

especificación de los derechos». Esa tarea lleva al análisis de los bienes, del bien común, y de los bienes que son objetos de derechos humanos, en lo que el autor sigue principalmente a John Finnis. El capítulo IV se concentra en el estudio de la noción de «derecho social» y en algunos malentendidos acerca de ellos. Después hace las aclaraciones pertinentes a un conjunto de derechos «exóticos» postulados recientemente por varios autores. Queda para la última sección de este capítulo la visualización de los derechos humanos desde la noción de justicia. El capítulo final se avoca al estudio del puente entre derechos y trascendencia ontológica, mediante la exposición del pensamiento de Cornelio Fabro y de Josef Pieper. La debilidad del planteo inmanentista como presunta base de los derechos humanos es la otra cara de la moneda.

Resulta sumamente interesante la lectura de las cien páginas de apéndices (son cinco) que profundizan en diversas cuestiones también relativas a los derechos humanos. Massini expone y comenta el pensamiento sobre estos derechos de voluminoso número de corrientes y autores, llevando a una nueva confirmación de las conclusiones anteriores. El resultado final es una obra sumamente completa y equilibrada. El autor ha logrado realizar una exposición sintética, a la vez que profunda y actualizada, de los temas que se ha propuesto tratar en este primer volumen. Lo único que cabe agregar es nuestro deseo de una pronta aparición del segundo volumen de *Filosofía del derecho*.

Ricardo F. Crespo

C. S. NINO, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel Derecho, Barcelona 1994, 199 páginas.

*Derecho, Moral y Política* es una obra póstuma del desaparecido profesor argentino Carlos Santiago Nino. Su factura, en el año 1992, la hace un material privilegiado para conocer el estado del pensamiento del autor poco antes de su prematuro fallecimiento, ocurrido al año siguiente. Consiste este trabajo en una exposición autónoma de una tesis que hasta entonces el profesor Nino sólo había desarrollado de forma implícita en otros lugares, y según la cual "el derecho es un fenómeno esencialmente político, es decir, que tiene relaciones intrínsecas con la práctica política. Algunas de estas relaciones son directas, y otras se dan a través de la moral" (p. 11).

Según el autor, la relación del derecho con la política ha sido objeto de constantes negaciones a lo largo de la historia moderna de occidente, las que han plasmado en concepciones teóricas y creaciones institucionales que procuran consagrar su desvinculación. Tales intentos de aislamiento del derecho de la política –que se han producido, según el ámbito de cultura jurídica de que se trate, a través de mecanismos tales como el *common law*, el *judicial review* o control judicial de la constitucionalidad, el *stare decisis* o doctrina sobre la obligatoriedad de los precedentes, y la dogmática jurídica–, han generado un derecho despolitizado que ha ganado en el logro de seguridad jurídica, pero que, al entenderse desvinculado de la política, se ha sustraído de recibir de ésta los valores que obtiene de la legitimación democrática.

La forma de articular la mencionada tesis por parte del autor es a través de un estudio de las relaciones directas entre derecho y política (capítulo 4) y de sus relaciones indirectas (capítulos 1, 2 y 3). Estas últimas se establecen por intermedio de la moral, por lo que autor esclarece primero, las relaciones derecho-moral (relación conceptual en capítulo 1, relación justificatoria en el capítulo 2, relación interpretativa en el 3), para luego referirse a la relación moral-política, después de lo cual quedará establecido definitivamente el puente derecho-moral-política. Por último, el epílogo está dedicado al estudio de las consecuencias que una concepción política del derecho traería para la teoría y práctica jurídicas.

La polémica iusnaturalismo-positivismo se desarrolla en torno al problema conceptual del derecho, es decir, cómo es posible el desarrollo de un concepto de derecho, y especialmente qué papel juega el aspecto valorativo en su identificación. Por tanto, del punto de vista que se adopte en tal controversia se seguirá una determinada respuesta a la pregunta sobre la conexión conceptual entre derecho y moral. Aquí el autor cuestiona las respuestas que puedan ofrecer cualquiera de las posiciones en pugna, debido a la pretensión de cada una de ellas de ofrecer una definición excluyente de Derecho. En efecto, Nino, fiel a su formación analítica, se inclina por un convencionalismo moderado según el cual los conceptos son fruto de las convenciones humanas (con ciertas excepciones), y el de Derecho sería uno de aquellos conceptos. La adopción de esta postura trae como consecuencia la admisión de una pluralidad de definiciones o conceptos de derecho, cada uno de los cuales surge en dependencia del contexto del discurso en que es empleado. De este modo, constituye una respuesta negativa a la pregunta sobre la conexión conceptual entre derecho y moral, pues la vinculación deberá examinarse según el determinado concepto de derecho empleado.

