

Desempolvando: un balance crítico de la discusión entre Nino y Carrió sobre el poder constituyente

Dusting Off: A Critical Balance of the Discussion between Nino and Carrió on the Constituent Power

Jorge Baquerizo Minuche*

Recepción: 08/03/2023

Evaluación: 03/05/2023

Aceptación final: 02/08/2023

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo principal examinar y debatir las ideas de Carlos S. Nino sobre el concepto de “poder constituyente”, generadas a partir de su discusión de una excelente monografía que Genaro Carrió escribió sobre el mismo tema. En este sentido, intentaré mostrar que los planteamientos de Nino también son susceptibles de algunas críticas (y no necesariamente orientadas en favor del enfoque inicial de Carrió) lo que, en cualquier caso, no le quita a Nino el mérito de haber contribuido con importantes reflexiones sobre esta materia. Este balance crítico, en el que se analizan varios aspectos de orden conceptual recurrentemente involucrados en los momentos constituyentes latinoamericanos, se efectúa a 30 años del fallecimiento de Nino, a 40 años de su discusión con Carrió, a 50 años de la publicación de la (ya clásica) monografía de Carrió y a 80 años del natalicio del primero.

Palabras clave: poder constituyente, competencia normativa, normas originarias, regla de reconocimiento, ley de Hume.

* Doctor en Derecho por la Universitat de Girona, España. Investigador postdoctoral “Margarita Salas”, Área de Filosofía del Dret, Universitat de Girona, España. Con el financiamiento del Ministerio de Universidades de España y de la Unión Europea - Next Generation EU. Correo electrónico: jorge.baquerizo@udg.edu.

Abstract: The main objective of this paper is to examine and debate the ideas of Carlos S. Nino on the concept of “constituent power”, derived from his discussion of an excellent monograph written by Genaro Carrió on the same topic. In this sense, I will try to show that Nino’s approaches can also be criticized (and not necessarily in favor of Carrió’s initial approach), which, in any case, does not take away from Nino the merit of having contributed with important reflections on this subject. This critical balance, in which I analyze several conceptual aspects commonly involved in Latin American constituent moments, is carried out 30 years after Nino’s disappearance, 40 years after his discussion with Carrió, 50 years after the publication of the (already classic) monograph written by Carrió, and 80 years after Nino’s birth.

Keywords: constituent power, normative competence, original norms, rule of recognition, Hume’s law.

1. La crítica de Carrió a la noción de “poder constituyente originario”

En una breve pero importante monografía de 1973 (*Sobre los límites del lenguaje normativo*),¹ Genaro R. Carrió (2001 [1973]) ofreció interesantes razones para criticar el concepto de “poder constituyente originario”.² Su principal argumento es que el significado de esta expresión (“poder constituyente originario”), tal como usualmente ha sido presentado por los teóricos del derecho constitucional y de las ciencias políticas, constituye una gruesa y recurrente transgresión a los *límites externos* del lenguaje normativo. Carrió, siguiendo varias ideas tomadas de la filosofía del lenguaje

¹ Cuyo texto posteriormente fue introducido como el capítulo V de *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, a partir de la tercera edición (1986).

² Como es bastante conocido, en los estudios de derecho público y constitucional se puede encontrar la tradicional distinción entre el “poder constituyente originario” (el “poder” por el cual una constitución ha sido instaurada sin sujetarse a normas jurídicas, es decir, “revolucionariamente”); y el “poder constituyente derivado” (sinónimo del poder de reforma constitucional previsto por la propia constitución). Sobre esta distinción, véase, por todos, Vedel (1984, pp. 115-116).

de Ludwig Wittgenstein y expuestas por David Pears, entiende por tales “límites externos” a aquellos que excluyen o “dejan afuera” la aplicación de ciertas reglas pertenecientes a una dimensión del lenguaje normativo, debido a fallas en los presupuestos normales del uso de ciertas expresiones (Carrió, 2001, pp. 26, 61-63).³ Concretamente, la presuposición defectuosa señalada por Carrió consiste en que se asuma la posibilidad de una competencia jurídica sin reglas que la constituyan; presuposición que está justamente en la base del concepto de “poder constituyente originario” y que, según el referido autor, no es más que un absurdo.

Para dar cuenta de cómo sucedería este exceso, Carrió recopila en primer lugar las caracterizaciones que usualmente se encuentran en la teoría política y en la dogmática constitucional respecto de la locución “poder constituyente originario”. El resultado consiste en un revelador listado de citas doctrinarias –“letanías”, como les llama Carrió con cierto sentido del humor– que califican a dicho poder como “inicial, autónomo e incondicionado”, “siempre fuera del orden jurídico”, “por naturaleza insubordinado”, “unitario, indivisible y absolutamente libre”, “permanente e inalienable”, etc. (Carrió, 2001, pp. 35-36). En síntesis, y en palabras del propio autor citado, se presupone que el poder constituyente originario “es (o posee) una competencia anterior a toda normación y que esa competencia es ilimitada o total” (Carrió, 2001, pp. 36-37).

Ahora bien, sobre la base de la reconstrucción conceptual realizada con estas caracterizaciones, Carrió desarrolla su crítica básicamente en dos pasos:

³ Se puede evidenciar que Carrió asumía aquí una concepción clásica de las presuposiciones, según la cual hay una relación *semántica* entre el enunciado formulado y el enunciado en que consiste la presuposición; luego, si falla la presuposición, falla el enunciado que se basa en aquella. Sin embargo, existe otra concepción de las presuposiciones de la que no necesariamente se seguiría algo así como una “transgresión” lingüística: la concepción *pragmática*, según la cual existe una relación (no ya entre enunciados sino) entre aquello que una persona asume o da por sentado como perteneciente a una base de conocimiento común o compartido —creencias o intenciones, por ejemplo— y los enunciados que las expresan (véase Stalnaker, 1973, pp. 447-449; y, también, Rapetti, 2017, pp. 48-50). Pues bien, como se verá más adelante (sección 2.2), cuando Carlos Nino estipuló una diversa forma de comprensión del denominado “poder constituyente originario”, se basó en una presuposición en sentido *pragmático* respecto del significado de “competencia normativa originaria”.

En el primer paso, Carrió (2001, pp. 44-46) identifica las manifiestas analogías que existen entre el concepto de “poder constituyente originario” y el concepto de “Dios” (o “Naturaleza”) en la filosofía de Baruch Spinoza;⁴ y, sobre esta base, cuestiona que en la teoría constitucional se siga ocupando un concepto tan elusivo, cuando otras disciplinas que tienen como paradigma al conocimiento científico repelen –desde hace mucho tiempo– los enunciados que no son refutables por la experiencia (Carrió, 2001, pp. 45-46).

Posteriormente, en un segundo paso, Carrió sostiene que el uso del concepto de “poder constituyente originario”, a efectos de justificar el cambio revolucionario de normas constitucionales, “importa la pretensión de llevar el concepto normativo de competencia (en el sentido de ‘potestad’ o de ‘atribución’) más allá de los límites dentro de los cuales [...] puede ser usado informativamente o servir realmente de justificación” (Carrió, 2001, p. 48). Es en este segundo paso donde Carrió muestra el núcleo de su crítica, como se verá enseguida.

Para Carrió, comprender que el poder constituyente originario consista en una “competencia inicial e ilimitada” es algo que carece completamente de sentido. ¿Por qué? Por un lado, según el referido autor, la idea de una “competencia inicial” (es decir, sin reglas que la hayan constituido) va en contra del concepto mismo de “competencia”, según el cual toda competencia deriva necesariamente “de una regla o conjunto de reglas” (Carrió, 2001, p. 49).⁵ Además, según Carrió, pensar en algo así como una “competencia inicial” es no tener en cuenta que toda competencia “funciona informa-

⁴ Lo más sorprendente de esta indagación en el pensamiento de Spinoza es que la distinción entre “poder constituyente” y “poder constituido” sería, según Carrió (2001, p. 45), correlativa a la distinción entre la *Natura naturans* (“la Naturaleza en cuanto se crea a sí misma y despliega sus poderes esenciales en sus infinitos atributos”) y la *Natura naturata* (“el sistema de lo creado, como sistema establecido”). Como el propio autor citado lo revela (Carrió, 2001, p. 86), esta analogía es tomada de la obra de Carl Schmitt, quien en su momento expuso que, en la concepción medieval, “sólo Dios tiene una *potestas constituens*”; el postulado según el cual todo poder o autoridad viene de Dios “tiene como significado el poder constituyente de Dios” (Schmitt, 1996, p. 95).

