parco en la descripción de los rasgos valiosos de su personalidad. Co-

mo él mismo me ha enseñado —aunque en circunstancias har- to diferentes¹— el mejor cumplido que se puede hacer a un pensador es someter a análisis crítico sus ideas, sobre todo en un medio como el nuestro que se caracteriza por la escasa aten- ción que se presta a lo que en él mismo se publica.

I

La monografía de Carrió *Sobre los límites del lenguaje normativo*² es una muestra no sólo de la profundidad de su pen- samiento y del brillo de su estilo sino también de sus preocu- paciones teóricas principales. En ella confluyen, por un lado, su interés por la teoría general del derecho y la filosofía del lenguaje y, por el otro, su vocación por la teoría y el derecho constitucional.

En esta obra Carrió se concentra en el concepto de poder constituyente originario que ocupa un lugar central en la teoría y práctica del derecho constitucional. Su objetivo es mostrar que ésta es una noción lógicamente espuria y que su empleo en diferentes contextos genera confusiones perniciosas. Carrió ex- pone las falacias y errores que se desarrollan alrededor de este concepto como un caso de transgresión de ciertos límites del len- guaje normativo, transgresión que ilustra también con otros ejemplos de diferente índole.

Aunque estoy básicamente de acuerdo con Carrió en que es- tamos frente a un serio trastorno conceptual que afecta el pensa- miento de juristas y jueces, me animo a sugerir un diagnóstico parcialmente divergente, lo que probablemente genere diferen- cias en cuanto al tratamiento adecuado para combatir ese tras- torno. Antes de exponer mis opiniones al respecto, voy a de- dicar el resto de esta sección a mostrar muy brevemente la im- portancia de este concepto de poder constituyente originario en nuestra vida institucional y a dar cuenta sintéticamente de las críticas a que Carrió lo somete.

¹ Ver su magnífico prólogo crítico a mi monografía *El concurso en el derecho penal*, Buenos Aires, Astrea, 1972.

² Buenos Aires, Astrea, 1973.

En las naciones con regímenes políticos inestables hay más ocasiones que en otras para que se plantee la cuestión de la competencia para dictar normas jurídicas de órganos cuyo ori- gen no puede fácilmente rastrearse en otras normas del sistema jurídico. En nuestro país, la cuestión fue planteada reiterada- mente ante los tribunales, los cuales, con la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la cabeza, fueron desarrollando una doctrina —llamada “de los gobiernos de facto”— que, desde 1865 en adelante fue ampliándose para reconocer cada vez ma- yores facultades a los gobiernos surgidos de golpes de estado. Desde el reconocimiento a esos gobiernos de las atribuciones que la Constitución de 1853 asigna al Poder Ejecutivo se fue pasan- do a admitir algunas facultades que corresponden al Poder Le- gislativo, a aceptar luego el ejercicio de todas las atribuciones legislativas, y hasta finalmente consentir la autoatribución del poder constituyente por parte de los gobiernos de hecho. Este desarrollo ha desembocado, entonces, en el reconocimiento de que un órgano o un conjunto de órganos tiene competencia ju- rídica para modificar, al menos transitoriamente, las normas cons- titucionales básicas de nuestro sistema, no obstante que esa com- petencia no deriva de las reglas de la Constitución hasta ese mo- mento vigente. En otras palabras, la doctrina de los gobiernos de facto ha culminado con el reconocimiento de que ellos de- tentan un poder constituyente originario^{2 bis}.

Como lo muestra Carrió, la idea de que en una sociedad organizada hay alguien que detenta el poder constituyente ori- ginario —por ejemplo, el pueblo en su conjunto— tiene una vie- ja prosapia en el pensamiento constitucional. Carrió exhibe, con agudeza no exenta de humor, las afirmaciones extrañas que sesudos pensadores formulan al analizar este concepto, lo que es signo de que su estructura es poco clara y posiblemente defec- tuosa. ¿Cuál es la falla que vicia esta construcción teórica?

^{2 bis} Ver una descripción más detallada de la evolución de la doc- trina de los “gobiernos de facto” en nuestro país, en Carlos Valiente Noai- lles, *Manual de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, F.O.J., 1970, págs. 13 a 22.

En un pasaje de su monografía³ Carrió sugiere que esa falla consiste en el carácter *ilimitado* que se atribuye a la competencia del titular del poder constituyente originario. Sostiene que una competencia total e ilimitada es inconcebible, puesto que el concepto de competencia "funciona informativamente, por decirlo así, con un trasfondo de incompetencias"⁴.

Este argumento me parece inconcluyente, al menos en la forma en que está presentado, y no creo que, de cualquier modo, juegue un papel central en el análisis crítico de Carrió. No hay aparentemente inconvenientes a priori para concebir un órgano al que ciertas normas le concedan competencia total e ilimitada para dictar otras normas. Tradicionalmente se ha pensado que el Parlamento británico tiene una competencia de esa índole (que, según el dicho corriente, sólo se detiene ante la imposibilidad de hacer una mujer de un hombre y un hombre de una mujer), y no se ve cuáles son las limitaciones *jurídicas* a que estaría sometida la competencia del órgano complejo que, según la Constitución Nacional de 1853, está facultado para reformarla (aunque hay, por supuesto, ciertas opiniones en favor de la "rigidez" de algunas de sus cláusulas). Los inconvenientes a que apunta Carrió no parecen tener que ver con la idea de una competencia ilimitada sino con la idea misma de competencia originaria.

Se podría, no obstante, aducir que ambas ideas están vinculadas del siguiente modo: No hay normas permisivas o de competencia que sean autónomas, sino que los permisos o competencias siempre derivan de excepciones a reglas prohibitivas o de obligación. Por lo tanto, algo le tiene que estar prohibido a un órgano para que tenga sentido decir que hay una excepción a esa prohibición respecto de la posibilidad de regular ciertos actos, de modo de considerarlo competente para dictar normas en esa materia. Pero un órgano con competencia originaria no está aparentemente sometido a prohibiciones u obligaciones; si lo estuviera, sería el órgano competente para dictar tales prohibiciones el que le habría concedido competencia al primero al

³ Págs. 48/9.

⁴ Pág. 49.

limitarlas con excepciones; en tal caso, este órgano no tendría competencia originaria. Por consiguiente, un órgano que no está sometido a prohibiciones no goza de competencias.

La posición precedente recurre a la compleja cuestión del carácter de las normas permisivas y de competencia. Hay dos buenas razones para rehuir su tratamiento aquí: La primera es que los escépticos acerca de las normas permisivas no parecen dispuestos a extender ese escepticismo a las normas de competencia (lo que, dadas las analogías entre ambas clases de normas, puede servir de base a una objeción contra esa posición)⁵, y, en todo caso, no han presentado una reconstrucción plausible de un sistema jurídico —que explique, por ejemplo, la pertenencia de normas al sistema y las relaciones entre normas de distinto nivel— sin recurrir a tales normas de competencia. La segunda razón es que por ahora estamos tratando de detectar qué encuentra de malo Carrió en el concepto de competencia originaria, y la precedente no parece ser una interpretación adecuada ya que difícilmente Carrió se incline por una concepción que reduzca las normas de competencia a normas prohibitivas^{5 bis}. De cualquier modo, luego veremos que el presupuesto de esta réplica —que los órganos con competencia originaria no pueden estar sometidos a prohibiciones— es erróneo.

De modo que si la idea de una competencia originaria es defectuosa ello debe, presumiblemente, serlo por razones ajenas a su eventual carácter ilimitado. La razón principal que ofrece Carrió es tan simple y contundente que parece extraordinario que corrientemente sea pasada por alto, lo que, como es obvio, realza la importancia del aporte de Carrió. En la misma frase en que alude a la inconcebibilidad de una competencia ilimitada Carrió dice: "La idea de una competencia sin reglas de las que derive es algo así como la de un hijo sin padres..."⁶. Carrió no abunda mucho más en la explicación de esta

⁵ Ver Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia, Universidad de Carabobo, 1980, pág. 57.

^{5 bis} Ver su posición contraria a intentos de reducir las normas jurídicas a una o pocas categorías en *Sobre el concepto de deber jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, pág. 47.

