

Acotaciones sobre el principio de unidad del razonamiento práctico*

Por VICTORIA ITURRALDE SESMA
Universidad del País Vasco (San Sebastián)

RESUMEN

En el marco de las teorías de la argumentación jurídica se ha convertido en un lugar común sostener el principio de unidad del razonamiento práctico o, lo que es lo mismo, que el razonamiento judicial es un razonamiento moral. Esta idea tienen como principales referentes R. Alexy y C. S. Nino. Sin embargo, bajo esa común denominación ambos mantienen posiciones muy diversas. Para Nino el papel de las razones morales en el plano justificatorio se refiere al juicio de deber ser (los jueces debe obedecer el derecho), que precede a toda aplicación del derecho sensu estricto, mientras que en el plano interpretativo-aplicativo las razones institucionales gozan de un lugar privilegiado respecto de las morales. Para Alexy, por el contrario, afirmar que el razonamiento judicial es un razonamiento moral, es tanto como decir que las razones morales prevalecen sobre las autoritativas (lo cual parece incompatible con el carácter institucional del derecho y en última instancia con el Estado democrático). Ello deriva de aspectos claves en su teoría como la idea de discurso práctico, la pretensión de corrección, y la teoría de los principios, entre otros.

Palabras clave: *razonamiento práctico, razonamiento judicial, derecho y moral, R. Alexy, C. S. Nino*

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Modelos de razonamiento, tipos de argumentación y estructuras argumentativas en la decisión judicial» DER2010-19897-CO2-01 (JURI). victoria.iturralde@ehu.es

ABSTRACT

*In the context of theories of legal argumentation holding the principle of unity of practical reasoning, or in other words, to support that judicial reasoning is moral reasoning, has become a common place. The mentioned idea has as main references R. Alexy and C. S. Nino; despite the fact that they use the same nomenclature, both authors hold opposing views. According to Nino, the role of moral reasons at a justificatory level concerns the trial ought-to-be (judges must obey the law), which precedes every day law enforcement *stricto sensu*. At an interpretive-applicational level, however, institutional reasons are privileged compared to moral ones. For Alexy, asserting that judicial reasoning is moral reasoning, means that moral reasons override the authoritative ones (idea which seems to clash with the institutional character of law and with the rule of law). This last stems from key issues in his theory as the idea of practical discourse, the claim to correctness, and the theory of principles.*

Key words: *practical reasoning, unity of practical reasoning judicial reasoning, law and moral, R. Alexy, C. S. Nino*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. R. ALEXY. 1. De la tesis del caso especial a la unidad del discurso práctico. 2. La pretensión de corrección y las razones institucionales.—III. C. S. NINO. 1. Estructura del razonamiento justificatorio: el lugar de las razones morales. 2. Razones justificatorias y principio de unidad del razonamiento práctico.—IV. BALANCE DE AMBAS POSTURAS.

I. PLANTEAMIENTO

En el contexto de las teorías de la argumentación jurídica es un lugar común la tesis de que el razonamiento judicial es un caso especial de razonamiento práctico general. En una primera lectura esta tesis puede considerarse correcta puesto que es cierto que el razonamiento judicial es un razonamiento *práctico*: en la medida en que su finalidad es tomar una decisión (y no meramente conocer algo); y que es un *caso especial* en la medida en que, se diferencia de otros tipos de razonamientos (científico, moral, ...) en que está sometido a determinadas reglas, las normas jurídicas.

Sin embargo, lejos de esto, la afirmación de que el razonamiento judicial es un caso especial de razonamiento práctico general, se entiende como equivalente a razonamiento moral: en esto consiste la

tesis de la «unidad del razonamiento práctico», tesis que es defendida por numerosos iusfilósofos, siendo sus principales referentes R. Alexy y C. S. Nino¹.

Pues bien, a pesar de esta común denominación ambos autores mantienen tesis no sólo diferentes, sino incompatibles sobre el lugar que las razones morales ocupan en el razonamiento judicial. En las páginas que siguen expondré las principales ideas de ambos iusfilósofos en relación con este tema, para finalizar haciendo una valoración sobre cada una de las posturas.

II. R. ALEXY

1. De la tesis del caso especial a la unidad del discurso práctico

Una de las ideas de Alexy es que el discurso jurídico *es un caso especial del discurso práctico general* porque: *a)* la discusión jurídica (al igual que la argumentación práctica general) se refiere a lo que es obligatorio, prohibido o permitido, es decir, a cuestiones *prácticas*; *b)* el discurso jurídico tiene, al igual que el discurso práctico general, una pretensión de corrección y, *c)* la argumentación jurídica es un supuesto de *caso especial*, porque la pretensión de corrección del discurso jurídico es distinta a la del discurso práctico general, «no se refiere a lo que es absolutamente correcto, sino a lo que es correcto en el esquema y con las bases de un orden jurídico válidamente imperante. Lo que es correcto en un sistema jurídico depende esencialmente de lo que está fijado autoritativa e institucionalmente»².

Este inicial punto de partida se desdibuja si vamos un poco más allá. Alexy parte de la «tesis del caso especial» para establecer de qué tipo es la relación entre la de la argumentación jurídica y la argumentación práctica general. Según Alexy, dicha tesis puede significar tres cosas:

a) que el proceso de fundamentación o de reflexión tiene que realizarse según los criterios del discurso práctico general y que la argumentación jurídica solo sirve para la legitimación secundaria del resultado obtenido de esta manera (tesis de la secundariedad);

b) que la argumentación jurídica llega hasta un determinado punto en el que ya no son posibles otros argumentos específicamente jurídicos, y es aquí donde entra la argumentación práctica general (tesis de la adición);

¹ Cfr., ROCA, V., (2005): *Derecho y razonamiento práctico en Carlos S. Nino*, pp. 385-387.

