

## LAS CONEXIONES ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

**Paolo Comanducci**

*Universidad de Génova*

### 1. INTRODUCCIÓN



El objetivo de este ensayo es presentar una defensa de la postura iuspositivista. Soy por supuesto consciente que la expresión «positivismo jurídico» designa, desde hace tiempo, una pluralidad de posturas teóricas, metodológicas e ideológicas que probablemente tienen muy poco en común la una con la otra<sup>1</sup>. Yo usaré aquí «positivismo jurídico» en un sentido que, adoptando la tricotomía de Bobbio<sup>2</sup>, no incluye ni el positivismo ideológico ni el positivismo como teoría del Derecho (estatismo, formalismo interpretativo, etc.). La tesis positivista que voy a defender de las viejas y nuevas críticas iusnaturalistas y post-positivistas es la del positivismo metodológico, que puede ser genéricamente resumida así:

«Es posible identificar y describir el Derecho tal como es.»

---

<sup>1</sup> Cf. J. C. BAYÓN, *El contenido mínimo del positivismo jurídico*, en V. Zapatero (comp.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho: Homenaje a Luis García San Miguel*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2002, vol. 2, pp. 33-54.

<sup>2</sup> Cf. N. BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 1991.

Esta tesis tiene, como es conocido, al menos dos corolarios: la tesis de las fuentes sociales del Derecho; y la tesis de la no conexión necesaria entre Derecho y moral<sup>3</sup>.

Voy a afirmar que la tesis positivista tiene también al menos una presuposición: la aceptación de la gran división entre ser y deber, en su formulación lingüística, como distinción entre describir, por una parte y evaluar/prescribir, por otra. No tiene, en cambio, como presuposición la tesis meta-ética no cognoscitivista en el marco moral: no la tiene necesariamente, aunque de hecho muchos teóricos positivistas son no cognoscitivistas, y la mayoría de los críticos del positivismo son cognoscitivistas.

En esta tesis metodológica se pueden reconocer, aunque no todos, muchísimos positivistas, desde la escuela de la exégesis hasta el realismo radical.

No quiero, y tampoco podría, presentar aquí un balance crítico de las distintas versiones del positivismo, ni tampoco una defensa de la que me es más afín, es decir, una suerte de «realismo analítico». Ni siquiera presentaré las críticas, internas o externas, a las distintas versiones, ni las respuestas de los positivistas.

Me limitaré sólo a una defensa de uno de los corolarios (la tesis de la no conexión necesaria entre Derecho y moral)<sup>4</sup>, y a una observación final

<sup>3</sup> Distinto es el enfoque de C. J. BAYÓN, *El contenido mínimo del positivismo jurídico*, cit., p. 39, que considera la tesis del positivismo metodológico («no hay que confundir el derecho que es con el derecho que debería ser») como una de las posibles interpretaciones de la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral.

<sup>4</sup> Sobre el tema cf., para posturas parecidas a aquellas expuestas en el texto: E. BULYGIN, «Is There a Conceptual Connection Between Law and Morality?», en A. Aarnio, K. Pietilä, J. Uusitalo (comp.), *Interests, Morality and the Law*, University of Tampere, Tampere, 1996; R. CARACCILO, «L'argomento della credenza morale», en P. Comanducci y R. Guastini (comp.), *Analisi e diritto 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 97-110; P. CHIASSONI, «Osservatori positivistic e quinte colonne», en P. Comanducci y R. Guastini (comp.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 65-85; F. LAPORTA, *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México, 1993; R. J. VERNENGO, «Normas morales y normas jurídicas», en *Doxa*, 9, 1991, pp. 205-24. En cambio, posturas contrarias son por ejemplo: R. ALEXI, «On Necessary Relations Between Law and Morality», en *Ratio Juris*, II, 2, 1989, pp. 167-83; J. C. BAYÓN, «Partecipanti, osservatori, e identificazione del diritto», en *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, cit., pp. 47-63; A. CALSAMIGLIA, «Una visione del diritto dal punto di vista del partecipante», en P. Comanducci y R. Guastini (comp.), *Analisi e diritto 1996. Ricerche di giurisprudenza analitica*, GIAPPICHELLI, Torino, 1996, pp. 57-76; E. GARZÓN VALDÉS, «Algo más acerca de la relación entre derecho y moral» (1992), ahora en E. Garzón Valdés, *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 317-35; C. S. NINO, «Diritto, morale e politica», en P. Comanducci y R. Guastini (comp.), *Analisi e diritto 1993. Ricerche di giurisprudenza analitica*, GIAPPICHELLI, Torino, 1993, pp. 105-31; C. S. NINO, *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

