

El principio constitucional de razonabilidad: entre las razones justificadorias y la relevancia del derecho *

The reasonableness principle: between justificatory
reasons and the relevance of law

Por Matías Pedernera Allende
(UNC – Poder Judicial de la Provincia de Córdoba)

Resumen

El principio constitucional de razonabilidad ha sido de uso frecuente en la jurisprudencia argentina. Su aplicación ha operado como una práctica de pedir razones que justifiquen las normas jurídicas del sistema. En este trabajo se intentará mostrar cómo la aplicación de dicho principio supone el recurso a un marco justificatorio del derecho más amplio: las normas morales. Para ello, se realizará una descripción de la tesis de Carlos Nino sobre la “no insularidad” del discurso jurídico y de la práctica constitucional del principio de razonabilidad. Finalmente, si el razonamiento moral es determinante en la adopción de decisiones jurídicas, será necesario abordar el problema relativo a la relevancia del derecho.

Palabras clave

Principio de Razonabilidad – Razonamiento práctico – Derecho y moral – Justificación del Derecho – Paradoja de la Irrelevancia

* Recibido el 31/10/14 y aprobado para su publicación el 12/11/15

Abstract

The constitutional principle of reasonableness has been used frequently in argentinian jurisprudence. Its application has operated like a practice to demand justifying reasons of system's legal rules. This paper will try to show how the application of this principle supposes the remission to a large justifying context of law: moral rules. For that, it will make a description of Carlos Nino's thesis about "not insularity" of legal speech and a description of the constitutional practice of the reasonableness principle. Finally, if the moral reasoning is important in the adoption of legal decisions, it will be necessary to tackle the problem related to the relevance of law.

Key words

Reasonableness Principle – Practical reasoning – Law and moral – Justification of Law
– Paradox of the irrelevance

Introducción

Desde antaño, la jurisprudencia constitucional argentina viene aplicando un principio constitucional a numerosos casos traídos a su conocimiento: el principio de razonabilidad. La aplicación del principio ha presentado una notoria evolución, pero básicamente ha consistido en la anulación en sede judicial, de determinadas normas jurídicas cuando éstas regulan irrazonablemente derechos fundamentales, desnaturalizándolos.

De esa práctica surge la pregunta acerca del carácter del control de constitucionalidad basado en la exigencia de razonabilidad: ¿Se agota en la consideración de meras justificaciones normativas?, o ¿se extiende a consideraciones de índole moral?

En este trabajo se intentará mostrar, que la justificación última del principio de razonabilidad se encuentra en razones no exclusivamente jurídicas y positivas. Para ello, se realizará primero una descripción de la relación justificatoria entre derecho y moral postulada por Carlos S. Nino, y, segundo, se intentará mostrar cómo la práctica constitucional confirma dicha tesis. Junto a ello y en tercer lugar, será preciso intentar resolver, al menos parcialmente, cómo es que el derecho sigue siendo relevante toda vez que las normas morales constituyen su marco justificatorio.

La tesis de Nino sobre la conexión justificatoria entre derecho y moral

En este primer apartado, se describirá la propuesta de Carlos Nino en su libro (1994) “Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del derecho”. En dicha obra, el autor explora las posibles conexiones existentes entre el derecho con la moral y la política, de las cuales aquí se considerará la conexión justificatoria entre derecho y moral.

Según Nino, hay al menos un sentido en el cual derecho y moral tienen contacto: el sentido justificatorio. A esta conclusión llega luego de transitar dos puntos de vista desde los cuales puede estudiarse el derecho: el interno y el externo (Nino, 1994: 42).

La consideración del derecho desde un punto de vista externo supone la observación de un sujeto ajeno a la práctica jurídica, y supone también un concepto descriptivo de derecho. ¿Cómo “decide” este sujeto qué será considerado como derecho en determinada sociedad?

Nino señala al encargado de esa tarea de identificación como un “fisiólogo del derecho”. Éste comenzará su búsqueda, y en primera instancia se verá tentado a identificar al derecho con los actos verbales o textuales de sujetos que exhiben cierto poder. Pero en sociedades más complejas, hay muchos individuos que provocan comportamientos en otros por esos medios y se correrá el riesgo de confundir al derecho con otras prácticas (v. gr: religiosas, deportivas, etc.).

El fisiólogo identificará luego a la coacción como elemento relevante. Pero ella no agota la búsqueda. Los legisladores, sujetos que se consideran autorizados para emitir prescripciones, son obedecidos por otros (jueces), y esa relación causal se da por medio de actos lingüísticos con un significado determinado. Las proposiciones de los legisladores no tienen la misma fuerza que una proposición de cualquier otro ciudadano, y nuevamente el sujeto se verá tentado a identificarlas como derecho.