⁵ En este punto Carrió asume algo que usualmente se comprende respecto de toda competencia jurídica: que depende en última instancia de la existencia –o, dicho más precisamente, de la entrada en vigor– de determinadas reglas dentro de un sistema jurídico, esto es, de las normas de competencia (véase Ferrer Beltrán, 2000, pp. 135, 147).

tivamente dentro de un orden normativo cuya existencia es presupuesta al afirmar que alguien tiene una competencia” (Carrió, 2001, p. 49). Por otro lado, la idea de una “competencia ilimitada” le parece a Carrió “tan inconcebible como un objeto que tuviera todas las propiedades posibles” (Carrió, 2001, p. 49), pues el concepto de “competencia” funciona siempre con un “trasfondo de incompetencias”: si alguien es competente para hacer *algo*, entonces necesariamente es incompetente para hacer alguna otra cosa. En este mismo sentido, Carrió agrega que las reglas que confieren una competencia “excluyen, al mismo tiempo, aquellas cosas para las que no se otorga competencia” (Carrió, 2001, p. 49).

En suma, y refiriéndose a las dos notas características centrales que usualmente se atribuyen al poder constituyente originario, el mencionado autor condensa su crítica expresando que “[l]a idea de una competencia sin reglas de las que derive es algo así como la de un hijo sin padres, y la idea de una competencia total es algo así como la de una relación de parentesco total” (Carrió, 2001, p. 49). Por ende, de acuerdo con Carrió, usar el concepto de “competencia” para hacer referencia a una supuesta competencia normativa originaria e ilimitada, es usarlo “más allá de los límites dentro de los cuales ese concepto puede integrar expresiones lingüísticas usadas ‘en serio’ con fuerza informativa, prescriptiva, justificativa, etc., según sea el acto lingüístico de que se trate” (Carrió, 2001, p. 49).

Por estas y otras razones,⁶ Carrió concluye su trabajo expresando que el concepto de “poder constituyente originario” no solo está, en su opinión, “desprovisto de utilidad teórica”, sino que se convierte además en un factor de confusión ocasionado por el intento de buscar una imposible “fuente única, ilimitada y suprema de toda normación jurídica y de toda justificación jurídica” (Carrió, 2001, p. 57), lo que iría más allá de las posibilidades humanas de conocimiento y de expresión.

⁶ En la monografía de Carrió se encuentra adicionalmente un tercer punto crítico, relativo a la “eficacia actual” del poder constituyente (véase Carrió, 2001, pp. 49-54). Sin embargo, la exposición de este punto no es necesaria para los objetivos del presente trabajo.

2. La respuesta de Nino: dos refinados conceptos de “poder constituyente”

Diez años más tarde, dentro de una publicación colectiva de 1983 en la que se recopilaron varios ensayos en homenaje a Genaro Carrió, Carlos Santiago Nino preparó un artículo en el que se propuso discutir las ideas antes expuestas (Nino, 1983).⁷ Aunque Nino declara estar básicamente de acuerdo con Carrió en que las construcciones dogmáticas acerca del “poder constituyente originario” suponen “un serio trastorno conceptual que afecta al pensamiento de juristas y jueces” (Nino, 1985, p. 42), el objetivo general de su ensayo es articular una distinta forma de comprensión de dicho concepto que tenga la aptitud suficiente para escapar a las críticas de Carrió. En este respecto, se puede decir que Nino estructura su propuesta sobre la base de los siguientes propósitos específicos:

- a. Mostrar que la idea de una “competencia ilimitada”, asociada al “poder constituyente originario”, no es inconcebible (y, en cualquier caso, no es central en la crítica de Carrió);
- b. Mostrar que la idea de una “competencia originaria” sí que puede llegar a tener sentido, mediante una redefinición de su significado tanto en el contexto explicativo como en el contexto justificativo (lo que permitiría la correspondiente reconceptualización del “poder constituyente originario”); y,
- c. En cada una de las redefiniciones propuestas, superar el escollo de la denominada “Ley de Hume”.⁸ Con este específico objetivo, tomado

⁷ Con ligeros cambios, este trabajo se convirtió posteriormente en el capítulo III de *La validez del derecho* (Nino, 1985, pp. 41-68), que aquí será utilizado primordialmente para reconstruir las ideas de Nino.

⁸ Como se sabe, con esta expresión se alude a la regla lógica que prohíbe extraer conclusiones normativas a partir de premisas fácticas o, dicho más simplemente, a la imposibilidad –desde un punto de vista lógico– de deducir lo que *debe ser* solamente a partir de lo que, de hecho, *es* (véase Hume, 1740/1984, pp. 689-690). Genaro Carrió ya había identificado y criticado la continua infracción a esta regla lógica, al analizar los conceptos dogmáticos de “poder constituyente originario” elaborados por los constitucionalistas (Carrió, 2001, pp. 32, 78-85). Por ello mismo, Nino se plantea superar esta dificultad en su propuesta: se trata de un objetivo que se advierte con claridad en Nino (1985, p. 47 y ss.), donde el autor

casi como un desafío, Nino ideó una forma de comprensión del poder constituyente originario que, ante todo, fuera capaz de evitar dicha infracción lógica tanto en el contexto explicativo como en el contexto justificativo, lo cual rescataría al concepto en cuestión del diagnóstico de inutilidad teórica sostenido por Carrió.⁹

A continuación, trataré de exponer de forma sucinta la argumentación que Nino desarrolló para intentar mostrar los anteriores puntos.

2.1. El poder constituyente como competencia normativa “ilimitada”

Para Carlos Nino, esta crítica de Carrió es “inconcluyente”: en su criterio, no existen obstáculos –al menos *a priori*– para concebir un órgano al que ciertas normas le confieran una competencia total e ilimitada de producción normativa. Para ejemplificar el punto, menciona que esta sería

se refiere a la “Ley de Hume” utilizando (como sinónimo) la expresión “falacia naturalista” (Nino, 1985, pp. 48, 50-51).

⁹ Cabe destacar, por cierto, que el propio Carlos Nino contribuyó con estas ideas a poner en crisis la denominada “doctrina de las normas *de facto*” elaborada jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina a lo largo del s. XX. Según dicha doctrina, las normas jurídicas dictadas por los gobiernos *de facto* no eran susceptibles de ser revisadas judicialmente porque se consideraban válidas por razón de su origen y en la medida en que era necesario legislar para gobernar. Pero a partir del proceso de democratización iniciado a finales de 1983 en Argentina (en el cual Nino ejerció como asesor del presidente Raúl Alfonsín), tal doctrina fue revisada “gracias a la filosofía del derecho” (Nino, 2014, p. 69). Nino se refiere a que, dos días después de asumir la presidencia, Alfonsín propuso al Congreso la *anulación* de una ley de “autoamnistía” que el saliente gobierno militar había puesto en vigor para bloquear cualquier juzgamiento de violaciones a los derechos humanos (Nino, 2014, p. 70); dicha propuesta de anulación –que fue acogida en el Congreso por unanimidad, y que posteriormente motivó un giro en la jurisprudencia de la Corte Suprema– se fundamentaba en que “la validez de las normas jurídicas, por tratarse de una propiedad normativa que implica que la norma debe ser obedecida, no puede derivar de meras circunstancias de hecho, como ser el centro de la fuerza en una sociedad” (Nino, 2014, pp. 69-70). Y es que, según Nino, sostener la validez de las normas *de facto* sobre la base exclusiva del reconocimiento de ciertos hechos significa incurrir en una falacia “suficientemente clara” que aparece “con toda evidencia”: la “falacia naturalista” (Nino, 2014, p. 71).

precisamente la concepción que se tiene respecto del Parlamento Británico, del que usualmente se afirma que no está sometido a limitaciones jurídicas (Nino, 1985, p. 43).

