

Ricardo Caracciolo
Realismo moral vs. positivismo jurídico

1. ¿Se pueden sostener simultáneamente el realismo moral y el positivismo jurídico?. Parece claro que ello depende de lo que signifique “realismo moral” y por “positivismo jurídico” (en adelante RM y PJ). Por lo primero, voy a entender en esta discusión una concepción de la moral que se compone, al menos, de las siguientes tesis:

- a) Las normas (o los juicios de corrección moral, o los que utilizan predicados morales¹) pueden ser verdaderas o falsas. Es decir, los enunciados normativos de deber expresan proposiciones genuinas. Esta es una tesis semántica que se puede denominar “cognoscitivismo”.
- b) algunas normas son sintéticamente verdaderas (su verdad no es analítica). Son las que integran la moral objetiva.
- c) Estas normas son *objetivamente* verdaderas. Esto es, su verdad no depende de creencias. Más bien, son verdaderas por su correspondencia con ciertos *hechos*, calificados de hechos “morales” o “normativos”².
- d) Se puede probar la verdad de, al menos, algunas de estas proposiciones.

Además, a estas condiciones mínimas se puede agregar otra (que no define el realismo) destinada a expresar el carácter práctico de la moral:

- e) La verdad de una norma, e.i. la existencia de un deber objetivo de realizar p implica la existencia de una razón objetiva para realizar p. Por ello, un enunciado de deber es, también un enunciado acerca de una razón objetiva para la acción.

A su vez, por “positivismo” me refiero a una concepción acerca del derecho positivo (no se refiere, obviamente, al derecho natural) según la cual:

- a) la existencia de las normas (y de los deberes jurídicos impuestos por esas

¹ En la literatura metaética que adopta posiciones realistas las expresiones normativas, v.g. “debe”, funcionan como predicados que designan propiedades de acciones, al igual que otros predicados morales como “bueno” y “correcto”. En rigor, ello es lo que permite sostener que las normas son una especie de proposiciones. Confr. por ej. James W. Forrester: “Conflicts of Obligation”, en *American Philosophical Quarterly*, 32, 1, 1995.

² Una discusión sobre la naturaleza de los “hechos morales” no es relevante para el tema de este trabajo. Como se sabe, la oposición entre naturalismo y no naturalismo versa acerca de la cuestión de saber si pueden ser reducidos, o no, a hechos susceptibles de descripción mediante el lenguaje de una ciencia natural.

normas) que pertenecen a cada derecho positivo, depende de la existencia de circunstancias empíricas.

b) para determinar la existencia de una norma jurídica no es necesario formular un juicio moral crítico: no hay vinculación necesaria (conceptual) entre el derecho y la moral.

Es un lugar común la idea según la cuál la adopción del realismo moral implica un compromiso tan fuerte que descarta, al menos, la posibilidad de mantener la tesis b) atribuida al positivismo. Voy a examinar dos versiones de un argumento en favor de una respuesta negativa a la pregunta inicial que apuntan en ese sentido. Mi conclusión será que ambas son erróneas y que, en general, el positivismo, así definido, no implica ninguna alternativa metaética³. No es mi propósito defender aquí el realismo moral sino, más bien, contribuir a elucidar el alcance del positivismo.

2. El primer argumento negativo es de E. Bulygin: si existe una moral objetiva y normas que son verdaderas (u objetivamente válidas) porque se corresponden con hechos “normativos” (“moral facts”), entonces la tesis positivista de la separación conceptual entre el derecho y la moral se vuelve insostenible. Ello por lo siguiente:

“Ahora bien, si hay una moral privilegiada cuyas normas son verdaderas, entonces uno debe hacer lo que estas normas prescriben y si hay otras normas que prescriben algo incompatible con las normas morales, esto no se debe hacer. Para esta posición sería *contradictorio* afirmar que de acuerdo al derecho p es obligatorio (en el sentido de que uno debe hacer p y sostener al mismo tiempo que, conforme a la moral, p no es obligatorio o prohibido (uno no debe hacer p) .No hay tal cosa como el acto de “hacer p conforme al derecho” o el acto de “hacer p conforme a la moral”; solo hay actos de hacer p o de no hacer (=omitir)p. Por lo tanto, o bien uno debe, o bien uno no debe hacer p” (Subrayado mío)⁴.

