

P. El legislador que emitiera una formulación semejante estaría en realidad, apunta Nino, dictando dos normas que operan en niveles diferentes puesto que una se refiere a las demás normas del cuerpo en cuestión y la otra se refiere a la primera.

Una posible objeción que podría dirigirse es que esto llevaría a un regreso al infinito, puesto que, frente a la natural pregunta de cómo se modifica a su vez la segunda norma, que establece el procedimiento de reforma de la primera norma, que estipula igual procedimiento para modificar las reglas restantes, la única respuesta posible parece ser que debe haber otra norma adicional que establece el mismo procedimiento para reformar esa primera norma y así sucesivamente. Sin embargo, Nino considera que esto no tiene por qué ser así necesariamente, no tiene por qué haber norma alguna en el sistema acerca de cómo modificar la norma que regula la reforma de las demás normas. Si la norma B se modifica por el procedimiento P de acuerdo con lo que establece la norma C, esta norma C, aunque no sea derogada, deja de ser aplicable por haber desaparecido su objeto de regulación (la norma B).

Aunque C subsista puede, sin embargo, plantearse, continúa nuestro autor, la cuestión acerca de cuál sería el procedimiento para dictar la norma C (la que establezca el procedimiento de reforma de B) y las demás que sucedan en el futuro a ésta. En opinión de Nino, la solución a este problema vendría dada si consideramos que el sistema incluye una norma general C* que estipula lo siguiente:

"Toda norma que establece el procedimiento para modificar otras normas del sistema puede ser modificada por el mismo procedimiento que ella fije, salvo que haya otra norma que establezca algo distinto."³³⁴

³³⁴ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 77.

Sin embargo, continúa Nino, sigue abierta la cuestión de fundamentar la validez normativa (o fuerza obligatoria) de una norma como C. Si se parte de la presuposición de que esa validez sólo puede fundarse en otra norma que pertenece o perteneció al mismo sistema (o a un sistema inmediatamente antecesor) parece inevitable caer en el dilema entre un imposible regreso al infinito o una sospechosa autorreferencia. La autorreferencia es eliminable -escribe Nino- si se trata simplemente de establecer de acuerdo con qué norma es modificable la norma que regula el procedimiento de reforma de las restantes normas del sistema: en tal caso, la respuesta es que el sistema incluye una norma originaria, que difícilmente se pretenda a su vez modificar, y que establece, si no hay otra norma que diga lo contrario, idéntico procedimiento para cambiar la norma de reforma que el que ella fija para las demás normas.

Estas normas más básicas que las que plantean el problema, suelen ser -escribe nuestro autor-³³⁵ implícitas.

La autorreferencia no es, sin embargo, eliminable cuando recurriendo precisamente a ella se pretende mantener la aplicación de un criterio de validez (normativa) o fuerza obligatoria de cualquier norma, que exige que ella "derive" de otra norma que pertenece o perteneció al mismo sistema. Lo que sucede es que esto es una postura muy poco plausible y es, precisamente, como dije al principio de este apartado, la que, en la lectura que hace Nino de Ross, este último trató de atacar introduciendo la posibilidad de ella para explorar si así se pudiese preservar la aplicación irrestricta del criterio de validez que consiste en derivar la validez (en el sentido de obligatoriedad) de una norma de la validez de otra del mismo sistema, y concluyó que esta posibilidad debía ser rechazada. Lo que sucedió es que, planteado el problema por Ross y percibidas sus dificultades, se difundió la idea de que frente a una cláusula de reforma constitucional hay que concluir que, o bien es autorreferente, o bien que hay una laguna acerca de su modificación, pero, en realidad, según demuestra Nino, el dilema es falso ya que, por un lado,

³³⁵ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 43.

un sistema jurídico puede ser autosuficiente, sobre la base de una norma como C, para regular el procedimiento de modificación de aquellas de sus normas que puedan necesitar ser modificadas (éste, como vimos, no parece ser el caso de C) - y por lo tanto no hay ni autorreferencia ni laguna- pero, por otro lado, esto no quiere decir que un sistema jurídico pueda generar su propia validez (en el sentido normativo que hace referencia a la fuerza obligatoria o justificabilidad de las prescripciones jurídicas). Es pues en este punto "de dónde procede la fuerza vinculante" de, en este caso, la norma de reforma como C en el que Nino avanza sus principales argumentos. Nino, suscribiendo la postura de Ross acerca de la imposibilidad de que la autoridad suprema esté limitada jurídicamente (que una norma jurídica suprema regule su propio procedimiento de reforma), ofrece, sin embargo, una explicación diferente a esa imposibilidad. Nino sostiene que si admitiéramos la posibilidad de que la norma que regula la reforma constitucional se aplicara a sí misma, limitando, de este modo, jurídicamente a la autoridad suprema, el problema que afrontaríamos -a diferencia de lo sostenido por Ross- no vendría dado tanto por la cuestión de la autorreferencia -como hemos visto, según Nino, ésta podría solucionarse con una norma del tipo C- sino por la cuestión acerca de la *validez normativa* o *fuerza obligatoria* de una norma del tipo de C.

La exposición del análisis que lleva a cabo Nino de la derivación "dinámica" de una norma a partir de otra con contenido opuesto permitirá ver esto con más claridad.

Recapitemos la polémica en torno a esta cuestión. Ross señalaba que si la norma que establece el procedimiento P para modificar la Constitución se aplicara a sí misma, la norma que la reemplace, fijando el procedimiento R, debería derivar su validez de aquella norma que tiene contenido opuesto. Esto constituiría -en opinión de Nino- un caso de una inferencia cuya conclusión contradice una de sus premisas, lo que constituiría un absurdo lógico. Por su parte, tanto Hart como Bulygin y Guibourg señalaban frente a Ross que el argumento temporal es decisivo para eliminar la contradicción. Nino parte de un argumento de Guibourg

quien, considerando un sentido normativo de validez, sostiene que a diferencia de lo que ocurre en la deducción lógica, no es necesaria la verdad o validez simultánea de premisas y conclusión sino que hay una sucesión entre ésta y aquellas. Y otro de Bulygin: la derivación no se hace en principio entre las normas mismas sino entre juicios de validez acerca de esas normas. A diferencia de lo que sugiere Guibourg, Nino sostiene que el razonamiento que transfiere validez de una norma a otra es una inferencia lógica ordinaria.

En su opinión, una vez que advertimos que la derivación “dinámica” es un tipo de razonamiento deductivo, una de cuyas premisas es un juicio que confiere validez a las afirmaciones o prescripciones de alguien, parece inferirse, entonces, que no puede haber diferencia entre este tipo de razonamiento deductivo y cualquier otro respecto de la contemporaneidad de la verdad o validez de las premisas y de la conclusión. Para introducir algo más de claridad, Nino retoma la idea de que los juicios de validez pueden referirse tanto al pasado como al futuro y a partir de esto considera que lo que resulta relevante preguntarse no es si un razonamiento puede partir como premisa de un juicio que fue válido para llegar a una conclusión que es válida, sino si un razonamiento puede partir de un juicio que predica la validez pasada de una norma para llegar, como conclusión, a un juicio que predica la validez presente de otra norma. La respuesta negativa que da Ross a esta cuestión -apunta Nino- parece en principio ser correcta: de un juicio que dice que algo debió hacerse en el pasado no parece poder deducirse un juicio acerca de lo que debe hacerse ahora. Todo juicio acerca de la validez presente de una norma tiene que partir de un juicio acerca de cierto deber actual, como el de observar otra norma.

Esto es, en última instancia, señala Nino, lo que está implícito en la idea de Bulygin de que lo que él llama “criterio último de aplicabilidad de normas” debe pertenecer al sistema presente; ese criterio último del que habla Bulygin, apunta Nino, no es otra cosa que el juicio de validez acerca de las normas de mayor jerarquía del orden. Si aceptamos esta conclusión parecería entonces que Ross

tiene razón cuando señala que estamos incurriendo en una contradicción lógica al tratar de fundar la validez de una norma de reforma en la validez de su norma antecesora: estaríamos partiendo de un juicio que establece el deber de observar una cierta norma para llegar a otro juicio que establecería el deber de observar otra norma incompatible con la anterior.

Lo que aquí sugiere Bulygin para evitar esta contradicción -el ámbito de validez temporal forma parte del contenido de una norma (determinando su identidad), y, por lo tanto, podría decirse que las normas de reforma tienen diversos contenidos por tener diferentes ámbitos de aplicación temporal- no es, en opinión de Nino, efectivo: el contenido de una norma es relevante para su identidad y dado que es contraintuitivo sostener que una norma no es la misma por ser, por ejemplo, prorrogada en el tiempo entonces parece razonable concebir el tiempo de aplicabilidad de una norma no como un aspecto de su contenido sino como una calificación de su pertenencia a un sistema y de su validez normativa, o sea del deber de obedecerla. De esta forma, continúa Nino, si entendemos que el tiempo en que una norma es aplicable no afecta a su contenido sino a su validez, no sólo no se muestra que los contenidos de las normas de reforma no son mutuamente contradictorios, sino que, además, se vuelve al problema anterior de la aparente imposibilidad de derivar un juicio acerca de la validez presente de una norma de un juicio acerca de la validez pasada de otra. Nino, sin embargo, considera que debe ser revisada la postura de Ross que consiste en sostener la imposibilidad de derivar un juicio acerca de la validez presente de una norma de un juicio acerca de la validez pasada de otra. Nuestro autor sostiene:

“Es cierto que si la conclusión de un razonamiento práctico es un juicio acerca de lo que debe hacerse hoy, el razonamiento no puede tener como premisa mayor un juicio acerca de lo que debió hacerse ayer. Pero el razonamiento puede contar con ese juicio como premisa menor, siempre que tenga una premisa mayor adecuada.”³³⁶

³³⁶ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 85.

Nino reconstruye así el razonamiento que conduce a la predicación de la validez de la nueva norma de reforma constitucional:

- 1) Debe observarse toda norma (A) dictada por un procedimiento establecido por una norma (B) que debió observarse al momento de dictar la primera norma (esto es al momento de dictarse A).
- 2) La norma A fue dictada por el procedimiento establecido por la norma B.
- 3) La norma B debió observarse en el momento de dictarse A.
- 4) A debe ser observada.

En opinión de nuestro autor, este razonamiento es impecablemente válido. En *La validez del Derecho*, Nino considera que esto demostraría que es totalmente infundada la posición de Ross en el sentido de que la validez presente de una norma de reforma no puede fundarse en la validez pasada de una norma de reforma antecesora.

Posteriormente, en *Fundamentos de Derecho Constitucional*, viene a admitir que, tal y como sostiene Ross, una norma válida no puede derivar su validez de otra norma que ya no lo es (esto es, los artículos reformados de la Constitución no pueden recibir su validez de la norma que fija el procedimiento de reforma, si ella también ha sido reformada siguiendo el mismo procedimiento) pero que puede haber una norma (la recogida en la premisa 1 del anterior razonamiento) que sigue siendo válida y que da validez a las normas dictadas de acuerdo con el procedimiento establecido por una norma que era válida en el momento de haber sido dictadas aquellas otras normas. Esa norma pertenece a un plano más profundo y generalmente no articulado en el que se desarrolla una práctica básica de reconocimiento de reglas que, a su vez, reconocen la validez de otras. Tal práctica no coincide con el texto de la Constitución sino que se refiere a él. Así, entonces, hay una práctica más básica que la Constitución en una sociedad que determina la observancia de la Constitución aun cuando ella sea modificada en

forma regular³³⁷. Pero examinemos con detalle la premisa (1). Esa premisa tiene la particularidad -sostiene Nino- de ser:

“Un juicio de validez que no tiene como “pendant” a ninguna norma del sistema.”³³⁸

Lo que ha sucedido -según escribe nuestro autor- es que, generalmente, se ha incurrido en el error de considerar a tal juicio como un juicio de adhesión normativa.³³⁹ El error está en lo siguiente: Aun cuando se sostenga que las normas jurídicas son enunciados que no difieren de los juicios morales de igual contenido, habría que distinguir entre la formulación jurídica y la moral de esos enunciados; debiendo concluirse que su emisión en contextos justificativos tiene carácter moral y no jurídico. En efecto, la índole valorativa de estos juicios se oscurece muchas veces por su confusión con las normas jurídicas a las que ellos adhieren y esto ha hecho pensar a muchos autores que el razonamiento justificativo de jueces y juristas parte de normas jurídicas y no de juicios morales acerca de ellas.

Esta confusión entre normas jurídicas y juicios morales que predicán su validez es responsable de la exigencia de que todo juicio de validez sea un juicio de adhesión normativa. Pero, en opinión de Nino, tal exigencia es de imposible cumplimiento ya que requeriría una cadena infinita de normas positivas. El juicio del tipo (1) es, nos dice Nino, un juicio de validez que no tiene como contrapartida una norma jurídica. Esto es, se trataría de un juicio normativo puro. Muchos autores, ante la constatación de que los jueces no razonan sólo a partir de normas jurídicas, para evitar el aislamiento del sistema jurídico y conseguir su anclaje, presuponen una norma extrajurídica sólo en la cúspide del sistema, como la “norma básica” de Kelsen o la “ideología presupuesta” de Ross. Sin embargo, en

³³⁷ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., págs. 43-44.

³³⁸ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 86.

³³⁹ Nino, denomina juicios “*de adhesión normativa*” a los juicios valorativos que derivan de un principio moral de homologación del orden jurídico o la autoridad normativa y de una proposición que constata el dictado de una norma (en el sentido de prescripción) por parte de dicha autoridad.

opinión de nuestro autor, la cuestión deja de ser extraña si se reconoce de entrada que el razonamiento práctico de jueces y juristas nunca se basa en normas jurídicas sino, en todo caso, en juicios paralelos acerca de su validez³⁴⁰.

Esto hace perfectamente natural reconocer que la validez de la norma de reforma parte de una premisa como (1) aunque ella no tenga como contrapartida una norma jurídica. Resumiendo pues: por lo que se refiere a la norma que prevé el procedimiento para modificar las normas superiores del sistema su propia reforma puede estar regulada por otra norma -más básica y generalmente implícita- que establece el mismo procedimiento que ella indica, con lo que se evita el problema de la autorreferencia, y, como esta segunda norma no necesita ser modificada ya que su contenido se adapta al de la norma que ella regula, se muestra que un sistema jurídico puede ser prácticamente autosuficiente por lo que se refiere a prever el procedimiento de reforma de sus normas. Sin embargo, cuestión distinta es la de la validez:

La validez de la norma de reforma de la norma primitiva del sistema está establecida por un juicio que no tiene como contrapartida otra norma jurídica sino que, como todo juicio de validez, en última instancia, tiene carácter moral. Por lo tanto el sistema jurídico no es autosuficiente por lo que se refiere a la generación de su propia validez.

Frente a una preocupación como la de Guibourg acerca del peligro que estaría involucrado en la tesis de que la identidad de un sistema cambia cuando se modifican las normas que constituyen su base -las normas originarias-, cualquiera que sea el tipo de cambio (regular o no), esta tesis reivindica que la validez de las normas jurídicas depende de presupuestos morales y no de meras normas jurídicas. Y es esto, subraya Nino, lo que permite marcar la diferencia en términos de legitimidad entre un cambio democrático y un cambio violento de las normas que constituyen la base del sistema, no la cuestión puramente teórica de si esos

³⁴⁰ Nino, C.S., *La Validez del Derecho*, pág. 86.

cambios son compatibles con la subsistencia del mismo sistema jurídico o si por el contrario, implican una alteración de su identidad³⁴¹.

Es, precisamente, la diferencia entre un cambio democrático y un cambio violento a la luz de consideraciones de filosofía moral y política el que nos permite introducir el siguiente punto del análisis de Nino: la cuestión acerca de las normas de facto. Nino denuncia que la confusión en torno al concepto de validez jurídica lleva a fundamentar la validez de las normas dictadas por un gobierno de facto y con ello -erróneamente- a legitimar este tipo de regulaciones que pretenden amparar -en ocasiones- violaciones masivas de derechos humanos.

Validez de las Normas de Facto

Preguntar acerca de la validez de las normas de facto implica, en el análisis de Nino, preguntar qué fuerza vinculante tienen las normas dictadas por quienes establecieron un régimen autoritario. El análisis de nuestro autor parte de una revisión crítica de la doctrina jurisprudencial tradicional acerca de este tipo de normas, que equiparaba la fuerza vinculante de las normas procedentes de gobiernos autoritarios con las procedentes de regímenes democráticos. En la historia de muchos países, la usurpación del poder constitucional y democrático y el establecimiento de un régimen de gobierno autoritario ha venido acompañado de un reconocimiento implícito por parte de los tribunales de la pretendida legitimidad del gobierno autoritario para dictar leyes al considerar obligatorias y aplicar las leyes dictadas por aquellos. De esta forma, los tribunales -apoyados muchas veces por posturas defendidas por los teóricos- a partir del mero hecho de que tales gobiernos tuvieran la posesión de la fuerza necesaria para asegurar la paz y el orden en una determinada nación, los consideraban constituidos en

³⁴¹ Entre otras razones -señala Nino- porque "los partidarios de cambiar las normas originarias por la fuerza en vez de hacerlo por decisión democrática no suelen conmoverse por la cuestión iusfilosófica de si sus actos tendrán o no el efecto de que los juristas digan que la identidad del sistema jurídico se ha alterado". Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 88.

gobiernos de facto con todas las consecuencias respecto de la posibilidad de realizar válidamente los actos necesarios para la persecución de sus fines.³⁴²

Nino trata de demostrar que esta doctrina acerca de las normas de facto se apoyaba en un error teórico que consistió en no apreciar que, siendo la validez una propiedad normativa que implica que la norma debe ser obedecida, no puede derivar de meras circunstancias de hecho tales como poseer la fuerza suficiente para constituirse sin el respaldo democrático en gobierno de un país. Si uno no quiere incurrir en la denominada falacia naturalista, la respuesta a la pregunta acerca de la validez de las normas de facto ha de buscarse más allá de la cuestión acerca de quién tiene de hecho la fuerza que le permite dictar normas y poner sanciones en caso de su incumplimiento.

Según el análisis de Nino, el ámbito donde hallaremos esa respuesta es el de los principios morales, ya sea principios morales como el de la seguridad jurídica o requerimientos normativos más fuertes como es el que precisa la legitimidad de la autoridad para que sus normas sean válidas. Las dos tesis -complementarias- defendidas por Nino en relación con el problema serían las siguientes:

- 1) La legitimidad para dictar normas jurídicas válidas no puede derivar de meras circunstancias de hecho -como tener el monopolio de la fuerza de una sociedad- sino que tiene que derivar de valoraciones extrajurídicas; tales como el respeto e implementación de los mecanismos adecuados para la protección de los derechos humanos.
- 2) La conexión desde el punto de vista interno o justificativo entre el Derecho y la moral.

No se trataría solamente de la defensa de la tesis acerca de la pretensión de corrección del Derecho, sino que tal pretensión -siguiendo la terminología de

³⁴² Nino, C.S., *Derecho, Moral y política*, op.cit., pág. 64.

Es erróneo, entonces, hablar de autoridad de iure como autoridad facultada e autorizada para actuar como autoridad por una norma o conjunto de normas, pues, cualquier autoridad efectiva puede, y de hecho suele, dictar normas mediante las cuáles se autoatribuye competencia para ejercer el poder. Obviamente, aunque a esto se pudiera contestar que cuando se habla de autoridad de iure no está pensándose en quien se autoatribuye competencias sino en quien tiene competencias atribuidas por otra autoridad previa, esta réplica lo único que hace es -como nos dice Nino- retrasar la aparición del problema: ¿de dónde proviene la legitimidad de la autoridad que atribuye poder a otra por medio de normas? Parece que de alguna forma ha de ponerse fin a ese regreso al infinito al que llevaría el apuntado razonamiento erróneo. La respuesta que da Nino es que al hablar de normas que facultan a X a ejercer el poder no se está aludiendo a su vez a normas dictadas por otra autoridad, sino a principios morales o juicios de valor suscritos por quien está hablando y a tenor de los cuáles se debe hacer lo establecido por la autoridad X.³⁴⁶ En este caso, como señala Bayón, se está hablando de la distinción de iure/de facto en el sentido siguiente:

“Cuando se dice de X que es una autoridad de facto, simplemente se constata el hecho de que la pretensión de X de ser una autoridad legítima encuentra un cierto grado de reconocimiento general; cuando se dice además -pues ambos sentidos no son incompatibles- que es de iure, entonces el que habla manifiesta ser él mismo uno de los que aceptan como legítima la autoridad de X.”³⁴⁷

En este sentido ha de entenderse la terminología utilizada por Nino: Para él, gobierno de iure equivale a gobierno democrático respetuoso con los derechos humanos; esto se traducirá en una legitimidad de origen para las normas democráticas (con las implicaciones que luego veremos).

³⁴⁶ Cfr. Bayón Mohino, J.C., *La normatividad del Derecho*, op.cit., pág. 615.

³⁴⁷ Bayón Mohino, J.C., *La normatividad del Derecho*, pág. 615-617.

III Además de la cuestión terminológica acerca de a qué tipo de gobiernos se refiere con el calificativo de iure o de facto, Nino anota también que la denominación de "normas jurídicas", "leyes" o "constitución" no se limitará a las directivas que dicta un gobierno de iure o democrático.