Nino admite que la cuestión puede problematizarse si se tiene en cuenta una concepción de las normas de competencia como excepciones a reglas prohibitivas o de obligación (con lo cual, no podría haber atribución de competencias sin que correlativamente exista alguna prohibición u obligación que las limite).¹⁰ No obstante, Nino intuye, por la lectura de otros trabajos de Carrió,¹¹ que este en realidad no suscribe una concepción reductiva de las normas de competencia como fragmentos de normas de prohibición; por ello mismo, rehúsa entrar en la discusión sobre el carácter de tales normas. Más bien, Nino considera que la crítica acerca de la competencia ilimitada del “poder constituyente originario” no juega un papel central en el análisis de Carrió y, en este sentido, afirma que la crítica central acerca de tal concepto estribaría en “razones ajenas a su eventual carácter ilimitado” (Nino, 1985, p. 44).¹² Por consiguiente, Nino sortea rápidamente este punto y pasa al siguiente: responder a la crítica sobre el supuesto absurdo de concebir una competencia normativa “originaria”. Como se verá a continuación, Nino bifurca su análisis y sus propuestas de redefinición dependiendo del contexto de que se trate: según el “contexto de descubrimiento” o según el “contexto de justificación”.¹³ De ello

¹⁰ Al respecto, véase Ferrer Beltrán (2000, pp. 21-24, donde se reconstruye esta concepción de las normas de competencia, visiblemente sostenida por Hans Kelsen; y pp. 24-29, donde se recopilan una serie de críticas respecto de dicha concepción).

¹¹ Nino se refiere especialmente a lo sostenido en Carrió (1966, p. 47), donde consta una crítica a los “esfuerzos más o menos ingeniosos” para reducir las normas jurídicas a “uno o dos tipos de reglas que revelarían, por su forma privilegiada, la ‘quintaesencia del derecho’”.

¹² Véase, también, Nino (1985, p. 67).

¹³ Esta distinción de la filosofía de la ciencia, trasladada al ámbito del razonamiento jurídico por varios autores, es visiblemente abordada por Nino cuando expresa que los “contextos justificatorios” deben ser cuidadosamente distinguidos de contextos puramente descriptivos “como los de índole sociológica o histórica” (Nino, 1985, p. 62). La especial atención al contexto de referencia, por cierto, es una característica constante en la obra de Nino. Por ejemplo, en repetidas ocasiones Nino expresó que la controversia entre positivistas y antipositivistas “está principalmente provocada por su falta de reconocimiento del hecho de que expresiones como ‘derecho’ (y ‘deber jurídico’, ‘derecho subjetivo’, etc.) pueden ser legítimamente usadas, ya sea con un significado normativo o con un significado descriptivo” (Nino, 1985, p. 171). Y en otra de sus conocidas obras, Nino presentó seis diferentes

se desprenden *dos* conceptos diversos de “poder constituyente originario”, respectivamente vinculados con el contexto explicativo y con el contexto justificativo. Veamos.

2.2. El poder constituyente como “competencia jurídica originaria” en el plano explicativo

En primer lugar, Nino reconstruye la crítica de Carrió sobre la insensata “competencia originaria” expresando que, por supuesto, si se concibe que “competencia” o “poder” son términos que aluden a la existencia de normas que establecen ciertas facultades, entonces la noción de una competencia normativa “originaria” es autocontradictoria –tal como la de un hijo sin padres, siguiendo la metáfora de Carrió– puesto que aquí el adjetivo “originario” está precisamente orientado a negar la existencia de tales normas. De este modo, se pretendería emplear un concepto de índole normativa “en contextos en que, por hipótesis, las normas están ausentes” (Nino, 1985, pp. 44-45).¹⁴

Sin embargo, Nino también señala que el concepto de “poder constituyente originario” sí que puede ser empleado *descriptivamente* para indicar que alguien posee tal “poder”; esto es, sí que pueden proferirse enunciados significativos en este contexto, cuya verdad o falsedad dependa únicamente de circunstancias fácticas: “exclusivamente de ciertos hechos, como actos lingüísticos, prácticas sociales, actitudes, etc.” (Nino, 1985, p. 50). La clave para que este uso del lenguaje no caiga en una insensatez se

conceptos de derecho (dos “descriptivos”, tres “normativos” y uno “mixto”), cuyo empleo depende también del contexto (Nino, 1992, pp. 37-38). Sobre ello, Nino insistió en que “es posible advertir a priori que en los diversos contextos de discurso se usan distintos conceptos de derecho, algunos de los cuales son puramente descriptivos, otros normativos y otros de naturaleza mixta. Lo mismo se aplica, por cierto, a conceptos sistemáticamente relacionados con el derecho como el de norma jurídica, validez jurídica, obligación jurídica, derecho subjetivo, acto antijurídico, responsabilidad jurídica, sistema jurídico de cierto estado, etc.” (Nino, 2014, p. 39). Esta consideración especial a los usos del lenguaje, en el análisis de los conceptos jurídicos, se advierte también en la presentación que Nino realiza respecto de la noción de “poder constituyente”, como se mostrará enseguida.

¹⁴ Para Nino, la misma incongruencia ocurriría si se emplease el concepto de “obligación” o de “derecho” sin tener presente alguna norma; en esos supuestos, igualmente se estarían transgrediendo los “límites externos” del lenguaje normativo (Nino, 1985, p. 45).

halla, de acuerdo con Nino, en comprender al poder constituyente como una “competencia jurídica originaria” para dictar normas de índole constitucional que es atribuida –no ya por normas dictadas por otros órganos, sino– por normas “dictadas por los mismos órganos que se autoatribuyen tal competencia” y, en última instancia, por “las reglas de reconocimiento del sistema” (Nino, 1985, p. 67).

Es decir, cuando se indica de modo descriptivo que alguien ha ejercido el “poder constituyente originario”, ello equivale a decir –según Nino– que alguien ha ejercido una competencia jurídica originaria adquirida por “autoatribución” o, en último término, por reconocimiento social generalizado (Nino, 1985, pp. 51-52). Como se puede advertir, subyace a esta propuesta de Nino una redefinición del concepto normativo de “competencia” acorde a la cual se elimina como propiedad relevante a la habilitación previa concedida por reglas constitutivas pertenecientes a un determinado ordenamiento jurídico. Bajo esta redefinición, cabe entender que la “competencia” para dictar normas originarias *puede ser* “autoatribuida” en contextos exclusivamente preinstitucionales (o no institucionales) y sin que se genere por ello ninguna transgresión lógica ni lingüística (si se usa el referido término en este específico sentido).

En todo caso, de acuerdo con Nino, con un concepto así se podría construir un razonamiento explicativo encabezado por premisas descriptivas: la descripción de la “autoatribución” de una competencia originaria para dictar normas constitucionales y la descripción del reconocimiento social generalizado que dichas normas, en definitiva, han alcanzado. Luego, a partir de estas premisas descriptivas, se puede extraer una conclusión asimismo *descriptiva*: la aserción de que alguien tiene una “competencia jurídica originaria” a la que se denomina “poder constituyente”. Y con ello, según Nino, se evitaría la infracción a la “Ley de Hume” (Nino, 1985, pp. 47-52).

2.3. El poder constituyente como “competencia jurídica originaria” en el plano justificativo

Por otra parte, en lo relativo al contexto de justificación, Nino sostiene que el uso de la expresión “poder constituyente originario” suele emplearse no

solamente en enunciados descriptivos, sino también –y quizás con mayor énfasis– en enunciados con los que se pretende *justificar* actos y decisiones, específicamente aquellos que tienen que ver con el dictado de normas jurídicas en forma no delegada (Nino, 1985, pp. 52-53). En este sentido, Nino afirma que, si se quiere reconstruir el concepto de “poder constituyente originario” tal cual es empleado en enunciados que lo utilizan para obtener razones para la acción, entonces “no es suficiente concluir que las aplicaciones de ese concepto presuponen juicios descriptivos acerca de la vigencia de normas jurídicas” (Nino, 1985, p. 67). Y es que, para el citado autor, la pretensión de justificar decisiones exclusivamente sobre la base de la descripción de las normas emitidas por “los órganos soberanos del sistema”, sin recurrir a ninguna “consideración valorativa”, es una forma de *positivismo ideológico* (Nino, 1985, pp. 62-66) que genera un “empleo espurio” de la noción de competencia (Nino, 1985, pp. 65-66).