⁶ *Op. cit.*, pág. 49.

objeción, pero no es muy aventurado articularla de este modo: La noción de una competencia originaria o de un poder originario para dictar normas es autocontradictoria —como la de un hijo sin padres— puesto que “competencia” o “poder” son términos que aluden a la existencia de normas que estipulan ciertas facultades, y el adjetivo “originario” está precisamente destinado a negar la existencia de tales normas. De este modo, se pretende emplear un concepto de índole normativa en contextos en que, por hipótesis, las normas están ausentes.

Carrió arguye convincentemente que en la difusión de esta noción de poder constituyente originario —o sea de aplicación ilegítima del concepto de competencia jurídica a casos de órganos “soberanos”— debe haber jugado un papel importante el equívoco que suele generarse por la ambigüedad de la palabra “poder” —que, por un lado, alude a la posibilidad fáctica de realizar ciertos actos u obtener determinados resultados (como la obediencia de la gente) y, por el otro, hace referencia a una facultad o atribución otorgada por normas. Este equívoco favorece, según Carrió, que se cometa inadvertidamente una falacia del tipo de la que a veces ha sido descrita como “falacia naturalista”: del hecho de que alguien tenga el poder fáctico de dictar normas que la gente obedece se infiere que tiene el poder normativo o la facultad para hacerlo. Carrió rechaza⁷ la posible réplica de que éste es, en realidad, un razonamiento entimemático por presuponer, como premisa implícita, una norma que establece la conexión entre el poder fáctico y el poder normativo: el principio de efectividad del derecho internacional consuetudinario, especialmente destacado por Kelsen. Su contraargumento es que este principio establece cómo deben comportarse los demás frente a una revolución triunfante, lo que es muy diferente a conceder competencia para hacer revoluciones (incidentalmente, esto excluye otra posibilidad de reducción de las normas de competencia a normas prohibitivas, lo que refuerza la atribución a Carrió de una posición contraria a tal reducción).

⁷ *Op. cit.*, pág. 81 y sigtes.

En definitiva para Carrió el empleo del concepto de poder constituyente originario es un caso de transgresión de los límites externos del lenguaje normativo, pues se pretende emplear los conceptos normativos de poder o competencia sin acudir a normas; lo mismo ocurriría si uno empleara los conceptos de obligación o derecho sin tener presente alguna norma.

II

Es posible que alguien, que podría ser llamado “el moralista”, ensaye la siguiente observación frente al análisis precedente del concepto de poder constituyente originario:

El empleo del concepto cuestionado por parte de jueces y juristas envuelve ciertamente una transgresión a un “límite del lenguaje normativo”, pero se trata de una transgresión diferente de la que se ha señalado: Ella consiste en traspasar el límite interno entre el lenguaje normativo *jurídico* y el lenguaje normativo *moral*. Los juristas y jueces han construido un concepto que aparentemente denota una especie de competencia jurídica para dictar normas —análoga a la de los poderes constituidos y a la del poder constituyente derivado—, cuando, en realidad, el concepto es empleado de tal modo, que sólo puede aludir a una facultad o competencia de índole moral. No es exacto que estemos frente a una aplicación del concepto de competencia a situaciones en las que no hay normas. Las normas a las que se alude implícitamente cuando se habla de la competencia de órganos “soberanos” no son normas jurídicas sino principios de una cierta moral ideal que quien emplea el concepto sustenta. De lo que se trata es, en definitiva, de establecer cuándo está moralmente justificado dictar normas de carácter constitucional no obstante la falta de competencia jurídica (por lo menos hasta ese momento) para hacerlo. Uno podrá coincidir o no con las concepciones valorativas de quienes suelen recurrir al concepto de poder constituyente originario —concepciones que, en general, llevan a atribuir ese poder a quienes detentan el monopolio de la fuerza, cualesquiera que ellos sean—, pero no hay duda de que el uso de esa noción presupone alguna concepción de esa índole. El mismo Carrió⁸ sostiene que este concepto, aunque desprovisto de utilidad teórica, tiene una vital importancia práctica cuando

⁸ *Op. cit.*, pág. 57.

(en contraste con la vinculación recién mencionada con cualquier hecho de fuerza) se lo conecta con la idea de que el titular del poder constituyente es el pueblo, lo que, a través de la carga emotiva que le es propia, promueve la ideología democrática. Pero esto muestra que, independientemente de sus connotaciones emotivas, se trata de una noción que remite a principios ideales de legitimación política. Son estos principios y no normas del derecho nacional o internacional los que hacen de puente entre ciertos datos fácticos —como puede ser el efectivo control de la fuerza estatal— con la conclusión normativa de que ciertos individuos gozan de facultades normativas de índole moral.

Frente a esta objeción a la idea de que la noción de poder constituyente originario padece de algún tipo de contradicción interna parece haber un contrargumento muy obvio —que pondré en boca del “legalista”:

No hay dudas de que, si alguien quiere referirse a la competencia o a las facultades de carácter moral para dictar en forma originaria normas constitucionales, lo puede hacer a su gusto sin incurrir en ninguna contradicción o falsa presuposición. Como los demás conceptos normativos, el de poder o competencia puede ser perfectamente usado tanto en contextos jurídicos como morales (entre varios otros) con tal de que se lo aplique en conexión con normas de una u otra índole. Pero el concepto de poder constituyente originario tal como fue pergeñado y es empleado por juristas y jueces es una noción *jurídica* que pretende cumplir un cierto papel en la explicación del derecho y, sobre todo, en la *justificación jurídica* de actos y decisiones, tales como la decisión judicial, de ampliar ciertas normas constitucionales. Este papel es exactamente el mismo que se satisface con otras aplicaciones de la noción genérica de competencia jurídica, que es empleada en proposiciones de derecho que carecen de toda connotación moral. No se ve por qué los juristas y jueces que usan la noción de poder constituyente originario habrían de invadir un territorio completamente ajeno a sus preocupaciones, que no son éticas o ideológicas sino la de explicar y justificar fenómenos jurídicos. En todo caso, el hecho de que pueda haber una pregunta paralela acerca de la competencia moral del legislador originario podría constituir otro factor —además del que señala Carrió en relación al poder de tipo fáctico— que explique la confusión que genera la pregunta supuestamente espuria sobre la competencia jurídica de ese legislador. Pero es indudable que lo que se predica cuando

se emplea la noción de poder constituyente originario es este último tipo de competencia— y no una de índole moral—, por lo que es importante mostrar que falta el presupuesto básico para poder predicarla correctamente: la existencia de las normas *jurídicas* pertinentes.

Esta respuesta del legalista parece más que suficiente para quitar relevancia a la objeción de nuestro moralista. Tal respuesta aclararía que lo que demuestra Carrió es que el concepto de competencia jurídica no puede aplicarse al legislador originario y que, por lo tanto, el razonamiento jurídico no puede partir de esa predicación de competencia para alcanzar el *mismo tipo de justificación* que se obtiene a través de otras aplicaciones correctas de la misma noción.

Sin embargo, hay ciertas consideraciones que hacen dudar de que la réplica expuesta consiga diluir totalmente la objeción del moralista. Carrió sostiene que el empleo del concepto de poder constituyente originario en un razonamiento suele encerrar la falacia denunciada por Hume de derivar una prescripción de premisas puramente descriptivas. Afirma que esa falacia se pone de manifiesto cuando advertimos que el razonamiento de quienes emplean ese concepto tiene esta estructura⁹:

R1:

1. — En la comunidad C se ha dado el caso de que grupos de hombres, valiéndose de la fuerza, han derrocado presidentes, disuelto legislaturas y destituido jueces.
 2. — Esos actos han tenido éxito; esto es, quienes llegaron al poder por la fuerza fueron reconocidos como autoridades de la comunidad C, y quienes se vieron de ese modo privados del ejercicio de sus cargos dejaron de ser reconocidos como tales.
- Ergo*: Los grupos de hombres protagonistas de tales actos tenían atribuciones (competencia, prerrogativas, etc.) para llevarlos a cabo; la ejecución de esos actos presupone la facultad (atribución, competencia, etc.) de ejecutarlos.

