

LA PARADOJA DE LA SUPERFLUIDAD DEL DERECHO Y EL VALOR EPISTÉMICO DE LA DEMOCRACIA

EZEQUIEL MONTI

Universidad de Buenos Aires

Resumen

En este trabajo, analizo críticamente la tesis de Nino según la cual el valor epistémico de la democracia soluciona la paradoja de la superfluidad del derecho. En este sentido, examino dos cuestiones. Primero, si el valor epistémico de la democracia es una razón para creer que tenemos razones para actuar de conformidad con las leyes democráticas. Segundo, si el valor epistémico de la democracia es una razón para actuar de conformidad con las leyes democráticas independientemente de los méritos del caso y, en su caso, si ello explica adecuadamente la normatividad del derecho.

PALABRAS CLAVE: Carlos S. Nino; Paradoja de la superfluidad del derecho; Normatividad del derecho; Teoría epistémica de la democracia; Autoridad; Obligación política.

Abstract

In this paper I critically analyse Nino's thesis according to which the epistemic value of democracy solves the paradox of the superfluosity of law. In this regard, I address two issues. First, if the epistemic value of democracy is a reason to believe that we have reasons to act in conformity with democratic laws. Second, if the epistemic value of democracy is a reason to act in conformity with democratic laws independently of the merits of the case and, in that case, if that can adequately explain the normativity of law.

KEY WORDS: Carlos S. Nino; Paradox of the Superfluosity of Law; Normativity of Law; Epistemic Theory of Democracy; Authority; Political Obligation.

1. Introducción

Mi intención en este trabajo es evaluar críticamente la tesis de Nino según la cual el valor epistémico de las decisiones democráticas “soluciona” la paradoja de la superfluidad del derecho para el razonamiento práctico. En este sentido, rechazaré la idea de que las virtudes epistémicas de la autoridad constituyen la clave para reconstruir la normatividad del derecho.

Procederé del siguiente modo. En primer lugar, reconstruiré la paradoja en términos precisos.

En segundo lugar, examinaré brevemente las posibles alternativas

de solución. Así, distinguiré entre estrategias escépticas, compatibilistas (epistémicas y prácticas), revisionistas y constitutivistas.

En tercer lugar, reconstruiré la solución de Nino. Este sigue dos estrategias. La primera es compatibilista y apela a la idea de racionalidad del segundo mejor. La segunda apela al valor epistémico de las decisiones democráticas. Es esta la que me interesa analizar. En este sentido, explicitaré dos interpretaciones de esta tesis entre las que Nino oscila.

Por último, criticaré la tesis de Nino en sus dos interpretaciones. Mis argumentos respetarán la idea central de Nino de que el procedimiento democrático tiene virtudes epistémicas en cuestiones morales. Me centraré en dos cuestiones. Primero, examinaré si el valor epistémico de la democracia provee *razones para creer* en los juicios morales democráticos y en los problemas que, en su caso, ello generaría para una teoría de la democracia. Segundo, analizaré si el valor epistémico de la democracia provee *razones para actuar* de conformidad con las leyes democráticas y si son del tipo requerido para explicar la normatividad del derecho adecuadamente.

2. La paradoja de la superfluidad del derecho y las alternativas de solución

El teorema fundamental de la teoría del derecho de Nino es que “las normas jurídicas no constituyen por sí mismas razones operativas para justificar acciones y decisiones, como las de los jueces, a menos que sean concebidas como derivando de juicios morales”¹.

Ahora bien, si las normas jurídicas no constituyen razones operativas para actuar, ¿qué rol desempeñan en nuestro razonamiento práctico?

El problema aquí es que “si para que una norma jurídica justifique una acción o una decisión debe demostrarse que deriva de principios morales válidos, ¿por qué no buscar la justificación de esa acción o decisión directamente en esos principios morales?”²

En este sentido, si suponemos que las normas jurídicas no constituyen razones operativas para actuar, enfrentamos el siguiente dilema:

(1) La acción requerida por el derecho o bien coincide con la acción que requiere la moral o no coincide.

¹ Nino (2007, p. 144). Véase también Nino (1985) y (1989).

² Nino (2007, p. 150).

(2) Si coincide, entonces las normas jurídicas son redundantes. En consecuencia, el derecho es prácticamente irrelevante.

(3) Si no coincide, entonces no tenemos razones para realizarla. En consecuencia, el derecho es prácticamente irrelevante.

(4) Por lo tanto, el derecho es prácticamente irrelevante.

Esto es lo que Nino denomina la “paradoja de la superfluidad del derecho”. La paradoja es que, a pesar de las apariencias, el derecho carecería de relevancia práctica.

Hay diversas actitudes que uno puede adoptar frente a esta paradoja³. La primera, no muy atractiva, es aceptar la conclusión de que las reglas jurídicas no tienen un lugar legítimo en la teoría de la justificación de acciones y decisiones. Aquí se trata al dilema como una reducción al absurdo válida y se acepta que el seguimiento de reglas es, bien redundante, bien irracional. Esta solución *escéptica* es, creo, una solución poco atractiva si uno quiere hacer inteligible la práctica jurídica.

La segunda alternativa es rechazar el primer cuerno del dilema, esto es, la tesis de que si el derecho coincide con la moral entonces es redundante. En este sentido, se pueden seguir dos estrategias.

La primera estrategia es argumentar que hay razones para actuar como las reglas jurídicas prescriben por una serie de consideraciones prácticas, entre ellas, por ejemplo, la posibilidad de coordinar nuestras acciones con otros y de ahorrar costos de deliberación.

La segunda estrategia es argumentar que las reglas jurídicas proporcionan evidencia acerca de razones morales para la acción que los individuos tienen independientemente del derecho.

Ambas estrategias son *compatibilistas* en el sentido de que intentan preservar dos intuiciones fundamentales, a saber, (i) que en cada instancia de decisión solo es racional seguir la regla si esa decisión está justificada según el balance de las razones subyacentes que se aplican al caso y (ii) que las reglas tienen un lugar legítimo en la justificación de acciones y decisiones.

La tercera alternativa es rechazar el segundo cuerno del dilema, esto es, la tesis de que si el derecho no coincide con la moral, entonces no hay razones para seguirlo. Según esta alternativa el seguimiento de reglas tiene un lugar legítimo en el razonamiento práctico; sin embargo, para dar cuenta de ello es necesario abandonar la intuición (i). En la medida en que requieren revisar el modelo estándar del razonamiento práctico,

³ Véase, en este sentido, McClennen (2004).

McCleennen llama a estas estrategias *revisionistas*⁴. Raz es revisionista en este sentido. Para Raz las reglas constituyen razones de segundo orden para no actuar sobre la base de ciertas razones de primer orden (razones excluyentes). Es posible, entonces, que el balance de razones de primer orden recomiende una acción pero que existan razones excluyentes que requieran que el agente ignore esa indicación y siga la regla⁵.

Una última alternativa sería rechazar el presupuesto de que las reglas jurídicas no constituyen razones operativas para actuar. Uno podría pensar, por ejemplo, en un modelo jerárquico de justificación del tipo rawlsiano que distingue entre la justificación de las reglas y la justificación de una decisión en el marco de una práctica institucional regida por reglas⁶. En este modelo, las reglas introducen razones para actuar que son relativamente independientes de las (restantes) razones de los individuos y de las razones que justifican las reglas⁷. Dado que esta alternativa implica aceptar que las reglas constituyen razones independientes para actuar, llamaré *constitutivistas* a las teorías que sigan esta vía⁸.

3. La solución de Nino: racionalidad del segundo mejor y valor epistémico de la democracia

Nino sigue dos estrategias frente a la paradoja de la superfluidez del derecho. La primera es compatibilista (en su versión práctica) y apela a la idea de racionalidad del segundo mejor. La idea es que, aunque el derecho no coincida con lo que la moral requiere idealmente, obedecerlo puede ser la mejor alternativa moral dadas las circunstancias. No me detendré aquí en esta estrategia.

⁴ McClennen (2004, p. 225).

⁵ Véase Raz (1979), (1985) y (2002).

⁶ Rawls (1955).

⁷ Así, por ejemplo, Rawls observa que “las reglas de una práctica no son guía para ayudarlo a uno a decidir casos particulares de modo correcto según un principio moral de orden superior” (1955, pp. 26-27). Esto implica rechazar la concepción de la autoridad como servicio que defiende Raz y adoptar un enfoque *holista* del seguimiento de reglas (véase la siguiente nota para una explicitación de las diferencias entre Raz y Rawls).

⁸ McCleennen clasifica al enfoque rawlsiano como revisionista. En un sentido relevante, el modelo de Rawls es una revisión del modelo estándar del razonamiento práctico. Sin embargo, opté por una clasificación distinta porque Rawls y Raz revisan el modelo estándar de formas relevantemente distintas. Raz rechaza la idea de que siempre debe actuarse según el balance de razones subyacentes. Rawls, en cambio, rechaza la idea de que las reglas no constituyen razones operativas para la acción (esto es, el presupuesto que conduce al dilema en primer lugar).

La segunda apela al valor epistémico de las decisiones democráticas. Es esta la que me interesa analizar. Nino oscila, empero, entre dos interpretaciones de esta tesis.

Según la primera, el derecho democrático es prácticamente relevante porque proporciona razones para creer que tenemos razones para actuar⁹. Se trata, pues, de una estrategia *compatibilista epistémica*.

Según la segunda, el derecho democrático es prácticamente relevante porque, aun cuando no creamos que tengamos razones de primer orden para actuar como el derecho prescribe, el hecho de que el procedimiento democrático tenga una propensión a dar respuestas moralmente correctas mayor a la nuestra justifica que lo obedezcamos a fin de maximizar nuestra conformidad con nuestras obligaciones morales¹⁰. Esta es una *estrategia revisionista de tipo raziano*. El argumento, brevemente, es que la autoridad democrática satisface la condición de justificación establecida por la tesis de la justificación normal, según la cual:

Tesis de la justificación normal [TJN]: la manera normal y primaria de establecer que debe reconocerse la autoridad de una persona sobre otra implica la demostración de que el supuesto gobernado probablemente cumplirá mejor con las razones que se le aplican si acepta órdenes de la supuesta autoridad normativas como obligatorias y autoritativas, e intenta cumplirlas, que si intentara seguir las razones que se le aplican en forma directa.¹¹

4. Crítica a la interpretación compatibilista-epistémica del argumento basado en el valor epistémico de la democracia

La tesis de Nino interpretada como una tesis compatibilista-epistémica puede ser criticada, creo, por dos tipos de razones.

⁹ Así, por ejemplo, Nino afirma que “las leyes sancionadas democráticamente no constituyen razones sustantivas sino epistémicas [...] el sentido de las leyes sancionadas democráticamente [...] reside en que ellas proveen de razones para *creer* que existen razones para actuar o decidir” (Nino 1997, p. 187).

¹⁰ Así, por ejemplo, Nino afirma que “el valor epistémico general de la democracia provee una razón para obedecer la decisión democrática aun en aquellos casos en donde nuestra reflexión individual nos dice con certeza que la decisión es equivocada. Si ignoramos [...] la decisión mayoritaria cada vez que nuestra reflexión en forma aislada nos dice que ella está equivocada [...] esto claramente contradiría nuestra conclusión de que el procedimiento democrático [...] es generalmente más confiable epistémicamente que el proceso de reflexión aislada de cualquier individuo” (Nino 1997, p. 181).

¹¹ Raz (1985, p. 53).

4.1. La crítica epistémica

El primer tipo de razones son de carácter *epistémico*. En este sentido, creo que, aun aceptando la teoría de la democracia de Nino, no está claro por qué el hecho de que la decisión haya sido adoptada democráticamente es una razón para creer que es correcta.

El argumento de Nino puede reconstruirse del siguiente modo.

(1) La probabilidad de que el procedimiento democrático concluya en un juicio moral verdadero es mayor a la probabilidad de que el procedimiento individual de formación de creencias concluya en un juicio moral verdadero.

(2) En virtud de (1), la probabilidad de que el juicio democrático sea verdadero es mayor a la probabilidad de que mi juicio individual sea verdadero.

(3) Si dos juicios son incompatibles, es racional creer en el juicio que es más probable que sea verdadero.

(4) Por lo tanto, es racional creer en el juicio democrático.

Este argumento es falaz porque (2) no se sigue de (1). El argumento, en efecto, ignora lo que resulta problemático en estos casos, a saber, el conflicto entre evidencia de distinto orden. En este sentido, corresponde distinguir entre evidencia de primer y de segundo orden. La evidencia de primer orden es evidencia relativa a si es o no el caso que p . La evidencia de segundo orden es evidencia relativa a la fiabilidad epistémica de mecanismos de formación de creencias de primer orden (como, por ejemplo, mi propia fiabilidad como sujeto cognoscente o la fiabilidad del procedimiento democrático).

La evidencia de distinto orden puede entrar en conflicto en el siguiente sentido. Supongamos que estoy considerando una proposición p a efectos de determinar si debo creer en ella o en su negación¹². Si evalúo la evidencia de primer orden, concluyo que es más probable que p . Si evalúo la evidencia de segundo orden, concluyo que es más probable que *no* p .

Esto es lo que ocurre en los supuestos en que un individuo cree que (a) la evidencia de primer orden permite concluir que la ley democrática es injusta; y que (b) la democracia es más fiable epistémicamente que su juicio individual de modo que la evidencia de segundo orden permite concluir que la ley es justa.

¹² Para simplificar excluyo la posibilidad de suspender el juicio (i.e., no creer ni que p ni que *no* p). Esto, creo, no afecta el argumento.

Se advierte que, en estos casos, el criterio de (3) no es, por sí, suficiente para resolver qué debe creer. La pregunta es ¿más probable relativo a qué evidencia? ¿A la de primer orden, a la de segundo orden o a alguna ponderación de ambas? Necesitamos un criterio que nos permita decidir cuál es la evidencia que debe privilegiarse o el modo en que puede evaluarse conjuntamente la evidencia de distinto orden. Nino, en su argumento, presupone que debe privilegiarse la evidencia de segundo orden –(2), en efecto, se funda exclusivamente en la evidencia de segundo orden establecida en (1)–. Sin embargo, no argumenta por qué. Mi intuición es que este privilegio es infundado. En este orden de ideas, realizaré dos observaciones que, aunque distan de ser argumentos concluyentes, apuntan en la dirección contraria a la que sugiere Nino.