Bulygin agrega a este argumento la idea de que si existiera una moral objetiva la existencia del derecho positivo se torna problemática: “¿Para que dictar normas jurídicas si ya sabemos lo que debemos hacer?”. Lo que aquí se presenta como principal obstáculo al positivismo es la tesis b) del realismo moral, i. e. si algunas normas morales son verdaderas carece de sentido determinar mediante el derecho lo que se debe hacer. Objetivamente, o bien se debe hacer p o bien no se debe hacer p (o lo que lo mismo, se debe omitir p)⁵. Se supone entonces que el derecho positivo

³ Obviamente, también es posible sostener que el escepticismo moral es un ingrediente conceptual del “genuino” positivismo jurídico. Entonces, por definición, ambas concepciones serían incompatibles. Esta es la idea de, por ejemplo, Alf Ross: “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, incluido en A. Ross: *El Concepto de Validez y otros Ensayos*, Fontamara, México, 1993. Sin embargo, la cuestión interesante consiste en mostrar que esta condición es lógicamente independiente de las otras dos: los argumentos a examinar aquí se dirigen a cuestionar esa independencia. De esta manera, no se trata de una trivial cuestión verbal.

⁴ La cita es de R. Caracciolo: “Entrevista al Prof. Eugenio Bulygin”, en *Doxa*, 14, 1993.

⁵ Bulygin afirma, además, que si existiera la moral objetiva el derecho positivo sólo

(las normas que pertenecen a cualquier derecho positivo) pierde, en tal caso, alguna propiedad: pierde la “normatividad” u “objetividad” del deber. Tales deberes o bien son redundantes o bien incompatibles con la moral. En cualquier caso, los requerimientos que los imponen pierden la calidad de normas genuinas. Pero el positivismo es una concepción que admite la existencia de normas jurídicas que no dependen de la moral, i. e. admite la existencia de deberes objetivos de carácter jurídico. Por lo tanto, si existen deberes objetivos morales no pueden existir deberes objetivos jurídicos. La tesis de la separación conceptual – dice Bulygin – se torna insostenible. Solo podrían existir una clase de deberes objetivos.

Hart expresa una idea similar al discutir la tesis según la cual los enunciados internos de deber implican la existencia de una creencia moral⁶:

“Of course, if it were the case, as a cognitive account of duty would hold it to be, that the statement that the subject has a legal duty to act in a way contrary to his interests and inclinations entails the statement that there exist reasons which are “external” o objective, in the sense that they exist independently of his subjective motivation, it would be difficult to deny that legal duty is a form of moral duty. At least this would be so if it is assumed that ordinary non-legal moral judgements of duty are also statements of such objective reasons for action. For in that case, to hold that legal and moral duties were conceptually independent would involve the extravagant hypothesis that there were two independent “worlds” or sets of objective reasons, one legal and the other moral”⁷.

Aquí se toma básicamente en cuenta la condición a) que caracteriza el RM: si los enunciados *normativos* de deber se interpretan cognoscitivamente (como lo hace el realismo moral), porque se refieren a la existencia de razones objetivas, y además se admite que *existen* deberes jurídicos, entonces la distinción entre moral y derecho no es defendible. Porque en tal caso las proposiciones que expresan semejantes enunciados solo pueden referirse a un único “mundo” de hechos normativos y, por consiguiente, para cualquier norma N, i. e. para cualquier enunciado de deber, o bien N es verdadera o bien N es falsa⁸ (la idea de dos “mundos” de hechos normativos sería un recurso ad hoc, no defendible filosóficamente).

podría imponer deberes específicamente jurídicos en el dominio de las conductas moralmente indiferentes (una idea que también sostuvo Nino). Sin embargo, la consecuencia de la admisión del RM es todavía más fuerte: el status de indiferencia moral de una conducta p tendría que considerarse un dato objetivo, no modificable por el legislador empírico. Por consiguiente, tanto “se debe realizar p” como “se debe omitir p” tendrían que considerarse normas falsas.