A continuación el autor desarrolla diversos conceptos de derecho. Los clasifica en descriptivos y normativos. Estos últimos son aquellos que suponen la existencia de estándares que no están denotados en el concepto de derecho y reconocen que dichos estándares deben ser reconocidos en razón de principios tampoco incorporados a la definición. Los primeros, en cambio, sólo aluden a normas o principios contenidos en ellos mismos. Dentro de los conceptos descriptivos, figuran el realista, el sistemático, el institucional, y el institucional restringido. Por otra parte, distingue como conceptos normativos el llamado de *lege ferenda*, el normativo judicial amplio, el normativo judicial restringido y el normativo hipotético. Por último, el autor reconoce un concepto mixto de derecho, "que denota tanto los estándares que los jueces de hecho reconocen, como los que deben reconocer" (p. 39).

El segundo capítulo comienza previniendo sobre las diferencias entre las nociones de descriptivo y normativo –utilizadas en el primer capítulo– y la de punto de vista interno y punto de vista externo utilizada por Hart. Las diferencias anotadas son dos. Primero, la distinción descriptivo-normativo supone un nivel mayor de externalidad, la llamada perspectiva ultraexterna. Desde ella es posible contemplar globalmente las posibilidades que se siguen de la adopción de una u otra alternativa. La distinción punto de vista interno-punto de vista externo es posterior, supone una perspectiva descriptiva o normativa; sólo si se adopta la primera es posible distinguir, como lo hace Hart, entre la perspectiva de un observador (externa) y la de un participante (interna); si se adopta la segunda, en cambio, el punto de vista dominante es el interno, y aún la perspectiva externa supondría el carácter vinculante de ciertos estándares, de todo lo cual se colige que una verdadera distinción entre punto de vista interno y externo sólo puede darse desde una posición descriptiva. La segunda diferencia consiste en la extensión de la distinción. La dualidad punto de vista interno y externo (que supone la adopción de una posición descriptiva) es extensible a cualquier ámbito de la praxis humana, siempre y cuando ella sea identificada empleando conceptos descriptivos. De esta característica el autor desprende una importante conclusión: "la primacía lógica del punto de vista interno sobre el externo" (p. 47), lo que significa por una parte, que para el desarrollo del punto de vista externo es indispensable la existencia de sujetos que adopten el punto de vista interno, y por otra, que la observación externa requiere, para desarrollarse, considerar el contenido proposicional del punto de vista interno.

Todo lo anterior es utilizado como base para referirse a dos fenómenos de la esfera práctica: la Moral y el Derecho. Con respecto a la primera se señala que en la modernidad, junto a la moral positiva, se ha acoplado una práctica discursiva que sirve como de reproducción y crítica de la primera. Si se adopta

una visión descriptiva, será posible situarse en un punto de vista externo, desde el cual se puede dar explicación de las causas de esa práctica, pero tal explicación será solamente parcial si no se conoce también el punto de vista interno. Con respecto al derecho se llega a similar conclusión: la utilización de un concepto descriptivo hace necesario el desarrollo de ambos puntos de vista, interno y externo. Ahora bien, esa perspectiva interna, según Nino, está en conexión indisoluble con la perspectiva interna de la práctica discursiva de la moral a que antes se hizo referencia: "la perspectiva externa del derecho como práctica social se distorsiona si no relaciona explicativamente esa práctica social con la práctica social del discurso moral" (p. 50).