⁹ *Op. cit.*, págs. 80/81.

Creo que está implícito en lo que dice Carrió acerca de este razonamiento que la misma falacia *no* se comete en otras aplicaciones del concepto de competencia jurídica, como cuando se alude a la que detenta el poder legislativo o el poder constituyente derivado. O sea, el empleo del concepto de competencia jurídica no involucraría la falacia naturalista cuando aparece como conclusión de un razonamiento cuyas premisas hacen referencia a la existencia de ciertas normas jurídicas. Veamos esta cuestión en el siguiente razonamiento, R2, que es similar al anterior salvo por su alusión explícita a normas de derecho:

R2:

1. — En la comunidad C se ha dado el caso de que grupos de hombres, valiéndose de la fuerza, han derrocado presidentes, disuelto legislaturas y destituido jueces.

2'. — Esos actos estaban autorizados por la norma jurídica X que fue reconocida en la comunidad C como parte de su derecho vigente.

Ergo: Los grupos de hombres protagonistas de tales actos tenían atribuciones (competencia, prerrogativas, etc.) para llevarlos a cabo.

Este razonamiento R2 sólo difiere relevantemente del presentado por Carrió (además de la supresión de la última frase de la conclusión que es innecesaria para esta argumentación) en lo que hace a la premisa 2'. Mientras que la anterior premisa 2 se refería al éxito de ciertos actos y al reconocimiento de sus consecuencias, la nueva premisa 2' se refiere a la competencia o facultades establecidas por una norma jurídica. Esta diferencia parece crucial, puesto que mientras 2 era sin duda un enunciado fáctico, la nueva premisa 2' parece tener carácter normativo, y, por lo tanto, parece permitir inferir una conclusión del mismo carácter sin cometer la falacia naturalista.

Sin embargo, un somero examen de 2' muestra que no hay tal diferencia entre R1 y R2, ya que esa premisa consiste, al igual que 2, en un juicio *descriptivo* acerca de lo que estipula una norma que goza de cierto reconocimiento y observancia. Es obvio que un juicio acerca de la vigencia de una norma con deter-

minado contenido no es en sí mismo una norma sino un enunciado acerca de datos fácticos: por ejemplo, la realización de ciertos actos lingüísticos por parte de determinadas personas, la ejecución de actos que implican observancia por parte de otras, la imposición de sanciones a quienes se desvían de lo que las primeras han indicado, etcétera.

Una vez que se advierte el carácter descriptivo de 2' puede adoptarse alguna de estas posiciones:

i) Una posibilidad es sostener que, desde que 2' no es tampoco una norma o juicio prescriptivo, el razonamiento R2 es tan inválido como R1, puesto que incurre en la misma falacia de pretender derivar una conclusión de índole normativa de premisas puramente descriptivas. Pero si esto fuera así, habría que admitir que se incurre en la falacia en cuestión no sólo cuando se predica competencia jurídica de un órgano originario o soberano sino también cuando se lo hace respecto de un órgano no originario, o sea delegado. Es decir, aun cuando el juicio de que alguien es jurídicamente competente presuponga —como R2— un juicio verdadero acerca de la existencia de una norma que faculta a realizar actos o a dictar otras normas, esa atribución de competencia sería siempre espuria porque siendo de naturaleza prescriptiva estaría sólo basada en la verificación de ciertos hechos (la vigencia de una norma con determinado contenido).

ii) La otra posición posible consiste en afirmar que el razonamiento R2 no es inválido, no obstante que sus premisas son, como las de R1, puramente descriptivas. Ello sólo puede deberse a la circunstancia de que la conclusión de aquel razonamiento R2 no es, en realidad, prescriptiva sino que es tan descriptiva como las premisas. Las expresiones “competencia”, “atribuciones”, etc., que figuran en la conclusión de R2 tendrían un significado meramente descriptivo (correspondiente al uso de expresiones normativas que Hare llama “entrecomillado”). Dado tal significado, que alguien tenga competencia o atribuciones depende exclusivamente de ciertos hechos, como actos lingüísticos, prácticas sociales, actitudes, etc., (por ejemplo, si alguien dice

"Herodes tenía competencia jurídica para juzgar a Cristo —aunque declinó hacerlo", la verdad o falsedad de su afirmación depende de circunstancias fácticas, asequibles, en principio, a un historiador). En enfatizar que algunos enunciados jurídicos tienen este carácter puramente descriptivo reside todo lo que hay de verdad —sin duda, muy importante— en el positivismo conceptual.

Pero si la conclusión de R2 se interpretara como un enunciado descriptivo, ¿qué razón habría para suponer lo contrario de la conclusión del razonamiento R1 que critica Carrió? ¿Por qué no decir que ella también, como las premisas, es de índole descriptiva? Sostener tal cosa respecto de R1 no implicaría que el razonamiento sea válido, como lo es R2, aunque sí implicaría que, si no lo es, no es por la comisión de la falacia naturalista sino, en todo caso, simplemente por la razón de que las premisas no establecen el tipo de condiciones fácticas que permiten predicar competencia jurídica; sería necesario determinar que se dan otras circunstancias fácticas que no están descriptas por 1 y 2 y sí por 2'.

Obsérvese, sin embargo, que la supuesta invalidez de R1 es, en el peor de los casos, fácilmente superable: Esto es así, en primer lugar, porque como cuestión de hecho cuando los enunciados que constituyen las premisas 1 y 2 son verdaderos generalmente también lo es el enunciado que constituye la premisa 2'. Cuando cierto grupo de hombres toma el poder en una comunidad y son reconocidos por ésta como autoridades, casi siempre se encargan de dictar normas por medio de las cuales se *autoatribuyen* competencia para realizar los actos que ejecutan. Podría, por supuesto, objetarse que no tiene sentido una autoatribución de competencia jurídica; pero difícilmente se podrá señalar alguna propiedad de este concepto que excluya ese caso (si no es la suposición falsa —que conduce, en definitiva, al tipo de incoherencia que señala Carrió— de que la atribución de competencia debe siempre ser hecha por un órgano que es en sí mismo competente: con esta suposición, nunca nadie es competente). Pero, en segundo término, se podría incluso prescindir de esta autoatribución de competencia (que en los hechos suele ser superflua) una vez que se advierte que el reconocimiento por la co-

munidad de autoridades, a que hace referencia la premisa 2 de R1, implica en sí mismo la vigencia de una *norma*, del tipo de la regla de reconocimiento de Hart, por lo que el pasaje de 2 a 2' sería en realidad de índole lógica. Es más, la verdad de un enunciado como 2', o sea un enunciado acerca de la vigencia de una norma jurídica, implica —según el análisis más o menos estándar—¹⁰ la verdad de un enunciado del tipo de 2, es decir de un enunciado acerca de la circunstancia de que cierto grupo de gente, que han dictado y hecho cumplir directa o indirectamente la norma en cuestión, controlan el monopolio de la fuerza de la comunidad y cuentan con un reconocimiento general. Por lo tanto, si se admite el carácter descriptivo de las conclusiones tanto de R2 como de R1, es artificioso, si no lógicamente imposible, distinguir entre ambos razonamientos; quien afirma la premisa 2 está lógicamente comprometido a —o, por lo menos, está generalmente en condiciones de —afirmar también 2'.

De modo que parece que tenemos que elegir entre estas dos alternativas: O bien la objeción de Carrió al tipo de razonamiento que subyace al empleo del concepto de poder constituyente originario es extensible a todo razonamiento que recurra al concepto de competencia jurídica, o, de lo contrario, no se trata de un razonamiento que incurra en la falacia naturalista sino, en todo caso, de un razonamiento que es inválido porque carece de una premisa descriptiva muy fácil de proveer (si es que ya no estaba implícita en las otras premisas, con lo cual no habría tal invalidez): la que describe ya sea una autoatribución de competencia o ya sea derivación de esa competencia directamente de la regla de reconocimiento del sistema. La segunda alternativa permite, como es obvio, asignar un significado coherente a la noción descriptiva de competencia jurídica originaria (o poder constituyente originario): alguien tiene competencia jurídica originaria cuando tiene el control del aparato coactivo estatal y sus facultades para dictar normas jurídicas no derivan de normas dictadas por otros órganos sino, o bien de una norma dictada por él mismo a ese efecto o, en última instancia, de la regla de reconociemien-

¹⁰ Ver este punto en C. S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980, págs. 140 y sigtes.

to del sistema. Esto por supuesto es relevante sólo si insistimos en predicar competencia jurídica de quienes dictan, en forma no delegada, normas jurídicas vigentes. (Conviene señalar, de paso, que el que la competencia originaria derive de una regla de reconocimiento o de una norma dictada por el mismo órgano muestra que ella *puede* ser limitada y el órgano estar sometido a prohibiciones)¹¹.