El remedio contra esta “grave confusión conceptual”, según Nino, consistiría en reconocer abiertamente que la fundamentación de los juicios acerca de la “competencia jurídica del poder constituyente”, en contextos justificatorios, “depende de consideraciones de filosofía moral acerca de la legitimación del poder político y de la obligación de obedecerlo” (Nino, 1985, p. 66). Consecuente con esta idea, Nino afirma que, en el contexto de justificación, el poder constituyente opera también como una “competencia jurídica originaria” que no presupone genuinas normas jurídicas sino, por el contrario, “juicios de adhesión normativa”;¹⁵ juicios que, a su vez, estarían compuestos tanto por “juicios acerca de principios morales generales” como por “juicios fácticos acerca de la vigencia de ciertas normas jurídicas” (Nino, 1985, p. 68).

Como se puede advertir, subyace a esta propuesta de Nino una determinada concepción iusnaturalista (“panmoralismo”, como él mismo la denomina) que representa al derecho en una necesaria conexión con la moral (Nino, 1985, p. 62). De acuerdo con esta concepción, incluso el pro-

¹⁵ Definidos por Nino como juicios de valor que se caracterizan por presuponer “no sólo un principio general de índole moral [...] 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” (Nino, 1985, p. 60).

pio concepto de “competencia jurídica”, cuando es empleado en contextos justificatorios, es un concepto *moral*.¹⁶ Ello significa, en criterio del citado autor, que “no hay justificación jurídica de actos y decisiones que sea independiente de consideraciones de índole moral”; la justificación jurídica sería “una *especie* de justificación moral que se distingue por tomar en cuenta (como datos fácticos relevantes) la vigencia de ciertas normas” (Nino, 1985, p. 63. *Cursivas* en el original). En conclusión, utilizar el concepto de “poder constituyente” en el contexto de justificación exige, según Nino, “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” (Nino, 1985, p. 62).

Sobre la base de estas ideas, el mismo autor considera que se puede construir un razonamiento justificatorio en el que la premisa mayor sea un juicio de valor (al modo de: “Deben reconocerse y observarse las normas que dictan quienes detentan el poder coactivo en una comunidad”). Adicionalmente, el mismo razonamiento estaría compuesto por premisas descriptivas: las que describen los actos de “autoatribución” y, en último término, el reconocimiento social generalizado de las normas dictadas por los sujetos constituyentes. Y, finalmente, a partir de las anteriores premisas, se podría derivar una conclusión normativa acerca de cómo debe actuarse, esto es, una conclusión que indica razones para la acción (y que permite justificar actos y decisiones). De este modo –es decir, pasando de lo *normativo* a lo *normativo*– Nino concluye que se podrían construir razonamientos justificatorios válidos utilizando este concepto de “poder constituyente originario” por él propuesto, y ello sin infringir la “Ley de Hume” (Nino, 1985, p. 61).

¹⁶ Para Nino, toda atribución de competencia jurídica (sea originaria o derivada) implica, en el contexto justificativo, un compromiso moral; “jurídico” y “moral”, desde esta perspectiva, no son para Nino calificativos excluyentes (Nino, 1985, p. 63). Es interesante notar que estas ideas de Nino antecedieron por más de un cuarto de siglo a la propuesta que, en términos casi idénticos, fuera formulada por Ronald Dworkin en *Justice for Hedgehogs* (2011), la que es considerada por muchos autores contemporáneos como una novedad en la materia.

3. Discusión y crítica de los planteamientos de Nino

Corresponde ahora proceder a la evaluación crítica de las propuestas de Carlos S. Nino sobre el concepto de “poder constituyente originario”. Cabe aclarar que las críticas que a continuación se desgarrarán no implican necesariamente una defensa de los argumentos con los que inicialmente Genaro Carrió planteó la discusión. Para estos efectos, dedicaré un apartado específico a criticar cada uno de los argumentos de Nino previamente resumidos, siguiendo el mismo orden de exposición hasta ahora empleado.

3.1. Críticas sobre la idea de una competencia normativa “ilimitada”

Respecto de este primer punto, me parece que la crítica de Nino a Carrió no persuade. Y es que la única razón que Nino menciona para calificar de “inconcluyente” al argumento de Carrió (según el cual no es concebible que el poder constituyente originario consista en una “competencia ilimitada y total”), parece del todo desencaminada. Concretamente, creo que Nino se equivoca al asumir que no hay inconvenientes en concebir la existencia de un órgano atribuido de una competencia “total e ilimitada” para dictar normas. Esto se puede mostrar desde dos puntos de vista.

Por un lado, si la referencia es una autoridad institucional –como parece indicar el ejemplo del Parlamento Británico que ocupa Nino–, el argumento es fácilmente rebatible: baste pensar que, conceptualmente, hasta las autoridades jurídicas “supremas” están sujetas a límites en el ejercicio de sus competencias, esto es, a los requisitos procedimentales (y, eventualmente, sustantivos) que necesariamente han de existir para que se produzca el resultado institucional consistente en promulgar normas jurídicas válidas.¹⁷ En este sentido, el mencionado ejemplo del Parlamento

¹⁷ Y es que, de no existir estos requisitos –al menos en cuanto al procedimiento de producción de normas jurídicas–, el ejercicio de la competencia normativa atribuida sería imposible. Así, si bien puede decirse que “la competencia es independiente del procedimiento”, ocurre también que “sólo mediante el procedimiento establecido podrá la autoridad competente ingresar o egresar normas del sistema” (Ferrer Beltrán, 2000, p. 126). Por lo demás, como afirma Riccardo Guastini, usualmente ninguna norma de competencia confiere un poder

Británico que ofrece Nino no es adecuado, pues no solo las teorías revisionistas de la soberanía parlamentaria británica han mostrado la imprecisión del tópico según el cual dicho Parlamento “puede dictar cualquier ley”,¹⁸ sino que incluso bajo una concepción ortodoxa o clásica puede mostrarse la imposibilidad conceptual de tal ilimitación.¹⁹

Por otro lado, si la referencia es una autoridad no institucional sino *pre-institucional* (es decir, el “sujeto constituyente”),²⁰ sí que es posible hablar de “ilimitación”: en el específico sentido de no sujeción a ningún límite jurídico al tiempo en que se manifiestan los hechos que en su conjunto son interpretados como “poder constituyente originario”.²¹ Sin embargo, si esta es la referencia, ello mostraría justamente el punto de Carrió: que sería absurdo concebir una “competencia” *en sentido institucional* que, al mismo tiempo, sea ilimitada. Esto no implica negar la idea de no-sujeción a límites jurídicos en la actuación de un sujeto constituyente sino, más bien, negar que esa ilimitación sea –o pueda ser– atribuida al modo de una competencia institucionalizada por el derecho.²²

normativo *genérico*, esto es, un poder inespecífico de crear normas jurídicas (Guastini, 2014, p. 111). Por estas razones, puede decirse que toda autoridad jurídica, incluso las autoridades jurídicas “supremas”, están conceptualmente sujetas a ciertos límites (en este sentido, véase Pérez Triviño, 1998, pp. 143, 157).

¹⁸ Véase Pérez Triviño (1998, pp. 169-173), para una compilación de los argumentos sostenidos por las teorías revisionistas. Como agrega este mismo autor, diferentes ejemplos históricos muestran que, en la actualidad, el Parlamento Británico es una institución “suprema, pero limitada jurídicamente” (Pérez Triviño, 1998, p. 180).

¹⁹ Véase Pérez Triviño (1998, pp. 84-85), para una exposición de la “paradoja de la soberanía parlamentaria”, cuya aplicación a la noción de autoridad jurídica requiere que se tome en cuenta que “el ámbito de dominio de esta autoridad no es ilimitado jurídicamente” (Pérez Triviño, 1998, p. 109).