Sin embargo, esa identificación no podría darse simplemente, porque en relación con las proposiciones del legislador intervienen otros sujetos, los jueces (órganos primarios) que las aplican a casos concretos. No obstante, aunque se aprecie la importancia del rol de los jueces, no es menor el que les corresponde a los legisladores ya que concentran mayor poder que los jueces y cumplen una función causal respecto de las prescripciones que aplican los jueces. De ello surge un concepto de derecho denominado por Nino (1994) “concepto descriptivo judicial institucionalizado de derecho” que comprende al “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 prescriptas por ciertos legisladores o autoridades” (Nino, 1994: 54).

Pero este concepto descriptivo de derecho presenta al menos un problema. El que surge cuando las proposiciones normativas de los jueces son justificadas en el mero hecho de que los legisladores prescriban dichas proposiciones. Es decir, el problema hace referencia a la pregunta acerca de por qué las prescripciones de los legisladores deben ser obedecidas. Se trataría, según Nino, de dos órdenes normativos: las normas emanadas del legislador, y aquellas que permiten identificar al legislador como el sujeto habilitado para dictar las reglas que el juez deberá aplicar.

Obviamente, explica Nino, podría transitarse una cadena normativa en búsqueda de normas que determinen la competencia del legislador. Pero llegará un punto en que dicha cadena se agotará, y con ella las razones jurídicas (normativas) que lo legitiman.

Dada esta situación, cabría indagar acerca de las normas que atribuyen competencia al legislador, y que vinculan a los jueces. Nino concluye en la imposibilidad explicativa que ofrece el mero hecho de que el legislador prescriba la norma. Sencillamente porque el carácter normativo de las reglas de competencia no podría obtenerse del carácter fáctico de la mera prescripción. Siendo esto así, se hace necesario encontrar una fuente de donde derive aquella normatividad, y el autor la encuentra en las normas morales.

Así, desde un punto de vista interno el fenómeno jurídico se encuentra necesariamente ligado a normas no jurídicas, por cuanto éstas permiten la determinación del agente legitimado para el dictado de normas jurídicas. Es decir, que las normas morales resultan necesarias en última instancia, para identificar normas jurídicas.

Esta conexión de tipo justificatorio entre derecho y moral, se ve probada por un elemento importante: la posibilidad de crítica de las normas jurídicas. En efecto, el juez no debería aplicar la norma dictada por el legislador sin más. En ocasiones podrá exigir razones que sustenten la competencia del legislador en ese caso, y que por tanto, doten de validez a la norma jurídica.

Desde una perspectiva interna, Nino intenta demostrar a través de tres casos, cómo la última palabra en materia de justificación del derecho, queda circunscripta al campo de la moral.

Así, en primer lugar, hace referencia a la polémica suscitada en torno a las relaciones entre el derecho internacional y el interno, la cuestión acerca de cuál debe prevalecer. Señala Nino que las posturas que sostienen la primacía tanto de un orden como de otro, incurren en un razonamiento circular, ya que ambas se apoyan en una norma, sea interna o internacional. Por el contrario, el recurso a elementos extrajurídicos tales como la soberanía de los estados, o consideraciones acerca de los derechos humanos, conducen a una solución por fuera de sistema jurídico alguno (Nino, 1994: 62).

En segundo lugar, trata el problema provocado por las normas emanadas de gobiernos de facto en Argentina. Considera las aporías que aparejaba la ley de “autoamnistía”, por la cual el gobierno militar declaraba la impunidad de crímenes cometidos durante el gobierno de facto. Así, señala por un lado la antijuridicidad que implicaba dejar impunes esos crímenes, y por el otro el obstáculo que significaba para la justicia de esos casos, la aplicación del principio de ley penal más benigna, y la prohibición de retroactividad en materia penal.

La solución a esa cuestión, señala Nino, se encontró fuera del propio sistema jurídico. Así, la jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema había intentado derivar una consecuencia normativa como es la validez de las normas de facto, de una propiedad fáctica, como es la asunción del poder. La impugnación de ese “paso”, y la

posterior anulación de las normas de facto, se dio en el marco de consideraciones en el marco del “deber ser” pero externas al sistema: la validez depende de la legitimidad, y ésta surge del proceso democrático.