III

Pero es posible que nos sintamos insatisfechos con las dos alternativas, "i" y "ii", propuestas para interpretar todo razonamiento que recurra a la noción de competencia. Podemos pensar, por un lado, que sería muy extraño que cada vez que se recurre al concepto de competencia jurídica, aun para referirse a órganos delegados, se cayera en el tipo de falacia que vislumbró Hume; es inverosímil que juristas y jueces avezados estén *permanentemente* incurso en una falacia en apariencia tan obvia. Por otro

¹¹ Conviene acotar que nuestros tribunales, por ejemplo, al mismo tiempo que reconocen competencia jurídica a los gobiernos de facto, también recortan esa competencia con limitaciones y prohibiciones. Respecto del tema de las limitaciones a los órganos originarios, ver especialmente el artículo sumamente interesante de Ernesto Garzón Valdés: "Acerca de las limitaciones jurídicas del soberano", en esta misma colección, pág. 157. Garzón distingue lúcidamente dos tipos de soberanos a los que identifica con los subíndices 0 y 1. No es muy claro a cuál de estas dos categorías corresponde el soberano cuya competencia deriva directamente de la regla de reconocimiento del sistema (la respuesta inmediata sería que se trata de un soberano₁, pero si todo sistema incluye una regla de reconocimiento como sostiene Hart, no se ve cuándo podría haber un soberano₀ —el mismo Garzón aclara que no tiene mucho sentido hablar de tal soberano en sistemas regidos por el derecho consuetudinario—. De cualquier modo, con la caracterización que aquí se sugiere del concepto de competencia jurídica originaria ella sólo podría predicarse del soberano₀; del soberano₁ no tendría sentido predicar competencia jurídica, puesto que, por hipótesis, no hay ninguna norma, ni siquiera una regla de reconocimiento o una regla dictada por él mismo, que lo faculte a dictar otras normas.

lado, la alternativa de suponer que el razonamiento que recurre al concepto de competencia jurídica —sea para referirse a órganos soberanos o delegados— concluye siempre en un juicio puramente descriptivo no resulta tampoco demasiado atractiva: El concepto de competencia jurídica —incluso cuando se aplica al poder constituyente originario— se suele emplear en enunciados con los que se pretende *justificar* actos y decisiones. Ello ocurre claramente en el discurso judicial, pero también es fácil de detectar por debajo de una ligera cobertura de "descripción científica"^{11 bis} en el contexto de elaboraciones, como las que menciona Carrió, de juristas teóricos preocupados, por ejemplo, por establecer los límites y la titularidad del poder constituyente originario. Si estos enunciados fueran analizables sólo en términos de juicios descriptivos acerca de lo que disponen las normas jurídicas vigentes, ellos serían *neutros* respecto de los actos o decisiones que corresponde ejecutar o adoptar; no servirían para justificar ningún acto o decisión, ya que tales juicios serían compatibles tanto con una acción como con su opuesta. El que haya alguien que detenta el monopolio de la fuerza y que formuló una directiva que prescribe hacer A no es, como es obvio, razón suficiente por sí sola para hacer A; no hay ninguna incompatibilidad entre los juicios "Calígula, en ejercicio de su competencia jurídica, ordenó hacer A" y "No obstante, se debe hacer no-A".

De modo que, independientemente de la noción que se emplee en contextos descriptivos —como estudios históricos o sociológicos— es especialmente interesante analizar el concepto de competencia jurídica —originaria o derivada— tal cual él es usado en el contexto de un razonamiento dirigido a justificar acciones y decisiones. Esto podría sugerir que tenemos que analizar cómo se emplea esta noción en el marco de un razonamiento cuya conclusión sea un enunciado prescriptivo, pero sin que, por supuesto, esté incurso en una falacia del tipo de la naturalista.

^{11 bis} Ver una crítica de este tipo de encubrimiento de la labor normativa de la dogmática en Carlos S. Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, 1974 y *Algunos modelos de 'ciencia' jurídica*, Valencia, 1980.

Esta alternativa, diferente de las interpretaciones 'i' y 'ii' de R2, implicaría aparentemente introducir en el razonamiento pertinente alguna premisa de índole normativa o prescriptiva. Cuando se trató de enmendar el razonamiento R1 criticado por Carrió, quizá el error, que condujo a aquella disyuntiva insatisfactoria entre 'i' y 'ii', habría consistido en introducir en R2 una premisa descriptiva de normas en lugar de una norma hecha y derecha. Si se introdujera una auténtica norma jurídica como premisa tendríamos la estructura de un razonamiento válido que concluye en un juicio normativo.

Pero antes de intentar mostrar cómo se haría esta operación, repasemos las restricciones a que está sujeta: 1) Debemos cuidarnos de reincidir en el error recién denunciado, incorporando, por ejemplo, la *cita* de una norma, que es equivalente a un juicio descriptivo acerca de la existencia de esa norma. 2) Debemos tener presente la advertencia del legalista que vimos más arriba, en el sentido de que lo que interesa reconstruir es el concepto de competencia jurídica y no el de competencia moral, por lo que debemos introducir como premisa del razonamiento (presuntamente en lugar de 2 o 2') una norma jurídica y no un juicio de valor. 3) Debemos tomar en cuenta que, como advertimos al comienzo de esta sección, de lo que se trata es de mostrar la estructura del razonamiento que desarrollaría quien empleara el concepto de competencia jurídica para justificar acciones o decisiones, como ocurre en el caso del constitucionalista o juez que recurre a esa noción para justificar la aplicación de ciertas normas constitucionales.

Ahora bien, ¿cómo podría un constitucionalista o juez incorporar a su razonamiento justificatorio una auténtica norma jurídica y no una mera mención de una norma jurídica o un juicio de valor? Nuestro legalista, preocupado por defender la "pureza jurídica" de este tipo de juicios y razonamientos, diría que la incorporación de una genuina norma jurídica a un razonamiento justificatorio es la cosa más fácil del mundo:

Tome Ud. cualquier norma jurídica, por ejemplo el art. 79 del C. Penal argentino que prescribe una pena de 8 a 25 años de prisión o reclusión para quien mata a otro; el razonamiento de un

juez basado en esa norma tendría esta estructura: 1. — Se aplicará reclusión o prisión de 8 a 25 años al que matare a otro... 2. — Fulano mató a otro; por lo tanto se aplicará a Fulano de 8 a 25 años de reclusión o prisión (naturalmente que el razonamiento debe continuarse para justificar la elección de una pena determinada). La misma estructura tiene todo razonamiento justificatorio que incorpore cualquier norma jurídica, incluso normas de competencia.

Según esta respuesta del legalista, el razonamiento de quienes recurren al concepto de poder constituyente originario para justificar acciones o decisiones tendría la siguiente estructura:

R3:

1. — En la comunidad C se ha dado el caso de que grupos de hombres, valiéndose de la fuerza, han derrocado presidentes, disuelto legislaturas y destituido jueces (constituyendo una Junta Revolucionaria).
- 2". — Facúltase a partir de la fecha a la Junta Revolucionaria de C para destituir y designar a los titulares de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.
- Ergo: Los grupos de hombres protagonistas de tales actos tenían atribuciones (competencia, prerrogativas, etc.) para llevarlos a cabo.