La afirmación de Nino de que con la denominación de normas jurídicas se refiere tanto a las directivas procedentes de una autoridad democrática como a una autocrática, es considerando que cuando Nino hace juicios acerca de la validez de las normas jurídicas está asumiendo un punto de vista interno o justificativo en relación con el problema que, por otra parte, tanto le preocupó acerca de la validez de las normas de autoamnistía y de las normas dictadas durante la dictadura militar argentina (1976- 1980), mientras que, como observador que identifica normas jurídicas, la posición que defiende como plausible es la del positivista metodológico o conceptual.³⁴⁸

Validez de las Normas Jurídicas

En opinión de Nino, las confusiones teóricas en torno al concepto de validez han oscurecido mucho las respuestas a las preguntas acerca del estatus de las normas de facto durante y después de un régimen dictatorial.

Esto, además, ha tenido graves repercusiones socio-políticas. Los jueces y juristas teóricos muchas veces no por convicciones ideológicas, sino por erróneos razonamientos en términos jurídicos, consideraron justificada cualquier norma jurídica, incluso aquella emanada del uso del poder amparado por la mera capacidad fáctica de monopolio de la violencia, sin ninguna legitimidad moral. Nino

³⁴⁸ Nino escribe que; El Derecho debe ser identificado sobre la base de rasgos fácticos y empíricos. Tal es el modo en que debemos proceder para adoptar una perspectiva científica acerca del sistema jurídico y evitar mezclar Derecho y moral, algo que sólo sirve para confundir el contenido de ambas. Cuando vamos a una comunidad desconocida y deseamos saber cuáles son sus normas jurídicas, es absurdo que contestemos a los miembros de esa comunidad teniendo en cuenta nuestros juicios morales. Nino, C.S, *Radical Evil on Trial*, op.cit., pág. 153.

da cuenta de algunos de esos erróneos razonamientos que apoyaron, muchas veces, sinceras convicciones teóricas.³⁴⁹

- 1 La adopción de una versión distorsionada de la norma básica kelseniana que la convierte de un postulado epistemológico en un principio justificativo;
- 2 La idea de que la validez jurídica es independiente de toda consideración moral (y, de esta forma, aunque rechazaban la legitimidad del régimen sostenían la validez de sus disposiciones jurídicas);
- 3 La idea de que la validez puede fundarse solamente en ciertos hechos, como el de que el régimen de facto detenta efectivamente el poder (esta es la postura del positivismo ideológico);
- 4 La convicción de que los jueces traicionarían su misión y su juramento si dejaran que su reconocimiento del Derecho positivo se viera condicionado por consideraciones extrajurídicas, y que si los juristas teóricos recurrieran también a este tipo de consideraciones dejarían de ser científicos para transformarse en políticos.

En opinión de nuestro autor, sin embargo, como hemos tenido ocasión de ver a lo largo de las páginas precedentes, el concepto de validez o el de competencia jurídica usado, en un juicio justificativo, como el del juez que debe fundar su decisión, no es un concepto descriptivo (como el que alude a la eficacia de la norma o a su pertenencia a un sistema), sino que es un concepto normativo que implica predicar de la norma que tiene fuerza obligatoria o que debe procederse como ella establece y esto no puede hacerse -como sí sostiene el positivismo ideológico- sobre la base de lo que disponen otras normas jurídicas (entendidas éstas como prescripciones o como prácticas sociales) sino que es preciso recurrir a un principio de índole moral. Según Nino:

³⁴⁹ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 91.

“Un juicio del tipo “la norma X es válida” sólo sirve para justificar decisiones como las judiciales cuando presupone principios o consideraciones de justicia o moralidad social. Dado que necesitan justificar sus decisiones, los jueces no pueden eludir su responsabilidad moral mediante la mera invocación de hechos o de normas jurídicas [en el sentido de prescripciones]: la opción de aplicar o no una norma jurídica es, en última instancia, una decisión ética que debe estar fundada en principios de esa índole.”³⁵⁰

Estas consideraciones son de aplicación tanto en el caso de normas dictadas por los gobiernos de facto, como en el caso de normas que provienen de gobiernos de iure o democráticos. Lo relevante es ver en qué medida afecta el carácter democrático o el carácter de facto de un gobierno al valor que pueden tener en el razonamiento práctico de los sujetos las normas jurídicas dictadas por uno u otro tipo de gobierno. Partimos pues de que, en opinión de Nino, el carácter de iure o de facto de un gobierno no incide en el tipo de justificación a que están sometidas sus normas para ser válidas puesto que tal justificación ha de ser siempre de índole moral. La cuestión en la que sí incide el carácter del gobierno es en la respuesta a la pregunta acerca de si esa justificación moral se alcanza o no invocando, meramente, la norma jurídica (como juicio deóntico) en cuestión. Por supuesto que de la misma forma que el reconocimiento de las normas jurídicas procedentes de un gobierno de facto no puede basarse simplemente en el hecho de que han sido dictadas por quien ejerce el poder, el reconocimiento de las normas dictadas por los gobiernos de iure no puede apoyarse en la mera concordancia entre esas normas y una Constitución. Si tal concordancia tiene valor a los efectos de poder invocar tales normas como razones justificativas es porque se presupone que tal Constitución recoge valores éticos aceptables.

³⁵⁰ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 92.

Son estos valores éticos los que constituyen la fuente última de la validez de las normas jurídicas y es esa validez -escribe nuestro autor- la que las capacita para justificar actos y decisiones; esto es, las capacita para ser invocadas como razones para la acción. Pero ¿cuál es el fundamento de tal presupuesto?. Veamos el análisis que hace Nino acerca de la cuestión clave de cómo afecta el hecho de proceder de un tipo de gobierno u otro a la presunción de la legitimidad moral de las normas jurídicas. Hay dos tipos de consideraciones a las que podemos recurrir para juzgar la legitimidad moral de las normas jurídicas: Las que se refieren a su contenido y las que tienen en cuenta su origen. Cuando una norma satisface completamente las exigencias respecto de su contenido, entonces, las consideraciones relacionadas con su origen se vuelven superfluas. Pero cuando las consideraciones concernientes al contenido de las normas no están del todo satisfechas, comienzan a ser relevantes las consideraciones acerca de su origen.

Nino señala que lo deseable es llegar a un equilibrio entre estas dos clases de consideraciones morales según su respectivo peso: esto es, si el desvío de las exigencias relativas al contenido de las normas es muy amplio, las normas serán válidas sólo si las razones que hacen legítimas a las normas por su origen son de considerable peso. Las normas de un gobierno democrático difieren de las emanadas de uno autocrático, precisamente, en el peso de las razones que podría legitimarlas en virtud de su origen. Veamos esto con más detenimiento.

En opinión de Nino, el sistema de decisiones democrático es el mejor sucedáneo del discurso moral porque, de todos los sistemas posibles de decisiones, es el que más se aproxima a sus exigencias de deliberación libre y de consenso. Dado que el discurso democrático tiene tales rasgos, entonces, éste puede ser legítimamente utilizado como sustituto, aunque imperfecto, del discurso moral, cuando, como es el caso de las decisiones que han de tomarse en el marco de la organización y resolución de conflictos en nuestras sociedades, no puede acudir a este último -por la urgencia en la toma de decisiones y la necesidad de cerrar los conflictos- para generar la convergencia buscada de acciones y actitudes.

En *Ética y derechos humanos* y en *La validez del Derecho*, Nino sostiene una postura que presenta al discurso moral y a su sucedáneo el discurso democrático como constitutivo -aunque este último de forma imperfecta- de la legitimidad de las soluciones (postura que denominó constructivismo ontológico), pero, posteriormente, abandonó esta postura y la sustituyó³⁵¹ por lo que pasará a denominar *constructivismo epistemológico*. En esta nueva forma de entender el discurso moral y la democracia como su sucedáneo imperfecto, el consenso unánime o por mayorías se presenta -respectivamente, y con distinto grado, claro está, de fiabilidad- como una razón para creer en la existencia de tales principios morales. Es decir, el consenso que resulta de la deliberación tiene valor epistémico y sirve como indicio para determinar cuáles son los principios morales válidos y, concretamente, en el caso de la democracia, es un indicio acerca de que esa norma jurídica aprobada -en su vertiente de juicio de deber o aspecto valorativo- deriva de -refleja o recoge- normas morales plausibles. Así, el valor epistémico del resultado del discurso moral se transfiere al resultado del procedimiento democrático, pero como éste es un procedimiento imperfecto en relación con el discurso originario, su capacidad justificativa es sólo prima facie. De esta forma escribe Nino que la atribución de legitimidad a las soluciones obtenidas a través del procedimiento democrático es revocable tan pronto se muestre que ellas no hubieran sido adoptadas en el discurso moral genuino, y que sólo lo fueron gracias a las desviaciones del procedimiento democrático respecto de la estructura del discurso moral.³⁵²

Es preciso, sin embargo, matizar a qué está refiriéndose Nino cuando habla de desviaciones del discurso democrático en relación con el discurso moral originario. Hay dos tipos de desviaciones: unas son moralmente legítimas y derivadas, precisamente, de la función que el Estado y el Derecho han de cumplir en

³⁵¹ Cfr. Rodenas, A. *Sobre la justificación de la democracia en la obra de Nino*, C.S. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 10, págs. 279-294.

³⁵² Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, op.cit., pág. 397-403.

nuestras sociedades (es, por así decirlo, la proyección institucional de la moral. Son límites, entre otros, derivados de la exigencia de operatividad).³⁵³

Tales desviaciones derivan, entonces, del carácter necesariamente institucionalizado del debate democrático. Las otras no son moralmente legítimas, -y esto será de especial interés en el punto que abordaré a continuación sobre la fundamentación y límites del control judicial de constitucionalidad según Nino- y se presentan como inaceptables cuando ellas implican anular las precondiciones para que el discurso democrático, como sucedáneo regimentado del discurso moral, subsista; esto sucede cuando las decisiones democráticas atentan contra una serie de derechos básicos que conforman los prerrequisitos de legitimidad del discurso democrático.

Por lo demás, en algunos casos, la carencia de valor epistémico del resultado del debate democrático no implica que no haya razones para justificar la obediencia de la norma jurídica democrática si con ello se impide minar una práctica que, en su conjunto, permite la toma de decisiones justas y eficaces.

3.3.1. Valor de las Normas de Facto en el Razonamiento Práctico

Hemos visto que el sistema democrático de toma de decisiones es, a la luz de las consideraciones de Nino, el que tiene mayor capacidad para legitimar los cursos de acción que se adopten acerca del ejercicio del cuasi monopolio de la fuerza que detenta el Estado.

Lo que sucede es que, generalmente, la decisión misma de constituir ese cuasi monopolio no es sometida al procedimiento democrático y, aunque así lo fuera, -nos dice Nino- dudosamente podría ser legitimada por él; su legitimación proviene de la necesidad de preservar los derechos básicos que condicionan ese

³⁵³ Nino fue especialmente consciente de esta dimensión de la moral a partir de la reflexión fruto de su experiencia como asesor presidencial en relación con las medidas de la presidencia de R.Alfonsín para la protección de los derechos humanos.

procedimiento. Entonces, lo que justificaría concentrar la fuerza disponible de una sociedad en ciertos órganos dispuestos a garantizar los derechos humanos es, precisamente, la exigencia de que los derechos que hacen posible tanto la discusión moral genuina como su regimentación a través del sistema democrático no se vean frustrados por actos u omisiones de otros. Cuando el gobierno es democrático, entonces hay una presunción revocable de que los medios adoptados -las normas jurídicas- para materializar aquel objetivo -la protección de los derechos humanos- son moralmente legítimos. Sin embargo, cuando las normas jurídicas no son fruto de un proceso en el que haya habido libre discusión y consenso explícito de la mayoría de sus destinatarios, entonces, no opera la presunción de su justificabilidad moral y habrá que pasar a examinar la legitimidad moral de su contenido. Sucede, sin embargo, que puede haber otro tipo de consideraciones relacionadas todavía con su origen, que, aunque sean de índole diferente a las que determinan la validez prima facie de las normas democráticas, fundamenten una cierta obligatoriedad moral, aun cuando el contenido de las normas de facto sea, dentro de ciertos límites, objetable. Frente a lo que han sostenido diversos autores, el argumento relevante a estos efectos no es el argumento según el cual a partir de que:

- 1 La justificación de la existencia de un gobierno es la necesidad de proteger los derechos individuales básicos y de que
- 2 Muy probablemente, la dispersión de la fuerza implicará tal violación, todo gobierno relativamente estable y eficaz goza de cierta legitimidad prima facie.

Nino nos dice que:

- I No se puede presuponer a priori que cualquier gobierno es mejor para preservar los derechos humanos que la ausencia de gobierno;
- II Aunque se admita que alguien tiene que mandar, de allí no se sigue que esté justificado que cualquiera mande (es decir, el argumento anterior no permite legitimar cualquier gobierno).

Además de probarse que alguien tiene que mandar -y esto, como señalaba Nino, está en función de la preservación de los derechos- hay que probar que los que mandan son los más indicados para hacerlo; es decir, para preservar tales derechos básicos. A la luz de las anteriores precisiones, Nino considera que sólo en determinadas circunstancias puede admitirse cierta legitimidad de origen a las prescripciones emanadas de una autoridad de facto.

En su opinión, si pese a carecer de una legitimidad de origen, el gobierno de facto es, en general, respetuoso con los derechos básicos, entonces, si una vez que asumió o usurpó el poder resulta imposible un restablecimiento inmediato del régimen democrático y puede haber un costo considerable, siempre en términos de preservación de derechos, en una desobediencia generalizada a quienes detentan el poder,³⁵⁴ consideraciones morales de orden, paz, seguridad, etc. operarán a favor del reconocimiento de sus normas. Tales consideraciones tendrán un cierto peso que deberá ser sopesado por los jueces frente a las posibles desviaciones respecto de exigencias de justicia del contenido de esas normas. De esta forma, en *Derecho, Moral y Política* escribe Nino que:

“Cuando las prescripciones aceptadas por quienes tienen acceso a la coacción estatal no son sancionadas a través de un proceso típicamente democrático, dichas prescripciones, [como sucede con las normas de facto], no pueden verse como razones epistémicas y pierden, por lo tanto, una de sus fuentes principales de relevancia en el razonamiento justificativo. Si siguen conservando alguna relevancia, dependerá del carácter de contribución a una práctica colectiva que tengan las decisiones y acciones jurídicas y de la justificabilidad moral de esa práctica en su conjunto, lo que, normalmente, genera razones más débiles que las que surgen del valor epistémico del procedimiento democrático.”³⁵⁵

³⁵⁴ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 99.

³⁵⁵ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 191.

El argumento esgrimido por Nino no opera tanto en relación con los ciudadanos en general sino, como he ido señalando, con los jueces; sobre quienes pesa, debido a su función institucional, una responsabilidad mayor -derivada, entre otras razones, de su mayor capacidad de afectar al funcionamiento de ese sistema- en el cuidado del sistema jurídico que permita proteger los derechos humanos. Pudiera darse el caso, entonces, de que en un sistema no democrático en el que, sin embargo, se respetan dentro de ciertos mínimos los derechos humanos, la obligación de los ciudadanos sea desobedecer las normas que provienen de las autoridades de facto, mientras que la de los jueces sea la de aplicar determinada normativa pese a sus carencias valorativas de contenido siempre dentro de ciertos límites. El juez, pues, debe considerar en qué medida esas normas son efectivas para proteger y promover derechos individuales básicos, y en qué medida, una decisión o acción contraria a lo prescrito por tales normas podría ir en detrimento de otros derechos igualmente importantes.³⁵⁶ A partir del razonamiento de Nino acerca del tipo de consideraciones que dan fuerza vinculante a las normas y acerca de que los jueces no puedan amparar sus decisiones simplemente en normas dictadas por quien tiene el monopolio de la fuerza en un determinado momento, podemos señalar que los jueces bajo un sistema dictatorial tienen también importantes responsabilidades morales que no deben eludir.

De un lado, sus decisiones carecerán de todo apoyo justificativo cuando pretendan ampararlas en normas extremadamente injustas -es decir, contrarias a los derechos humanos más fundamentales- y, de otro lado, deben asumir un papel activo en la defensa de los derechos humanos que aparecen claramente violados por el régimen represor. Con esto, y dadas las peculiaridades de los regímenes totalitarios en las que la judicatura es nombrada atendiendo a afinidades con el régimen, lo que se está apuntando es, especialmente, a la responsabilidad moral de los jueces, que no puede ser eludida apelando a un supuesto compromiso

³⁵⁶ Cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, op.cit., pág. 400-411.

asumido³⁵⁷ y a su supuesto papel de meros aplicadores del Derecho positivo y eficaz.

Comentarios

Como hemos tenido ocasión de ver, la conclusión a la que llega nuestro autor tras el análisis de diversas “controversias internas” es que el razonamiento de los jueces, abogados y juristas no se agota en las normas de las que da cuenta un concepto descriptivo judicial institucionalizado de Derecho sino que, en realidad, implican una remisión a todo un sistema de justificación más amplio que el, que está basado en las prescripciones de las autoridades. Esta conclusión permite a Nino presentar su tesis principal en relación con esta cuestión:

La perspectiva interna en relación con el Derecho está indisolublemente ligada a la perspectiva interna de la moral y, en especial, a la perspectiva interna de la práctica discursiva que la modernidad ha acoplado a la moral positiva.³⁵⁸

Lo anterior tiene también implicaciones desde la perspectiva externa. La reconstrucción de la práctica social en que consiste el Derecho se distorsionaría si no se relacionara explicativamente esa práctica social con la práctica social del discurso moral. El sociólogo del Derecho cuando da cuenta del aparato legal estará presentando una imagen extraña de la aplicación del Derecho si la presenta como la actividad de jueces que emplean proposiciones normativas para justificar decisiones por el sólo hecho de que ciertos individuos que tienen el monopolio del uso de la fuerza han prescrito tales proposiciones. Escribe Nino que:

“La identificación descriptiva de ciertas proposiciones normativas como jurídicas implica mostrar que derivan de ciertas normas morales que

³⁵⁷ Cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, op.cit., pág. 404.

³⁵⁸ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 50.

legitiman a determinadas autoridades y de proposiciones descriptivas de las prescripciones de tales autoridades.³⁵⁹

A esta conclusión acerca de la conexión entre Derecho y moral se llega además, como hemos tenido ocasión de ver en este capítulo, a partir de una perspectiva ultraexterna respecto de todo orden jurídico: El análisis del concepto de validez tal y como es utilizado en el contexto interno permite confirmar la tesis de que el discurso justificativo jurídico no es insular sino que la adopción de normas que legitiman la prescripción de normas jurídicas está sometido a crítica en el marco del discurso moral, sobre la base de normas que no son jurídicas. **El análisis que lleva a cabo Nino le permite de esta forma confirmar su tesis de que:**

“El discurso moral de la modernidad tiene un carácter imperialista que impide la subsistencia de discursos justificativos insulares”³⁶⁰

Tales como el de la religión, el discurso prudencial, el jurídico o el de la economía. A los efectos que aquí resultan de interés este imperialismo del discurso moral implica que no existen razones jurídicas que puedan justificar acciones y decisiones con independencia de su derivación de razones morales.

³⁵⁹ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 59.

³⁶⁰ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 79.

Capítulo IV

Del Razonamiento Jurídico Justificativo

La legitimidad del derecho no puede ser establecida por el propio derecho, sino que ha de fundamentarse en razones morales.

Carlos Santiago Nino

4.1. Razonamiento Jurídico Justificatorio

En su artículo *Sobre los derechos morales*,³⁶¹ Nino calificaba la reflexión acerca del discurso jurídico justificativo como el tema central de la filosofía del Derecho. La cuestión clave, escribía:

“Es determinar en qué medida el discurso jurídico práctico -o sea, el discurso que permite justificar acciones y actitudes- es un discurso independiente y autosuficiente o si es parte del discurso moral general.”³⁶²

Y es éste, en efecto, el tema central del que se han ocupado los autores que han venido interesándose por el análisis o enfoque del Derecho como argumentación, es decir, por la vertiente práctica o justificativa del Derecho. Nino, al igual que autores como R. Alexy, N. MacCormick, J. Habermas, J. Raz, P. Soper, M. Atienza y Ruiz Manero, J.C. Bayón Mohino, J.R. de Páramo, entre otros, defienden la llamada tesis de la unidad del razonamiento práctico. Frente a la tesis de la fragmentación, que sostiene que existen tantas justificaciones como sistemas normativos haya, la tesis de la unidad del razonamiento práctico se caracteriza por

³⁶¹ Nino, C.S., *Sobre los derechos morales*, Cuadernos de filosofía del Derecho, n° 7, pág. 315

³⁶² op. cit., pág.316.

afirmar que el discurso jurídico justificativo está conectado con el discurso práctico general. Así, por ejemplo, la tesis central de la teoría de Alexy consiste en afirmar que el discurso jurídico es un caso especial del discurso moral o, más exactamente, para evitar equívocos debidos a la terminología, un caso especial del discurso práctico general³⁶³. Y ello es así porque:

- 1 En el mismo se discuten cuestiones prácticas,
- 2 Se erige también una pretensión de corrección (la pretensión de justicia sería un caso de pretensión de corrección), pero ello
- 3 Se hace (y de ahí que sea un caso especial) dentro de determinadas condiciones de limitación.