⁶ Se trata de una tesis generalizada entre los que impugnan la idea de “aceptante” propuesta por Hart.

⁷ La cita es de H. L. A. Hart: “Commands and Authoritative Legal Reasons”, incluido en su *Essays on Bentham*, Oxford University Press, Oxford, 1982.

⁸ La vaguedad podría conducir a admitir que existen normas que no son ni verdaderas ni falsas (si se aceptan los presupuestos que sustentan tesis de este tipo). No obstante, se tienen argumentos para mostrar que ello no afecta el núcleo del RM. Para esta discusión, confr. Russ Shafer-Landau: “Vagueness, Borderline Cases and Moral Realism”, en

3. El análisis de estos argumentos puede partir de una constatación interesante. En efecto, la idea general de la incompatibilidad puede ser reconstruida como la conclusión de un razonamiento cuya primera premisa tiene que ser compartida por los anti-positivistas, dispuestos a negar la independencia conceptual del derecho y la moral. Por ejemplo, si se admite la siguiente formulación:

1) PB: Si existe la moral objetiva entonces no existen deberes jurídicos objetivos independientes de la moral.

el realista moral tiene que afirmar el antecedente de este condicional. Por lo tanto, tendría que concluir en el rechazo de la existencia independiente de deberes jurídicos. Inversamente, al negar el consecuente, i. e. al afirmar que existen deberes jurídicos, el positivismo está comprometido a negar la existencia de la moral objetiva, i. e. tiene que afirmar la falsedad del realismo moral. Por ello, el RM es incompatible con el PJ. Pero, ¿cómo se puede sustentar 1)? Veamos una reconstrucción plausible del argumento. Si se admite el realismo moral, una de las normas que expresan los siguientes enunciados tiene que ser verdadera y la otra falsa⁹, bajo la condición de la verdad de C:

2) En C se debe realizar p

3) En C se debe realizar $\neg p$

Supóngase ahora que es verdad que:

4) Conforme a la moral objetiva en C se debe realizar p

Ello implica que 2) es verdadera, i. e. se sigue de 4) que objetivamente se debe hacer p en C. Porque una norma integra la moral objetiva solo si es verdadera; y recíprocamente: la proposición 4) es verdadera solo si 2) es verdadera. De manera análoga, admítase que es verdad:

5) Conforme al derecho D en C se debe realizar $\neg p$

De 5) se sigue 3), es decir, se sigue que en C se debe realizar $\neg p$. Pero 3) es falsa *porque* 2) es verdadera. Por consiguiente, por *modus tollens*, 5) expresa también una proposición falsa. Como ello vale para cualquier derecho positivo no pueden existir deberes conforme al derecho si se acepta el RM. Esto es, no pueden existir normas *jurídicas*. Las proposiciones del tipo 5) solo podrían ser verdaderas si se niegan todos los del tipo 4), i. e. si se niega la existencia de la moral objetiva. Por ello, dice Bulygin, el PJ que afirma que algunas de esas proposiciones son verdaderas, es incompatible *conceptualmente* con el RM¹⁰.

American Philosophical Quarterly, 32, 1, 1995. De cualquier forma, la discusión del presente trabajo es condicional a la corrección del RM: si el realismo moral implica el principio de bivalencia, entonces todas las proposiciones morales son o bien verdaderas o bien falsas, y la explicación de la vaguedad tendrá que recurrir a otros recursos.