² ALEXY, R., (1999): «La tesis del caso especial», pp. 24-25. En términos similares en (1989): *Teoría de la Argumentación Jurídica*, p. 207 y (1993): *Teoría de los Derechos Fundamentales*, pp. 529-530.

c) que *el uso de argumentos específicamente jurídicos debe unirse en todos los niveles con el de los argumentos prácticos generales (tesis de la integración)*³. Alexy se inclina por esta opción, con la que dice aún no se ha avanzado mucho, pues queda la cuestión de cómo debe lograrse esa conexión en cuanto a la compatibilidad de la solución con el sistema jurídico positivo. Con ese fin Alexy desarrolla su teoría de la argumentación jurídica.

La teoría de Alexy se basa en la teoría habermasiana del discurso, en el que el concepto de *razón práctica* es la idea clave. «Unidad de la razón práctica» significa –dice– que el sistema jurídico de un Estado democrático constitucional es un intento de institucionalizar la razón práctica. Esta justifica la existencia del sistema jurídico como tal y de sus estructuras básicas; por lo que los argumentos prácticos generales tienen que estar inmersos en todas las instituciones. Los argumentos no institucionales que están inmersos en las instituciones pueden ser insertados, integrados y especificados tanto como se quiera, siempre y cuando continúen observando lo que es esencial para este tipo de argumentos: su carácter libre y no institucionalizado⁴. «El discurso práctico general es un discurso en el que las cuestiones prácticas se responden con razones no autoritativas, las cuales comprenden tanto *razones morales, como éticas y pragmáticas*. Esta combinación forma un *vínculo sistemáticamente necesario en el que se manifiesta la unidad substancial de la razón práctica*. La pretensión de corrección se refiere aquí a las tres dimensiones, si bien la prioridad corresponde a las razones morales»⁵.

La formación de un concepto de discurso práctico que abarque los argumentos morales, éticos y pragmáticos es, al mismo tiempo, algo sensato y necesario –dice Alexy–. Sensato, porque una argumentación puramente moral, esto es, una argumentación que solo se ocupe de lo que es «igualmente bueno para todos los seres humanos» no es suficiente para solucionar una cuestión práctica»; y necesario, porque en muchos casos los argumentos éticos y pragmáticos deben ser complementados con argumentos morales para conseguir la respuesta a una cuestión práctica⁶.

Conforme a la idea de unidad de la razón práctica, si el argumento que fundamenta un deber es correcto, lo es en un único sentido. Esta tesis no ignora la existencia de distintos tipos de discursos prácticos,

³ ALEXY, R., (1989): *Teoría de la Argumentación Jurídica*, pp. 38-39; 207 (cursiva mía).

⁴ Esta –dice– no es la única razón a favor de la tesis del caso especial, pero quizá sea la última. R. Alexy (1999): «La tesis del caso especial», p. 34.

⁵ ALEXY, R., (2009), «Los principales elementos de mi filosofía del Derecho», remite a «la tesis del caso especial» p. 29. Cfr. Th. Bustamante (2010): «Principios, reglas y derrotabilidad», p. 238.

⁶ Entiende por dimensión pragmática: la adecuación de medios y fines; y por justicia, lo que es igualmente bueno para todos.

como el jurídico, el político, el moral, etc., pero todos ellos se encuentran *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 relativizarse al ámbito jurídico puesto que ello *significaría admitir* un punto de vista parcial o insular y, con ello, *el fraccionamiento del razonamiento práctico*.

Alexy justifica lo anterior señalando que el deber jurídico de considerar los principios y argumentos morales «se deduce exclusivamente de su *corrección material*». La corrección y nada más que la corrección los remite al derecho. Su fuerza argumentativa tiene exclusivamente *carácter no institucional*. *Esto conduce precisamente a la delimitación entre derecho positivo y la moral*. En relación con esto, hay que tener en cuenta que para Alexy los elementos definitorios del derecho son: (a) la legalidad conforme al derecho, (b) su eficacia social, y (c) la corrección material. «Si la cuestión de si tiene o no importancia la corrección material en un sistema jurídico dependiese exclusivamente de lo que en cada caso haya sido promulgado y sea eficaz, la relación entre derecho y moral sería de hecho determinada de forma exclusiva por el derecho positivo. Pero si el derecho promulgado y eficaz formula necesariamente una pretensión de corrección, y en cuanto tal incluye necesariamente la corrección material y, con ella, la moral, entonces la moral, precisamente en el sentido del mencionado dilema del no positivismo, pertenece al derecho, si bien el derecho al cual pertenece no es el derecho de los positivistas. Este derecho incluye, junto a la legalidad y a la eficacia, también la corrección, y con ella la moral. De este modo la pretensión de corrección *hace saltar por los aires* el concepto positivista de derecho y *lo abre a la moral*»⁷. Aunque a la vez dice que el mero incumplimiento de dicha pretensión de corrección no priva al derecho de su carácter de derecho: «puede haber una cantidad considerable de derecho injusto y a pesar de ello válido. ...Es ante todo la seguridad jurídica la que impide que cualquier injusticia conduzca a una pérdida de la calidad jurídica. El umbral de incompatibilidad entre derecho y justicia «puede ser definido mediante el concepto de la extrema injusticia»⁸ (lo que concuerda esencialmente con la fórmula de Radbruch).

2. La pretensión de corrección y las razones institucionales

Según Alexy el derecho formula una pretensión de corrección o de justicia⁹. Los actos institucionales, como son la sentencia judicial o el acto administrativo, son llevados a cabo sobre la base de normas de competencia. *El núcleo del argumento de la corrección* consiste

⁷ ALEXY, R., (2005): *La institucionalización de la justicia*, p. 50.

⁸ *Ibidem*, pp. 51-52.

⁹ *Ibidem*, p. 31.