En otras palabras, en el discurso jurídico no se pretende sostener que una determinada proposición es, sin más, racional, sino que lo que se pretende es sostener que puede ser fundamentada racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente. El procedimiento del discurso jurídico se define, pues, por un lado, por las reglas y formas del discurso práctico general y, por otro lado, por las reglas y formas específicas del discurso jurídico³⁶⁴ (la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática). Por su parte, Habermas, aunque sostuvo en un momento que el proceso era un supuesto de acción estratégica, modificó su postura³⁶⁵ suscribiendo la de Alexy, y MacCormick,

³⁶³ Aunque tanto Habermas, *Facticidad y validez*, ed. Trotta, pág. 302 y ss. como Nino, *Derecho, Moral y Política*, ed. Ariel, pág. 79, atribuyeron a Alexy, la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso moral general, este autor, en su artículo *La tesis del caso especial*, clarifica su postura frente a la crítica de Habermas y escribe que: *la tesis de Habermas de que el discurso jurídico no debe ser concebido como un subconjunto de la argumentación moral, tal y como él la entiende, es obviamente verdadera. Pero esto no hace fracasar a la tesis del caso especial. De acuerdo con ella, el genus proximum del discurso jurídico no es el discurso moral en el sentido habermasiano, sino el discurso práctico general. Un discurso práctico general no es lo mismo que un discurso moral en el sentido de Habermas. Es un discurso en el cual las cuestiones y razones morales, éticas y pragmáticas están conectadas.* Alexy, R., *La tesis del caso especial*, Isegoría/21, pág. 23-35.

³⁶⁴ Atienza, M., *Las razones del Derecho*, Cuadernos y Debates, ed. Centro de Estudios Constitucionales, pág. 193.

³⁶⁵ Así en *Teoría de la acción comunicativa* escribía: *"Robert Alexy (...) me ha convencido de que las argumentaciones jurídicas, en todas sus acuñaciones institucionales, han de entenderse como un caso especial de discurso práctico"*, Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa*, trad. de M. Jiménez, ed. Taurus, tomo 1, pág. 60, nota 63. Tomamos cita de M. Atienza, *Las razones del*

sostiene que el razonamiento jurídico es un caso especial, altamente institucionalizado y formalizado de razonamiento moral. Por lo demás, aunque, en principio, podría parecer que la tesis de la unidad varía de unos autores a otros puesto que algunos hacen referencias expresas al discurso moral, mientras que otros las hacen al discurso práctico general, creemos que más allá de las referencias expresas a uno u otro tipo de discurso, es posible afirmar que la tesis de la unidad que autores como Alexy, Habermas, MacCormick sostienen es aquella según la cual el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general à la Habermas; es decir, un discurso en el que las cuestiones morales, ético-políticas y pragmáticas están conectadas.

La tesis de Nino se articula también dentro de este paradigma de comprensión del razonamiento jurídico justificativo (si bien es cierto que con diferencias acerca del valor que prima facie haya de darse a las normas jurídicas en el razonamiento práctico). La tesis de la unidad -también denominada "tesis de la inseparabilidad"³⁶⁶-, tal y como aquí está siendo definida, sostiene que una teoría del razonamiento jurídico justificativo tiene que admitir una conexión necesaria entre Derecho y moral pero, a diferencia de las tesis clásicas del Derecho natural, la vinculación entre ambos sistemas normativos defendida por la tesis de la unidad o de la inseparabilidad no implica la adecuación moral del Derecho positivo, sino que lo que sostiene es que la premisa principal de un razonamiento jurídico justificativo es una norma o principio moral³⁶⁷ y que, por consiguiente, la

Derecho, op.cit., pág., nota 41. Habermas sostiene que: *el discurso jurídico no puede moverse autárquicamente en un universo herméticamente cerrado del Derecho vigente, sino que ha de mantenerse abierto a argumentos de otra procedencia, en particular a las razones pragmáticas, éticas y morales hechas valer en el proceso de producción de normas y, por ende, agavilladas en la propia pretensión de legitimidad de las normas jurídicas incluye no sólo argumentos morales sino también éticos y pragmáticos [...]. La corrección o rectitud de las decisiones jurídicas se mide en última instancia por el cumplimiento de condiciones comunicativas de la argumentación, que posibilitan la imparcialidad en la formación de un juicio.* Habermas, J., *Facticidad y validez*, ed. Trotta, pág. 302

³⁶⁶ Moreso, J.J., Navarro, P.E., y Redondo, M.C., *Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial*, Cuadernos de filosofía del Derecho, nº11, págs. 247-262.

³⁶⁷ Es la que Alexy denomina "*pretensión de corrección*". Desde el punto de vista justificativo, la pretensión de corrección del Derecho está vinculada con la idea de una moral correcta en el sentido de una moral fundamentada. Alexy, R. *El concepto y la validez del Derecho*, pág.84.

justificación de las decisiones judiciales implica el uso de normas y principios morales³⁶⁸. Es así como ha de ser entendido Nino cuando escribe que:

*“Los principios morales son excluyentemente justificativos en su campo de aplicación, y sólo los derechos establecidos directa o indirectamente por tales principios [...] pueden servir de razones para actuar.”*³⁶⁹

Aunque, esto no significa negar la especialidad del discurso jurídico en relación con el discurso moral: Justificar jurídicamente -nos dice- no es lo mismo que justificar moralmente. Como escribe nuestro autor, decir que las razones morales ocupan la premisa de deber ser desplazando a las razones prudenciales, entre otras, no significa, sin embargo, hacer equivalentes el razonamiento judicial y el razonamiento moral, entre otras cosas porque el juez actúa como juez precisamente cuando para tomar una decisión tiene en cuenta el hecho de que el legislador ha dictado una norma. De esta forma, el juez lleva a cabo un razonamiento jurídico práctico cuando supone que debe castigarse con tal pena a los que matan porque (entre otras cosas) el legislador (a quien tiene el deber moral de obedecer) así lo ha establecido.³⁷⁰

Es decir, el elemento de autoridad es uno de los rasgos distintivos del Derecho y, de esta forma, la dimensión institucional del Derecho es un factor muy importante para dar cuenta de la especificidad del razonamiento jurídico frente al razonamiento moral ordinario;³⁷¹ aunque, ese aspecto institucional del Derecho (la apelación a la autoridad y al sentido regimentado del discurso jurídico) no significa apartarnos de la tesis del imperialismo del discurso moral ni rompe la unidad del razonamiento práctico, sino que es, precisamente, una exigencia necesaria para

³⁶⁸ Moreso, J.J., Navarro, P.E y Redondo, C., *Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial*, en *op.cit.*, págs. 247-262.

³⁶⁹ Nino, C.S., *Sobre los derechos morales*, pág. 316.

³⁷⁰ Nino, C.S., *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, *op.cit.*, pág. 97, *La validez del Derecho*, *op.cit.*, pág. 141.

³⁷¹ Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho*, Cuaderno de filosofía del Derecho, nº 24.

satisfacer los valores y fines sustantivos de la moral en nuestras sociedades. En este sentido, escriben Atienza y Ruiz Manero que:

“El discurso moral ordinario está abierto a todas las razones relevantes, no está sujeto a plazos y la solución de las controversias no depende en él de órgano autoritativo alguno, sino del consenso unánime, por lo demás, siempre revisable de los afectados. Pero es precisamente por estas características por lo que el discurso moral es, necesariamente, deficitario o insuficiente como método de resolución de los conflictos. Podríamos decir que el carácter institucional del discurso jurídico es condición necesaria de la superación de los déficits operativos del discurso moral. Y estos déficits operativos del discurso moral seguirían siendo tales en una sociedad de ángeles, pues también en ella el discurso moral, dejado a sí mismo, frustraría sus propias finalidades.”³⁷²

Aunque Nino ya apuntaba en su trabajo *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, que una de las varias razones -y la más importante- que determina la dependencia entre los fallos de los jueces y la consideración de principios valorativos es el hecho de que el Derecho positivo no provee razones suficientes para justificar -justificar moralmente- una decisión, aun cuando el ordenamiento jurídico en cuestión contenga una solución clara para el caso que debe decidirse,³⁷³ será en tres trabajos posteriores (*La validez del Derecho*, *Fundamentos de Derecho constitucional* y *en Derecho, moral y política*) dónde llevará a cabo un profundo análisis del razonamiento jurídico justificativo, de su articulación en el discurso moral, y de sus peculiaridades derivadas de su dimensión institucional. La tesis principal de Nino es que nuestra cultura ha generado un discurso justificativo “imperialista” al que se ha denominado moral.³⁷⁴

³⁷² Atienza, M. y Ruiz Manero, J., op.cit., pág. 16.

³⁷³ Nino, C.S., *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, op.cit., pág. 96.

³⁷⁴ El significado, la verdad y la validez de los juicios morales son relativos a las reglas y la estructura que subyace a la práctica social o a la institución del discurso moral. Tal práctica está históricamente condicionada de modo que -como escribe el propio Nino- ha evolucionado y se ha expandido a través de diferentes sociedades. El elemento de imparcialidad fue desarrollado ya

Este "imperialismo" del discurso moral defendido por nuestro autor implica que no existen razones jurídicas que puedan justificar acciones y decisiones con independencia de su derivación en última instancia de razones morales. Significa que los deberes jurídicos tienen su fundamento en deberes morales, y que la validez jurídica, entendida como fuerza vinculante u obligatoriedad, es un tipo especial de validez moral. Nino recoge de la tradición norteamericana un interés por la dimensión argumentativa del Derecho y, concibiendo a éste como una empresa colectiva para la consecución de objetivos sociales valiosos, reivindica una teoría y una filosofía del Derecho -independientemente de la positivización, en muchas de nuestras Constituciones, de los grandes postulados del liberalismo político y del igualitarismo social- impregnada, de consideraciones de filosofía política y de filosofía moral. Desde sus primeras obras,³⁷⁵ Nino da cuenta de cómo el recurso a principios morales en la práctica judicial se presenta como algo necesario si tenemos en cuenta la relevancia moral de, prácticamente, todas las decisiones judiciales. Ya en *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Nino señalaba la responsabilidad moral que asumían los jueces al tomar sus decisiones y cómo estos debían partir en su razonamiento práctico de

probablemente en la Grecia clásica y alcanzó un grado mayor de refinamiento en la Ilustración añadiéndose a la imparcialidad, la autonomía, universalidad y la prioridad de la moral. Pudiera ser - escribe nuestro autor- que uno de los hitos del cambio conceptual en el ámbito moral fuera la posibilidad de formular la paradoja de Eutifrón de modo que Aristóteles en su *Ética a Nicomaco* plantea ya la posibilidad de que la verdad moral fuera conceptualmente dissociada de las órdenes de un dios. En cualquier caso, lo que parece implicar todo esto es que pudiera ser que esta práctica no sea universal y que debemos aceptar que posiblemente haya pueblos o sociedades que no sigan la misma práctica del discurso moral, que siguen una práctica de razonamiento y discurso moral que difiere en aspectos relevantes de la nuestra. En tales casos nada hay que pueda hacerse para convencer a esas otras personas puesto que lo que para nosotros son razones para ellos no lo son. Al margen de estas palabras de Nino podemos, sin embargo, hallar en él un último intento por rescatar el proyecto kantiano de la universalidad de la razón práctica cuando señala que podemos seguir teniendo la esperanza de que algunos de los mecanismos sociales, psicológicos o biológicos, que según algunas teorías científicas incitan a la gente a preocuparse de la justificación moral hagan su obra. En realidad -añade Nino- parecen haber obrado tan bien que esta práctica del discurso moral se ha expandido enormemente entre gentes y sociedades con opiniones morales sustantivas radicalmente diferentes. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, op.cit., pág. 87-88 y 161-162.

³⁷⁵ Nino, C.S., *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, op.cit., *Los límites de la responsabilidad penal*, op.cit., *La validez del Derecho*, op.cit.

presupuestos axiológicos que hicieran legítima la observancia de las normas jurídicas. Nino escribía en este sentido que:

*“Generalmente no será una respuesta satisfactoria a la pregunta sobre si debo obedecer una ley, responder con la razón: si la ley requiere que usted la obedezca; salvo que se esté asumiendo tácitamente un estándar ulterior.”*³⁷⁶

Y ese estándar ulterior sobre el cual necesariamente fundamenta un juez su sentencia hará referencia, según Nino, a algún deber moral de obedecer un determinado Derecho porque se considera que así se satisfacen determinadas funciones consideradas valiosas. Pero, también desde sus primeros trabajos, Nino pone de manifiesto, que, sin embargo, decir lo anterior no implica sostener que los jueces deban resolver siempre cada caso siguiendo sólo consideraciones de justicia y equidad, como si no hubiera normas jurídicas preestablecidas y los jueces fueran llamados a legislar sobre cada asunto.³⁷⁷ La existencia de las normas jurídicas es moralmente relevante.

*“Hay razones vinculadas con el respeto a órganos legislativos legítimos, la necesidad de proveer cierto grado de seguridad y previsibilidad de las decisiones judiciales, la conveniencia de contribuir a una vida social ordenada, la exigencia de tratar casos similares en forma similar, que justifican aplicar normas jurídicas vigentes aun cuando ellas impliquen soluciones moderadamente injustas en algunos casos particulares.”*³⁷⁸

4.2. Transito del Constructivismo Ontológico al Epistemológico

La cuestión importante a establecer es -como escribe el propio Nino- si ese punto arquimedeano que hemos de buscar en la práctica moral real ha de establecerse

³⁷⁶ Nino, C.S., *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, op.cit., pág. 96-97.

³⁷⁷ Nino, C.S., op.cit., pág. 97.

³⁷⁸ Nino, C.S., *Los límites de la responsabilidad penal*, op.cit., pág. 7-8.

en el plano ontológico de la constitución de principios o hechos morales³⁷⁹, o en el plano epistemológico del conocimiento de tales hechos o principios. El proyecto kantiano, el de J.Habermas y el de B.Ackerman³⁸⁰ se desarrollan principalmente en un plano ontológico. El tradicional proyecto kantiano³⁸¹ intentaba mostrar que la capacidad individual del razonamiento práctico tiene ciertos presupuestos y condiciones -como los que están implícitos en las tres formulaciones del imperativo categórico- que determinan la validez de ciertos principios sustantivos de justicia y moralidad social. Según nuestro autor, si la tentativa kantiana de derivar principios sustantivos de condiciones necesarias para el razonamiento práctico fuera plausible tendría la ventaja de su absoluta universalidad puesto que comprometería a todos los seres racionales con principios y juicios valorativos que no se podrían negar sin rechazar presupuestos implícitos en esa misma negación.

Kant -escribe nuestro autor- formuló de modo magistral tales presupuestos del razonamiento práctico en las distintas formulaciones del imperativo categórico que aluden a la universalidad, a la imparcialidad (es decir, su no condicionamiento a deseos o intereses contingentes) y a la autonomía moral. El proyecto de Rawls vendría a sostener una tesis à la Kant acerca de la constitución de la verdad moral; ésta se constituiría -en la lectura que hace Nino de Rawls- por la satisfacción de presupuestos formales inherentes al razonamiento práctico de todo individuo, en especial el de que un principio moral es válido si es aceptable o no rechazable por todos en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes. Aunque en opinión de Nino el desarrollo

³⁷⁹ El hecho moral en la metaética constructivista consiste en una circunstancia contrafáctica acerca de la aceptación de principios morales en unas condiciones ideales de imparcialidad y racionalidad. Puede verse, Nino, C.S. *El constructivismo ético*, op.cit., págs. 61-71. Nuestra práctica discursiva ha incorporado así un criterio de validez moral que no remite a la aceptación efectiva de los principios en cuestión, sino que remite a su aceptabilidad contrafáctica en condiciones ideales de racionalidad e imparcialidad, y exigiendo que los principios aceptables sean generales (es decir, que no usen nombres propios o descripciones definidas) y universales (que se apliquen a todas las situaciones que no difieran en propiedades que los principios toman como relevantes). Nino, C.S. op.cit., pág. 146.

³⁸⁰ Ackerman, B., *Social Justice in the Liberal State*, Yale University Press.

³⁸¹ Kant, E., *Crítica de la razón práctica*, Trad. al castellano E.Miñana y Villagrasa y M. García Morente, ed. Espasa-Calpe, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Trad. al castellano M. García Morente, ed. Espasa-Calpe.

de Rawls no es claro, éste parece suponer que “la forma de la teoría moral es algo que cada uno tiene en sí mismo” y que no parece relevante para constituir la verdad moral las reglas del discurso monológico sino de algo más abstracto e inmaterial que él llama “razonamiento práctico”.

El intento kantiano de fundamentación de la moral fue criticado por Hegel quien señaló que la base constituida por los presupuestos de nuestro razonamiento práctico es demasiado débil para derivar principios morales definidos, ya que en muchos casos tanto un principio como su opuesto parecen compatibles con tales presupuestos.

Esta crítica llevó a Hegel a proponer como básicas para la constitución de principios morales sustantivos las *Sittenlichkeiten*, esto es, las costumbres de una sociedad. Pero son varios los problemas que, según escribe Nino, ha de afrontar esta construcción:

- 1) Implica un conservadurismo moral puesto que hace ininteligible la posición de una minoría disidente ya que ésta al mismo tiempo que reconoce que la posición opuesta es mayoritaria, la juzga incorrecta. No permite pues explicar el progreso moral.
- 2) No permite explicar las discusiones morales transculturales, ya que quienes formularan juicios morales tomando en cuenta las costumbres diversas de sus respectivas sociedades no estarían en realidad discrepando.³⁸²

Este convencionalismo -nos dice Nino- ignora uno de los presupuestos básicos del discurso moral de la modernidad que es que toda práctica o institución social puede someterse a crítica y debe justificarse. Nino explora las posiciones de Apel y Habermas trazadas en un intento por superar la crítica hegeliana a Kant. Para ello estos autores no se apoyan en posiciones morales sustantivas sino en la práctica de la deliberación colectiva en materia práctica. Las propuestas de estos

³⁸² Nino, *Ética y derechos humanos*, op.cit., pág. 57-63.

autores agregan a las condiciones de la capacidad individual y universal del razonamiento práctico en los términos de Kant recogidos por Rawls, nuevas condiciones que surgen de la práctica social de la discusión moral constituyendo - en opinión de Nino- una plataforma lo suficientemente sólida como para permitir la derivación de principios definidos sustantivos³⁸³.

La práctica social de la discusión moral así reconstruida se caracteriza porque la discusión pública no es una interacción en la que se trata de negociar entre quienes tienen intereses contrarios, sino un intento por determinar cuáles de los intereses en conflicto son válidos. A diferencia de una postura convencionalista como la de Hegel, el intento de Apel y Habermas no está sujeto a la variabilidad de las costumbres morales sustantivas y es mucho más general que ellas permitiendo así criticar las costumbres de una determinada sociedad. Además, los presupuestos de nuestra práctica discursiva nos llevan a aplicar los principios que derivan de ellos aun a aquellos que no los pueden reconocer por partir de presupuestos discursivos diferentes (podremos excusarles de las consecuencias de no reconocer tales principios precisamente por no poder reconocerlos)³⁸⁴; Dentro de esta concepción se presentan a su vez dos posibles alternativas:

- A) La que sostiene que la validez de los principios morales intersubjetivos está dada por el consenso efectivo que se logre en una discusión real que satisfaga ciertos presupuestos -estos presupuestos son los que conformarían lo que Habermas denomina situación ideal de habla-;³⁸⁵ y

³⁸³ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág.168.

³⁸⁴ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág.169.

³⁸⁵ Escribe Nino, que en el caso de Habermas su posición en cuanto a la constitución de la verdad moral parece ser la de que esta se constituye por el consenso que resulta efectivamente de la práctica real de la discusión moral cuando ella es llevada a cabo siguiendo restricciones procedimentales de los argumentos como el de que un principio propuesto debe ser aceptable o no rechazable por todos bajo condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento. Nino señala que Habermas en diversos párrafos de su trabajo *Conciencia moral y acción comunicativa* sostiene que no hay principios morales válidos sino como resultado de una discusión moral real llevada a cabo respetando la exigencia de imparcialidad, que sí puede determinarse a priori de esa discusión si bien en otros párrafos y sobre todo en la discusión con Tugendhat donde Habermas parece más bien sostener que la validez de los principios de justicia está dada por los presupuestos y no por los resultados de la práctica de la discusión moral. Nino, C.S., *El*

B) La que sostiene que la validez de los principios morales sustantivos está dada por la satisfacción de los presupuestos cualquiera que sea el consenso efectivo que se conforme en una discusión real.

La posición sostenida por Nino -a diferencia de Habermas- es esta segunda que consiste en entender que los principios morales se constituyen a partir de los presupuestos de la práctica deliberativa de justificar acciones y decisiones. Tales presupuestos que todo principio debe satisfacer son: las condiciones formales de generalidad, universalidad, superveniencia, publicidad y los valores de autonomía en la adopción de los principios y el de imparcialidad que define la validez de estos. De estos presupuestos se derivan una serie de principios (el de autonomía, el de inviolabilidad de la persona y el de dignidad). Y de estos principios podemos derivar los derechos humanos básicos.³⁸⁶ Por lo demás, y sin entrar a considerar esta cuestión, podemos decir con Nino, que, siendo así las cosas, parece que, por lo que se refiere a la constitución de los principios morales, si la teoría de los presupuestos del discurso moral fuera correcta, entonces no parecería diferir por sí sola del individualismo metaético del proyecto kantiano como teoría de los presupuestos de la capacidad individual de razonar prácticamente.³⁸⁷ Veamos qué sucede en el plano epistémico.