Finalmente, el profesor argentino observa que el mismo control de constitucionalidad no podría encontrar justificación última en el sistema jurídico legal. Así podría ocurrir que una ley recepte el principio del control de constitucionalidad, pero un juez bien podría declararla inconstitucional. Incluso la misma Constitución podría establecer ese principio, pero el proceso democrático podría no estar de acuerdo con esa convención distante en el tiempo. De modo que en este caso también se requerirían apreciaciones valorativas sobre la democracia y los derechos fundamentales que justifiquen la revisión judicial a cargo de los jueces.

Nino trata una última cuestión como respaldo de sus tesis sobre la justificación del derecho. El concepto de validez jurídica, genera algunos problemas tal como lo plantean algunos autores. Esos problemas encuentran solución cuando se admite la no insularidad del discurso jurídico. Además, para la postura que aquí se describe, el concepto de validez adquiere una función importante, por cuanto sirve de puente entre el discurso jurídico y el discurso moral.

El autor advierte las aporías que provoca la adopción de un criterio descriptivo de validez, relacionada a la pertenencia de una norma a cierto sistema jurídico o a la eficacia de ésta. Ello por cuanto se pretenden resolver con ese mismo criterio, problemas de tipo normativo o justificatorio.

Uno de esos problemas está dado por la variación de reglas de reconocimiento a través del tiempo. Cuando una norma fundamental, que no reconoce otra norma superior que le otorgue validez, es modificada, surge la pregunta acerca de dónde obtiene su validez. Argumentar que la obtiene de sí misma no sería una opción lógica, y alegar que la obtiene de la norma anterior reemplazada, tampoco, porque ésta ya no existe.

Nino ofrece como solución al problema, la postulación de normas de reconocimiento más elementales que las que generan el problema, normas de tipo implícito. En última instancia, siguiendo una cadena de reglas de reconocimiento implícitas, se llega a una práctica más básica que la propia Constitución, práctica que prescribe su observancia. Como esta regla fundamental no se identifica con la Constitución, pero le otorga validez, se trata de una regla práctica extrajurídica, es decir, situada en el campo de la moral.

Otro de los problemas surge de la definición de la validez jurídica como pertenencia a un sistema jurídico determinado. Cuando una norma no cumple con los presupuestos básicos para ser parte de un determinado sistema, y aun así continúa vigente, entonces –señala Nino- aquella definición de validez pierde sentido.

A continuación, el autor distingue entre dos posibles sentidos de la expresión “validez”. Uno de ellos, de carácter descriptivo, se refiere a la pertenencia a un sistema. Y el otro, de tipo normativo, hace referencia a la fuerza obligatoria de una norma. Una norma que no reúne las condiciones de existencia exigidas por un sistema, no pertenece a ese sistema. Pero de hecho puede ocurrir que de todos modos esa norma sea

obligatoria (v. gr: una norma que aún no se declaró inconstitucional). Surge entonces la pregunta acerca de dónde proviene la obligatoriedad de esa norma.

Parafraseando a Bulygin, Nino señala que dicha norma “puede tener fuerza obligatoria en algunos casos si hay alguna norma que tiene a su vez fuerza obligatoria y que establece que esa norma debe ser aplicada u obedecida bajo ciertas condiciones” (Nino, 1994: 78). Sin embargo, en relación al problema que se mencionó supra, la justificación última de las normas no está en ellas, sino en normas básicas de naturaleza no legislativa. Luego, las normas morales no sólo transmiten fuerza obligatoria a las normas jurídicas básicas, sino que transmiten esa obligatoriedad a normas inferiores cuando no han satisfecho las condiciones de pertenencia al sistema, y justifican acciones o decisiones judiciales.

La tesis de “no insularidad del discurso jurídico” planteada por Nino, supone un necesario respaldo de razones jurídicas en razones morales. Ello debido al carácter “imperialista” que el autor atribuye a la moral positiva de la modernidad¹.

El desarrollo descriptivo precedente sirve de marco justificatorio para una práctica constitucional en desarrollo como es el empleo del principio de razonabilidad. Éste supondría una instancia para verificar las razones morales que respaldan normas jurídicas, y la posibilidad de rechazar aquellas normas que no se encuentren sostenidas por buenas razones.