²⁰ Sobre la noción de “sujeto constituyente”, véase Ferrajoli (2007, p. 850); y Baquerizo Minuche (2022). En la literatura sobre la materia, esta noción también ha sido expresada con los términos “Soberano” (Garzón Valdés, 1983, pp. 175-178) y “autoridad preinstitucional suprema” (Pérez Triviño, 1998, pp. 93-96).

²¹ Para un desarrollo de esta idea (que incluye el análisis de la noción de “límite jurídico” y de los tipos de “límites jurídicos” que usualmente se invocan para oponer al poder constituyente, así como una crítica a esta forma de comprensión), véase Baquerizo Minuche (2022, pp. 79-84).

²² Como señala Carrió: “Frente a estos desbordes del lenguaje pseudo-normativo con los que se pretende legitimar ciertos fenómenos presentándolos como el resultado del ejercicio de competencias conferidas por un orden normativo, es correcto señalar, en son de crítica, que

Así, pues, o bien existe “competencia” en sentido institucional, entendida como un poder “facultado por el orden jurídico para producir normas jurídicas” (Kelsen, 1982, pp. 159-160), pero entonces no puede ser ilimitada por razones conceptuales (representadas por el necesario “trasfondo de incompetencias” al que se refería Carrió); o bien existe “ilimitación” en la actuación de una autoridad preinstitucional (o “sujeto constituyente”), pero entonces no cabe utilizar el concepto de “competencia” en sentido institucional: hacerlo sería transgredir los “límites externos” del lenguaje normativo, como bien señalaba Genaro Carrió.

Por supuesto, se podría redefinir el concepto normativo de “competencia” eliminando como propiedad a la habilitación previa concedida por reglas constitutivas pertenecientes a un determinado sistema jurídico. Bajo un concepto así –que es, precisamente, y como se analizará en el siguiente apartado, el concepto de competencia normativa “originaria” estipulado por Nino– se podría entender que la “competencia” para dictar normas originarias puede ser “autoatribuida” sin sujeción a limitaciones jurídicas. Pero ello no elimina que el concepto así redefinido, por más que vuelva comprensible la posibilidad de una “competencia ilimitada y total”, solo sea viable para contextos exclusivamente *preinstitucionales*, no institucionales. Y se subraya: lo que en este punto criticaba Carrió es que ciertos usos de la expresión “poder constituyente originario”, apoyándose “al máximo” en la ambigüedad de la palabra “poder”, confundan el sentido de este término y lo hagan pasar por una “competencia” en sentido institucional que, además, fuese “ilimitada”.²³ Ese es el *sinsentido* denunciado por Carrió. De tal manera que la respuesta que le dirige Nino, en este punto, simplemente yerra el blanco.

Por lo demás, creo que Nino también se equivoca en despachar sumariamente el referido argumento de Carrió sobre el sinsentido de una com-

si bien ‘todos decimos que la lluvia moja... a nadie se le ocurre decir que ‘tiene competencia’ para mojar’” (2001, pp. 52-53).

²³ Respecto de la ambigüedad del término “poder”, Carrió explicaba que “a veces esta palabra quiere decir ‘potestad’ (atribución, competencia, facultad, capacidad, jurisdicción, autorización, etc.) y, otras veces, según el contexto, quiere decir ‘fuerza’ (potencia, poderío, dominio, dominación, etcétera)” (Carrió, 2001, pp. 49-50). Esta sistemática ambigüedad, según el citado autor, es lo que explica el intento de superponer ambas acepciones con la pretensión de identificar “un supuesto sujeto o entidad que –se dice– tiene atribuciones supremas e ilimitadas para dictar normas” (Carrió, 2001, p. 51).

petencia institucional “ilimitada y total”, como si fuera marginal o poco importante dentro de la crítica al concepto de “poder constituyente originario”. Por el contrario, me parece que Carrió sí que lo consideraba central en su trabajo; ello se refleja con claridad en la primera de las conclusiones de su citada monografía, donde expresa que postular la noción de poder constituyente originario, asignándole “los atributos de *ilimitación y omnipotencia*” (Carrió, 2001, p. 58.) [cursivas añadidas], no favorece la “indispensable moderación” que debe oponerse al principio del gobierno de la mayoría para evitar que conduzca a “la intolerable opresión de las minorías y de los individuos” (Carrió, 2001, p. 58).

3.2. Críticas sobre la idea de una “competencia jurídica originaria” en el plano explicativo

Pasaré ahora al análisis del primer concepto de “competencia jurídica originaria” que Nino estipula para dar sentido a la expresión “poder constituyente originario”: el concerniente al denominado contexto de descubrimiento. Es en esta parte del ensayo de Nino donde, en mi opinión, se advierte su contribución más interesante; por ello mismo, me detendré mucho más en esta sección.

Previamente se ha expuesto que, dentro de este contexto, Nino se refiere al poder constituyente como una competencia jurídica “originaria” que puede ser atribuida por el propio sujeto constituyente o que, en cualquier caso, está implicada por el posterior reconocimiento social generalizado de las normas dictadas por aquel sujeto o “autoridad”. Como se adelantó en la sección anterior, este es el producto de una redefinición del concepto de “competencia” acorde a la cual la habilitación previa de normas jurídicas pertenecientes a un sistema no aparece como propiedad integrante de su designación o intensión.

Con esta redefinición, la objeción de Carrió respecto a la falta de sentido de una “competencia originaria”, en efecto, se disuelve:²⁴ siguiendo la

²⁴ Y, a diferencia de lo que se criticó en la sección anterior, aquí la disolución del problema sí se evidencia en el mismo plano al que se refería Carrió. Carrió criticaba que en un contexto

metáfora de este último autor, pensar en un ser humano sin padres que lo hayan engendrado es insensato... salvo que se piense en el “primer” ser humano (al menos como un recurso tendiente a explicar la “génesis” o punto de partida de un relato). En esta línea de pensamiento, la estipulación de un concepto de competencia “originaria” no solo cobra pleno sentido, sino que, además, dicho concepto puede ser fructíferamente utilizado como pieza de un modelo tendiente a explicar la pertenencia, a un determinado ordenamiento jurídico, de las normas emanadas por el poder constituyente.²⁵ Y, en lo principal, bajo esta distinta presuposición ya no parece que esté implicada ninguna transgresión a los “límites externos” del lenguaje normativo.

Ahora bien, ¿hay algo cuestionable en esta propuesta de Nino? En mi opinión sí, y es que Nino caracteriza concluyentemente a dicha competencia “originaria” como una competencia *jurídica*, sin profundizar en las complejidades de semejante idea. En este sentido, cabría cuestionar ante todo por qué este concepto designaría una competencia *jurídica*, si sus propiedades relevantes consisten en *hechos*: el hecho de la “autoatribución” del poder para dictar normas²⁶ y el hecho de que estas normas, en definitiva, gocen de un reconocimiento social generalizado.

La respuesta que da Nino, literalmente, es que el reconocimiento generalizado de quienes llegaron al poder por vías ilegales y se mantuvieron efectivamente en esa condición (es decir, su reconocimiento como “autoridades” normativas dentro de una comunidad), “implica en sí mismo la vigencia de una *norma*, del tipo de la regla de reconocimiento de Hart” (Nino, 1985, p. 51) [cursivas añadidas]. Esta implicación, según Nino, es

preinstitucional se use el concepto de “competencia”; Nino, en este mismo contexto, da una respuesta plausible para el uso de ese término mediante una labor de reconceptualización.

²⁵ En relación con el citado modelo explicativo, véase Baquerizo Minuche (2022, pp. 84-86), sobre la autoatribución de una competencia “originaria” por parte del sujeto constituyente; y Baquerizo Minuche (2021, pp. 112-115), sobre la pertenencia de las normas “originarias”, puestas por el poder constituyente, a un ordenamiento jurídico determinado).