Luego, el autor realiza una identificación del derecho desde el punto de vista externo, supuesta una posición descriptiva, es decir, adopta para tal tarea, la visión de un observador totalmente externo a la sociedad que examina. Tras el trabajo de aproximación a la realidad identificatoria del derecho, llega a un concepto descriptivo judicial institucionalizado de derecho: derecho es el "conjunto de proposiciones normativas con que los órganos primarios de una sociedad justifican sus decisiones acerca del uso de la coacción, por el hecho de haber sido prescritas por ciertos legisladores y autoridades" (p. 54). Ahora bien, dichas proposiciones normativas no son aludidas por el sólo hecho de haber sido prescritas por ciertos individuos, sino porque dichos individuos están autorizados para hacerlo, lo que presupone la existencia de un grupo de normas que no están directamente denotadas en el concepto, y de acuerdo a las cuales los jueces identifican a esos individuos (legisladores y autoridades). Estas normas, que sirven como base para calificar como jurídicas a otras normas, no pueden derivar su competencia, a su vez, de una norma jurídica: necesariamente este concepto de derecho alude a normas que no son jurídicas –de acuerdo al criterio establecido en este mismo concepto. Tales son las normas morales que legitiman a determinadas autoridades, por lo que la adopción de una determinada fuente de legitimación de normas jurídicas, se verá condicionada por la práctica discursiva que va acoplada a la moral positiva de la modernidad.

A continuación el autor, mediante tres ejemplos, se sitúa en la perspectiva interna, desde donde pretende demostrar la validez de su tesis sobre la inmersión del discurso justificatorio jurídico en un discurso justificatorio más amplio como el moral. A través de una revisión del problema "monismo nacional" versus "monismo internacional", de la problemática sobre la validez de las normas de *facto* y del tema del control judicial de constitucionalidad, concluye que a ninguno de estos tres problemas se les ha dado solución –ni se les podrá dar– teniendo sólo en cuenta el contenido del propio sistema jurídico, sino que es necesario apelar a consideraciones valorativas externas. La misma conclusión

arroja el análisis hecho desde la perspectiva ultraexterna –perspectiva de los iusfilósofos, que describen rasgos comunes a todos los sistemas jurídicos y "que forman parte del esquema conceptual básico de cualquier discurso jurídico" (p. 71)– del uso que, en la perspectiva interna, se hace de un concepto elemental en todo derecho: el de validez jurídica. El autor demuestra a través de dos ejemplos (el de la variación de la regla de reconocimiento a través del tiempo, y de la validez de las normas no sancionadas de acuerdo a las condiciones establecidas por la normas superior) la insuficiencia de un concepto meramente descriptivo de validez, y la necesidad de la adopción de un concepto de validez como fuerza obligatoria moral, el que de ese modo pasaría a servir de puente entre el discurso jurídico y un discurso justificatorio más amplio, el moral.

De todo el análisis anterior, Nino concluye que el discurso moral de la modernidad tiene un carácter imperialista, es decir, cualquier justificación de acciones –también la justificación jurídica que defiende la pertenencia de una norma a un sistema jurídico– deriva de razones morales. Por otra parte también puede concluirse que el enfoque descriptivo, desde el punto de vista externo, requiere para tener una visión real del fenómeno jurídico, el conocimiento del punto de vista interno. Por último, si es que los conceptos deben adecuarse a las necesidades del discurso, la conexión esencial entre el discurso justificatorio moral y el jurídico debe verse reflejada en los esquemas conceptuales empleados.

En el tercer capítulo el autor trata una nueva dimensión de la conexión Moral y Derecho, la interpretativa. Esto significa que la tarea de interpretación del derecho remite a principios morales, cuestión que pone de manifiesto a través de la revisión de las distintas etapas de la interpretación de los materiales jurídicos. La interpretación consiste en la transformación de los materiales jurídicos –actos lingüísticos, textos o prácticas sociales–, objetos inapropiados para intervenir en un razonamiento práctico, en proposiciones o juicios que sí lo sean. El primer paso que implica esta tarea es elegir un criterio para asignar significado a los materiales jurídicos: podrá utilizarse un criterio subjetivo que privilegie la intención del autor del texto o del agente del acto lingüístico o práctica social; un criterio objetivo, según el cual debe primar el uso común de las expresiones empleadas en dichos materiales, o, un criterio mixto. Pero la elección de cualquiera de ellos supondrá un acto valorativo. Luego corresponderá la tarea empírica de aplicar el criterio seleccionado al texto, acto o práctica en el otorgamiento de significado, paso en el que al aparecen ciertas indeterminaciones (semánticas, sintácticas y pragmáticas) que sólo pueden ser superadas a partir de consideraciones valorativas, pues, ni aun las normas de

interpretación que el propio derecho establece para estos casos están libres de imprecisiones de esta especie. Posteriormente se inferirán las consecuencias lógicas que permiten un acercamiento de la proposición normativa abstracta al caso en cuestión, trabajo en que surgirán un nuevo tipo de indeterminaciones, esta vez lógicas: lagunas, contradicciones y redundancias. Dado que los criterios de superación de este tipo de indeterminaciones contenidos en el propio derecho presentan ellos mismos problemas de interpretación, y que muchas veces una vez aplicados, dejan subsistente un margen de libertad en la comprensión del material jurídico, es necesario reconocer que inevitablemente la tarea de superación de este tipo de indeterminaciones implica la ampliación de criterios valorativos. A la misma conclusión se llega al estudiar el último paso de este proceso de interpretación, que es la derivación de implicaciones lógicas teniendo en vista las peculiaridades del caso específico que se enfrenta.

Esta tesis de la conexión interpretativa entre derecho y moral, implica el rechazo a todos aquellos modelos jurídicos que encubren esa dimensión valorativa en el proceso interpretativo y, por tanto, utilizan un esquema conceptual que no se adapta a las necesidades reales del discurso de jueces y juristas que es valorativo. Como ejemplo de tales modelos presenta la Dogmática Jurídica, que a juicio del autor, tras una aparente neutralidad valorativa, en forma encubierta recurre a valoraciones no sometidas a discusión crítica, y que son presentadas como consecuencia de una supuesta necesidad científica. También somete a crítica los modelos propuestos por iusfilósofos (la teoría del derecho de Kelsen, la teoría de Ross y la de Alchourrón y Bulygin) por no ser reflejo de la real actividad que desarrollan los juristas, y por tanto, no utilizar esquemas conceptuales que se adapten a las necesidades de ella. Finalmente el autor enfrenta la interpretación de materiales jurídicos y la búsqueda de justificación de soluciones en cuatro ítems específicos del fenómeno normativo jurídico: prescripciones, juicios constatativos de prescripciones, juicios normativos puros y juicios normativos de adhesión.

El cuarto capítulo tiene por objeto demostrar de qué manera el derecho tiene una dimensión política, en tanto las acciones y decisiones que se tomen en aquel ámbito deben tener en cuenta las acciones y decisiones de otros. Este carácter del derecho es desarrollado en dos frentes. Primero, explicando las consecuencias que su omisión acarrearía —y cómo éstas se superan si es tomado en cuenta—, y luego, esclareciendo sus efectos en la comprensión de las funciones del derecho.

La conexión directa del derecho con la moral significa reconocer el carácter de acción colectiva de aquél, es decir, que las acciones y decisiones jurídicas participan de una obra colectiva de la que son contribuciones sólo parciales, y

como tales, están condicionadas –en vista de la obra común– por las contribuciones que los demás participantes han hecho en el pasado o harán en el futuro. Esto significa que el actor jurídico debe reconocer que su acción no tan sólo alcanza vínculos con la moral (justificatorios e interpretativos), sino también con el contexto en que se realiza. Pero descartando enfoques como los de Burke, Dworkin o MacIntyre, este reconocimiento no implica necesariamente la aceptación de la práctica colectiva, sino que ésta será enjuiciada a partir de los principios autónomos de moralidad social. Si hay razones que legitimen la práctica colectiva constituida por el derecho positivo, no existiendo una alternativa realista que alcance mayor legitimidad, se deberá aceptar ese orden jurídico vigente, de modo que las decisiones jurídicas particulares y aisladas no serán justificadas directamente por los principios de moralidad sino mediatemente, a través de la práctica colectiva que es el derecho. De esta manera las decisiones jurídicas particulares para alcanzar tal justificación deberán contribuir a la preservación de la práctica e intentar aproximarla a los principios de moralidad (aún cuando no se llegue a soluciones óptimas, un tipo de razonamiento que Nino denomina "la segunda mejor opción").

El autor se encarga de recalcar que lo anterior no significa afirmar una autonomía del discurso jurídico frente a la moral, pues éste siempre estará presente como fundamento último de la práctica colectiva, y como tal, determinando sus resultados, y, por otra parte, porque también los principios de moralidad tendrán una aplicación directa en el derecho, ya guiando la evolución que pueda experimentar, ya ayudando a superar las indeterminaciones que la práctica jurídica presente.