El principio de razonabilidad: práctica de pedir y dar razones

El principio de razonabilidad en la práctica constitucional argentina

El artículo 28 de la Constitución argentina recepta lo que la jurisprudencia y la doctrina han denominado principio de razonabilidad. La mencionada norma prescribe: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

El dispositivo citado reconoce como antecedente al artículo 20 del “Proyecto de Constitución” de Juan Bautista Alberdi que expresaba: “Las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero el Congreso no podría dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere en su esencia” (Cianciardo, 2009: 42). El jurista argentino hacía hincapié, en los capítulos XVI, XVII, XVIII y XXXIII de sus “Bases”, en la necesidad de evitar, mediante una disposición como la citada, la imprevisión a la que ha dado lugar su ausencia en otras constituciones sudamericanas. Puntualmente se refería a la Constitución de Bolivia, donde los derechos y garantías enumerados, quedaban librados a la total discrecionalidad del legislador:

¹ La idea del carácter imperialista de la moral positiva, supone en el pensamiento de Nino, precisamente que los discursos justificatorios no están aislados sino unidos. Es decir, las razones morales constituirían el sustrato de normatividad que se erige a la vez en condición de corrección y parámetro de evaluación de otros órdenes prácticos, v. gr: el derecho, las reglas de juegos, etc.

éste tenía un poder amplísimo de decisión sobre aquellos, pudiendo llegar incluso a su desnaturalización, haciendo que la Constitución rigiera con el permiso de las leyes (Linares, 1989: 160).

De todos modos, a pesar de la explicación que aporta el antecedente, la norma del art. 28 se muestra demasiado amplia. Por eso, ha sido la jurisprudencia la encargada de delimitar los perfiles de la regla constitucional. De hecho, la misma expresión “razonabilidad” se origina en la jurisprudencia de la Corte Suprema en la década del veinte del siglo anterior (Linares, 1989:160).

La jurisprudencia constitucional nunca definió de un modo preciso a la regla del art. 28. Al hacer referencia a ella se emplearon expresiones de significativa vaguedad. Esto llevó a la doctrina a calificar al principio como “fórmula elástica” o “concepto flexible” (Linares, 1989:24). De todos modos, se tornó clásica la conceptualización de la razonabilidad como una *relación de medios a fines* (Fallos, 118:278).

El control de la adecuación de la medida legislativa y los fines constitucionales perseguidos, históricamente se realizó con prescindencia de los derechos fundamentales comprometidos. Esa verificación se realizaba entre la disposición legal y fines como el “bien común” o “la prosperidad de la Nación” (Maurino, 2010). Obsérvese, de qué modo el carácter indeterminado de uno de los elementos de comparación, la finalidad, ha operado como puente entre el razonamiento jurídico y el razonamiento moral. Es decir, el ámbito legal no ha sido suficiente para precisar lo que debe entenderse por “bien común”, por ejemplo; en consecuencia, ese concepto al que se le asignó una función normativa, extrajo su carácter práctico de razones morales.

Así, la aplicación del principio de razonabilidad significó un control que iba más allá de la simple verificación de la pertenencia de la norma al sistema. La verificación judicial extendió el concepto de validez al contenido sustancial de la norma, el que debía encontrarse justificado, en este caso, por su coherencia con un concepto práctico indeterminado.

La determinación conceptual de la finalidad constitucional, supuso el ejercicio de otra conexión entre derecho y moral postulada por Carlos Nino: la conexión interpretativa. De ese modo, la determinación de expresiones tales como “bienestar general”, no podría haberse realizado sin opciones valorativas (Nino, 1994: 95). Se advierte así, el papel justificatorio de la moral en la adopción de decisiones constitucionales, al que se llega a través de un puente interpretativo.

Aquello se puede observar con claridad en dos ejemplos que presta la historia jurisprudencial de la CSJN: los casos “Ercolano c. Lanteri de Renshaw” (*Fallos*, 136:170) y “Horta c. Harguindeguy” (*Fallos*, 137:47). En el primero, se declaró la constitucionalidad de una ley que congelaba precios de alquileres justificándola en razones de interés general. Con una diferencia de cuatro meses, en el segundo caso se declaraba la inconstitucionalidad de aquella ley por entender que violaba los derechos emanados de un contrato. La diversa solución a ambos casos, requirió al menos una distinta apreciación de la finalidad constitucional, lo que no podría haberse sostenido en razones intrasistémicas, sino en la alegación de diversas razones morales.

Con algunas variantes, la jurisprudencia posterior a 1983 comenzó a hacer hincapié en los derechos fundamentales. La conceptualización de la razonabilidad se tradujo en la adopción del *juicio de proporcionalidad*, que se compone de tres subprincipios.