Siguiendo a Nino, también podemos trazar dos grandes grupos de posiciones: individualismo y societarismo metaético. Según escribe nuestro autor, hay una posición individualista extrema que sostiene que los principios morales intersubjetivos, cualquiera sea la forma en que se constituyen, se conocen por la reflexión o intelección aislada de un individuo, esto es, sin que sea preciso la discusión con otros individuos.

constructivismo ético, op.cit., pág. 106. Habermas, J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, Trad. al castellano, Ramón García Cotarelo, Península, Barcelona.

³⁸⁶ Cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, op.cit., y *La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos*. *Doctrina Penal*, año 12, nº 45, BsAs.

³⁸⁷ Cfr. Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., págs. 172-173.

En su trabajo *El constructivismo ético*, donde analiza la obra de Rawls en este sentido, Nino considera que Rawls sostiene la siguiente tesis epistemológica: el acceso al conocimiento de la verdad moral se produce mediante la reflexión individual que, empleando un método de equilibrio reflexivo u otra alternativa, determine si se da la relación apropiada entre presupuestos formales y principios sustantivos.

La discusión con otros es en la reconstrucción de Rawls un auxiliar útil de la reflexión individual, pero, en última instancia, es inevitable que actuemos de acuerdo a los dictámenes finales de esta última. Por lo tanto, el método de Rawls de equilibrio reflexivo está pensado para ser usado por cada individuo por separado, para determinar si las condiciones de la posición originaria (que, en opinión de Nino, son las condiciones de la capacidad individual de razonamiento práctico) se ven o no satisfechas.³⁸⁸ En el mencionado trabajo³⁸⁹ se ocupa también Nino de analizar la postura de Habermas en Conciencia moral y acción comunicativa.³⁹⁰ Para Habermas -nos dice Nino- es el consenso efectivo, obtenido en una discusión real sometida a ciertas condiciones ideales, el que tiene un valor epistémico para determinar qué principios sustantivos satisfacen tales presupuestos. Según escribe Nino, esta posición se apoya en la idea de que un consenso unánime que se logra después de un proceso en el que todos los interesados pueden hacer oír sus intereses y participar libremente en la decisión colectiva, es, prácticamente, el equivalente funcional de la imparcialidad, bajo el presupuesto empírico de que cada uno es el mejor juez de sus propios intereses.

Según Habermas, en ningún caso es posible alcanzar la verdad moral por vía de la reflexión individual, sino a lo sumo, hacer un aporte a la discusión colectiva. La

³⁸⁸ Escribe Nino que muchos juristas rawlsianos favorecen un amplio poder de los jueces para descalificar las leyes dictas democráticamente convirtiéndose así los jueces en esta concepción según escribe Walzer en *Spheres of Justice*, en los nuevos reyes filósofos. Tomo la cita de Nino, C.S., *El constructivismo ético*, op.cit., pág. 108.

³⁸⁹ Nino, C.S., *El constructivismo ético*, op.cit., pág. 105.

³⁹⁰ Habermas, J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, op. cit.

idea sería la siguiente: la reflexión monológica se halla siempre distorsionada por prejuicios del individuo a favor de sí mismo, por su condicionamiento contextual y por la dificultad insalvable de ponerse exactamente en el lugar de otro. Por esto, el método de discusión y decisión colectiva es la única vía posible de acceso a la verdad moral en el área de la justicia y sólo el consenso efectivo obtenido luego de un amplio debate con las menores exclusiones, manipulaciones y desigualdades posibles es una guía confiable para satisfacer las exigencias de la moral. Sin embargo, en opinión de Nino, tanto la posición del individualismo epistémico como la del societarismo epistémico, tal y como son ejemplificados por Rawls y Habermas, respectivamente, presentan deficiencias.³⁹¹

I En contra del individualismo epistémico, Nino señala que, por más sabia que pueda ser una persona, es muy difícil que, por su propia reflexión y sin discusión y decisión compartidas con los otros interesados, llegue a una posición de imparcialidad.

Esto es así, apunta Nino, por la dificultad de representarse con la suficiente vivacidad y de calibrar en su justo peso los intereses de todas las demás personas involucradas en un conflicto, sobre todo cuando éstas ocupan posiciones sociales lejanas a las de la persona en cuestión. Además, en opinión de nuestro autor, tales barreras no son sólo sociológicas y psicológicas sino también lógicas, puesto que los intereses de los individuos, a diferencia de sus meros deseos, implican decisiones sobre cómo jerarquizar tales deseos, y éstas son decisiones que sólo pueden tomar los individuos involucrados cuando se ven llamados a orientar sus acciones. Sostener este individualismo epistémico conduce, por lo demás, a una suerte de elitismo que está detrás de muchos autoritarismos, terrorismos etc y, en el campo del Derecho, pone de manifiesto que el reconocimiento de la conexión entre Derecho y moral no siempre conduce a una conexión del Derecho con la política. En efecto, según esta concepción -escribe Nino-, la moral se manifiesta

³⁹¹ Nino, C.S., *El constructivismo ético*, op.cit., pág. 106-110.

de forma absolutamente individual, y se distingue de la política, que es una actividad esencialmente colectiva.

II Por su parte, el tipo de colectivismo defendido por Habermas que apoya el conocimiento de la verdad moral en el consenso efectivo.

Resulta -en opinión de Nino- implausible al igual que la posición que Habermas también parece sostener acerca de la constitución de los principios morales (estos serían fruto del consenso efectivo): Si esta teoría epistémica fuera válida -escribe nuestro autor- quiénes participaran en la discusión moral, salvo que incurrieran en un error sobre la validez de esta teoría misma, no tendrían ningún motivo para alegar conocimiento de principios morales, y para formular propuestas con pretensión de validez moral antes de que se constituyera el consenso efectivo que sería el que daría títulos exclusivos a tal conocimiento.

Las anteriores observaciones llevan a Nino a sostener una posición intermedia que consiste en considerar que el consenso efectivo es una forma privilegiada de conocimiento moral, ya que cuando hay consenso unánime sobre cierta solución moral, después de un proceso de discusión, hay una altísima probabilidad de que la solución sea efectivamente correcta, o sea, imparcial; si cada uno es el mejor juez de sus propios intereses, el consenso de todos es un indicio sumamente fiable sobre cuál sea la solución que satisfaga imparcialmente los intereses de todos. Pero esto no implica que sea imposible que, por reflexión individual, podamos conocer soluciones moralmente correctas, si llegamos a ellas después del esfuerzo de imaginar cuáles son los intereses de todos los involucrados en un conflicto y de llegar a un equilibrio adecuado entre tales intereses. Así, la postura defendida por Nino en el nivel metaético admite como métodos de conocimiento moral tanto el consenso colectivo como la reflexión individual, si bien da una clara prioridad al primero sobre el segundo.

En cuanto a la constitución de tales principios, estaría dada -en opinión de Nino- por los presupuestos del discurso moral; sin diferir demasiado, seguramente, del proyecto kantiano de unir la constitución de los principios morales a los presupuestos de la capacidad individual de razonar en materia práctica.

4.2.1. La Democracia como Sucedáneo del Discurso Moral

En opinión de Nino, de las posibles justificaciones que se han propuesto del sistema democrático es la concepción que sostiene que: El sistema democrático es un sistema que permite -aunque de forma imperfecta- acceder al conocimiento de lo moralmente correcto, La que lo legitima moralmente frente a otros sistemas de gobierno y La que lo constituye, además, en moralmente relevante en el esquema del razonamiento práctico.

Esta comprensión de la democracia defendida por Nino, tiene, como hemos tenido ocasión de apuntar a lo largo de estas páginas, importantes consecuencias prácticas puesto que va a suponer un particular compromiso en cuanto al sistema de distribución de poderes, a la creación e implementación de determinadas instituciones y a la interpretación de las Constituciones vigentes para que nuestros Estados y sistemas jurídicos sean moralmente legítimos y para conseguir satisfacer en el caso de este último la pretensión de corrección que caracteriza a los ordenamientos jurídicos como tales y los distingue de formas no legítimas de ejercicio del monopolio de la fuerza y ordenación de la sociedad.³⁹²

Según Nino, la concepción que legitimaría a la política: debería ser la política democrática que tratara de acercarse lo más posible a las exigencias de imparcialidad del discurso moral. Esta concepción de la política -que según Nino- permite reconstruir de forma satisfactoria el razonamiento práctico en el que se articula, también, el Derecho. Veamos pues los dos grandes grupos de concepciones acerca de la democracia que -en opinión de Nino- pueden trazarse:

³⁹² R.Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, ed. Gedisa, págs. 37-40 y 81-85.

- 1) Aquellas que presuponen su capacidad para moralizar los intereses y preferencias de los individuos y;
- 2) Aquellas que consideran a la democracia simplemente como un marco de discusión donde llegar a acuerdos y equilibrios entre los diversos intereses en pugna.

Las primeras concepciones serían más optimistas acerca del papel de la discusión democrática. Según éstas, el debate democrático ampliaría nuestras perspectivas y nuestros conocimientos ayudándonos a detectar y corregir errores de razonamiento y ayudándonos así a limitar nuestra parcialidad.

Las segundas toman las preferencias de los individuos como dadas y no pretenden que el valor de la democracia aumenta por el cambio que produciría en dichas preferencias, enfocadas a una mayor imparcialidad.

De hecho, -nos dice Nino- tales concepciones suelen asumir un cierto pesimismo acerca de la posibilidad de superar la tendencia al autointerés por parte de los individuos, y acerca de la posibilidad de evitar que éstos se agrupen para la acción política sobre la base del autointerés. Estas concepciones de la democracia legitiman la representación de los intereses simples, sobre todo a través de la modalidad de partidos políticos especialmente identificados con grupos económicos y sociales. Incluso -añade Nino- según ellas no hay una diferencia relevante entre los intereses ideológicos y políticos, por un lado, y los económicos y sociales, por otro. Para estas concepciones la virtud de la democracia consiste en permitir la canalización de todos estos intereses y su adecuada estructura. Lo que la democracia requiere es que los distintos grupos de interés económico o social se equilibren mutuamente y que ninguno de ellos monopolice totalmente ese poder, sino que lo comparta tanto a través del tiempo como, en un momento dado, con la distribución de diversos centros de decisión. Ciertas instituciones como la representación, la división de poderes, la descentralización territorial y el

consentimiento periódico del electorado políticamente activo son mecanismos que impedirían la monopolización del poder por parte de algún grupo de interés, al mismo tiempo que garantizarían que éstos tuvieran adecuada expresión en proporción a la fuerza y a la intensidad de sus intereses. Entre este tipo de concepciones Nino cita:

“La concepción basada en el consentimiento de las normas jurídicas, la utilitarista, la economicista y la pluralista.”³⁹³

Nuestro autor se ocupa de las críticas que podemos dirigirles a estos intentos de fundamentación de la democracia en varios de sus trabajos³⁹⁴ y recoge una crítica general a ellas en Derecho, Moral y política. Según Nino, la objeción que se puede dirigir a todas ellas es que no distinguen entre preferencias personales y preferencias impersonales y que, debido a esto, no es posible para ellas dar cuenta no sólo de dónde radica la legitimidad de la democracia sino de su eficacia como sistema de composición de intereses. El argumento de Nino es el siguiente: los intereses personales son preferencias acerca de estados de cosas que el individuo supone que benefician su propia vida o la de sus allegados. Estas preferencias incluyen la pretensión de que sean satisfechas sin que otros entren a juzgar si son o no validas, y, además, si fuera preciso para satisfacer las preferencias parciales de otros individuos, es lógicamente posible satisfacerlas de modo parcial. Los intereses impersonales, sin embargo, son preferencias acerca de estados de cosas que son considerados buenos o justos para el conjunto de la sociedad, independientemente de las perspectivas de cada individuo.

El interés impersonal se centra en cuál es la organización política más apta y cuáles son los mecanismos específicos que compatibilizan la satisfacción de los diversos intereses personales. Los intereses impersonales no se concilian combinándolos, sino que es preciso un sistema que permita determinar la validez

³⁹³ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 178-179.

³⁹⁴ Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, op.cit., pág. 371-387, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit.

de las preferencias impersonales respecto de mecanismos para esa satisfacción de intereses personales. Y de ahí que, según las consideraciones sostenidas por Nino, una comprensión de la democracia como procedimiento eficaz de composición de intereses resulte, en última instancia, ser parasitaria de una comprensión de ésta a la luz de una teoría que la justifique sobre la base de la transformación de los intereses impersonales. Según Nino, el problema de los distintos intentos por justificar la democracia (teoría del consentimiento, teoría utilitarista, teoría economicista y teoría pluralista) es que no dan cuenta de -no permiten explicar- cuál es el valor que tiene la satisfacción de preferencias impersonales y cómo la validez de tales preferencias es determinada a través del sistema democrático.³⁹⁵ Además, esta conclusión a la que Nino llega al analizar la lógica de las preferencias -como el propio autor señala- está respaldada también por un análisis desde el punto de vista externo de la política democrática como práctica colectiva que influye sobre la dinámica de interacción; esto es, para la coordinación de la actividad humana a modo de solucionar conflictos y lograr la convivencia pacífica.

La teoría de los juegos y su derivada -la teoría de la acción colectiva- han mostrado estructuras formales de interacción que conducen a la frustración de los intereses de los individuos³⁹⁶. Cuando se dan esas estructuras, salvo en condiciones muy excepcionales, es imposible la cooperación entre los individuos o grupos. La única manera de salir de esa trampa de interacción autofrustrante -apunta nuestro autor- es modificando los intereses o preferencias de los individuos o grupos. Pero nos dice Nino que no hay posibilidad de que cambien los intereses personales de los individuos, si no cambian antes las preferencias impersonales, que justifican tales intereses. Cuando la democracia se concibe como un mecanismo que permite un cambio de las preferencias impersonales contribuye a la posibilidad de satisfacción de expectativas en relación con intereses personales.

³⁹⁵ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 180-181.

³⁹⁶ Nino, C.S., *Un país al margen de la ley*, op.cit., pág. 137-173.

Hay otras teorías que sí conciben a la democracia como un procedimiento de transformación de los intereses impersonales de los individuos. Estas teorías (como la de la soberanía popular,³⁹⁷ la perfeccionista³⁹⁸ -apoyada en desarrollo de virtudes cívicas-, y las diferentes concepciones deliberativas de la democracia) son más optimistas acerca de la posibilidad de atenuar la tendencia de los individuos a agruparse para la defensa de sus intereses primarios y de transformar moralmente los intereses o preferencias de los individuos, por lo menos, matiza Nino, de los impersonales.

Nino descarta las dos primeras concepciones: una porque nos lleva a tener que hablar de entes colectivos cuya realidad ontológica y moral -señala- despierta dudas y la otra porque también suscita dudas la legitimidad del perfeccionismo a que conduciría una política destinada a educar a los ciudadanos en un sentido moral aunque ello sea en el sentido de aumentar la fraternidad, sentimientos de solidaridad social, participación en la vida pública, etc. De entre las concepciones deliberativas, nuestro autor se aparta también de concepciones como la de Rawls³⁹⁹ o Ackerman⁴⁰⁰ que niegan que la deliberación democrática cumpla un papel de aproximación a la verdad moral y consideran que lo que le daría valor sería el permitir alcanzar soluciones plausibles bajo ciertos límites que vendrían dados en términos de neutralidad acerca de las distintas concepciones de lo bueno. De esta forma, p.ej. según Rawls el papel de la filosofía política y de la política práctica sería conseguir lo que se denomina "consenso superpuesto", siendo este neutral en relación con distintas concepciones morales, incluyendo la del liberalismo. Ya hemos visto que Nino sostiene una "concepción dialógica y epistémica de la democracia" derivada, como he apuntado, de su concepción, también dialógica, de la moral. La legitimidad de la democracia vendría dada por el

³⁹⁷ Nino, C.S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, op.cit., pág. 93- 97.

³⁹⁸ Cfr. Nino, C.S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, op.cit., pág. 97-101.

³⁹⁹ Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press.

⁴⁰⁰ Ackerman, B. y Rosenkrantz, *Tres concepciones de la democracia constitucional*, 29, Cuadernos y debates, 13, Tomo la referencia de Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, op.cit., pág. 237

valor epistémico que tendría el procedimiento de discusión entre todos los interesados en una solución, la justificación recíproca de sus posiciones y la decisión mayoritaria para la determinación de soluciones en materia de preferencias impersonales. Frente a posturas como la de Rawls o Ackerman, Nino, entonces, enfatiza la idea de la discusión en el seno del debate democrático acerca de la corrección moral de las posturas que los interesados esgrimen en relación con la esfera intersubjetiva de la moral.

En opinión de nuestro autor, un procedimiento democrático así concebido genera una dinámica de interacción con más tendencia hacia un consenso imparcial que cualquier otro procedimiento de decisión. El procedimiento democrático de discusión y decisión puede verse así como un sustituto imperfecto e institucionalizado del discurso moral informal que termina en un consenso unánime. El carácter institucionalizado de este tipo de debate viene dado entre otras muchas razones por la necesidad de fijar un tiempo para tomar una decisión y el consenso de la mayoría -en vez de la unanimidad- si se quiere evitar que una minoría a favor del *statu quo* termine imponiéndose por la pérdida de la ocasión para decidir. En este caso la propuesta que suele hacerse es que se ponga punto final a la discusión y que se vote, decidiéndose por mayoría. Aunque la regla de la mayoría impuesta por exigencias prácticas de la democracia no equivale a la imparcialidad, esto -sostiene Nino- no impide defender que el valor epistémico del discurso moral informal se preserve en las democracias institucionalizadas, aun en las muy imperfectas "democracias reales", por esta serie de razones:⁴⁰¹

- a) La participación de todos los interesados en el procedimiento democrático de discusión permite a todos los demás conocer los intereses de cada uno;
- b) El debate democrático implica no sólo hacer conocer a los demás los intereses de cada uno, sino también intentar justificar esos intereses frente a los demás, y esto impone un límite a la parcialidad de las posiciones que se pueden

⁴⁰¹ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., págs. 184-185.

desarrollar, ya que, si bien no puede exigirse que todos den justificaciones válidas, es importante observar que no se admite como justificación cualquier cosa que se haga o diga en el contexto de la discusión;

- c) El debate democrático suele ir acompañado de actitudes emotivas que, aunque bajo ciertas condiciones pueden conducir a movimientos irracionales, bajo otras condiciones que deben ser promovidas incentivan la búsqueda de la imparcialidad; sería el caso de sentimientos tales como la simpatía hacia la situación de otros, la vergüenza cuando se descubre en el debate un autointerés, etc.
- d) El debate democrático, como toda discusión, ayuda a corregir errores lógicos o fácticos que puedan haber llevado a la propuesta de una cierta solución;
- e) El procedimiento de decisión mayoritaria promueve un comportamiento estratégico -que no queda excluido por el hecho de estar enmarcado por la necesidad de justificación- que lleva, entre otras cosas, a intentar lograr el apoyo de la postura defendida por mayor número de participantes, por miedo a que se rompa la coalición mayoritaria debido a la seducción que puedan ejercer minorías marginadas sobre partes de dicha coalición;
- f) Si los factores anteriores determinan una mayor tendencia individual hacia la imparcialidad, son aplicables teoremas, que proyectan esa tendencia al plano colectivo, ya que predicen la mayor probabilidad de que la decisión colectiva sea imparcial cuanto mayor apoyo tenga.

La concepción que Nino defiende de la democracia no le lleva a sostener que lo que la mayoría decide es siempre correcto pero sí considera que, debido a su mayor fiabilidad epistémica en relación con cualquier otro sistema de gobierno y en relación con la práctica discursiva monológica, el resultado obtenido tras el discurso regimentado de la democracia podemos predicar del resultado de un

debate democrático (p.ej una ley aprobada en el parlamento) que en determinadas condiciones y de forma limitada tiene un valor excluyente. Esto es -escribe nuestro autor-, si bien el valor epistémico que se da al resultado del proceso de deliberación democrática es compatible con la percepción de que, en ocasiones particulares, la decisión democrática es moralmente errónea, tal valor epistémico que consideramos que la democracia tiene ofrece una razón para obedecer la decisión aun en esos casos. El fundamento último de este valor excluyente aun en tales casos vendría dado, en su opinión, del hecho de que todo sistema moral debe incluir el principio que establece que se deben maximizar las posibilidades de obrar en forma moralmente correcta empleando los procedimientos epistémicos más adecuados para ello.

Entonces, si llegamos a la conclusión de que, en términos generales, y, siempre que se cumplan los prerequisites que otorgan calidad epistémica al debate, la discusión colectiva y la decisión mayoritaria son métodos más fiables de acceder a soluciones moralmente más correctas que la reflexión individual aislada, esto nos dará una razón para otorgar un valor a la decisión colectiva, aun cuando nuestra reflexión individual nos asegure, tal vez acertadamente, en algún caso, que la decisión colectiva es errónea; de lo contrario, el último juez de nuestra decisión sería siempre nuestra reflexión individual socavando el proceso colectivo y contradiciendo el presupuesto de que éste es, en general, más fiable. Algo que terminaría violando -apunta Nino- el principio de maximización de la actuación moralmente correcta.