⁹ Para simplificar la discusión del argumento de Bulygin, no se considera el supuesto de la indiferencia moral.

¹⁰ Como ya se indicó, solo las normas jurídicas compatibles con la moral podrían imponer deberes objetivos o genuinos. Entonces, la referencia de la conformidad al derecho sería estrictamente irrelevante. Como dice Bulygin, la tarea de formular normas jurídicas tendría que considerarse una actividad insensata. Ello por supuesto es así, si se supone

4. Sin embargo, hay un equívoco en el argumento que lo torna insuficiente para mostrar la incompatibilidad que se invoca. Para mostrar esa insuficiencia, en primer lugar, hay que indicar que, obviamente, la falsedad de la norma expresada en 3), es decir, “En C se debe realizar $\neg p$ ”, a la que mencionaré como N, es compatible con la verdad de cualquiera de las proposiciones que siguen (la lista no es exhaustiva):

- i) x cree que N es verdadera, esto es, cree que se debe realizar $\neg p$ en C.
- ii) x promulga N (usa N para efectuar un acto lingüístico) y x es considerado una “autoridad normativa”.
- iii) N1 autoriza a x a promulgar N
- iv) x acepta N.
- v) en la sociedad S existe la práctica de seguir N (sus miembros aceptan N y realizan p en las circunstancias C).
- vi) N se infiere lógicamente de N1.
- vii) N se justifica en la teoría normativa T¹¹

Ahora bien, de acuerdo al concepto de “moral objetiva” no hay duda que 4) implica lógicamente 2). Pero no sucede lo mismo con las otras dos proposiciones: con arreglo al concepto de “derecho positivo” que tiene que defender el PJ, la verdad de algunas de las proposiciones i-vii, o una combinación de las mismas, tiene que considerarse *suficiente* para probar la verdad de enunciados análogos a 5). Pero entonces, de 5) no se sigue 3), esto es, *no se infiere* la verdad de la norma “En C se debe realizar $\neg p$ ”. Ello resulta de la concepción positivista según la cual la existencia del derecho depende de hechos o de circunstancias objetivas y de la tesis de la neutralidad axiológica. Por consiguiente, si se insiste que se tiene alguna conexión entre la verdad de 5) y de la 3), el enunciado en cuestión *no puede* expresar una norma: se trata de una proposición que en forma abreviada se refiere a algunas de las circunstancias indicadas en i-vii. De ello se sigue que *no existe* incompatibilidad alguna entre el RM y el PJ: el realista moral solo tiene que admitir que algunas de las normas pertenecientes a los conjuntos normativos denominados “derecho” son *falsas*¹² y sostener simultáneamente que los enunciados del tipo 5) expresan proposiciones que pueden ser objetivamente verdaderas.

5. Pienso que el equívoco depende, en gran medida, de una sistemática ambigüedad de la expresión “objetivo” en las discusiones de esta clase, i. e. las que versan acerca de la naturaleza del derecho positivo. En un sentido, es claro que los deberes jurídicos y los deberes morales son igualmente *objetivos* (un sentido que

que una función del derecho es, precisamente, la de establecer deberes objetivos o genuinos.

¹¹ Cualquiera sea el sentido que se conceda a la expresión “justificar”. No obstante, es claro que si ello significa que T implica N, algunas de las normas de T son también falsas.

¹² Lo que no las priva de su condición de “normas”, toda vez que existen las proposiciones falsas, confr. R. Caracciolo: “Existencia de normas”, en *Isonomía*, 7, México, 1997.

llamaré O1): se supone que son impuestos por normas categóricas, esto es, por normas cuya existencia es *independiente* de los deseos o intenciones de sus *destinatarios* con respecto a las acciones requeridas en su contenido, i. e. las acciones debidas. Por lo tanto, se *aplican* a sus destinatarios, con prescindencia de sus respectivos componentes motivacionales subjetivos, para usar una expresión de B. Williams¹³. Este rasgo es, a su vez, una condición necesaria (aunque no suficiente) para sostener que un deber *constituye* una razón objetiva para realizar una acción. Aquí, “objetivo” se opone a “subjetivo”, y es claro que esa condición del concepto de “norma jurídica” no se afecta por la admisión del RM. Otro asunto es saber cuales son las normas que imponen efectivamente deberes. Para el RM es clara la respuesta: solo las que son verdaderas.