sobre la importancia del presupuesto relativo a la separación entre ser y deber ser.

La tesis positivista de la no conexión ha sido criticada en al menos dos maneras distintas, porque puede ser interpretada al menos de dos maneras diferentes<sup>5</sup>:

- a) como tesis de la no conexión justificatoria;
- b) como tesis de la no conexión identificatoria.

El problema de la conexión justificatoria puede ser resumido en esta pregunta: ¿es posible justificar una decisión jurídica sin recurrir necesariamente a argumentos morales?

El problema de la conexión identificatoria puede ser resumido en esta pregunta: ¿es posible identificar el Derecho sin recurrir necesariamente a un punto de vista moral?

Voy a presentar algunas respuestas a estos dos problemas.

## 2. LA CONEXIÓN JUSTIFICATORIA

La solución del primer problema depende, sin lugar a dudas, de cuál concepto de justificación se usa. Si con «justificación» entendemos la actividad que consiste en brindar razones en favor de una conclusión –en nuestro caso, de una conclusión prescriptiva y, específicamente, de una decisión judicial–, y concebimos las razones como prescripciones más generales y abstractas (es decir, más universales), bajo las cuales se puede subsumir aquella decisión, entonces está claro que pueden darse justificaciones de decisiones jurídicas que no hacen necesariamente referencia a argumentos morales. De hecho, en el funcionamiento normal de los sistemas jurídicos, se dan muchísimas decisiones que son justificadas sin recurrir a argumentos morales, sino sólo recurriendo a normas jurídicas. En este sentido de «justificación», una decisión puede ser contingentemente justificada por una norma jurídica, sin que se plantee el problema ulterior si también esta norma tiene que ser a su vez justificada.

---

<sup>5</sup> Cf. P. COMANDUCCI, «Diritto, morale e politica», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 27, 2, 1997, pp. 365-78.

De hecho, se dan, sin embargo, algunas decisiones jurídicas que son justificadas recurriendo a argumentos «morales», especialmente si se trata de decisiones del juez constitucional. La Constitución, en efecto, es la fuente suprema: para justificar la atribución de significado a algunas de sus cláusulas más generales, o para solucionar un conflicto entre principios constitucionales, el juez constitucional a veces puede recurrir a principios «morales».

Si adoptamos entonces esta definición de justificación, es verdadero, pero trivial, que no hay conexión justificatoria necesaria, sino sólo contingente, entre Derecho y moral.

La respuesta puede ser distinta si por «justificación» entendemos la justificación última, es decir, si se pide que estén necesariamente justificadas las prescripciones más generales y abstractas que justifican en última instancia aquella decisión. Si adoptamos el concepto de justificación como justificación última, entonces la respuesta antes mencionada deja de ser satisfactoria: la decisión no está, en este sentido, justificada si no están justificadas las razones que justifican aquella decisión.

Exactamente ésta es la tesis del movimiento que, siguiendo una terminología que se está poniendo de moda, llamaré neoconstitucionalismo. Se trata, en particular, de una tesis que se puede atribuir al neoconstitucionalismo metodológico<sup>6</sup>.

La tesis neoconstitucionalista es que cualquier decisión jurídica, y en particular la decisión judicial, está justificada si deriva, en última instancia, de una norma moral.

Interpreto esta tesis como una respuesta a un problema normativo («¿cuál debe ser la norma que funda o justifica en última instancia la decisión judicial?»), y por tanto la tesis misma reviste carácter normativo («es una norma moral la que debe fundar o justificar en última instancia la decisión judicial»).

Obviamente, la tesis de la conexión justificatoria podría también ser interpretada de otra forma: o como respuesta a un problema empírico («De hecho, ¿cuáles son las normas que, en un determinado contexto, fundan o justifican en última instancia la decisión judicial?»), o como respuesta a un problema teórico («En un modelo explicativo de la decisión judicial, ¿cuá-

---

<sup>6</sup> Cf. P. COMANDUCCI, «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 16, 2002, pp. 89-112.

les son las normas que fundan o justifican en última instancia la decisión judicial?»). Creo que, si la interpretáramos como descriptiva, esta respuesta sería falsa (en las prácticas judiciales de motivación de las decisiones, en los sistemas jurídicos contemporáneos, las decisiones son explícitamente justificadas ofreciendo razones que son normas jurídicas y no morales). Si la interpretáramos como teórica, esta respuesta creo que se transformaría en una tautología: dado que, por definición, toda justificación última (o «genuina»), en el dominio práctico, se asume que está constituida por una norma moral, entonces también la justificación última (o «genuina») de una decisión judicial está constituida por una norma moral (aunque existan justificaciones intermedias que pueden definirse como jurídicas)<sup>7</sup>.

Detengámonos por tanto solamente en el problema normativo, y preguntémosnos qué tipo de norma moral sería la que debería fundar o justificar, en última instancia, una decisión judicial (asumiendo esta última como caso paradigmático de decisión en el ámbito jurídico).

Veo al menos cuatro soluciones posibles:

- 1) Que se trate de una norma moral objetivamente verdadera (en el sentido de que corresponde a «hechos» morales);
- 2) Que se trate de una norma moral objetivamente racional (por ejemplo, en el sentido de aceptable por parte de un auditorio racional);
- 3) Que se trate de una norma moral subjetivamente escogida;
- 4) Que se trate de una norma moral intersubjetivamente aceptada.

Las primeras dos soluciones son objetivistas, las últimas dos son subjetivistas.

---

<sup>7</sup> J. C. BAYÓN, *El contenido mínimo del positivismo jurídico*, cit., pp. 42-43, afirma que la tesis de la conexión justificatoria tiene «naturaleza estrictamente conceptual» y no normativa: «Lo que afirma es que la idea de justificación (genuina o comprometida, esto es, no meramente hipotética) del seguimiento de una práctica social, cuando ello implica la exigencia a terceros de ciertas acciones o abstenciones aun cuando éstas vayan en contra de sus intereses, presupone la aceptación de un razonamiento práctico de estructura compleja en el que el hecho de la existencia de dicha práctica es tomado en cuenta como razón auxiliar y en el que la razón operativa ha de ser de naturaleza moral. [...] Que la tesis de la conexión justificatoria se considere o no aceptable depende de qué se suponga que quiere decir “aceptar una regla”, qué se entienda por genuina “justificación”, a qué se haya de llamar “razones morales”, e incluso de si hemos o no de dar por buena una tesis tan abstracta como la de unidad del discurso práctico». A mi parecer, y contrariamente a lo que probablemente pensaría Bayón, esta cita convalida lo que afirmo en el texto: la conexión justificatoria, entendida como tesis «conceptual», si es verdadera lo es solo *by definition* (lo es, por ejemplo, por la definición que se use de «justificación genuina»).

En la primera solución la norma moral es *subject-independent*, en las otras es *subject-dependent*, pero en formas respectivamente diversas. Las primeras dos soluciones hacen referencia a una moral crítica, la tercera a una moral individual, la cuarta a una moral positiva.

Si asumimos el punto de vista del juez, según los defensores de la tesis de la conexión justificatoria necesaria entre Derecho y moral el juez debería derivar la decisión de la controversia de una norma moral, que fundaría por tanto su decisión. Pero, ¿«moral» en qué sentido?

La primera solución presenta problemas ontológicos (duplicación del mundo) y epistemológicos muy serios. Sobre todo en virtud de estos últimos el juez no tendría otra alternativa que elegir una norma que cree que es correcta. Por lo tanto, la primera solución es reducible a la tercera.

La segunda solución no presenta los mismos problemas ontológicos que la primera, pero presenta también serios problemas epistemológicos: no tanto porque no sea posible que el juez encuentre la norma moral que funde su decisión, según las reglas procesales y sustanciales de una teoría moral (dejando a salvo los problemas epistemológicos que existen dentro de cada teoría: no por nada las teorías procedimentales con frecuencia no ofrecen «códigos morales» racionales), sino porque existen varias y divergentes teorías morales, entre las cuales el juez debería elegir. Y por lo tanto, también la segunda opción es reducible a la tercera<sup>8</sup>.

Aceptar la tercera solución equivaldría a proponer dejar completamente en las manos de los jueces el modo de fundar y justificar sus decisiones. El Derecho de rango legislativo (y constitucional) sería, desde el punto de vista del juez, superfluo: el paso justificatorio que consiste en fundar la decisión en la ley, o bien es inútil (porque la ley es conforme a la norma moral) o bien está prohibido (porque la ley es contraria a la norma moral). La certeza del Derecho quedaría confiada solamente a la conciencia moral de cada juez: dado que debería fundar sus decisiones sobre normas morales universales, debería entonces utilizar coherentemente estas normas para fundar sus propias decisiones futuras. Pero la coherencia en el tiempo de las decisiones de cada juez (siempre que se pueda alcanzar, pues un juez puede reformular su propio sistema moral, si entiende que se ha equivocado en el

---

<sup>8</sup> Las críticas que presento a las posiciones objetivistas (y en particular a las racionalistas) no impiden que tales posiciones puedan desarrollar un papel muy útil como críticas externas (*à la Ferrajoli*) de la decisión y de la justificación judiciales.

pasado) no parece suficiente para garantizar la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones o de las soluciones de los conflictos (que, según una opinión muy común, constituyen algunos de los objetivos más relevantes de la organización jurídica).

Pero esta tesis (y la primera y la segunda que a ella son reducibles) podría tener un alcance más limitado. En vez de afirmar que la justificación última de las decisiones judiciales debe estar constituida por una norma moral, podría interpretarse en esta manera más limitada: en todas las ocasiones en las cuales un juez debe justificar la elección entre tesis –interpretativas o de hecho– todas ellas admisibles desde un punto de vista jurídico<sup>9</sup>, debería escoger la opción que esté justificada por una norma moral (y no por un principio metodológico, un interés personal, una norma de la moral positiva, un criterio compartido en la cultura jurídica, etc.), al menos en última instancia.

También con este alcance más limitado<sup>10</sup>, tal posición «moralista» del neoconstitucionalismo conlleva algunos problemas: si las elecciones del juez están justificadas por sus creencias morales (y no por un principio metodológico, un interés personal, una norma de la moral positiva, un criterio compartido en la cultura jurídica, etc.), nada impide que tales creencias sean moralmente incorrectas, o contrarias a los valores morales compartidos por la comunidad, o contrarias a criterios aceptados por la cultura jurídica, etc. ¿Cuál sería entonces la razón para empujar a los jueces a justificar de esa manera sus decisiones? Dado que, *ceteris paribus*, la justificación de una decisión judicial basada sobre una norma moral elegida por el juez comporta un grado mayor de indeterminación del Derecho con respecto a otros tipos de justificación (relativa y no absoluta), no veo entonces razones para atribuir una preferencia generalizada a la justificación «moral» respecto a los otros tipos posibles.

También elegir la cuarta solución (la del juez «sociólogo» de la moral positiva) comporta problemas epistemológicos para el juez, si bien no tan graves como en las soluciones precedentes. Los jueces, de hecho, generalmente no poseen los instrumentos necesarios para precisar cuáles son

---

<sup>9</sup> En otras palabras, en tales ocasiones el fundamento último de la decisión sigue siendo una norma jurídica, y los pasos principales de la justificación judicial continúan haciendo referencia a normas jurídicas.

<sup>10</sup> Limitado, pero no demasiado: toda justificación judicial presenta opciones, y por tanto un abanico de decisiones jurídicamente posibles.

las normas de la moral de un país. Y si los obstáculos epistemológicos son demasiados serios, entonces también la cuarta solución sería reducible a la tercera.

Pero supongamos que, al menos a veces, los jueces puedan superar los problemas epistemológicos. Quedan, sin embargo, dos tipos de problemas:

a) El primero es que no exista homogeneidad moral en la sociedad, o sea, normas morales compartidas (lo que es habitual en las sociedades contemporáneas);

b) el segundo es que las normas morales compartidas estén ya incorporadas en reglas o principios jurídicos.

En el primer caso, la cuarta solución es reducible a la tercera (el juez debe elegir la norma moral que prefiera). En el segundo caso –que parece ser el que con frecuencia asumen los neoconstitucionalistas– la justificación moral es coextensiva a la justificación jurídica, y se convierte en totalmente inútil.

En los casos en los que la justificación basada sobre una norma moral es posible y no inútil, la cuarta solución recomienda al juez que decida y justifique su decisión basándose, en última instancia, en una norma moral positiva. Si bien la adopción de esta última solución no garantiza, de hecho, la corrección moral de la justificación judicial (la moral positiva, de hecho, bien podría estar en contraste con la moral crítica, y no nos es posible saberlo), parece sensato realizarla en muchas ocasiones, en las cuales los procedimientos que permiten la «juridificación» de las normas morales compartidas no funcionan, o no funcionan bien (dictaduras, dominio de pequeños grupos, manipulación del consenso, etc.). Esta solución atribuiría al juez un papel «democrático», de modo que pueda suplir las carencias de los mecanismos democráticos tradicionales, y «transforme» la moral positiva en Derecho.

Pero en situaciones en las cuales los mecanismos democráticos de formación de la ley funcionan más o menos bien, tal solución<sup>11</sup> favorece una particular versión (dirigida a los jueces, y no sólo al legislador como proponen por lo demás los defensores del *enforcement of morals*) de la tesis según la cual el Derecho debe convertir en vinculante la moral positiva.

---

<sup>11</sup> Aún si la tomamos en consideración en su alcance más limitado, según el cual se debe recurrir a las normas morales sólo para escoger entre opciones jurídicamente admisibles. Existen además casos en los que es la misma ley la que obliga al juez a fundar su decisión en normas, o *standards*, tomados de la moral positiva.



Desde mi punto de vista moral, que podría en cierto sentido definirse como «liberal», contra esta tesis valen las bien conocidas objeciones de Hart<sup>12</sup> en el debate con Lord Devlin. Pero para ilustrar estas objeciones se necesitaría obviamente otro ensayo<sup>13</sup>.

### 3. LA CONEXIÓN IDENTIFICATORIA

El segundo problema, hoy en día muy discutido entre los filósofos del Derecho, tiene origen, por un lado, en las teorías iusnaturalistas, y, por el otro, de la distinción de Hart entre punto de vista interno y externo. Desarrollando y –espero– no traicionando algunas ideas de Ricardo Caracciolo<sup>14</sup> y Eugenio Bulygin<sup>15</sup>, creo que es preciso distinguir entre al menos tres diferentes posturas que afirman la conexión identificatoria entre Derecho y moral. Las llamaré respectivamente: tesis de la conexión conceptual entre Derecho y moral crítica; tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral crítica; tesis de la conexión empírica entre Derecho y moral positiva. Voy a analizarlas y criticarlas separadamente.

3.1 La tesis de la conexión identificatoria conceptual entre Derecho y moral crítica, u objetiva o verdadera; es decir, la tesis según la cual en el concepto de Derecho hay una evaluación moral, puede ser resumida de la manera siguiente:

(a) «Un sistema de normas *S* es Derecho si y sólo si es justo, o sea, si se conforma con la moral crítica».

Se puede criticar esta tesis al menos desde dos puntos de vista meta-éticos.

Desde un punto de vista no-cognoscitivista no existe un criterio intersubjetivo para determinar si *S* es justo: habrá quien afirma que lo es y quien

<sup>12</sup> Cf., sobre todo, H. L. A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, Stanford, 1963.

<sup>13</sup> Para un primer examen de la polémica Hart-Devlin, cf. J. MALEM, «La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart» en R. Vázquez (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, 1998, pp. 59-79. Este volumen constituye una excelente introducción crítica al debate contemporáneo sobre las relaciones entre Derecho y moral, también en el ámbito del neoconstitucionalismo.

<sup>14</sup> Cf. R. CARACCILO, *L'argomento della credenza morale*, cit.

<sup>15</sup> Cf. E. BULYGIN, *Is There a Conceptual Connection Between Law and Morality?*, cit.

afirma que no lo sea. Entonces como consecuencia del hecho de que no hay un criterio para identificar la moral, no hay un criterio para identificar el Derecho, ya que la moral objetiva o verdadera no existe, o no es cognoscible. La tesis (a) es un sinsentido, al igual que aquélla de la conexión conceptual entre los caballos y los hipogrifos. La identificación de *S* es lógicamente prioritaria al juicio sobre la conformidad de *S* con la moral. En efecto, para determinar que *P* es un «buen profesor» es preciso previamente conocer que es un «profesor». La propuesta no cognoscitivista (y positivista) es que la identificación de *S* se basa sobre criterios intersubjetivos no morales, así como la no identificación de *S* como Derecho. Sólo sucesiva, en cambio, es la evaluación de *S* como Derecho justo o injusto.

Desde un punto de vista cognoscitivista, se puede –pero no necesariamente se debe– afirmar la tesis (a). Para sostener la tesis (a) es necesario ser cognoscitivista; sin embargo, si uno es cognoscitivista no es necesario que sostenga la tesis (a). Ni siquiera es oportuno, por el argumento del «buen profesor»: si sólo los buenos profesores son profesores, los malos profesores no lo son, lo que significa que no podemos hablar de «malos profesores», como no podríamos hablar de «Derecho injusto», y esta es una inútil dificultad que crearíamos a nuestra usual manera de expresarnos. La cuestión de la aceptación de (a), como afirma Nino<sup>16</sup>, no es muy importante, porque se convierte sólo en una preferencia lingüística entre una u otra definición estipulativa de «Derecho». Su supuesta importancia deriva sólo de la carga emotiva asociada a la palabra «Derecho», es decir, de la idea ulterior de que se debe obedecer el Derecho, de que el Derecho es algo valioso. De todas maneras, afirmar la verdad de (a) implica afirmar la verdad de una tesis aun más controvertida y difícil de demostrar, es decir, aquella del cognoscitivismo moral.

3.2 La tesis de la conexión identificatoria necesaria entre Derecho y moral crítica, u objetiva o verdadera, puede ser resumida de la manera siguiente:

(b) «Un sistema de normas *S* es Derecho si y sólo si hay funcionarios que, desde el punto de vista interno, aceptan *S*, es decir, creen que *S* es moralmente justo.»

---

<sup>16</sup> Cf. C. S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, segunda ed., Astrea, Buenos Aires, 1980.

La crítica de esta tesis es, a mi parecer, muy sencilla. La existencia también de un solo sistema *SI* (por ejemplo el sistema nazi), que no se conforme con la moral crítica, aun si los funcionarios lo aceptan creyendo que sí se conforma, refutaría la tesis (b). La creencia de los funcionarios en que *SI* es moralmente justo no constituye, en efecto, ningún argumento a favor de la justicia de *SI*, y, por consiguiente, tampoco a favor de la conexión entre Derecho y moral crítica.