Primero, la evidencia de segundo orden (o, por lo menos, la evidencia de segundo orden a la que apela Nino) es *opaca*. Enoch distingue entre evidencia transparente y evidencia opaca en los siguientes términos. La evidencia opaca es aquella evidencia para la verdad de una proposición que no revela aquello en virtud de lo cual es verdadera o sus condiciones de verdad. La evidencia transparente, en cambio, es tal que, si alguien cree en la verdad de una proposición basada en ella, entonces también tiene cierto entendimiento de por qué la proposición es verdadera.¹³

La evidencia a la que apela Nino es opaca porque la razón que tenemos para creer que el juicio democrático es verdadero es que es democrático y este hecho, por sí, no tiene ninguna relación explicatoria con la verdad del juicio. Sin embargo, podría argumentarse que, en una democracia deliberativa, las razones que justifican las leyes sancionadas por el gobierno son expresadas públicamente y estas sí explican la verdad del juicio emitido. Por lo tanto, si bien el hecho que constituye la razón para creer que el juicio es verdadero (i.e., su origen democrático) no explica por qué el juicio es verdadero, la evidencia no es completamente opaca porque hay una explicación, por así decirlo, disponible.¹⁴

La existencia de una justificación pública, empero, no modifica sustancialmente la situación. En este sentido, deben señalarse dos cosas. Primero, la evidencia democrática sigue siendo, a pesar de ello, opaca: el hecho de que el juicio sea democrático no explica por qué es verdadero. Las razones explicitadas por quienes impulsaron la ley, por su parte, no son las razones que justifican la creencia; *ex hypothesi*, estas son, desde nuestro punto de vista, inadecuadas (no explican la verdad del juicio), falsas (tienen un vínculo explicatorio adecuado pero son falsas) o

¹³ Enoch (2014).

¹⁴ Agradezco al referee anónimo por haber insistido en este punto.

insuficientes (tienen un vínculo explicatorio adecuado y son verdaderas pero las razones para creer que es falso tienen mayor peso).

Segundo, el hecho de que entendamos por qué los otros creen lo que creen, aunque valioso, no implica que entendamos por qué su creencia es verdadera. Por el contrario, muchas veces es precisamente porque comprendemos por qué los otros creen lo que creen que entendemos por qué es un error que lo crean: identificamos el error en su razonamiento, la falsedad de sus premisas o su incorrecta ponderación de la evidencia disponible. La evidencia democrática implica ignorar el error que advertimos en el razonamiento de primer orden de la mayoría sin proporcionarnos ningún sustituto que nos permita comprender por qué el juicio es verdadero.

La evidencia democrática es, entonces, fundamentalmente opaca. Las razones invocadas por la mayoría para justificar su juicio no son las razones que justifican la creencia de que es verdadera; por el contrario, entre otras cosas, es porque comprendemos la justificación invocada y creemos que es incorrecta, que nuestra creencia de primer orden es que la ley es injusta¹⁵.

Ahora bien, aunque no estoy en condiciones ahora de explicitar por qué, creo que, intuitivamente, la evidencia transparente tiene cierta prioridad. Esto no quiere decir que la evidencia opaca debe rechazarse en todos los casos. Sin embargo, solo parece racional acudir a evidencia opaca cuando no disponemos de evidencia transparente o cuando esta no es concluyente. Este compromiso podría formularse en los siguientes términos:

Principio de la prioridad de la evidencia transparente [PPET]: es racional creer que p en función de evidencia opaca si y solo si no se dispone de evidencia transparente que, independientemente de la evidencia opaca, justifica concluyentemente creer que $no p$.

¿Es este un principio razonable? Considérese el siguiente ejemplo¹⁶. Realizamos una suma compleja mentalmente y arribamos a la conclusión de que el resultado es x . Este juicio está basado en evidencia transparente: la sucesión de pasos en nuestro razonamiento explicaría la verdad de que x es el resultado de la suma. A continuación, decidimos utilizar una

¹⁵ También puede ocurrir que no comprendamos la justificación; en ese caso, entiendo que no ayuda a disminuir la opacidad de la evidencia democrática.

¹⁶ Agradezco al referee anónimo por haber realizado esta objeción y obligarme a considerar en mayor profundidad el privilegio de la evidencia transparente.

calculadora. El resultado de la suma, según la calculadora, es y . El hecho de que, según la calculadora el resultado es y , es una razón para creer que el resultado es y . Esta es evidencia opaca: el hecho de que, según la calculadora, el resultado sea y , no explica por qué el resultado es y .

¿Qué deberíamos creer? La respuesta sensata es que deberíamos creer que la respuesta es y . Hay más razones para revisar nuestro cálculo que la calculadora. Sin embargo, la razón que justifica la creencia en y es evidencia opaca y disponemos de evidencia transparente y concluyente en sentido contrario. Por lo tanto, PPET es falso.

No creo, empero, que debamos concluir que la evidencia transparente no tiene ningún privilegio. Quizás solo sea necesario calificar PPET sin abandonar la intuición subyacente. En este sentido, corresponde examinar cuáles son las características del caso de la calculadora que justifican privilegiar la evidencia opaca. Estas son, al menos, dos.

Primero, en el ejemplo no hay razones independientes para creer que la calculadora funciona mal. Consideremos, en este sentido, una versión modificada del ejemplo. Supongamos, por ejemplo, que la calculadora tiene poca batería. Esto hace que, a veces, cuando presionamos un botón la calculadora no reciba la información correspondiente. Si este fuera el caso, ¿seguiríamos creyendo que tenemos razones para revisar nuestro resultado y no el de la calculadora? La cuestión, a mi entender, no depende solo de la probabilidad de error sino, fundamentalmente, de la mejor explicación de la discordancia. Así, por ejemplo, si la discordancia entre resultados es explicable en virtud del mal funcionamiento de la calculadora (por ejemplo, podemos identificar un número tal que, si no hubiera sido incluido en la operación, explicaría el resultado de la calculadora y la diferencia entre este y el resultado de mi cálculo), deberíamos creer que x y revisar el resultado de la calculadora. El ejemplo de la calculadora funciona porque, en condiciones normales, la única explicación de la discordancia es un error en nuestro cálculo. Sin embargo, si introducimos la posibilidad de mal funcionamiento en la calculadora, entonces la cuestión es ¿qué funcionó mal en este caso? Esta no es una pregunta sobre la fiabilidad general de los mecanismos sino que requiere una explicación de la discordancia.

Segundo, el ejemplo presupone que si la calculadora funciona correctamente, entonces sus resultados son siempre correctos. Consideremos, en este sentido, una segunda variación del ejemplo. La calculadora funciona perfectamente (no hay ningún problema con el *input* de información). Sin embargo, la calculadora no es del tipo al que estamos acostumbrados. Es una calculadora que, aun cuando funciona

correctamente (normalmente), produce resultados incorrectos. No es que el mecanismo no funciona como debería funcionar sino más bien que, funcionando como debería, no siempre acierta. Por supuesto, la tasa de error es un continuo y no cualquier tasa de error es significativa epistémicamente. Por lo tanto, debemos suponer, además, que la calculadora está *significativamente* sujeta a error¹⁷. Su tasa de error sigue siendo, empero, inferior a la nuestra.

La pregunta es si, en estas circunstancias, la tasa de error es el único criterio relevante para decidir qué resultado privilegiar o si, por el contrario, el hecho de que en un caso y no en el otro podemos *explicar* por qué el resultado es correcto también es relevante. Mi intuición es que la competencia para justificar la verdad de nuestro juicio es relevante y que, dado que la calculadora está significativamente sujeta a error, debemos privilegiar la evidencia que explica la verdad del juicio y creer que x , aun cuando nuestra propensión al error sea más alta. En este sentido, las explicaciones tienen un valor epistémico independiente de la fiabilidad epistémica del procedimiento de formación de creencias.¹⁸

Las dos consideraciones precedentes nos permiten calificar PPET del siguiente modo:

PPET': es racional creer que p en función de evidencia opaca si y solo si (i) el mecanismo correspondiente funciona correctamente y no está significativamente sujeto a error; o (ii) no se dispone de evidencia transparente que, independientemente de la evidencia opaca, justifica concluyentemente creer que *no* p .