4.2.2. La Naturaleza Esencialmente Política del Derecho en Nino

Comenzaremos con algunas precisiones conceptuales que consideramos que pueden ayudar a entender la contribución de Nino en relación con la dimensión del Derecho de la que en este punto vamos a ocuparnos:

a) En el análisis de Nino, decir que el Derecho, el fenómeno jurídico, es una práctica colectiva implica dar cuenta del hecho de que una pluralidad -enorme pluralidad- de sujetos contribuye mediante acciones y decisiones a esa práctica y de que, derivado de lo anterior, cualquier acción realizada o decisión tomada en el marco del Derecho ha de realizarse o tomarse ponderando las acciones o decisiones de otros, que se dieron en el pasado, se realizan en la actualidad o se darán en el futuro.

Ese carácter de práctica colectiva es lo que lleva a Nino a hablar de "la naturaleza esencialmente política del Derecho". De esta forma, señala Nino que:

*"Toda acción jurídica es una acción política en el sentido de que debe tener en cuenta las acciones, reacciones, actitudes y expectativas de otros, en la medida en que ellas tengan a su vez poder para determinar nuevas acciones, reacciones, actitudes y expectativas (sobre todo, en cuanto ellas incidan en el manejo del aparato coactivo)."*⁴⁰²

b) Por otra parte, Nino también subraya el aspecto institucional⁴⁰³ del Derecho, haciendo con esto referencia a una pluralidad de ideas todas ellas relacionadas.

Hablar del Derecho como práctica institucional significa en el análisis de Nino:

1 Que las normas jurídicas establecen autoridades u órganos centralizados para operar de cierta manera con las normas del sistema; es decir, nos encontramos con unos órganos encargados de la producción y cambio de las

⁴⁰² Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 147.

⁴⁰³ El carácter institucional del Derecho implica exigencias que limitan el logro de los valores y fines sustantivos que el propio Derecho trata de realizar; y ello es así porque, a diferencia del discurso moral ordinario en el que sólo operan razones sustantivas, en el caso del Derecho, para la preservación de la vigencia de un determinado sistema jurídico y la eficiencia de su "maquinaria" - que es el medio con el que contamos para conseguir en mayor grado la implementación de valores y fines sustantivos- se requiere el cuidado de la eficacia del sistema normativo y el cuidado de la eficiencia de la maquinaria. Atienza, M. y Ruiz Manero, J. *Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho*.

normas del sistema, otros órganos encargados de la aplicación de tales normas para, entre otras funciones, resolver conflictos entre particulares⁴⁰⁴;

- 2 Que -en el caso de las instituciones democráticas- las decisiones de los órganos encargados de la producción y cambio de las normas del sistema son fruto de debates regimentados y tomadas por mayorías; y que, los procedimientos jurídicos de resolución de conflictos tienen carácter regimentado por cuanto que están sujetos a límites temporales, se pone fin al conflicto mediante una decisión obligatoria que, dentro de unos ciertos márgenes temporales, ya no puede ser sometida a ulterior revisión y esas decisiones obligatorias no se fundamenta en el consenso unánime de todos los afectados sino en la autoridad que, a tales efectos, tienen determinados órganos;
- 3 Lo anterior, podríamos decir, se traduce en que el Derecho no pertenece a la esfera de los hechos brutos sino a la de aquellos hechos sociales cuya existencia y persistencia depende de la aceptación colectiva de ciertas reglas constitutivas.⁴⁰⁵

Además, es preciso tener en cuenta que esta obra colectiva es institucionalizada en que consiste el fenómeno jurídico forma parte de un proceso todavía más amplio: el complejo de prácticas, instituciones, costumbres, actitudes culturales y creencias básicas que definen a una sociedad. En *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Nino lleva a cabo un interesante y pormenorizado análisis de la práctica constitucional como práctica colectiva en relación con la cual -y en cuanto que tal práctica colectiva- se van a aplicar criterios de racionalidad distintos a los que rigen en relación con la valoración de las acciones individuales. Este análisis lleva a Nino a defender el siguiente argumento:

⁴⁰⁴ Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, ed. Ariel, pág. 106.

⁴⁰⁵ Cfr. Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho*, op.cit., pág. 10-11.

La visión sobre la estructura del razonamiento práctico que conduce a concluir que el Derecho es superfluo para ese razonamiento, concibe a las acciones o decisiones jurídicas como si fueran acciones o decisiones aisladas, cuando, de hecho, son parte de un proceso de interacción colectiva institucionalizada que se extiende en el tiempo.

En el esquema de Nino, cada uno de los partícipes tiene un compromiso moral de mejora de la práctica del Derecho, pero en la consecución de tal objetivo han de tener en cuenta:

- a) Que ellos son uno más entre los muchos partícipes en esa empresa colectiva que consiste en la implementación de una práctica jurídica justa,
- b) Que ellos sólo pueden tomar decisiones que, además de moralmente válidas, sean eficaces si lo hacen en el marco de esa empresa o práctica colectiva, y
- c) Que para preservar tal eficacia general es preciso limitar la consecución de los fines sustantivos últimos respetando los límites institucionales que implican la conservación de la institución del Derecho como práctica colectiva para la ordenación de la convivencia y la protección de los derechos humanos.

En el mencionado trabajo, Nino construye la metáfora de la catedral para ilustrar la racionalidad específica de las obras colectivas:⁴⁰⁶

“Supongamos -escribe Nino- que uno de nosotros es el arquitecto encargado de continuar con la construcción ya iniciada de una de estas catedrales, sabiendo que probablemente no la pueda completar sino que sería completada por otros, tal vez en un futuro remoto. Por supuesto, uno seguramente tendrá sus valoraciones estéticas, por ejemplo, la convicción

⁴⁰⁶ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., págs. 64-65. En *Derecho, Moral y Política* opta, con este mismo fin, por la metáfora de la pieza de música para orquesta y el músico que en ella participa. Nino, C.S., op.cit., pág. 135.

de que sólo el gótico es el estilo por el cual una catedral adquiere su máximo esplendor como ámbito de inspiración espiritual. Sobre la base de esa valoración uno juzgara los méritos de la obra incompleta sobre la que debe continuar la construcción. Si, por ejemplo, la catedral fue comenzada en otro estilo, digamos el románico, uno puede llegar a diferentes conclusiones: una posibilidad es juzgar que lo construido es tan disvalioso desde el punto de vista estético, que lo razonable es destruirlo y comenzar una nueva construcción en otro sitio. Por supuesto, para llegar a estas conclusiones en forma razonable el arquitecto deberá suponer que, efectivamente, es posible comenzar una nueva construcción. Sería irresponsable de su parte adoptar algunas de estas propuestas, sabiendo que, efectivamente, es posible comenzar una nueva construcción. Sería irresponsable de su parte adoptar algunas de estas propuestas, sabiendo que, por cualquier razón, es imposible comenzar ex nihilo con la construcción de la catedral, a menos que piense que el que no haya ninguna catedral es mejor que continuar con ese proyecto mal orientado.

Otra posibilidad es que aquel de nosotros encargado de proyectar la continuación de la obra concluya que, aun cuando lo construido hasta el momento es defectuoso, es, sin embargo, valioso continuar el proyecto antes de destruirlo o abandonarlo, comenzando o no con un nuevo proyecto. En este caso, el arquitecto tiene que resolver una serie de problemas técnicos y estéticos muy complejos.

*Supongamos, por ejemplo, que la continuación de la obra de acuerdo con un estilo más atractivo implique cambios estructurales que pueden poner en peligro la estabilidad de la catedral [...]*⁴⁰⁷

La tesis que Nino defiende es pues que existe una racionalidad específica para la actuación en obras colectivas: Cualesquiera que fueren los criterios o modelos que definen lo que es óptimo en la clase de cosas o fenómenos a los que pertenece la obra colectiva, esos modelos o criterios resultan calificados en su aplicación a una

⁴⁰⁷ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 64-65.

acción que contribuye a esa obra cuando, precisamente, como es el caso del Derecho, no se tiene control sobre la obra total.

Advierte Nino de que el problema derivado del carácter colectivo de un fenómeno es diferente de los meros obstáculos a la creación de ideales (derivados p.ej. de la limitación de recursos) que obligan a algún ajuste, o a un comportamiento táctico dirigido a superar los obstáculos, y es también diferente a la mera presencia de condiciones fácticas que determinan la inferencia de implicaciones específicas a partir de ciertos principios valorativos. La dificultad y peculiaridad a la que Nino apunta con su análisis se refiere a que cuando participamos en obras colectivas contamos con principios que valoran las acciones por ciertos resultados finales y, sin embargo, nos encontramos con acciones que no producen por sí solas esos resultados sino, en todo caso, junto con otras acciones que no se controlan totalmente. Pues bien, Nino nos dice:

“Lo que resulta afectado y se modifica cuando contribuimos con acciones individuales a una práctica colectiva e institucional no es la validez de los principios valorativos últimos, sino los criterios de racionalidad en la elección de principios o modelos valorativos de las acciones concretas que conforman la práctica colectiva.”⁴⁰⁸

Sucede entonces que, en las obras colectivas como el Derecho, hay una racionalidad constreñida por las elecciones de los otros. Nino denomina a esta racionalidad la “racionalidad de lo segundo mejor”: Como nuestra aportación a una obra colectiva es limitada y no controlamos el producto final, lo racional puede ser -escribe nuestro autor- elegir no el modelo o principio más defendible, sino otros con méritos menores. Esto nos lleva a alejarnos del modelo óptimo en relación con un caso concreto para tratar de hallar la mejor solución considerando sus efectos sobre la obra global. Un ejemplo del mundo del Derecho que pudiera ilustrar la peculiaridad a la que Nino está apuntando aquí es el caso individual en el que se

⁴⁰⁸ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 136-137.

considera justificado el sacrificio de principios sustantivos cuya vulneración se sospecha pero no con el grado de certidumbre suficiente como para considerar que es posible destruir la presunción de constitucionalidad de la ley (respetando, en definitiva, la presunción epistémica del legislador democrático); o, en otros casos, se considera justificado el sacrificio de principios sustantivos porque su cumplimiento sólo sería posible si un órgano jurisdiccional invadiera el ámbito de competencias legítimo del legislador. Entonces, en relación con el Derecho, nuestro autor indica la necesidad de concebir la acción de los constituyentes, legisladores, jueces etc, precisamente como partícipes en una obra colectiva. Por lo que se refiere a los jueces, Nino escribe:

“Sería irracional que un juez resolviera un caso como si estuviera creando con su decisión todo el ordenamiento jurídico o todo el orden jurídico relativo a esa cuestión. El juez debe tener en cuenta que se generan expectativas de lo que otros legisladores y jueces han decidido en el pasado y que su decisión se combinará con otras que tomen contemporáneamente sus colegas”⁴⁰⁹

Y ya en un trabajo anterior Nino escribía que:

“Decir que los jueces han de tener en cuenta razones axiológicas en sus decisiones de aplicar o no una norma positiva no implica necesariamente que jueces moralmente responsables vayan a reemplazar en cada caso la solución prescrita por una norma general por la que ellos habrían considerado justa si hubieran sido los llamados a legislar sobre la materia: si el sistema jurídico es en general justo y los órganos encargados de emitir normas generales son legítimos, seguramente la decisión moralmente correcta será preferir que se mantenga la vigencia general del sistema, promoviendo la obediencia a las normas generales y la previsibilidad de las

⁴⁰⁹ Nino, C.S., *Derecho, moral y política*, op.cit., pág. 138.

*decisiones judiciales que dejar de aplicar una norma moderadamente injusta.*⁴¹⁰

La característica del enfoque de Nino frente a otros modelos, que también reconocen el hecho de que la acción de los legisladores y jueces se desarrolla en el contexto de una obra colectiva institucionalizada cuyos restantes contribuciones ellos no controlan, es la siguiente: El modelo propuesto por Nino no implica ni darle un valor especial a las tradiciones ni tampoco entender que los jueces y funcionarios deban tener en cuenta sólo los principios que permiten justificar mejor las decisiones y medidas de otros legisladores y jueces.⁴¹¹ Esto tiene importantes consecuencias prácticas: en este sentido, un juez o legislador que siguiera el modelo de Nino podría llegar a la conclusión de que el Derecho vigente hasta ese momento es tan precario que vale la pena el esfuerzo de arriesgar una refundación e incluso justifica, si ese esfuerzo fracasa o es imposible, una situación de anarquía o de disgregación del orden jurídico.

Sin embargo, si la conclusión a la que llega es que tales alternativas no aparecen como aceptables, entonces la decisión del juez -o del legislador- debe concebirse, como se ha dicho, como parte integral de un orden jurídico fundado en cierto hecho constitucional, y contribuir a la vez a preservar y a mejorar ese orden jurídico. Como escribe Nino:

*“Si la única forma de que legisladores y jueces tomen decisiones moralmente justificadas es en el contexto de prácticas sociales como el Derecho, entonces es necesario preservar los distintos Derechos positivos, salvo que éstos sean moralmente tan deficientes como para que la única decisión moralmente justificada sea precisamente la que decide no tenerlos en cuenta, aun corriendo el riesgo de no poder establecer otros con éxito”*⁴¹²

⁴¹⁰ Nino, C.S., *Los límites de la responsabilidad penal*, op.cit., pág. 8.

⁴¹¹ Cfr. Nino, C.S., *Los límites de la responsabilidad penal*, pag. 21.

⁴¹² Nino, C.S., *Derecho, moral y política*, op.cit., pág. 140.

Entonces, recapitulando las anteriores consideraciones, tenemos que, según Nino: si el sujeto institucional⁴¹³ (sea legislador o juez) entiende que el orden jurídico en su conjunto contribuye a lograr una ordenación justa de las relaciones intersubjetivas en una determinada sociedad, entonces, la medida legislativa, judicial o administrativa debe contribuir -a la vez- a preservar y a mejorar ese orden jurídico sin requerir para ello -en el modelo de Nino- que la medida pueda justificarse sobre la base de los mismos principios que permitan justificar el resto de las contribuciones al orden jurídico que se presupone valioso. Veamos con más detalle el análisis de Nino:

- a) Por lo que se refiere al juicio acerca del valor moral de un determinado sistema jurídico en cuestión, Nino nos dice que, aunque muchas veces se ha sostenido que hay valores *prima facie* que son inherentes a un orden jurídico independientemente de su contenido, este razonamiento necesita ser precisado para evitar su implausibilidad.

Los valores como la paz y el orden son derivados del valor justicia puesto que sólo se predicán de una situación social cuando no se toman en cuenta ciertos actos de violencia por considerarlos justificados. Por otra parte, valores como el de que las consecuencias de nuestros actos sea predecible, que si son inherentes a un orden jurídico, están en última instancia relacionados instrumentalmente con algún otro valor y dependerá de que este último prevalezca sobre valores sustantivos que entren en conflicto con él.

- b) Otro argumento que se suele esgrimir para tratar de fundamentar la vinculación del legislador y del juez -de distinta forma- a la práctica jurídica existente es que ni el legislador ni el juez podrían haber dictado su ley o sentencia sin el orden jurídico que les da autoridad.

⁴¹³ Aunque con un peso menor el ciudadano participante en una determinada práctica constitucional también ha de realizar -en algunas esferas- un razonamiento semejante al de los sujetos institucionales. Cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, op.cit., págs. 400-411.

Frente a este tipo de argumento, Nino señala que el que esto sea así no implica en sí mismo una restricción moral en sus decisiones puesto que el orden jurídico puede ser tan malo que justifique que se aprovechen de esa autoridad para destruirlo; aunque sí llama la atención sobre el hecho de que, sin la preservación de ese orden jurídico probablemente futuras decisiones de ellos serían absolutamente ineficaces. Por lo tanto, la complejidad de la situación viene dada porque si la única forma de tomar decisiones moralmente justificadas y eficaces es en el contexto de prácticas sociales existentes fundadas por una Constitución, es necesario preservar esa Constitución y las prácticas generadas por ella; y esto requiere que nuestro razonamiento tome esa práctica institucionalizada como un dato moral básico.⁴¹⁴ Nos encontramos pues, a la luz de todas estas consideraciones, con que resulta ineludible la referencia al Derecho y la Constitución (como su elemento más sobresaliente) en el razonamiento práctico dirigido a justificar acciones y decisiones puesto que, sin esa referencia, la aplicación de los principios morales y de justicia tiene un objeto inapropiado.

Según la reconstrucción de Nino, pues, los principios morales en cuestión tienen como materia de valoración el Derecho positivo y no la acción del individuo aislado. Así nos dice Nino:

“El Derecho positivo, aunque no provee razones últimas para justificar acciones o decisiones, constituye el objeto de referencia de tales razones y una etapa intermedia obligada en el razonamiento práctico que conduce a una decisión. Sin ese Derecho positivo no hay decisiones jurídicas justificadas, simplemente porque no hay decisiones jurídicas; sólo hay acciones y decisiones aisladas, carentes de relevancia social.”⁴¹⁵

⁴¹⁴ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 70.

⁴¹⁵ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 145-146.

De esta forma los operadores jurídicos (jueces, legisladores y órganos de control de constitucionalidad) de acuerdo con el análisis de Nino deberán llevar a cabo un razonamiento escalonado en dos niveles:

- a) En el primero y más básico deben articular las razones que legitiman o no la práctica social constituida por la presente Constitución (es para ello relevante el grado en que la Constitución reconoce derechos fundamentales que son prerequisites para la formación de un consenso que tenga suficiente calidad epistémica), y que consiste, precisamente, en el resto del ordenamiento jurídico (además de la Constitución como elemento más saliente) y en el conjunto de instituciones;
- b) Si el resultado del primer nivel es favorable a la legitimidad, aún imperfecta, de la presente Constitución, es posible pasar al segundo nivel en que se trata de aplicar esa Constitución para justificar acciones o decisiones.

De esta forma, en el modelo de Nino, un principio que tiene impecables credenciales desde el punto de vista de los criterios de validación implícitos en nuestro discurso moral, puede ser, sin embargo, descalificado o excepcionado si ello es necesario para preservar la vigencia de la Constitución como práctica necesaria para tomar decisiones moralmente legítimas y eficaces.

Sin embargo, nos advierte Nino de que esto de ningún modo significa que los principios y procedimientos moralmente válidos no tengan relevancia en el discurso jurídico ni que éste tenga autonomía respecto del discurso moral. Y esto es así: en primer lugar, porque esos principios y procedimientos son el último tribunal de apelación en el primer nivel del razonamiento jurídico justificativo, y dada la prelación de este nivel sobre el segundo, tal jerarquía determina los resultados del razonamiento en su conjunto. Y, en segundo lugar, porque esos principios y procedimientos tienen relevancia decisiva en el segundo nivel del razonamiento justificativo en la medida en que no sean incompatibles con las

conclusiones alcanzadas en el primer nivel (de lo contrario serían autofrustrantes, puesto que neutralizarían las conclusiones alcanzadas mediante su propio empleo).⁴¹⁶ Concluiremos señalando que, para esta concepción defendida por Nino:

“Los principios valorativos básicos sirven para determinar qué prácticas sociales tienen legitimidad, pero una vez que ello queda determinado, son tales prácticas las que determinan qué principios se aplican para justificar acciones y decisiones..

El tipo de razonamiento apropiado para acciones aisladas en las que éstas se justifican directamente sobre la base de principios universales aceptados autónomamente supondría un quebrantamiento de la práctica o convención para dar lugar, en el mejor de los casos a una convergencia de comportamientos. La estructura de razonamiento práctico escalonada en dos niveles, al mismo tiempo que se apoya en conductas y actitudes precedentes, permite avanzar sobre ellos.

Por un lado, la necesidad de justificar la regularidad de conductas y actitudes sobre la base de principios autónomos y universales exige hacer, seguramente, recortes en tal regularidad, de modo de hacerla compatible con las exigencias de esos principios, sin romper la generación de expectativas y actitudes que es lo que habilita la posibilidad de tomar decisiones eficaces.

Por el otro lado, esos principios valorativos son aplicables para generar nuevas soluciones en los intersticios que deja abiertos la trama de la práctica social⁴¹⁷.

Parece pues que una reconstrucción del razonamiento jurídico justificativo conforme es articulada por Nino permite salvar la amenaza de la paradoja de la superfluidad del Derecho, aun afirmando la conexión de éste con la moral.

⁴¹⁶ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 70-72.

⁴¹⁷ Nino, C.S., op.cit., pág. 80-81.

La concepción que Nino defiende y que señala la necesidad de ver el Derecho positivo como práctica colectiva extendida en el tiempo ofrece también una solución para superar la paradoja de la indeterminación radical del Derecho. En este sentido, Nino señala que dado que la práctica social que constituye el Derecho no procede sólo de ciertos textos sino que consiste también en convenciones interpretativas de esos textos, entonces, la necesidad de preservar una práctica jurídica moralmente justificada implicará también la necesidad de preservar sus convenciones interpretativas. Entonces, los jueces (así como otros sujetos institucionales) en la toma de sus decisiones estarán limitados por ciertas convenciones interpretativas.

