

Seminario Albert Calsamiglia
10 y 11 de marzo de 2006
Universitat Pompeu Fabra
Barcelona

Comentarios a ‘Realismo moral vs. Positivismo jurídico’ de Ricardo Caracciolo

José Juan Moreso (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona)

(I)

Comparto las tesis centrales de este trabajo de Caracciolo.¹ Las comparto porque, en buena medida, las he aprendido de él. Entre mis experiencias intelectuales más estimulantes se cuentan las conversaciones filosóficas con Ricardo de las que tanto he aprendido. Antes de la Ley anti-tabaco, eran conversaciones con olor a nicotina, sólo la acerada claridad intelectual de Ricardo disipaba el humo de los cigarrillos y, también, los vapores etílicos mezclados con la música de jazz. Ricardo es la única persona que conozco capaz de combinar sin problemas jazz, whisky y metafísica.

Por lo tanto, limitaré mi intervención a algunas cuestiones no centrales de sus ideas. Concretamente a cuatro: en primer lugar, me referiré a algunas ideas de Ross sobre el positivismo jurídico; en segundo lugar, analizaré el texto de Hart que Caracciolo nos propone; en tercer lugar, diré algunas cosas sobre realismo moral y objetivismo y, por último, me cuestionaré acerca de las consecuencias de sus ideas para la concepción conocida como positivismo jurídico *inclusivo*.

(II)

En la nota 3 de su trabajo, Ricardo sostiene que si se incluye en la definición del positivismo jurídico la tesis del escepticismo moral, entonces es obvio que positivismo jurídico y realismo moral son incompatibles. Esta es la posición, dice Ricardo con razón, de Alf Ross.² Ricardo añade que lo interesante son las relaciones conceptuales entre las otras tesis del positivismo jurídico y el escepticismo ético. Sólo quiero recordar aquí que esta precisamente es la posición de Ross y, en este sentido, refuerza la idea de Ricardo. Según Ross, las dos tesis que caracterizan el positivismo jurídico son las siguientes:³

First, the thesis that the belief in natural law is erroneous: No such law exists, all law is positive law. This is of course a thesis that pertains to the general field of moral philosophy or ethics, for it denies that ethical (moral, legal) principles or judgements are the expression of truth to be discovered and established objectively by some process of cognition...

The second fundamental thesis of legal positivism is a doctrine pertaining to the theory or methodology of legal science. It asserts the possibility of establishing

¹ Ricardo Caracciolo, ‘Realismo moral vs. Positivismo jurídico’ en *Analisi e diritto 2000, a cura di P. Comanducci e R. Guastini*, 37-44.

² Alf Ross, ‘Validity and the Conflict between Positivism and Natural Law’ in Stanley L. Paulson and Bonnie L. Paulson (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (Oxford: Oxford University Press, 1998, 148-63.

³ *Ibidem*, pp. 148-149.

the existence and describing the content of the law of a certain country at a certain time in purely factual, empirical terms based on the observation and interpretation of social facts (human behaviour and attitudes).

Es obvio que Ross acepta ambas tesis. Sin embargo, ¿la aceptación de la segunda tesis implica la aceptación de la primera y, por lo tanto, el rechazo del realismo moral? La respuesta de Ross es negativa: 'The interesting problem is whether or not there is a conflict between natural law doctrines and the *second* positivist thesis, asserting that a legal system is a social fact that can be described in purely empirical terms. It is commonly assumed that such a conflict exists. I shall try to show that this is not so.. The question of validity necessarily presupposes the positivist thesis, namely, that the existence of a certain legal system can be established, and its content described, independently of the ideas of morality or natural law'.⁴

(III)

Caracciolo atribuye a Hart la siguiente tesis:

Si existen deberes objetivos morales, entonces no pueden existir deberes objetivos jurídicos.

La atribución de esta tesis se fundamenta en un pasaje de Hart en donde discute en qué medida los enunciados de deber jurídico implican enunciados acerca de deberes morales o, al menos, acerca de la creencia en la existencia de dichos deberes morales.⁵ Creo que es, al menos, discutible que esta sea la posición de Hart. En mi opinión su posición es más débil. La tesis que Hart defiende es la siguiente:

Si los enunciados de deber jurídico implicaran enunciados de razones objetivas o externas, entonces el deber jurídico sería una especie de deber moral.