Volvamos, ahora, al procedimiento democrático de toma de decisiones. El análogo del mal funcionamiento de la calculadora no es la situación en la que no están satisfechas las precondiciones de la democracia, i.e., las condiciones necesarias para que el procedimiento tenga, en efecto, valor epistémico (relativamente a nuestra reflexión individual). Esa es una calculadora que no funciona y no, meramente, una

¹⁷ Cuándo la tasa de error es significativa depende del contexto.

¹⁸ Esto, cabe aclarar, no implica nada acerca mis razones para la acción. Si, por ejemplo, estoy realizando el cálculo a efectos de construir un puente, aunque tenga razones para creer que x , probablemente deba abstenerme de realizar cualquier acción que presuponga que el resultado del cálculo es x hasta tanto no resuelva la discrepancia entre mi cálculo y el de la calculadora. Si, por alguna razón, no tengo la posibilidad de realizar ningún cálculo ulterior, quizás, aunque deba creer que x , tengo razones para actuar como si fuera el caso que y . Este será el punto de la estrategia revisionista que evaluaré más adelante.

que funciona mal. El análogo es el que mencioné antes. Las decisiones mayoritarias están sometidas a errores identificables: errores en el razonamiento, premisas falsas, etc. Si se toma una decisión fundada en un error de este tipo, entonces, hubo un error en el mecanismo (recordemos que, para Nino, el proceso deliberativo tiene virtudes epistémicas, entre otras cosas, porque ayuda a detectar errores de este tipo). Si, individualmente, detecto un error de este tipo, entonces la mejor explicación de la discordancia entre mi juicio y el de la mayoría es, precisamente, el error en el que ellos incurrieron. En estas condiciones, no tengo razones para creer en el juicio democrático.

Además, el mecanismo democrático está significativamente sujeto a error: aun cuando funciona normalmente, las decisiones democráticas pueden ser erróneas. En estas condiciones, el hecho de que la evidencia de primer orden explica la verdad del juicio y la de segundo orden no, es epistémicamente relevante independientemente de la tasa de error de los respectivos mecanismos.

Resulta, entonces, que el procedimiento democrático no satisface (i). Por lo tanto, solo está justificado creer que la ley es justa porque es democrática si no tenemos evidencia concluyente de primer orden.

En conclusión, en principio, uno debería formar su creencia a la luz de la evidencia transparente de primer orden y no de la evidencia opaca de segundo orden. Esto implica, contrariamente a lo que sostiene Nino, privilegiar la evidencia referida a los méritos de la ley por sobre la evidencia referida a la fiabilidad de mis creencias *vis à vis* la fiabilidad del procedimiento democrático. Por supuesto, esto es discutible. Pero creo que nuestras intuiciones están con el privilegio de la evidencia transparente y es Nino quien tiene la carga de la prueba.

Hay, todavía, un segundo problema que quizás sea parte de la explicación de nuestra (o mi) incomodidad con la evidencia opaca. En este sentido, creo que el tipo de evidencia opaca de segundo orden a la que apela el argumento de Nino es especialmente problemática porque nos insta a adoptar un punto de vista de tercera persona excesivamente demandante. Se trata de un punto de vista impersonal no solo en el sentido de que nuestras creencias no tienen ningún privilegio especial por ser nuestras sino en el sentido de que exige examinar nuestras creencias y las de las demás como si fueran el resultado de un mecanismo impersonal cuya fiabilidad puede ser mayor o menor y no como el resultado del ejercicio de nuestra responsabilidad como sujetos cognoscentes.

Esto, creo, no es aceptable. Nuestras creencias no deben tener ningún privilegio especial por ser nuestras y debemos, pues, someterlas a una crítica rigurosa. Sin embargo, la crítica debe evaluarlas como

creencias *personales*, esto es, como las creencias de una persona que está intentando evaluar si son verdaderas o falsas, lo que implica considerarla sobre sus propios méritos y no (meramente) como el resultado de un mecanismo.

4.2. La crítica democrática

El segundo tipo de razones para rechazar la tesis de Nino interpretada como una tesis compatibilista-epistémica están vinculadas a la teoría política de la democracia. En este sentido, si aceptáramos que el hecho de que una decisión sea democrática es una razón para creer que es correcta, ello generaría una serie de problemas conocidos para la teoría de la democracia. En este orden de ideas, caben dos observaciones.

En primer lugar, no está claro que constituya una solución adecuada al problema de la obligación política. Este problema es ¿por qué debo obedecer una ley que creo que es injusta? La respuesta epistémica es que no es racional que crea que es injusta. Por lo tanto, evade el problema más que dar una respuesta.

En segundo lugar, no está claro en qué términos podría proceder la crítica moral de las leyes democráticas. Si creo que es inmoral, entonces estoy siendo irracional. Si no creo que sea inmoral, ¿por qué habría de criticarla? Esto es, por supuesto, una consecuencia grave para una teoría de la democracia. La crítica moral a las instituciones y decisiones políticas es un rasgo central de la cultura democrática. El valor de la democracia reside, entre otras cosas, en que favorece y protege la crítica. El hecho de que la justificación de la relevancia práctica del derecho democrático implique que la crítica moral de las instituciones es irracional es un costo inaceptable.

Nino responde a esta objeción del siguiente modo. La posibilidad de que yo esté en lo correcto justifica “el pedido de reabrir el debate y continuar defendiendo la posición rechazada por la mayoría”. Sin embargo, es insuficiente para justificar *desobedecer* el derecho democrático. En este sentido, sostiene que “el valor epistémico general de los procedimientos democráticos da razones exclusivas para acatar sus resultados incluso si dudamos en algún caso particular de la sabiduría moral de la decisión”¹⁹.

Esto implica, empero, abandonar la estrategia compatibilista-epistémica. Si tengo razones para continuar defendiendo la posición rechazada por la mayoría, esto es, para seguir creyendo que la ley es injusta, entonces, ya no es cierto que el procedimiento democrático

¹⁹ Nino (1997, p. 182). Véase también Nino (1986, pp. 204-205).

proporcione *razones para creer* que la ley es justa. El argumento de Nino es que el hecho de que el procedimiento democrático tenga una propensión mayor que la mía a dar respuestas moralmente correctas me da *razones para actuar* de conformidad con lo que requiere la ley, aun cuando no tenga *razones para creer* que es justa. Este argumento, empero, implica un cambio de estrategia. Es, ahora, una estrategia revisionista de tipo raziano. Ya no se trata de lo que tenemos razones para creer sino de lo que tenemos razones para hacer dada la propensión del procedimiento democrático a dar respuestas correctas. El punto es que maximizar nuestra conformidad con la moral puede requerir actuar en contra de lo que, a nuestro juicio, exige el balance de razones morales de primer orden.

En el apartado que sigue analizaré la estrategia revisionista. Antes, empero, conviene evaluar una respuesta alternativa a la que el propio Nino sugiere. En este sentido, podría argumentarse que la crítica moral a las decisiones democráticas es compatible con la estrategia compatibilista-epistémica si se restringen las cuestiones respecto a las cuales la democracia tiene virtudes epistémicas²⁰. Dworkin, por ejemplo, distingue entre cuestiones que son sensibles a las preferencias y cuestiones que no lo son y argumenta que el procedimiento democrático tiene virtudes epistémicas respecto a las primeras pero no respecto a las segundas.