3.3 La tesis de la conexión identificatoria empírica entre Derecho y moral positiva puede ser resumida de la manera siguiente:

(c) «Un sistema de normas *S* es Derecho si y sólo si (c1) todos los ciudadanos, o bien (c2) algunos ciudadanos (por ejemplo todos, o algunos de, los funcionarios) aceptan *S*, desde el punto de vista interno, es decir, creen que *S* es moralmente justo» (aun si esta creencia puede ser falsa, evaluándola desde el punto de vista de la moral crítica).

Esta tesis equivale a afirmar que *S* es Derecho si se conforma a la moral positiva de alguien: de todos los ciudadanos (c1), o de al menos algunos de los funcionarios (c2).

En cada una de sus formulaciones, la tesis (c) es empírica. Si adoptamos la versión (c1), probablemente el Derecho todavía no ha nacido, porque no hubo y no hay ningún sistema de normas moralmente aceptado por todos los ciudadanos. Deberíamos por lo tanto dejar de hablar de «Derecho», esperando la aparición de una comunidad unánimemente conformista en el marco moral. Ni siquiera en la *well-ordered society* de Rawls existiría el Derecho.

Si adoptamos la versión (c2), la tesis es probablemente verdadera. Pero, por un lado, es trivial, y no sería impugnada ni por los no-cognoscitivistas ni por los positivistas. Por otro lado, la tesis no es muy interesante, porque, desde un punto de vista empírico-sociológico, hay otros elementos más importantes que constituyen lo que podríamos llamar el «cemento» de un sistema jurídico: la fuerza, el interés, la ambición, etc. Es decir, hay muchos tipos de conexiones empíricas entre el Derecho y los demás fenómenos sociales. No se ve por qué, en la identificación del Derecho, uno deba limitarse a (o privilegiar) la conexión del Derecho con la aceptación moral de los funcionarios, y no tener en cuenta, por ejemplo, su conexión con una máquina coercitiva, o con los intereses de los ciudadanos.

#### 4. CONCLUSIÓN

Al comienzo del § 1 he afirmado que la tesis del positivismo metodológico tiene al menos una presuposición: la aceptación de la gran división entre ser y deber, en su formulación lingüística, como distinción entre describir, por un lado y evaluar/prescribir, por otro. Pero creo que no es preciso ser no-cognoscitivistas para ser positivistas metodológicos. Los cognoscitivistas pueden ser positivistas, mientras que algunos constructivistas (que no son cognoscitivistas) pueden no ser positivistas metodológicos, ya que reducen todas las descripciones a evaluaciones, rechazando la tesis central del positivismo metodológico.

Cabe preguntarse, sin embargo: ¿es posible ser cognoscitivistas, y aceptar la gran división? Creo que sí. Aun si reducen todas las evaluaciones morales a descripciones, en efecto los cognoscitivistas aceptan que hay descripciones que yo llamaría «genuinas» (es decir de hechos empíricos), y pueden además distinguir las descripciones de hechos empíricos de las evaluaciones morales.

Se puede ser cognoscitivista moral, es decir, creer conocer lo que es justo –y por tanto afirmar que un enunciado como «*S* es justo» es verdadero o falso– y, sin embargo, se puede seguir describiendo lo que es Derecho –afirmar por ejemplo que «*S* es Derecho»– sin conectar necesariamente el Derecho con la moral, o sea seguir distinguiendo dos descripciones: «*S* es (o no es) justo» y «*S* es (o no es) Derecho».

Los teóricos (o sociólogos) del Derecho iusnaturalistas, que afirman que el Derecho nazi es Derecho, aunque Derecho injusto, no sólo de hecho existen, sino que además, a mi parecer, no se contradicen. Ellos afirmarán, por ejemplo, que no debería haberse obedecido aquel Derecho, aunque de hecho fue obedecido.

A diferencia de los constructivistas, los cognoscitivistas pueden admitir una mera identificación descriptiva, no moral, del Derecho.

En conclusión, el desafío más importante al positivismo es constituido, hoy en día, no por el iusnaturalismo y el cognoscitivism moral, sino por quienes lo atacan en su base epistemológica (en sus raíces empiristas y neopositivistas), poniendo en tela de juicio la gran división entre ser y deber ser.