—dice— en la tesis de que los actos jurídicos institucionales de este tipo están siempre vinculados con el acto no institucional de *afirmación* de que el acto jurídico es *material y procedimentalmente correcto*. Con esta pretensión —dice— se llega a un tercer elemento, a saber, la *expectativa* de que todos los destinatarios de la pretensión reconozcan el acto jurídico como correcto, si se sitúan desde el punto de vista del respectivo sistema jurídico y son razonables.

La pretensión de corrección consta de tres elementos: (1) la afirmación de la corrección, (2) la garantía de la fundamentabilidad, y (3) la expectativa del reconocimiento de la corrección. Con esta tríada —dice Alexy— aún no se ha dicho nada sobre el contenido de la pretensión de corrección; «es propio de la pretensión de corrección que los criterios sean abiertos; de otro modo —dice— no podría ser formulada a lo largo del derecho. No solo difieren entre sí los criterios de corrección de los distintos sistemas jurídicos, sino que incluso, dentro de un ordenamiento jurídico para la corrección de leyes, sentencias y actos administrativos, los criterios son diferentes»¹⁰.

La pretensión de corrección tiene carácter objetivo: esa pretensión objetiva —dice Alexy— no es un asunto privado, sino que está necesariamente relacionada con el rol de participante en el sistema jurídico, por lo que puede calificarse también como «oficial». «El carácter objetivo u oficial resulta patente en el caso del juez, quien formula la pretensión de corrección como representante del sistema jurídico»; «la pretensión es, ciertamente formulada por personas, pero en nombre del derecho»¹¹. Los destinatarios de la pretensión de corrección son los destinatarios de los respectivos actos jurídicos: así el legislador formula una pretensión de corrección respecto de los destinatarios de la ley, el juez en relación a las partes del proceso, etc. (es decir, los destinatarios institucionales), pero también lo son todos aquellos que se sitúan en el punto de vista de un participante del sistema jurídico respectivo¹².

La pretensión de corrección no existe solo en el derecho, sino también en relación con juicios morales de valor de obligación, y tiene *carácter necesario*. Es necesaria en relación a una práctica definida esencialmente a través de la distinción de lo verdadero o correcto y lo falso o incorrecto. Sin embargo esta práctica es de un tipo especial. «Podemos ciertamente intentar descartar —dice Alexy— las categorías de *verdad, corrección y objetividad*. Pero si lo lográsemos nuestra habla y nuestra aserción serían algo esencialmente distinto de lo que son ahora. El precio no solo sería alto; consistiría en nosotros mismos»¹³.

¹⁰ ALEXY, R., (2005): *La institucionalización de la justicia*, p. 33.

¹¹ *Ibidem*, p. 33.

¹² *Ibidem*, p. 34.

¹³ ALEXY, R., (2005): *La institucionalización de la justicia*, pp. 43-45 (cursivas mías).

Posteriormente se pregunta si la pretensión de corrección formulada en el derecho incluye la pretensión de corrección moral (dice que esto se puede plantear respecto de los tres poderes y que solo va a tratar del poder judicial)¹⁴. La cuestión surge porque en los «casos dudosos» hay que recurrir a criterios no jurídicos. «Entran en juego consideraciones generales de conveniencia, concepciones transmitidas y extendidas sobre lo bueno, y lo malo y consideraciones de justicia; en suma, conveniencia, costumbre y moral. Así las consideraciones de conveniencia y reconocimiento de las tradiciones y las concepciones valorativas de la respectiva comunidad tienen, sin duda, legítima cabida en las sentencias judiciales. Pero si la pretensión de corrección ha de ser satisfecha, debe concederse prioridad y un papel relevante a la cuestión de la correcta distribución y de la correcta compensación. Las cuestiones de la correcta distribución y la correcta compensación son cuestiones de justicia y las cuestiones de justicia son cuestiones morales. *Con ello la pretensión de corrección establece una conexión metodológica o teórico-argumentativa necesaria entre derecho y moral.* La pretensión de corrección jurídica no es en modo alguno idéntica a la pretensión de corrección moral, pero incluye una pretensión de corrección moral¹⁵.

Alexy distingue la pretensión de corrección del *sistema jurídico en su conjunto* y la *de las normas jurídicas y las decisiones individuales*¹⁶. Ambos supuestos son una manifestación de la conexión entre derecho y moral; pero mientras en el primer caso dicha conexión es definitiva, en el segundo es cualificatoria. La conexión *definitoria* define una norma o un sistema como jurídico y una carencia a este respecto priva a las normas o al sistema de su validez jurídica. La conexión *cualificatoria* significa que si una norma o un sistema jurídico es defectuosa por razones conceptuales, no por ello carece de vali-

¹⁴ ALEXY, R., (2005): *La institucionalización de la justicia*, p. 45.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 45-47.

¹⁶ SILTALA, R., (1990): «Derecho, moral y leyes inmorales», p. 163. La idea según la cual un defecto en la conexión definitiva priva al sistema jurídico de su validez jurídica mantiene un estrecho parecido con el pensamiento clásico de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino. Su idea de la conexión cualificatoria entre Derecho y moral parece cercana a la noción de Fuller de la moral de aspiración que afecta a la «perfección de las normas jurídicas» y a ser o no el resultado del «orgullo de su artífice».

«La teoría de la pretensión [de corrección] afirma que las normas jurídicas individuales y las decisiones, así como los sistemas jurídicos en conjunto, tienen necesariamente una pretensión de corrección. Los sistemas jurídicos que no formulan explícita o implícitamente tal pretensión no son sistemas jurídicos. De modo que la teoría de la pretensión es de carácter *definitorio*. Los sistemas que formulan dicha pretensión pero que no la satisfacen son sistemas jurídicamente defectuosos. A este respecto la teoría de la pretensión juega un papel exclusivamente *cualificatorio* en el caso de las normas jurídicas individuales y las decisiones individuales. Son jurídicamente defectuosos si no hacen o no satisfacen la pretensión de corrección», ALEXY, R., (1989) «On Necessary Relations between Law and Morality», p. 29.

dez jurídica. En tal caso la norma o el sistema jurídico son *menos perfectos*¹⁷.