Las cuestiones sensibles a las preferencias son aquellas “cuya solución correcta, como cuestión de justicia, depende esencialmente del carácter y distribución de preferencias dentro de la comunidad política”²¹. Así, por ejemplo, la cuestión de utilizar fondos públicos disponibles para construir un centro de deportes o un sistema de caminos es, dice Dworkin, un ejemplo paradigmático de cuestión sensible a las preferencias. La cuestión de establecer o no la pena de muerte para ciertos delitos, por su parte, es un ejemplo paradigmático de cuestión insensible a las preferencias: la respuesta correcta no depende en ninguna forma sustancial de la cantidad de gente que quiere o aprueba la pena de muerte. Todas las cuestiones de derechos individuales son, en este sentido, insensibles a las preferencias.

Hay razones para creer que, en circunstancias ordinarias, el procedimiento democrático está generalmente en mejores condiciones que procedimientos alternativos para resolver correctamente cuestiones sensibles a las preferencias. Dworkin, empero, rechaza que existan razones para creer que el procedimiento democrático está igualmente

²⁰ Agradezco al referee anónimo por instarme a que examine esta respuesta en clave dworkiniana.

²¹ Dworkin (1987, p. 24). Véase también Dworkin (1989, p. 331).

mejor situado que procedimientos alternativos cuando se trata de cuestiones insensibles a las preferencias.

Ahora bien, si se acepta esto, entonces tenemos una respuesta a la objeción de la crítica moral. La democracia tiene virtudes epistémicas en cuestiones sensibles a las preferencias y, por ende, allí tenemos razones para creer que la solución democrática es la correcta y, en consecuencia, para actuar como requiere la ley. Sin embargo, la democracia no tiene virtudes epistémicas en cuestiones insensibles a las preferencias. Por lo tanto, podemos, sin inconsistencia, criticar moralmente a las leyes cuando la cuestión que debía resolverse era de este tipo. Toda decisión democrática es criticable, por ejemplo, por violar derechos individuales.

Esta respuesta tiene, creo, serios problemas. En primer lugar, corresponde realizar algunas aclaraciones respecto al carácter de esta defensa epistémica calificada y sus diferencias con la de Nino. La idea de Dworkin es que, en las cuestiones sensibles a las preferencias, es moralmente irrelevante qué decisión se tome. La moral solo requiere que se tome aquella decisión que mejor satisfaga las preferencias de los individuos de la comunidad política, cualquiera sea esa decisión. A su vez, la cuestión de si una cuestión es sensible o insensible a las preferencias es una cuestión moral insensible a las preferencias. Esto explica el sentido en el que, para Dworkin, la democracia tiene virtudes epistémicas en cuestiones sensibles a las preferencias. El argumento, simplificado, tiene la siguiente forma:

(1) En las cuestiones x_1, x_2, \dots, x_n debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga las preferencias de los individuos de la comunidad.

(2) El procedimiento democrático tienen una probabilidad mayor que cualquier procedimiento alternativo de adoptar, en cada caso, la decisión que mejor satisface las preferencias de los individuos de la comunidad.

(3) Por lo tanto, el procedimiento democrático tiene una probabilidad mayor que cualquier procedimiento alternativo de adoptar la decisión correcta en las cuestiones x_1, x_2, \dots, x_n .

El procedimiento democrático no tiene, entonces, virtudes epistémicas respecto a juicios morales. La virtud del procedimiento democrático es producir decisiones que satisfacen las preferencias de los individuos. Dado que, a veces, la decisión moralmente correcta es la que mejor satisface las preferencias de los individuos, entonces, en esos casos, es probable que el procedimiento democrático produzca decisiones moralmente correctas. Sin embargo, el procedimiento democrático no nos

da razones para creer en ningún juicio moral directamente sino, simplemente, para creer en un juicio empírico (x es la solución que prefiere la mayoría) que, complementado con juicios morales en los que creemos por razones independientes (la solución moralmente correcta es la preferida por la mayoría), nos permite inferir conclusiones morales ulteriores (x es la solución moralmente correcta). La concepción de la democracia de Nino es, en este sentido, radicalmente distinta. Para Nino el hecho de que una ley haya sido adoptada democráticamente nos da razones para creer en juicios morales directamente, esto es, para creer que la ley es justa, no porque cualquier ley que fuera preferida por la mayoría en este caso sería justa, sino en virtud de sus méritos intrínsecos.

Esta distinción es relevante porque hay un problema de alcance que afecta a la concepción de Dworkin y no a la de Nino. El problema, en este sentido, es cuántas de las cuestiones que resolvemos democráticamente son sensibles a las preferencias. Esto es, cuántas de las cuestiones sometidas al procedimiento democrático son tales que (i) es moralmente irrelevante qué decisión se tome con tal de que (ii) se adopte la decisión que mejor satisface las preferencias de la mayoría. La respuesta de Nino es que, en efecto, son muy pocas. Esta es la consecuencia, sostiene, de una posición liberal igualitaria que reconoce derechos positivos y negativos. En este sentido, argumenta que

cuando introducimos derecho positivos en nuestro espacio moral, este espacio crece enormemente. Una gran cantidad de acciones y omisiones [...] tienen significancia intersubjetiva [...] Esto es aun más cierto, por supuesto, en referencia a las acciones y omisiones de las autoridades. Una política que asigna recursos para la defensa nacional en lugar de la educación, o para la vivienda en lugar de la educación, o confía más en el mercado que en la distribución pública de bienes, puede afectar derechos individuales (Nino 1997, p. 96).

En este sentido, mientras que la estrategia dworkiniana consiste en distinguir entre cuestiones políticas (sensibles a las preferencias) y cuestiones morales (insensibles a las preferencias), el punto de partida de la estrategia de Nino es que las cuestiones políticas son inherentemente morales. El procedimiento democrático tiene virtudes epistémicas, fundamentalmente, porque tiende a producir resultados que satisfacen el requerimiento de imparcialidad y esto es una razón para creer que las leyes democráticas son justas en virtud de su contenido y no meramente porque satisfacen las preferencias de la mayoría.

Esto, podría argumentarse, no es central. Es, por supuesto,

discutible cuántas cuestiones sometidas al procedimiento democrático son sensibles a las preferencias y, quizás, sean muy pocas. El punto es que, respecto a las cuestiones sensibles a las preferencias, el procedimiento democrático tiene virtudes epistémicas y, en consecuencia, estamos obligados a obedecer su resultado. Las dificultades con la estrategia dworkiniana no son, empero, simplemente de alcance. El problema que estamos discutiendo es, recordemos, si tenemos la obligación moral de cumplir con nuestras obligaciones jurídicas. Quizás existan (muchas o pocas) cuestiones políticas sensibles a las preferencias como ser, para considerar el ejemplo del propio Dworkin, si construir un centro de deportes o un sistema de caminos. No todas las cuestiones políticas, empero, se refieren a las obligaciones jurídicas de sus ciudadanos. No es casualidad que el ejemplo de Dworkin sea, precisamente, un caso en el que no se discuten las obligaciones jurídicas de los ciudadanos. El problema es, entonces, si es razonable creer que hay cuestiones referidas a las obligaciones de los ciudadanos que sean, a la vez, sensibles a las preferencias. En este punto, hay razones generales, avanzadas por el propio Dworkin, para creer que la respuesta es negativa. En este sentido, debe distinguirse entre preferencias personales (referidas a lo que deseo, o creo que es valioso, que yo haga u obtenga) y preferencias externas (referidas a lo que deseo, o creo que es valioso, que otros hagan u obtengan). Las preferencias externas son insuficientes (e irrelevantes) para justificar obligaciones: el hecho de que todos prefieran que x haga y y no significa ni justifica que x tenga el deber de hacer y . La conclusión es que si una cuestión está referida a las obligaciones de los ciudadanos no puede ser una cuestión sensible a las preferencias en el sentido de Dworkin. Por lo tanto, aunque en ciertas cuestiones la democracia tiene virtudes epistémicas, ello es irrelevante para explicar la normatividad del derecho.

5. Crítica a la interpretación revisionista del argumento basado en el valor epistémico de la democracia

Hemos visto que Nino advierte los problemas que una estrategia compatibilista-epistémica tiene para una teoría de la democracia (véase 4.2). Son esos problemas, precisamente, los que, en ocasiones, lo llevan a formular su tesis como una estrategia revisionista. El argumento de Nino es, en este caso, el siguiente.

- (1) Los individuos tienen la obligación moral de maximizar su conformidad con los requerimientos de la moral.
- (2) El procedimiento democrático es más propenso a dar respuestas

moralmente correctas que los individuos.

(3) En virtud de (2), los individuos maximizarían su conformidad con la moral si obedecieran el derecho democrático en lugar de seguir su propio juicio moral.

(4) Por lo tanto, los individuos tienen la obligación moral de obedecer el derecho democrático en lugar de su propio juicio moral.

Este argumento es complejo. A continuación examinaré algunos de sus problemas. En primer lugar, argumentaré que la premisa (1) es implausible. En segundo lugar, examinaré los alcances de la conclusión (4); en este sentido, sostendré que el argumento no es suficiente para justificar exigencias dirigidas a otros y que, por lo tanto, no constituye una explicación adecuada de la normatividad del derecho. Por último, explicaré que esta justificación de la obligación de obedecer el derecho está expuesta a lo que se conoce como el problema de la particularidad.

5.1. La objeción basada en la existencia de variaciones en el valor de la conformidad moral

La premisa (1) está sujeta a numerosas críticas. Así, por ejemplo, podría argumentarse que nuestro deber no es maximizar nuestra conformidad con la moral sino actuar en función de nuestras creencias morales, independientemente de las consecuencias. Aquí me interesa analizar otra línea de crítica que parte del presupuesto de que el valor de actuar conforme a nuestras obligaciones morales varía según la obligación de que se trate. Esto es intuitivamente plausible. Tengo el deber de no mentir y de no matar. El mundo ideal es uno en el que no hago ni lo uno ni lo otro. No obstante, matar es peor que mentir. El valor de cumplir con mi deber de no matar es mayor que el de cumplir con mi deber de no mentir.

Por lo tanto, una estrategia que maximiza la conformidad con nuestras obligaciones no necesariamente maximiza el valor moral de actuar conforme a ellas. Ahora bien, dada esta posibilidad de divergencia, la premisa (1) es implausible. En este sentido, debe ser sustituida por (1'):

(1') Los individuos tienen la obligación moral de maximizar el valor moral de sus acciones.

El problema es que, con (1'), (4) no se sigue. Sería necesario complementar (2) con (2'):

(2') Actuar conforme a la decisión democrática cuando es equivocada y el individuo tiene razón es igual o menos disvalioso que actuar conforme al juicio individual cuando este es equivocado y el procedimiento democrático tiene razón.

Empero, (2') no se puede inferir de (2). El que la democracia se equivoque menos no implica que, cuando se equivoca, se equivoque mejor. El disvalor de obedecer una ley equivocada depende del contenido de la ley. Esto implica, asumiendo (1'), que la cuestión de si debe obedecerse o no habrá de analizarse caso por caso. El modo de hacerlo es, sugiero, elegir el curso de acción (obedecer/desobedecer) con el mayor *valor moral esperado* (VME).

La idea general de “valor esperado” es la siguiente. A veces, el valor de una acción varía según ocurra o no un evento futuro. Si contrato un seguro contra accidentes y no me accidento, comprar el seguro me habrá hecho perder dinero. Si, en cambio, me accidento, haber comprado el seguro me habrá hecho ahorrar dinero. El problema es que yo ignoro si tendré o no un accidente ¿cómo sé si me conviene contratar el seguro? La respuesta es que debo considerar la cantidad de dinero que perdería si no ocurre el accidente, la cantidad que ganaría si ocurre y la probabilidad de que ocurra. La cuestión se puede complicar porque, a veces, la probabilidad de que el evento ocurra depende de la acción que tome ahora (por ejemplo, si en vez de contratar un seguro estoy pensando en invertir en precauciones para evitar accidentes). En general, el valor esperado de una acción ϕ en relación a un evento e , cuya probabilidad de ocurrir dado ϕ es $P(e/\phi)$, se calcula del siguiente modo:

$$VE(\phi, e) = (V(\phi/e) * P(e/\phi)) + (V(\phi/\neg e) * (1-P(e/\phi)))$$

El VME de una acción se calcula restringiendo el valor V en consideración al valor *moral* de la acción (en lugar de considerar, por ejemplo, su valor monetario, como en el ejemplo del seguro). En nuestro caso, además, el VME no lo calculamos en relación a la probabilidad de un evento futuro sino en relación a la probabilidad de que la ley en cuestión sea o no justa. Así, el VME de obedecer y desobedecer se calcula del siguiente modo:

$$\begin{aligned} VME(O, LJ) &= (VM(O/LJ) * P(LJ)) + (VM(O/\neg LJ) * (1 - P(LJ))) \\ VME(D, LJ) &= (VM(D/LJ) * P(LJ)) + (VM(D/\neg LJ) * (1 - P(LJ))) \end{aligned}$$

Esto, empero, acarrea serios problemas para el argumento. En

primero lugar, calcular $P(LJ)$ requeriría (según el argumento) estimar la tasa de acierto del procedimiento democrático; no está claro, empero, que se pueda hacer una estimación razonable en ese sentido. La alternativa sería adoptar un criterio de decisión que no requiera calcular probabilidades (por ej., *maximin*). Sin embargo, en ese caso, la propensión del procedimiento democrático a dar respuestas correctas no desempeñaría ningún rol.

En segundo lugar, aun suponiendo que conocemos la tasa de acierto del procedimiento democrático, ella no es equivalente a la probabilidad de que una ley *en particular* sea justa; se reproduce, aquí, el problema de la evidencia de distinto orden (v. 4.1).

En tercer lugar, aun suponiendo que conocemos la tasa de acierto del procedimiento democrático y que, para toda ley L , $P(LJ)$ es igual a ella, si debemos obedecer o no depende del valor moral de la acción en cada caso (i.e., de $VM(O/LJ)$, $VM(O/no-LJ)$, $VM(D/LJ)$ y $VM(D/no-LJ)$). Esto requiere considerar (i) cuál sería el valor de obedecer y el disvalor²² de desobedecer en el caso de que la ley fuera justa y (ii) cuál sería el valor de obedecer y el disvalor de desobedecer en el caso de que la ley fuera injusta. Para analizar (i) debería considerarse cuál es el valor de la ley de acuerdo a quienes a la sancionaron, esto es, las razones que, a su juicio, justifican la ley. Para analizar (ii) debería considerarse cuál es el disvalor de la ley de acuerdo a mi propio juicio individual, esto es, las razones por las que creo que es injusta.