Pero aquí termina la analogía entre las normas de la moral objetiva y las de cualquier derecho positivo. Porque según la concepción standard del derecho positivo, la normas jurídicas son *objetivas*, en otro sentido (en adelante O2): su *pertenencia al derecho* depende de hechos comprobables empíricamente, por ejemplo, de la existencia de una práctica. Ello es equivalente a decir que las proposiciones que *describen* esos hechos, i. e. son asimismo *objetivas*, son verdaderas o falsas con independencia de las creencias de aquellos que las formulan. Pero, de nuevo, no hay que confundir estas proposiciones con las normas a las que se refieren¹⁴. Por el otro lado, para un realista moral consecuente, la existencia de la moral objetiva no depende de la existencia de práctica empírica alguna. Depende de que algunas normas, esto es, algunas proposiciones de deber sean verdaderas y las prácticas en cuestión no pueden constituir los hechos a los que se refieren¹⁵.

No son objetivas, o al menos no necesariamente¹⁶, en el sentido O2.

¹³ Bernard Williams: “Internal and External Reasons”, incluido en su *Moral Luck*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981. También, para este sentido de “objetividad” David Brink, *Moral Realism and the Foundations of Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, pp. 50 y ss.

¹⁴ La confusión entre la objetividad de las *normas* y la objetividad de las *proposiciones* acerca de normas, en relación al derecho positivo, se presenta en buena parte de las discusiones sobre el tema. Confr. Jules L. Coleman: “Truth and Objectivity in Law”, en *Legal Theory*, 1, 1995.

¹⁵ Según Michael Smith, básicamente por el carácter contingente, por lo tanto, arbitrario, de las pautas de comportamiento que constituyen las prácticas. Confr. esta discusión en M. Smith: “In Defense of ‘The Moral Problem’”, en *Ethics*, 108, 1997, pp. 84-119.

¹⁶ Se puede reducir O3 a O2, pero eso no es necesario y es incompatible con la idea de que existe *una* moral objetiva, o lo que lo mismo con la existencia misma de la moral objetiva: no todas las normas que se practican de hecho pueden ser verdaderas; de nuevo confr. M. Smith, “In Defense of ‘The Moral Problem’” [cit. n. 13]. El punto de vista según el pueden existir diversas “morales objetivas” que dependen de prácticas se defiende, por ejemplo, en William Tolhurst: “Supervenience, Externalism and Moral Knowledge”, en *The Southern Journal of Philosophy*, XXIV (supplement), 1986. Pero el mismo Tolhurst admite que ello es incompatible con el realismo moral.

A su vez, las normas morales genuinas, las que pertenecen a la moral objetiva, son *objetivas*, en el sentido O3, porque son *verdaderas* (u objetivamente válidas) por su correspondencia con hechos de una clase especial, con “hechos normativos” u “hechos morales” (hechos, v.g. acerca de la existencia de razones para la acción¹⁷). Por ello, no hay contradicción alguna en sostener simultáneamente que conforme al derecho se debe *objetivamente* realizar –p y que conforme a la moral se debe *objetivamente* realizar p (esto es que es verdad que se debe realizar p). En el primer caso, se trata de objetividad en el sentido O2, en el segundo de objetividad O3.