Vistas así las cosas -según nuestro autor- el Derecho deja de ser una caja negra de la que ellos puedan sacar a su antojo cualquier decisión. Y de nuevo aquí puede reproducirse -en opinión de Nino-, puede suceder que las convenciones interpretativas vigentes sean moralmente tan inadecuadas que conviertan en deficiente una práctica basada en textos que hubieran producido otra práctica mucho más plausible desde el punto de vista axiológico de haberse interpretado de acuerdo a convenciones diferentes. Ahora bien, si no es éste el caso, entonces el juez actúa de forma moralmente correcta cuando al tomar su decisión tiene en cuenta tales convenciones interpretativas.⁴¹⁸

4.3. Estructura del Razonamiento Jurídico Justificativo

Las acciones y decisiones jurídicas no son acciones y decisiones individuales y aisladas sino contribuciones a una acción o práctica colectiva que tiene como fin la protección de valores fundamentales y la organización de la convivencia promoviendo, además, prácticas colectivas cooperativas para la consecución de fines valiosos. Esta dimensión del Derecho va a implicar importantes consecuencias que alumbran la relevancia en el razonamiento práctico de la

⁴¹⁸ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 145-146.

práctica constitucional y, con ella, del Derecho. A la luz de las anteriores consideraciones, podemos decir que una concepción del Derecho como la que presenta nuestro autor va a suponer ver el razonamiento jurídico justificativo -siguiendo la terminología del propio Nino- como una estructura escalonada en dos niveles. Nuestro autor, en varios de sus trabajos⁴¹⁹ lo reconstruye de esta forma:

1) Determinación de la Legitimidad de la Constitución

Los principios autónomos de moralidad social, que constituyen las premisas últimas del razonamiento práctico, no se aplican directamente a las acciones y decisiones individuales, sino a la práctica colectiva. Así, en un primer nivel -señala Nino- habrán de articularse las razones tanto sustantivas como procedimentales que nos permitan ubicar el Derecho vigente en un continuo de legitimidad. Dentro del Derecho vigente, la Constitución será uno de los elementos más importantes. A tales efectos deberemos tener en cuenta en qué medida es fruto de un consenso democrático y en qué medida reconoce derechos fundamentales que son prerequisites para la formación de un consenso democrático que tenga suficiente calidad epistemológica.⁴²⁰

Es importante también valorar si las limitaciones constitucionales al procedimiento democrático están o no justificadas. Nos dice Nino que es importante tener en cuenta que hablar de "gobierno de la mayoría" no quiere decir gobierno de un grupo específico de ciudadanos, sino que quiere decir gobierno por medio de lo que no es más que una construcción conceptual: Mayor número de manos levantadas a favor de una cierta solución sobre una determinada cuestión que sobre otras, sin importar quienes son los dueños de esas manos y cómo ellas se combinan cuando se tratan de otras cuestiones o en otros momentos. Lo que debe tratarse de preservar es la posibilidad de que se dé cualquier combinación de mayorías y no quede congelada una en especial. Muchas limitaciones

⁴¹⁹ Nino, C.S., *Los límites del Derecho penal*, op.cit., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., *Derecho, Moral y Política*, op.cit.

⁴²⁰ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 70.

constitucionales pueden estar al servicio de este objetivo valioso. Esto habrá de ser valorado en el caso de cada práctica constitucional⁴²¹. Tendremos que tener aquí en cuenta las alternativas más probables a la vigencia del presente orden jurídico; si éstas son un régimen autoritario o una situación de anarquía o de disgregación del poder, deberemos tener presente -nos dice Nino- que quizá de esa forma van a satisfacerse todavía menos determinados fines.

En definitiva, en este nivel trazado por Nino se trata de determinar en qué medida se acerca o se aleja una determinada práctica constitucional o jurídica a su modelo ideal para la consecución de los fines de justicia y organización de esa sociedad en particular. Si el resultado es positivo, entonces, la práctica constitucional normativa pasa a ser punto de referencia relevante a la hora de considerar y valorar las acciones y decisiones individuales, especialmente, pero no sólo, las procedentes de los sujetos institucionales.

2) Aplicación de las Normas

Si tras el razonamiento del primer nivel llegamos a la conclusión de que el orden jurídico en cuestión, aunque de forma imperfecta, es moralmente legítimo, entonces es posible pasar al segundo nivel. En este segundo nivel se desarrolla un razonamiento acotado por la necesidad de respetar el resultado del razonamiento del primer nivel. Si el resultado de tal razonamiento ha sido que una determinada práctica es más legítima que cualquier alternativa realista, entonces quedan excluidas las razones justificativas incompatibles con la preservación del Derecho positivo. Y, en tales casos, esto es, si resulta necesaria para preservar la vigencia del sistema jurídico del que predicamos legitimidad en el primer nivel, pudiera ser que tengamos que descalificar o exceptuar un principio válido desde el punto de vista moral.

⁴²¹ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 71.

Nino se ocupa también de ver en qué medida esta distribución en niveles del razonamiento jurídico justificativo afecta a la relevancia de los principios y procedimientos moralmente válidos en el mismo. La distribución en niveles de ningún modo implica que los principios y procedimientos moralmente válidos no tengan relevancia en el discurso jurídico y que éste tenga autonomía respecto del discurso moral. Según nuestro autor, tales principios y procedimientos son el último tribunal de apelación en el primer nivel del razonamiento jurídico justificativo y la prioridad de este nivel sobre el segundo determina los resultados del razonamiento en su conjunto. Pero, además, esos principios y procedimientos tienen todavía relevancia decisiva en el segundo nivel del razonamiento justificativo en la medida en que no sean incompatibles con las conclusiones alcanzadas en el primer nivel. Si en el primer nivel hemos concluido que el ordenamiento es legítimo, entonces, en la segunda etapa del razonamiento -como dije-, la acción y decisión que se tome debe justificarse tanto a la luz de la preservación de la práctica como por el hecho de que trata de mejorarla acercándola a los principios de justicia: la preservación del Derecho positivo como convención o práctica social no implica congelar esa convención o práctica. Veamos las implicaciones prácticas de esta afirmación.

Podemos entender mejor el modelo trazado por Nino si lo observamos a partir de las observaciones críticas que nuestro autor dirige al modelo de la "articulación consistente" de Dworkin. En el modelo de Dworkin (que este autor concibe no como una reconstrucción de un sistema jurídico positivo, sino como una elucidación del contenido implícito en el Derecho vigente) los casos respecto de los cuales las normas positivas son indeterminadas deben resolverse según principios que puedan justificarse a la luz de la teoría normativa axiológicamente más adecuada que permita justificar también las normas institucionalmente reconocidas. En efecto, el juez Hércules dworkiniano es capaz de solucionar los casos difíciles recurriendo a la construcción de una teoría coherente que resulte valorativamente la más plausible de entre las que justifiquen y expliquen mejor que

ninguna otra el Derecho vigente⁴²². Así, en la construcción de Dworkin, una teoría jurídica de la cual se infieran estándares para resolver los casos en que el Derecho positivo aparece inicialmente como indeterminado, debe satisfacer dos exigencias:

- 1) Permitir justificar las normas efectivamente reconocidas por las instituciones del sistema; esto permitirá presentar el sistema como ideológicamente consistente algo que puede favorecer, hasta cierto punto, el ideal de certeza y predecibilidad y
- 2) Que sea la teoría valorativamente preferente de todas las que satisfacen el primer criterio.

En opinión de Nino, sin embargo, este modelo es innecesariamente conservador puesto que en ocasiones recomendará que el Derecho positivo se reformule y complete según principios que no son los más adecuados axiológicamente, a pesar de que el sistema podría completarse manteniendo su consistencia lógica, de acuerdo con principios que se consideran valorativamente preferibles a los primeros. El modelo pues exige al interprete expandir el alcance de soluciones jurídicas establecidas aunque sean por él consideradas como poco plausibles.

Con esto nuestro autor quiere decir que la evolución compatible con la práctica no implica necesariamente, al contrario de lo que el modelo de "articulación consistente" de Dworkin sostiene, que las decisiones innovadoras -decisiones sobre cuestiones no resueltas por el Derecho, esto es en los casos de indeterminación- deban ser acordes con principios que permiten justificar coherentemente las otras acciones o decisiones que constituyen la práctica. Según el análisis de nuestro autor, es posible proponer un principio incompatible con buena parte de las acciones o decisiones adoptadas hasta ahora apoyándonos en que tales acciones o decisiones no han captado cuál es la base justificativa de la práctica, aunque -si bien, como matiza el propio Nino, para esto

⁴²² Dworkin, R., *Los derechos en serio*, ed. Ariel.

no hay formas exactas-, sin algún respeto por conductas y decisiones precedentes constitutivas de la práctica, ésta puede resultar totalmente socavada.

Además, va a ser precisamente la resolución de tales indeterminaciones lo que va a permitir un enriquecimiento y evolución de la práctica jurídica hacia formas más aceptables de legitimidad, sin riesgo de ruptura. El modelo defendido por Nino se articula más bien como un modelo de estrategia en el que asumiendo las reglas del juego uno trata de aprovechar sus indeterminaciones para conseguir soluciones valorativamente más adecuadas. Aunque podríamos pensar que fortalece la práctica existente sobre cierto problema específico extender -como defiende el modelo de aplicación judicial de Dworkin- el peso gravitacional de decisiones pasadas para solucionar, sobre la base del mismo estándar aplicado en ella, casos no explícitamente decididos, nos dice Nino que podría acercar la práctica a formas más perfectas de legitimidad, declarar que hay una laguna y resolverla de acuerdo con principios o procedimientos moralmente válidos.

Esto podría, incluso, fortalecer la práctica constitucional en su conjunto si así se consiguiera eliminar una fuente de tensión con exigencias de justicia, que podría llegar a minar la legitimidad de tal práctica.⁴²³ A la luz de todo esto, podemos concluir que la obligación moral de un juez (u otro funcionario) de obedecer el Derecho deriva de principios morales que prescriben promover derechos individuales básicos, pero eso no significa que tan pronto como el juez juzgue que el ordenamiento jurídico se desvía del reconocimiento pleno de esos derechos está facultado para dejar de lado ese orden jurídico y actuar según su juicio, sino que el juez sólo está facultado a apartarse del orden jurídico cuando éste sea en su conjunto una práctica injusta (lo será si contiene disposiciones que violan derechos humanos fundamentales), no meramente -por cierto- cuando el juez juzgue que éste es injusto; el juez -nos dice Nino- corre con el riesgo de sus errores de juicio.⁴²⁴

⁴²³ Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op.cit., pág. 73.

⁴²⁴ Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, op.cit., pág. 405.

Esta dimensión del Derecho como práctica colectiva institucional es un factor muy importante que permite dar cuenta de la especificidad del razonamiento jurídico frente al razonamiento moral ordinario. Mientras que este último está abierto a todas las razones relevantes, no hay límites temporales y las soluciones se alcanzan por unanimidad entre los sujetos afectados y pueden ser sometidas a constantes revisiones, en el caso del razonamiento jurídico justificativo a veces las razones autoritativas tienen un peso más fuerte que las razones de contenido (aunque, este balance está apoyado, en última instancia en razones morales), las decisiones no se toman por unanimidad sino por sistemas de mayorías y, pasados ciertos plazos, algunas decisiones (como las sentencias judiciales que dirimen controversias entre las partes) no son revisables. Los rasgos del discurso moral lo hacen necesariamente deficitario o insuficiente como método de resolución de los conflictos.

El sistema jurídico como sistema regimentado para llegar a acuerdos acerca problemas que se suscitan en esferas muy diversas de la vida en sociedad, como sistema de resolución de controversias y coordinador de otras prácticas intersubjetivas, se presenta como un método más eficaz para la protección y garantía de los derechos humanos y para la coordinación de las prácticas cooperativas que son precisas en nuestras sociedades a fin de que los individuos puedan ver satisfechos más o menos felizmente sus intereses y realizados sus planes de vida. Pero, en cuanto sistema que, precisamente, implica la afectación de intereses de otros precisa aparecer como legítimo o justificado a la luz de los principios morales, en los términos indicados en todas las páginas anteriores. Como hemos tenido también ocasión de ver, el carácter regimentado de la práctica político-jurídica que se presenta como un rasgo necesario para que la práctica cumpla los fines valiosos que la legitiman implica, al tiempo, unas exigencias que limitan el logro de los valores y fines sustantivos que el propio Derecho trata de realizar; algo que no ocurre en el discurso moral ordinario, en el que no hay lugar para razones distintas de las sustantivas. Pero, si consideramos

que la preservación de la vigencia del sistema jurídico y de cierta eficiencia de su "maquinaria" es condición de posibilidad de la implementación de tales valores y fines sustantivos, parece razonable el cuidado de la preservación del mismo como sistema normativo eficaz y el cuidado de la eficiencia de su "maquinaria"⁴²⁵.

Esto mismo es lo que Nino articula como un modelo de razonamiento en dos niveles. En el primero juzgamos la legitimidad de un determinado sistema jurídico en cuanto a institución adecuada para lograr fines morales sustantivos.

En el segundo nivel operarán las restricciones derivadas de la dimensión institucional del Derecho, tanto las referidas a plazos, competencias etc como las que presentan a la democracia como la práctica discursiva cuyo resultado tiene un valor epistémico más próximo que cualquier otra al discurso moral (algo que, como vimos, lleva a la autorrestricción del poder judicial a favor del legislador democrático). El mapa que se presenta es, ciertamente, complejo: Junto con consideraciones derivadas de exigencias prácticas (límite de tiempo, recursos etc), encontramos otras que vienen articuladas en términos del diseño político institucional legítimamente superior, pero, también, junto a esto, nos encontramos con dudas importantes acerca de la calidad epistémica de las democracias reales que nos llevan entonces a subrayar el compromiso por parte de los jueces de acercar la propia práctica, en la medida en que sea posible, a formas más perfectas de legitimidad.⁴²⁶

Todas estas consideraciones no hacen más que subrayar la tensión que existe entre dos funciones importantes del Derecho: la protección de los derechos humanos, de un lado, y la articulación de la infraestructura institucional adecuada para implementar prácticas cooperativas en la sociedad que eviten conflictos entre los participantes, así como la resolución de los conflictos que surjan tanto entre particulares como a nivel institucional (dentro del propio aparato institucional

⁴²⁵ Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho*, op.cit.

⁴²⁶ Cfr. R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, op.cit.

estatal) y, en definitiva, la consecución de la mayor operatividad o eficacia en la protección de los derechos humanos. En el primer caso nos encontramos con razones sustantivas, en el segundo, han de entrar en juego necesariamente también razones autoritativas.

4.3.1. El razonamiento jurídico justificativo a partir de un Derecho justo

Trataremos de demostrar por un lado, cómo afecta a la complejidad del razonamiento práctico (y a la idea de autonomía cuando estamos ante un Derecho justo emanado de una autoridad democrática) la relevancia que moralmente tiene la existencia de una práctica jurídica y, por otro, cómo el razonamiento jurídico, aun a partir de un Derecho justo -en su conjunto-, está impregnado de juicios morales que son los que constituyen la vertiente valorativa de las normas jurídicas (o, lo que en la terminología de Bayón recibe el nombre de “directivos”). Lo que demostramos aquí es, el hecho de que no existen razones jurídicas justificativas independientes de juicios morales. Cuando hablamos de “Derecho justo” lo hacemos en un sentido mínimo de justicia del Derecho. Esto es, como un Derecho que ha superado el primer test de legitimidad: Esto significa que consideramos que, pese a sus insuficiencias, la alternativa es o bien un régimen autoritario o bien una situación de disgregación del poder tal que supondría un riesgo mayor de atentados contra los derechos humanos. Esto significa, claro, que habrá regímenes que sean tan poco respetuosos con los derechos humanos más fundamentales que cualquier situación -aunque corramos el riesgo de que no se puedan implementar a corto plazo los mecanismos para su protección- pueda presentarse como moralmente más plausible y cuyas prescripciones no tengan ninguna relevancia práctica en el razonamiento justificativo ni de los sujetos institucionales ni de los particulares (esto sin perjuicio de que, especialmente en el caso de estos últimos -donde la complicidad con el régimen puede resultar más dudosa-, puedan articularse excusas atenuantes cuando han actuado bajo la coacción o amenazas de un determinado régimen y, en la medida en que así lo hayan hecho).

Pero lo anterior también significa que en aquellos casos en los que hay cierta protección de los derechos humanos fundamentales, aunque el poder ha sido tomado por la fuerza por parte de determinado sector de la sociedad, las normas procedentes de los órganos legislativos de ese gobierno tendrán cierta relevancia en el razonamiento práctico. Si bien, como es el Derecho que procede de un régimen democrático el que nos permite ver los detalles del análisis de Nino será tal Derecho el que principalmente tenga presente. Además, en este último caso, esto es, dentro de los Derechos justos por razón de su origen, es preciso individualizar también casos de normas que sean extremadamente injustas por atender directamente contra los derechos humanos que protejan los prerequisites de la calidad epistémica del debate democrático. A partir de las precisiones anteriores lo que queremos señalar es lo siguiente:

La reconstrucción que hace Nino del razonamiento jurídico justificativo comienza con un principio normativo moral puro y acaba con un juicio normativo moral de un tipo particular. Entre la primera premisa y la conclusión de ese razonamiento (juicio normativo moral de un tipo particular al que Nino denomina juicio de adhesión normativa) lo que sucede es que hay una serie de elementos relevantes relacionados con el dictado de ciertas prescripciones por parte de las autoridades legítimas que hacen que el razonamiento jurídico justificativo no sea igual que un razonamiento moral puro aunque, y esto es aquí importante, sí está inmerso en él (y es que, Nino defiende la tesis fuerte de que los principios morales son excluyentemente justificativos en su campo de aplicación, y que sólo los derechos establecidos directa o indirectamente por tales principios, y que son, por lo tanto, derechos morales, pueden servir de razones para actuar).⁴²⁷ A partir de las ideas expuestas por Nino⁴²⁸ es posible decir que:

⁴²⁷ Nino, C.S., *Sobre los derechos morales*.

⁴²⁸ Véase, entre otros, especialmente, *Ética y derechos humanos*, op.cit., *Sobre los derechos morales*, op.cit. y *Derecho, Moral y Política*, op.cit.

- 1) Entre los principios morales puros, podemos distinguir aquellos que se refieren a derechos humanos (en el sentido de derechos morales) y aquellos que se refieren a la organización justa de una comunidad: p.ej el principio que establece el deber de obediencia a autoridades legítimas, o el deber de implementar y cuidar de los mecanismos que posibiliten la organización justa de una sociedad, o el principio moral que aconseja adoptar aquellos procedimientos epistémicos que maximicen la probabilidad de actuar de forma moralmente correcta.

- 2) Los derechos humanos básicos son derechos morales que los individuos tienen frente a los otros individuos y también frente al Estado (esto es, frente a la decisión de la mayoría articulada a través de los cauces institucionales estatales).

Los derechos humanos⁴²⁹ derivan de los principios morales que se constituyen a partir de los rasgos estructurales del debate moral y que serían -estos últimos- aceptados en condiciones contrafácticas como justificación última y universal de acciones por cualquier persona que fuera plenamente racional, absolutamente imparcial y que conociera todos los hechos relevantes. La discusión y la deliberación intersubjetiva es el procedimiento más confiable para conocer tales principios morales de los que derivarían los derechos humanos. La práctica efectiva del discurso moral tendrá pues valor epistémico.⁴³⁰

- 3) Cuando los derechos humanos son positivizados en una Constitución pasan a denominarse derechos fundamentales.

Cuando tales derechos son positivizados a partir de una deliberación democrática en la que se dan los presupuestos para confiar en su valor

⁴²⁹ Cfr. Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, ed. Ariel.

⁴³⁰ Nino, C.S., *El constructivismo ético*, op.cit., pág. 104-105.

epistémico (conociéndose ésta, como hemos visto, como un sucedáneo del discurso moral), entonces tales derechos fundamentales se constituyen en indicios epistémicos de la existencia de los derechos humanos a los que ellos se refieren y de los principios morales que son su fundamento. Lo mismo sucede cuando en el seno de una democracia en la que se han respetado los prerequisites que garantizan su valor epistémico se dictan leyes democráticas en desarrollo de tales derechos fundamentales reconocidos en los textos constitucionales.

- 4) Desde el punto de vista lógico, esos derechos -en cuanto que derechos morales- justifican las decisiones tomadas en el ámbito de lo jurídico en relación con su ámbito de aplicación.

Ahora bien, el razonamiento del juez ha de partir del valor epistémico de la norma jurídica democrática que los positiviza y aceptarla, precisamente, no por su contenido, sino por el hecho de haber sido formulados por una autoridad legítima. Según esto, pues, lo distintivo en este ámbito en el que son relevantes los derechos humanos no es el contenido del juicio normativo en cuestión (en eso puede haber coincidencia más o menos plena entre el juicio moral puro y el jurídico) sino que lo distintivo es el origen de los juicios jurídicos.

- 5) Esto nos permite introducir el otro tipo de principios morales: aquellos que establecen el deber de obedecer a las autoridades legítimas.

A la luz de este principio, las normas jurídicas vistas como prescripciones procedentes de la autoridad democrática constituyen razones auxiliares que, junto al principio moral de deber de obediencia a las autoridades legítimas constituyen normas morales jurídicas (también denominados por Nino, juicios

de adhesión normativa) y pueden dar lugar a los que Nino denomina siguiendo a Dworkin derechos institucionales⁴³¹.

- 6) También hay otro tipo de principios morales como el que aconseja adoptar aquellos procedimientos epistémicos que maximicen la probabilidad de actuar de forma moralmente correcta.