El resultado es un cuadro mucho más complejo que el que presupone el argumento de Nino. Se introducen, en este sentido, dos complejidades relacionadas. Primero, la desobediencia estará, en ciertos casos, justificada, incluso asumiendo que es más probable que la ley sea justa. Ello será así, por ejemplo, si (a) desde la perspectiva de las razones de quienes sancionaron la ley, el valor moral de obedecer es relativamente bajo; y (b) desde mi perspectiva, el disvalor de obedecer es relativamente alto. Esta circunstancia establece las bases de una posible justificación del control judicial de constitucionalidad. En este sentido, podría argumentarse del siguiente modo. El juez cree que la ley vulnera derechos fundamentales. Ello significa que el valor moral de aplicar la ley en caso de que sea injusta es alto. Por lo tanto, a pesar de que es más probable que la ley sea justa, la acción que tiene mayor valor moral esperado es

²² Supongo aquí que desobedecer una ley justa es disvalioso y que obedecer una ley injusta es disvalioso. Una acción es disvaliosa cuando su VM es negativo. Más adelante rechazaré el segundo supuesto. Ello, como se verá, le da un último aliento al argumento revisionista.

no aplicarla. Segundo, la determinación de lo que debo hacer incluye fundamentalmente a mis consideraciones sobre el valor moral de la acción (que en la versión de Nino eran, simplemente, desplazadas) y a las consideraciones de la mayoría sobre el valor moral de la acción (que, en la versión de Nino, eran irrelevantes).

En cuarto lugar, no está claro que, aun conociendo la probabilidad de que la ley sea justa y el valor moral de las acciones, sea posible determinar cuál es la acción de mayor VME. Esto se vincula con el problema de las comparaciones interteóricas de valor. La estrategia de maximizar el valor moral esperado para responder a situaciones de incertidumbre moral requiere que comparemos el valor moral de una acción según determinada teoría (la mía) con su valor moral según una teoría distinta (la de la mayoría). No está claro que esto sea posible ni cómo es posible. Si no lo es, entonces, la estrategia revisionista desemboca en un callejón sin salida.

Una aclaración importante es, empero, la siguiente. Muchas leyes son injustas no porque nos obliguen a realizar acciones inmorales sino porque nos obligan a realizar una acción que no es legítimo que nos obliguen a realizar. Considérese, por ejemplo, el siguiente supuesto.

Obligación de ayudar al vecino: Una ley me obliga a ayudar a mis vecinos. Yo creo que no tengo la obligación moral de hacerlo y que, por lo tanto, es ilegítimo que me obliguen jurídicamente a ello. Sin embargo, no creo que ayudar a mis vecinos sea inmoral.

Restringida a estos casos, la premisa (2') es verdadera. La razón es que mientras que, desde mi perspectiva, obedecer no es divalioso moralmente, desobedecer puede serlo si yo estoy equivocado. Esto evita, además, el problema de las comparaciones interteóricas de valor. Por lo tanto, en estos supuestos, la estrategia de obedecer el derecho democrático maximiza el valor moral esperado. Sin embargo, nuevamente, el hecho de que el juicio democrático sea más probablemente verdadero que mi juicio personal no juega un rol determinante en el argumento. El argumento vale, de hecho, aunque se suponga lo contrario. Por supuesto, si la probabilidad de que ley sea justa fuera muy baja, no justificaría renunciar a mis intereses personales (esto sugiere que maximizar el valor moral esperado es un deber demasiado exigente y que debe haber alguna restricción basada en mis intereses personales). Sin embargo, por encima de cierto umbral de probabilidad, estaría justificado obedecer, incluso si mi juicio fuera más probablemente verdadero que el juicio democrático. En cualquier caso, concediendo que el argumento funciona en estos casos,

existen problemas ulteriores en relación a los alcances de la conclusión (4). Analizaré estos problemas en el apartado siguiente.

5.2. ¿Provee la justificación epistémica el tipo apropiado de razones?

La motivación teórica de Nino es dar una respuesta al problema de la normatividad del derecho y, en particular, dar cuenta de la validez del razonamiento justificatorio de las decisiones judiciales. Sin embargo, no está claro que la justificación epistémica sea exitosa a este nivel. El argumento raziano solo parece generar razones morales de tercera persona y no de segunda persona, esto es, obligaciones que sean exigibles a otros (por ejemplo, judicialmente).

Darwall caracteriza a las razones de segunda persona señalando que se distinguen de otro tipo de razones por sus relaciones conceptuales con demandas y pretensiones autoritativas que deben ser capaces de ser dirigidas a aquellos a quienes se aplican, lo que implica la posibilidad de responsabilizarlos y reprocharlos por su incumplimiento²³.

Mi argumento es, brevemente, que las razones vinculadas a la maximización de la conformidad moral (o, en su caso, del valor moral esperado) no son razones de segunda persona en este sentido y que, por lo tanto, no son suficientes para justificar exigencias dirigidas a otros.

Esto quedará claro, creo, si consideramos el ejemplo de la obligación de ayudar al vecino. Supongamos que me niego a cumplir mi obligación de ayudar a mis vecinos y uno de estos reclama judicialmente que se me obligue a ello. El juez considera, como yo, que los individuos no tienen la obligación moral de primer orden de ayudar a sus vecinos y que, por lo tanto, es ilegítimo que las leyes me obliguen a ello. En estos casos, quizás sorprendentemente, las razones morales de segundo orden que yo tengo para obedecer no parecen agregar nada que sirva para justificar la decisión *del juez de obligarme a hacerlo*. Los otros están legitimados a exigirme que cumpla (por lo menos algunas de) mis obligaciones morales de primer orden exhibiendo las razones para ello. No creo, empero, que estén legitimados a exigirme que realice una acción que no tengo la obligación moral de primer orden de realizar porque si lo hago, en el largo plazo (más allá de este caso), maximizaría mi conformidad con la moral (o el valor moral esperado). Se trata, en todo caso, de una razón que yo tengo para realizar esa acción pero no una que los otros puedan esgrimir para exigírmelo.

²³ Darwall (2009).

Las razones vinculadas a la maximización de la conformidad moral serían, entonces, razones del tipo equivocado para justificar exigencias dirigidas a otros en segunda persona. En este sentido, en el mejor de los casos, el argumento provee razones para actuar pero no razones que justifiquen exigir a otro que actúe²⁴.

5.3. El problema de la particularidad y relativismo moral

Un último problema del argumento de Nino es que no está claro por qué se restringe el alcance de las premisas (2) y (3) a “el” sistema democrático. En este sentido, se enfrenta al problema de la particularidad (*particularity problem*)²⁵. Si diferentes sistemas democráticos dan diferentes respuestas morales, ¿por qué debería obedecer al mío? La respuesta, si quiere permanecer al espíritu de la estrategia, debería hacer depender la corrección moral de factores locales. Esto, sin embargo, es riesgosamente relativista.

Por momentos, da la impresión de que Nino está dispuesto a morder la bala relativista²⁶. Para Nino un principio moral es válido si y solo sería aceptado por cualquier persona que fuera plenamente racional, absolutamente imparcial y conociera todos los hechos relevantes²⁷. La imparcialidad es imparcialidad respecto a los intereses de los afectados. Estos, empero, son (por lo menos en cierta extensión) contingentes. Una de las razones fundamentales por las que el procedimiento democrático tiene valor epistémico es, precisamente, que tiende a satisfacer el requerimiento de atención imparcial a los intereses de los afectados, entre otras cosas, porque la deliberación colectiva incrementa el conocimiento que cada individuo tiene de los intereses de los demás y porque cuantas más personas apoyan una decisión, más probabilidades existen de satisfacer sus intereses.

La implicancia es que distintos principios morales son válidos para sociedades de individuos con intereses distintos. Dado que la virtud epistémica de la democracia se debe, al menos en parte, al conocimiento y satisfacción de intereses contingentes/locales, el hecho de que una sociedad haya adoptado democráticamente una ley

²⁴ Esta crítica tiene un aire de familia con la crítica de Darwall (2009, pp. 135-150).