Pero Hart no acepta el antecedente de este condicional. Es más, una de las conclusiones de su trabajo es que los enunciados judiciales de deberes jurídicos no guardan ninguna relación con las razones para la acción de los destinatarios de dichos deberes. Hart defiende dicha posición de un modo tal que se acerca al sentido de objetividad O2 de Caracciolo, conforme al cual los enunciados jurídicos de deber son verdaderos de acuerdo con una determinada práctica de reconocimiento y aplicación del derecho. Es cierto que Hart sostiene que la tesis hipotética que mantiene es la que impondría 'a cognitive account of duty'. Sin embargo, creo que esto sólo quiere decir, otra vez en los términos de Caracciolo, si sólo hubiera el sentido de objetividad O3, es decir la objetividad moral, entonces el deber jurídico sería una especie de deber moral. Pero de nuevo Hart rechaza el antecedente de este condicional.

(IV)

La objetividad O3 supone, según Caracciolo, que las normas morales genuinas son objetivas porque son *verdaderas* (u objetivamente válidas) por su correspondencia con hechos de una clase especial, con 'hechos normativos' u 'hechos morales' (p. 43).

⁴ *Ibidem* p. 152-4.

⁵ H.L.A. Hart, 'Commands and Authoritative Legal Reasons' en H.L.A. Hart, *Essays on Bentham* (Oxford: Oxford University Press, 1982),.

Parece que de esta afirmación se deriva que el único modo de vindicar el objetivismo en moral es abrazar el realismo moral. Tengo dudas sobre ello.⁶ Pondré sólo un ejemplo: parece que nadie pone seriamente en duda la objetividad en el ámbito de las matemáticas, sin embargo está abierta la cuestión del realismo en matemáticas. Hay posiciones constructivistas en matemáticas, capaces de reconstruir la objetividad de la matemáticas sin asumir la existencia de hechos matemáticos independientes del propio procedimiento de construcción. ¿No puede suceder lo mismo en el ámbito de la moral?

(V)

La última cuestión va referida a la segunda tesis que, según Caracciolo, define la concepción positivista del derecho (p. 38):

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.

Sin embargo, ¿qué sucede cuando el propio derecho remite explícitamente a la moral, cuando el propio derecho incorpora pautas morales? Por ejemplo, cuando el código civil declara nulos los contratos contrarios a la moral o cuando la constitución prohíbe los tratos inhumanos y degradantes. Se me ocurren tres posibilidades: a) dicha remisión al incorporar pautas inherentemente controvertidas y al carecer de criterios racionales para resolver las controversias, remite únicamente a la discreción de los aplicadores del derecho; b) dichas prácticas remiten a la moral social, a aquello que en la sociedad en cuestión es considerado 'inmoral' o inhumano y degradante' y c) dicha remisión lo es a las pautas morales correctas, a la moral crítica.

Pienso que hay razones para rechazar las dos primeras respuestas,⁷ pero no es a ello a lo que quiero referirme ahora. Supongamos que, como pienso, la respuesta adecuada sea la tercera. En este caso, para identificar aquello que algunas normas jurídicas establecen, sería preciso formular juicios morales críticos, sería preciso embarcarse en una argumentación moral. Esto no significa, por cierto, sostener que hay una vinculación necesaria entre el derecho y la moral, puesto que dicha vinculación es contingente: depende de que el derecho positivo remita a la moralidad.

⁶ Dudas ampliamente expuestas en José Juan Moreso, 'El reino de los derechos y la objetividad de la moral', *Análisis filosófico*, XXIII (n.2) (2003): 117-150.

⁷ Que parcialmente he esgrimido por ejemplo en José Juan Moreso, 'In Defense of Inclusive Legal Positivism' en Pierluigi Chiassoni (ed.), *The Legal Ought* (Torino: Giappichelli, 2001), 37-64.