Este sería un razonamiento justificatorio que incorpora aparentemente a sus premisas una auténtica norma jurídica, y no, como R2, un enunciado descriptivo acerca de la vigencia y contenido de una norma. Sin embargo, R3 resulta un razonamiento sumamente extraño: Si bien la formulación de 2" es la que se da típicamente a una norma jurídica con ese contenido (como puede advertirse consultando cualquier estatuto revolucionario) es insólito que esa formulación sea empleada en la articulación del razonamiento de alguien que no es quien dictó la norma en cuestión y que no tiene ni se atribuye competencia para hacerlo; si un juez o tratadista empleara esa premisa así formulada en su justificación de ciertas conclusiones o de una decisión, nuestra reacción inmediata consistiría en preguntarnos quiénes son ellos para facultar a la Junta Revolucionaria a realizar ciertos actos. Además no resulta claro cuál es la relación entre las pre-

misas y la conclusión del "razonamiento" R3; su estructura parece ser similar a la de éste: 1. La puerta está abierta. 2. Fulano, ¡cierre la puerta!; *ergo*: Fulano está obligado a cerrar la puerta. Pero nuestro tenaz legalista tendría una respuesta lista frente a estas observaciones:

Lo que causa estas molestias es una mera cuestión secundaria de formulación lingüística. Es obvio que hay ciertos giros lingüísticos que sólo pueden ser empleados por cierto individuo y no por otro, aun para expresar la misma proposición. Por ejemplo, yo puedo decir "a mí me duele la muela", pero otro para afirmar la misma proposición tendrá que decir "al legalista le duele la muela". Lo mismo pasa con las prescripciones; si el emperador Claudio sanciona una norma diciendo "Yo, Claudio, decreto...", yo no puedo incorporar esa norma a mi razonamiento con esas mismas palabras, pero la puedo incorporar empleando palabras apropiadas. Lo mismo ocurre en el caso de R3. Modifiquemos la formulación lingüística de 2" reemplazando "Facúltase a la Junta Revolucionaria a..." por "La Junta Revolucionaria está facultada para..." y tenemos todo resuelto. Ahora tanto 2" como el razonamiento R3 en su conjunto resultan perfectamente plausibles.

Sin embargo, esta réplica del legalista no es del todo convincente. Cabe ahora la sospecha de que la plausibilidad de 2" en su nueva formulación, y de R3, se deba al hecho de que ya no tenemos entre manos la formulación inequívoca de una norma jurídica. ¿Qué garantía tenemos de que 2" en su formulación modificada no sea de nuevo la mención o descripción de una norma violando la restricción 1)? ¿O qué nos asegura —aquí intercede el moralista— que no se trate, en realidad, de un juicio de valor, infringiendo la restricción 2)?

Supongo que habrá coincidencia en que la interpretación de una oración que emplea expresiones deónticas (del tipo de "atribución"; "deber", etc.), como una norma o como una proposición que describe la vigencia de cierta norma tiene que ver con la intención del que la formula o sea con el tipo de acto lingüístico que realiza al formularla. Si esto es así, podemos descartar la alternativa de que se trata de la *mera* descripción de la vigencia de una norma jurídica, puesto que, como vimos, el propósito de quien incurre en este tipo de razonamientos no es meramente informar acerca de normas vigentes sino justificar ciertos

actos y decisiones, y si incorporara una premisa de esa índole se frustraría, como también vimos, esa intención.

Queda, entonces, la disyuntiva de interpretar que 2", en su nueva formulación, puede perfectamente expresar una norma jurídica —como la propugna el legalista—, o que sólo puede expresar un juicio de valor —como sostiene el moralista. ¿Cómo distinguir entre una norma jurídica y un juicio valorativo o moral?

Una respuesta tentadora es que la distinción precedente debe basarse en el *contenido* característico: por ejemplo, un juicio es una norma jurídica cuando prescribe sanciones (Kelsen) o da competencia a órganos para que dicten normas que prescriben sanciones. Pero, como resulta cada vez más obvio a partir de las críticas a Kelsen, este criterio distintivo es insatisfactorio, puesto que los juicios morales pueden tener exactamente el mismo contenido que las normas jurídicas, como se manifiesta en juicios acerca de la corrección (moral) de una cierta pena o de la legitimidad (moral) de determinado órgano.

Si no es por su contenido, las normas jurídicas tendrían que diferenciarse de los juicios valorativos por ciertas circunstancias externas que hacen, por ejemplo, a su origen o a las modalidades de su formulación o a la forma en que son obedecidas o reconocidas. Sostener esto parece implicar tomar cierto partido en el marco de este planteo que sintetiza algunas distinciones que formulan lúcidamente Alchourrón y Bulygin¹²:

Hay tres *conceptos* diferentes de norma: la norma-comunicación —que se da cuando alguien comunica a otro y éste recibe una prescripción—; la norma-prescripción —que se da cuando se realiza el acto lingüístico de prescribir independientemente de su aspecto perlocucionario, o sea de la recepción de la prescripción por el destinatario—; y la norma-sentido, que consiste en el contenido significativo de un posible acto de prescribir, o sea en su aspecto locucionario. Sin embargo, se pueden formular dos *concepciones* diferentes acerca de las normas que inciden en el reconocimiento de los *conceptos* precedentes: la concepción "expresiva" que sostiene que no hay en realidad normas-sentidos, porque no hay contenidos significativos de naturaleza normativa, de modo

¹² Ver *op. cit.*, caps. 3 y 7.

que la configuración de una norma depende del *uso* que se haga de las proposiciones, o sea del acto lingüístico (y locucionario) que se realiza cuando se formula una oración que expresa una proposición; y la concepción "hilética", según la cual hay proposiciones que son en sí mismas, o sea independientemente del uso que se haga de ellas, de naturaleza normativa.

Según este planteo, el sostener que las normas jurídicas se distinguen de los juicios morales por circunstancias que hacen a su origen, formulación o recepción parece implicar una concepción expresiva de las normas jurídicas ^{12 bis}, o sea una concepción según la cual éstas no son contenidos conceptuales sino actos o situaciones generadas por actos, o estados de cosas más complejos que incluyen como componente expresiones lingüísticas.

Esto, de ser cierto, no tendría por qué necesariamente servir de crítica al criterio distintivo propuesto, ya que la concepción expresiva es bastante plausible con respecto a las normas jurídicas (sobre todo cuando se pone en duda que ella esté necesariamente asociada, como suponen Alchourrón y Bulygin ¹³, con la negativa a admitir normas permisivas y se pondera la posibilidad de que haya actos lingüísticos de permitir). Esta concepción estaría avalada por el hecho de que de una norma jurídica se predica corrientemente que fue creada en cierto momento y que se extinguió en otro, y que existe en cierto ámbito territorial pero no en otro; etc.; estas predicaciones parecen incompatibles con el carácter de entidades abstractas de las proposiciones. Como dice G. H. von Wright en este mismo volumen ¹⁴ "la mayoría de las normas nacen por cierto acto de legislación o cualquier otra 'actividad normativa', existen por cierto tiem-

^{12 bis} Por razones de conveniencia, he alterado ligeramente el significado de la terminología de Alchourrón y Bulygin: según ellos, la concepción hilética no necesariamente ve a las normas como normas-sentido, puede también concebirlas como normas-prescripción o normas-comunicación; según como yo uso esta expresión, la concepción hilética de las normas consiste en considerarlas un tipo especial de proposiciones, mientras que la concepción expresiva es la que las caracteriza como actos lingüísticos y situaciones por ellos generadas.

¹³ *Op. cit.*, págs. 50 y 57.

¹⁴ Ver su ensayo "Normas de orden superior", pág. 457.

po, y luego se extinguen, por ejemplo a través de un acto de derogación. Ellas son fenómenos contingentes y empíricos. Tienen *historia...*" (Obsérvese que al concluir que por lo menos algunas normas —las candidatas obvias son las jurídicas y sociales, en general— son *fenómenos empíricos*, ya se está excluyendo implícitamente la posibilidad de que ellas puedan constituir premisas de un razonamiento práctico, puesto que un hecho no puede ser premisa de un razonamiento; pero, como contrapartida, si se admite que hay algo así como un razonamiento *práctico*, se está admitiendo que hay algún tipo de entidades (¿las normas morales?) que responden a la concepción hilética de las normas, según la cual hay proposiciones de naturaleza normativa que pueden servir de premisas de razonamientos justificatorios).