Primero, mediante el juicio de adecuación o idoneidad se procura vislumbrar si la medida reglamentaria de un derecho subjetivo constitucional es adecuada o idónea para el logro del fin que se propone. Precisamente lo que se exige es que la norma limitante tenga un fin, y que ese fin se encuentre entre los constitucionalmente previstos; que la medida tenga la capacidad suficiente para el logro de ese fin; y en algunos casos se exige cierta relevancia social de la regulación (Cianciardo, 2009: 64)². En segundo lugar, a través del juicio de necesidad se intenta constatar si la medida adoptada es la menos restrictiva de los derechos fundamentales, de entre otras medidas igualmente eficaces (Cianciardo, 2009:82). En el tercer subprincipio, llamado de “proporcionalidad *stricto sensu*” se busca un equilibrio entre la media legislativa que afecta un derecho fundamental, y la finalidad constitucional. Es decir, aun cuando la medida sea idónea para el logro de un fin constitucional, y sea la menos restrictiva, aún puede ser exagerada respecto de aquello que procura. Este subprincipio procura evitar esa exageración buscando una mesura. En otras palabras, “el principio de razonabilidad”, en su triple composición se orienta, en definitiva, hacia la justificación de la medida enjuiciada” (Cianciardo, 2009: 113).

El razonamiento moral como elemento determinante del principio de razonabilidad

A continuación intentará mostrarse mediante ejemplos jurisprudenciales, cómo el razonamiento moral constituye la justificación última del derecho, y cómo resulta necesario para el ejercicio del control del constitucional por medio de la aplicación del principio de razonabilidad.

Uno de los casos más ilustrativos de la jurisprudencia sobre razonabilidad, luego de 1983, es el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Arenzón, Gabriel D. c. Gobierno nacional, Ministerio de Educación -Dirección Nacional de Sanidad Escolar” (*Fallos*, 306:400). En esa causa, se discutió la razonabilidad de una norma administrativa que establecía como requisito para acceder a un instituto de capacitación docente una talla mínima de 1,60 mts. Los jueces de la Corte determinaron la inconstitucionalidad de esa reglamentación ya que “la resolución 957/81 del Ministerio de Educación con arreglo a la cual se exige una estatura mínima de 1,60 mts. a los varones que deseen ingresar al Instituto Nacional Superior del Profesorado doctor Joaquín V. González para seguir estudios de Matemática y Astronomía, comporta una reglamentación manifiestamente irrazonable de los derechos de enseñar y aprender (...), afecta la dignidad de las personas que inicualemente discrimina, y, por lo mismo,

² El autor indica respecto del tercer aspecto, que la relevancia social no siempre es exigida pero que conforme a la naturaleza del derecho puede ser necesaria, como en el caso del derecho a la igualdad en los supuestos de *escrutinio estricto*, conforme al criterio de la Corte norteamericana.

conculca las garantías consagradas en los arts. 14, 16, 19 y 28 de la Constitución Nacional” (considerando 5º, voto particular de los jueces Belluscio y Petracchi).

Pero la conexión entre derecho y moral se ve explicitada al considerarse las razones que sustenta la parte demandada (Ministerio de Educación de la Pcia. de Buenos Aires) y las razones –contrarias– que sostuvieron los jueces. Así, basándose en los derechos constitucionales de enseñar y aprender los defensores de la norma atacada se basaron vagamente en estudios que supuestamente determinaban “que una talla muy por debajo de la media normal para el sexo de que se trata, constituye un serio obstáculo para el buen desempeño docente, cualquiera sean las restantes condiciones personales e intelectuales que reúna el interesado”. Lo que el tribunal completó con argumentos de una causa análoga que sostenían que “[e]l docente debe ser física, moral e intelectualmente apto para la enseñanza... La presencia del maestro debe imponerse naturalmente a los educandos. Ninguna persona con defectos físicos (la bajísima estatura entre ellos) podría ejercer pleno ascendiente sobre el sujeto de la educación... El alumno suele ser hiriente, sarcástico, y más que nunca la figura del maestro, de la maestra, debe estar 'bien plantada' frente a ellos, se debe recurrir a todos los resortes humanos para no perder autoridad. El maestro no debe ser jamás un disminuido, un apocado, para neutralizar con su fuerza física, moral e intelectual, las pullas y chanzas de los alumnos. Porque somos humanos, y porque humanos son también los niños, es que en esta profesión, tal vez más que en ninguna otra, la prestancia física es imprescindible para no interferir el complejo proceso de enseñanza y aprendizaje” (considerandos 7º y 10º).

