



## **Derecho, moral y política**

Una revisión de la teoría general del Derecho

**Nino, Carlos**

Buenos Aires.

Siglo veintiuno editores, 2014. 200 páginas.

Carlos Nino se propone desentrañar posibles conexiones entre tres categorías que rara vez han sido pensadas en forma conjunta. Las vinculaciones entre estos tres conceptos ponen en tela de juicio las dos grandes corrientes de la Filosofía del derecho: positivismo e iusnaturalismo. Plantea su tesis entendiendo que el derecho es un fenómeno esencialmente político, es decir, que tiene relaciones intrínsecas con la práctica política. Algunas de esas relaciones son directas y otras se dan a través de la moral. Comenzará discutiendo posibles relaciones entre el derecho y la moral, con el fin de analizar a continuación, la relación de la moral con la política. En el primer capítulo discute si existe una relación *conceptual* entre el derecho y la moral. En el segundo examina una posible relación *justificatoria* entre derecho y moral. En el tercer capítulo la relación entre derecho y moral que discute es de naturaleza *interpretativa*. En el cuarto analiza una posible relación *directa* entre derecho y política. Y finalmente en el capítulo quinto se examinan concepciones de la moral que difieren en cuanto a la posible conexión de la moral con la política.

Tratando de analizar una posible conexión *conceptual* entre derecho y moral es que el autor retoma el pensamiento de los positivistas y los iusnaturalistas. Sintetizando, los primeros defienden la separación entre el derecho y la moral y la distinción entre el derecho que es y el que debe ser, pretenden que no se confundan los hechos con los valores, y aspiran a una teoría jurídica “científi-

ca”, que no se comprometa con ideologías y actitudes políticas o religiosas, de dudosa objetividad. Por otro lado, los segundos sostienen que el derecho y los principios de justicia y moralidad social se interpenetran, y que aislar el derecho de tales principios conduce a la legitimación de regímenes políticos aberrantes. Por lo tanto, insisten en que la teoría jurídica no puede aislar el derecho de consideraciones valorativas. Los positivistas verían al derecho como un sistema normativo que provee razones para justificar acciones y decisiones, sin necesidad de servirse de consideraciones externas a ese derecho. De este modo, los positivistas recurrirían al derecho positivo de una sociedad en su razonamiento práctico, del mismo modo que los iusnaturalistas pretenden que sólo el derecho natural, la moral o los principios de justicia pueden utilizarse en tal razonamiento: o sea, como fuente autosuficiente y final de justificación. Lo que importa destacar es que no existe un concepto de derecho que sea verdadero, en tanto que los demás son falsos. Por lo tanto la pregunta sobre si existe una relación conceptual entre derecho y moral, que ha obsesionado a positivistas e iusnaturalistas, carece de respuesta. Hay conceptos de derecho que remiten necesariamente a estándares extrajurídicos, que bajo ciertas condiciones pueden ser considerados morales. Hay otros, en cambio, que sólo designan propiedades de hecho y que no remiten a principios morales que constituyen propiedades valorativas del fenómeno.

Avanzando un paso se intenta dilucidar si existe una conexión de tipo *justificatoria* entre el derecho y la moral. Si el derecho es definido descriptivamente como un tipo de práctica social, entonces es todavía posible, dar cuenta de las actitudes que constituyen esa práctica, actitudes que se desarrollan desde el punto de vista interno y que tienen un contenido proposicional normativo. Esto no quiere decir que el concepto de derecho en cuestión se convierta en normativo, ya que se limita a describir cómo ven el derecho quienes participan en su desarrollo. Si se adoptara, en cambio, un concepto normativo del derecho, que denotara el conjunto de estándares que deben ser reconocidos, el punto de vista externo frente al derecho aparecería no como la perspectiva de un observador, sino como la situación de quienes actúan –incidiendo en nuestras conclusiones acerca de qué estándares deben ser reconocidos y aplicados– sin tomar en cuenta ellos mismos razones a favor o en contra del reconocimiento de tales estándares. En otras palabras, las razones inherentes al razonamiento jurídico que aluden al hecho de que ciertas normas son parte de un sistema

jurídico no son, ellas mismas, razones jurídicas, sino pertenecen a un sistema justificatorio más amplio. De modo que es indudable que el derecho tiene una conexión justificatoria esencial con la moral, y que las necesidades de los diferentes discursos exigen, desde una perspectiva no esencialista de los conceptos, que esa conexión se vea reflejada de forma apropiada en los esquemas conceptuales que se ofrecen para servirlos.

El autor toma una arista diferente pretendiendo analizar otra vinculación entre derecho y moral que se daría en el plano *interpretativo*, o sea, en la tarea de asignar significado a las normas jurídicas con el fin de aplicarlas para resolver casos concretos. En diversos momentos del proceso de transformación de materiales jurídicos en proposiciones, que subyace al proceso causal que vincula ciertos materiales jurídicos con otros, es ineludible recurrir a consideraciones extrajurídicas, o sea, a principios que tienen las características de los que llamamos “morales”. Ello es necesario, en primer lugar, para elegir un criterio general de asignación de significado a los textos, optando entre alternativas más subjetivistas o más objetivistas, y dentro de cada una de ellas o de alternativas mixtas, eligiendo entre innumerables disyuntivas. Tras el paso empírico de la determinación de significado de acuerdo con los criterios anteriores, aparecen las indeterminaciones semánticas, sintácticas y pragmáticas; tales indeterminaciones solo pueden superarse mediante consideraciones axiológicas. Sólo una vez que se superen tales indeterminaciones puede inferirse las consecuencias lógicas de lo que ahora ya son las proposiciones normativas que constituyen el significado de los materiales jurídicos. La inferencia de tales consecuencias lógicas revela nuevas indeterminaciones, como las lagunas, las contradicciones y las redundancias, que tampoco podrán ser eliminadas sin nuevas consideraciones axiológicas. Por último, está el paso mixto de subsunción de un caso particular en la norma, momento en el que también intervienen consideraciones valorativas una vez que se pone de manifiesto la inadecuación de algunas de las conclusiones axiológicas a las que se llegó anteriormente.