Este carácter político del derecho permitiría evitar dos aparentes contradicciones que surgirían de una concepción de la vinculación derecho-política exclusivamente indirecta (es decir, vía moral). La primera es la paradoja de la superfluidad del derecho, según la cual el derecho sería innecesario para justificar las acciones y decisiones, pues en último término dicha justificación el derecho la arrancará de la moral. Pues bien, si tenemos presente que el derecho es una práctica colectiva, las acciones y decisiones tomadas en ese ámbito, deben justificarse en el contexto del que participan –si no se quiere que pierdan toda relevancia social–, sin perjuicio de que ese mismo contexto es un objeto de referencia de los principios morales fundamentales que lo justifican. En cuanto a la segunda paradoja, la de la indeterminación radical del derecho, es decir, que la interpretación del derecho va a depender totalmente de los principios valorativos que adoptemos, siendo irrelevante aquél en la tarea interpretativa; esta es rechazada, pues si se entiende al derecho como práctica colectiva, se concluirá que éste no sólo está integrado por textos, actos

lingüísticos o prácticas, sino también por convenciones interpretativas, que unidas a la práctica misma recibe su justificación de los principios morales. Por último, trata de las funciones sociales del derecho, el permitir superar conflictos y facilitar la cooperación, desarrollando esta última. Las acciones colectivas que se desarrollan en una sociedad suelen presentar problemas que les impiden alcanzar resultados eficientes, debido a la existencia de estructuras de interacción que lo impiden ("el dilema de prisioneros", caso del *free rider* o colado, "el juego de asegurar", etc.), y de acuerdo a las cuales cuando los participantes en esa acción toman opciones sin considerar las acciones los demás, se acaba por frustrar el autointerés de cada uno. El derecho es una solución a este problema permitiendo la cooperación a través de otras acciones colectivas, mediante al mecanismo de la coacción. Pero como tal perspectiva es insuficiente, pues posibilitaría nuevos problemas de interacción, se hace necesario acudir a un segundo mecanismo a través del cual el derecho cumple la función de facilitar la cooperación: el de la autoridad. Es decir, que los individuos no obedezcan sólo por miedo a ser sancionados, sino porque, de acuerdo a un juicio de índole moral, juzgan legítima a la autoridad que prescribe el derecho. Por tanto, para que el derecho pueda cumplir su función social, los actores jurídicos deben estar de acuerdo sobre la legitimidad moral de las prescripciones jurídicas. Tanto esta función social del derecho como su mecanismo de autoridad deben ser recogidos por un concepto descriptivo de derecho.

En el último capítulo el autor estudia qué teoría moral posibilita una conexión de ésta con la política —y por tanto, entre moral y derecho—, y qué visión de la política, particularmente de la política democrática, está abierta hacia una vinculación con la moral. En cuanto a lo primero, se dividen las teorías metaéticas, —"posiciones sobre los juicios morales y sobre la forma de fundamentarlos" (p. 161)—, en dos grandes grupos comprensivos de otras clasificaciones: individualismo y societarismo. El individualismo consiste en afirmar que la moral se constituye o se conoce por actos de individuos considerados aisladamente; el societarismo, sostiene que la moral se constituye o se conoce a través de actos colectivos (convenciones, acciones colectivas, procesos de deliberación social). La posición que en este punto se adopte determina si se concibe a la moral —y por consiguiente, al derecho— como abierta o cerrada a la política, pues una visión de la moral como fenómeno individual impediría esta conexión.

Posteriormente, el autor examina las teorías metaéticas en boga que pueden fundamentar una opción en esta disyuntiva, distinguiendo el plano de la discusión ontológica (es decir, sobre la constitución de los principios o hechos