Obsérvese que podría plantearse sin inconvenientes la relación “razonable” entre el fin constitucional “derecho de enseñar y aprender” y la medida restrictiva del derecho a enseñar que impone el requisito de altura mínima, justificándola mediante las razones de índole moral transcriptas. Sin embargo, en el caso, no sólo no fue suficiente la invocación de una norma perteneciente al sistema jurídico (art 14 CN, derecho de enseñar y aprender) y una razón moral que la respalde, sino que se exigieron “buenas razones morales” que sustentaran la invocación intrasistémica. Y así, la definición del caso, se dio por razones pertenecientes al campo moral.

Los jueces de la Corte, descalificaron la norma señalando que las razones aludidas “rebajan las calidades humanas a la mensurabilidad física, establecen acriticamente una entrañable e incomprensible relación entre alzada y eficacia en el desempeño de la tarea docente, y empequeñecen la figura de los maestros al no advertir que si éstos han de tener una vida fecunda les es forzoso ser, antes que altos, inteligentes y aptos en las técnicas de comunicación” (considerando 10º).

La prescripción constitucional “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio (...) de enseñar y aprender” (Art. 14 CN), podría –por indeterminación– dar lugar tanto a la norma que establecía límites físicos, como a la postura de los jueces de la Corte. Obsérvese cómo la prescripción legal, susceptible de acoger soluciones contradictorias resulta insuficiente para arribar al resultado final.

Para extraer una solución de una norma de semejante amplitud, han sido necesarios al menos dos recursos. Por un lado, la garantía de razonabilidad del artículo

28 y el vehículo interpretativo –creado por la doctrina y la jurisprudencia– que de él surge. Es decir, dentro del mismo sistema donde se encuentra el derecho de enseñar, hay una prescripción que señala que las reglamentaciones no deben alterar los derechos constitucionales. La construcción basada en tres subprincipios establece un procedimiento que determina cuándo se alteran los derechos. Por otro lado ese procedimiento, aunque útil, necesita en última instancia de razones morales detentadoras de la última palabra, en este caso, acerca de si la norma restrictiva es o no adecuada al fin constitucional, precisamente determinando el contenido del fin constitucional.

El problema de la irrelevancia del derecho

Del desarrollo precedente se observa la importancia fundamental del razonamiento moral para arribar a soluciones de índole jurídica, sobre todo en casos difíciles como los relacionados a la aplicación del principio de razonabilidad. En palabras de Carlos Nino, se trata del carácter “imperialista” del razonamiento moral que se conecta con el razonamiento jurídico en virtud de la unidad del razonamiento práctico (Nino, 1994: 79).

Sin embargo, dada aquella cualidad dirimente de la moral en el ámbito jurídico, surge el problema acerca de la necesidad del derecho. Es decir, si la justificación del derecho se encuentra en última instancia en razones de naturaleza moral, y si la solución para los casos de indeterminación del derecho se encuentra en aquellas razones, ¿por qué no asignar a la moral el rol que el derecho cumple en la sociedad? Se trata de dos problemas: la paradoja de la irrelevancia del gobierno y del derecho³, y el problema de la indeterminación radical del derecho, ambos identificados por Nino (Nino, 1994: 129).

Una posible respuesta a la paradoja de la irrelevancia del derecho podría encontrarse en los aportes del H.L.A. Hart. En su obra “El concepto de derecho” el autor analiza las posibles relaciones entre derecho y moral, y dedica un apartado a lo que él denomina “contenido mínimo de derecho natural”.

Si bien con un propósito diferente al de este trabajo, Hart considera al hecho de la supervivencia como una razón para que el derecho y la moral incluyan un contenido determinado (Hart, 1968: 239). Aquí se considerará al argumento de la supervivencia como una razón que manifieste la necesidad del derecho.

Señala el autor británico que, desde un punto de vista teleológico, los sucesos que acaecen a las cosas son juzgados como buenos o malos según contribuyan a la realización del fin que la cosa posee. Esta apreciación, está presente también en relación a los seres humanos. Así, caracterizar a algo como una necesidad humana que hay que

³ En la exposición del problema de la irrelevancia, se entiende el término “derecho” como “derecho justificado”, es decir, que adquiere su normatividad de razones morales. Bien podría existir –y de hecho ha existido– un orden jurídico positivo desconectado de exigencias morales, pero cuya obediencia aún resulta necesaria por razones “prudenciales”.

satisfacer, o calificar de daño o lesión a hechos sufridos por el ser humano, muestra que la propiedad de “necesario” de aquel elemento y de “perjudicial” de este otro se realiza desde un lugar, que no es otro que un determinado fin humano (Hart, 1968: 233-236).