6. Por su parte, Hart parece suponer que es suficiente la admisión de una de las condiciones del RM, i. e. la que se refiere al carácter cognoscitivo de los juicios de deber, para poner en peligro la tesis de la separación conceptual del derecho y la moral. Efectivamente, aquí se pone en tela de juicio la idea de que se tienen dos nociones de “deber”, uno moral y otro jurídico¹⁸,) porque las respectivas proposiciones solo pueden referirse a un único mundo, i. e. a un mundo – como dice Hart – de razones objetivas. Sin embargo, una admisión semejante no puede afectar la idea central del PJ.

Hay que advertir que se tienen dos cuestiones involucradas en controversias de esta clase. Una es conceptual y se refiere al análisis de la noción de “deber”(o de “razón objetiva”). La otra es sustantiva, y versa acerca del interrogante de si existen o no deberes en el mundo¹⁹. Supóngase que el mejor análisis muestra que efectivamente los respectivos enunciados son aptos para utilizar a su respecto los predicados “verdadero” y “falso”²⁰. Esto significa que es correcto el cognocitivismo: que tales enunciados expresan genuinas proposiciones. Pero ante este resultado se pueden adoptar dos alternativas compatibles con el PJ:

- a) adoptar el escepticismo en la cuestión sustantiva, al modo de J. Mackie y *negar* que existan los hechos a los que se refieren las normas. En rigor, no existen “deberes” en el mundo, ni morales ni jurídicos²¹
- b) aceptar el RM y, en consecuencia, afirmar que hay una clase de proposiciones

¹⁷ Conf. Michael Smith: *The Moral Problem*, Blackwell, Oxford, 1994, cap. 6.

¹⁸ Esta es, por otra parte, la afirmación central de Raz a la que Hart se refiere en el párrafo mencionado en este trabajo. Confr. J. Raz: *The Authority of Law*, Oxford University Press, 1979.

¹⁹ Confr. la importante distinción en entre cuestiones conceptuales y sustantivas en Michael Smith, *The Moral Problem* [cit. n. 15], pp. 63 y ss.

²⁰ Actualmente, se tiene una variedad de argumentos para arribar a esa conclusión; confr. F. Jackson, G. Oppy y M. Smith: “Minimalism and Truth Aptness”, en *Mind*, 103, 411, 1994, pp. 287-301.

²¹ Confr. J. L. Mackie: *Ethics. Inventing Right and Wrong*, Penguin Books, London, 1990, cap. 1.

verdaderas de deber. Por consiguiente, algunos de los enunciados normativos de deber jurídico serán verdaderos y otros falsos.

Ello es así, como ya se ha mostrado, *porque* en ningún caso la idea de derecho positivo, propuesta por el PJ, involucra que las normas que lo integran tienen que ser verdaderas o satisfacer alguna otra condición equivalente como la que sostiene que son objetivamente válidas o que suministran razones para la acción. Porque solo en tales supuestos puede existir un conflicto genuino con la moral objetiva. En consecuencia, es irrelevante para el PJ la cuestión de saber si existen o no normas verdaderas. Por ello, un antipositivista, tiene que estar dispuesto a sostener que son los hechos normativos los que genuinamente hay que tomar en cuenta, para afirmar la *verdad* de las proposiciones jurídicas de deber, con prescindencia de alguna de las circunstancias empíricas indicadas en i-vii²². Cuál sea la viabilidad teórica del antipositivismo es una pregunta que requiere otro trabajo. Pero si lo que se ha afirmado aquí es correcto no se podrá invocar en su favor la verdad del realismo moral.

²² Esto se encuentra implícito en la distinción de Dworkin entre el “derecho de ellos” y “derecho según ellos”. Según Dworkin, a pesar de que los miembros de un grupo sigan la práctica de realizar p, con la creencia de que deben realizar p (el derecho “según ellos”), puede ser que objetivamente (el derecho “de ellos”) no deban realizar p. Esta es su explicación de la existencia empírica de un régimen inicuo. Confr. R. Dworkin: “Hart’s Posthumous Reply”, NYU School of Law (publicación interna), New York, 1994.