²⁶ Cabe mencionar que Nino considera que la “autoatribución” de la competencia normativa es una contingencia prescindible para la comprensión del concepto de “poder constituyente originario”: puede no darse en los hechos o, si se da, “suele ser superflua” (Nino, 1985, p. 51). Lo importante para el referido autor es la condición de que las normas dictadas por el sujeto constituyente sean generalmente reconocidas en la sociedad de que se trate.

“de índole lógica”: de la verdad de los enunciados acerca del reconocimiento general de ciertas autoridades y de las normas dictadas por ellas, se sigue la verdad del enunciado acerca de la vigencia de una regla de reconocimiento que autoriza a tal producción normativa (Nino, 1985, pp. 48-51).

Sin embargo, este argumento solo explicaría por qué existe una *competencia normativa* originaria; no sería suficiente, en cambio, para explicar por qué esta competencia normativa resulta, además, “jurídica” (y no un simple poder normativo “de hecho”, como podría pensarse si se tiene en cuenta que aquella competencia no es conferida por norma *jurídica* alguna). Así las cosas, aunque se pueda aducir que el razonamiento explicativo propuesto por Nino evita la infracción a la “Ley de Hume”, porque extrae una conclusión descriptiva a partir de premisas igualmente descriptivas, tal razonamiento incurriría en la comisión de un *non sequitur* y resultaría, de todos modos, lógicamente inválido: de esas premisas descriptivas no se sigue la conclusión que se describe, esto es, que alguien ostenta una competencia *jurídica* originaria.²⁷

Ahora bien, es posible que, mediante una lectura “interpretativa” del comentado argumento de Nino, criticar a este autor suponga un desafío más grande; y es que podría interpretarse que Nino calificaba como *jurídica* a la competencia “originaria” en que consiste el poder constituyente, por haber sido habilitada –en sentido lógico, pero no cronológico– por una norma que dicho autor consideraba asimismo *jurídica*: la regla de reconocimiento.²⁸ De cualquier manera, tanto el argumento expresado por Nino, como su posible ampliación por vía de una lectura reconstructiva, me parecen criticables por las siguientes razones:

i. Ante todo, no es nada pacífico concebir a la regla de reconocimiento como una norma *jurídica*. Así, desde una concepción de la regla de reconocimiento como regla conceptual,²⁹ se comprende que esta no es una

²⁷ Véase Baquerizo Minuche y Rapetti (2021, p. 64).

²⁸ La referida habilitación operaría en el plano lógico y no cronológico puesto que la efectividad de la “autoatribución” o, en cualquier caso, el reconocimiento social generalizado de las normas dictadas por los sujetos constituyentes, son hechos que se advierten con *posterioridad* a la intervención de tales sujetos.

²⁹ Bajo esta perspectiva, la regla de reconocimiento es comprendida como una regla conceptual que fija los criterios últimos de identificación del derecho válido (Bulygin, 1976, p. 35),

norma *jurídica*; dicha regla no pertenece a ningún ordenamiento jurídico específico, sino que –en su función de instrumento conceptual de identificación– *se refiere* a alguno de ellos (Guastini, 2013, p. 89). Y también desde una concepción de la regla de reconocimiento como práctica social,³⁰ existen autores que sostienen que esta “no es ni siquiera un enunciado jurídico: la regla de reconocimiento sólo puede expresarse en un metalenguaje y no puede formar parte del lenguaje objeto, esto es, del Derecho positivo” (Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 147).³¹

ii. En segundo lugar, independientemente de las discusiones sobre la ontología de la regla de reconocimiento,³² afirmar que el reconocimiento social generalizado *implica en sí mismo la vigencia de una norma* (la vigencia de la regla de reconocimiento) supone un uso extraño del lenguaje; y es que, al menos en el léxico de la teoría del derecho, el atributo de la *vigencia* se predica respecto de normas que son efectivamente aplicadas en la resolución de casos y controversias (Ross, 1963, p. 69; Bulygin, 1991, p. 348), lo que no podría ocurrir con la regla de reconocimiento que, por definición, es una regla secundaria (Hart, 2012, pp. 81, 100 y ss.).

es decir, los criterios para identificar un orden jurídico y las correspondientes normas que pertenecen a los diversos sistemas de ese orden (Bulygin, 1991a, p. 278; Bulygin, 1991b, pp. 316-318).

³⁰ Bajo esta otra perspectiva, en cambio, la regla de reconocimiento es comprendida como una práctica social desarrollada por el conjunto de los jueces y órganos de aplicación del derecho, que prescribe a cada uno de estos el uso de reglas y estándares que satisfagan determinados criterios últimos de validez jurídica para fundamentar sus decisiones (Ruiz Manero, 1990, p. 138). Véase también, Schauer (1995, pp. 150-151).

³¹ Por ello mismo, según los autores citados, no puede sostenerse que la regla de reconocimiento se identifique con alguna norma o normas de un ordenamiento (Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 147).

³² Nino, por cierto, parece asumir que la ontología de la regla de reconocimiento corresponde tanto a la de una *regla conceptual* como a la de una *práctica social*: véase, por una parte, Nino (2003, p. 91); y, por otra parte, Nino (2003, pp. 110-111). Esto supone, quizás, la suscripción de una tesis integradora de las diversas “dimensiones” que tendría la regla de reconocimiento. En este sentido, por ejemplo, Atienza y Ruiz Manero presentan a la regla de reconocimiento como una entidad que aglutina una dimensión conceptual, una dimensión directiva y, además, una dimensión valorativa (Atienza y Ruiz Manero, 1996, pp. 154-155). Para una exposición clara y sintética de las más frecuentes formas de interpretación acerca de qué tipo de norma es la regla de reconocimiento, véase Pino (2018, pp. 189-192).

iii. Pero incluso si se acepta que, en algún sentido, pueda predicarse “vigencia” respecto de la regla de reconocimiento (entendiendo, por ejemplo, que el término “vigencia” se emplea como sinónimo de “aceptación” o “uso generalizado” de una práctica social o de una regla conceptual, según fuere el caso), el razonamiento de Nino nada dice acerca de cómo esa supuesta “vigencia” determinaría la *juridicidad* (el carácter jurídico) de la referida competencia normativa originaria. Nino no llega hasta ahí, y no da ninguna razón expresa para sostener aquello.

iv. Se podría insistir en la defensa del argumento de Nino con una variante: que la aludida competencia normativa “originaria” en que consiste el poder constituyente sería *jurídica* –no por haber sido habilitada sino– por haber obtenido su *fundamento de validez* de la regla de reconocimiento. Pero, nuevamente, tampoco es pacífico asignar a aquella regla la función de conceder u otorgar *fundamento jurídico* a las normas o a los poderes normativos. Aunque hay algunos autores que afirman esto último,³³ existen otros que, sobre la base de discernir que “reconocimiento” no equivale a “fundamento”, rechazan tajantemente aquello.³⁴

v. Pero incluso si, por virtud del argumento, se asumiera que la regla de reconocimiento tiene la función de atribuir la competencia normativa “originaria” en que consiste el poder constituyente –o, alternativamente, la función de concederle *fundamento jurídico*–, ocurriría entonces que el “poder constituyente” sería, en un importante sentido, un poder *constituido*: constituido por la regla de reconocimiento. Resultaría, pues, extraño –y en un sentido contradictorio– afirmar que el poder constituyente es un poder *constituido*.³⁵

vi. Finalmente, y dejando de lado cualquier posible lectura interpretativa de Nino, lo que sí parece claro en su propuesta es que vuelve depen-

³³ Véase, por todos, Vilajosana, (2016, p. 123): “Como cierre del sistema se requiere una regla que *confiera validez* al resto de normas, pero de la cual no tenga sentido predicarla. Esta regla es la regla de reconocimiento” [cursivas añadidas]. Una crítica, inspirada por las ideas de este autor sobre la regla de reconocimiento, puede verse en Guastini, (2019).

³⁴ Véase, en este sentido, Guastini (2013, p. 87); y Guastini (2019, p. 12).