morales) y el plano de la discusión epistemológica (referido al conocimiento de tales principios). En el primer plano se revisa el intento de derivar principios sustantivos de condiciones necesarias para el razonamiento práctico (Kant) y la teoría de los presupuestos de la práctica social del discurso moral (Apel, Habermas, Ackerman), según la cual los principios morales se constituyen a partir de presupuestos de la práctica deliberativa de justificar acciones y decisiones. De acuerdo a lo anterior, a partir de presupuestos como los de las condiciones formales de generalidad, universalidad, supervivencia, publicidad, etc., se derivan principios sustantivos que establecen un conjunto de derechos fundamentales: principio de la autonomía, de la inviolabilidad y de la dignidad de la persona. Sin embargo ambas teorías son igualmente compatible con posturas individuales o colectivas en materia de conocimiento moral, por lo que la discusión se traslada a este último plano. Aquí, entre un individualismo extremo (los principios morales intersubjetivos se conocen por reflexión aislada) y un colectivismo epistémico (el conocimiento moral se lograría en el consenso efectivo fruto de una discusión que cumpla ciertas condiciones), el autor se inclina por una posición intermedia, es decir, afirma que el consenso efectivo es una forma privilegiada de conocimiento moral, pues cuando lo hay es altamente probable que la solución sea la correcta, todo lo cual no implica negar la posibilidad de alcanzar dicho conocimiento por reflexión individual. De esta manera la moral ya no es vista como cuestión de cada persona, sino como un fenómeno social, y como tal, abierto a la política.

En cuanto a las teorías relativas a la política democrática, se rechazan aquellas que visualizan la política como un área de la actividad social que sólo tiene por objeto conciliar las distintas preferencias de autointerés de cada individuo, descartando la posibilidad de trascender ese autointerés hacia la búsqueda de soluciones moralmente correctas. Sin embargo, el autor apunta que la gran falencia de ésta visión es el olvido de que aun para la satisfacción del autointerés es necesario un sistema de compatibilización de intereses personales, lo que conllevaría a una estructura de interacción frustrante. Por tanto, la única manera de evitar estas consecuencias es adoptar una visión de la política democrática orientada a la modificación moral de los intereses de los individuos, es decir, una visión moralizante de la democracia. De esta forma el procedimiento democrático puede verse como un sucedáneo del discurso moral en su dimensión epistémica, con un valor comparativo, en cuanto a ciertas condiciones, relativo y excluyente, no pudiéndose inferir por tanto, que lo que decide la mayoría es siempre correcto. Finalmente, a partir de estas nuevas relaciones expuestas entre derecho, moral y política, vuelve sobre las paradojas de superfluidez e indeterminación radical del derecho.

De toda esta visión del derecho se concluye que éste es el resultado de una combinación de principios ideales que proveen razones justificatorias operativas que son aplicadas no sobre acciones y decisiones individuales, sino sobre prácticas sociales y son cognoscibles a través del proceso democrático, bajo ciertas condiciones. Esta tridimensionalidad –ideal, procesal y convencional– constituye el valor interno y propio del derecho, valor que debe maximizarse en la práctica jurídica.

En cuanto a las tareas que se infieren para la teoría jurídica, dependerá del punto de vista que se adopte. Para la "ciencia del derecho positivo", que tiene por misión auxiliar a la práctica jurídica, a partir de un punto de vista interno, debe buscar respuestas a las diferentes áreas del derecho sobre la base de los principios autónomos de justicia y moralidad social, abandonando la pretensión de neutralidad valorativa. Respecto a la "teoría general del derecho", debe realizar una tarea similar pero relativa a la formulación especulativa de principios normativos y del sustrato lógico-conceptual necesario para su formulación.

Esta obra de Nino, en síntesis, constituye un excelente medio para quien desee adquirir una visión global de su pensamiento, ya que, al consistir en un estudio de la relación de distintos ámbitos, ofrece la oportunidad para que sea expuesta su posición en cada una de ellas. Además, su estilo claro y directo, permite constatar la coherencia y sistematicidad que había alcanzado su elaboración intelectual. En cuanto al fondo, *Derecho, moral y política* es un agudo desarrollo que intenta dejar en claro el no aislamiento del derecho y su especial dependencia de la moral, por lo que en gran parte, la consistencia de las tesis debe ser evaluada a la luz del sustento ofrecido por la concepción moral postulada. Es principalmente aquí, donde el planteamiento del autor puede ser objeto de críticas, pues una moral construida sobre presupuestos de hecho no parece ofrecer mucha mayor solidez en la solución de los problemas denunciados, que la que una concepción aislada del derecho permite, con el agravante de poner en juego la seguridad jurídica que esta última había conquistado.

W. Marcelo Torres Cáceres