La pretensión de corrección conlleva que el razonamiento práctico debe dejar de lado las razones institucionales. En una primera lectura parece que ello está limitado a los dos siguientes casos: a) en el de las leyes extremadamente injustas o irracionales (porque para Alexy no son derecho), y b) en casos especiales (que Alexy no dice cuáles), en los que cabe la posibilidad de decidir contra el tenor literal de una norma¹⁸.

Pero a estos hay que añadir un tercero: en aquellos casos difíciles en los que el juez debe recurrir a los principios; «aquí no estamos hablando de leyes muy injustas sino de la “vida jurídica cotidiana” –dice Alexy–¹⁹. Todo sistema jurídico mínimamente evolucionado cuenta con principios, que son de naturaleza moral y que reclaman del juez un particular ejercicio de ponderación: allí donde existe ponderación existen principios, y allí donde existen principios se da una presencia de la moral en el derecho²⁰; «tanto la pretensión de corrección, como la ponderación, como los principios, pertenecen de modo necesario al Derecho»²¹. Si relacionamos los principios con la pretensión de corrección se llega a dos consecuencias –dice Alexy–: la primera es que la pretensión de corrección exige que los principios morales que han de ser tomados en consideración por el derecho, sean principios correctos: «es la corrección material de los principios morales, y nada más, lo que los convierte en jurídicamente dignos de consideración». La segunda se refiere a la aplicación de los principios morales, esto es, a su ponderación frente a otros principios morales y frente a principios jurídicos concretos como los que tienen por objeto la seguridad jurídica, el procedimiento y la eficacia del derecho²².

Alexy va incluso más allá y señala que expresamente que los argumentos institucionales «solo gozan de una prevalencia *prima facie*, lo que significa que la argumentación jurídica, aun cuando los argumentos institucionales conduzcan a un resultado determinado, sigue dependiendo de argumentos sustanciales y práctico-generales. Esto se demuestra no solo en el caso dramático de una decisión contra el tenor

¹⁷ ALEXY, R., (1989): «On Necessary Relations between Law and Morality,» p. 178.

¹⁸ ALEXY, R., (1989): *Teoría de la Argumentación Jurídica*, p. 24, nota 7. Pero en otro lugar señala que los dos rasgos que caracterizan la pretensión de corrección del Derecho en todos los contextos son: la primera, que incluye siempre una pretensión de justificabilidad; y la segunda que siempre se refiere [o que se refiere también] a la corrección moral. De esta manera, al dictar una sentencia no solo se afirma que se ha seguido el Derecho promulgado y eficaz, sino también que tanto este derecho como su interpretación son moralmente correctos», ALEXY, R., (2009) «Los principales elementos de mi filosofía del derecho», pp. 71-72.

¹⁹ SASTRE ARIZA, S., (1999): *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, p. 170

²⁰ ALEXY, R., (1994): *El concepto y la validez del derecho*, pp. 73 ss.

²¹ ALEXY, R., (2000): «La institucionalización de la razón», p. 245.

²² *Ibidem*, p. 246.

literal, sino también en la evaluación de una sencilla subsunción como no problemática. Dicha apreciación encierra el juicio de que ningún motivo sustancial importante se expresa contra la decisión. Esta dependencia se aclara en toda su extensión, cuando argumentos institucionales no conducen a ningún resultado o a resultados distintos, o cuando ellos pueden ser complementados por argumentos prácticos generales, como por ejemplo es regularmente el caso de la ponderación de los principios opuestos. Lo anterior indica que la idea del discurso, a pesar de toda institucionalización, puede y debe permanecer viva. *Así se justifica calificar a la argumentación jurídica como caso especial del discurso práctico general*»²³.

III. C. S. NINO

1. Estructura del razonamiento justificatorio: el lugar de las razones morales

La importancia de esta cuestión la destaca el propio Nino cuando dice que uno de los temas centrales de la filosofía del derecho es el de determinar en qué medida el discurso jurídico práctico –o sea del discurso que permite justificar acciones y actitudes– es un discurso independiente y autosuficiente o si es parte –un caso especial, *Besonderesfall*, para usar la expresión de Alexy– del discurso moral general»²⁴.

Para Nino, *el principio de unidad del razonamiento práctico* está involucrado en todo razonamiento. Por lo que al derecho se refiere, escribe que «El discurso interno al derecho es un caso específico del discurso moral más amplio. El discurso moral de la modernidad –dice– tiene un carácter *imperialista* que impide la subsistencia de discursos justificatorios insulares». Este imperialismo del discurso moral implica que «no pueden existir razones jurídicas que puedan justificar acciones y decisiones *con independencia de su derivación de razones morales*»²⁵.

Para entender en qué sentido habla Nino de «unidad del razonamiento práctico» hay que señalar en primer lugar que para Nino el razonamiento justificatorio judicial esta estructurado en dos niveles.

En un *primer nivel* están los principios autónomos de la moralidad social que constituyen las premisas últimas del razonamiento prácti-

²³ ALEXY, R., (2001): *Teoría del discurso y derechos humanos*, p. 59 (cursiva mía).

²⁴ NINO, C. S., (1990): «Sobre los derechos morales», p. 316.

²⁵ «El único espacio libre que queda para que discursos prácticos diferentes la moral generen razones que justifiquen acciones y decisiones es el espacio que ese discurso moral deje libre, sea porque se mueva en una dimensión diferente, o porque defina un área de indiferencia, o porque sea aplicable algún principio defendible en el discurso moral y que permita la justificación propia de algún subdiscurso», NINO, C. S., (1989): *Derecho, Moral y Política*, pp. 80-81.

co. En este nivel se trata de determinar en qué medida la práctica constitucional o jurídica se acerca o se aleja a su modelo ideal para la consecución de los fines de justicia y organización. En otras palabras este nivel se refiere a la legitimidad del derecho; y Nino sostiene que las normas jurídicas de origen democrático son argumentos a favor de la existencia de razones para actuar conforme al contenido de la norma.

La justificación jurídica, o sea, la justificación que recurre a una norma jurídica que se supone válida *debe depender en última instancia* de: (a) normas que sean (b) categóricamente aceptadas, (c) por su contenido, y que (d) pretendan tener en cuenta imparcialmente los intereses de todos los afectados. Es decir: normas morales²⁶. Los principios morales son excluyentemente justificatorios en su campo de aplicación y, solo los derechos establecidos directa o indirectamente por tales principios pueden servir como razones para actuar.

Si la valoración de este primer nivel es positiva, se puede pasar a un *segundo nivel* en el que se desarrolla un razonamiento acotado por la necesidad de respetar el resultado del razonamiento del primer nivel, de tal forma que en este nivel quedan excluidas las razones incompatibles con la preservación del derecho positivo. En tales casos –dice Nino– puede que tengamos que descalificar un principio válido desde el punto de vista moral, es decir, *podiera darse que razones autoritativas hubieran de tener preferencia sobre razones sustantivas*. Si en el primer nivel hemos concluido que el ordenamiento es legítimo, entonces en la segunda etapa del razonamiento la acción o decisión que se tome debe justificarse tanto a la luz de la preservación de la práctica como en virtud del hecho de mejorarla acercándola a los principios de justicia.

Las normas jurídicas provenientes de un *Estado democrático* constituyen para Nino *razones para la acción* en la medida en que en su vertiente valorativa están especificando o ejemplificando principios morales. «Si el juicio del primer nivel del razonamiento acerca de la legitimidad de la institución en su conjunto es positivo –dice Nino–, en tal caso esa legitimidad moral se proyectará (aunque sea una legitimidad más débil) sobre la norma jurídica que carece de valor epistémico y esta operará como un razón auxiliar que, combinada con el razonamiento moral, constituirá, en cuanto juicio de adhesión normativa, una razón completa para la acción»²⁷.

Las normas jurídicas solo pueden verse como razones autónomas para la acción si se las concibe como juicios «*de adhesión normativa*», esto es, juicios valorativos que se infieren de principios morales

²⁶ NINO, C. S., (1993): «Respuesta a J. J. Moreso, P. E. Navarro y M. C. Redondo», p. 262.

²⁷ Cfr., ROCA, V., (2005): *Derecho y razonamiento práctico en C. S. Nino*, pp. 452, 485-486.

que prescriben obedecer el orden jurídico y de proposiciones descriptivas de ese orden²⁸.

2. Razones justificatorias y principio de unidad del razonamiento práctico

Solo en este contexto puede interpretarse correctamente la idea de que la razón (operativa) justificatoria es una razón moral. Si el propósito –dice Nino– es esclarecer el concepto de razones (operativas) justificatorias, el concepto que nos interesa es el de «la inferencia lógica que permite evaluar, fundamentar o guiar una acción»²⁹. Las razones justificatorias –dice– sirven para justificar una acción desde distintos puntos de vista: «como el punto de vista moral, prudencial, y tal vez el jurídico»³⁰.

Las razones justificatorias deben ser razones completas: una razón completa está constituida por el conjunto de premisas no superfluas de un razonamiento práctico válido. Junto a esta, están las razones operativas y las razones auxiliares: una razón operativa consiste en la premisa de deber ser, que en sí misma podría constituir una razón completa para alguna acción; una razón auxiliar consiste en un juicio fáctico que indica un medio para satisfacer una razón operativa³¹.

De otro lado, las razones operativas deben tener las siguientes propiedades³²:

(a) autonomía: las razones no deben depender de la circunstancia de que alguien las haya formulado o aceptado. Ello significa la independencia del razonamiento de cada individuo respecto del razonamiento de terceros.

(b) generalidad: las razones no pueden identificar situaciones a través de nombres propios o descripciones definidas; sino a través de propiedades genéricas.

²⁸ NINO, C. S., (1989): *Ética y derechos humanos*, p. 23.

Las normas jurídicas que establecen derechos –por ejemplo, «el juicio de “el propietario tiene derecho de recobrar el inmueble a quien no ha pagado dos meses de alquiler”, solo tienen un carácter justificatorio de acciones o decisiones si constituyen una especie de juicios morales puesto que derivan (1) de un juicio moral que legitima a una cierta autoridad y (2) de un juicio que describe la prescripción de esa autoridad. Si convenimos en que los derechos que están establecidos por normas morales son derechos morales, de aquí se sigue que solo los derechos morales permiten justificar acciones y decisiones». NINO, C. S., (1990): «Sobre los derechos morales», p. 321.

²⁹ NINO, C. S., (1985): *La validez del derecho*, p. 130. Dentro del concepto de «razón justificatoria» distingue tres conceptos: a) el proceso psicológico que concluye causalmente en la formación de una intención, b) la inferencia lógica que permite explicar o predecir una acción a partir de leyes y proposiciones fácticas, y c) la inferencia lógica que permite evaluar, fundamentar o guiar una acción.

³⁰ Cfr., NINO, C. S., (1989): *El constructivismo ético*, p. 23.

³¹ NINO, C. S., (1985): *La validez del derecho*, p. 131.

³² *Ibidem*, pp. 132-133.

(c) superveniencia: la propiedad que puede justificar la discriminación entre dos razones a los fines de una razón operativa no solo debe ser genérica sino que también debe ser fáctica en el sentido de no estar identificada meramente por la aplicabilidad de esta u otra razón operativa; y

(d) carácter integrador: las razones, aunque pueden ser de muy diferente índole, son comparables entre sí y, en principio jerarquizables, siendo las *razones operativas de mayor jerarquía razones morales*; «*este es –dice Nino– el principio de la unidad del razonamiento práctico*».

IV. BALANCE DE AMBAS POSTURAS

1. Son dos los aspectos que interesa destacar en la tesis de Nino. En primer lugar, que el razonamiento judicial justificatorio es un razonamiento práctico que está estructurado en dos niveles. En el primero se encuentran *razones morales*: se trata de principios morales que se refieren a los derechos humanos (en tanto que derechos morales) y a la organización justa de una comunidad, que se concreta en un régimen democrático. Uno de los principios morales es el que establece el deber de obedecer a las autoridades legítimas (entre ellas está el deber de los jueces de aplicar el derecho). En el segundo, figuran enunciados «descriptivos» de las normas que conforman un ordenamiento; se trata de *razones autoritativas*. Cuando Nino se refiere al principio de unidad del razonamiento práctico, se está refiriendo al primer nivel de razonamiento. Es por esto que para Nino el razonamiento judicial no es completamente autónomo, sino parte de un discurso moral más amplio³³.

Creo que no se puede estar en desacuerdo con esto. La frecuente omisión de esta premisa del razonamiento práctico en los análisis del razonamiento judicial es explicable si se entiende que el juez actúa como participante, o lo que es lo mismo que al aplicar el derecho realiza un «juicio de adhesión normativa» (Nino) o un «enunciado comprometido» (Raz) o que considera el derecho desde el «punto de vista interno»: una norma considerada desde el punto de vista «interno» forma parte de las razones de quien acepta la norma, a diferencia de lo que sucede con una norma considerada desde el punto de vista externo, que solo puede transformarse en una razón para la acción si es el resultado de un cálculo independiente de los intereses en conflicto ofrece un saldo positivo que indique que hay que obedecer la norma.

El derecho de un Estado democrático (que es el que hay que tener en cuenta en el análisis de Nino) exige que, especialmente aquellos

³³ ROCA, V., hace un excelente reconstrucción del razonamiento justificatorio de Nino en (2005): *Derecho y razonamiento práctico en Carlos S. Nino*, pp. 459-461.

que toman decisiones como parte de esa maquinaria institucional, acepten –apliquen autoritativamente– las decisiones democráticas aunque estas no coincidan con su propio juicio. Y ello, porque respetando ese principio ampliamos las posibilidades de que, en muchos casos, se tomen decisiones correctas. Las exigencias derivadas del carácter institucional del Derecho pueden entrar en tensión con determinados principios sustantivos derrotándolos, pero el elemento relevante en esta reconstrucción es que las razones últimas que fundamentan *la derrota de determinados principios sustantivos* frente a ciertos principios institucionales *son*, precisamente, *razones sustantivas*. Según Nino las restricciones que se derivan de la dimensión institucional del derecho, son 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 arrojado por el discurso moral* (lo que lleva a la autorrestricción del poder judicial en favor del legislativo)³⁴.

El segundo aspecto a destacar es que para Nino que la obediencia de los jueces al derecho debe ser *por razones morales*. Estoy de acuerdo con Nino si situamos esta afirmación en el plano del deber ser; puesto que en el plano de los hechos puede que no sea así, por dos razones. De un lado, porque como señala Baier³⁵, la moralidad no comienza hasta tanto no nos cuestionamos acerca de la racionalidad y conveniencia de las normas a adoptar. De otro, porque cuestionándonoslas, las razones pueden ser de tipo prudencial («porque quiero ascender en la carrera judicial», «porque no quiero que me revoquen las sentencias», ...).

2. A diferencia de Nino, Alexy fundamenta la «unidad del discurso práctico» en dos ideas cardinales. De un lado, en la *pretensión de corrección (de justicia)* que deben tener las *premisas de derecho* del razonamiento judicial y que es inherente a todo «participante» en el sistema jurídico (tanto al legislador, como al juez, como a todo el que se sitúe como participante). De otro, en el papel que los *principios* tienen en el razonamiento judicial, que hace que las premisas de dicho razonamiento deban ser *justas*³⁶.

No es este el lugar para hacer un análisis de la obra del filósofo alemán (a la que por otra parte se han dedicado ingente número de páginas), pero en relación al tema que nos ocupa, dos son los principales problemas que presenta.

En primer lugar, la teoría de la unidad del razonamiento práctico de Alexy es incompatible con la dimensión institucional del derecho, puesto que para él los argumentos institucionales «solo gozan de una prevalencia *prima facie*», esto es, que «aun cuando los argumentos institucio-

³⁴ ROCA, V., (2005): *Derecho y razonamiento práctico en Carlos S. Nino*, p. 456.

³⁵ BAIER, K., (1974): *The Moral Point of View*, p. 174.

³⁶ Cfr. VIGO, R. (2003): «Balance de la teoría jurídica discursiva de Alexy», pp. 209-210.

nales conduzcan a un resultado determinado, la argumentación jurídica sigue dependiendo de argumentos sustanciales y práctico-generales»³⁷.

Frente a esto hay que decir que la dimensión institucional del derecho implica, entre otras cosas, que las normas emanadas por una autoridad legítima, constituyen una restricción *a priori* a la discusión acerca del contenido de las normas³⁸. En palabras de Raz, las razones justificativas de una decisión judicial son «*independientes del contenido*». Cuando se ha prometido Φ , o cuando una autoridad ha ordenado Φ , tendríamos una razón Φ , esto es, una razón para actuar que no descansa en el valor intrínseco de la clase de acción que sea Φ y que se ha generado exclusivamente en virtud de haberse ejecutado ciertos actos ilocucionarios (en el marco de determinadas prácticas o instituciones sociales) a los que se supone capaces de alterar la situación desde el punto de vista práctico³⁹.

Para ser más precisos sobre esta noción, es obligado recurrir a las precisiones realizadas por Bayón. De un lado, en el sentido de que las razones independientes del contenido no pueden ser genuinas razones operativas, sino en todo caso razones auxiliares, es decir, ingredientes de razonamientos prácticos necesariamente más complejos. De otro, puesto que no existe una descripción «natural» de una acción y que todo acto individual es susceptible de diversas descripciones, es decir, como caso de múltiples actos genéricos, lo que digamos acerca de su contenido de una acción es relativo a una determinada descripción de la misma. Por lo tanto el calificar una razón como dependiente o independiente del contenido puede ser una cuestión de punto de vista. En definitiva, puede acogerse el concepto de Raz si lo reinterpretamos como sigue: Quien entiende que es valioso (i.e., que hay una razón para) Φ – siendo Φ una acción o un estado de cosas– y constata que *dadas ciertas circunstancias contingentes* hacer Φ es una forma de hacer o producir Φ , ha de concluir que, dadas las circunstancias, es valioso (i.e., hay una razón para) Φ . En un supuesto así, la existencia de ciertas circunstancias contingentes, como *razón auxiliar*, determina la aplicabilidad, a un acto individual de la razón operativa que, se den o no dichas circunstancias, se considera que existe para Φ ⁴⁰.

De otro lado, el concepto de razón «independiente del contenido» no excluye la presencia de razones morales, o más en general, valorativas, pues el juez tiene que dotar de contenido a los enunciados jurídicos en relación con al caso individual. Pero esto no significa convertir la argumentación judicial en una argumentación puramente moral.

³⁷ ALEXY, R., (2001): «Teoría del discurso y derechos humanos», pp. 58-59.

³⁸ LAPORTA, F., (1993): *Entre el derecho y la moral*, p. 120. Cfr. M. Atienza-J. Ruiz Manero (2001): «La dimensión institucional de Derecho y la justificación jurídica», p. 129.

³⁹ RAZ, J., (1986): *The Morality of Freedom*, p. 36. Vid., también H.L.A. Hart, *Essays on Bentham*, pp. 243, 245.

⁴⁰ BAYÓN, J. C., (1991): «Razones y reglas. Sobre el concepto de “razón excluyente” de Joseph. Raz», p. 55.

Como dice Atria, el problema [está refiriéndose al positivismo ético] es cómo integrar los argumentos morales en estos casos. La solución al ciclo [de la adjudicación] dice se encontrará en una forma de positivismo ético que permita una forma de argumentación jurídica abierta a consideraciones morales (al por menor) de modo que permita identificar los casos recalcitrantes, una que permita al juez ver y hacerse cargo en sus propios términos del caso particular al que se enfrenta, pero que no implique por eso la disolución del razonamiento jurídico en razonamiento moral»⁴¹.

En segundo término, el principio de unidad del razonamiento práctico de Alexy conduce a un déficit de legitimidad democrática, porque en su teoría la existencia de una decisión del legislador acerca de lo que debe hacerse en un caso concreto pasa a ser considerada como irrelevante (situación denominada por Nino paradoja de la «irrelevancia moral del gobierno»⁴²), puesto que –según Alexy– el juez dispone de un procedimiento capaz de justificar los principios. Esto implica que puede dejar de considerar las decisiones democráticas de la mayoría porque ellas son «moralmente superfluas»: «así como el agente moral podría determinar su acción con independencia de lo que prescriba el orden jurídico, el principialista podría determinar su acción directamente de la ponderación de principios constitucionales, con independencia de lo que prescriba el legislador infraconstitucional».⁴³ La teoría de las normas de Alexy constituye «un sofisticado artilugio para fundamentar la penetración de la moral en el sistema jurídico y el condicionamiento de la validez o aplicabilidad de la normas jurídicas por su compatibilidad con las normas morales, o con ciertas de ellas»⁴⁴.

Como pone de relieve Waldrom, «la dignidad de la legislación, el fundamento de la autoridad, y su pretensión de ser respetada por nosotros, tienen que ver con el tipo de *logro* que es. Nuestro respeto por la legislación es en parte el tributo que debemos pagar al logro de obtener acción colectiva concertada, cooperativa y coordinada en las circunstancias de la vida moderna»⁴⁵.

⁴¹ ATRIA, F., (2004): «La ironía del positivismo jurídico», pp. 112, 118. Dichas razones –dice Atria– no pueden ser jurídicamente controladas si el positivismo jurídico contemporáneo es correcto como una teoría del derecho porque (por definición) cualquier teoría que sostenga que el derecho es reducible a alguna clase especial de convención debe necesariamente concluir que cuando la convención es incierta o inexistente no hay convención y por consiguiente, hemos encontrado los «límites del derecho», p. 124.

⁴² NINO, C. S., (1989): *El constructivismo ético*, pp. 113 ss.

⁴³ BUSTAMANTE, Th., (2010): «Principios, reglas y derrotabilidad», p. 239.

⁴⁴ GARCÍA AMADO, J. A., (2010): «Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico», p. 336.

⁴⁵ WALDROM, J. (1999): *Law as Disagreement*, p. 101. Waldrom llama la atención sobre el considerable esfuerzo desplegado por Rawls (*Political Liberalism*), a través de la idea de los *burdens of judgments*, para explicar el hecho de que los desacuerdos no tiendan a desaparecer por vía de la deliberación. ¿Por qué nuestro intento consciente de deliberar con otros no lleva a un acuerdo razonable?

BIBLIOGRAFÍA:

- AARNIO, A. (1991): *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ALEXY, R. (1988): «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa*, 5, pp. 139-151.
- (1989) «On Necessary Relations between Law and Morality», *Ratio Iuris*, 2 (2), pp. 167-183.
- (1989): *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1993): *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México.
- (1994): *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa. Barcelona.
- (1999): «La tesis del caso especial», *Isegoria*, 21, pp. 23-35.
- (2000) «La institucionalización de la razón», *Persona y Derecho*, 43, pp. 217-246.
- (2001): *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- (2003): «Justicia como corrección», *Doxa*, 26, pp. 161-171.
- (2005): *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada.
- (2009) «Los principales elementos de mi filosofía del derecho», *Doxa*, n.º 32, pp. 71-72.
- ATIENZA, M. (1991): *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ATIENZA, M.-RUIZ MANERO, J. (2001): «La dimensión institucional de Derecho y la justificación jurídica», *Doxa*, 24, pp. 115-130.
- ATRIA, F. (2004): «La ironía del positivismo jurídico», *Doxa*, 81-139.
- BAIER, K. (1974): *The Moral Point of View*, Cornell University Press, Ithaca.
- BAYÓN, J. C. (1991): *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1991): «Razones y reglas. Sobre el concepto de “razón excluyente” de Joseph Raz», *Doxa*, 10, pp. 25-66.
- BETEGÓN, J. (1998): «Sobre la pretendida pretensión de corrección», *Doxa*, 21 (1), pp. 355-412.
- BULYGIN, E. (2000): «Alexy's Thesis on Necessary Connection between Law and Morality», *Ratio Iuris*, 13 (2), pp. 133-137.
- «¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?», R. Vázquez (comp.) *Derecho y moral: ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, pp. 214-223.
- BUSTAMANTE, Th. (2010): «Principios, reglas y derrotabilidad. El problema de las decisiones *contra legem*», P. Bonorino (ed.) *Teoría del derecho y derrotabilidad*, Bubok, España, pp. 205-284.
- CABRA Apalategui, J.M. (2000): «Racionalidad y argumentación jurídica», *Derechos y Libertades*, 5, pp. 151-188.
- CARACCILO, R. (1994): «L'argomento della credenza morale», *Analisi e diritto*, pp. 97-110.
- COMANDUCCI, P. (1996): «Sobre las reglas como razones excluyentes. Un comentario al trabajo de Juan Carlos Bayón», *Doxa*, 19, pp. 163-168.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2003): «La teoría de la argumentación: logros y carencias» *Ensayos de Filosofía Jurídica*, Themis, Bogotá, pp. 44-66.
- (2010): «Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas», P. Bonorino (ed.) *Teoría del derecho y decisión judicial*, Bubok, España, pp. 179-204.

- (2010): «Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico. Un análisis (parcial) de la Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy», P. Bonorino (ed.) *Teoría del derecho y decisión judicial*, Bubok, España, pp. 285-343.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (1998): *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- (1999): «La tesis del caso especial y el positivismo jurídico», *Doxa*, 22, pp. 195-220.
- GARZÓN VALDÉS., E. (1990): «Algo más acerca de la relación entre derecho y moral», *Doxa*, 8, pp. 111-130.
- HAGE, J. C.-PECZENIK, A. (2000): «Law, Morals and Defeasibility», *Ratio Juris*, pp. 306-313.
- HART, H. L. A. (1961): *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- (1982): *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, Oxford.
- ITURRALDE, V. (2003): *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo blanch, Valencia.
- KAUFMAN, A. (1994): «Entorno al conocimiento científico del derecho», *Persona y Derecho*, 31, pp. 9-28.
- LAPORTA, F. (1990): «Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía iusnaturalista», *Doxa*, 8, pp. 131-147.
- (1993): *Entre el derecho y la moral*, Fontamara, México.
- MACCORMICK, N. (1978): *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford.
- NINO, C. S. (1985): *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires.
- (1989): *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1989): *Derecho, Moral y Política*, Ariel, Barcelona.
- (1989): *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona.
- (1990): «Sobre los derechos morales», *Doxa*, 7, pp. 311-325.
- (1993): «Respuesta a J.J. Moreso; P.E., Navarro y M.C. Redondo», *Doxa*, 10, pp. 261-264.
- (1993): «Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico», *Ragion Pratica*, 1993, pp. 32-37.
- PÁRAMO, J. R. de (1988): «Razonamiento jurídico e interpretación constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22-24, pp. 89-119.
- PECZENIK, A. (1988): «Legal Reasoning as a Special Case of Judicial Reasoning», *Ratio Juris* (1988), 1 (2), pp. 123-136.
- (1988): «Dimensiones morales del derecho», *Doxa*, 8, pp. 89-109.
- POZZOLO, S. (1998): «Neconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional», *Doxa*, 21 (I), pp. 339-353.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1999): *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México.
- (2003): *Derechos fundamentales, constitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Perú.
- RAZ, J. (1986): «Introducción», J. Raz (ed.) *Razonamiento práctico*, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 7-39.
- (1986): *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford.
- (1991): *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

- (1993): «On the Autonomy of Legal Reasoning», *Ratio Iuris*, 6 (1), pp. 1-15.
- REDONDO (1996): *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1998): «El carácter práctico de los deberes jurídicos», *Doxa*, 21 (II), pp. 355-370.
- (1999): «Sulla rilevanza pratica del diritto», *Ragion pratica*, 13, pp. 203-218.
- Richards, D. A. J. (1971): *A Theory of Reasons for Actions*, Oxford University Press, Oxford.
- ROCA, V. (2005): *Derecho y razonamiento práctico en Carlos S. Nino*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- RUIZ MANERO, J. (1990), *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- SASTRE ARIZA, S. (1999): *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, MacGraw-Hill, Madrid.
- SILTALA, R. (1990): «Derecho, moral y leyes inmorales», *Doxa*, 8, pp. 149-170.
- SOPER, P. (1993): *Una teoría del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- VIGO, R. (2003): «Balance de la teoría jurídica discursiva de R. Alexy», *Doxa*, 26, pp. 203-224.
- WALDROM, J. (1999): *Law as Disagreement*, Clarendon Press, Oxford.
- WRIGHT, G. H. v. (1986): «De la llamada inferencia práctica», J. Raz (comp.) *Razonamiento práctico*, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 91-120.

Fecha de recepción: 30/06/2011. Fecha de aceptación: 8/11/2011.