²⁵ Véase Edmundson (2004).

²⁶ Nino es lo que él denomina un “relativista conceptual”. Esto implica que la práctica social del discurso moral y sus reglas formales de argumentación son contingentes. Los juicios, en cambio, son universales. No es este el tipo de relativismo al que me refiero en este punto. Véase Nino (1989).

²⁷ Nino (1989, p.117). Véase también Nino (1997, pp. 160-161 y 164).

solo nos permite concluir que es probablemente justa para *esa sociedad*.

Esto, creo, se funda en una interpretación errónea del requisito formal de imparcialidad. Hay, por lo menos, dos sentidos en que un principio o regla puede ser imparcial respecto a los intereses de los individuos cuya conducta regula. El primero es el que sugerí más arriba: una regla es imparcial si y solo si *tiene cierta relación de adecuación con los intereses actuales y contingentes* de los individuos cuya conducta regula. La adecuación de la regla a los intereses depende del contenido de estos. Por lo tanto, para saber si una regla es imparcial debo conocer los intereses actuales y contingentes de los individuos a quienes afecta y evaluar si la regla tiene una relación adecuada con ellos. El segundo, creo, es el que sugiere Rawls. La regla es imparcial si y solo si es *neutral* respecto a los intereses actuales y contingentes de los individuos, esto es, si tiene la relación adecuada con los intereses que cualquier agente moral tiene por el hecho de ser una agente moral, independientemente de cuáles sean sus intereses ulteriores. Para saber si una regla es imparcial en este sentido no es necesario que conozca los intereses actuales y contingentes de los individuos; la imparcialidad es el resultado, por el contrario, de ignorarlos.

Nino, creo, oscila entre estos dos sentidos de imparcialidad. El primero es el que domina en su discusión de las virtudes epistémicas de la democracia. El segundo es el que domina en su discusión de las condiciones de verdad de los juicios morales y en sus propios escritos sobre problemas normativos.

No estoy sugiriendo que Nino enfrenta el siguiente dilema. Su teoría epistémica de la democracia funciona solo si se compromete con una concepción relativista del requisito de imparcialidad y de las condiciones de verdad de los juicios morales. Si, en cambio, acepta una concepción neutralista (por llamarla de algún modo) del requisito de imparcialidad, entonces, su teoría epistémica no funciona (porque el conocimiento y satisfacción de los intereses contingentes de los involucrados es irrelevante para la verdad de los juicios morales). Entiendo que puede insistirse en que la democracia tiene virtudes epistémicas por razones vinculadas al conocimiento y satisfacción de los intereses contingentes de los afectados sin comprometerse con la idea de que estos integran las condiciones de verdad de los juicios morales. La intuición básica es que el conocimiento de los intereses contingentes de los demás nos ayuda a identificar situaciones en los que la regla no es neutral (i.e., no tiene la relación adecuada con los intereses de todo agente moral). Esta, creo, es la mejor interpretación de Nino (porque compatibiliza su teoría epistémica de la democracia con su teoría sobre las condiciones de verdad

de los juicios morales). No obstante, si esto es correcto, el problema de la particularidad persiste: ¿por qué obedecer las reglas del sistema democrático de esta comunidad y no las de cualquier otro?²⁸

6. Conclusiones

Creo que las observaciones críticas de este trabajo muestran que el intento de explicar la normatividad del derecho apelando a las virtudes epistémicas de la democracia tiene serios problemas. La fiabilidad del procedimiento democrático no es suficiente para creer que las leyes democráticas son justas (4.1.). Si lo fuera, ello implicaría que la crítica moral de las leyes democráticas es irracional (4.2.). Sí es suficiente, en cambio, para afirmar que obedecer el derecho democrático nos permite maximizar la conformidad con la moral. Sin embargo, este objetivo no es razonable; en todo caso, deberíamos maximizar el valor moral esperado de nuestras acciones. No obstante, la mayor fiabilidad del procedimiento democrático no garantiza que obedecer sea la acción de mayor valor moral esperado. La razón es que aunque la democracia se equivoque menos, ello no quiere decir que se equivoque mejor. Quizás, incluso, no sea posible determinar qué errores son mejores y cuáles peores (5.1.). Aun si maximizar la conformidad fuera un objetivo razonable o si obedecer maximizara el valor moral esperado, ello no sería suficiente para justificar exigencias dirigidas a otros, que es, precisamente, el rol distintivo de las normas jurídicas (5.2.). Por último, aun cuando la fiabilidad del procedimiento democrático fuera una razón para creer que las leyes democráticas son justas o para actuar de conformidad con ellas, ¿por qué habría de creer u obedecer las decisiones democráticas del país en el que vivo y no las de cualquier otro? (5.3.).

La conclusión es que la normatividad del derecho debe explicarse en otros términos. Entiendo que algunos de los errores identificados sugieren explorar una estrategia *constitutivista* centrada en el carácter de *segunda persona* distintivo de las razones jurídicas. El objeto de este trabajo ha sido, empero, exclusivamente crítico. El desarrollo de una teoría *constitutivista* y de *segunda persona* de la normatividad del derecho habrá de esperar a futuros trabajos.

²⁸ Esto, por supuesto, no agota las posibles respuestas a esta objeción. Se podría insistir en que reglas neutrales seleccionan como relevantes los intereses contingentes de los demás a efectos de determinar qué es lo que debemos hacer. Una consecuencia de esta respuesta es que, nuevamente (como en el caso de Dworkin), el procedimiento democrático tendría virtudes epistémicas no porque nos ayuda a identificar principios morales válidos sino porque nos ayuda a identificar preferencias contingentes moralmente relevantes.

Bibliografía

- Darwall, S. (2009), "Authority and Second-Personal Reasons for Acting", en *Morality, Authority and Law: Essays in Second-Personal Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Dworkin, R. (1987), "What is Equality? Part 4: Political Equality", *University of San Francisco Law Review*, 22.
- (1989), "Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court", *Alberta Law Review*, 28(2).
- Edmundson, W. (2004), "State of the Art: The Duty to Obey the Law", *Legal Theory*, 10, pp. 215-259.
- Enoch, D. (2014), "A Defense of Moral Deference", *The Journal of Philosophy*, 111(5), pp. 229-258. Disponible en <http://law.huji.ac.il/upload/ADefenseMoralDeference.pdf>
- McClennen, E. (2004), "The Rationality of Being Guided by Rules", en Mele, A. y Rawling, P. (eds.), *The Oxford Handbook of Rationality*, Oxford, Oxford University Press, pp. 222-239.
- Nino, C. S. (1985), *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- (1986), "La justificación de la democracia: entre la negación de la justificación y la restricción de la democracia: Réplica a mis críticos", en *Los escritos de Carlos Nino: Derecho, moral y política II*, Buenos Aires, Gedisa, 2007.
- (1989), *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2ª ed.
- (1997), *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa.
- (2007), "Derecho, moral y política", en *Los escritos de Carlos Nino: Derecho, moral y política I*, Buenos Aires, Gedisa.
- Rawls, J. (1955), "Two Concepts of Rules", *The Philosophical Review*, 64(1), pp. 3-32.
- Raz, J. (1979), *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- (1985), "Autoridad, derecho y moral", en *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 227-257.
- (1986), *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon.
- (2002), *Practical Reason and Norms*, Princeton, Princeton University Press, 2ª ed.

Recibido el 10 de octubre de 2014; aceptado el 4 de enero de 2015.