Este principio es el que junto con una prescripción democrática que, sin embargo, pueda ser considerada de baja calidad epistémica y que, en consecuencia, actuará aquí como razón auxiliar, llevarán al juez a formular un juicio normativo de adhesión cuyo contenido será el establecido por la prescripción democrática y su fuerza vinculante procederá del principio moral apuntado.

- 7) Puede haber conflictos entre las normas morales puras y las normas jurídico morales, es decir, entre los derechos fundamentales derivados de las normas morales puras y los derechos y deberes institucionales derivados de normas morales puras que otorgan legitimidad a una cierta autoridad o práctica social.

Cuando se trata, sin embargo, de derechos humanos básicos, la cuestión es de tal importancia moral que difícilmente estará justificada, en opinión de Nino, una norma jurídica que negara o recortara ese reconocimiento, por más que su origen sea legítimo. Jueces y juristas, entonces, han de centrar su atención en determinar cuáles son los derechos humanos que derivan de principios morales válidos, estén o no consagrados en normas jurídicas ya que, si los derechos que derivan de esas normas no coinciden con aquellos -nos dice Nino- deberán hacerlos coincidir por vía interpretativa o se deberá

⁴³¹ Dworkin, R., *Los derechos en serio*, ed. Ariel, pág. 171 y ss. Nino, C.S., *Sobre los derechos morales*, op.cit., pág. 323.

ir más allá de tales normas positivas en tanto se pretenda alcanzar una decisión justificada.⁴³²

4.3.2. Valoración de la conexión entre Derecho y Moral

La tesis que defiende Nino, y que consiste en sostener que una teoría del razonamiento jurídico justificativo tiene que admitir una conexión necesaria entre Derecho y moral, ha sido denominada la tesis de la inseparabilidad. Es contra esta tesis, tal y como ha sido articulada por Nino, contra la cual Moreso, Navarro y Redondo dirigen una serie de objeciones en su artículo *Argumentación jurídica, Lógica y Decisión judicial*.⁴³³

Ya hemos visto que la tesis de la inseparabilidad sostiene que la premisa principal de un razonamiento jurídico justificativo es una norma o principio moral y, por consiguiente, la justificación de las decisiones judiciales implica el uso de normas y principios morales. Así en contra de las tesis del positivismo jurídico que sostiene que la justificación judicial es una justificación formal a partir de premisas jurídicas se sostiene que:

- 1 La justificación judicial no puede ser otra que una justificación sustantiva; y
- 2 En virtud de la unidad del razonamiento práctico, dicha justificación supone el apoyo en premisas morales.⁴³⁴

Según la tesis de la inseparabilidad, la pretensión de justificar decisiones normativas con independencia de la moral constituye una falacia; un error lógico (y no meramente axiológico). Y esto es así porque como hemos visto según la tesis de la inseparabilidad sostenida por Nino, el único sentido de norma que permite fundamentar o derivar la proposición justificativa de la acción o decisión es el de norma jurídica como juicio normativo; y, en la concepción de Nino, sólo tienen

⁴³² Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, op.cit., pág. 24.

⁴³³ Moreso, J.J., Navarro, P.E., Redondo, M.C., *Argumentación jurídica, Lógica y decisión judicial*.

⁴³⁴ Redondo, C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, op.cit., pág. 239.

fuerza normativa los juicios normativos moralmente válidos. La única normatividad es una normatividad justificada.

Lo que permite saber que un determinado juicio es una norma jurídica es -según escribe Nino- su origen. Los juicios normativos jurídicos son aceptados en el razonamiento práctico que justifica una acción o decisión por el hecho de haber sido formulados por cierta autoridad que puede ser legislativa o convencional. Siguiendo el ejemplo del que da cuenta Nino en su artículo *Sobre los derechos morales*⁴³⁵ un juicio del tipo "el propietario que no cobra de su inquilino dos meses de alquiler tiene derecho a recuperar su inmueble locado" sólo es concebido como una norma jurídica cuando es aceptado en el razonamiento práctico de un juez, p.ej., por la razón de haber aceptado previamente un juicio del tipo "el legislador ha prescrito que el propietario que no cobra dos meses de alquiler tiene derecho a recuperar la tenencia de su inmueble". Sólo si se acepta el primer juicio porque se acepta este segundo tipo de juicio, el primero es concebido como una norma jurídica. Pero, nos dice Nino que el razonamiento no puede acabar allí, puesto que el segundo tipo de juicio consiste en la descripción de una norma jurídica entendida como una prescripción y ese tipo de juicio no tiene fuerza justificativa. Como escribe nuestro autor, tal juicio es pragmáticamente compatible con cualquier acción o decisión. Entonces, el anterior juicio "el legislador ha prescrito..." sólo puede ser parte de una razón para aceptar "el propietario tiene derecho a ...", teniendo que ser la parte operativa de la razón un juicio con fuerza justificativa del tipo "el legislador *L* debe ser obedecido o tiene autoridad o derecho para emitir prescripciones".

Este último tipo de juicio no es, sin embargo, ya aceptado por razón de su origen sino por sus propios méritos y esto es, precisamente, lo que suele identificarse como juicio moral. No todo principio o juicio moral es una norma jurídica, pero toda norma jurídica que tiene un rol de razón operativa en el razonamiento práctico es un juicio moral especial, que se distingue por derivar de un principio moral que

⁴³⁵ Nino, C.S., *Sobre los derechos morales*, pág. 319-322.

legítima a cierta fuente de prescripciones y de una descripción de tales prescripciones.⁴³⁶ Sólo este sentido de norma jurídica -como norma jurídico-moral o juicio de adhesión normativa- en tanto que norma conectada con principios morales puede justificar acciones y decisiones. En opinión de Moreso, Navarro y Redondo, la caracterización de Nino impone la siguiente conclusión:

"Si la justificación de una decisión involucra razones morales, entonces, la exigencia de justificación jurídica de una decisión judicial es imposible de satisfacer. Por consiguiente toda justificación es justificación moral y toda obligación jurídica sería una especie de obligación moral."⁴³⁷

Según los mencionados autores esta posición es incorrecta. Para argumentar a favor de su objeción, Moreso, Navarro y Redondo presentan la reconstrucción que hace de Páramo, siguiendo a Nino, de un argumento justificativo. La reproduzco aquí porque creo que puede ayudar a ver con claridad la crítica que dirigen a este último.

- 1 Se debe obedecer a X, siempre que X sea un legislador elegido mediante un procedimiento democrático.
- 2 El legislador X ha sido elegido democráticamente.
- 3 X ha dictado una norma jurídica que dice "si p, entonces debe ser q"
- 4 Si p, entonces debe ser q.
- 5 p
- 6 q.⁴³⁸

Tras corregir un pequeño error en el esquema propuesto es evidente que la conclusión (6) no se sigue de las premisas y tiene que ser sustituida por (6) debe ser q', Moreso, Navarro y Redondo escriben que puesto que una razón completa

⁴³⁶ Nino, C.S. *Sobre los derechos morales*, op.cit., pág. 319-322.

⁴³⁷ Moreso, Navarro, Redondo, *Argumentación jurídica, Lógica y decisión judicial*, op.cit., pág. 249.

⁴³⁸ Juan Ramón de Páramo, *Razonamiento jurídico e interpretación constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 22, pág. 98.

es un conjunto de premisas no superfluas de un razonamiento práctico y que una premisa es superflua cuando no es necesaria ni suficiente para derivar la conclusión del argumento (i.e. 6) entonces, en el esquema analizado, como (6) se infiere de 4 y 5 (es decir: las premisas 4 y 5 son necesarias y conjuntamente suficientes para la derivación de 6), las restantes premisas de esta inferencia serán superfluas. Esto significa -en opinión de estos autores- que la justificación normativa de (6) es meramente la norma jurídica 4 y, según estos, la reticencia a admitir esta conclusión se fundamenta, al menos, en tres argumentos que ellos consideran erróneos. En su opinión, el propio carácter de institución social del Derecho determina el carácter genuino de los deberes que surgen de él. Veamos los argumentos que ellos consideraban erróneos:

- a) Si la premisa mayor (razón operativa) es aceptada en virtud de su contenido, entonces, funciona en el razonamiento práctico como una norma moral. Queda por tanto pendiente la tarea de identificación de una norma jurídica.
- b) Si se acepta que el fundamento de una decisión judicial sólo puede ser una norma jurídica entendida como juicio normativo, entonces, es necesario establecer que este juicio normativo justificativo es, al fin y al cabo, una norma jurídica; en esta identificación es preciso presuponer en algún momento como premisa necesaria una norma o principio moral⁴³⁹.
- c) El defender la idea que sostiene la tesis de que caben tantas justificaciones como sistemas normativos existan vacía tanto el contenido de la moral que hace que nuestro razonamiento práctico no sólo no sirva para dirimir conflictos prácticos, sino que no sirva para nada, produce su desintegración por la pérdida de su función.

Veamos a continuación la réplica que a estos argumentos dirigen Moreso, Navarro y Redondo.

⁴³⁹ Cfr. Nino, C.S., *Sobre los derechos morales*, op.cit., pág. 318.

- 1 Por lo que se refiere al primer argumento, escriben que el hecho de que las normas jurídicas funcionen de manera similar a las normas morales en el razonamiento de los sujetos no prueba que no existan diferencias entre ambos tipo de normas.

El hecho de que un enunciado funcione como norma moral porque la aceptación del mismo obedezca a razones morales no lleva a que tal enunciado se convierta en una norma moral. El carácter del enunciado no debe confundirse con el carácter de las razones en las que se apoya su aceptación. Sin embargo, tiene razón Manuel Atienza cuando en su artículo *Lógica y argumentación jurídica*⁴⁴⁰ sostiene que éste no es un argumento convincente ya que lo que decía Nino era que las razones jurídicas no son razones autónomas y esto es, precisamente, lo que los mencionados autores están reconociendo como correcto. Es decir, si una norma jurídica es aceptada por razones morales, entonces -como escribe Atienza- tiene pleno sentido decir que no es autónoma, y que la justificación es, en última instancia, moral.

- 2 Por lo que se refiere al segundo argumento, Moreso, Navarro y Redondo, citando a Byrce⁴⁴¹, señalan que no es preciso ningún razonamiento práctico como el reconstruido por Nino para mostrar que un enunciado es una norma jurídica.

Solamente es preciso un razonamiento teórico apoyado en las siguientes definiciones:

Dfa: Si N es una norma soberana entonces N es jurídica.

Dfb: Si una norma jurídica N autoriza a un órgano O a dictar una norma N' y O dicta N, entonces N' es una norma jurídica.

⁴⁴⁰ M. Atienza, *Lógica y argumentación jurídica*, Calculemos...Matemáticas y Libertad. Homenaje a Miguel Sánchez Mazas, ed. Trotta.

⁴⁴¹ Cita tomada de J. Raz, *The concept of Legal System*, Clarendon Press, Oxford, pág. 99.

Según los mencionados autores:

"No puede sostenerse que el razonamiento justificativo del juez deba, por razones lógicas, utilizar una premisa moral. Un razonamiento como el anterior es suficiente para que el juez justifique su decisión en el Derecho y la pregunta acerca de por qué debo obedecer las normas jurídicas, o en el caso del juez, por qué deben mis sentencias justificarse en normas jurídicas es una cuestión distinta y no puede contestarse más que apelando a alguna cuestión extra jurídica."⁴⁴²

Según Moreso, Navarro y Redondo, uno de los posibles razonamientos de un juez acaba cuando muestra que de acuerdo al Derecho (de acuerdo a un código de normas) está obligado a dictar la sentencia S, y dicta S. Si S se deduce de una norma jurídica y de la descripción de los hechos relevantes, entonces S está justificada en el Derecho. Que el juez se pregunte acerca de si debe obedecer o no las normas jurídicas ya no es una cuestión referida a la obligatoriedad jurídica, sino de obligatoriedad de acuerdo a algún otro tipo de código normativo. Frente a lo que Nino sostiene, Moreso, Navarro y Redondo objetan que esta pregunta no está referida siempre a la obligatoriedad moral sino que, según ellos, puede ser referida a la obligatoriedad religiosa o a otro tipo de códigos normativos. Los mencionados autores dudan de que la pregunta -en sentido normativo- acerca de por qué debe un juez identificar una norma jurídica deba ser respondida alegando una razón última. Incluso cuestionan por qué debe aceptarse como últimas las razones morales⁴⁴³. Para ilustrar su posición ponen el hipotético ejemplo de una sociedad en donde todos los órganos de aplicación y todas las autoridades piensen que sus reglas jurídicas son inmorales, pero las impongan por razones inicuas como p.ej. por conservar la dominación, y en donde los ciudadanos acepten las normas por convicción o por miedo. Decir, concluyen, que como esas

⁴⁴² Moreso, Navarro y Redondo, *Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial*, op.cit., pág. 252.

⁴⁴³ Moreso, Navarro y Redondo, op.cit., pág. 254.

razones son las últimas razones entonces son razones morales parece un criterio muy poco intuitivo para identificar normas morales. De nuevo, creemos que es acertada la argumentación de Atienza en contra de este argumento que pretende negar la necesidad de recurrir a razones morales en la fundamentación de soluciones jurídicas.

Atienza sostiene que para evaluar la postura mantenida aquí por estos autores hay que aclarar qué significado tienen las expresiones “razones lógicas” y “es suficiente” al que hacen referencia en el párrafo que hemos transcrito más arriba.

Por lo que se refiere a la primera expresión, según Atienza, en el lenguaje ordinario, ésta se usa en un sentido lo suficientemente amplio como para poder afirmar que el razonamiento justificativo del juez debe, “por razones lógicas”, utilizar una premisa moral:

“Cuando el juez justifica una decisión basándose en una norma del Derecho vigente, cabría formularle la pregunta de por qué procede de esa manera y en ese proceso de argumentación llegaríamos tarde o temprano a una respuesta de tipo moral.”⁴⁴⁴

Por lo que se refiere a la expresión “es suficiente”, escribe M. Atienza que, tanto en el esquema de Páramo, como en el que los autores proponen falta una premisa (que, en realidad, está implícita) que dijera: “Se debe obedecer la norma...”. El esquema que proponen los autores es suficiente como esquema de argumentación jurídica si se acepta como necesario que se deben obedecer las normas jurídicas. Pero, si consideramos que esto no es necesariamente así, entonces, como dice Atienza:

⁴⁴⁴ No sucedería esto si por “razones lógicas” se entendiera sólo las razones que tienen que ver con el paso de ciertas premisas ya dadas a una conclusión. La competencia de la lógica se restringe a la comprobación de si las premisas establecidas -no importa como- llevan en efecto a la conclusión pretendida y, si se quiere, también a mostrar qué otras premisas, además de las explicitadas, se necesitan para llegar a la conclusión.

"Es arbitrario querer, como quieren estos autores, detener ahí la argumentación."⁴⁴⁵

Hemos visto que Moreso, Navarro y Redondo niegan que la aceptación de la regla de reconocimiento haya de llevar a algún tipo de razón última y también que las razones últimas tengan que considerarse razones morales.⁴⁴⁶ La respuesta que Atienza da a esto es la siguiente:

- a) En relación con la cuestión de por qué no detenerse en algún momento previo al moral en el proceso de inquirir razones de por qué aceptar la regla de reconocimiento, la contestación es que la apertura del discurso moral es una exigencia de racionalidad.
- b) La segunda cuestión también implica problemas muy básicos concernientes al concepto de razón moral y de racionalidad práctica.

El sostener que el enunciado de que el juez debe obedecer las normas jurídicas no tiene que referirse, necesariamente, a una obligatoriedad moral, sino que bien puede basarse en una obligatoriedad de tipo religioso, lo único que prueba -nos dice Atienza- es que, para algunos sujetos, las razones últimas -las razones morales- son de tipo religioso.

Según este autor, al margen de las razones que uno pueda tener para rechazar un código moral que apele en última instancia al Corán o a la Biblia, no cabe, sin embargo, negar que ése es un tipo de moral.

Por lo que se refiere al ejemplo de una sociedad imaginaria al que hacen referencia Moreso, Navarro y Redondo en su artículo para mostrar que las razones últimas pueden no ser morales, pone de manifiesto, como dice Atienza,

⁴⁴⁵ Atienza, M. *Lógica y argumentación*, en op.cit., pág. 234.

⁴⁴⁶ Moreso, Navarro y Redondo, *Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial*, op.cit., pág. 254.

que esos argumentos no prueban lo que los autores pretenden. En efecto, en la hipótesis acuñada por los mencionados autores, decir que como esas razones son las últimas razones entonces, son razones morales, resultaría, como ellos señalan, un criterio muy poco intuitivo para identificar normas morales. Pero, si esto es así, es, precisamente, porque los autores están asumiendo que éstas no pueden ser las razones últimas y que las razones morales son razones últimas.

c) En relación con el tercer argumento -admitir a las normas jurídicas como razones operativas autónomas supondría producir la desintegración del razonamiento práctico por la pérdida de su función-, Moreso, Navarro y Redondo señalan que la tesis de la fragmentación del discurso práctico -según la cual existen tantas justificaciones como sistemas normativos haya- puede interpretarse al menos en dos sentidos diferentes:

1) Puede entenderse normativamente, es decir, como una tesis que recomienda la existencia de múltiples perspectivas de justificación.

Consecuentemente, la oposición a esta postura consistirá, también, en una tesis normativa: no debe fragmentarse el discurso práctico.

Para este último punto de vista, la unidad del razonamiento práctico constituye una condición necesaria para que el mismo pueda cumplir con su función de resolución de conflictos prácticos. Según escriben los mencionados autores, esta afirmación presupone un concepto diferente de razonamiento práctico. Mientras que el concepto considerado previamente no hace referencia a un procedimiento para resolver conflictos, independientemente de su unidad o fraccionamiento, en cambio, el concepto de razonamiento que alude al cotejo o comparación de razones sí puede entenderse como un modo de resolución de conflictos prácticos. En este sentido, el razonamiento práctico es un método para elegir una, de entre dos o más razones en conflicto, i.e. la razón más adecuada, conveniente, etc.

Esta precisión -señalan- es indispensable para advertir que, mientras hablemos de razonamiento práctico en sentido clásico, su función no queda en absoluto afectada por la existencia de una pluralidad de marcos normativos a partir de los cuales se puede ofrecer una justificación. Consecuentemente -concluyen-, deberá ser otra razón, diferente a la pérdida de función, el fundamento de una tesis normativa contraria a la fragmentación del razonamiento práctico.

2 Pero una posición diferente, y con presupuestos más fuertes, es la que supone una interpretación descriptiva de la tesis en cuestión, i.e. el razonamiento práctico es unitario y sostener su fragmentación es incurrir en error.

Y es, precisamente, esta postura la que sostiene Nino y contra la cual estos autores dirigen sus críticas en el artículo del que aquí me ocupo. Según escribe Nino en *La validez del Derecho*, tal error consiste:

"En una profunda incomprensión acerca de las reglas formales a que está sometido nuestro razonamiento práctico en general que incluye una regla de prioridad que impide su desintegración; 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 las que son aplicables."⁴⁴⁷

Escriben Moreso, Navarro y Redondo que analizar esta interpretación requiere destacar, nuevamente, la existencia de un significado distinto de la noción "razonamiento práctico" y su función de "justificación": En un sentido estrictamente lógico, la justificación puede entenderse como una relación de deducción existente entre las premisas y la conclusión de un argumento, sea éste práctico o teórico. La justificación en sentido lógico es ajena a la corrección material del argumento.

⁴⁴⁷ Nino, C.S., *La validez del Derecho*, op.cit., pág. 65.

Esto es, así como en un razonamiento teórico la validez del mismo no supone la verdad de las premisas, en un razonamiento práctico, la validez del argumento no supone la corrección o bondad de aquellas. Pero, sucede que la interpretación que discuten estos autores -tal y como ellos expresan- supone que hay razones mejores que otras y sólo las mejores razones justifican. Esto es -según escribenlo que comúnmente se distingue con expresiones como justificaciones prima facie y justificaciones concluyentes.

Esta tesis supone un concepto más comprensivo y no descriptivo de justificación y, además, supone la existencia de una respuesta única a la pregunta acerca de las razones adecuadas. En efecto, para que haya unidad es imprescindible que no existan dos razones igualmente correctas (concluyentes) que justifiquen acciones diferentes. Esta posición tiene que negar, en última instancia, un pluralismo valorativo porque de lo contrario dejaría abierta la posibilidad de dos marcos para la justificación igualmente plausibles y, con ello, reaparecería el fraccionamiento del razonamiento práctico que se pretendía impugnar, aun cuando esto ocurra dentro del ámbito de la moral ideal. Conforme a esta posición, pues, el razonamiento práctico justificativo no es solamente un razonamiento lógico, sino que requiere, además, la corrección material del mismo, ie. la bondad de las premisas. Además, es necesario que para cada situación de justificación sólo haya una premisa que lo sea.⁴⁴⁸

En opinión de Moreso, Navarro y Redondo, una tesis de este tipo debe afrontar un problema particularmente grave a la hora de identificar cuál, de entre todas las alternativas, es la premisa correcta.