El autor decide hacer un alto en el examen de la relación entre el derecho y la política que se establece a través del puente de la moral, para enfocarse a analizar la posible relación *directa* entre ambos fenómenos. Se propone la necesidad de concebir la acción de los constituyentes, legisladores, jueces y administradores como partícipes de una obra colectiva. Esa obra colectiva es el

desarrollo del derecho vigente como parte de un proceso todavía más amplio, como lo es el complejo de prácticas, instituciones, costumbres, actitudes culturales y creencias básicas que definen una sociedad. Focalizándose en la tarea del juez, sería irracional que éste resolviera un caso como si estuviera creando, con su decisión, todo el orden jurídico o todo el orden jurídico relativo a esa cuestión. El juez, como parte de esa obra colectiva, debe tener en cuenta que se generan expectativas de lo que otros legisladores y otros jueces han decidido en el pasado; que su decisión se combinará con otras que tomen contemporáneamente sus colegas; y que esa decisión servirá de precedente para el futuro, como también podrá ser ignorada y hasta provocar reacciones opuestas por parte de otros legisladores y jueces.

Concebir las decisiones y acciones jurídicas como contribuciones a prácticas o acciones colectivas implica reconocer la naturaleza esencialmente política del derecho. Esta conexión del derecho con la política consiste en el hecho de que las acciones y decisiones no son individuales y aisladas sino contribuciones a una acción o práctica colectiva. Por ello, cualquier acción o decisión jurídicamente relevante que se tome debe hacerse ponderando estratégicamente las acciones o decisiones de otros, que se dieron en el pasado, se realizan en la actualidad o se darán en el futuro. El derecho es una empresa cooperativa puesto que no puede lograrse efecto jurídico sin la colaboración de otros. Por lo tanto toda acción jurídica es una acción política en el sentido de que debe tomar en cuenta las acciones, reacciones, actitudes, expectativas de otros, en la medida en que ellas tengan a su vez poder para determinar nuevas acciones, reacciones, actitudes y expectativas.

Finalmente Nino se propone discutir aspectos contrastantes de la moral, que o excluyen de entrada cualquier conexión de ella —y por lo tanto del derecho—, con la política, o abren la puerta hacia esa conexión. El autor sostiene que el consenso efectivo es una forma privilegiada de conocimiento moral, ya que cuando hay consenso unánime sobre cierta solución moral, después de un proceso de discusión, hay altísima probabilidad de que la solución sea efectivamente correcta, o sea, imparcial, ya que si cada uno es el mejor juez de sus propios intereses, el consenso de todo es un indicio sumamente fiable sobre cuál sea la solución que satisfaga imparcialmente los intereses de todos. Esto no implica que sea imposible que, por reflexión individual, podamos conocer soluciones moralmente correctas, si llegamos a ellas después del esfuerzo de

imaginar cuáles son los intereses de todos los involucrados en el conflicto y de llegar a un equilibrio adecuado entre tales intereses.

Por fin la moral aparece como un fenómeno social, y por lo tanto, muestra una apertura hacia la actividad política; porque la práctica colectiva de la discusión moral es necesaria para acceder a esa forma privilegiada de acceso a soluciones moralmente correctas que es el consenso efectivo, luego de un proceso de discusión sujeto a condiciones ideales. La moral no sería “cosa de cada uno”, porque, por lo menos, en lo tocante a su conocimiento, sería un fenómeno colectivo. Esto ofrece la posibilidad de que el derecho tenga conexión con la política no sólo de forma directa, sino también a través de la moral, al estar ésta intrínsecamente asociada, al menos en cuanto a su conocimiento, a prácticas colectivas. Sin embargo, si esa vinculación entre derecho y política, a través de la moral, se termina estableciendo, o no, dependerá no sólo de esta concepción prioritariamente societarista del conocimiento moral, sino también de qué concepción de la política se acepte.

Para concluir, cuando se contempla al derecho conectado con la moral, ésta se concibe como socialmente cognoscible, y la política es percibida como una actividad moralizadora, por lo que el derecho termina resultando una complejidad de ideales, de convenciones sociales y de procesos políticos. Esta combinación no es caótica, sino ordenada: los principios ideales son lo que proveen razones justificatorias operativas; tienen como materia de aplicación directa las prácticas sociales; sólo son indirectamente aplicables a acciones y decisiones individuales; y son cognoscibles a través de procesos democráticos, bajo ciertas condiciones que forman parte del contenido a priori de dichos principios. Entender el derecho, la moral y la política como partes de una acción colectiva nos permite comprender el porqué de sus múltiples conexiones. Sin embargo es importante entender, que las acciones colectivas, como dice Jonn Searle, no son reducibles a acciones individuales. Lo que una acción colectiva presupone es una *intención colectiva*.

**David Terranova<sup>1</sup>**

Recibido: 14/04/2016 – Aceptado: 06/05/2016

<sup>1</sup> Abogado, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Cuyo.