³⁵ Para una crítica sobre la contradicción que supondría que el poder constituyente sea conferido por una norma, véase Guastini (2006, p. 204). Con todo, una posible solución para este problema se ensaya en Baquerizo y Rapetti (2021, pp. 67-72).

diente el concepto de “poder constituyente originario” del concepto de “regla de reconocimiento”. No queda claro en qué modo se daría esta relación conceptual y, sobre todo, no queda nada claro por qué dicha relación implicaría la *juridicidad* del poder constituyente; pero es innegable que el comentado autor estipula tal conexión para dotar de sentido a una “competencia jurídica originaria” reconstruida en contextos descriptivos.

Pues bien, mi última crítica a Nino en esta sección es que, como quiera que sea reconstruida, su propuesta elimina al poder constituyente como fundamento originario del derecho positivo, que es el sentido que usualmente le atribuyen juristas, dogmáticos y teóricos del derecho³⁶ cuando se refieren a este como un poder “último” que no necesita de ninguna norma que lo autorice (Bobbio, 2012, p. 73). Y es que, si el poder constituyente dependiese de la regla de reconocimiento (en el sentido que fuere), entonces dicho poder solo sería el resultado de la puesta en funcionamiento de esta regla. Bien podría decirse incluso que –siguiendo la propuesta de Nino– la explicación del poder constituyente originario consistiría simplemente en dar cuenta de una mera implicación a partir de otra explicación distinta: la atinente a las prácticas de reconocimiento de ciertos hechos sociales.³⁷ Así las cosas, explicar el uso que tiene el concepto de “poder constituyente originario”, en un contexto descriptivo, se reduciría a proveer los detalles de algo que está implícito en el uso de un concepto diverso.

Por todas las razones antes expresadas, la concepción de Nino sobre el poder constituyente originario en el contexto descriptivo no es del todo convincente. En todo caso, que esta particular propuesta posee algunos méritos de gran utilidad es un dato innegable; sobre ello volveré más adelante, en las conclusiones de este trabajo.

³⁶ Véase, por todos, Ferrajoli (2007, p. 850).

³⁷ Véase, en este sentido, Pino, 2023, donde se sostiene que la consolidación de un nuevo ordenamiento jurídico depende de la efectividad y de las prácticas de reconocimiento y no del poder constituyente (que, a final de cuentas, sería un concepto innecesario).

3.3. Críticas sobre la idea de una “competencia jurídica originaria” en el plano justificativo

En último lugar, analizaré brevemente el segundo concepto de “competencia jurídica originaria” estipulado por Nino para dotar de sentido a la expresión “poder constituyente originario”: el concerniente al llamado contexto de justificación. Dado que esta parte del trabajo de Nino me parece excesivamente comprometida con una teoría jurídica iusmoralista, cuya discusión bien podría ocasionar el desvío hacia otras cuestiones ajenas al concepto de poder constituyente, me limitaré aquí a consignar un comentario bastante conciso.

En el contexto de justificación, como se reseñó antes, Nino también propone concebir al poder constituyente como una “competencia jurídica originaria”; la diferencia es que el uso de este concepto para fines justificativos, según el autor citado, ya no puede presuponer simplemente una descripción de normas vigentes, sino que su aplicación exige una *debida* fundamentación que depende tanto de juicios fácticos como de juicios de valor acerca de los principios morales que legitiman dicho poder. A criterio de Nino, son esos principios ideales de legitimación política –y no normas del derecho nacional o internacional– los que sirven de “puente” entre ciertos datos fácticos (tales como el efectivo control de la coacción estatal) y la conclusión de que ciertos individuos poseían facultades normativas (Nino, 1985, p. 46).

En este contexto, entonces, y dada la particular concepción de Nino acerca de la noción de competencia jurídica (expuesta en la sección 2.3 de este trabajo), el referido autor perfila al poder constituyente originario como una *competencia moral* para dictar las normas básicas del sistema (Iosa, 2017, p. 414). Así, pues, la concepción del poder constituyente originario que Nino propone en este contexto puede ser vista, en cierto sentido, como una estrategia iusnaturalista refinada que, al igual que las concepciones sobre el poder constituyente que se pueden encontrar en los estudios del derecho natural más tradicionales, expresa una caracterización del poder constituyente como “competencia” pero no propiamente en sentido *jurídico-positivo*.³⁸

³⁸ En este sentido, por ejemplo, Antonio Messineo definía al poder constituyente como la “facultad moral de formular y de imponer una constitución con valor vinculante para los

De este modo, antes que explicar los fundamentos de un orden jurídico, esta concepción sirve para trasuntar la existencia de un conjunto de principios éticos con supuesto valor absoluto y universal, de los cuales dependería en último término la justificación de ciertos actos jurídicos (como se expone en Bobbio, 2011, p. 111). Es decir, Nino ideó un modo de evitar la infracción a la “Ley de Hume” en los razonamientos que, utilizando el concepto de “poder constituyente originario”, se dirigen a la justificación de acciones y decisiones; pero lo hizo a costa de presuponer una concepción “moralizada” del derecho (una concepción “panmoralista”, dicho en sus propios términos), donde toda labor de justificación jurídica se encuentra condicionada por valoraciones de índole moral. Se trata de una inconveniencia no menor, dado que cargar con presupuestos tan comprometidos abre un abanico bastante amplio de posibles críticas que impedirían suscribir esta particular concepción *moral* del poder constituyente.³⁹ Pero, además –y en lo principal–, puede decirse que esta concepción coloca a la noción de poder constituyente originario en un plano secundario, como una idea instrumental o expresiva de aquellos principios de moralidad, con lo cual se pierde la capacidad explicativa que interesa a los juristas cuando se aproximan a este particular concepto.

4. Conclusión: un balance del aporte de Nino en su discusión con Carrió

Por las razones anotadas en cada una de las secciones precedentes, me parece que los planteamientos de Carlos S. Nino sobre el concepto de

asociados”, es decir, “una facultad de acción, que brota del derecho originario de la colectividad” (Messineo, 1946, pp. 10-11). A partir de esta “naturaleza moral”, Messineo deduce que el poder constituyente “[e]s, por lo tanto, un poder esencialmente jurídico [...] que, por su naturaleza, está destinado a producir efectos jurídicos” (Messineo, 1946, pp. 11-12). Coincidente con esta visión es la “doctrina clásica de la constitución natural”, de acuerdo con la cual el poder constituyente es “un poder ordenador que obra legítimamente sobre la base del Derecho en vista de un ordenamiento positivo”, entendiendo que “el Derecho (Derecho en sí, no la norma) no es originado por el poder constituyente, sino es su condición” (Castellano, 2012, p. 29).

³⁹ Véase, por ejemplo, Iosa (2017, pp. 410-416), donde se dirigen tres objeciones a la comprensión del poder constituyente como competencia moral (de acuerdo con la tesis de Nino).

“poder constituyente originario” no son del todo persuasivos; algunos de ellos, de hecho, son rechazables. Pero ello no impide reconocer que varios de los elementos de comprensión aportados por el mencionado autor son de lo más útiles, pues tienen el mérito de provocar reflexiones muy importantes en este específico ámbito de estudio. Como se ha visto, aunque el propósito original de Nino fue rendir un homenaje intelectual a Carrió desafiando críticamente sus razonamientos, el resultado sobrepasó con creces tal objetivo: sus ideas pueden verse no solo como un intento de refinamiento y de “rescate” del concepto de “poder constituyente”, toscamente tratado por la tradicional dogmática constitucional –tal como acertadamente denunciaba Carrió–, sino también como un importante fragmento de su teoría sobre la validez jurídica, particularmente interesante en lo que respecta a la cuestión de la validez de las normas “originarias” o “primitivas” en un sistema jurídico (Nino, 1985, p. 42).