De aquellos ejemplos se infiere que “el fin propio de la actividad humana es la sobrevivencia; y esto reposa en el simple hecho contingente de que la mayor parte de los hombres durante la mayor parte del tiempo desean continuar viviendo” (Hart, 1968: 236)⁴. Así, el carácter de bueno o malo que se atribuye a todo suceso que modifique la vida del hombre surgirá de la correspondencia o no con el deseo común de supervivencia.

Como consecuencia de lo anterior, el derecho no permanece ajeno a la influencia teleológica. La necesidad de supervivencia personal no puede estar ausente de la óptica social propia del derecho. Por el contrario, la regulación de la convivencia presupone que los hombres que conviven en sociedad desean vivir. En palabras de Hart, “nos ocupamos de medidas sociales para la existencia continuada, no de reglas para un club de suicidas” (Hart, 1968: 238).

Si el propósito general de los hombres es vivir, y dado el hecho de la convivencia con otros, luego es necesario que existan reglas sociales que preserven aquella finalidad. Si dichas reglas no tuvieran en cuenta el propósito de la supervivencia, los hombres “no tendrían razón alguna para obedecer voluntariamente ninguna regla, y sin un mínimo de cooperación voluntariamente prestada por quienes advierten que va en su interés someterse a las reglas y conservarlas, sería imposible coaccionar a quienes no las acatan voluntariamente” (Hart, 1968:239)⁵.

Siguiendo el razonamiento planteado, Hart señala una serie de hechos que pueden servir de justificación a la existencia del derecho. Así, por ejemplo, considera a la vulnerabilidad humana como una razón para establecer un sistema de prohibiciones que restrinja el uso de la violencia. Ya que “[s]i no hubiera estas reglas ¿de qué nos serviría, a seres como nosotros, tener reglas de cualquier otro tipo?” (Hart, 1968: 240). Otros hechos como la aproximada igualdad entre los hombres (es decir, que no hay nadie que pueda prescindir de los demás por la superioridad de su fuerza física o capacidad intelectual), o la limitación de los recursos disponibles para quien vive en sociedad, hacen necesario un sistema de abstenciones y concesiones mínimas que contribuyan sino al logro de la satisfacción de los bienes humanos básicos, al menos no impidan el bien referente a la conservación de la propia vida.

⁴ Hart es consciente de lo discutible que resulta considerar a la supervivencia una razón fuerte para exigir determinado contenido del derecho (y para demostrar la necesidad del derecho). Sin embargo, señala que esa conclusión se encuentra presente en las estructuras de pensamiento y de lenguaje. Así, “no podríamos sustraer el deseo general de vivir sin alterar conceptos tales como peligro y seguridad, daño y beneficio, necesidad y función, enfermedad y cura” (Hart, 1968: 238).

⁵ Un problema relativo a esta propuesta se da en la errónea derivación de consecuencias normativas (debe asegurarse la supervivencia) a partir de premisas fácticas (los hombres desean vivir). De todos modos, se ha señalado que el carácter normativo de la conclusión se origina en el “primer principio” de la razón práctica “debe hacerse el bien”; la vida es un bien, luego debe (preservarse) la vida (Finnis, 2000).

Queda claro que la vida en sociedad impone una serie de exigencias para garantizar al menos la supervivencia. Esas exigencias podrían arraigarse en la propia conciencia de cada individuo, fundamentándose en las ventajas que a todos acarrea la cooperación voluntaria con un sistema de abstenciones mínimas. Sin embargo, “todos sienten la tentación, a veces, de preferir sus propios intereses inmediatos y, en ausencia de una organización especial que descubra y castigue las faltas, muchos sucumbirían a la tentación” (Hart, 1968: 244).

En consecuencia, dada la posibilidad de que algunos usufructuando las ventajas del sistema, eludan sus obligaciones, se hace necesario establecer un sistema de sanciones “como una garantía de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen” (Hart, 1968: 244). De aquí la necesidad del derecho positivo: el objetivo común de la supervivencia requiere una garantía “fuerte” que sea determinada, susceptible de resguardar el bien humano vida, armonizar los conflictos y que a la vez sea no violenta (Cianciardo, 2010, junio).

Otra propuesta, más amplia que la anterior, es la de Finnis. Para este autor, el derecho se encuentra justificado racionalmente cuando las normas jurídicas realizan los llamados “bienes humanos básicos”. Es decir, aquellos aspectos básicos del bienestar humano que deben ser procurados y cuya necesidad es evidente (Finnis, 2000: 117)⁶.