Pero, a pesar de la plausibilidad de la concepción expresiva de las normas jurídicas, creo que no es necesario apoyarse en ella para defender la tesis de que su distinción con juicios valorativos está dada por circunstancias que hacen al aspecto pragmático del lenguaje. Supongamos que sea correcta una concepción hilética de las normas en general: En ese caso, y dado que no es posible distinguir entre normas jurídicas, por un lado, y juicios y principios morales, por el otro, sobre la base de algún contenido característico, debemos concluir que no hay dos clases de juicios o proposiciones o, eventualmente, normas diferentes que correspondan al derecho y a la moral; si las normas son contenidos conceptuales y no hay un contenido jurídico y otro moral característicos, no hay, estrictamente, normas jurídicas y juicios (o normas) morales como dos categorías diferentes y excluyentes. Lo que, en todo caso, hay es una promulgación jurídica, un reconocimiento jurídico, la pertenencia a un sistema jurídico de una norma "a secas", que también podría ser objeto de una aserción de naturaleza moral. Como sugiere Alchourrón ¹⁵, el contenido conceptual de una prescripción (por ejemplo, jurídica) y de un juicio valorativo podría ser la *misma* norma y variar solamente lo que, en uno y otro caso, se hace con

¹⁵ Ver su interesante respuesta a mi artículo "Razones y prescripciones", en *Análisis Filosófico*, N° 2, 1981, pág. 139.

ella: en el caso de un juicio valorativo se *afirma* la norma en cuestión; en el caso de una prescripción se intenta, mediante la formulación de la norma, crear razones para actuar en el destinatario. En este enfoque también se recurre al aspecto pragmático pero no para explicar el carácter normativo de una norma jurídica (que es, por hipótesis, una proposición de un tipo especial) sino para explicar en última instancia su carácter jurídico.

Lo cierto es que la formulación de 2" como parte de la articulación del razonamiento R3 no exhibe los rasgos pragmáticos que son o bien constitutivos de una norma jurídica —según la concepción expresiva— o son distintivos del manejo jurídico de una norma— de acuerdo con el posible desarrollo a partir de una concepción hilética que mencioné, quien formula 2", en su versión modificada, como un paso esencial de su razonamiento dirigido a justificar actos o decisiones no pretende que esa formulación, por parte de él y en las circunstancias en que lo hace, genere en los destinatarios —una vez combinada con consideraciones morales o prudenciales— razones que determinen cierto comportamiento de su parte. El tratadista y aun el juez que formula 2" para justificar cierto acto o decisión, aun de él mismo, pretende con ello dar cuenta de razones preexistentes e independientes de tal formulación. (Según la distinción anterior, ellos estarían, en todo caso, "afirmando" una norma).

Como lo he tratado de mostrar en otro lugar¹⁶, el hecho de que se pretenda dar cuenta de razones y no generar razones a través de la misma formulación del juicio es sintomático de que no estamos frente a una prescripción (tal como una norma jurídica o la formulación jurídica de una norma), al menos en el sentido de "prescripción" que tiene como núcleo central a las órdenes y mandatos, sino ante un juicio de valor o, más específicamente, moral (que comparte el rasgo indicado con los juicios descriptivos, lo que da cierto apoyo a la idea de que los juicios de valor son un tipo especial de enunciados descriptivos: por ejemplo, dan cuenta de los principios que serían aceptados en

¹⁶ Ver "Razones y prescripciones", *Análisis Filosófico*, N° 1, 1981, pág. 128.

ciertas condiciones ideales¹⁷). La conexión de los juicios de valor con razones para actuar y el hecho de que éstas consistan en principios generales de moralidad y racionalidad es lo que explica ciertos rasgos de tales juicios —que se advierten en un juicio como 2"—, tales como su universalidad y su carácter superviniente a ciertas circunstancias fácticas.

El rasgo recién mencionado de la supervivencia presenta en el caso de juicios como 2" una modalidad especial que justifica distinguir una categoría peculiar de juicios de valor, que podríamos denominar *juicios de adhesión normativa*. Los juicios de esta clase se caracterizan porque presuponen no sólo un principio general de índole moral, como otros juicios de valor acerca de acciones humanas, sino también un juicio fáctico acerca de la vigencia de cierta prescripción o norma jurídica cuyo reconocimiento u observancia el juicio en cuestión valora positivamente. De este modo, el que este tipo de juicios puedan ser atacados no sólo con argumentos axiológicos sino también sobre la base de que no se da su presupuesto fáctico característico, sirve también como criterio distintivo (una norma jurídica, en cambio, no puede ser atacada sobre esta base).

Este último test también arroja un resultado positivo cuando es aplicado a la premisa 2" de R3: Cuando un juez o tratadista recurre a esa premisa no está fuera de lugar —como lo estaría, en cambio, frente a la formulación del legislador— objetar que no hay una norma vigente o una regla de reconocimiento aceptada que establezca la competencia de quienes ejecutaron los actos en cuestión. El que esta objeción sea posible frente a este tipo de juicios es, quizá, lo que genera la confusión que lleva a suponer que el razonamiento que emplea el concepto de competencia jurídica descansa en una premisa que consiste (como en el caso de 2' en R2) en la descripción de la vigencia de una norma jurídica —en lugar de un juicio valorativo de adhesión a una norma jurídica vigente—, lo que, como vimos, no da cuenta del carácter justificatorio de este tipo de razonamientos.

¹⁷ Ver mi artículo "La fundamentación de los principios liberales básicos", por publicarse.

Si quisiéramos hacer explícita la estructura del razonamiento que subyace al empleo del concepto de poder constituyente originario, tendríamos que presentarla de este modo:

R4:

0. — Debe reconocerse y observarse las normas que dictan quienes detentan el poder coactivo en una comunidad.

1. — En la comunidad C se ha dado el caso de que grupos de hombres, valiéndose de la fuerza, han derrocado presidentes, disuelto legislaturas y destituido jueces.

2'. — Esos actos estaban autorizados por la norma jurídica x, dictada por tales individuos, que fue reconocida en la comunidad C como parte de su derecho vigente.

Ergo: Debe reconocerse la norma x que autoriza a esos individuos a realizar tales actos.

Ergo: Los grupos de hombres protagonistas de tales actos tenían atribuciones (competencia, prerrogativas, etc.) para llevarlos a cabo¹⁸.

Este razonamiento parece ser válido y tener capacidad para justificar actos y decisiones (que esa capacidad se actualice o no depende de la corrección de sus premisas, sobre todo de 0). Obsérvese que si tal capacidad justificatoria está o no determinada por el hecho de haber introducido una prescripción entre las premisas depende de la interpretación que se haga de los juicios de valor, en este caso de 0. Si bien he sugerido razones para distinguir los juicios de valor de los casos centrales de prescripciones (como las normas jurídicas), lo que importa aquí es advertir que la falacia naturalista queda superada por introducir como premisa de un razonamiento justificatorio un juicio de valor, cualquiera sea su carácter. O sea que la supuesta falacia naturalista no consiste necesariamente en un salto entre dos usos del lenguaje —del descriptivo al prescriptivo— sino en un salto de premisas sin contenido valorativo a una conclusión que indica razones para actuar. Aun cuando se acepte que, como sospecho, los juicios de valor son descriptivos, debe admitirse que

¹⁸ El paso de la primera conclusión a la segunda se hace posible por el hecho de que predicar de una norma que es válida o que debe ser reconocida es equivalente a afirmar el contenido de la norma.

sólo este tipo de juicios, y no otro tipo de juicios descriptivos, permiten derivar conclusiones acerca de cómo debe actuarse.

La estructura de R4 es generalizable, como resulta evidente, a cualquier razonamiento práctico que emplee el concepto de competencia jurídica, sea para referirse a un órgano soberano (como el que se atribuye el poder constituyente originario) o a un órgano delegado. En este último caso el razonamiento en cuestión se distingue meramente por contener una premisa adicional referida a las normas que los órganos soberanos dictan a efectos de delegar competencia en otros órganos.

Va de suyo que la premisa 0 de R4 puede tener contenidos muy diversos y no necesariamente el que se expuso como ejemplo. Puede, por ejemplo, hacer referencia a la circunstancia de que los grupos en cuestión actúen en defensa de ciertos derechos individuales básicos, lo que requeriría una premisa fáctica adicional acerca de la verificación de esa circunstancia en el caso particular.

IV

La argumentación precedente pretendió mostrar que el concepto de *competencia jurídica*, cuando es empleado en contextos justificatorios (que deben ser cuidadosamente distinguidos de contextos puramente descriptivos como los de índole sociológica o histórica) es un concepto *moral*, o sea presupone la aplicabilidad de ciertos principios de justicia y moralidad social que establecen en qué condiciones cabe observar y reconocer las directivas de quienes detentan el monopolio de la coacción en una comunidad.

Como vimos, esta conclusión es aplicable no sólo al caso en que el concepto de competencia jurídica se emplea para justificar actos o decisiones que implican observancia de normas dictadas por un órgano soberano —es decir, cuando se habla de “poder constituyente originario”—, sino también cuando se lo emplea en relación con cualquier otro órgano. La tesis es, entonces, mucho más radical que la posición del moralista que vimos al comienzo, la que meramente sostenía que cuando se pasa de los

órganos delegados a los órganos soberanos se transforma imperceptiblemente el carácter de la competencia que predicamos, que de ser jurídica en relación con los primeros pasa a ser moral cuando nos referimos a los últimos. Podríamos llamar a esa tesis más extrema "panmoralista" para distinguirla de la anterior, haciendo alusión a su interpretación de *todo* juicio jurídico justificatorio (ya que el mismo análisis se aplica a los que emplean otros conceptos) como un juicio moral¹⁹.

Frente a la réplica del legalista de que la pretensión de quienes emplean el concepto de poder constituyente originario es atribuir competencia *jurídica* a ciertos órganos con el fin de justificar *jurídicamente* ciertos actos y decisiones, el panmoralista respondería que toda atribución de competencia jurídica, en este tipo de contextos, implica un compromiso moral (por lo que los calificativos "jurídico" y "moral" no son aquí excluyentes —a diferencia de lo que ocurre en contextos descriptivos—). Esto es así, en última instancia, porque no hay una justificación jurídica de actos y decisiones que sea independiente de consideraciones de índole moral. La justificación jurídica es una *especie* de justificación moral que se distingue por tomar en cuenta (como datos fácticos relevantes) la vigencia de ciertas normas.

Según el panmoralista, lo que detecta Carrió al advertir con agudeza la confusión que se genera en torno al concepto de poder constituyente originario es un trastorno conceptual mucho más extendido y grave que lo que él señala: consiste en suponer que hay razones jurídicas para justificar actos y decisiones que son *autónomas*, en el sentido de que son independientes de toda consideración de justicia y moralidad social; que hay juicios que

¹⁹ Esta posición podría ser también calificada como "iusnaturalista" —y no hay duda de que algunos así lo harán con intención peyorativa— si no fuera que esta expresión está asociada con concepciones meta-éticas endebles (a saber la pretensión de derivar juicios de valor de supuestas proposiciones acerca de la naturaleza humana exclusivamente) y con posiciones que confunden sistemáticamente los contextos justificatorios con los descriptivos (ver mis artículos "Dworkin and Legal Positivism", en *Mind*, oct. 1980; "Dworkin y la disolución de la controversia 'positivismo vs. iusnaturalismo'", en *Revista Latinoamericana de Filosofía*, Vol. 3, 1980, y "Los conceptos de derecho", en *Crítica*, 1981, N° 38).

pueden convalidar acciones sin comprometer moralmente a quienes los sustentan.

Pero nuestro legalista no es un hombre que se deja vencer fácilmente y somete a su contrincante al siguiente contraataque:

Toda la posición moralista o panmoralista está fundada en estipulaciones que se adoptan dogmáticamente y sin fundamento alguno. ¿Por qué no puede haber una justificación jurídica que sea independiente de la justificación moral? Justificar una conducta significa subsumir esa conducta en algún sistema normativo (o sea mostrar que tal conducta está por lo menos permitida por las normas de ese sistema), y hay, en consecuencia, tantos tipos de justificaciones como sistemas normativos existen. Por ejemplo, es posible justificar una acción sobre la mera base de que ella está de acuerdo con las reglas de un juego como el ajedrez (a que otra cosa distinta a las reglas de este juego necesitamos acudir que declare, por ejemplo, "mate" cuando el rey del adversario está amenazado sin posibilidad de escapatoria?). Si esto es así, con mucha más razón puede haber una justificación jurídica que no presuponga recurrir a principios valorativos sino exclusivamente a normas jurídicas. Si tal justificación jurídica es posible, ello significa que conceptos como el de competencia jurídica, deber jurídico, derecho subjetivo, etc., pueden ser usados en contextos justificatorios sin que ese empleo implique un cierto compromiso moral²⁰.

El panmoralista podría responder este contraataque señalando, en primer término, que el legalista debe comenzar por satisfacer el desafío de mostrar cuál sería la estructura de un razonamiento justificatorio que partiera de genuinas normas jurídicas y no de juicios de valor, lo que se ha revelado problemático con el análisis de R3. En segundo lugar, el panmoralista puede alegar que la réplica del legalista muestra una profunda incompreensión acerca de las reglas formales a que está sometido nuestro razonamiento práctico en general:

Si fuera cierto que una acción se justifica con solo mostrar que está permitida por algún sistema normativo, los miembros de la Mafia podrían justificar sus entuertos sobre la base de que ellos

²⁰ Agradezco a Eugenio Buliygin el haberme hecho ver que alguien —no necesariamente él mismo— podría razonar así.

están de acuerdo con las "leyes" de su organización, un boxeador podría justificar haber matado a su contrincante disminuido aduciendo que actuó en un todo de acuerdo con las reglas del deporte, y yo podría justificar mi práctica de hacer zancadillas a los transeúntes sosteniendo que ella se conforma a las reglas de un juego muy divertido que inventé. Por supuesto cada una de estas "justificaciones" sería de un tipo especial, "mafiosa", deportiva, jurídica, etc., y ellas no excluirían que las respectivas acciones sean injustificadas de acuerdo a otro sistema normativo, como el constituido por una moral ideal. Pero si cualquier sistema normativo provee razones independientes para actuar ¿cómo decidimos cuáles prevalecen en el caso de estar en conflicto? La idea de que nuestro razonamiento práctico puede ramificarse en tantas justificaciones independientes como sistemas normativos puedan imaginarse implica su desintegración como un medio para arribar a ciertas decisiones y acciones. Uno debería concluir que cierta acción es moralmente injustificada, pero jurídicamente legítima, y tal vez aceptable desde el punto de vista de las reglas de un juego, aunque poco recomendable según las normas de cortesía. ¿Y luego qué?

Yendo a la faz constructiva de su posición, el panmoralista debería agregar que nuestro razonamiento práctico incluye una regla de prioridad que impide su desintegración²¹: esa regla es que los principios morales son el último tribunal de apelación para justificar una acción que cae bajo su dominio; es decir, que las razones de índole moral excluyen cualquier otro tipo de razones en las situaciones en que son aplicables (ello generalmente no ocurre en el caso de una movida en un juego —por lo que la apelación a las reglas de éste pueden servir de justificación suficiente—, pero hay circunstancias en las que puede ocurrir lo contrario: por ejemplo, si se sabe que declarando "mate" se puede provocar un infarto en el contrincante). Esta regla de prioridad se reflejaría en el significado de expresiones normativas como "justificación", "derecho", "obligación", "competencia", etc.,

²¹ Ver este punto en mi artículo citado "La fundamentación de los principios liberales básicos", y sobre todo en el libro que es a mi entender la obra más completa y clara que se haya escrito sobre el razonamiento práctico, David A. J. Richards, *A Theory of Reasons for Action*, Oxford, 1971, esp. pág. 23, 25, 227/230.

las que aludirían en última instancia —aun cuando estén calificadas por el adjetivo "jurídico"— a principios de una moral ideal, cuando ellas son empleadas en enunciados que expresan razones para actuar en situaciones moralmente relevantes.

Los síntomas patológicos que halló Carrió en el empleo del concepto de poder constituyente originario serían, de acuerdo con esta posición, manifestaciones de un mal que ha sido descripto y al que se le ha asignado un nombre, para diferenciarlo de posiciones inocuas: *positivismo ideológico*, o sea la pretensión de justificar acciones y decisiones sólo sobre la base de supuestos enunciados descriptivos del derecho positivo.

Es obvio que la debilidad intrínseca del positivismo ideológico aflora más nítidamente cuando se pretende justificar decisiones sobre la base exclusiva de la descripción de las directivas emitidas por los órganos soberanos del sistema, sin recurrir a ninguna consideración valorativa. Aquí el único fundamento "puramente jurídico" que es posible mencionar —la autoatribución de competencia o el reconocimiento de esa competencia por órganos generalmente designados por quienes son reconocidos— es tan *manifiestamente* insuficiente (aunque, en el fondo, tan insuficiente como en el caso de los órganos delegados), que generalmente no se pone demasiado énfasis en él, generándose, entonces, el empleo espurio de la noción de competencia en contextos en los que, como Carrió advirtió, no se alude a regla alguna. En lugar de recurrir a las reglas de autoatribución de competencia o a la regla de reconocimiento del sistema, se pretende obtener una justificación jurídica a partir de una especie de "naturalidad jurídica" del poder constituyente originario: de allí las lucubraciones disparatadas que Carrió denuncia con penetrante ironía.

El remedio contra esta grave confusión conceptual consiste en reconocer abiertamente que la fundamentación de los juicios acerca de la competencia jurídica del poder constituyente originario, en contextos justificatorios, depende de consideraciones de filosofía moral acerca de la legitimación del poder político y de la obligación de obedecerlo (algunas de tales con-

sideraciones están expuestas en el artículo de Joseph Raz en este mismo volumen ²²).

Si se advirtiera esto, probablemente la "doctrina de los gobiernos de facto" tendría un contenido más rico en principios y distinciones. Ella daría cuenta, por ejemplo, del hecho de que la falencia en la legitimación por el origen o la legitimación basada en la necesidad impone mayor rigor en el examen del contenido de las normas jurídicas que se dictan (tal vez la mayor ventaja de los órganos que satisfacen procedimientos aceptados de representación es que su legitimidad se transfiere a las normas que emiten aun cuando su contenido sea, dentro de ciertos límites, objetable). En términos más generales, si se tomara conciencia de que la adjudicación del poder constituyente originario involucra un compromiso moral, probablemente se evitaría que, como previene Carrió, esa idea de que alguien detenta competencia jurídica soberana para dictar normas constitucionales esté asociada con los atributos de ilimitación y omnipotencia, con lo que se favorece —aun cuando se adjudique tal poder a órganos democráticamente electos— una actitud despreocupada hacia los derechos individuales básicos. Una articulación de los principios de moralidad social que rigen la legitimidad política mostrará seguramente que ésta *deriva* de la necesidad de hacer efectivos aquellos derechos y está, por lo tanto, condicionada al éxito que se tenga en la satisfacción de esa necesidad ²³.

V

Conviene que sintetice mi análisis de las objeciones de Carrió a la viabilidad del concepto de poder constituyente originario con las siguientes proposiciones:

²² "Autoridad y consentimiento", pág. 391.

²³ En esto coinciden no sólo los autores clásicos de filosofía política sino también teorías contemporáneas tan variadas como, por ejemplo, la liberal-igualitarista de John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, 1971 y la liberal-conservadora de Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1974.

1. — La falla de ese concepto no reside en que describe una competencia jurídica ilimitada; en primer lugar, porque la competencia originaria no es necesariamente ilimitada, y, en segundo término, porque no se advierte el carácter problemático de una competencia sin límites.

2. — La crítica de Carrió que sostiene que el empleo de este concepto implica incurrir en la falacia naturalista es extensible a todo uso de la noción de competencia jurídica, salvo que se admita que, tanto cuando se habla de una competencia originaria como cuando se hace referencia a una derivada, el concepto se emplea en enunciados puramente descriptivos.

3. — Si se pretende reconstruir el concepto de competencia jurídica —originaria o derivada—, tal cual él es empleado en enunciados descriptivos, hay una forma simple de dar contenido coherente a la noción de poder constituyente originario: es la competencia para dictar normas de índole constitucional que deriva, no de normas dictadas por otros órganos, sino de normas dictadas por los mismos órganos que se autoatribuyen tal competencia, y, en última instancia, de las reglas de reconocimiento del sistema.

4. — Si se pretende reconstruir el concepto de competencia jurídica —originaria o derivada— tal cual él es empleado en enunciados que expresan razones para actuar, no es suficiente concluir que las aplicaciones de ese concepto presuponen juicios descriptivos acerca de la vigencia de normas jurídicas; por otra parte, no parece plausible afirmar que el empleo de ese concepto presupone genuinas normas jurídicas. El concepto de competencia jurídica es empleado en juicios de adhesión normativa, que presuponen tanto juicios acerca de principios morales generales como juicios fácticos acerca de la vigencia de ciertas normas jurídicas.

5. — Las confusiones que detecta Carrió en torno al empleo del concepto de poder constituyente originario se deben a la pretensión falsa de que los enunciados que emplean ese concepto proveen una justificación puramente jurídica de actos y decisiones, sin que ellos presupongan juicios de carácter moral. Esta pretensión es inadecuada en relación con cualquier enunciado acerca de competencias jurídicas (o de deberes jurídicos, derechos subjetivos, etc.), ya que implica desconocer ciertos rasgos formales de nuestro razonamiento práctico. Pero tal inadecuación es más perturbadora cuando, como en este caso, la referencia a ciertas normas jurídicas es tan manifiestamente insuficiente para proveer una justificación

que ello hace que se busque tal justificación puramente jurídica en lucubraciones como las que se refieren a la "naturaleza jurídica", en este caso del poder constituyente originario.

6. — La forma de superar las confusiones que señala agudamente Carrió no consiste en abandonar el concepto de poder constituyente originario sino en reconocer que sus aplicaciones dependen de juicios de filosofía moral. Este reconocimiento aventará también las implicaciones políticas perniciosas del empleo de ese concepto,

CONICET

Universidad de Buenos Aires

LA ETICA Y LA GUERRA. ALGUNAS REFLEXIONES FILOSOFICAS *

EDUARDO RABOSI

Filosofar es llevar a cabo una práctica teórica caracterizada, entre otras cosas, por rasgos de abstracción y generalidad máximas. Si bien ello no implica necesariamente que los productos filosóficos sólo sirvan para satisfacer un interés meramente lúdico o para ser aplicados a mundos ideales, trascendentales o celestiales (no lo implica al menos para los filósofos que gustamos mantener nuestros pies sobre la tierra), siempre constituye un problema decidir cómo aplicar a casos concretos los resultados de la reflexión filosófica.

* Al estallar el conflicto bélico de las Islas Malvinas me encontraba trabajando en la que iba a ser mi contribución a este volumen: un ensayo crítico sobre la famosa polémica Soler-Carrió. La guerra me apartó abruptamente del tema. En varias oportunidades conversé con Carrió sobre el conflicto. Intercambiábamos informaciones, formulábamos pronósticos, exhibíamos expectativas y, sobre todo, nos angustiábamos por la pérdida de vidas humanas. A menudo nos confesábamos carentes de un esquema conceptual apto para juzgar el fenómeno global de la guerra. Fue en esas circunstancias que decidí cambiar mi antigua contribución y sustituirla por la actual. Sé que Carrió —mi entrañable amigo—, comparte mi motivación. Espero que comparta también su contenido.

Una primera versión del trabajo fue leída en el coloquio "Aspectos éticos de la guerra", organizado por la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, el 27 de mayo de 1982, con la participación de Rafael Braun y Ricardo Maliandi. Versiones más completas fueron leídas en el Centro de Investigaciones Filosóficas, el 8 de junio, y en el Seminario de Filosofía Práctica de la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico, el 21 de junio del mismo año.