Como se dijo anteriormente, la parte más interesante del comentado trabajo de Nino tiene que ver con su propuesta de caracterizar al “poder constituyente originario” como una “competencia jurídica originaria” en el contexto explicativo. Si bien he dejado apuntado por qué –teniendo en cuenta exclusivamente los argumentos formulados por el referido autor– no me parece del todo convincente que dicha competencia originaria sea concebida como una competencia *jurídica*, creo en cambio que las intuiciones de Nino sobre este punto sí que sirven para problematizar la usual comprensión del poder constituyente como un simple “poder de hecho”. De este modo, creo que los sugerentes argumentos de Nino abren la posibilidad de una reflexión en torno al sentido “jurídico” que –al menos desde un punto de vista– tendría el poder constituyente; un sentido que usualmente es descartado pese a que la tradicional comprensión de este concepto designa un poder creador de un nuevo orden (precisamente) *jurídico*.⁴⁰

Dejando de lado la discusión acerca de dicho carácter jurídico, la idea de una “competencia originaria” es, quizás, el mayor aporte teórico de Nino dentro del referido trabajo. Con ello, no solo me parece que da una convincente respuesta a la crítica de Carrió sobre este punto, sino que contribuye

⁴⁰ Véase, en este sentido, Ferrajoli (2007, pp. 854, 856); y Baquerizo Minuche (2021, pp. 87-91), donde argumento que el poder constituyente, desde el punto de vista de su manifestación, es un poder *de hecho*; pero desde el punto de vista de sus consecuencias, es un poder *jurídico*.

en términos generales a una mejor reconstrucción del concepto de “poder constituyente”. Digo esto, específicamente, porque creo que la noción de “competencia originaria” –entendida fuera de los moldes del concepto tradicional de “competencia”, y bajo un enfoque que se centra exclusivamente en las *consecuencias* y no en la habilitación– permite dar cuenta de una característica central de quienes intervienen como sujetos constituyentes: la capacidad normativa que se les reconoce *ex post* por haber logrado dictar reglas que efectivamente han generado un nuevo sistema originario y, por ende, un nuevo orden jurídico (Chiassoni, 2017, p. 40). Además, como dejó esbozado en su momento, la noción de “competencia originaria” también permite explicar de modo más preciso la pertenencia de tales normas a los ordenamientos jurídicos, aspecto que bien podría ser desarrollado dentro de una teoría “integradora” de la competencia en el derecho.

Finalizo este trabajo concluyendo lo que a estas alturas parece algo obvio: aunque uno pueda estar en desacuerdo con los planteamientos de Carlos S. Nino respecto de determinadas discusiones, la lectura de sus trabajos en el campo de la teoría del derecho es una actividad siempre gratificante debido a su claridad y rigor analítico. En este caso particular, su análisis y sus propuestas relacionadas con la clarificación del concepto de “poder constituyente originario”, en discusión con otro brillante pensador como lo era Genaro Carrió, ofrecen una batería de argumentos sumamente relevantes y útiles que contribuyen a la discusión y al refinamiento conceptual, y que indiscutiblemente forman parte de las referencias obligadas para todo aquel que quiera investigar sobre esta materia.

Bibliografía

- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.
- Baquerizo Minuche, J. (2021). *El concepto de ‘poder constituyente’. Un estudio de teoría analítica del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Baquerizo Minuche, J. (2022). Sobre el ‘sujeto constituyente’. Breve análisis desde la teoría del derecho. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 56, 71-100.

- Baquerizo Minuche, J. y Rapetti, P.A. (2021). El poder constituyente, ¿fáctico o normativo? Otra vuelta de tuerca. En J. Gajardo Falcón y F. Zúñiga Urbina (eds.), *Constitucionalismo y procesos constituyentes*, vol. 3. (pp. 43-80). Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Bobbio, N. (2011). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma - Bari: Laterza.
- Bobbio, N. (2012). Sul principio di legittimità. En Id., *Studi per una teoria generale del diritto* (pp. 65-77). Torino: Giappichelli.
- Bulygin, E. (1991). El concepto de vigencia en Alf Ross. En C. Alchourrón, C. y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho* (pp. 339-353). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bulygin, E. (1976). Sobre la regla de reconocimiento. En J. A. Bacqué (dir.), *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja* (pp. 31-39). Buenos Aires: Astrea.
- Bulygin, E. (1991a). Algunas consideraciones acerca de los sistemas jurídicos. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 9, 257-279.
- Bulygin, E. (1991b). Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 9, 311-318.
- Carrió, G. (1966). *Sobre el concepto de deber jurídico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Carrió, G. (2001 [1973]). *Sobre los límites del lenguaje normativo* (1ª reimpresión). Buenos Aires: Astrea.
- Castellano, D. (2012). Constitución y poder constituyente. En M. Ayuso (ed.), *El problema del poder constituyente. Constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones* (pp. 15-34). Madrid: Marcial Pons.
- Chiassoni, P. (2017). Do jurists need pre-conventions? *Revus: Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 33, 37-43.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1 (*Teoria del diritto*). Roma - Bari: Laterza.
- Ferrer Beltrán, J. (2000). *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Garzón Valdés, E. (1983). Acerca de las limitaciones jurídicas del soberano. En E. Bulygin, M. D. Farrell, C. S. Nino, y E. A. Rabossi (comp.), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió* (pp. 157-180). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Guastini, R. (2006). Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento. En P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e Diritto 2005. Ricerche di giurisprudenza analitica* (pp. 203-207). Torino: Giappichelli.
- Guastini, R. (2013). *Distinguendo ancora*. Madrid: Marcial Pons.
- Guastini, R. (2014). *La sintassi del diritto* (2ª ed). Torino: Giappichelli.
- Guastini, R. (2019). Riconoscimento. *Analisi e Diritto*, 1/2019, 9-20.
- Hart, H. L. A. (2012 [1961]). *The Concept of Law* (3ª. ed). Oxford: Oxford University Press.
- Hume, D. (1984). *Tratado de la naturaleza humana*, tomo III (trad. F. Duque). Barcelona: Orbis (Trabajo original publicado en 1740 bajo el título *A Treatise of Human Nature*, vol. III: *Of Morals*).
- Iosa, J. (2017). Tres conceptos de poder constituyente originario. En Roldán, S. (comp.), *Homenaje a Genaro R. Carrió* (pp. 395-433). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho* (2ª ed., trad. R. J. Vernengo). México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México (Trabajo original publicado en 1960 bajo el título *Reine Rechtslehre*, 2ª ed).
- Messineo, A. (1946). *Il potere costituente*. Roma: La Civiltà Cattolica.
- Nino, C.S. (2003 [1973]). *Introducción al análisis del derecho*, 2da. ed. (12ª reimpresión). Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C.S. (1983). El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica. En Bulygin, E., Farrell, M. D., Nino, C. S. y Rabossi, E. A. (comp.), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió* (pp. 339-370). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Nino, C.S. (1985). *La validez del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C.S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C.S. (2014 [1994]). *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho* (nueva edición). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

- Pérez Triviño, J. L. (1998). *Los límites jurídicos al soberano*. Madrid: Tecnos.
- Pino, G. (2018). *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica* (1a reimpresión). Pisa: Edizioni ETS.
- Pino, G. (2023). Una teoría analítica del poder constituyente. *Notizie di Politeia, Rivista di Etica e Scelte Pubbliche*, 150, 51-57.
- Rapetti, P. A. (2017). Expresivismo metajurídico, enunciados internos y aceptación plural: una exploración crítica. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 47, 39-80.
- Ross, A. (1963). *Sobre el derecho y la justicia* (trad. G. Carrió). Buenos Aires: Eudeba (Trabajo publicado en 1958 bajo el título *On Law and Justice*).
- Ruiz Manero, J. (1990). *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Schauer, F. (1995). Amending the Presuppositions of a Constitution. En S. Levinson (ed.), *Responding to imperfection. The theory and practice of constitutional amendment* (pp. 145-161). Princeton (NJ): Princeton University Press.
- Schmitt, C. (1996): *Teoría de la Constitución* (trad. F. Ayala). Madrid: Alianza Editorial (Trabajo original publicado en 1928 bajo el título *Verfassungslehre*).
- Stalnaker, R. (1973). Presuppositions. *Journal of Philosophical Logic*, 2(4), 447-457.
- Vedel, G. (1984 [1949]). *Droit Constitutionnel* (2ª reimpresión). París: Société du Recueil Sirey.
- Vilajosana, J.M. (2016). ¿Por qué la regla de reconocimiento es una convención? En L. Ramírez Ludeña y J. M. Vilajosana (eds.), *Convencionalismo y Derecho* (pp. 119-142). Madrid: Marcial Pons.