Las diferentes respuestas ofrecidas a este problema epistémico y la inexistencia de un método infalible de búsqueda parecen demostrar que, aun admitiendo los mencionados presupuestos de esta tesis, estamos irremediabilmente limitados a esbozar diferentes marcos normativos que, por ser considerados los más

⁴⁴⁸ J.J.Moreso, P.E.Navarro y M.C.Redondo, op.cit., pág. 255.

plausibles, se proponen como puntos de partida de la justificación. Esto les lleva a concluir que, dadas nuestras limitaciones epistémicas, la fragmentación es inevitable. En opinión de Atienza, sin embargo, pueden aducirse tres razones en contra de la corrección del anterior argumento:

- 1 La primera es que los autores están de alguna manera confundiendo el relativismo moral en cuanto tesis descriptiva y en cuanto tesis metaética.

La tesis de Nino supone -apunta Atienza- el rechazo del relativismo metaético, pero, es perfectamente compatible con el pluralismo axiológico entendido como la existencia -de hecho- de códigos morales plurales. Por otro lado -continúa Atienza-, de la existencia en el plano subjetivo de varias respuestas a un mismo problema que pretenden ser correctas no se sigue que en el plano objetivo existan diversas respuestas correctas (aunque tampoco lo contrario: que exista una sola respuesta correcta). Si las cosas son así, entonces no hay argumento que pueda sustentar la tesis del relativismo en un plano que no sea el puramente descriptivo.

- 2 La segunda razón -estrechamente vinculada a la anterior- es que la existencia de “dos marcos justificativos igualmente plausibles” no lleva consigo el “fraccionamiento del razonamiento práctico” cuando se trate de dos sujetos distintos o de un mismo sujeto pero en momentos temporales distintos.

Es decir, lo que excluye la tesis de la unidad del razonamiento práctico es que un mismo sujeto acepte como igualmente plausibles normas o principios morales incompatibles entre sí; esto es, lo que se excluye es, precisamente, el relativismo moral en cuanto tesis prescriptiva. Finalmente, añade Atienza,

3 La tercera razón es que la argumentación de Moreso, Navarro y Redondo al menos la tesis fuerte que podría desprenderse de su argumentación⁴⁴⁹ presupone que la justificación jurídica se puede reducir a justificación lógica (es decir, justificación en el sentido de que la conclusión se sigue necesariamente de las premisas) y que, por tanto, no se necesita para nada lo que ellos llaman "el sentido valorativo de justificación" (es decir, justificación en el sentido de que las premisas de que se parte son correctas o adecuadas en algún sentido moral). Pero esta presuposición es, en opinión de Atienza, infundada.

Y es este, precisamente, el punto donde Nino centra su réplica a las objeciones que le dirigen los mencionados autores. En este sentido escribe Nino que lo que interesa para el tema en discusión no es el sentido "puramente lógico" de justificación como derivación del contenido de una decisión de algún enunciado, sino el sentido de justificación como derivación de un enunciado válido, correcto, plausible o verdadero.

En este sentido el concepto de "validez" que es relevante para esa justificación no puede depender solamente de (a) otras normas jurídicas, ni de (b) hechos, ni de (c) normas extra-sistemáticas que sean meramente presupuestas como hipótesis, ni de (d) normas que se refieran solamente a los intereses del hablante. La justificación jurídica, o sea la justificación que recurre a una norma jurídica que se supone válida, debe depender en última instancia para fundamentar esa validez, de (a) normas, que sean (b) categóricamente aceptadas, (c) por su contenido, y que (d) pretendan tomar en cuenta imparcialmente los intereses de todos los afectados. Esto es, según concluye Nino, de normas morales.⁴⁵⁰

⁴⁴⁹ En realidad, como ya señalé antes, según M. Atienza, la tesis última articulada expresamente por estos es una tesis débil con la que el estaría de acuerdo "la lógica no proporciona un argumento a favor de la relación necesaria entre Derecho y Moral", Atienza, M., *Lógica y argumentación*, op.cit.

⁴⁵⁰ Nino, C.S., *Respuesta a J.J. Moreso, P.E. Navarro y M.C. Redondo*.

Redondo, en trabajos posteriores,⁴⁵¹ sigue manteniendo su postura y considera que frente a las objeciones en contra del enfoque positivista y su imposibilidad de explicar la normatividad de las disposiciones jurídicas,⁴⁵² es decir, de explicar en qué modo, y en qué condiciones, el Derecho establece un "genuino" deber de actuar, el positivismo debe mostrar que es capaz de explicar esta propiedad en el interior de su propio esquema teórico, es decir, del esquema teórico que separa el Derecho de la moral.⁴⁵³ Redondo, en el mencionado trabajo, sigue rechazando "la formulación habitual del llamado principio de unidad del razonamiento práctico"; esto es, de una tesis como la sostenida por Nino, según la cual:

· "Existe un conjunto de principios últimos del razonamiento práctico integrado por los principios morales, que confieren homogeneidad y prevalecen sobre todos los demás discursos prácticos y ello implica que el Derecho sólo logra constituir deberes genuinos si es conforme a los principios morales o regula situaciones que son indiferentes desde el punto de vista de tales principios"⁴⁵⁴.

El fundamento de la conexión necesaria entre la justificación jurídica y la justificación moral se encuentra en un rasgo atribuido a todo razonamiento involucrado en una justificación: El carácter unitario; y, tal y como señala Redondo, es precisamente esta peculiaridad la que se afirma que no es tomada en cuenta por el positivismo cuando admite que el argumento justificativo judicial puede finalizar correctamente en una premisa jurídica. Desde este punto de vista, la tesis

⁴⁵¹ Redondo, C., *La noción de razón para la acción*, ed. Centro de estudios constitucionales, pág.239-252, *Sulla rilevanza pratica del Diritto*, Normativity in Legal Context. Las citas de estos últimos trabajos las tomo de M. Atienza y J. Ruiz Manero en *Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho*, op.cit.

⁴⁵² Esta insatisfacción que produce el positivismo cuando sostiene la existencia de deberes jurídicos como algo independiente de los deberes morales puede verse reflejada también en este párrafo de F. Laporta "Una obligación que por sí misma sea una razón para la imposición de un castigo es, sin duda, una obligación muy fuerte. Tan fuerte que es necesario que se nos diga en qué se diferencia de la obligación moral. Es decir, que se nos diga específicamente en qué se diferencia ese "debe" jurídico del "debe moral". Y eso es, justamente, lo que no se puede hacer con la teoría de Hart", Laporta, F., *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, pág. 93.

⁴⁵³ Redondo, C. *Sulla rilevanza pratica de diritto*, pag. 206

⁴⁵⁴ Redondo, C., op.cit., pág. 211.

positivista implica fragmentar el razonamiento, violando una de las reglas fundamentales de la argumentación práctica que exige su unidad bajo un conjunto de pautas morales. Antes de pasar a ver cual es la tesis alternativa defendida por Redondo, según la cual el Derecho y la moral, así como otros ordenes normativos, aparecerían en el mismo plano generando deberes genuinos sin que ello implique la negación de esa unidad del razonamiento, voy a dar cuenta de algunos elementos más de su análisis para tratar de ver qué proceso argumentativo le ha llevado a sostener tal postura. En su trabajo *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*,⁴⁵⁵ Redondo señalaba que la expresión "principio de unidad del razonamiento práctico" es ambigua pues tal enunciado ha recibido distintas interpretaciones; si bien, en cualquier caso -añade- involucra, al menos, dos elementos:

- 1 Una concepción general de la racionalidad conforme a la cual existe una jerarquía entre las diversas pautas justificativas existentes y
- 2 La aceptación de que existe un conjunto de normas morales, constitutiva del último peldaño en esa jerarquía de pautas de justificación.

Como acertadamente expresa Redondo, conforme a la idea de unidad, si el argumento que fundamenta un deber es correcto, lo es en un único sentido. Aunque existen distintos tipos de discursos prácticos, por ejemplo, el discurso político, el jurídico, el moral, el religioso, etc, quienes sostienen la unidad del razonamiento práctico consideran que todos ellos están integrados por medio de un conjunto de pautas últimas, a las que se concede el rango de moral ideal o verdadera. Bajo esta hipótesis, la corrección del argumento del juez no puede considerarse como relativa al ámbito jurídico⁴⁵⁶ puesto que esto significaría admitir

⁴⁵⁵ Redondo, C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, op.cit., pág. 239 y ss.

⁴⁵⁶ Hay quienes se sienten tentados a hablar de una justificación moral, otra jurídica, otra prudencial, etc, como si se tratara de justificaciones independientes de las acciones. Esto implicaría una desintegración del razonamiento práctico que frustraría el objeto de la pregunta acerca de la justificación de las acciones: alguien podría saber que su conducta no está justificada moralmente pero que sí lo está jurídicamente o prudencialmente, y no saber aún cómo, en definitiva, debe actuar. El razonamiento práctico presupone una jerarquización de razones que evita esa situación: Las razones prudenciales justifican acciones sólo cuando no son desplazadas

un punto de vista parcial o insular y, con ello, el fraccionamiento del discurso práctico. La mayor parte de los filósofos preocupados por el tema de la justificación judicial acepta explícitamente este principio de unidad⁴⁵⁷. Según Redondo, la propuesta de unidad del razonamiento práctico puede concebirse como una tesis de ética descriptiva o como una tesis de metaética; a su vez, puede entenderse en un sentido subjetivo o en un sentido objetivo. Además, a todas estas posibilidades hay que agregar la posibilidad de una tesis normativa. El principio de unidad puede defenderse en cualquiera de estas diferentes formas. Lo que interesa -nos dice Redondo- es identificar bajo cuál de ellas el fraccionamiento práctico constituye un error. Es decir, cuál de ellas muestra el carácter necesario de la unificación entre distintos órdenes de justificación, en especial, la unificación de la justificación jurídica con la justificación moral. Veamos en qué consisten las distintas posibilidades:

- a) Como ejemplo de postura que defiende la unidad del razonamiento práctico bajo premisas morales sustentada como una tesis de ética descriptiva o sociológica referida a los diferentes tipos de discursos justificativos (argumentos prácticos) objetivamente válidos, Redondo cita el siguiente párrafo de Nino:

“Lo que trato de defender es que el discurso moral de la modernidad tiene un carácter imperialista que impide la subsistencia de discursos justificativos insulares [...] Las cosas podrían ser diferentes de lo que son, y podríamos vivir bajo una cultura en la que hubiera discursos jurídicos insulares.”⁴⁵⁸

por razones morales; no hay, en cambio, razones jurídicas autónomas sino que la existencia de ciertas normas jurídicas constituye una razón auxiliar que sólo justifica una decisión cuando se combina con razones morales o prudenciales adecuadas, Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, op.cit., pág. 112.

⁴⁵⁷ Este es el caso de D.Richards, J. Raz, Nino, C.S., P.Soper, M.Atiensa, J. Ruiz Manero y J.C.Bayón Mohino. Tomo la referencia de Redondo, C., *La Noción de Razón para la Acción*, pág. 240, pie de pág. 50.

⁴⁵⁸ Nino, C.S., *Derecho, Moral y Política*, op.cit., pág. 79.

Es cierto que este párrafo aislado de Nino podría hacernos pensar que éste defiende sólo una tesis puramente contingente acerca de la unidad y, si así fuera, Redondo tendría razón cuando sostiene que tal tesis, en cuanto que tesis descriptiva, podría ser verdadera o falsa respecto de una sociedad determinada, en un momento y en un lugar específicos.

b) Según esta autora, otra de las formas de entender el principio de la unidad es como tesis referida al razonamiento subjetivo de un agente.

Esta puede ser mantenida como tesis psicológica:

“Afirmar la unidad del razonamiento es afirmar la imposibilidad de que una misma persona pueda desdoblar la propia jerarquía de preferencias o pautas en las que apoya su argumentación en un momento determinado.”⁴⁵⁹

Cuando la tesis de la unidad del razonamiento individual se considera válida sin la restricción temporal, pierde su carácter descriptivo. En esta hipótesis, el principio de unidad se defiende o bien como una definición o bien como una pauta normativa de racionalidad. En el primer caso significa:

“Que para que un agente pueda ser calificado como agente racional ha de juzgar y justificar sus decisiones manteniendo una posición consistente con una escala de prioridades determinada.”⁴⁶⁰

Por su parte, la idea de unidad, entendida como un principio normativo, consiste en un requerimiento tanto de jerarquización de las propias preferencias internas, como de razonamiento y de actuación conforme con la jerarquía establecida. Esta versión subjetivista del principio tampoco muestra -nos dice Redondo- que se

⁴⁵⁹ Redondo, C., op.cit., pág. 242.

⁴⁶⁰ Ibidem.

cometa un error al no considerar a la moral como último parámetro unificador de toda justificación. Las pautas morales tendrán este status sólo si figuran como las preferencias de mayor jerarquía del individuo que razona. Para aquellos cuyas preferencias últimas no están constituidas por razones morales, el principio de unidad del razonamiento es válido, pero no guarda relación alguna con la moral.

En todo caso, sólo habilita a afirmar que si un individuo emprende razonamientos prácticos (y actúa conforme a ellos) sin ser consistente con su propia escala de preferencias, o bien pone en duda su condición de ser humano racional, o bien se hace acreedor a un reproche por irracionalidad.

Y, en opinión de la autora, en cualquiera de las interpretaciones señaladas hasta aquí, la única forma de llegar a sostener la moral como patrón unificador del razonamiento del individuo es vaciándola de contenido atribuyendo, para ello, calidad moral a cualquier principio que ocupe el rango más alto dentro de la escala de preferencias o de pautas aceptadas. Por lo demás, y al margen de estas posibilidades, nos dice Redondo que la idea de unidad del razonamiento, interpretada como una pauta de racionalidad referida al razonamiento psicológico del individuo, es aceptada de manera general. Pero, así entendida, -añade- es perfectamente compatible con la admisión de diversos marcos objetivos de justificación y, por consiguiente, con la tesis positivista que afirma que el esquema de argumentación judicial puede terminar correctamente en una premisa jurídica, sin necesidad de recurrir a una premisa moral.⁴⁶¹ Esta interpretación de la tesis de la unidad del razonamiento práctico parece ser la que Redondo propone como alternativa a la tesis de la unidad bajo el patrón de la moral:

“Todo individuo puede, y si es racional debe, realizar una comparación entre todas las razones -de todos los tipos- aplicables a un caso individual,

⁴⁶¹ Redondo, C., op.cit., pág. 143.

*y a partir de tal valoración derivar un deber concluyente de actuar. Y esto es lo que significa actuar racionalmente*⁴⁶²

Lo que sucede, además, sostiene Redondo, es que la comparación, que desemboca en la determinación del curso racional de acción, de aquello que se debe hacer después de haber tomado en consideración todas las alternativas exige criterios últimos neutrales respecto de todos los ámbitos. Y esto en el sentido de que:

*"No debería postularse que ellos mismos son, siempre y necesariamente, criterios de un determinado tipo" y tales criterios últimos "deben jerarquizar razones o deberes, y no sistemas normativos (p.ej. la moral por encima del Derecho o el Derecho por encima de la moral). Esto es, no deben dar prioridad necesaria a ninguno de los ámbitos prácticos"*⁴⁶³

Sobre las dudas que suscitan estos denominados "criterios últimos" volveremos más adelante.

c) Otra manera de entender el principio de unidad es -escribe Redondo- como una propuesta de nivel metaético.

Es decir, como una condición que debe satisfacer toda concepción de ética normativa, o de racionalidad. Aquí la autora comienza explorando la idea de unidad como concepción sistemática (versión débil del principio de unidad del razonamiento práctico); en este caso, escribe Redondo, la pregunta por la corrección de un razonamiento práctico tendrá una respuesta unívoca, es decir, en última instancia, debe haber una sola forma válida de juzgar un argumento práctico.

⁴⁶² Redondo, C., *Sulla rilevanza pratica del diritto*, op.cit., pág. 211

⁴⁶³ Ibidem.

Esta noción sistemática de unidad no excluye, sin embargo, la posibilidad de coexistencia de múltiples concepciones normativas. Algunas de ellas establecen que, en determinadas circunstancias, hay más de una perspectiva correcta para evaluar una situación: por ejemplo, cuando se admite la legitimidad de ciertas razones excluyentes. Una concepción normativa sistemáticamente unitaria, puede admitir el fraccionamiento del razonamiento en el sentido de que, en una misma situación, está justificado hacer algo diferente de lo que estaría justificado hacer, consideradas todas las cosas.⁴⁶⁴ Así mismo, aún cuando se niegue la posibilidad antes mencionada y se insista en que toda concepción normativa se asienta en una última instancia de principios que unifican el juicio acerca de la corrección de un argumento, el fraccionamiento -nos dice Redondo- no queda descartado. Si dicho conjunto de principios es diferente en cada concepción reaparece la pluralidad de los marcos de evaluación y con ella, el fraccionamiento. Según la autora, entonces, los críticos del positivismo no pueden objetar la tesis de la suficiencia de la justificación jurídica, sustentándose sólo en la idea de unidad sistemática de distintos tipos de discursos normativos bajo un conjunto de principios últimos, sino que para demostrar el error del fraccionamiento es necesario demostrar que también es un error admitir que existe una pluralidad de puntos de vista igualmente correctos. Y es que, según la autora, tal pluralidad de puntos de vista, aún cuando cada uno de ellos constituya una articulación unitaria de distintos tipos de discursos normativos, implica la fragmentación de los parámetros de evaluación de los argumentos prácticos en sentido objetivo. Parece pues que lo que sucede es que los presupuestos metaéticos de la tesis de la unidad y de la tesis de la fragmentación son distintos.

Como afirma Redondo, la forma de evitar la fragmentación por ella apuntada sería defendiendo una concepción fuerte de unidad y exigiendo:

- 1 Que el conjunto de principios últimos sea también único y;

⁴⁶⁴ Raz, *postscriptum* a la 2ª ed. de *Razón práctica y normas*, op.cit., pág. 229-231.

2 Que dentro de ese conjunto único no haya pautas que, siendo incompatibles, tengan igual rango o sean incomparables. Es decir, es preciso postular, a nivel metaético, la existencia de una única forma válida de justificación.⁴⁶⁵

Y es esta, precisamente, la tesis metaética de Nino, quien, enraíza su posición acerca de la moral en el proyecto universalista y objetivista kantiano (aunque, a diferencia de éste, los principios se constituirían a partir de los presupuestos del dialogo o discurso moral y no de forma monológica). Tal requerimiento metaético de unidad se opone, tanto al escepticismo respecto a las razones para la acción como a la posibilidad de que haya una pluralidad de propuestas admisibles de razones para la acción. Y, además, una consecuencia inevitable es el compromiso con la existencia de razones independientes de toda construcción teórica (ya que si se admitiera que las razones dependen de una teoría normativa entonces, como concluye Redondo, la pluralidad reaparecería).

Sólo bajo la presuposición de que existe una única concepción normativa correcta, el fraccionamiento justificativo que defiende el positivismo jurídico constituye -según Redondo- un error.⁴⁶⁶ Pero ante esta conclusión, Redondo avanza a un nuevo argumento que, en su opinión, apunta nuevas dificultades. La defensa de un postulado de unidad en sentido fuerte no implica -sostiene la autora- que el conjunto de pautas de justificación correctas ya haya sido identificado. Lo que sucede, en opinión de Redondo, es que esta empresa de identificación de los principios morales o pautas de justificación correctas tropieza con un obstáculo hasta ahora insalvable: Satisfechas determinadas condiciones, cada intento de individualizar los principios morales correctos constituye una teoría moral diferente. Toda teoría moral es la propuesta de un conjunto de pautas (criterios) de corrección de acciones. Y esto hace necesario que, a nivel metaético, se cuente con algún criterio que permita establecer qué teoría moral propone las pautas realmente correctas.

⁴⁶⁵ Redondo, C., *La noción de razón para la acción*, op.cit., pág. 245.

⁴⁶⁶ *Ibidem*.

Sin embargo, sostiene la autora, tenemos que afrontar dos fuentes de dificultades epistémicas:

- 1 La primera dificultad radica en la aplicación del criterio correspondentista de verdad. Preguntarse por la verdad de una teoría normativa, es equivalente a preguntarse cuáles son las razones existentes.

La identificación de semejantes razones, que son el fundamento de verdad de una teoría normativa, no puede depender a su vez de una teoría normativa. Esto conduciría a su vez a un razonamiento circular. Ellas necesitan ser independientes de las teorías, puesto que son las que permiten identificar cuál es la teoría correcta. En opinión de Redondo, tesis como la de Nino que adoptan una postura constructivista sobre la que apoyan la defensa de la unidad del razonamiento práctico son equivocadas. Si las razones objetivas son los datos que permiten verificar o falsar las teorías normativas y demás creencias morales vigentes, entonces, dichas razones no pueden depender ni de las teorías ni de las creencias de los individuos. Y, en su opinión, la idea de unidad objetiva del razonamiento práctico, sumada a una concepción de la verdad como correspondencia, exigiría la aceptación del realismo moral.⁴⁶⁷ Veamos la segunda dificultad apuntada por Redondo y que estaría, por lo demás, vinculada a la primera.

- 2 Dados los inconvenientes que plantea el acceso al conocimiento de las razones morales, pueden sugerirse dos formas de solución: o bien se rechaza la interpretación del criterio de verdad como correspondencia, adoptándose p.ej., una concepción coherentista de la verdad moral; o bien, se estipulan las razones con las que los principios normativos deben corresponderse para considerarse correctos.

⁴⁶⁷ Redondo, C., op.cit., pág. 246.