Junto al argumento de la relevancia del derecho en aras de la cooperación, y la preservación de la vida o de ciertos bienes humanos básicos, aparece una razón adicional. La relevancia del derecho aparece de manera clara ante dos o más opciones morales que son neutras. Puede ocurrir que una vida en sociedad ordenada, pacífica o saludable exija la adopción de una de esas razones de carácter neutro (V. gr: conducir por el lado derecho o izquierdo de la calle, o el plazo para contestar una demanda). Es aquí cuando se aprecia con notoriedad el carácter necesario del derecho para coordinar conductas (Etcheverry, 2010: 228-234).

El contraste entre la ausencia y la presencia de dichas normas de coordinación repercute claramente en el desenvolvimiento de la vida de las personas. Así, “si no existiese el derecho para regular la conducta de los ciudadanos, incluso quienes estuviesen dispuestos a cumplir con lo que manda la moral, estarían sometidos a una falta de predictibilidad en la que la mayoría de los conflictos jurídicos serían resueltos por elección entre alternativas abiertas” (Etcheverry, 2010: 233). Esa falta de predictibilidad habilitaría a las autoridades para hacer un uso arbitrario o partidista del derecho, lo que contradice la justificación misma de la autoridad (Etcheverry, 2010: 233), como se señaló *supra*: el derecho debe procurar la propia realización personal y no impedirla.

⁶ El autor establece una lista no exhaustiva de siete valores básicos: vida, conocimiento, juego, experiencia estética, amistad, razonabilidad práctica y religión. Según Finnis no existe una primacía a priori de cada uno de estos bienes, pero cada bien tiene un valor que debe ser preservado.

Conclusión

El discurso jurídico no es un discurso insular. El derecho precisa de razones morales que sirvan para identificar normas jurídicas y determinar la competencia del legislador. En última instancia, el deber de obediencia a una norma legal no surge del mero hecho de su prescripción por un legislador, sino de una fuente práctica anterior que la dota de normatividad: la moral.

En el ámbito argentino, aquella tesis se ve confirmada en la aplicación del principio de razonabilidad. En efecto, la verificación de la constitucionalidad de una norma y su evaluación como razonable, amén de realizarse teniendo en cuenta parámetros técnicos como la adecuación medio a fin, o los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad; supone fundamentalmente indagar acerca de las razones que la justifican. Y no se trata simplemente de considerar las razones que respaldan una decisión legislativa, sino de exigir “buenas razones” que las sustenten.

La jurisprudencia constitucional ha mostrado cómo las razones morales han tenido la última palabra en materia de justificación de normas. Porque precisamente, el carácter indeterminado de las normas propias del sistema hacen necesario el recurso a otras razones prácticas (morales) que diriman entre alternativas igualmente aceptables respecto de las exigencias del sistema legal.

Sin embargo, es necesario ponderar el valor del derecho dado el carácter determinante de las razones morales en el campo jurídico. Para ello, la tendencia natural a la supervivencia humana, permite concluir que las normas que se da una sociedad, procuran atender a ese hecho y no lo contrario. En consecuencia, si las normas de una sociedad contribuyen a la preservación del bien humano vida a través de un sistema de abstenciones y concesiones, ello es un motivo que cada persona tendría para adherir voluntariamente a dicho sistema. Pero como también es posible que algunas personas otorguen prioridad a sus intereses en detrimento de los demás, se hace necesaria una regulación coercitiva que se aplique con independencia del consentimiento de las personas y evite el sacrificio de quienes obedecen al sistema. Los motivos de las personas para adherir al derecho, podrían ampliarse a un número mayor de bienes humanos básicos cognoscibles racionalmente, evidentes e inconmensurables.

Finalmente, además del interés que cada persona tendría en aceptar voluntariamente el derecho, existen otras razones que señalan la necesidad del derecho. Se trata de la necesidad de elección –derivada de las exigencias sociales–, entre alternativas moralmente neutras. El derecho ofrece aquí una solución autoritativa que contribuye a asegurar la autodeterminación de las personas.

Referencias bibliográficas

Cianciardo, J. (2009) *El principio de razonabilidad, del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco.

Cianciardo, J. (2010) “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y del derecho. Una aproximación desde el pensamiento de Carlos Nino”, *Dikaion*, 19 (1), 47-70.

Etcheverry, J. B. (2010) “La relevancia del derecho que remite a la moral”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del derecho*, 4, 205-242.

Finnis, J. (2000) *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Hart, H.L.A. (1968) *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Linares, J. F. (1989) *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Astrea.

Maurino, G. (2010) *El artículo 28 CN. Hacia una República basada en razones*, Recuperado de <http://igualitaria.org/wp-content/uploads/2010/05/maurino.doc.>, p. 4.

Nino, C. S. (1994) *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel.