

# El encanto del método

Diálogos latinoamericanos  
con Paolo Comanducci

**Federico José ARENA**  
**Edith CUAUTLE RODRÍGUEZ**  
**Pablo E. NAVARRO**  
**Alberto PUPPO**  
*Editoras*



Universidad Nacional Autónoma de México  
Instituto de Investigaciones Jurídicas

EL ENCANTO DEL MÉTODO  
*Diálogos latinoamericanos con Paolo Comanducci*

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 976

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario Técnico*

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Edith Cuautle Rodríguez  
*Cuidado de la edición*

José Antonio Bautista Sánchez  
*Formación en computadora*

Edith Aguilar Gálvez  
*Elaboración de portada*

# EL ENCANTO DEL MÉTODO

*Diálogos latinoamericanos  
con Paolo Comanducci*

FEDERICO JOSÉ ARENA  
EDITH CUAUTLE RODRÍGUEZ  
PABLO E. NAVARRO  
ALBERTO PUPPO  
*Editoras*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
MÉXICO, 2022

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad  
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio  
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 21 de octubre de 2022

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-6499-6

## CONTENIDO

Presentación .....	XI
LAS EDITORAS	

### EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

Ontología y epistemología jurídicas bajo la linterna de Paolo Comanducci .....	3
María Beatriz ARRIAGADA	
Modelando la filosofía del derecho. La función de los modelos en la obra de Paolo Comanducci .....	29
Flavia CARBONELL BELLOLIO	
Comanducci sobre la ontología y epistemología de Kelsen y Searle. Matices y observaciones críticas .....	55
Alba LOJO	
Jorge BAQUERIZO	
El conocimiento jurídico a través del rey Midas: ciencia jurídica y teoría del derecho en la obra de Paolo Comanducci .....	75
Álvaro NÚÑEZ VAQUERO	

### TEORÍA Y METATEORÍA DEL DERECHO

El positivismo jurídico de Paolo Comanducci. Algunos pormenores a partir de su teoría de las normas .....	99
Sebastián AGÜERO-SANJUAN	

La creencia errónea en la teoría de Paolo Comanducci . . . . .	121
Federico José ARENA	
Certeza y justicia. Comentarios a la obra de Paolo Comanducci . . . .	139
Hernán G. BOUVIER	
Rodrigo E. SÁNCHEZ BRÍGIDO	
Paolo Comanducci y el modelo descriptivo de la teoría del derecho. .	151
Natalia SCAVUZZO	

### RAZONAMIENTO JURÍDICO

<i>Dividendo</i> . Cuestiones de método que he aprendido de Paolo Comanducci, y un pequeño disenso sobre aplicabilidad. . . . .	169
Rodrigo COLOMA	
Aplicabilidad y regla de reconocimiento . . . . .	185
Diego DEI VECCHI	
Sebastián FIGUEROA RUBIO	
Pablo A. RAPETTI	
Derechos incompatibles. . . . .	211
Daniel MENDONCA	
<i>Assaggio</i> de un escéptico convencido de una teoría ecléctica de la interpretación judicial. . . . .	223
Diego MORENO CRUZ	
Aplicabilidad de las normas jurídicas y decisión judicial. . . . .	241
Pablo E. NAVARRO	
Dos enfoques (no) excluyentes acerca del razonamiento jurídico . . . .	259
Julieta A. RABANOS	
Las sentencias de los tribunales colegiados, la falta de mayorías argumentativas y la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina: ¿un falso problema en material penal? . . . . .	289
Eugenio C. SARRABAYROUSE	

## METAÉTICA

- Metaética, razonamiento jurídico y justificación lógica . . . . . 309  
 Pedro CABALLERO ELBERSCI
- Los dos Comanducci y el cognitivismo melancólico . . . . . 331  
 Pau LUQUE

## INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

- La “constitución” del Estado constitucional . . . . . 349  
 Magdalena Inés ÁLVAREZ
- Comanducci sobre los problemas de las propuestas neoconstitucionalistas . . . . . 371  
 Marcela CHAHUÁN ZEDAN
- La tetralogía de Paolo Comanducci. Modelos constitucionales para desarmar . . . . . 387  
 Ivana PICCARDO
- Acerca de las editoras y autoras . . . . . 407



## PRESENTACIÓN

Qué mejor manera de celebrar a Paolo Comanducci que ofreciéndole la ocasión para un diálogo crítico y riguroso sobre sus aportaciones teóricas. Un tipo de diálogo que a lo largo de su carrera, de ambos lados del Océano Atlántico (y más allá), Paolo ha propiciado con rigor y entusiasmo, y acompañado con su sonrisa, a veces irónica, pero siempre benévola e incluso paterna. El amplio alcance geográfico de este volumen, ilustrado por los lugares de proveniencia o de trabajo de quienes participan, y de varias personas más que no lograron incorporarse por cuestiones de tiempo, es un claro indicador del compromiso de Paolo con ese tipo de diálogo.

*El encanto del método. Diálogos latinoamericanos con Paolo Comanducci* nos ha parecido el título preciso para reflejar dos ingredientes fundamentales de su obra y de su personalidad. En efecto, “El encanto del método” no solamente captura una postura filosófica, caracterizada por el rigor y la claridad, sino que describe también la elegancia con la cual ha practicado esa actividad. En su extensa obra, Paolo Comanducci ha logrado abordar de forma original y desafiante problemas, o bien clásicos, o bien persistentes, tanto teórico-jurídicos como filosófico-políticos o metaéticos.

La convocatoria que lanzamos hace más de un año, nos ha permitido reunir una colección de ensayos críticos de esa obra. En este sentido, las autoras de cada contribución se apoyan en las ideas de Comanducci para explicar cierto fenómeno jurídico, pero también analizan, comentan y critican su obra.

Este volumen tiene la pretensión de celebrar no solo su obra escrita, sino también el papel que la generosidad de Paolo tuvo en el desarrollo de la filosofía del derecho, ampliamente entendida, en las más diversas latitudes y, en particular, en el continente americano. Basta como ejemplo meramente ilustrativo que, entre quienes hemos asumido la tarea de llevar adelante la edición de este libro, hay quien tuvo la suerte de ser su alumna en el primer año de la carrera de grado, quienes recibieron el acompañamiento de Paolo durante los años del doctorado y quien compartió con él la organización de lo que fue uno de los pilares de los diálogos latinoamericanos: el Congreso Imperia de filosofía del derecho (que hoy ya ha superado las veinticinco

ediciones y expandido su alcance hasta ser denominando “Congreso Italo-Franco-Lusitano-Español”).

Comanducci es además un pilar fundamental de la *Escuela Genovesa de filosofía analítica del derecho*, que integran varias colegas de Paolo, como Riccardo Guastini, Pierluigi Chiassoni, Giovanni Battista Ratti, entre otras.<sup>1</sup> Con base en las enseñanzas del maestro Giovanni Tarello (director —*relatore*— de la tesis de grado de Paolo, titulada *Il pensiero giuspolitico di Mably*), esta escuela ha legado no solo un método de discusión que privilegia la precisión y la argumentación analítica, sino que también ha conseguido poner en pie un programa de doctorado que atrae a investigadoras de muy variadas latitudes. En efecto, el Doctorado en Filosofía del Derecho con sede en el Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, recibe estudiantes de países como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, Eslovenia, Francia, México, Paraguay, Perú, entre tantos otros.

Las aportaciones de Paolo a la academia se extienden también al ámbito de la gestión institucional. Se ha desempeñado como *preside* de la *Facoltà di Giurisprudenza* y posteriormente *rettore*, ambos de la Universidad de Génova, Italia. Asimismo, ha llevado adelante, en conjunto con otras colegas, proyectos editoriales de prestigio que expresan igualmente su compromiso con el diálogo académico. Así, es codirector de las revistas: *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, *Analisi e Diritto*, *Ragion Pratica*, *Nuova Giurisprudenza Ligure*. Igualmente, Paolo ha tenido y tiene un papel fundamental en la creación y consolidación de redes académicas apoyadas, en gran parte, en la celebración de los congresos internacionales cuyas sedes van rotando. Tal es el caso del mencionado Congreso de Imperia (o “Imperia”, sin más), y los congresos de *Ragion Pratica*. Todo esto no sería posible sin el incansable ánimo viajero de Paolo, que lo ha llevado a recorrer numerosas regiones (incluso la alejada Tierra del Fuego, Argentina), para generar y consolidar redes académicas mediante su participación en conferencias, seminarios, y principalmente en programas de posgrados de estos países, en colaboración con la Universidad de Génova, como docente y director de tesis. Producto de todos estos esfuerzos e iniciativas gran cantidad de jóvenes han viajado a Génova para acercarse a las herramientas y tesis de la *Escuela Genovesa*.

En todos estos diferentes contextos, Paolo ha logrado desarrollar y promover un “cosmopolitismo intelectual y de amistad sin fronteras”, tal como él mismo describió el tipo de relaciones que logró instaurar el Programa de

---

<sup>1</sup> Véase Ferrer Beltrán, Jordi y Ratti, Giovanni B. (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

Doctorado en Filosofía del Derecho, de la Universidad de Genova.<sup>2</sup> Resueñan entonces también aquí las palabras que Comanducci usó para describir la visión de la vida académica que comparte con Ernesto Garzón Valdez y que incluye el compromiso de construir un puente entre Europa y América latina, “un puente que ha sido recorrido tantas veces que ahora podemos hablar con orgullo de una red académica de primer nivel. No se trató, como en otros casos, de construir una escuela, destinada a difundir una determinada forma de pensar el mundo o hacer filosofía del derecho; se trató de construir un diálogo, un diálogo tanto horizontal, entre investigadores de la misma generación provenientes de horizontes distintos, como vertical, entre investigadores de distintas generaciones”.<sup>3</sup>

Todo lo anterior es una descripción inevitablemente incompleta de las aportaciones de Paolo. Incluso una descripción exhaustiva no lograría capturar sus marcas de identidad, que vuelven única su contribución intelectual: su sencillez, su ánimo, su talante de amigo afectuoso, su sonrisa franca sin acartonamientos y poses, su sentido del humor y su extraordinaria e igualmente generosa cultura culinaria y del vino.

Quienes hemos tenido la oportunidad de conocer personalmente a Paolo, podemos dar cuenta de la relevancia que ese encuentro tiene para la propia vida personal y académica. Ello, creemos, queda reflejado en la generosidad de las colegas que han contribuido a esta obra colectiva, a las cuales va un sincero agradecimiento. Del mismo modo, agradecemos a Raúl Márquez Romero, secretario técnico del Instituto de Investigaciones Jurídicas, y a su equipo editorial, por el invaluable apoyo que nos brindó para que esta publicación se realizara, a pesar del riguroso proceso de evaluación, en tiempos récord.

*Las editoras*

---

<sup>2</sup> Durante el *Primer Encuentro de Doctores Génoveses*, celebrado en noviembre de 2019, en la Universidad de Génova.

<sup>3</sup> De la reconstrucción de Alberto Puppo, “Nota editorial”, *Isonomía*, núm 50, p. 2.

# EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

## ONTOLOGÍA Y EPISTEMOLOGÍA JURÍDICAS BAJO LA LINTERNA DE PAOLO COMANDUCCI\*

María Beatriz ARRIAGADA

SUMARIO: I. *Empirismo y constructivismo*. II. *El estatus ontológico del derecho: su configuración como objeto de estudio*. III. *El objeto de la teoría del derecho*. IV. *Referencias bibliográficas*.

Cuando por recomendación del director de mi tesis doctoral, Rodrigo Coloma, en el año 2011 viajé a Génova con el proyecto de aquella tesis bajo el brazo, fui recibida y bienvenida por Paolo Comanducci quien, con una gentileza sin aspavientos, me abrió las puertas del *Istituto Tarello*. Hasta ese momento y aún hasta ahora, no he conocido a una persona tan lúcida, aguda y sensata y, a la vez, tan afable, ingeniosa, divertida y querible como él.

Agradezco la fortuna de haberlo conocido y la de poder considerarlo uno de mis amigos. Aunque Paolo sabe cuánto lo quiero, este homenaje es la ocasión para expresar cuánto admiro la extraordinaria potencia con que ha iluminado el camino de quienes nos dedicamos a la teoría jurídica analítica y cuán importante es que no deje de hacerlo.

Este trabajo revisa algunas de las contribuciones que, desde la teoría jurídica analítica, Paolo Comanducci ha realizado en materia de ontología y epistemología jurídicas. Sus objetivos son tres: (I) examinar críticamente su reconstrucción de la distinción entre “empirismo” y “constructivismo” con base en la inversa dirección de ajuste y relación de dependencia que se verificaría, respectivamente, entre “episteme” y “mundo” y entre “epistemología” y “ontología”; (II) discutir su tesis según la cual “un conjunto de hechos institucionales” y “un conjunto de normas” son dos modos generalmente alternativos de configurar el derecho como objeto de estudio, y (III)

---

\* Este trabajo corresponde a resultados del proyecto financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, Fondecyt regular N°1200549 “La clausura de los sistemas de normas jurídicas de competencia”. Agradezco a Flavia Carbonell y a Loreto Navarro su lectura atenta de un borrador de este trabajo, así como sus agudas observaciones.

elucidar su tesis sobre el objeto de la teoría del derecho y exhibir que ella permite disolver los desacuerdos en torno a si el objeto de la teoría jurídica está constituido exclusivamente por el discurso de la dogmática jurídica y/o la ciencia jurídica o si, en cambio, está constituido por todos los discursos de los operadores jurídicos que forman parte de la cultura jurídica interna.

## I. EMPIRISMO Y CONSTRUCTIVISMO

Comanducci procura reconstruir las tesis que caracterizan a cada una de las dos familias de concepciones que se han enfrentado en el campo epistemológico: el empirismo y el constructivismo. Para trazar la distinción usa tres diferentes criterios: (i) el compromiso o ausencia de compromiso con el realismo metafísico; (ii) el carácter verificacionista/falsacionista o coherentista de los criterios de verdad de las proposiciones, y (iii) la dirección de ajuste y la relación de dependencia que se verifica, respectivamente, entre episteme y mundo y entre epistemología y ontología.

Nuestro autor sostiene, en primer lugar, que mientras el empirismo supone necesariamente el realismo metafísico —la convicción de que existe un mundo externo, una realidad que es independiente de los sujetos que la conocen—, el constructivismo no lo supone, aunque tampoco lo rechaza necesariamente. El realismo metafísico sería rechazado únicamente por los constructivistas más radicales, según quienes toda realidad es epistémicamente, pero también ontológicamente, dependiente de los sujetos que la conocen.<sup>1</sup>

En segundo lugar, el empirismo utilizaría el concepto de verdad como correspondencia y criterios heurísticos verificacionistas o falsacionistas. Las proposiciones verdaderas serían entonces aquellas que reflejan correctamente la realidad que es independiente de los sujetos que la conocen. Para el constructivismo, en cambio, la correspondencia o no correspondencia de nuestras proposiciones con la realidad dependería también de la previa configuración del objeto investigado, por lo que sus criterios de verdad —no su concepto de verdad— serían necesariamente coherentistas. Las proposiciones verdaderas serían entonces aquellas coherentes en el interior de nuestros esquemas conceptuales y según los criterios acerca de nuestras teorías acerca de la realidad.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Comanducci, Paolo, “Epistemología jurídica”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 177 y 178.

<sup>2</sup> *Ibidem*, pp. 178 y 179.

Si entiendo bien, que la diferencia se sitúa, no en el concepto, sino en los criterios de verdad es compatible con la tesis de Searle, según la cual la realidad ontológicamente subjetiva (dependiente de representaciones y otras actitudes mentales colectivas) es, no obstante, epistémicamente objetiva en cuanto es posible conocerla y describirla mediante enunciados que tienen valor de verdad.<sup>3</sup> Cosa diferente es que, precisamente por el carácter ontológicamente subjetivo de aquella realidad, los procedimientos de verificación de la correspondencia de las proposiciones que procuran describirla tendrían que ser distintos de los procedimientos de verificación de las proposiciones que describen fenómenos ontológicamente objetivos.<sup>4</sup>

No obstante, Comanducci mantiene dudas sobre la necesidad de postular una modalidad de existencia que haría verdaderas afirmaciones que no se refieren a entidades físicas. Su argumento es que Searle admite que la intencionalidad colectiva que crea y hace subsistir la realidad ontológicamente subjetiva podría basarse en creencias falsas. La estrategia de Searle consistiría en separar la creencia que crea la realidad de la falsa creencia que funciona como justificación de la primera creencia, pero habría casos en los cuales estas dos creencias colapsarían. Como consecuencia, una afirmación que expresa una determinada creencia podría ser, al mismo tiempo, atemporalmente falsa según los paradigmas de las ciencias naturales y atemporalmente verdadera por corresponder a una realidad ontológicamente subjetiva. Si esta conclusión fuera cierta, se plantearía un serio problema para la teoría de Searle.<sup>5</sup>

En lo que aquí interesa, las dudas de Comanducci sobre la necesidad de postular una modalidad subjetiva de existencia no parecen constituir un obstáculo para reconstruir al constructivismo como un enfoque epistemológico que acepta el concepto de verdad como correspondencia.

El problema surge cuando se introduce el criterio diferenciador relativo a la dirección de ajuste y a la relación de dependencia que se verificaría, respectivamente, entre episteme y mundo, y entre epistemología y ontología.

Comanducci afirma que, según el empirismo, la dirección de ajuste apropiada en las ciencias es la que podríamos llamar “episteme-a-mundo” y que la epistemología depende de la ontología. La epistemología adecuada sería entonces la que se ajusta a la naturaleza o manera de ser del objeto investigado. En contraste, afirma que, según el constructivismo, la dirección

<sup>3</sup> Searle, John, *La construcción de la realidad social*, trad. de A. Domènech, Barcelona, Paidós, 1997 [1995], p. 78.

<sup>4</sup> Comanducci, Paolo “Epistemología...”, *cit.*, p. 182.

<sup>5</sup> Comanducci, Paolo, “Kelsen y Searle”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010 [1999], pp. 221-223.

de ajuste apropiada en las ciencias es la que podríamos llamar “mundo-a-episteme” y que la ontología depende de la epistemología, en el sentido de que no hay para las personas otra manera de acceder a la realidad que a través de nuestras gafas epistemológicas. No dispondríamos de un acceso directo a la realidad, ni siquiera de los hechos brutos.<sup>6</sup>

La pregunta que, sin embargo, queda sin respuesta es cuál es la epistemología adecuada para el constructivismo. Esto no es una casualidad sino precisamente una evidencia de que la distinción entre empirismo y constructivismo no puede trazarse adecuadamente sobre la base de las supuestamente inversas dirección de ajuste y relación de dependencia que, respectivamente, se verificarían entre episteme y mundo y entre epistemología y ontología.

Si se contrasta el empirismo con el constructivismo radical, puede decirse que, de acuerdo con el primero, la dirección de ajuste apropiada de las ciencias es “episteme-a-mundo”, mientras de acuerdo con el segundo, la dirección de ajuste apropiada es “mundo-a-episteme”. Dado que, de acuerdo con el empirismo, existe una realidad que es independiente de los sujetos que la conocen, la epistemología depende de la ontología. En cambio, dado que, de acuerdo con el constructivismo radical, no existe una realidad independiente de los sujetos que la conocen (toda realidad es ontológicamente dependiente de los sujetos que la conocen), la ontología depende de la epistemología.

La distinción, sin embargo, no puede trazarse en los mismos términos cuando se contrastan el empirismo y el constructivismo moderado. Este último acepta la tesis ontológica del realismo metafísico según la cual existe una realidad independiente de los sujetos que la conocen, es decir, una realidad cuya existencia es ontológicamente objetiva. Pero también acepta la tesis ontológica según la cual existe una realidad que es dependiente de nuestras representaciones, es decir, una realidad cuya existencia es ontológicamente subjetiva.<sup>7</sup> Dicho en términos de Searle, los hechos institucionales son ontológicamente subjetivos en cuanto que una entidad X posea un estatus Y depende de que dicho estatus sea colectivamente representado, reconocido y aceptado como existente.<sup>8</sup>

La ontología del constructivismo moderado es entonces dualista y, por tanto, no es reduccionista como la ontología monista del empirismo. Esta diferencia ontológica tiene un correlato epistemológico/metodológico que

<sup>6</sup> Comanducci, Paolo, “Epistemología...”, *cit.*, pp. 177 y 179.

<sup>7</sup> Comanducci, Paolo, “Kelsen y Searle”, *cit.*, pp. 214 y 215.

<sup>8</sup> Searle, John, *op cit.*, p. 78.



también es expresable en términos de dualismo y monismo. Desde una visión dualista, diferentes objetos temáticos de la investigación científica demandan diferentes clases de conocimiento/métodos, por lo que cabe distinguir entre la *explicación* causal de fenómenos físicos y la *comprensión* de fenómenos sociales. De acuerdo con el monismo, hay un solo método adecuado —la explicación causal— para la *aparente* diversidad de objetos temáticos.<sup>9</sup>

Así, desde la perspectiva de un constructivismo moderado, esto es, un constructivismo ontológica y epistemológicamente dualista, la relación entre epistemología y ontología es exactamente la misma que desde la perspectiva del empirismo: *la epistemología depende de la ontología*. Desde el punto de vista del constructivismo moderado, la dirección de ajuste apropiada en las ciencias es “episteme-a-mundo” y la epistemología adecuada es la que se ajusta a la naturaleza o manera de ser del objeto investigado.

Una cuestión diferente es que, desde la perspectiva de un empirismo ingenuo, se crea que disponemos de un acceso directo e inmediato a la realidad de los hechos brutos.<sup>10</sup> Lo que quiero decir es que de la creencia plausible —compartida tanto por los constructivistas como por los empiristas no ingenuos— de que no hay manera de acceder a la realidad sino a través de nuestras gafas epistemológicas, no se sigue que la ontología dependa de la epistemología.

Si bien Comanducci es claro en cuanto a que, según el constructivismo, la ontología depende de la epistemología en el preciso sentido de que no hay manera de acceder a la realidad sino a través de nuestras gafas epistemológicas, no es claro respecto de cuál sería la epistemología adecuada. Esto muestra que no es adecuado trazar la distinción entre empirismo y constructivismo con sustento en una supuesta dirección de ajuste o relación de dependencia entre epistemología y ontología.

Lo que he dicho es, además, consistente con que, desde una perspectiva moderadamente constructivista, Comanducci afirme que, en el ámbito jurídico, una epistemología adecuada depende, en primer lugar, de qué es el derecho, esto es, de su naturaleza o estatus ontológico, lo que, a su vez, depende de cómo es configurado como objeto de estudio.<sup>11</sup> Este es el tema que trataré a continuación.

---

<sup>9</sup> Cfr. Winch, Peter, *Ciencia social y filosofía*, trad. de María Rosa Viganó, Buenos Aires, Amorrortu, 2011 [1958], pp. 89-93; Von Wright, Georg, *Explicación y comprensión*, trad. de P. García, Madrid, Alianza, 1979 [1971], pp. 21-25. Ambos autores están tratando con la misma distinción, aunque empleen diferente terminología. El primero entiende que se trata de dos clases o formas de conocimiento. El segundo entiende que se trata de una distinción metodológica.

<sup>10</sup> Comanducci, Paolo, “Epistemología...”, *cit.*, p. 179.

<sup>11</sup> *Idem*.

## II. EL ESTATUS ONTOLÓGICO DEL DERECHO: SU CONFIGURACIÓN COMO OBJETO DE ESTUDIO

Comanducci afirma que lo que el derecho sea depende, en alguna medida, de cómo lo configuramos, es decir, de qué concepto de derecho manejamos.<sup>12</sup>

Desde una perspectiva ontológica y epistémicamente dualista, subraya, en primer lugar, que las respuestas más difundidas y relevantes a la pregunta sobre la configuración del derecho pueden agruparse en dos grandes clases: (i) la que afirma que el derecho es un conjunto de hechos, y (ii) la que afirma que el derecho es un conjunto de normas. En segundo lugar, subraya que, según la manera como se configure el derecho, variará la epistemología adecuada para conocerlo.<sup>13</sup>

Según nuestro autor, el derecho como conjunto de ‘hechos institucionales’, en la terminología de Searle, suele definirse como una práctica social constituida por una multiplicidad de comportamientos —lingüísticos y no lingüísticos— de individuos, grupos e instituciones. La epistemología adecuada para conocer el derecho así configurado debiera ser entonces la de las *ciencias sociales*. Por su parte, el derecho como conjunto de normas podría ser definido como el conjunto de los contenidos de significado normativos de los hechos institucionales consistentes en actuaciones y documentos de las autoridades. Como conocer el derecho así configurado sería principalmente interpretar actos y documentos autoritativos, dicho papel sería propio de la *dogmática jurídica* y, más en general, del *conjunto de los operadores jurídicos* que forman parte de la cultura jurídica interna.<sup>14</sup>

Comanducci afirma, agudamente, que estas dos respuestas a la pregunta sobre la configuración del derecho no apuntarían a subrayar exclusivamente los componentes lingüísticos del fenómeno jurídico.<sup>15</sup> Esta afirmación puede ser entonces complementada enfatizando cómo los hechos institucionales y las normas jurídicas se relacionan con el lenguaje.

Que los hechos institucionales dependen del lenguaje resulta claro desde que Searle ha mostrado el modo en que aquellos hechos se crean o constituyen. La intencionalidad colectiva asigna a una entidad o fenómeno cualquiera (X) un estatus (Y) y, junto con él, una función o un conjunto de

---

<sup>12</sup> *Idem.*

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 180.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 181. Sobre la noción de cultura jurídica interna, ver Tarello, Giovanni, “La noción de derecho positivo”, *Cultura jurídica y política del derecho*, Granada, Comares, 2002 [1977], pp. 229 y 230.

<sup>15</sup> Comanducci, Paolo, “Epistemología...”, *cit.*, p. 181.

funciones que dicha entidad o fenómeno no tenía en virtud de sus propiedades físicas y que no dependen de dichas propiedades, sino de creencias, representaciones, reconocimientos, aceptaciones y acuerdos colectivos. En la forma o estructura “X cuenta como Y en el contexto C” de las reglas que hacen posible (y explican) la creación de estos hechos, el movimiento de X a Y tiene un carácter lingüístico, en el sentido de que X significa, representa o simboliza Y.<sup>16</sup>

Aunque no es absolutamente pacífico que entre las normas y el lenguaje se verifique una relación de dependencia, conviene recordar que incluso cuando las normas son concebidas como independientes del lenguaje, se admite que aquellas solamente pueden ser expresadas por medio del lenguaje.<sup>17</sup>

La dependencia de las normas respecto del lenguaje es algo que no puedo argumentar aquí. Me limitaré, por tanto, a decir que no es casualidad que un eje central de buena parte de las discusiones sobre la ontología de las normas jurídicas sea precisamente su relación con el lenguaje, pudiendo distinguirse al menos cuatro diferentes concepciones de las normas: (i) la *concepción sintáctica* entiende a las normas como enunciados que emplean expresiones tales como “obligatorio”, “prohibido”, “permitido”; (ii) la *concepción semántica* identifica a las normas con el significado de los enunciados a través de los cuales se formulan, por lo que las entiende como entidades semejantes a las proposiciones; (iii) la *concepción mixta sintáctico-semántica* concibe a las normas como formulaciones normativas significativas, y (iv) la *concepción pragmática* identifica a las normas con el resultado del uso prescriptivo del lenguaje.<sup>18</sup>

Así, es importante subrayar que el derecho no deja de ser concebido como un fenómeno lingüístico cuando es configurado, por las ciencias sociales, como un conjunto de hechos institucionales ni cuando es configurado, por la dogmática jurídica, como un conjunto de normas.

Ahora bien, cuando Comanducci identifica estas dos respuestas a la pregunta sobre la configuración del derecho, aclara que ellas no son necesariamente excluyentes. La combinación de ambas respuestas estaría cons-

<sup>16</sup> Searle, John, *op cit.*, cap. 3.

<sup>17</sup> Así es caracterizada la concepción hilética de las normas en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “La concepción expresiva de las normas”, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991 [1981], pp. 122 y 123.

<sup>18</sup> Orunesu, Claudina; Rodríguez, Jorge y Sucar, Germán, “Inconstitucionalidad y derogación”, *Discusiones*, núm. 2, 2001, p. 21, y Rodríguez, Jorge, *Teoría analítica del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 62 y 63.

titudada por la afirmación de que el derecho es un conjunto de razones para la acción que serían hechos que tienen una especial vinculación con las normas jurídicas.<sup>19</sup>

Que la posibilidad de combinar estas dos respuestas se circunscriba a esta alternativa no deja de ser llamativo si consideramos que, según Comanducci, existe una tercera familia de enfoques epistemológicos —los de la teoría o filosofía del derecho— que apuntan a conocer, no *un* derecho (o algunos derechos), sino *el* derecho. Nuestro autor argumenta que, al menos en la tradición metodológica de tipo analítico, la teoría del derecho se ocupa exactamente de los mismos objetos que las ciencias sociales y la dogmática, pero desde un mayor nivel de abstracción.<sup>20</sup>

Lo llamativo es que Comanducci pase por alto que las teorías jurídicas positivistas que, por ser moderadamente constructivistas, distinguen dos diferentes niveles de realidad (una realidad cuya existencia es ontológicamente objetiva y una realidad cuya existencia es ontológicamente subjetiva) se caracterizan precisamente por ofrecer una respuesta combinada a la pregunta sobre la configuración del derecho.

Todas estas teorías jurídicas —y no solamente las que conciben el derecho como un conjunto de razones para la acción— se caracterizan por configurar el derecho, al mismo tiempo, como un conjunto de hechos (institucionales o, al menos, no empíricos) y como un conjunto de normas.

Si bien la teoría jurídica de Kelsen es un caso particularmente complicado, me interesa detenerme sobre él porque Comanducci le ha prestado especial atención, explorando justamente las semejanzas y diferencias entre los constructivismos de Kelsen y Searle.<sup>21</sup>

No cabe ninguna duda de que el modelo de ciencia jurídica defendido por la teoría jurídica de Kelsen configura el derecho como un conjunto de normas y no como un conjunto de hechos empíricos. La pureza del método supone delimitar el conocimiento jurídico de la sociología o psicología jurídicas cuyo método empirista implicaría reducir el derecho a un conjunto de hechos.<sup>22</sup> No obstante, de acuerdo con Kelsen, los sucesos o acontecimientos fácticos sensiblemente perceptibles, situados en el tiempo y en el espacio y determinados por leyes causales son considerados acontecimientos jurídicos cuando las normas les otorgan una significación objetiva. Que un suceso

---

<sup>19</sup> Comanducci, Paolo, “Epistemología...”, *cit.*, p. 181.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 184 y 185.

<sup>21</sup> Comanducci, Paolo, “Kelsen y Searle”, *cit.*

<sup>22</sup> *Cfr.* al menos Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1991 [1960], p. 15.

o acontecimiento tenga un sentido específicamente jurídico —es decir, que sea considerado un acto de producción, de aplicación o de acatamiento de normas jurídicas o un acto ilícito— no depende de su facticidad, sino de que una norma se refiera a él, de suerte que aquel suceso pueda ser explicitado (interpretado) según esa norma. Dicho con otras palabras, depende de que ese suceso fáctico coincida con el contenido de una norma tenida por válida.<sup>23</sup>

Lo anterior favorece la conclusión de que los “hechos jurídicos” en el sentido de Kelsen son análogos a los “hechos institucionales” en el sentido de Searle. Como subraya Comanducci, la semejanza entre Kelsen y Searle es sorprendente. Para el primero los hechos jurídicos, como para el segundo los hechos sociales, son en un sentido naturales, pero en otro sentido —si una norma les adscribe un significado— no son reducibles a hechos naturales o brutos.<sup>24</sup>

Kelsen y Searle no solamente compartirían una ontología realista, sino también la idea de que existen cosas ontológicamente subjetivas que, por lo mismo, son distintas de —e irreducibles a— entidades físicas. La ontología de Kelsen sería, por tanto, traducible a la de Searle, pudiendo decirse, por ejemplo, que el derecho es una red compleja de hechos brutos a los que hemos impuesto el estatus de orden coactivo normativo.<sup>25</sup>

Según Comanducci, las cosas que para Kelsen son irreducibles a entidades físicas no son hechos institucionales, sino sentidos, pero las diferencias terminológicas no impedirían advertir la semejanza con Searle. Para Kelsen un acto de voluntad puede tener, además de su sentido subjetivo, el sentido jurídico objetivo de la promulgación de una ley si corresponde al contenido de una norma válida, de suerte que un mismo acto tendría dos diferentes sentidos. Para Searle el mismo ejemplo sería explicable aludiendo a un mismo acto y a dos diferentes hechos.<sup>26</sup>

Aunque sorprendente, se trata —no debe olvidarse— de una mera semejanza. Los ‘hechos jurídicos’ en Kelsen se parecen a los ‘hechos institucionales’ en Searle puesto que la existencia de ambos es ontológicamente subjetiva. Pero la diferencia relevante reside en que, desde la óptica del constructivismo kantiano de Kelsen, el estatus jurídico de un acontecimiento fáctico es asignado, no por la intencionalidad colectiva, sino por la cien-

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 15-18.

<sup>24</sup> Comanducci, Paolo, “Kelsen y Searle”, *cit.*, pp. 209 y 210.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 214, 215 y 217.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 217 y 218.

cia jurídica que es la que construye las normas<sup>27</sup> que atribuyen significación jurídica a determinados acontecimientos fácticos.

Así, a diferencia de Comanducci,<sup>28</sup> no creo que en la epistemología kantiana de Kelsen haya espacio para una realidad socialmente construida cuya descripción corresponda a las ciencias sociales. Pero esto no impide argumentar que el modelo de ciencia jurídica defendido por Kelsen configura el derecho, al mismo tiempo, como un conjunto de hechos jurídicos (no empíricos) y como un conjunto de normas.

Es claro que para Kelsen los actos que producen derecho son el significado o sentido objetivo de ciertos acontecimientos fácticos. Que un intercambio de cartas signifique haber celebrado un contrato proviene exclusiva y únicamente de que esa situación fáctica encaja en ciertas disposiciones del código civil.<sup>29</sup> Lo que parece complicar las cosas es que, para Kelsen, el resultado de los actos de producción jurídica, es decir, las normas producidas por esos actos son también el sentido o significado de los mismos acontecimientos fácticos. Una norma es el sentido específico de un acto de voluntad que, realizado en un tiempo y espacio determinados, se dirige al comportamiento de otro. Mientras la norma es un deber —afirma Kelsen— el acto de voluntad cuyo sentido constituye es un ser.<sup>30</sup>

Cuando ciertas personas se reúnen en un recinto, se pronuncian discursos y algunas levantan la mano, desde la óptica del derecho, pueden distinguirse, por un lado, los procedimientos legislativos y, por otro lado, la ley que es el producto o resultado de aquellos procedimientos. Pero tanto aquellos procedimientos como su resultado son el significado objetivo del mismo conjunto de sucesos fácticos.<sup>31</sup> Análogamente, Kelsen afirma que:

La orden de un *gangster*, de entregarle una suma de dinero, tiene el mismo sentido subjetivo que la orden de un funcionario del fisco; a saber: el sentido de que el individuo, al cual la orden se dirige, entregue una determinada cantidad de dinero. Pero sólo la orden del funcionario fiscal, y no la orden del

---

<sup>27</sup> Según Kelsen, al conocimiento jurídico de la ciencia jurídica puede atribuirse un carácter constitutivo en el sentido kantiano de que produce su objeto al concebirlo como una totalidad significativa. Véase Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, p. 85.

<sup>28</sup> Según Comanducci, la epistemología kantiana de Kelsen permite distinguir el nivel de los materiales jurídicos que son el producto de la construcción social y son descritos por las ciencias sociales del nivel de las normas jurídicas y del ordenamiento jurídico construidos por la ciencia jurídica. Comanducci, Paolo, “Kelsen y Searle...”, *cit.*, p. 216.

<sup>29</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, pp. 16 y 18.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 16-18.

*gangster*, tiene el sentido de ser una *norma válida* que obligue al receptor; sólo una, y no la otra, es un *acto productor de una norma*.<sup>32</sup>

Como puede observarse, Kelsen distingue perfectamente, por un lado, entre el acto fáctico de voluntad dirigido al comportamiento de otro y el acto jurídico de producción normativa y, por otro lado, entre el acto fáctico de voluntad dirigido al comportamiento de otro y la norma producida por dicho acto. Pero no siempre distingue entre el acto jurídico de producción de la norma y la norma producida por ese acto, puesto que ambos son sentidos del mismo acto fáctico de voluntad dirigido al comportamiento de otro.

Esta ambigüedad “proceso-producto” no es, sin embargo, un obstáculo para concluir que el modelo kelseniano de ciencia jurídica configura el derecho, al mismo tiempo, como un conjunto de hechos jurídicos y como un conjunto de normas. Kelsen es extraordinariamente claro respecto de que el objeto de la ciencia del derecho no se agota en las normas jurídicas, puesto que se extiende a la conducta humana en la precisa medida en que ella esté determinada en las normas jurídicas como condición o efecto. En otros términos, en cuanto la conducta humana es contenido de las normas jurídicas.<sup>33</sup>

Las conductas humanas que son contenido de las normas jurídicas no son otra cosa que acontecimientos fácticos sensiblemente perceptibles. Ellos son, como hemos visto, considerados jurídicos por la significación objetiva que les otorgan las normas jurídicas que se refieren a ellos. Una conducta humana situada en el tiempo y el espacio y determinada por leyes causales solamente es considerada o *cuenta como* un acto jurídico —de producción, de aplicación o de acatamiento de normas o un acto ilícito— en la medida en que puede ser explicitada o interpretada según la norma que le atribuye aquella significación.

Las normas producidas por (o que son el resultado de) los actos jurídicos de producción normativa no tienen, sin embargo, el mismo estatus ontológico. Por lo mismo, Kelsen los concibe como dos objetos diferentes de la ciencia jurídica. Mientras el objeto de la dinámica jurídica son las conductas humanas que son actos de producción, aplicación y acatamiento determinados por normas, el objeto de la estática jurídica son las normas producidas, aplicadas o acatadas mediante esos actos de conducta humana.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 22. Las cursivas de las dos últimas líneas son mías.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 83 y 84. Esta diferencia es una razón para negar que a Kelsen pueda atribuirse, como asumen Alchourrón y Bulygin, una concepción expresiva de las normas jurídicas, entendida como una concepción que identifica a las normas con actos lingüísticos

Adviértase que la conclusión de que el modelo de ciencia jurídica defendido por la teoría de Kelsen configura el derecho, al mismo tiempo, como un conjunto de hechos jurídicos y como un conjunto de normas es consistente con la tesis de Comanducci sobre del objeto de la teoría (analítica) del derecho.

Si, de acuerdo con Kelsen, tanto las normas jurídicas como los hechos jurídicos son objetos de la ciencia jurídica, la teoría jurídica que propone este modelo de ciencia se ocupa exactamente de los mismos objetos, pero desde un mayor nivel de abstracción. Como debe recordarse, la teoría pura del derecho elaborada por Kelsen es una teoría sobre el derecho positivo en general, y no una teoría sobre un orden jurídico específico.<sup>35</sup>

### III. EL OBJETO DE LA TEORÍA DEL DERECHO

Una de las cuestiones controvertidas al interior de la llamada “teoría analítica del derecho” es cuál es su objeto. El debate —no siempre explícito— es extraordinariamente complejo y repleto de matices, pero es posible identificar un eje central: ¿El objeto de la teoría jurídica analítica está constituido exclusivamente por el discurso dogmático y/o científico de los juristas o está constituido, en cambio, por los discursos de todos los operadores jurídicos que forman parte de la cultura jurídica interna? Como es evidente, las diferentes posiciones coinciden en entender a la teoría jurídica analítica como un metadiscurso.

La teoría jurídica de Kelsen, por ejemplo, es un discurso que, por un lado, analiza críticamente el discurso de la dogmática que él llama ‘doctrina tradicional’ y, por otro lado, propone un modelo de ciencia jurídica que, de ser seguido por los juristas, les permitiría obtener un conocimiento científico del derecho, entendido este último como un objeto normativo, y formular proposiciones descriptivas sobre el mismo. A fin de evitar un sincretismo metódico, Kelsen propone delimitar el conocimiento del derecho de: (i) la sociología o psicología jurídicas cuyo método empirista implicaría reducir el derecho a un conjunto de hechos, y (ii) la política jurídica o filo-

---

prescriptivos y no con el resultado de esos actos. Cfr. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “La concepción expresiva...”, *cit.* Sobre la ambigüedad ‘proceso-producto’ de la caracterización de la concepción expresiva de las normas, véase Rodríguez, Jorge, *op. cit.*, p. 73, nota 74. Otros argumentos para descartar que Kelsen suscriba esta concepción pueden verse en Reyes, Consuelo, “Breve análisis de la ontología de normas en Kelsen: integrando la concepción semántica y la concepción pragmática de las normas”, de próxima publicación.

<sup>35</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, p. 15.



sofía de la justicia cuyo método no se dirige a describir el derecho como es, sino a valorarlo (justificarlo o criticarlo) desde la perspectiva de cómo debería ser.<sup>36</sup>

En la misma línea podría situarse al Ross de *On Law and Justice*, según quien la filosofía analítica del derecho (la *jurisprudence*) no tiene un objeto específico coordinado con —y distinto del— objeto de la ciencia del derecho o estudio del derecho. Su atención se dirigiría hacia el aparato lógico de la ciencia del derecho, en particular al aparato de conceptos, con miras a hacerlo objeto de un análisis lógico más detallado del que efectúan los diversos estudios jurídicos especializados. De este modo, investigaría problemas que a menudo constituyen premisas que el jurista da por sentadas. Su tema sería, en modo principal, el de los conceptos fundamentales de alcance general, cuyo análisis no es asignado a ninguna de las numerosas especialidades del derecho. Su objeto no sería el derecho ni parte o aspecto alguno de éste, sino la ciencia del derecho. Estaría, por así decirlo, un piso más arriba que la ciencia del derecho y la miraría “desde arriba”.<sup>37</sup>

La teoría jurídica del propio Ross está, sin embargo, bastante lejos de adecuarse a esta definición. Baste recordar que su extraordinario libro *Directive and Norms* está dedicado a analizar, no el discurso de la ciencia jurídica, sino la lógica del discurso de las normas.<sup>38</sup>

Guastini también concibe la teoría del derecho como una metaciencia de la ciencia o dogmática jurídica. Reinterpretando a Tarello y a Ross, sostiene que la dogmática y la teoría del derecho no tienen el mismo objeto porque se sitúan en diferentes niveles de lenguaje. Mientras la dogmática versaría sobre el derecho, es decir, sobre el lenguaje del legislador, la teoría del derecho versaría sobre la dogmática. El trabajo de los teóricos es, según Guastini, una reflexión crítica sobre el discurso de los juristas, por lo que es

---

<sup>36</sup> Por ejemplo, Kelsen, Hans, *Problemas capitales de la teoría del Estado. Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, 2a. ed., trad. de Wenceslao Roces, México, Porrúa, 1987 [1923], pp. XXXIX-XLI; Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 2009 [1934], pp. 13-16; Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, Imprenta Universitaria, 1949 [1945], pp. V-X; Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, p. 15. En ese contexto, Kelsen analiza críticamente los *conceptos* que son usados o presupuestos en los discursos de los juristas. Por lo mismo, la teoría de Kelsen puede ser entendida como una analítica del aparato conceptual en el cual la ciencia jurídica describe el derecho. Bulygin, Eugenio, “Kant y la filosofía del derecho contemporánea”, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991 [1980], p. 378.

<sup>37</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 2005 [1958], pp. 48 y 49.

<sup>38</sup> Ross, Alf, *Lógica de las normas*, trad. de J. Hierro, Granada, Comares, 2000 [1968].

precisamente una metajurisprudencia o filosofía de la ciencia jurídica y, por tanto, una rama de la filosofía de la ciencia en sentido lato.<sup>39</sup>

Aunque este autor identifica un criterio diferente para trazar los límites entre la teoría jurídica y la ciencia o dogmática jurídica, ese criterio es reducible a la idea de que la primera es una filosofía acerca de la segunda. La estrategia para trazar la división consiste en subrayar el carácter *general* de la teoría del derecho, pero dicha generalidad reside, según Guastini, en que la teoría del derecho se ocupa de los conceptos susceptibles de ser usados para *describir* cualquier ordenamiento jurídico, ordenamientos jurídicos que presentan características comunes o diversos sectores de un mismo ordenamiento.<sup>40</sup> En consecuencia, sigue siendo cierto que la teoría del derecho se ocupa del discurso de los juristas estudiosos del derecho.<sup>41</sup>

No es, por tanto, extraño que Guastini identifique a la filosofía analítica del derecho con una empresa eminente y meramente conceptual que consiste principalmente en modelar, no el derecho, sino los conceptos utilizados para describirlo, mediante definiciones estipulativas y redefiniciones.<sup>42</sup> Pese a que Guastini sugiere lo contrario, no parece que este programa de investigación pueda considerarse como alternativo al de la filosofía del derecho como metajurisprudencia.<sup>43</sup>

La tesis atribuida a Guastini puede, por supuesto, matizarse. En primer lugar, porque él identifica un tercer camino posible para trazar los límites entre la ciencia o dogmática jurídica y la teoría del derecho: mientras la primera se ocuparía de estudiar el contenido normativo del derecho —lo que supone interpretar el discurso legislativo—, la segunda estudiaría las propie-

---

<sup>39</sup> Guastini, Riccardo, “Imágenes de la teoría del derecho”, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de Jordi Ferrer. Barcelona, Gedisa, 1999 [1996], pp. 25-27; Guastini, Riccardo, “Manifiesto de una filosofía analítica del derecho”, trad. de Pedro Caballero, *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014 [2013], pp. 88 y 89.

<sup>40</sup> Guastini, Riccardo, “Imágenes...”, *cit.*, pp. 22 y 23.

<sup>41</sup> Guastini se distancia, así, de Bobbio, según quien la teoría general del derecho es el estudio que consiste en analizar y definir, no los conceptos que sirven para *describir* los ordenamientos jurídicos o diferentes sectores de los mismos, sino las nociones generales que *se consideran comunes* a todos los ordenamientos jurídicos y cuya clarificación sirve para delimitar el campo del derecho de los campos fronterizos de la moral y de los usos sociales. *Cfr.* Bobbio, Norberto, “Naturaleza y función de la filosofía del derecho”, *Contribución a la teoría del derecho*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990 [1962], pp. 91-116.

<sup>42</sup> Guastini, Riccardo, “Manifiesto...”, *cit.*, pp. 89 y 90.

<sup>43</sup> Según Guastini, la filosofía analítica del derecho puede practicarse de dos modos distintos o tener dos programas distintos de investigación que no son incompatibles: (i) filosofía del derecho como metajurisprudencia y (ii) filosofía del derecho como laboratorio conceptual. *Ibidem*, pp. 86-92.

dades estructurales y/o formales del derecho —básicamente, el sistema de fuentes del derecho y el lenguaje prescriptivo o las calificaciones normativas del derecho—. <sup>44</sup> En segundo lugar, porque la teoría jurídica del propio Guastini, lejos de limitarse a analizar el discurso dogmático y/o científico de los juristas, se ha ocupado de analizar, pormenorizadamente, otros discursos jurídicos especializados.

Cuando Hart atribuye a la unión de reglas primarias y secundarias un lugar central debido a su poder explicativo para elucidar los conceptos que constituyen la estructura del pensamiento jurídico <sup>45</sup> no parece referirse, o al menos no preferentemente, al pensamiento de la dogmática y/o la ciencia del derecho.

Según Hart, para entender adecuadamente el estilo distinto de pensamiento, discurso y acción humanos que va involucrado en la existencia de reglas y que constituye la estructura normativa, no solamente del derecho, sino de cualquier sociedad, es preciso captar el aspecto interno de las reglas vistas desde el punto de vista interno. El punto de vista externo no podría reproducir la manera en que las reglas funcionan como tales en la vida de quienes normalmente constituyen la mayoría de la sociedad: los *funcionarios*, *abogados* o *particulares* que usan las reglas, en situación tras situación, como guías para conducir la vida social, como fundamento para reclamaciones, demandas, reconocimientos, críticas o castigos, esto es, todas las transacciones familiares de la vida conforme a reglas. <sup>46</sup>

“Una de las dificultades que enfrenta cualquier teoría jurídica ansiosa de hacer justicia a la complejidad de los hechos, es tener en cuenta la presencia de ambos puntos de vista y no decretar, por vía de definición, que uno de ellos no existe”. <sup>47</sup>

En esta misma línea, se afirma, por ejemplo: (i) la teoría general del derecho debe asumir el desafío de proveer una reconstrucción conceptual de las instituciones jurídicas que resulte suficientemente explicativa de las más corrientes intuiciones de los *operadores del derecho* y, a la vez, adecuada para

---

<sup>44</sup> Guastini, Riccardo, “Imágenes...”, *cit.*, pp. 22-24. Aquí Guastini está en sintonía con Bobbio, según quien mientras la teoría general del derecho trabaja con la norma como tal, es decir, con la forma de cualquier posible contenido jurídico, la jurisprudencia propiamente dicha trabaja, en cambio, sobre el supuesto de hecho. *Cfr.* Bobbio, Norberto: “Ciencia del derecho y análisis del lenguaje”, *Contribución a la teoría del derecho*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990 [1950], p. 183.

<sup>45</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009 [1961], pp. 101 y 102.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 110-113.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 113.

que pueda resultarles de utilidad en su práctica cotidiana;<sup>48</sup> (ii) el propósito de la teoría analítica del derecho es explicativo porque, sin apartarse del modo en que la práctica es comprendida por sus *participantes*, debe poder decir algo sobre la práctica que estos participantes son incapaces de articular; pero que reconocerían si fuesen advertidos,<sup>49</sup> y (iii) el oficio del teórico analítico consiste en (el intento de) proveer a los *juristas*, *legisladores* y *sociólogos* de aparatos conceptuales útiles para indagar sobre la experiencia jurídica, comprenderla mejor y operar más eficazmente en ella.<sup>50</sup>

Hemos visto que, según Comanducci, además de los enfoques de las ciencias sociales y la dogmática jurídica, existe una tercera familia de enfoques epistemológicos —los de la teoría o filosofía del derecho— que apuntan a conocer, no *un* derecho (o algunos derechos), sino *el* derecho. En este contexto, afirma lo siguiente:

Al menos en la tradición metodológica de tipo analítico, la teoría del derecho se ocupa exactamente de los mismos objetos que las ciencias sociales y la dogmática. La gran diferencia del enfoque iusfilosófico depende esencialmente del mayor nivel de abstracción en el que se colocan sus discursos, que lleva a los filósofos del derecho a elaborar modelos reconstructivos y explicativos de la realidad, más que a describirla directamente. Esto aclara, por ejemplo, por qué la filosofía del derecho se ha ocupado preferentemente de la estructura y de las funciones de los diferentes sistemas jurídicos, y no de sus contenidos específicos.<sup>51</sup>

Así enunciada, la posición de Comanducci produce no pocas perplejidades. Parece plausible reconocer que la teoría del derecho se ha ocupado preferentemente de la estructura y las funciones de los diferentes sistemas jurídicos. Pero no se ve cómo ello puede ser compatible con afirmar que ella se ocupa de los mismos objetos de los que se ocupan las ciencias sociales y la dogmática jurídica.

La clave parece encontrarse en la función reconstructiva y explicativa que se atribuye a los discursos de los teóricos o filósofos del derecho. Pero antes de llegar a este punto, es preciso recordar que la configuración del derecho que Comanducci atribuye a la dogmática jurídica (un conjunto de

<sup>48</sup> Orunesu, Claudina; Rodríguez, Jorge y Sucar, Germán, *op. cit.*, p. 11.

<sup>49</sup> Bix, Brian, *Teoría del derecho: ambición y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2006 [2004], p. 169.

<sup>50</sup> Chiassoni, Pierluigi, “¿Los precedentes son vinculantes? Consideraciones sobre el artículo 360-bis C.P.C.”, *Desencantos para abogados realistas*, trad. de Diego Moreno, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012 [2011], pp. 213 y 214.

<sup>51</sup> Comanducci, Paolo, “Epistemología...”, *cit.*, pp. 184 y 185.

normas) se atribuye también, y más generalmente, al conjunto de los operadores jurídicos que forman parte de la cultura jurídica interna.

Asimismo, es indispensable considerar que, al interior de la teoría jurídica analítica, el derecho suele ser configurado como un fenómeno eminentemente lingüístico y, por tanto, como un subconjunto del conjunto de los discursos jurídicos. Según Comanducci, el derecho positivo así configurado está constituido por el conjunto de los discursos de los documentos autoritativos, como constituciones, leyes, decretos o reglamentos (discursos *del* derecho) y por el conjunto de algunos de los discursos que se configuran como juicios o razonamientos jurídicos que adoptan, proponen o justifican decisiones jurídicas (discursos *con* el derecho). A esto añade que no deben olvidarse las interacciones y nexos genéticos que unen estos discursos con los discursos que se refieren a ellos descriptiva o valorativamente (discursos *acerca* del derecho) y con los discursos preliminares respecto de los demás que se enfrentan con problemas lógicos, metodológicos y epistemológicos en el análisis de los discursos jurídicos (discursos *para* el derecho).<sup>52</sup>

El asunto es, sin embargo, bastante más complicado. Es claro que, de acuerdo con nuestro autor, forman parte del derecho positivo los discursos *normativos* de las autoridades normativas, de los abogados y de los órganos aplicadores del derecho. Sin embargo, no es del mismo modo claro si el discurso *normativo* de la dogmática jurídica forma parte del derecho positivo en cuanto también se expresa en juicios o razonamientos jurídicos que adoptan, proponen o justifican decisiones jurídicas. O si, en cambio, es concebido como un discurso que se refiere valorativamente a los discursos que integran el derecho positivo, manteniendo con ellos interacciones y nexos genéticos. Expliquemos esto con más detalles.

El discurso normativo de las autoridades normativas no es otro que el de la formulación de las normas en documentos autoritativos. Con independencia de si se adhiere a una teoría cognoscitiva o a una teoría escéptica de la interpretación y de si se considera o no que las normas son significados, existe un amplio acuerdo en cuanto a que las normas no se identifican con los enunciados, disposiciones o formulaciones en las cuales aquellas son expresadas o se presuponen implícitas.<sup>53</sup>

El discurso de los órganos aplicadores es también de carácter normativo puesto que tales órganos adoptan y justifican decisiones de interpretación,

<sup>52</sup> *Ibidem*, pp. 180 y 181.

<sup>53</sup> *Cfr.*, por ejemplo, Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, pp. 84 y 85; Von Wright, Georg, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. de P. García, Madrid, Tecnos, 1970 [1963], p. 119; Rodríguez, Jorge, *op. cit.*, p. 57.

construcción y subsunción con base en las formulaciones normativas de las autoridades normativas y los hechos relevantes acreditados en determinados casos, a menudo bajo la influencia de las tesis interpretativas, constructivas y subsuntivas de los juristas dogmáticos.

Desde una óptica moderadamente realista, las normas jurídicas derivadas son obtenidas mediante decisiones con base en operaciones de interpretación y construcción que son realizadas por los órganos de aplicación del derecho, a partir de las formulaciones normativas de las autoridades normativas y de las tesis interpretativas y constructivas de los juristas dogmáticos. Desde esta perspectiva, no hay normas antes de la interpretación/construcción, por lo que el discurso de los órganos aplicadores del derecho se identifica con el discurso de las normas. Y la influencia de la doctrina es tan grande que puede considerarse parte del derecho.<sup>54</sup>

Es, por tanto, plausible concluir que el discurso dogmático o doctrinario de los juristas es también normativo en cuanto propone, justifica o critica formulaciones de normas, así como propone, justifica o critica, en abstracto, decisiones de interpretación y construcción con base en las formulaciones normativas de las autoridades normativas y, en concreto, decisiones de interpretación, construcción y subsunción con base en las formulaciones normativas de las autoridades normativas y los hechos relevantes acreditados

---

<sup>54</sup> Cfr. Tarello, Giovanni, “El ‘problema’ de la interpretación: una formulación ambigua”, en Pozzolo, Susanna y Escudero, Rafael (eds.), *Disposición vs. Norma*, trad. de M. Fernández, Lima, Palestra, 2011 [1966]; Tarello, Giovanni, *Teorías e ideologías en el derecho sindical. La experiencia italiana después de la Constitución*, trad. de J. L. Monereo y J. A. Fernández, Granada, Comares, 2002 [1972], pp. 5 y ss.; Tarello, Giovanni, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Boloña, Il Mulino, 1974; Tarello, Giovanni, *La interpretación de la Ley*, trad. de Diego Dei Vecchi, Lima, Palestra, 2013 [1980]; Tarello, Giovanni, “Organización jurídica y sociedad moderna”, *Cultura jurídica y política del derecho*, Granada, Comares, 2002 [1984], pp. 176-179; Guastini, Riccardo, “Disposición vs. Norma”, en Pozzolo, Susanna y Escudero, Rafael (eds.), *Disposición vs. Norma*, cit.; Guastini, Riccardo, *La interpretación de los documentos normativos*, trad. de C. Moreno, México, Derecho Global, 2018 [2004], pp. 66, 75, 76, 82, 96-100; 101-119; 179-197; Guastini, Riccardo, *Nuevos estudios de la interpretación*, trad. de Diego Moreno, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010 [2009], caps. I y III; Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, trad. de Silvana Álvarez, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014 [2011], pp.77-87; 341-343; Guastini, Riccardo, “El escepticismo ante las reglas replanteado”, trad. de Federico Arena, *Discusiones*, núm. 11, 2012 [2011]; Guastini, Riccardo, “Juristenrecht”, trad. de Diego Dei Vecchi, *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014 [2013], pp. 146 y 147; Guastini, Riccardo, “El realismo jurídico redefinido”, trad. de Álvaro Núñez y Pedro Caballero, *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014 [2013], pp. 339-346, 360 y 361; Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 21-II, 1998, p. 77; Chiassoni, Pierluigi, “Disposición y norma. Una distinción revolucionaria”, en Pozzolo, Susanna y Escudero, Rafael (eds.), *Disposición vs. Norma*, cit.

en determinados casos. No obstante, una manera más genérica de decir lo mismo sería afirmar que se trata de un discurso normativo puesto que se refiere prescriptiva o valorativamente a los discursos de las autoridades normativas y los órganos aplicadores del derecho, manteniendo con ellos interacciones y nexos genéticos.

Por su parte, el discurso de los abogados es también claramente, normativo en cuanto propone y justifica decisiones de interpretación, de construcción y de subsunción con base en las formulaciones normativas de las autoridades normativas y los hechos relevantes acreditados en determinados casos.

En este orden de ideas, es posible concluir que, desde la perspectiva de la teoría jurídica analítica, los discursos que integran el derecho positivo no son otros que los discursos del conjunto de los *operadores jurídicos* que forman parte de la cultura jurídica interna, operadores que, según Comanducci, configuran el derecho como un conjunto de normas y cuyas prácticas presuponen que el derecho puede ser conocido.<sup>55</sup>

La categoría de los discursos que se refieren descriptivamente a los discursos que conforman el derecho positivo parece agotarse en el discurso *descriptivo* de la *ciencia del derecho*.<sup>56</sup> Pero, por lo mismo, no es evidente cuál otra

---

<sup>55</sup> Comanducci, Paolo, “Epistemología...”, *cit.*, p. 175.

<sup>56</sup> A diferencia de la dogmática o doctrina —que, a través de operaciones de interpretación y construcción, modela y enriquece el derecho—, la ciencia del derecho tiene un propósito puramente descriptivo del derecho. *Cfr.* Guastini, Riccardo, “El realismo...”, *cit.*, pp. 356-367. Parece entonces obvio que el discurso de la ciencia del derecho es descriptivo respecto de los discursos de las autoridades normativas, los órganos aplicadores del derecho y la dogmática jurídica. Aunque con mucha frecuencia se prefiere decir que la tarea de la ciencia jurídica es describir (o informar acerca de) las normas (*i. e.* Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, cap. III) y/o alguna de sus propiedades a través de proposiciones normativas. *Cfr.* al menos Von Wright, Georg, *Norma y acción...*, *cit.*, pp. 109, 119-121 y Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975 [1971], pp. 173-177. Según Alchourrón y Bulygin las proposiciones normativas se usan para informar acerca de las normas, acerca de las obligaciones, prohibiciones o permisiones establecidas en las normas y acerca de la existencia de las normas. Que las normas describan las calificaciones normativas del comportamiento es algo que se discute y no es infrecuente que se sostenga que las proposiciones normativas se refieren únicamente a la existencia de las normas en algunos de los significados que se da a la expresión “existencia”. Por ejemplo, “vigencia” (*cf.* Ross, Alf, *Sobre el derecho...*, *cit.*, cap. II) o “pertenencia” a un ordenamiento jurídico (*cf.* Bulygin, Eugenio “True or False Statements in Normative Discourse”, en Egidí, R., *Search of a new Humanism: The Philosophy of G. H. Von Wright*, Dordrecht, Springer, 1999; Guastini, Riccardo, “El realismo...”, *cit.*, p. 366). Una notable contribución reciente a esta discusión puede verse en Dei Vecchi, Diego, *Modos de describir el derecho. Normas jurídicas, proposiciones normativas y enunciados deónticos*, Madrid, Marcial Pons, 2019. Redondo, a su turno, sostiene que, como las normas son contenidos significativos jurídicamente debidos y existen en

interacción o interacciones podría haber entre este discurso y los discursos de los operadores jurídicos, ni cuál podría ser, si lo hay, su nexo genético con ellos.<sup>57</sup>

Finalmente, la categoría de los discursos preliminares respecto de los demás que se enfrentan con problemas lógicos, metodológicos y epistemológicos en el análisis de los discursos jurídicos parece hacer referencia a los discursos de la teoría del derecho. Pero no resulta claro por qué o en qué sentido habría de considerárseles *preliminares* si se tiene en cuenta el carácter *reconstructivo* y *explicativo* que habitualmente se atribuye a la teoría jurídica, incluso por el propio Comanducci.

Los discursos de los teóricos del derecho pueden considerarse *reconstructivos* y *explicativos* en cuanto analizan los discursos de los operadores jurídicos e incluso los de los sociólogos jurídicos con el objetivo de explicitar los conceptos y enfoques presupuestos en tales discursos para luego proponer conceptos (redefiniciones parciales) y enfoques de mayor poder explicativo.<sup>58</sup>

Esto podría explicar que Comanducci afirme que la teoría del derecho se ocupa de los mismos objetos de los que se ocupan los científicos sociales y los operadores jurídicos, pero desde un mayor nivel de abstracción. La expresión “mayor nivel de abstracción” parece servir entonces para expresar de un modo oblicuo que el objeto de la teoría jurídica no es, como para los científicos sociales, un determinado conjunto de hechos institucionales, ni es, como para los operadores jurídicos, un determinado conjunto de normas. Su objeto estaría constituido, en cambio, por los conceptos y enfoques empleados por tales científicos y operadores.

La tarea de la teoría del derecho consistiría en explicitar la ontología y epistemología presupuestas en los discursos de los científicos sociales y los

---

cuanto contenidos, identificar un contenido debido es lo mismo que identificar una norma existente. A su juicio, los enunciados que identifican normas jurídicas son juicios epistémicamente objetivos acerca de entidades ontológicamente subjetivas. La posibilidad de identificar los significados jurídicamente debidos presupone que pueden captarse o comprenderse directamente (sin necesidad de interpretación ni demostración) para lo cual es preciso contar con una teoría jurídica. Todo ello pese a que, como en otros ámbitos del conocimiento no formal, no hay un *test* definitivo ni infalible para establecer cuándo son verdaderos o falsos los enunciados que expresan proposiciones normativas. Redondo, María Cristina, *El positivismo jurídico “interno”*, Ljubljana, Klub Revus, 2018, pp. 51, 54, 57, 58, 68, 69, 81 y 89.

<sup>57</sup> Salvo que se considere, como Kelsen, que la ciencia jurídica produce su objeto.

<sup>58</sup> Cfr. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “Introducción...”, *cit.*, pp. 29 y 30; Bulygin, Eugenio, “Kant...”, *cit.*, p. 380; Carrió, Genaro, “Nota preliminar” a Hohfeld, Wesley, *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. de Genaro Carrió, México, Fontamara, 1991, pp. 12 y 13; Orunesu, Claudina; Rodríguez, Jorge y Sucar, Germán, *op. cit.*, p. 11; Bix, Brian, *op. cit.*, p. 169; Chiassoni, Pierluigi, “¿Los precedentes...?”, *cit.*, pp. 213 y 214.



operadores jurídicos para luego proponer mejores conceptos para configurar el derecho y mejores formas de conocerlo.<sup>59</sup>

Esto, a su vez, explicaría que el derecho sea a menudo configurado, al mismo tiempo, como un conjunto de hechos y como un conjunto de normas por las teorías jurídicas moderadamente constructivistas. La teoría jurídica de Kelsen es, como hemos visto, un ejemplo claro, pero no haría falta demasiado esfuerzo para mostrar que puede decirse lo mismo de la teoría jurídica de Hart e incluso de la teoría jurídica de Guastini o la de Ross en *Directive and Norms*.

De lo anterior se sigue: (i) entre los problemas de los que se ocupa la teoría jurídica tendrían que incluirse, no solamente los de carácter epistémico, como sugiere Comanducci, sino también los de carácter ontológico,<sup>60</sup> y (ii) los discursos teórico-jurídicos no pueden ser considerados *preliminares*, sino justamente *posteriores* a los discursos de los operadores jurídicos que conforman el derecho positivo. Por último y, así las cosas, no se ve cuáles podrían ser los nexos genéticos de estos discursos con los discursos teórico-jurídicos ni cuáles serían los nexos genéticos entre estos últimos y el discurso descriptivo de la ciencia del derecho.

Con independencia de las aclaraciones que se requieren, la pregunta que ahora corresponde formular es: por qué afirmar que la función de la teoría jurídica de reconstruir la ontología y la epistemología de aquellos discursos es compatible con (e incluso es aclaratorio respecto de) afirmar que la teoría jurídica se ha ocupado preferentemente de la estructura y las funciones de los diferentes sistemas jurídicos.

Me parece que la respuesta a esta pregunta es, al mismo tiempo, una respuesta a la pregunta de por qué la teoría jurídica analítica configura el

---

<sup>59</sup> Sobre estas dos maneras de concebir la actividad filosófica en general, *cf.* Berlin, Isaiah, “El propósito de la filosofía”, trad., de Roberto Ramos y Alejandro Limeres, en Hardy, H. (ed.), *El poder de las ideas. Ensayos escogidos*, Barcelona, Página Indómita, 2017 [1947], pp. 77-93; Winch, Peter, *op. cit.*, cap. 1; Strawson, Peter, “La filosofía analítica: dos analogías”, *Análisis y metafísica*, trad. de Nieves Guasch, Barcelona, Paidós, 1997 [1992]; Von Wright, Georg, *Explicación...*, *cit.*, pp. 28 y 29; Glock, Hans-Johann, *¿Qué es la filosofía analítica?*, trad. de Carmen García, Madrid, Tecnos, 2012 [2008], pp. 61-67; Chiassoni, Pierluigi, “¿Los precedentes...?”, *cit.*, pp. 213 y 214.

<sup>60</sup> Por otra parte, los problemas epistémicos y metodológicos no podrían situarse en el mismo nivel. Aunque a veces estos problemas puedan ser equiparados (véase la nota 9 de este trabajo), desde la visión de Comanducci, entre epistemología y metodología se verificaría una relación de metalenguaje y lenguaje objeto porque, a su parecer, cómo se conoce el derecho, con qué metodología, instrumentos y procedimientos, en suma, las formas de conocer el derecho son el objeto de la epistemología jurídica. Comanducci, Paolo, “Epistemología...”, *cit.*, p. 176.

derecho positivo como el conjunto de los discursos de los operadores jurídicos que forman parte de la cultura jurídica interna.

La respuesta que puede extraerse de lo dicho por Comanducci es que una teoría jurídica que, por ser moderadamente constructivista, distingue dos diferentes niveles de realidad (una realidad cuya existencia es ontológicamente objetiva y una realidad cuya existencia es ontológicamente subjetiva), admite que lo que sea el derecho depende de determinadas creencias, actitudes y comportamientos y entiende que dichas creencias, actitudes y comportamientos se reflejan en determinados discursos. Por lo mismo, su objeto es la ontología y la epistemología presupuestas en tales discursos.

Esta tesis disuelve —en el sentido de volver irrelevantes— los desacuerdos en torno a si el objeto de la teoría del derecho está constituido exclusivamente por el discurso de la dogmática jurídica y/o la ciencia jurídica o si, en cambio, está constituido por todos los discursos de los operadores que integran la cultura jurídica interna. Porque en una visión como la de Comanducci, la existencia del derecho depende de las creencias, actitudes y comportamientos de los operadores jurídicos cuyos discursos, por lo mismo, conforman el derecho positivo. Pero en una visión como la de Kelsen, la existencia del derecho depende exclusivamente de las creencias, actitudes y comportamientos de los juristas estudiosos del derecho.

#### IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975 [1971].
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, “La concepción expresiva de las normas”, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991 [1981].
- BERLIN, Isaiah, “El propósito de la filosofía”, trad. de Roberto Ramos y Alejandro Limeres, en HARDY, H. (ed.), *El poder de las ideas. Ensayos escogidos*, Barcelona, Página Indómita, 2017 [1947].
- BIX, Brian, *Teoría del derecho: ambición y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2006 [2004].
- BOBBIO, Norberto, “Ciencia del derecho y análisis del lenguaje”, *Contribución a la teoría del derecho*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990 [1950].
- BOBBIO, Norberto, “Naturaleza y función de la filosofía del derecho”, *Contribución a la teoría del derecho*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990 [1962].

- BULYGIN, Eugenio, “Kant y la filosofía del derecho contemporánea”, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991 [1980].
- BULYGIN, Eugenio, “True or False Statements in Normative Discourse”, en EIGIDI, R., *Search of a New Humanism: The Philosophy of G. H. Von Wright*, Dordrecht, Springer, 1999.
- CARRIÓ, Genaro, “Nota preliminar” a Hohfeld, Wesley, *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. de Genaro Carrió, México, Fontamara, 1991.
- CHIASSONI, Pierluigi, “¿Los precedentes son vinculantes? Consideraciones sobre el artículo 360-bis C.P.C.”, *Desencantos para abogados realistas*, trad. de Diego Moreno, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012 [2011].
- CHIASSONI, Pierluigi, “Disposición y norma. Una distinción revolucionaria”, en POZZOLO, Susanna y ESCUDERO, Rafael (eds.), *Disposición vs. Norma*, Lima, Palestra, 2011.
- COMANDUCCI, Paolo, “Epistemología jurídica”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- COMANDUCCI, Paolo, “Kelsen y Searle”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010 [1999].
- COMANDUCCI, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 21-II, 1998.
- DEI VECCHI, Diego, *Modos de describir el derecho. Normas jurídicas, proposiciones normativas y enunciados deónticos*, Madrid, Marcial Pons, 2019.
- GLOCK, Hans-Johann, *¿Qué es la filosofía analítica?*, trad. de Carmen García, Madrid, Tecnos, 2012 [2008].
- GUASTINI, Riccardo, “Disposición vs. Norma”, en POZZOLO, Susanna y ESCUDERO, Rafael (eds.), *Disposición vs. Norma*, trad. de M. Fernández, Lima Palestra, 2011 [1989].
- GUASTINI, Riccardo, “El escepticismo ante las reglas replanteado”, trad. de Federico Arena, *Discusiones*, núm. 11, 2012 [2011].
- GUASTINI, Riccardo, “El realismo jurídico redefinido”, trad. de Álvaro Núñez y Pedro Caballero, *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014 [2013].
- GUASTINI, Riccardo, “Imágenes de la teoría del derecho”, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de Jordi Ferrer, Barcelona, Gedisa, 1999 [1996].
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014 [2011].

- GUASTINI, Riccardo, “Juristenrecht”, trad. de Diego Dei Vecchi, *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014 [2013].
- GUASTINI, Riccardo, *La interpretación de los documentos normativos*, trad. de C. Moreno, México, Derecho Global, 2018 [2004].
- GUASTINI, Riccardo, “Manifiesto de una filosofía analítica del derecho”, trad. de Pedro Caballero, *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014 [2013].
- GUASTINI, Riccardo, *Nuevos estudios de la interpretación*, trad. de Diego Moreno, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010 [2009].
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009 [1961].
- KELSEN, Hans, *Problemas capitales de la teoría del Estado. Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, 2a. ed., trad. de Wenceslao Roces, México, Porrúa, 1987 [1923].
- KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, Imprenta Universitaria, 1949 [1945].
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 2009 [1934].
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1991 [1960].
- ORUNESU, Claudina; RODRÍGUEZ, Jorge y SUCAR, Germán, “Inconstitucionalidad y derogación”, *Discusiones*, núm. 2, 2001.
- REDONDO, María Cristina, *El positivismo jurídico “interno”*, Ljubljana, Klub Revus, 2018.
- REYES, Consuelo, “Breve análisis de la ontología de normas en Kelsen: integrando la concepción semántica y la concepción pragmática de las normas”, de próxima publicación.
- RODRÍGUEZ, Jorge, *Teoría analítica del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- ROSS, Alf, *Lógica de las normas*, trad. de J. Hierro, Granada, Comares, 2000 [1968].
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 2005 [1958].
- SEARLE, John, *La construcción de la realidad social*, trad. de A. Domènech, Barcelona, Paidós, 1997 [1995].
- STRAWSON, Peter, “La filosofía analítica: dos analogías”, *Análisis y metafísica*, trad. de Nieves Guasch, Barcelona, Paidós, 1997 [1992].

- TARELLO, Giovanni, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Boloña, Il Mulino, 1974.
- TARELLO, Giovanni, “El ‘problema’ de la interpretación: una formulación ambigua”, en POZZOLO, Susanna y ESCUDERO, Rafael (eds.), *Disposición vs. Norma*, trad. de M. Fernández, Lima, Palestra, 2011 [1966].
- TARELLO, Giovanni, *La interpretación de la Ley*, trad. de Diego Dei Vecchi, Lima, Palestra, 2013 [1980].
- TARELLO, Giovanni, “La noción de derecho positivo”, *Cultura jurídica y política del derecho*, Granada, Comares, 2002 [1977].
- TARELLO, Giovanni, “Organización jurídica y sociedad moderna”, *Cultura jurídica y política del derecho*, Granada, Comares, 2002 [1984].
- TARELLO, Giovanni, *Teorías e ideologías en el derecho sindical. La experiencia italiana después de la Constitución*, trad. de J. L. Monereo y J. A. Fernández, Granada, Comares, 2002 [1972].
- WINCH, Peter, *Ciencia social y filosofía*, trad. María Rosa Viganó, Amorrortu, Buenos Aires, 2011 [1958].
- VON WRIGHT, Georg, *Explicación y comprensión*, trad. de P. García, Madrid, Alianza, 1979 [1971].
- VON WRIGHT, Georg, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. de P. García, Madrid, Tecnos, 1970 [1963].

## MODELANDO LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. LA FUNCIÓN DE LOS MODELOS EN LA OBRA DE PAOLO COMANDUCCI\*

Flavia CARBONELL BELLOLIO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Sobre el uso de los modelos*. III. *Modelos en la filosofía del derecho de Paolo Comanducci*. IV. *A modo de conclusión*. *La función de los modelos en la filosofía del derecho*. V. *Referencias bibliográficas*.

### I. INTRODUCCIÓN

La obra de Paolo Comanducci se nutre del “método e instrumentos de la filosofía analítica”<sup>1</sup> y, dentro de ellos, la distinción entre funciones del lenguaje (especialmente, entre cognoscitiva y prescriptiva), el análisis conceptual y la distinción entre niveles del discurso (teoría y metateoría). Un rasgo que la caracteriza es la construcción de modelos referidos a problemas clásicos de la teoría del derecho (por ejemplo, la interpretación y la argumentación jurídica) o la identificación de modelos que agrupan distintas posiciones teóricas o dogmáticas a partir de uno o más criterios de clasificación. En este texto, quisiera revisar la manera en que Comanducci usa la noción de “modelos”, aduciendo que ella ocupa un lugar importante en sus textos y esclareciendo

---

\* Agradezco las conversaciones madrileñas que tuve con María Beatriz Arriagada y todas las referencias bibliográficas e ideas sugerentes que me hizo para mirar desde diversos ángulos los usos comanduccianos de “modelos”.

<sup>1</sup> Escudero, Rafael, “Estudio preliminar”, en Comanducci, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. XXIX y ss. Pertenece, además, a la *Escuela genovesa*, que “se ha caracterizado por la defensa de tesis propias del realismo jurídico: a) el escepticismo interpretativo, b) el carácter sistemático del derecho como variable dependiente de la labor de la doctrina, c) el no cognoscitvismo ético y, como corolario de éste, la separación metodológica entre derecho y moral”. Ferrer, Jordi y Ratti, Giovanni, “Introducción”, en Ferrer, Jordi y Ratti, Giovanni (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 11 y 12.

su función. Para ello, me referiré, en primer lugar, a los modelos en la filosofía de la ciencia (II.1) y en la filosofía del derecho (II.2). En segundo lugar, me detendré en los modelos en la filosofía del derecho de Comanducci, en particular, en el modelo de razonamiento judicial (III.1) y en los modelos de constitución (III.2). Concluiré con una reflexión sobre la función de los modelos en la filosofía del derecho.

## II. SOBRE EL USO DE LOS MODELOS

### 1. Modelos en la filosofía de la ciencia

La investigación científica recurre frecuentemente a “modelos” para representar, explicar o comprender algún aspecto de la realidad. Esta palabra adquiere variados usos, tales como “modelo” entendido como una copia pequeña de algo, o como su mejor ejemplar, o como una descripción simplificada de algo, para una mejor comprensión de cómo funciona o de cómo se relacionan sus elementos.<sup>2</sup>

Estas consideraciones generales llevan a Black a agrupar los modelos en modelos a escala, modelos analógicos, modelos matemáticos y modelos teóricos. Los *modelos a escala* reproducen en miniatura un objeto, sistema o proceso, real o imaginario, conservando tanto como sea posible las proporciones de aquél. La función de un modelo a escala podría ser simplemente mostrar cómo es el objeto, sistema o proceso que, en algunos casos, no se puede captar por el ojo humano de una sola vez. Este uso se correspondería, según Black, con el significado de *icon* en terminología de Peirce, es decir, un signo que se refiere a un objeto que tiene las características relevantes o propias del original.<sup>3</sup>

Un *modelo analógico*, al igual que el modelo a escala, representa simbólicamente un original real o imaginario, y se sujeta a reglas de interpretación que permiten realizar inferencias precisas a partir del modelo. La diferencia radica en que, en el modelo a escala, se intenta imitar el original, mientras

---

<sup>2</sup> Estos son tres significados que aparecen en el Oxford Dictionary [https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/model\\_1](https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/model_1). Nótese que este mismo diccionario indica que el origen etimológico de “modelo” se fija en el renacimiento italiano (*modello*), que viene de *modulus*, palabra latina cuya raíz es *modus* y que hace referencia bien a una unidad de medida, bien a un modo o manera en que algo es o se presenta.

<sup>3</sup> Black, Max, *Models and Metaphors: Studies in Language and Philosophy*, Ithaca y Londres, Cornell University Press, 1962, p. 221.

que en el analógico lo relevante es reproducir, en un medio distinto, la *estructura* del original o el patrón de relaciones que lo constituye.<sup>4</sup>

La expresión “modelos matemáticos” se emplea para hacer referencia a teorías y a la aplicación de herramientas matemáticas para el estudio empírico de algún fenómeno social. Esta aplicación permite presentar cálculos matemáticos a partir de ciertas variables, pero no permite extraer explicaciones causales.<sup>5</sup>

Los “modelos teóricos” que emplean los científicos consisten en introducir un nuevo lenguaje, sugerido por una teoría conocida, extendiendo su aplicación a otros dominios distintos del de aquella teoría. Un modelo teórico consistiría, simplifícadamente, en traspolar un aparato teórico-conceptual, en principio aplicable a un determinado ámbito de investigación científica, a otro ámbito. Y ello se hace ya que dicho aparato teórico-conceptual es menos problemático, más familiar o mejor organizado, y en tanto tal, permite explicar mejor y desarrollar este segundo ámbito de investigación.<sup>6</sup> En este sentido, dice Black, la imaginación, la especulación,<sup>7</sup> cumple un rol importante en la formulación de modelos tanto en el campo de la ciencia como de las humanidades. En palabras de Toulmin, “es una gran virtud de un buen modelo el que sugiera nuevas preguntas, llevándonos más allá del fenómeno del cual se parte, y nos tienta a formular hipótesis que resultan ser experimentalmente fértiles... Ciertamente que es este carácter sugerente, y despliegue sistemático, el que hace de un buen modelo algo más que una simple metáfora”.<sup>8</sup>

La discusión acerca de los modelos en filosofía de la ciencia puede articularse en torno a tres dimensiones: semántica, ontológica y epistemológica. Si se asume que son representaciones de una parte o aspecto seleccionado de la realidad (el sistema-objeto o *target system*), y más allá de qué signifique

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 222 y 223.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 223-225.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 229. Black sintetiza las condiciones de uso de un modelo teórico: 1) hay un campo de investigación original en el que se han dado por establecido algunos hechos y regularidades; 2) hay necesidad de promover mayor desarrollo científico en ese dominio de investigación original; 3) se describen algunas entidades que pertenecen a un dominio secundario (menos problemático, más familiar o mejor organizado); 4) existen reglas de correlación para traducir afirmaciones del dominio secundario en afirmaciones del dominio original; 5) se realizan estas inferencias que traducen las afirmaciones del dominio secundario en afirmaciones del dominio original y se verifican con datos conocidos de este último (p. 230).

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 242 y 243.

<sup>8</sup> Toulmin, Stephen, *The Philosophy of Science*, Londres, Hutchinson's University Library, 1975, pp. 38 y 39.



que un modelo represente,<sup>9</sup> se constatan diferentes tipos de representación, como son los modelos a escala y analógicos antes mencionados, y otros tales como modelos de juguete, modelos fenomenológicos, modelos de datos y modelos idealizados.<sup>10</sup> La cuestión sobre la ontología consiste en las respuestas a la pregunta *qué son los modelos*. Frente al escepticismo de algunos que consideran que se trata de una pregunta que no tiene una respuesta significativa al no ser los modelos una categoría ontológica distintiva, otros, en cambio, identifican las categorías ontológicas (*ontological kinds*) que se usan de facto en determinados modelos: objetos físicos (en modelos que se denominan “materiales”), objetos ficticios, objetos abstractos, estructuras que agrupan conjuntos teóricos (*set-theoretic structures*), descripciones, ecuaciones o combinaciones de estas categorías. La utilidad pragmática de los modelos teóricos se encuentra en sus funciones epistemológicas o cognitivas: aprender del modelo, aprender del sistema específico al que el modelo representa, explicar con modelos (por ejemplo, explicar relaciones causales), comprender con modelos, generar nuevas preguntas, formar conceptos, entre otras.<sup>11</sup>

También hay variedad de respuestas de filósofos de la ciencia en torno al concepto de modelo<sup>12</sup> y acerca de cuál es la relación entre modelo y teoría. Bailer-Jones definió modelo como “una descripción interpretativa de un fenómeno (objeto o proceso) que facilita el acceso perceptual e intelectual a dicho fenómeno”.<sup>13</sup> Por *fenómeno* se refiere a las “cosas que suceden” en el mundo. El acceso a ese fenómeno puede ser sensorial o intelectual, y

---

<sup>9</sup> Los distintos problemas sobre representación en filosofía de la ciencia pueden verse en Frigg, Roman y Nguyen, James, “Scientific Representation”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), Winter 2021 Edition, <https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/scientific-representation/>. Estos autores, junto con otra autora, elaboran lo que denominan la propuesta DEKI de representación científica, acrónimo que se despliega de la siguiente manera: los modelos *denotan* (D) su objeto o sistema específico (*target*), *ejemplifican* (E) sus propiedades, que se traducen a través de una llave (*key*, K), en propiedades que se imputarán (I) a su objeto. Salis, Fiora *et al.*, “Models and Denotation”, en Falguera, José L. y Martínez-Vidal, Concha, *Abstract Objects. For and Against*, Springer, 2020, pp. 197-219.

<sup>10</sup> Frigg, Roman y Hartmann, Stephan, “Models in Science”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), Spring 2020 Edition, <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/models-science/>, pp. 2-13.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 20-28.

<sup>12</sup> Para un estudio empírico en este sentido, véase Bailer-Jones, Daniela, “Scientists’ Thoughts on Scientific Models”, *Perspectives on Science*, Florida, vol. 10, núm. 3, 2002, pp. 275-301 y Bailer-Jones, Daniela, *Scientific Models in Philosophy of Science*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2009, pp. 5-14.

<sup>13</sup> Bailer-Jones, Daniela, “When Scientific models represent”, *International Studies in Philosophy of Science*, Londres, vol.17, núm. 1, 2003, p. 61.

se entiende por *acceso* el hecho de proporcionar información interpretada o expresada de manera eficiente a quienes comparten la misma búsqueda intelectual. Un modelo, pues, tiene como función facilitar el entendimiento y comprensión de un fenómeno. La expresión “descripción interpretativa” da cuenta de que los modelos son sólo parcialmente descripciones fenomenológicas, ya que incluyen idealizaciones o simplificaciones, analogías a otras descripciones interpretativas y presupuestos teóricos. En tanto incluyen idealizaciones o aproximaciones, puede contener proposiciones falsas o bien no cubrir todos los aspectos del fenómeno en cuestión; por ello los modelos no pueden ser calificados de verdaderos o falsos.<sup>14</sup>

Pese a que algunos modelos son altamente teóricos, esta autora mantiene la distinción entre modelo y teoría. Así, si bien hay modelos que son entidades teóricas abstractas o simbólicas —por ejemplo, el modelo estándar de la estructura de la materia, frente a otros modelos más bien mecánicos, como sería el modelo de un aeroplano de juguete— el modelo se aplica, sostiene, a fenómenos empíricos concretos, mientras que la teoría sólo tiene la “capacidad” de ser aplicada a aquéllos. Es decir, la teoría debe “personalizarse” para aplicarse a un fenómeno o, en otras palabras, la aplicación de una teoría a un fenómeno empírico concreto está mediada por un modelo. El modelo es, pues, menos general que una teoría y se aplica localmente. Frente a los autores que consideran que los modelos son independientes, en distinto grado, de la teoría, hay otros que, en cambio, consideran los modelos como subsidiarios de la teoría.<sup>15</sup>

Hay varias ideas destacables de esta propuesta. En primer lugar, los modelos científicos no son pura descripción, pese a que incorporan, en líneas gruesas, referencias a las características “reales” de dicho fenómeno. En segundo lugar, y a consecuencia de lo anterior, no tiene sentido hablar de la verdad o falsedad de un modelo, aunque podría impugnarse algún enunciado falso que sea un pilar fundamental dentro de dicho modelo. En tercer lugar, los modelos tienen por finalidad dar mejor acceso o simplificar el entendimiento y comprensión de algo.

## 2. Modelos en la filosofía del derecho

En la filosofía del derecho existe relativamente poca discusión sobre qué son y qué funciones cumplen los modelos, y sobre cuál es el criterio de

<sup>14</sup> Bailer-Jones, Daniela, “When Scientific Models Represent...”, *cit.*, pp. 63-66.

<sup>15</sup> Véase la reconstrucción de este debate en Frigg, Roman y Stephan Hartmann, *op. cit.*, pp. 29-36.

demarcación entre modelos y teorías.<sup>16</sup> La mayor reflexión que conozco se ha hecho por la filosofía del derecho de tradición analítica, especialmente la italiana, que usa la expresión “modelos” tanto a nivel teórico como metateórico.

Así, a nivel teórico, se han propuesto modelos acerca de los elementos o las características del razonamiento jurídico<sup>17</sup> y de la interpretación jurídica.<sup>18</sup> A nivel metateórico, se han reconstruido modelos usados por la dogmática acerca del concepto de constitución<sup>19</sup> o a propósito de la tesis acerca de la división y separación de poderes.<sup>20</sup> También se han reconstruido, a partir del discurso de la filosofía del derecho, cinco modelos metodológicos sobre los instrumentos o argumentos que están, pueden estar o deben estar presentes en los discursos interpretativos,<sup>21</sup> y se ha categorizado los distintos modelos de ciencia jurídica.<sup>22</sup>

Este uso más frecuente de modelos por la filosofía del derecho italiana podría, en parte, explicarse por las reflexiones de Enrico di Robilant en un

---

<sup>16</sup> Una defensa del uso explicativo de los modelos en la actividad de los teóricos del derecho para dar cuenta de los sistemas jurídicos puede verse en Turner, Christian, “Models of Law”, *University of Illinois Law Review*, Illinois, núm. 4, vol. 2018, pp. 1293-1359.

<sup>17</sup> Gianformaggio distingue entre modelo deductivo, inductivo y retórico de razonamiento jurídico. Gianformaggio, Letizia, *Filosofía del diritto e ragionamento giuridico*, Turín, Giappichelli, 2018, pp. 89 y ss.

<sup>18</sup> Pino, Girogio, *L'interpretazione del diritto*, Turín, Giappichelli, 2021, pp. 12-16.

<sup>19</sup> A más de la propuesta de Comanducci que se verá en el punto III.1., está la de Alexy, que distingue entre constitución como orden marco y la constitución como orden fundamental, y los modelos puramente procedimental y material de constitución. Alexy, Robert, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, vol. 22, núm. 66, 2002, pp. 13-64; o Troper, que identifica un modelo mecanicista y un modelo normativista de constitución, en Troper, Michel “La máquina y la norma. Dos modelos de constitución”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 22, 1999, pp. 331-347, cita en p. 332.

<sup>20</sup> Sobre estos modelos, véase Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 64 y ss.

<sup>21</sup> Chiassoni realiza la siguiente distinción (y destaca sus principales representantes): 1) el modelo argumentativo simple (Tarello, Perelman), 2) el modelo argumentativo estructurado (Guastini), 3) el modelo de directivas interpretativas (Wróblewski), 4) el modelo de reglas interpretativas (Alexy) y 5) el modelo de códigos interpretativos (Chiassoni). Salvo el de Alexy, que califica de modelo normativo, los demás comparten, según este autor, el carácter “descriptivo”. Chiassoni, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 73 y ss.

<sup>22</sup> Esto es lo que hace Álvaro Núñez al realizar un mapa conceptual de la ciencia jurídica e identificar cuatro modelos: el modelo normativista, el modelo realista, el modelo argumentativista y el modelo tecnológico. Núñez, Álvaro (coord.), *Modelando la ciencia jurídica*, Lima, Palestra, 2014. El título de este trabajo, como es evidente, se inspira en aquél.

libro titulado, precisamente, *Modelli nella filosofia del diritto*, de 1968.<sup>23</sup> Este autor sugiere que la razón principal para introducir el uso de “modelos” en los discursos de la filosofía del derecho y de la ciencia jurídica consiste en la necesidad de renovar su estructura metodológica que se encontraría en crisis. Para mostrar cómo estos elementos de la investigación científica y del discurso sobre la ciencia se configuran en este campo de investigación específico, distingue cuatro significados posibles de modelo: 1) el empleo que Hart hace de la palabra “modelo” —específicamente, del modelo de Bentham—, que es un esquema que intenta reproducir en líneas esenciales y en forma contraída cualquier cosa que exista en la experiencia, a efectos de verificar cierta correspondencia entre lo que se describe y la realidad; 2) modelo como ejemplo o prototipo, con un significado poco riguroso y que incluye fenómenos diversos, tales como situaciones, teorías, normas, metodología, comportamientos, incluyéndose aquí los modelos de ciencia jurídica propuestos por Bobbio y la designación que Scarpelli hace del modelo del positivismo jurídico; 3) modelo como esquema normativo del comportamiento, o como una norma que contiene un arquetipo de cómo debe ser un comportamiento; 4) modelo como construcción artificial y experimental, en sede teórica, para el análisis de un fenómeno de la realidad social, y que tiene como función mostrar conexiones y relaciones.<sup>24</sup> El segundo y el tercero de estos significados usan “modelo” para referirse a un concepto. El primero y el cuarto, en cambio, se refieren más bien a un procedimiento o a un método, favoreciendo di Robilant esta última acepción como una que puede resultar útil para la filosofía del derecho.

Con algo más de precisión, dirá que un modelo como construcción artificial no reproduce todos los elementos que componen el fenómeno sino que da cuenta de su estructura; tampoco es “meramente descriptivo, sino selectivo e interpretativo”; no es arbitrario ni puramente convencional, a diferencia de las definiciones; se relaciona con la experiencia en tanto representa la estructura de un fenómeno de la experiencia social; admite falsación empírica, pero no admite verificación ni conlleva a una reproducción “correcta” del fenómeno; no se trata de conceptos meramente ideales, sino de orientaciones metodológicas para estudiar la realidad.<sup>25</sup>

Para evaluar un modelo así entendido, se puede atender a distintos criterios: 1) su adecuación para representar el fenómeno de la realidad; 2) la

<sup>23</sup> Robilant, Enrico di, *Modelli nella filosofia del diritto*, Boloña, Il Mulino, 1968.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp.68 y ss. Barberis también toma de este autor la noción de modelos. Véase Barberis, Mauro, *Filosofía del diritto. Un'introduzione teorica*, Turín, Giappichelli, 2000, p. 161, y Barberis, Mauro, *Una filosofia del diritto per uno Stato costituzionale*, Turín, Giappichelli, 2017.

<sup>25</sup> Robilant, Enrico di, *op. cit.*, pp. 80 y ss., cita en p. 87.

capacidad de clarificar, explicar y dar razones en relación con dicho fenómeno; 3) su utilidad para los fines científicos tenidos a la vista al momento de su construcción; 4) su utilidad respecto de ciertos fines o valores prácticos —por ejemplo, facilitar la acción moral o política—. <sup>26</sup>

### III. MODELOS EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE PAOLO COMANDUCCI

Comanducci adopta expresamente este último significado de modelo como constructo artificial, al que llamará “modelo teórico”, a propósito de las distintas aproximaciones al razonamiento judicial. Emplea también la misma expresión en otros escritos, aunque sin hacer explícito el sentido en que lo hace. Creo que es posible, sin embargo, asumir que el significado es similar y que se mantiene relativamente constante en su obra, con algunos matices que intentaré mostrar a continuación.

#### 1. *Modelo de razonamiento jurídico*

Comanducci propone tres formas de aproximarse al razonamiento judicial: descriptiva, prescriptiva y teórica.<sup>27</sup> Si bien estas aproximaciones se inspiran en Wróblewski,<sup>28</sup> Comanducci introduce una subdistinción que realiza a propósito de las funciones del lenguaje. Siendo la división gruesa aquella entre función cognoscitiva y función prescriptiva, dentro de la primera subdistingue una función descriptiva y otra teórica. Aunque ambas transmiten información y existe una estrecha vinculación entre descripciones y teorías, la función descriptiva o *más* descriptiva tiene por objeto dar

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 157 y ss.

<sup>27</sup> Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 1999, pp. 73 y ss. Usa las mismas aproximaciones a propósito de la interpretación jurídica. Comanducci, Paolo, “Interpretación jurídica”, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 98-100.

<sup>28</sup> Wróblewski distingue entre tres tipos de modelos: descriptivos, normativos y mixtos. Dentro de los *modelos descriptivos*, distingue entre un modelo de *generalización* y un modelo *teórico*. Como ejemplo de *modelo mixto* el autor propone el modelo de la aplicación racional del derecho, que puede ser considerado descriptivo, normativo o en parte descriptivo y en parte normativo. Wróblewski, Jerzy, *The Judicial Application of the Law*, Dordrecht, Kluwer, 1992, pp. 23 y ss. La noción de “modelo teórico” de Comanducci pareciese estar cercana al modelo mixto de Wróblewski.

cuenta o constatar “hechos” observados, mientras que la función teórica, o *más* teórica tiene como función formular hipótesis explicativas o refutarlas.<sup>29</sup>

La *aproximación descriptiva* es “la que consiste en presentar una descripción del razonamiento judicial”, sea este entendido como *a)* la descripción de las actividades mentales del juez en relación con un caso (razonamiento-actividad), *b)* la descripción de “los documentos producidos por el juez como motivación de derecho y de los hechos de las sentencias” (razonamiento-documento), o *c)* la descripción de “los documentos producidos por el legislador para prescribir cómo debe desarrollarse el razonamiento judicial” (razonamiento-documento). En este último caso, como previene el autor, hay que considerar que “describir normas” es problemático porque el enunciado “describir normas” incluye la interpretación de los textos de las fuentes del derecho, y según se conciba esa actividad (actividad cognitiva o volitiva) se podrá seguir hablando o dejar de hablar de aproximación descriptiva, respectivamente.<sup>30</sup>

La *aproximación prescriptiva* “consiste en presentar valoraciones acerca del modo de razonar de los jueces o directivas acerca de cómo deberían razonar los jueces” y podría aplicarse al razonamiento-actividad del juez y al razonamiento-documento, sea del juez o del legislador.<sup>31</sup>

Comanducci llama *aproximación teórica* a aquella que “consiste en presentar un modelo de razonamiento judicial”.<sup>32</sup> Un *modelo teórico*, afirma, es diverso a la aproximación descriptiva sobre el razonamiento judicial, toda vez que no se propone describir el razonamiento judicial en general o de un tiempo y lugar determinado, sino reproducirlo simplícidamente con fines explicativos.<sup>33</sup> Difiere también de la aproximación prescriptiva ya que no se propone valorar o prescribir comportamientos. Ello no implica, parece sugerir Comanducci, que un modelo teórico no pueda contener elementos

---

<sup>29</sup> Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico...*, *cit.*, pp. 25-27.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 74-77.

<sup>31</sup> Si se siguiese la subdistinción que este autor hace al interior de la función prescriptiva, entre función valorativa (aquella que tiene por finalidad influenciar opiniones prácticas de otros) y función normativa (aquella que tiene por finalidad influenciar comportamientos), quizás las formas de aproximarse al razonamiento judicial debiesen ser cuatro: descriptiva y teórica, valorativa y normativa.

<sup>32</sup> Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico...*, *cit.*, pp. 79 y ss.

<sup>33</sup> Como explica claramente Comanducci, “todas las descripciones tienen su punto de partida en datos empíricos y mediante procesos de abstracción y generalización tratan de llegar a formulaciones que den cuenta del mayor número posible de fenómenos”; mientras que “el modelo que deriva de la perspectiva teórica es un *análogon* de los fenómenos empíricos, pero no se obtiene de estos inductivamente ni pretende dar cuenta de ellos directamente”. *Ibidem*, p. 77.

descriptivos (por ejemplo, incorporar las directivas interpretativas comúnmente empleadas por los operadores jurídicos) y prescriptivos (como lo serían los presupuestos de un modelo, por ejemplo, entender la interpretación como un proceso volitivo, de decisión).

A partir de una definición de justificación de las decisiones judiciales, Comanducci presenta tres modelos teóricos sobre el razonamiento judicial: un modelo de la decisión judicial silogísticamente justificada, un modelo de la justificación racional de la premisa normativa del silogismo decisional y, finalmente, un modelo de justificación garantista de la premisa menor del silogismo decisional. El más desarrollado, en mi opinión, es el segundo. Justificar, señala, “equivale a aducir razones (o aducir buenas razones o razones persuasivas) en favor de una de las conclusiones siguientes: o que es verdadera (o probable) una descripción (o una previsión o una hipótesis), o que es justa (o buena o válida, etcétera) una norma (o una valoración)”.<sup>34</sup> Se trata de una definición que sigue de cerca la distinción entre justificación interna y externa de Wróblewski, que es la misma utilizada por varios autores, bien de forma general dentro de sus teorías de la argumentación jurídica,<sup>35</sup> bien como estructura a partir de la cual formular un modelo analítico de la motivación correcta.<sup>36</sup>

El *modelo de la decisión judicial silogísticamente justificada* se corresponde con la idea de justificación interna, que consiste en corroborar que la conclusión o decisión se deduzca lógicamente de las premisas fáctica y normativa. Comanducci realiza dos afirmaciones: en primer lugar, que la justificación interna equivale al silogismo de subsunción y que no hay buenas razones para distinguir, como lo hace Wróblewski, entre silogismo simple, de elección de las consecuencias y mixto; en segundo lugar, la necesidad de visibilizar las distintas operaciones que realiza el juez “antes de elegir e individualizar las premisas que justifican su decisión”, las que, paradójicamente, pueden ser invisibilizadas por esta simplificación en la que se presentan las premisas como puntos de partida y no de llegada.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>35</sup> Wróblewski, Jerzy, “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, *Rechtstheorie*, Berlín, 1974, pp. 33 y ss.; Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, p. 11. Usan esta distinción, entre otros, Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, pp. 214 y ss., y Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, 2003, p. 26.

<sup>36</sup> Como lo hace Chiassoni, Pierluigi, *op. cit.*, pp. 18 y 19.

<sup>37</sup> Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico... cit.*, pp. 81-84.

El *modelo de justificación racional de la premisa normativa* asume, como primer presupuesto, una aproximación descriptiva a la interpretación según la cual dicha actividad es entendida como un acto volitivo, es decir, como una elección entre interpretaciones. Esta elección es vinculada, en el sentido que se hace dentro de aquellas “semántica y jurídicamente posibles”. A través de esta elección, los intérpretes realizan “una ‘transformación’, un paso no deductivo, un ‘salto’ cuando derivan de la disposición de una ley (texto) una norma (significado atribuido al texto)”. Y ello se debe, explica Comanducci, al menos, a la presencia de tres elementos: textura abierta del lenguaje, discrecionalidad en la elección de las interpretaciones semánticas y jurídicamente posibles e ideología y valoraciones del intérprete.<sup>38</sup> Un segundo presupuesto de este modelo es que tiene como finalidad la certeza del derecho, que se da “cuando cada ciudadano puede conocer las normas jurídicas que se aplican a casos particulares y cuál es su significado exacto”.<sup>39</sup> Un tercer presupuesto del modelo consiste en que la tesis interpretativa, que es a su vez el resultado de una cadena de silogismos, debe estar interna y externamente justificada.<sup>40</sup> Está internamente justificada cuando es una conclusión que se infiere deductivamente de premisas que le sirven de razones y que se articulan, a su vez, como una cadena de silogismos. Esa tesis interpretativa, en tanto significado atribuido a una disposición, constituye luego la premisa mayor del silogismo decisonal (norma jurídica).

De acuerdo con este modelo, las premisas que justifican internamente la interpretación son: disposiciones legales (aquellas cuya interpretación se requiera y otras tales como definiciones del legislador); directivas de interpretación (de origen legislativo, jurisprudencial y doctrinal), y criterios de valoración (jurídicos, morales, políticos). La justificación externa de la tesis interpretativa consiste en fundamentar estos tres tipos de premisas y, en su caso, en fijar metacriterios que resuelvan las disputas entre criterios cuya aplicación conduzcan a resultados interpretativos diversos (esto es, eventua-

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 94 y ss., cita en p. 97. Las expresiones “transformación” y “salto” las toma de Peczenik, Alexander, *On Law and Reason*, 2a. ed., Dordrecht, Reidel, 2008, pp. 244 y ss.

<sup>39</sup> Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico...*, cit., pp. 98 y 99.

<sup>40</sup> En este sentido, como se ha explicado antes, la “premis mayor” es un punto de llegada al que le anteceden una serie de operaciones: 1) individualización de las fuentes jurídicas válidas; 2) individualización de las disposiciones de ley válida, *prima facie* relativas al caso; 3) atribución de significado a las disposiciones mencionadas, esto es, la individualización de la norma del caso; 4) resolución de eventuales conflictos entre normas; 5) eliminación de eventuales lagunas. Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico...*, cit., p. 81. De este mismo listado doy cuenta en Carbonell, Flavia, “Elementos para un modelo de decisión judicial correcta”, *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago de Chile, núm. 27, p. 24, en el que sigo de cerca las tesis comanduccianas.



les conflictos entre directivas de interpretación y conflictos entre criterios de valoración).<sup>41</sup>

El modelo de Comanducci advierte sobre la doble exigencia de justificación de la tesis interpretativa: la conclusión interpretativa que constituirá la premisa mayor debe deducirse lógicamente de las premisas que la sostienen en la forma de una cadena de argumentos; y se requiere justificar aquellas premisas, o lo que es lo mismo, justificar la elección de las razones que apoyan la conclusión. La primera exigencia tiene por objeto garantizar la consistencia, entendida como ausencia de contradicciones, en la formulación de la premisa mayor; la segunda apunta a la necesidad de justificación racional.<sup>42</sup> La corrección de la premisa normativa depende, pues, de su justificación, y de su justificación, al igual que en el modelo analítico de decisión correcta, deriva su racionalidad.<sup>43</sup>

El modelo de justificación garantista de la premisa menor del silogismo decisional se centra en la motivación de los hechos en el proceso penal y sigue de cerca el modelo penal garantista, de carácter normativo, formulado por Ferrajoli.<sup>44</sup> El modelo es presentado en términos muy generales, como el mismo Comanducci reconoce, dando cuenta de ciertas peculiaridades del proceso penal, tales como la presunción de inocencia, el sistema acusatorio, el principio de legalidad penal y los problemas de interpretación del comportamiento descrito de manera abstracta en la disposición normativa. Al igual que en los casos anteriores, se trata de un modelo teórico que se interesa especialmente en la motivación-documento del juez, que toma la forma de “justificación externa de tipo hipotético-deductivo de la premisa menor, constituida por un enunciado factual verdadero del silogismo decisional”. Enunciado verdadero quiere decir aquí “más probable que cualquier otra hipótesis alternativa que explique los hechos del caso”, es decir, un enun-

---

<sup>41</sup> Cognitivismo/objetivismo ético y no-cognitivismo/emotivismo ético son los principales extremos de esta última disputa. Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico...*, cit., pp. 36 y ss., 102.

<sup>42</sup> Comanducci distingue, en otro lugar, tres sentidos de justificación “racional”: a) sentido débil: explícita, existente; b) sentido fuerte: coherente (*consistent*), tanto sincrónica (internamente) como diacrónicamente (estabilidad y previsibilidad de interpretaciones en el tiempo); c) sentido fortísimo: aceptabilidad racional. Comanducci, Paolo, “Interpretación jurídica...”, cit., pp. 110-113.

<sup>43</sup> Una postura similar asume Wróblewski cuando considera la racionalidad como la correcta justificación a través de argumentos válidos. Wróblewski, Jerzy, “Elementi de un modello processuale di applicazione giudiziale del diritto”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milán, vol. XLI, núm. 2, 1987, p. 478.

<sup>44</sup> El reenvío es a la conocida obra Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés et al., Madrid, Trotta, 1995.

ciado que proporcione la mejor y más probable explicación de los hechos del caso. En este sentido, afirma nuestro autor, la noción de verdad como correspondencia funciona más bien como límite ideal que sirve para falsear hipótesis y no para aseverarlas positivamente.<sup>45</sup>

Este enunciado factual tiene la forma siguiente: “Una acción externa  $a$  ha sido realizada por el individuo  $X$  en el tiempo  $t$  en el lugar  $l$ ”.<sup>46</sup> Un enunciado de este tipo se asemeja al que formulan historiadores y científicos y se le aplican determinados criterios científicos de corroboración de hipótesis tales como relevancia de la hipótesis frente a los casos que pretende explicar, compatibilidad con otras hipótesis de la ciencia normal, capacidad explicativa, simplicidad y no refutación.<sup>47</sup>

Aquello a lo que los juristas llaman “premisa fáctica” es un enunciado factual ya calificado jurídicamente, que resulta de una cadena de inferencias anteriores que son el resultado de actividades tales como: 1) verificación de las pruebas concernientes al caso; 2) individualización y calificación jurídica del caso; 3) individualización de las características del caso abstracto con que se conectan las distintas consecuencias jurídicas eventualmente previstas por la norma aplicable al caso; 4) individualización de aquellas características que, entre las mencionadas, están presentes en el caso concreto.<sup>48</sup>

## 2. Modelos de constitución e interpretación constitucional

Para abordar la cuestión de la “especificidad” de la interpretación constitucional,<sup>49</sup> Comanducci advierte que se requiere, como primer paso, esclarecer las distintas maneras de concebir la “constitución” como objeto de la actividad del intérprete.<sup>50</sup> Dicho en sus propias palabras, “la inter-

<sup>45</sup> Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico...*, cit., pp. 107-110; citas en pp. 107 y 109, respectivamente.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>49</sup> El tratamiento de Guastini sobre esta cuestión es complementario al de Comanducci. Aquel recalca que, de existir especificidad, esta no afecta la naturaleza de la actividad interpretativa, que puede seguir siendo concebida o bien como un acto de conocimiento o bien como un acto de voluntad o decisión. La especificidad constitucional puede afectar, en cambio, a los agentes de la interpretación, a las técnicas interpretativas o a los problemas de interpretación. Guastini, Riccardo, “La interpretación de la constitución”, en Fabra, Jorge Luis y Spector, Ezequiel (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, vol. 3, pp. 2011-2086.

<sup>50</sup> Véase Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación de la constitución”, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitu-

pretación está en función de la configuración del objeto «constitución». Existen, entonces, distintos conceptos, o más propiamente concepciones, de “constitución” que se distinguen según las funciones que desarrollan o debiesen desarrollar las constituciones.

Dos son las distinciones que emplea Comanducci. La primera es aquella que distingue entre constitución entendida como “orden” y constitución entendida como “norma”, y la segunda distinción es entre aproximaciones descriptiva y axiológica a este objeto.

Entendida como *orden*, la constitución designa “un conjunto de fenómenos sociales... un ordenamiento o una estructura de la sociedad y/o del Estado” o una “cristalización de las relaciones de poder, sociales y políticas”. Entendida como *norma*, la constitución designa “reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento que, con respecto a las otras reglas jurídicas, son fundamentales”, en el sentido de fundantes o jerárquicamente superiores.<sup>51</sup>

La aproximación *descriptiva* prescinde de consideraciones valorativas, limitándose a describir parte de una realidad espaciotemporalmente definida. La aproximación *axiológica*, en cambio, destaca la dimensión de valor, en este caso, de la constitución, es decir, aquellos contenidos o valores fundamentales o específicos de la constitución.

Combinados estos criterios de distinción, se obtienen cuatro modelos de constitución.<sup>52</sup> 1) un modelo axiológico de la constitución entendida como orden (M1); 2) un modelo descriptivo de la constitución entendida como orden (M2); 3) un modelo descriptivo de la constitución entendida como norma (M3); 4) un modelo axiológico de la constitución entendida como norma (M4). Estos modelos son distinguibles entre sí pese a que existen relaciones entre sus elementos. Por ejemplo, como destaca el mismo autor, las nociones descriptivas de constitución como norma y como orden se relacionan en tanto que o bien la norma constitucional es expresión del orden constitucional, o bien aquella lo configura. Los modelos axiológicos (M1 y M4),

---

cionales, 2010, pp. 115-144 (este mismo capítulo se encuentra también en Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación de la constitución”, *Constitución y teoría del derecho*, México, Fontamara, 2007, pp. 37-72 y anteriormente en Comanducci, Paolo, “Interpretazione della costituzione”, *Assaggi di metaetica due*, Turín, Giappichelli, 1998, pp. 97-123) y Comanducci, Paolo, “El objeto ‘constitución’ y su interpretación”, *Estudios sobre constitución y derechos fundamentales*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, pp. 27-40.

<sup>51</sup> Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación de la constitución”..., *cit.*, p. 118.

<sup>52</sup> En realidad, se trata de cuatro metamodelos de constitución ya que cada uno agrupa, luego de una simplificación, distintas tesis acerca de la constitución que se han propuesto desde el siglo XVIII hasta el presente. *Ibidem*, p. 117.

por su parte, entenderían que la constitución produce normas de un cierto contenido valioso, esto es, sería un orden productor de normas y/o una norma productora de otras normas.

La diferencia entre el modelo axiológico (M1) y descriptivo (M2) de constitución como orden es que, pese a que en ambos casos se entiende la constitución como fenómeno social, en el primero es un fenómeno natural dotado de valor y productor de normas y en el segundo un orden artificial, neutro y no productor de normas.

La diferencia entre el modelo descriptivo (M3) y axiológico (M4) de constitución como norma radica en que el segundo condiciona el hecho de denominar a este conjunto de reglas jurídicas fundamentales como constitución a que “posean determinados contenidos a los que se atribuye un valor específico”.<sup>53</sup> En ambos casos, enfatiza Comanducci, la constitución es una norma y no un conjunto de hechos ni de programas políticos. En el tercero, no hay diferencias cualitativas entre la constitución y otras normas; en el cuarto, si las hay.

Los M1 y M4, dice nuestro autor, pueden cumplir funciones políticas importantes como lo es producir la disminución política del legislador, y en tanto se construyen desde una axiología determinada, son instrumentos de lucha política o de política del derecho. El M3, en cambio, puede ser usado para debilitar a los jueces y potenciar al legislador. Así, el M2 sería el único “genuinamente descriptivo”.<sup>54</sup>

Luego de esta caracterización, Comanducci da algunos ejemplos de cada uno. El “concepto positivo de constitución” de Carl Schmitt y concepto de “constitución material” de Constantino Mortati, serían modelos axiológicos de constitución como orden (M1). La teoría de Michel Troper, en que la constitución es entendida como un hecho, una estructura fundamental de la sociedad política perteneciente al mundo del ser se ofrece como ejemplo de modelo descriptivo de constitución como orden (M2). El modelo descriptivo de la constitución como norma (M3) se corresponde con las concepciones de constitución elaboradas a partir de la revolución norteamericana y francesa, que la identifican con un texto normativo específico (“constitución en sentido formal”), como lo hace, por ejemplo, el positivismo jurídico kelseniano.<sup>55</sup> El modelo axiológico de la constitución

<sup>53</sup> Comanducci en este punto cita a Dogliani. *Ibidem*, p. 119.

<sup>54</sup> *Ibidem*, pp. 142-144.

<sup>55</sup> Este sería el modelo asumido por una de las vertientes del neoconstitucionalismo teórico (aquella que lo considera como extensión del iuspositivismo), entendido como teoría del derecho que aspira a describir los logros de la constitucionalización, esto es, una constitución “invasora”, donde priman los derechos fundamentales y los principios, y que presenta

como norma (M4), se identifica con la ideología constitucionalista y neo-constitucionalista de autores tales como Dworkin, Zagrebelsky, Nino, Alexy, Habermas, Marmor,<sup>56</sup> y caracteriza así a la constitución: *a)* se sitúa en el vértice; *b)* contiene reglas y principios; *c)* tiene una relación especial con la democracia; *d)* funciona como puente entre el derecho y la moral o política; *e)* su aplicación se hace a través del método de la ponderación.<sup>57</sup>

Tras esta caracterización, vuelve nuestro autor sobre la pregunta original, indicando que la especificidad de la interpretación constitucional depende, a más de *a)* del modelo de constitución adoptado, de los mismos factores que releva Guastini: “*b)* de los sujetos que producen e interpretan la constitución; *c)* de las técnicas de interpretación que se empleen, y *d)* de los problemas de interpretación”.<sup>58</sup>

En el M1, la interpretación constitucional adquiere especificidad frente al “modo tradicional de entender la interpretación de la ley” ya que el objeto es diferente y, consiguientemente, también lo son sus técnicas. Se trata de interpretar una praxis consuetudinaria, un objeto natural-cultural, actividad en la cual la doctrina coopera con el pueblo en la construcción de la constitución.<sup>59</sup>

En el M2, la interpretación constitucional también presenta especificidad, aunque las razones no son tan claras. Comanducci indica que este “segundo modelo presupone el uso del tercero: cabe hablar de la constitución como orden, como equilibrio entre los órganos constitucionales, en la medida en que hay un documento normativo llamado ‘constitución’ al que esos órganos otorgan significado”. Desde el punto de vista descriptivo, es posible registrar los significados atribuidos de hecho al documento (constitución-disposición) por los órganos que logran imponer o negociar la

---

peculiaridades en su interpretación y aplicación. Véase Comanducci, Paolo, “El neoconstitucionalismo”, *Estudios sobre constitución y derechos fundamentales*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, pp. 41 y ss.; anteriormente y más desarrollado en Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismos. Un análisis metateórico”, *Isonomía*, México, núm.16, abril de 2002, pp. 97-99.

<sup>56</sup> Comanducci, Paolo, “El objeto ‘constitución’ y su interpretación”, *cit.*, p. 33 y 36.

<sup>57</sup> Similarmente, según Comanducci, Marmor destaca los siguientes elementos: supremacía jerárquica, longevidad, rigidez, contenido moral, generalidad y abstracción. *Ibidem*, p. 36. Este cuarto modelo es el que asumiría el neoconstitucionalismo ideológico, según el cual la constitución tiene como objetivo principal garantizar derechos fundamentales (y solo en segundo plano, limitar el poder estatal), valora positivamente la constitucionalización y defiende su ampliación. Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismos...”, *cit.*, pp. 99 y 100.

<sup>58</sup> Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación de la constitución...”, *cit.*, p. 129.

<sup>59</sup> *Idem*.

interpretación constitucional, típicamente tribunales ordinarios o tribunal constitucional.<sup>60</sup>

En el M3, por el contrario, es difícil encontrar especificidad en la interpretación constitucional y aquella compartiría las características del género interpretación jurídica, con algunos matices que pueden derivar de quiénes interpretan, cómo interpretan y de problemas específicamente constitucionales.<sup>61</sup>

Una radical especificidad de la interpretación constitucional se da en el M4, dadas las características que le atribuyen a la constitución quienes suscriben este modelo. La particularidad deriva especialmente de la exigencia de realizar una lectura moral de la constitución, como la que conocidamente propicia Dworkin.

En un texto más reciente, Comanducci vuelve sobre esta relación entre modelos de constitución e interpretación, centrándose en los modelos descriptivo (M3) y axiológico (M4) de la constitución como norma, una de cuyas principales diferencias es que quienes adscriben a M3 no están interesados en juzgar la interpretación como correcta o incorrecta desde un punto de vista político-moral, como si lo están aquellos que adscriben a M4. La relación entre modelo de constitución e interpretación la aborda ahora a partir de dos de las principales concepciones de la interpretación, que distinguen varios autores de la escuela genovesa: cognitiva y decisional.<sup>62</sup> Ellas se diferencian por concebir a la interpretación, por una parte, como actividad de conocimiento o descubrimiento del significado correcto de documentos normativos y, por otra, como actividad de decisión, atribución o elección de uno de sus significados posibles. Tratándose de la interpretación de la constitución y según estas concepciones, el significado del documento constitucional es conceptualmente independiente o dependiente, respectivamente, de la interpretación de los tribunales constitucionales.<sup>63</sup>

Dentro de cada uno de estos modelos sobre la naturaleza del “objeto” constitución puede adoptarse tanto una concepción cognitiva como una concepción decisional de la interpretación, que también condiciona la respuesta a la pregunta sobre la especificidad o no de la interpretación de la constitución. Frente a los partidarios del M3 que consideran que la espe-

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 130.

<sup>61</sup> Guastini y Prieto son quienes introducen estos matices. Véase la referencia a Guastini *supra* nota 49 y Prieto, Luis, “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 9, 1991, pp. 175-198.

<sup>62</sup> Esta distinción es equivalente a aquella entre tesis neoformalista y neoescéptica sobre la interpretación. Comanducci, Paolo, “Interpretación jurídica...”, *cit.*, p. 101.

<sup>63</sup> Comanducci, Paolo, “El objeto ‘constitución’ y su interpretación...”, *cit.*, pp. 36-38.

cificidad no es cualitativa sino de grado (que depende de si existen o no intérpretes privilegiados, del problema de alta generalidad de las normas constitucionales y de las técnicas interpretativas extensiva, sistemática y teleológica de frecuente empleo), los partidarios del M4 suscriben una especificidad radical. En el siguiente cuadro, al que le he agregado la última columna, Comanducci refleja estas relaciones.<sup>64</sup>

<i>Objeto de interpretación</i>	<i>“Naturaleza” del objeto de la interpretación</i>	<i>“Naturaleza” de la interpretación</i>	<i>Especificidad actividad interpretativa</i>
Constitución	modelo descriptivo de Constitución como norma (M3)	actividad cognitiva (p. ej.: formalismo)	especificidad de grado
		actividad decisional (p. ej.: realismo, Hart)	
Constitución	modelo axiológico de Constitución como norma (M3)	actividad cognitiva (p. ej.: Dworkin)	especificidad radical
		actividad decisional (p. ej.: Marmor)	

De un modo no *detached*, Comanducci explicita que sus “preferencias van hacia la interpretación decisional del modelo descriptivo de Constitución como norma” y esta tiene dos versiones: débil (Hart) y fuerte (realismo jurídico). Sin ahondar en esta distinción, caracteriza esta actividad interpretativa decisional como aquella en que intervienen múltiples sujetos y en que se decide discrecionalmente, a falta de “metacriterios compartidos para elegir los criterios interpretativos que usar para atribuir sentido a la Constitución”. Esta actividad interpretativa se caracteriza como un juego de cooperación contextual, en el cual lo “que es la Constitución, lo que significa el texto constitucional, se puede detectar *ex post (post interpretationem)*”, en el sentido de identificar cómo se ha interpretado la constitución. A partir de allí, individualiza un sentido ulterior de “Constitución como producto de un conjunto de hechos sociales, un hecho social ella misma, un hecho institucional que puede ser analizado con los instrumentos típicos de las ciencias sociales y comprendido con las herramientas que nos brinda la filosofía social”.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>65</sup> *Ibidem*, pp. 37-40. Concluye diciendo que la pregunta de los operadores prácticos sobre cómo debe interpretarse el derecho es también una importante, para lo cual deben desarrollarse teorías normativas fiables (que no remitan a creencias morales del juez), estables (que

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. LA FUNCIÓN DE LOS MODELOS EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

El uso de modelos que hace Comanducci constituye, me parece, un aporte importante para la filosofía del derecho. Los modelos permiten realizar los objetivos propios de una filosofía de orientación analítica: plasmar distinciones, reconocer estructuras, reconstruir racionalmente un aspecto de la realidad, esclarecer conexiones entre elementos, mostrar redes conceptuales, depurar el objeto de estudio. En algunos casos, para lograr estos objetivos, la filosofía del derecho construye modelos importando conceptos, estructuras o métodos de otros ámbitos, típicamente, de la filosofía moral y política o de la lógica.

Si bien un modelo presupone el uso de conceptos, “modelo” no es sinónimo de “concepto”, aunque puede impulsar la formación de otros conceptos, así como la formulación de nuevas preguntas de investigación. Similarmente, un modelo se nutre de descripciones sobre su objeto, pero no se agota en aquellas descripciones (por lo que no tiene sentido decir que es verdadero o falso), sino que explica simplificadamente, facilitando el entendimiento y comprensión de un fenómeno. Menos clara es la cuestión acerca de cuál es la diferencia, si la hay, entre modelo teórico y teoría, entre modelar y teorizar, y ello ocurre tanto en filosofía de la ciencia como en filosofía del derecho. En filosofía de la ciencia, quienes mantienen una distinción fuerte usan como criterio, aunque no concluyente me parece, el mayor grado de generalidad, abstracción y desatención a consideraciones localistas de la teoría frente al modelo. En filosofía del derecho, y en la de Comanducci en particular, no parece haber una nítida demarcación.

En un peldaño más abstracto, modelar es un modo de hacer filosofía, una actividad que consiste, con Isaiah Berlin, en extraer y exponer categorías ocultas, o, lo que es lo mismo, los patrones básicos con los que se percibe el mundo, los modelos con los que se le concibe, las categorías o lentes a través de los cuales se contempla.<sup>66</sup> Modelar como actividad de explicitación, modelo como resultado.

En una dirección similar, pero con matices importantes, Guastini sostiene que la práctica de la filosofía del derecho puede entenderse, por una

---

permitan un grado de previsibilidad de las decisiones) y compartidas (por la cultura jurídica respectiva).

<sup>66</sup> Berlin, Isaiah, “El propósito de la filosofía”, en Hardy, Henry (ed.), *El poder de las ideas. Ensayos escogidos*, trad. de Roberto Ramos y Alejandro Limeres, Barcelona, Páginas Indómita, 2017 [1947], pp. 90-93.



parte, como un laboratorio conceptual y, por otra, como metajurisprudencia, programas de investigación que son, en todo caso, complementarios. En tanto *laboratorio conceptual*, resuelve problemas de formulación y ordenación del conocimiento. Para ello, “modela” los conceptos capaces de describir el derecho mediante definiciones estipulativas o redefiniciones, los que inciden en la forma de describir el derecho, mas no en la identificación de su contenido. Modelar aquí no consiste sólo explicitar, sino que adquiere un sentido normativo débil en tanto determina la forma en que se describe y explica el derecho. En tanto metajurisprudencia, filósofos y filósofas del derecho analizan el lenguaje de los juristas.<sup>67</sup>

Comanducci emplea estos dos programas de investigación en los textos aquí analizados, el primero a propósito del razonamiento jurídico y el segundo a propósito de la constitución. Así, modela el razonamiento judicial proponiendo tres modelos teóricos. Ello presupone considerar la actividad de justificación como una racional y susceptible de ser mirada más de cerca siguiendo las categorías de justificación interna y justificación externa, y la distinción, dentro de esta última, entre premisa fáctica y premisa normativa. Estos modelos, en tanto cumplen la función de explicar y facilitar la comprensión de las operaciones y actividades que tienen lugar al fundamentar una decisión judicial, tiene una importante utilidad para teóricos y prácticos del derecho. Particularmente clarificador, me parece, es la consideración de la premisa normativa como compleja, cuya configuración es el resultado de diversas inferencias, que van desde el problema de individuación de las disposiciones aplicables, hasta problemas de interpretación, antinomias y lagunas. Menos desarrollado está el modelo de la premisa fáctica, al tiempo que se encuentra también limitado su ámbito de aplicación al proceso.

En su ejercicio de metajurisprudencia, realiza un discurso reconstructor de los discursos en el derecho (aquellos que realizan, en este caso, dogmáticos y teóricos) cuyo producto es un *modelo explicativo*<sup>68</sup> (un metamodelo) de cuatro modelos. La diferencia entre ellos es, por una parte, conceptual (el concepto de constitución) y, por otra, de aproximación a su objeto (descriptiva o axiológica).

---

<sup>67</sup> Guastini, Riccardo, “Manifiesto de una filosofía analítica del derecho”, *Teoría analítica del derecho. Estudios*, trad. de César Moreno, Lima, 2017, pp. 30-33.

<sup>68</sup> Comanducci, Paolo, “La racionalidad de las decisiones judiciales”, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 146.

Me parece que estos modelos (M1 a M4) tienen la virtud de funcionar como síntesis de una vasta discusión jurídica sobre el concepto de constitución, y de proporcionar un mapa que permita la entrada a cada propuesta desde un contexto más general. Asimismo, pone en relación una manera de entender el objeto “constitución” con las tesis acerca de la generalidad o especificidad de la actividad interpretativa de aquel objeto. Eventualmente, los mismos modelos podrían servir para organizar otros debates jurídicos.

Sin embargo, llamarle a un primer grupo “modelos descriptivos” parece algo contraintuitivo y, podríamos decir, no del todo coherente con otras distinciones (por ejemplo, entre funciones de conocimiento descriptivas y teóricas) y otros presupuestos conceptuales que realiza Comanducci (su modelo teórico como constructo que representa simplificado un fenómeno y que no es susceptible de calificarse como verdadero o falso). Dicho de otra manera, cabe preguntarse qué agrega el “modelo descriptivo de la constitución como norma” que no esté ya cubierto por la “descripción de la constitución entendida como norma”. Si he entendido bien, quizás podría ser suficiente mantener la noción de aproximaciones descriptivas y axiológicas y predicarlas de los “modelos teóricos” de la constitución como orden y constitución como norma que nuestro autor identifica en la literatura.

Esto nos lleva a preguntarnos si el adjetivo “teórico” que califica a “modelo” se usa en el mismo sentido que “teoría” cuando se contrapone con “ideología”. Según una distinción asentada y compartida por la filosofía del derecho italiana de tradición analítica, la *teoría* versa sobre aquello que *es* y que puede ser objeto de *descripción* por parte de un individuo y la *ideología* versa sobre aquello que *debe ser* y cumple una función *normativa* que aspira a dirigir el comportamiento hacia la realización de determinados valores.<sup>69</sup> Como indica Comanducci, la palabra “ideología” considerada como “política del derecho” no tiene una valoración metaética negativa.<sup>70</sup> Aunque ambas nociones comparten la base descriptiva (o empirista), al igual que la gran división, el modelo teórico se dirige a la explicación, mientras que la mera descripción no tiene, según las propias distinciones comanduccianas, pretensiones explicativas.

<sup>69</sup> Véase, por ejemplo, Bobbio, Norberto, “El positivismo jurídico”, *Rivista di Filosofia*, núm. LII, 1961, pp. 14-34 y Tarello, Giovanni, “Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici moderni”, en Castignone, Silvana; Guastini, Riccardo y Tarello, Giovanni (eds.), *Introduzione teorica allo studio del diritto. Prime lezioni*, Génova, ECIG, 1984, pp. 275-291.

<sup>70</sup> Comanducci, Paolo, *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, 2a. ed., Turín, Giappichelli, 1991, pp. 13 y 14.

Paolo Comanducci ha impactado profundamente en mi vida personal y académica. Lo conocí en Temuco el 2001, recién terminados mis estudios de derecho, en un seminario sobre razonamiento jurídico organizado por Rodrigo Coloma. Años más tarde, tuve el placer de asistir a un curso doctoral que impartió en la Universidad Carlos III y el honor de que me ofreciese ser, junto con Rafael Escudero, mi director de tesis doctoral. Sus lecturas pacientes (con el método del “semáforo”),<sup>71</sup> sus agudas observaciones, su generosidad y su inagotable apoyo hacen que mi gratitud sea infinita. La claridad de sus escritos, la calidad argumentativa desprovista de soberbia intelectual y el conocimiento de los debates filosóficos sobre los que se erigen sus aportes teóricos y metateóricos me han servido de “modelo” en el sentido de ejemplo de cómo intentar hacer teoría del derecho. Especial influencia en mi investigación doctoral tuvieron sus modelos de razonamiento judicial. Muchos años después, he vuelto a mirarlos de cerca y creo que la actividad de modelar y los modelos como productos de aquella actividad merecerían ulteriores reflexiones y usos dentro de la filosofía del derecho.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, vol. 22, núm. 66, 2002.
- ALEXY, Robert, “Interpretazione giuridica”, *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1996.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* [1978], trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, 2003.
- BAILER-JONES, Daniela, “Scientists’ Thoughts on Scientific Models”, *Perspectives on Science*, Florida, vol. 10, núm. 3, 2002.
- BAILER-JONES, Daniela, “When Scientific Models Represent”, *International Studies in Philosophy of Science*, Londres, vol. 17, núm. 1, 2003.
- BAILER-JONES, Daniela, *Scientific Models in Philosophy of Science*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2009.

---

<sup>71</sup> El semáforo consistía en destacar, en los avances de la tesis, frases o párrafos: a) en rojo, afirmaciones propias o interpretaciones de opiniones ajenas incorrectas que había que revisar; b) en amarillo, cuestiones dudosas u oscuras; c) en verde, ideas buenas que desarrollar o en las que profundizar.

- BARBERIS, Mauro, *Filosofía del derecho. Un'introduzione teorica*, Turín, Giappichelli, 2000.
- BARBERIS, Mauro, *Una filosofía del derecho per uno Stato costituzionale*, Turín, Giappichelli, 2017.
- BERLIN, Isaiah, “El propósito de la filosofía”, en HARDY, H. (ed.), *El poder de las ideas. Ensayos escogidos*, trad. de Roberto Ramos y Alejandro Limeres, Barcelona, Página Indómita, 2017 [1947].
- BLACK, Max, *Models and Metaphors: Studies in Language and Philosophy*, Ithaca y Londres, Cornell University Press, 1962.
- BOBBIO, Norberto, “El positivismo jurídico”, *Rivista di Filosofia*, núm. LII, 1961.
- CARBONELL, Flavia, “Elementos para un modelo de decisión judicial correcta”, *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago de Chile, núm. 27, 2017.
- CHIASSONI, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- COMANDUCCI, Paolo, *Assaggi di metaetica due*, Turín, Giappichelli, 1998.
- COMANDUCCI, Paolo, *Constitución y teoría del derecho*, México, Fontamara, 2007.
- COMANDUCCI, Paolo, *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, 2a. ed, Turín, Giappichelli, 1991.
- COMANDUCCI, Paolo, *Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.
- COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismos. Un análisis metateórico”, *Isonomía*, México, núm.16, 2002.
- COMANDUCCI, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*, trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 1999.
- ESCUADERO, Rafael, “Estudio preliminar”, en COMANDUCCI, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés *et al.*, Madrid, Trotta, 1995.
- FERRER, Jordi y RATTI, Giovanni, “Introducción”, en FERRER, Jordi y RATTI, Giovanni (eds.) *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- FRIGG, Roman y HARTMANN, Stephan, “Models in Science”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), Spring 2020 Edition, <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/models-science/>.

- FRIGG, Roman y NGUYEN, James, “Scientific Representation”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), Winter 2021 Edition, <https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/scientific-representation/>.
- GIANFORMAGGIO, Letizia, *Filosofía del derecho e ragionamento giuridico*, Turín, Giappichelli, 2018.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 3a. ed., México, UNAM, 2001.
- GUASTINI, Riccardo, “La interpretación de la Constitución”, en FABRA, Jorge y SPECTOR, Ezequiel (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. 3, 2015.
- GUASTINI, Riccardo, “Manifiesto de una filosofía analítica del derecho”, *Teoría analítica del derecho. Estudios*, trad. de César Moreno, Perú, Puno, 2017.
- NÚÑEZ, Álvaro (coord.), *Modelando la ciencia jurídica*, Lima, Palestra, 2014.
- OXFORD DICTIONARY online, [https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/model\\_1](https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/model_1).
- PECZENIK, Alexander, *On Law and Reason*, 2a. ed., Dordrecht, Reidel, 2008.
- PINO, Giorgio, *L'interpretazione del diritto*, Turín, Giappichelli, 2021.
- PRIETO, Luis, “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 9, 1991.
- ROBILANT, Enrico di, *Modelli nella filosofia del diritto*, Boloña, Il Mulino, 1968.
- SALIS, Fiora; FRIGG, Roman y NGUYEN, James, “Models and Denotation”, en FALGUERA, José L. y MARTÍNEZ-VIDAL, Concha, *Abstract Objects. For and Against*, Cham, Springer, 2020.
- TARELLO, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Milán, Giuffrè, 1980.
- TARELLO, Giovanni, “Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici moderni”, en CASTIGNONE, Silvana; GUASTINI, Riccardo y TARELLO, Giovanni (eds.), *Introduzione teorica allo studio del diritto. Prime lezioni*, Génova, ECIG, 1984.
- TOULMIN, Stephen, *The Philosophy of Science*, Londres, Hutchinson's University Library, 1975.
- TROPER, Michel, “La máquina y la norma. Dos modelos de constitución”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 22, 1999.
- TURNER, Christian, “Models of Law”, *University of Illinois Law Review*, Illinois, núm. 4, 2018.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, “Elementi de un modello processuale di applicazione giudiziale del diritto”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milán, vol. XLI, núm. 2, 1987.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, *Rechtstheorie*, Berlín, 1974.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, *The Judicial Application of the Law*, Dordrecht, Kluwer, 1992.

## COMANDUCCI SOBRE LA ONTOLOGÍA Y EPISTEMOLOGÍA DE KELSEN Y SEARLE. MATICES Y OBSERVACIONES CRÍTICAS

Alba LOJO  
Jorge BAQUERIZO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Ontología y epistemología en la teoría de Searle*. III. *Ontología y epistemología en Kelsen*. IV. *Los constructivismos de Kelsen y Searle según Comanducci*. V. *Una forma alternativa de encarar la distinción entre los constructivismos de Kelsen y Searle*. VI. *El compromiso teórico con el “trasfondo” (background) en la teoría searlina: ¿una condición a priori de inteligibilidad?* VII. *Epílogo*. VIII. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

En “Kelsen vs. Searle: A Tale of Two Constructivists”,<sup>1</sup> Paolo Comanducci traza un interesante paralelismo entre los tipos de constructivismo social presentes en la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen y *La construcción de la realidad social* de John Searle. Sin embargo, también muestra algunas diferencias importantes entre ambas teorías, en concreto, en su plano epistemológico. Para lograr dicho cometido, Comanducci se plantea una cuestión fundamental: identificar cuáles son los presupuestos ontológicos y epistemológicos en los que se basan Kelsen y Searle para desarrollar sus respectivas obras.

Teniendo como objetivo principal introducir algunos matices críticos respecto de algunas observaciones efectuadas por Comanducci en dicho artículo, en el presente trabajo nos hemos propuesto los siguientes objetivos específicos: i) presentar una nueva caracterización de las diferencias

---

<sup>1</sup> Comanducci, Paolo, “Kelsen vs. Searle: A Tale of Two Constructivists”, en Comanducci, Paolo y Guastini, Riccardo (eds.), *Analisi e diritto 1999, Ricerche di giurisprudenza analitica*, Turín, Giappichelli, 2000, pp. 101-115. Aquí y en lo posterior, la traducción al castellano es nuestra.

identificadas en el plano epistemológico entre Kelsen y Searle —diferencia que, según Comanducci, llevaría a afirmar que solo Kelsen (pero no Searle) podría ser calificado de constructivista epistemológico—, y ii) tratar de diluir una supuesta diferencia en el plano epistemológico entre las teorías de ambos autores, también apuntada por Comanducci, según la cual Searle no estaría dispuesto a asumir una condición lógico-trascendental para el conocimiento.

Procederemos, entonces, de la siguiente manera. En primer lugar, nos detendremos en presentar cuáles son los compromisos científicos que tanto Searle (II), como Kelsen (III) adoptan en sus respectivas obras, tanto en un plano ontológico como epistemológico. Ello nos permitirá orientar y perfilar las reflexiones subsiguientes. En segundo lugar, explicaremos la clasificación del tipo de constructivismo ontológico y epistemológico que Comanducci identifica en los mencionados autores (IV). Posteriormente (V), presentaremos dos tipos de “relaciones de construcción”, provenientes del análisis contemporáneo en la metafísica analítica, que nos permitirán identificar una diferencia en las corrientes constructivistas de los dos autores comparados, que no radica en el constructivismo científico que Comanducci asocia a Kelsen y no a Searle. En el número VI, trataremos de matizar la opinión de Comanducci según la cual Searle no estaría dispuesto a asumir (como Kelsen) una condición lógico-trascendental para el conocimiento, diferencia que podría erosionarse o incluso disolverse mediante una indagación acerca del *trasfondo* (*background*) en la teoría de Searle. Finalmente cerraremos el trabajo con un breve epílogo (VII).

## II. ONTOLOGÍA Y EPISTEMOLOGÍA EN LA TEORÍA DE SEARLE

En *La construcción de la realidad social*, Searle inicia su investigación partiendo de una premisa fundamental: sólo existe un mundo, el mundo físico o natural, y todas las explicaciones relativas a la esfera social deben formar parte de él.<sup>2</sup> El mundo físico o natural, tal y como lo concibe el autor, es aquel que coincide

---

<sup>2</sup> En concreto, Searle expresa que “vivimos exactamente en un mundo, no en dos o en tres”, aludiendo críticamente a la doctrina de los tres mundos de Karl Popper. Véase Searle, John, *The Construction of Social Reality*, Nueva York, Free Press, 1995, citado por la traducción al castellano de Antoni Domènech, *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 19, y Searle, John, *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2010, citado por la traducción al castellano de Bostelmann, Juan, *Creando el mundo social. La estructura de la civilización humana*, Barcelona, Paidós, 2017, p. 18.



con las descripciones dadas por la física o la química, en general, y por la teoría atómica de la materia y la teoría de la evolución biológica, más concretamente.<sup>3</sup> En consecuencia, el autor defiende explícitamente, a lo largo de sus escritos de filosofía de la mente y también en sus obras de ontología social, el realismo *externo*: el punto de vista según el cual el mundo existe independientemente de las representaciones que sobre él hagamos.<sup>4</sup> No se trata de una tesis epistémica, lingüística o empírica: es una tesis ontológica que establece, no cómo son las cosas *de hecho* (pues Searle reconoce la dificultad de probar esta tesis sin caer en una petición de principio), sino el modo de existencia de un *espacio de posibilidades* que funciona como condición de inteligibilidad del grueso del pensamiento y del lenguaje. Por ejemplo, en su obra *Creando el mundo social*, Searle establece una condición necesaria para su investigación, a la que denomina *requerimiento básico*; acorde con éste, toda explicación dentro de su investigación debe ser consistente con los hechos básicos (determinados por el “mundo físico o natural”) y debe mostrar la forma en que los hechos no básicos (los fenómenos mentales) son dependientes y derivados de los primeros, a los que reconoce su carácter fundamental.<sup>5</sup> El “requerimiento básico” de Searle, por consiguiente, concuerda con el fisicalismo no reduccionista, en tanto reconoce una relación de dependencia —pero no de identidad— entre las propiedades de los distintos hechos.<sup>6</sup>

Por otro lado, en lo que respecta a su posición epistémica, Searle parte de los compromisos ontológicos previamente mencionados. Es decir, el mundo real existe al margen de nosotros, y nosotros accedemos a su conocimiento a través de nuestros sentidos. Tal sería el caso de lo que él llama “hechos ontológicamente objetivos”, esto es, aquellos que existen con independencia de las actitudes del hablante.<sup>7</sup> Sin embargo, también reconoce que puede haber “hechos ontológicamente subjetivos” (todos aquellos hechos no básicos); su existencia, en cambio, depende de las actitudes o estados mentales del hablante. La oración “Julietta ha escalado en el Aconcagua”

<sup>3</sup> Searle, John, *La construcción...*, *cit.*, p. 25; y Searle, John, *Creando el mundo...*, *cit.*, pp. 17 y 18.

<sup>4</sup> Searle, John, *La construcción...*, *cit.*, p. 162.

<sup>5</sup> Searle, John, *Creando el mundo...*, *cit.*, p. 19. Si bien es más conocida la distinción de Searle entre “hechos brutos” y “hechos institucionales”, para los efectos de centrarnos en sus compromisos ontológicos resulta más útil aludir a su distinción entre “hechos básicos” y “hechos no básicos”.

<sup>6</sup> Para profundizar en las consecuencias de entender la relación *searliana* como una de identidad, así como en los problemas a los que conlleva esta concepción, véase Lojo, Alba, “Una respuesta a la concepción reduccionista de las reglas constitutivas”, en Ramírez-Ludeña, Lorena y Vilajosana, Josep M. (coords.), *Reglas constitutivas y derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2022.

<sup>7</sup> Searle, John, *La construcción...*, *cit.*, p. 27; y Searle, John, *Creando el mundo...*, *cit.*, p. 36.

sería un ejemplo que expresaría un hecho ontológicamente objetivo, mientras que la oración “Julietta es reconocida en Argentina como presidenta de la nación” sería un ejemplo que expresaría un hecho ontológicamente subjetivo.

Cuando Searle analiza cómo accedemos al conocimiento sobre los hechos al emitir un juicio, realiza también una distinción pertinente: un juicio es epistémicamente objetivo si la forma de acceder al conocimiento sobre el hecho no depende de nuestros sentimientos, actitudes o puntos de vista y tenemos criterios externos para determinarlo. Por ejemplo, la votación de investidura es un criterio externo para saber si el juicio “Sánchez es presidente” es verdadero o falso. En cambio, un juicio es epistémicamente subjetivo cuando no tenemos criterios externos para hacer un contraste y, por ende, el conocimiento proviene de nuestra experiencia subjetiva: de nuestros sentimientos, actitudes o puntos de vista. Así, por ejemplo, si dos personas están percibiendo los colores del anochecer, no podemos saber si están percibiendo exactamente la misma tonalidad, puesto que la percepción del color depende de la experiencia subjetiva; un juicio emitido respecto a la percepción del color del anochecer es, por tanto, epistémicamente subjetivo. Esta posición teórica epistémica coincide con el compromiso de Searle con la tesis de la “verdad como correspondencia” como herramienta metodológica para la investigación de los hechos sociales.<sup>8</sup>

### III. ONTOLOGÍA Y EPISTEMOLOGÍA EN KELSEN

El análisis de los compromisos ontológicos y epistemológicos en Kelsen es mucho más complejo. Ello se debe, como es bien sabido, a que la obra del referido autor —producida a lo largo de más de 60 años— recorrió diversas fases de desarrollo que estuvieron marcadas por tradiciones filosóficas “bastante diferentes” y, hasta cierto punto, “radicalmente incompatibles”.<sup>9</sup> Evidentemente, esto genera serias dificultades para identificar cuáles fueron específi-

---

<sup>8</sup> Searle, John, *La construcción...*, cit., pp. 203-224. Dicha tesis se entiende de tal forma que “un enunciado es verdadero si y sólo si se corresponde con los hechos”, donde “hechos” refiere a todo aquello que, estando fuera del enunciado, hace que los enunciados sean verdaderos; la verdad es una cuestión de corrección de una determinada clase de representaciones lingüísticas, y depende de la dirección de ajuste “mente → mundo” de los enunciados; y la relación de correspondencia entre hechos y enunciados verdaderos es aquella que determina la adecuación entre cómo son las cosas en el mundo y sus representaciones (*ibidem*, cap. 9).

<sup>9</sup> Bulygin, Eugenio, “An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Ratio Juris. An International of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Reino Unido, vol. 3, núm. 1, marzo de 1990, p. 30. La traducción es nuestra.

camente aquellos compromisos; de hecho, como se conviene ampliamente en el ámbito de la exégesis *kelseniana*, el referido autor parece haber atravesado por al menos tres periodos de desarrollo de sus ideas, todos ellos con sus peculiaridades que los hacen diferentes entre sí.<sup>10</sup> Aunque la demarcación cronológica de esta “periodización” no es algo que se convenga pacíficamente entre los estudiosos de Kelsen, podría señalarse que –a grandes rasgos– este autor evolucionó de una primera fase “constructivista” en la que no aborda claramente un fundamento filosófico para respaldar su teoría,<sup>11</sup> a una segunda gran fase “trascendental” marcada notoriamente por la influencia filosófica del neokantismo (que el autor suscribía expresamente)<sup>12</sup> y, de ahí, a una tercera fase “escéptica” en la que habría desechado el influjo de las ideas neokantianas para preferir una fundamentación filosófica orientada hacia el empirismo de corte *humeano*.<sup>13</sup>

Estos marcados cambios en la base filosófica del pensamiento de Kelsen, durante el prolongado arco temporal de su producción teórica, determinan diversas posibilidades de interpretación sobre su ontología y su epistemología según se trate de uno u otro periodo. Sin embargo, dado que Comanducci expresamente toma como referencia a la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* para comparar el constructivismo de Kelsen con el de Searle, en el análisis que sigue solo se tomará en consideración la segunda fase. Esta segunda fase teórica kelseniana, como decíamos, se caracteriza por la abierta adopción del neokantismo,<sup>14</sup> pero sobre su correspondiente

---

<sup>10</sup> Véase, por todos, Paulson, Stanley L., “Four Phases in Hans Kelsen’s Legal Theory? Reflections on a Periodization”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, vol. 18, núm. 1, 1998, p. 161.

<sup>11</sup> Paulson, Stanley L., “Una periodización de la teoría jurídica de Hans Kelsen. Tres fases”, trad. de Alejandro Nava Tovar, *Revista Cubana de Derecho*, vol. 1, núm. 2, julio-diciembre de 2021, pp. 59-61. Como pertinentemente indica Paulson, durante esta primera fase Kelsen sostiene de modo explícito, por ejemplo, que el fenómeno del cumplimiento de las normas jurídicas no necesita de ningún tipo de fundamentación o justificación (*ibidem*, pp. 61 y 62).

<sup>12</sup> Fase que, según Paulson, concluye con la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* (*ibidem*, p. 59).

<sup>13</sup> Esta tercera fase de Kelsen, siguiendo igualmente a Paulson (*ibidem*, p. 82), comenzaría en 1960, luego de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, y continuaría hasta su fallecimiento (lo que incluye la publicación póstuma de la *Teoría general de las normas*, la más evidente expresión de esta fase final escéptica y empirista).

<sup>14</sup> Como se sabe, esta es la fase “clásica” kelseniana: la que ocupó la mayor parte de su vida (de 1920 a 1960) y la que se considera la más productiva de su carrera. Incluso Comanducci, en el trabajo que aquí se analiza, opina que esta influencia de las ideas neokantianas todavía se encuentra presente en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* (Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 106).

ontología y epistemología, nos parece que caben al menos dos interpretaciones de Kelsen.

Una primera interpretación llevaría a decir que Kelsen, como la mayoría de neokantianos de la época, parecería haber sido un antirrealista durante (al menos una parte de) este periodo. Y es que, para los neokantianos, el mundo objetivo no viene dado de modo independiente al conocimiento; por el contrario, es “constituido” por éste, y precisamente por ello no asignan ninguna función a la noción de algo “en sí mismo”.<sup>15</sup> Un posible sustento de esta primera interpretación viene dado por la siguiente explicación de Kelsen, en la que parece hacer suyo este *idealismo trascendental* de raíz kantiana:

Es imposible que el conocimiento desempeñe solo un papel *pasivo* en relación con sus objetos; no puede ser limitado a *reflejar* cosas que de alguna manera existen ‘en sí mismas’, es decir, en una esfera trascendente. Tan pronto como dejemos de suponer que los objetos tienen una existencia trascendente, es decir, independiente del conocimiento, la cognición ha de desempeñar un papel *activo y creativo* en relación con estos objetos. *Es el conocimiento mismo el que crea sus objetos a partir del material provisto por los sentidos según sus leyes immanentes.*<sup>16</sup>

Esta interpretación podría casar bien con la concepción de Kelsen sobre las normas jurídicas durante este periodo clásico neokantiano: la existencia de una norma jurídica, según Kelsen, se identifica en los juicios hipotéticos de la ciencia jurídica, de tal modo que la validez de una norma jurídica es la validez de un determinado juicio cognitivo.<sup>17</sup> En el núcleo de esta concepción filosófica está la idea de que no es posible comparar el conocimiento de un objeto con el objeto “en sí mismo”; solo se puede comparar un acto de cognición de un objeto, con otro acto de cognición del mismo objeto. Por tanto, la única metafísica aceptable para el neokantismo asumido por Kelsen en esta fase “clásica”, siempre según esta primera interpretación, no es la relacionada con los elementos esenciales de un objeto “en sí mismo” sino aquella que provee las reglas necesarias para orientar los actos de cognición. Como se puede advertir, la ontología aquí se disuelve en la epistemología, entendida como una teoría de la validez cognitiva.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Heidemann, Carsten, *Hans Kelsen's Normativism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, p. 14.

<sup>16</sup> Kelsen, Hans, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Berlín, Pan-Verlag, 1928, p. 62, citado por la traducción al inglés que consta en Heidemann, Carsten, *op. cit.*, p. 32 (cursivas en el original). La traducción al castellano es nuestra.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 32 y 33. Esta perspectiva coincidiría con el paradigma de lo que luego identificaremos como “constructivismo global” (apartado V de este trabajo).

Una segunda interpretación, más moderada, se puede formular a propósito de una pertinente advertencia de Stanley L. Paulson, uno de los más reconocidos exégetas de la obra kelseniana. Según dicho autor, debemos siempre distinguir dos dimensiones del derecho en la teoría de Kelsen: el derecho como objeto de conocimiento de la ciencia jurídica y el derecho “propriadamente dicho” (el conjunto de actos de voluntad producidos por las autoridades estatales competentes).<sup>19</sup> En este respecto podría comprenderse que, si bien durante esta fase neokantiana Kelsen sostiene que es la cognición la que crea sus objetos mediante juicios objetivamente válidos en virtud de ciertas reglas (y no en virtud de la correspondencia con algo “dado”), solo se refiere a la “realidad” como *objeto del conocimiento*. En este específico sentido, la realidad no es un conglomerado de entidades independientes del conocimiento, sino un sistema de juicios sintéticos.<sup>20</sup> Pero cuando ésta no es objeto de conocimiento, parecería haber espacio para interpretar que la realidad (incluyendo la llamada “realidad jurídica”, en una de las acepciones de esta expresión) podría existir de modo independiente. Un posible sustento de esta segunda interpretación parece también hallarse en las palabras del propio Kelsen:

[L]a ciencia jurídica puede “crear” su objeto –el derecho como conjunto de reglas jurídicas [*Rechtssätze*]– a través de juicios, del mismo modo en que las ciencias naturales pueden “crear” su objeto, esto es, la naturaleza de la ciencia natural o la naturaleza como sistema de juicios sintéticos [...] A pesar de que son “creados” por la ciencia en sí misma, los juicios sintéticos de la ciencia natural son determinados por el material que unifican (por tanto, son juicios “acerca de” [*iüber*] la naturaleza) [...] Si nos inclinamos a calificar los actos que constituyen el material de las reglas jurídicas como actos de voluntad [*Willensakte*], entonces las reglas jurídicas como juicios “acerca de” estos actos tienen que ser expresados por un Deber Ser [...] Solo en este ámbito podemos hablar del derecho como objeto de la ciencia jurídica. Como objeto de la ciencia jurídica, el derecho es un sistema de juicios acerca del derecho, así como la naturaleza, como objeto de las ciencias naturales, es un sistema de juicios acerca de la naturaleza.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Villa-Rosas, Gonzalo, “24 preguntas para Stanley L. Paulson”, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, núm. 52, mayo-agosto de 2022, pp. 453 y 454.

<sup>20</sup> Heidemann, Carsten, *op. cit.*, p. 35.

<sup>21</sup> Kelsen, Hans, *Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der Rechtsdogmatik*, Viena y Leipzig, Franz Deuticke, 1922, pp. 181 y 182, citado por la traducción al inglés que consta en Heidemann, Carsten, *op. cit.*, pp. 34 y 35. La traducción al castellano es nuestra.

Luego, según esta segunda interpretación, sí que podría separarse en la obra de Kelsen la ontología de la “realidad jurídica” *propiamente dicha* (el ordenamiento jurídico y las normas que lo componen) y su correspondiente forma de conocimiento (su epistemología); lo que no podría separarse es la “realidad jurídica” *como objeto de la ciencia jurídica*, pues ésta equivale al sistema de juicios creado por la misma ciencia.

De todos modos, aun admitiendo esta segunda interpretación como la más plausible, no es posible librarse de algunos vaivenes del autor que dificultan una lectura consistente. Por ejemplo, en un pasaje de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* —que sobre todo aquí nos interesa— Kelsen se refiere al derecho ya no como una construcción social, ni tampoco como una construcción científica, sino como (aparentemente) perteneciendo de manera plena al reino “natural”; además, en la misma sección a la que nos referimos, utiliza el término “jurídico” no solo para referirse a los actos de voluntad sino también a ciertos “acontecimientos fácticos”, como una votación dentro de un parlamento. Volvamos otra vez a las palabras de Kelsen, literalmente:

El derecho —o aquello que, por de pronto, se suele considerar tal—, por lo menos en cuanto se encuentra con una parte de su ser en el dominio de la naturaleza, pareciera tener una existencia plenamente natural. Si se analiza, en efecto uno cualquiera de los acontecimientos fácticos considerados jurídicos, o que se encuentran en alguna relación con el derecho —como pudiera ser una votación parlamentaria, un acto de la administración, la sentencia de un juez, un negocio jurídico, un delito—, cabe distinguir dos elementos: uno es un acto sensiblemente perceptible que de por sí acaece en el tiempo y en el espacio, o bien, una serie de semejantes actos: el externo acontecer de acciones humanas; el otro elemento está constituido por la significación jurídica, es decir: la significación que el acontecimiento adquiere por el lado del derecho.<sup>22</sup>

La cita recién transcrita reforzaría la idea de que Kelsen suscribe, en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, una ontología realista que es perfectamente traducible en admitir un modo de existencia de las cosas que es conceptualmente independiente de su conocimiento, representación o significación. Pero, como hemos visto, en otros momentos o subperiodos de su prolongada fase neokantiana, parece dudoso clasificar a Kelsen como un constructivista no radical que habría suscrito una postura moderada al

---

<sup>22</sup> Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., Viena, Franz Deuticke, 1960, citado por la traducción al castellano de Vernengo, Roberto J., *Teoría pura del derecho*, 2a. reimp., México, UNAM, 1982, p. 16.

igual que Searle; como dudoso también parece atribuir a Kelsen, en algunos subperiodos de esta fase clásica, la suscripción de un realismo externo y la consecuente admisibilidad de la distinción entre hechos ontológicamente objetivos y ontológicamente subjetivos.

Así, pues, en lo que respecta a la ontología y epistemología kelsenianas durante esta prolongada fase clásica neokantiana, nos parece dudoso poder adjudicar a Kelsen una posición nítida. Incluso si nos concentramos exclusivamente en la epistemología kelseniana —que, en fin de cuentas, es el plano en el que Comanducci identifica las diferencias con Searle— ocurre que el autor bajo estudio sigue presentando ambivalencias dentro del mismo periodo, lo que ha generado diversas y contradictorias interpretaciones.<sup>23</sup> De hecho, parece ser que, con todo rigor, no es posible identificar *una* epistemología kelseniana sin fisuras aun circunscribiendo el horizonte de análisis a la *Teoría pura del derecho*.<sup>24</sup> Como recientemente ha expresado Paulson, “la posición de Kelsen respecto del conocimiento del derecho (...) resulta ser una noción problemática con al menos tres lecturas bastante diferentes en la obra de Kelsen, ninguna de ellas explicada por Kelsen de manera muy efectiva”.<sup>25</sup>

#### IV. LOS CONSTRUCTIVISMOS DE KELSEN Y SEARLE SEGÚN COMANDUCCI

Tras haber demarcado los compromisos ontológicos y epistémicos tanto de Searle como de Kelsen, analizaremos, a continuación, los tipos de constructivismos con los que Comanducci los relaciona.

---

<sup>23</sup> Por ejemplo, mientras Comanducci considera que es posible una lectura constructivista científica en Kelsen bajo un concepto de conocimiento formalista neokantiano, a su vez compatible con un conocimiento realista del derecho (véase Comanducci, Paolo, “Kelsen y Bulygin”, en Comanducci, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 198), Vittorio Villa considera infundada esta lectura, y prioriza una interpretación “descriptivista” de la posición epistemológica kelseniana, argumentando que las categorías neokantianas de Kelsen no solo son *a priori*, sino que también son *necesarias* y configuran “las condiciones esenciales de la juridicidad” (Villa, Vittorio, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Turín, Giappichelli, 1999, p. 140), lo que implica una negación del presupuesto básico constructivista del carácter contingente de las categorías teóricas.

<sup>24</sup> En este punto resulta oportuno citar a Eugenio Bulygin, quien sostenía que ninguno de los trabajos de Kelsen, ni tan siquiera la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* (publicada cuando el autor tenía casi ochenta años) puede ser considerada como la versión final de su pensamiento (Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, p. 30).

<sup>25</sup> Villa-Rosas, Gonzalo, *op. cit.*, pp. 456 y 457.

Comanducci opina que las diferencias entre los constructivismos de Kelsen y Searle “radican más en el nivel epistemológico que en el ontológico”<sup>26</sup> y, para sustentar este criterio, muestra cuáles serían las semejanzas y diferencias más importantes de ambos autores. En cuanto a las semejanzas, el citado autor piensa que Kelsen y Searle parecen compartir una ontología realista que implica aceptar, tanto la perspectiva según la cual “hay un modo de existencia de las entidades que es lógicamente independientemente de todas las representaciones que hagan los seres humanos”, cuanto la distinción entre “entidades ontológicamente objetivas y entidades ontológicamente subjetivas”,<sup>27</sup> es decir, la idea de que en el mundo hay “entidades” que son diferentes —y no completamente reducibles— a las entidades físicas.<sup>28</sup> En cuanto a las diferencias, Comanducci considera que la epistemología de Searle se muestra diversa a la de Kelsen; aunque opina que ambos autores son dualistas en epistemología, señala que “sus dualismos son muy diferentes”:<sup>29</sup> por un lado, porque opina que Searle no aceptaría “el uso kelseniano de categorías *a priori* como condiciones de inteligibilidad de los hechos jurídicos *qua* hechos *jurídicos*, como en el caso de la «norma fundamental»”,<sup>30</sup> y, por otro lado, porque mientras Searle distinguiría entre ciencias naturales y ciencias sociales, Kelsen —siempre según Comanducci— sostendría la distinción entre ciencias *normativas* y ciencias *causales* (que incluirían tanto las ciencias naturales como las ciencias sociales).<sup>31</sup>

Sobre la base de lo anterior, Comanducci clasifica, en primer lugar, los compromisos de Kelsen y de Searle dentro de la corriente del constructivismo social, puesto que —según su análisis— ambos afirman que los hechos sociales son “construidos” por los seres humanos y que éstos no son completamente reducibles a los hechos naturales.<sup>32</sup> En este sentido, Comanducci efectúa dicha asociación siguiendo las clasificaciones de Vittorio Villa,<sup>33</sup> quien caracteriza al constructivismo social como una tesis pacífica en las ciencias sociales que define a los hechos sociales como aquellos que son

---

<sup>26</sup> Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 105.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 106, 108.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>30</sup> *Idem* (cursivas en el original).

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 106 y 107.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>33</sup> Villa, Vittorio, *Costruttivismo e teorie del diritto*, *cit.* En esta obra, Villa defiende la adopción del constructivismo social como concepción epistemológica de fondo (*ibidem*, p. 46).



construidos por (o cuya existencia depende de) las acciones o creencias humanas.<sup>34</sup>

En segundo lugar, y ya en el específico plano de la epistemología, Comanducci concluye que solo Kelsen podría ser calificado de constructivista epistemológico y, en particular, de constructivista científico.<sup>35</sup> Aunque Comanducci no lo aclara, por “constructivismo científico” parece que se refiere al constructivismo empirista de Villa:<sup>36</sup> aquel que presupone que nuestro conocimiento acerca del mundo está necesariamente mediado por esquemas conceptuales, que incluyen sistemas de categorías que dan forma a los datos sensibles (sin por ello considerar que la base empírica sea mutable).<sup>37</sup> Como fuere, Comanducci señala que, para Kelsen, la llamada “realidad jurídica” —conformada por los ordenamientos jurídicos y las normas que les pertenecen— sería no propiamente una construcción social sino una construcción *científica*: realizada por la ciencia jurídica y no por la gente en general.<sup>38</sup> Respecto de Searle, en cambio, Comanducci concluye que no podría etiquetárselo como un “constructivista epistemológico”, salvo que se use esta expresión en sentido “muy débil” y no en sentido estricto, es decir, un sentido según el cual todos los científicos y filósofos, al utilizar un lenguaje parcialmente “construido” o reconstruido por ellos mismos, resultarían ser constructivistas epistemológicos.<sup>39</sup>

## V. UNA FORMA ALTERNATIVA DE ENCARAR LA DISTINCIÓN ENTRE LOS CONSTRUCTIVISMOS DE KELSEN Y SEARLE

Como hemos mencionado, Comanducci equipara el constructivismo social de Searle con el de Kelsen, pero los diferencia en relación con sus compromisos epistémicos al considerar que solo Kelsen puede enmarcarse en el cons-

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>36</sup> Villa, Vittorio, *op. cit.*, pp. 46-53.

<sup>37</sup> En la misma línea, Stephen Downes reconstruye la corriente del constructivismo científico afirmando que este es “producido” ante todo por los científicos, y sólo en menor medida es determinado por las estructuras fijas del mundo (véase Downes, Stephen M., “Constructivism”, en Craig, Edward (ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Londres, Routledge, 1998, pp. 1 y 2, <https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/constructivism/v-1>). Un paso más allá vendría dado por el *constructivismo sociológico*, acorde al cual incluso los hechos de las ciencias naturales son hechos construidos por los estudiosos en el desarrollo de su actividad, tanto en un sentido metodológico como de contenido (véase Villa, Vittorio, *op. cit.*, pp. 53-58).

<sup>38</sup> Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 107.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 107 y 108.

tructivismo científico. En este apartado, sin embargo, ofreceremos una visión distinta que, sin negar las diferencias entre los dos autores comparados, sitúa la separación de sus respectivos constructivismos en otros aspectos.

Para estos efectos, emplearemos un interesante análisis que Dana Goswick realiza sobre la corriente del constructivismo en la metafísica analítica, en el que además revisa detalladamente sus avances en la filosofía a lo largo del siglo pasado y lo que va de este siglo.<sup>40</sup> Goswick propone una definición de constructivismo que recoge las distintas variantes y que, en nuestra opinión, podría ser aceptada tanto por Kelsen como por Searle; según esta definición, “ciertas entidades existentes son construidas por nosotros en tanto dependen sustantivamente de nosotros”.<sup>41</sup> Además, identifica tres elementos en lo que denomina “relación de construcción  $Cxyz$ ”: quién establece la relación de construcción (x); qué es construido (y); y cuál es la entidad básica que sirve de pilar para la entidad construida (z). Nos interesa aquí detenernos en algunos de los distintos elementos que según Goswick caracterizan la relación de construcción (C) y que diferencian a cada una de las corrientes internas del constructivismo.

En primer lugar, podemos distinguir entre una relación de construcción global<sup>42</sup> o local.<sup>43</sup> En el constructivismo global se defiende que *cada* entidad a la cual tenemos acceso epistémico es construida; en el constructivismo local, en cambio, se sostiene que *solo algunas* entidades a las que tenemos acceso epistémico son construidas por nosotros. Así, acorde a esta segunda corriente se considera que sí hay elementos en el mundo a los que tenemos acceso epistémico que no dependen de nosotros; se trata, por ello, de una postura más cercana al realismo.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> Goswick, Dana, “Constructivism in Metaphysics”, *Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2020, <https://iep.utm.edu/constructivism-in-metaphysics/>. Las citas literales de este trabajo serán expresadas en lo posterior según nuestra propia traducción al castellano.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>42</sup> El constructivismo global fue ampliamente desarrollado en el siglo XX por autores como Nelson Goodman o Hilary Putnam, aunque en la actualidad ha sido prácticamente abandonado (Goswick, Dana, *op. cit.*, pp. 7-11). Kant, en su *Crítica de la razón pura*, es clasificado como el antecesor de esta corriente.

<sup>43</sup> En cambio, el constructivismo local se desarrolló con fuerza a lo largo del siglo XX por autores como John Searle, Amie Thomasson o la misma Dana Goswick, entre otros.

<sup>44</sup> “El atractivo del constructivismo local emerge de una tensión inherente entre naturalismo y realismo. La mayoría de los metafísicos analíticos del siglo XXI son naturalistas: consideran que la metafísica tiene que ser compatible con nuestra mejor ciencia, que la filosofía tiene mucho que aprender de los métodos científicos y que, fundamentalmente, las entidades básicas que la filosofía sitúa en su ontología deben ser científicamente respetables” (Goswick, Dana, *op. cit.*, p. 17).

Ahora bien, si comparamos la ontología y epistemología en Kelsen y en Searle presentadas previamente, y adoptamos caritativamente la que hemos denominado “segunda interpretación” de Kelsen, podemos posicionar a ambos autores dentro de la corriente del constructivismo *local*, pues ambos autores reconocerían que hay entidades en el mundo que existen al margen de la interacción con el ser humano, como son los hechos naturales. A su vez, ésta también sería la postura en la que se englobaría el constructivismo social, que defiende que las categorías sociales son construidas por nosotros.

En segundo lugar, podemos distinguir entre una relación de construcción relativa o absoluta.<sup>45</sup> Aquellos filósofos que defienden una relación de construcción absoluta, como Kant, consideran que todos los seres humanos, por el mero hecho de serlo, emplean las mismas categorías y crean el mismo fenómeno. En cambio, los constructivistas relativos (como Goodman y Putnam) consideran que esta relación es relativa a cierto esquema conceptual, a un grupo determinado de personas o a un espacio-tiempo determinado. En esta clasificación, en cambio, las posiciones de Kelsen y Searle serían distintas: mientras Searle defendería una relación de construcción relativa al conjunto de personas que efectivamente aceptasen la relación de construcción social, parece que Kelsen, con su programa de la ciencia del derecho, se clasificaría en el lado del constructivismo absoluto, es decir, aceptaría que son categorías construidas pero con un ámbito de aplicación absoluto que no depende del concreto ordenamiento jurídico estudiado, puesto que explican el funcionamiento de cualquier derecho objetivo en cualquier sociedad y tiempo. A su vez, clasificar el posicionamiento de Kelsen como constructivista absoluto, nos sirve también para entender el carácter *necesario* de sus categorías (elemento criticado por Villa), el que entra en tensión con los rasgos clásicos del constructivismo.<sup>46</sup>

Así, la clasificación establecida por Goswick resulta útil para expresar de modo más preciso las similitudes y diferencias entre los dos tipos de constructivismo identificables en Kelsen y Searle. Por un lado, no solo comparten el constructivismo social, sino que también son constructivistas locales (pues consideran que solo algunas de las entidades a las que tenemos acceso

---

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>46</sup> Alguien podría considerar a Searle como un constructivista absoluto, en tanto propone un mecanismo de construcción de hechos sociales que se mantiene constante en el ser humano, o a Kelsen como un constructivista relativo, en cuanto acepta que el contenido del derecho válido depende de cada cultura jurídica. Sin embargo, debemos aclarar que el elemento que pone de manifiesto la relación de construcción relativa o absoluta no es metodológico ni alude al contenido preciso de los objetos construidos, sino que destaca el carácter contingente o necesario de las *categorías* creadas a partir de la relación de construcción.

epistémico son construidas, es decir, dependen sustantivamente de nosotros). En ese sentido, la nueva clasificación que hemos introducido apoya el paralelismo establecido por Comanducci. Pero, por otro lado, creemos que demuestra con mayor claridad la distinción entre los constructivismos de los dos autores en análisis: Searle es un constructivista relativo mientras que Kelsen es un constructivista absoluto.

De lo anterior se concluye que sí existe una diferencia en las corrientes constructivistas de ambos autores analizados, pero esta no radica en el constructivismo científico que Comanducci asocia a Kelsen y no a Searle. Al contrario, si reconstruimos la noción empleada por Comanducci como constructivismo empírico, o seguimos la definición ofrecida por Downes,<sup>47</sup> veremos que se trata de un tipo de constructivismo que acepta que las categorías científicas son construidas sobre una base de análisis empírico de los elementos naturales; es decir, claramente es una corriente que se identifica con el constructivismo local que asociamos tanto a Kelsen como a Searle, pues con ello se reconoce que ciertas entidades a las que tenemos acceso epistémico *no* dependen de nosotros. Esto nos muestra, en cambio, cómo la distinción fundamental reside en el carácter absoluto y necesario de las categorías construidas por Kelsen, frente al carácter relativo y contingente de las categorías de Searle.<sup>48</sup>

## VI. EL COMPROMISO TEÓRICO CON EL “TRASFONDO” (BACKGROUND) EN LA TEORÍA SEARLIANA: ¿UNA CONDICIÓN *A PRIORI* DE INTELIGIBILIDAD?

Una vez identificados los constructivismos de Searle y Kelsen como constructivismos locales, y como constructivismos relativos y absolutos, respectivamente, nos detendremos a analizar si efectivamente existe un elemento que diferencia centralmente la epistemología de ambos autores y, en particular, si éste consiste —como señala Comanducci— en el uso de categorías *a priori* como condiciones de inteligibilidad. Comanducci se refiere concretamente a que, mientras Searle no estaría dispuesto a usar categorías de este tipo, Kelsen en cambio las utiliza como parte medular de su programa teórico; ese es

<sup>47</sup> Downes, Stephen M., *op. cit.*, pp. 1 y 2.

<sup>48</sup> Es cierto que Searle opone las convenciones a las reglas constitutivas, precisamente por el carácter arbitrario y contingente de las primeras (Searle, John, *La construcción... cit.*, p. 45). Sin embargo, aquí estamos usando el término “contingencia” en el sentido antes atribuido de categorías relativas a un grupo determinado de la población (donde se da la aceptación colectiva).

notoriamente el caso de la “norma fundamental”.<sup>49</sup> Lo que analizaremos en esta sección, en concreto, es si solamente podemos encontrar argumentos trascendentales en la teoría de Kelsen o si, en cambio, el denominado *trasfondo* en la teoría de Searle puede considerarse también un argumento trascendental.

Por teorías que incluyen argumentos o deducciones trascendentales entenderemos, siguiendo a Roversi,<sup>50</sup> aquellas teorías que, con el fin de trazar conclusiones sobre la realidad y los objetos desde las condiciones de nuestro conocimiento, presuponen un “médium” epistémico que es considerado necesario para obtener el conocimiento del mundo y de la realidad.<sup>51</sup> Por ejemplo, el “médium” epistémico del constructivismo local de Kelsen, necesario para conocer un sistema normativo-jurídico válido, sería en último término su *Grundnorm*.

Conviene recordar muy sucintamente en qué consiste la noción de norma fundamental (*Grundnorm*) en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*. Como es de sobra conocido, se trata de una *presuposición* ideada por Kelsen con el objetivo de dotar de validez a la “primera constitución” histórica, originada no por vías jurídicamente reguladas sino “revolucionarias”; es lo que, en sus palabras, permite interpretar “el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y de los actos realizados conforme con la constitución, como su sentido objetivo”, es decir, como normas jurídicas “objetivamente válidas”.<sup>52</sup> No se trata, pues, de una norma positiva, sino de un mero supuesto o hipótesis teórica, un postulado de la ciencia del derecho para interpretar un orden coactivo, a grandes rasgos eficaz, como “un sistema de normas jurídicas objetivamente válidas”.<sup>53</sup> La propuesta de Kelsen, como se puede ver, consiste en postular que el fundamento de validez jurídico-positivo de cada norma solo pueda ser la norma superior positiva que regula su producción, hasta llegar a la “norma fundante básica” presupuesta como norma “última”.<sup>54</sup> Con ello, la teoría kelseniana de la *Grundnorm* trata

<sup>49</sup> Comanducci, Paolo, “Kelsen vs. Searle...”, *cit.*, p. 106.

<sup>50</sup> Roversi, Corrado, “Constitutionalism and Transcendental Arguments”, *Northern Ireland Quarterly*, vol. 59, núm. 1, 2008, pp.109-124.

<sup>51</sup> La consecuencia central de este tipo de razonamientos es que la verdad de las conclusiones dependerá de la verdad de su médium epistémico. Así ( $\neg B \rightarrow \neg \Diamond A$ ; entonces, B). Véase Roversi, Corrado, *op. cit.*, p. 112.

<sup>52</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho...*, *cit.*, p. 209. Como se sabe, Kelsen distingue entre el *sentido subjetivo* de un acto (el significado que atribuye un sujeto racional a sus propios actos de voluntad) y su *sentido objetivo* (el significado que es establecido por una norma general y que va más allá de la voluntad de los participantes de los actos). *Ibidem*, pp. 16 y 17.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 211.

<sup>54</sup> Ello es así porque, para Kelsen, en sentido jurídico-positivo, “fuente del derecho solo puede ser el derecho” (*ibidem*, p. 243).

de evitar un regreso al infinito en la búsqueda del fundamento de validez de las normas.<sup>55</sup>

En este respecto, la norma fundamental, entendida como una norma *pensada* para fundar la validez del derecho positivo, “sólo es la condición lógico-trascendental”<sup>56</sup> de la antes mencionada interpretación tanto del sentido subjetivo como del sentido objetivo; es por ello que, en palabras de Kelsen, “no desempeña ninguna función ético-política, sino una función teórica de conocimiento”.<sup>57</sup>

En cambio, el *trasfondo* en la teoría de Searle es un concepto técnico que designa un conjunto de capacidades (habilidades, disposiciones, potencialidades, hábitos, presuposiciones no cuestionadas, etcétera), no intencionales, que ayudan a determinar las condiciones de satisfacción de los estados mentales intencionales<sup>58</sup> (en el caso de creencias, las condiciones de verdad; en el caso de deseos, las condiciones de su cumplimiento, etcétera).<sup>59</sup> Así, la hipótesis del trasfondo es un presupuesto necesario para la teoría *searleana* de la intencionalidad, y la teoría de la intencionalidad es, a su vez, un presupuesto necesario para la configuración de los hechos institucionales de acuerdo con el referido autor.<sup>60</sup>

Una primera reflexión sobre lo anterior podría llevar a afirmar que Searle sustenta su aparato teórico —no en categorías teóricas *a priori*, como Kelsen— sino en la existencia de unas estructuras neurofisiológicas del ce-

---

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 202.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 209.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 229.

<sup>58</sup> Por su parte, la intencionalidad es la capacidad de la mente para representar objetos y estados de cosas. Los distintos tipos de estado mental (creencia, deseo, esperanza, temor, percepción, intención, etcétera) pueden tener, entonces, cierto contenido semántico, es decir, pueden ser estados mentales intencionales o con intencionalidad. Finalmente, las condiciones de satisfacción refieren a ciertas condiciones que deben darse en el mundo para que exista una adecuación entre el contenido y la realidad representada. Véase, Searle, John, *La construcción...*, *cit.*, p. 96; y *Creando el mundo...*, *cit.*, p. 52.

<sup>59</sup> Véase, Searle, John, *La construcción...*, *cit.*, p. 141; *Mind, Language, and Society: Philosophy in the Real World*, Nueva York, BasicBooks, 1998, citado por la traducción al castellano de J. Alborés, *Mente, lenguaje y sociedad: la filosofía en el mundo real*, Alianza, Madrid, 2001, p. 100; y *Creando el mundo...*, *cit.*, pp. 55 y 56.

<sup>60</sup> Searle presenta a los hechos institucionales como hechos cuya existencia requiere estados mentales compartidos bajo la forma de intencionalidad colectiva, que asocian una función de estatus a un objeto, entidad o persona. Es decir, imponen colectivamente una función de poderes deónticos asociados mediante aceptación o reconocimiento colectivo. Por tanto, la satisfacción de las condiciones de los estados mentales con intencionalidad colectiva es un elemento fundamental para la creación y mantenimiento de los hechos institucionales en una sociedad.

rebros que funcionan causalmente en la producción de los fenómenos intencionales<sup>61</sup> y que recogen el “saber hacer” (*know-how*). Estas capacidades *preintencionales* son presupuestas en la totalidad de los estados intencionales, ya que solo pueden determinar sus condiciones de satisfacción sobre un *trasfondo* de saber-hacer que permita enfrentarlos con el mundo.<sup>62</sup> Sin embargo, Searle no ofrece ningún argumento empírico que avale la existencia efectiva de estructuras neurofisiológicas del cerebro que funcionen *causalmente*. Al contrario, a lo largo de su teorización nombra y explica la noción de trasfondo en diversas ocasiones, pero siempre desde el punto de vista de una presuposición teórica.<sup>63</sup>

Creemos, pues, que el trasfondo en la teoría de Searle admite otra interpretación: como un argumento trascendental y, por tanto, como condición *a priori* de inteligibilidad de los hechos institucionales. Ello se justificaría dado su carácter necesario como condición de conocimiento que permite trazar conclusiones sobre la realidad<sup>64</sup> y podría verificarse en dos sentidos. En primer lugar, siguiendo la clasificación de Roversi, podría entenderse como un argumento trascendental local y pragmático;<sup>65</sup> en este sentido, se trataría de una condición de conocimiento necesaria, que actuaría como médium epistémico en tanto es una precondition básica para satisfacer a todos los estados mentales, que nos permite interactuar y conocer el mundo, y cuyo contenido es arbitrario (no hay un específico trasfondo necesario sino muchos trasfondos concebibles).<sup>66</sup> En segundo lugar, además, cierto aspecto del

---

<sup>61</sup> Searle, John, *La construcción...*, *cit.*, p. 141.

<sup>62</sup> Searle, John, *Mente, lenguaje y sociedad...*, *cit.*, p. 100.

<sup>63</sup> Véase, en este sentido, Celano, Bruno, “Preconvenciones: un fragmento del trasfondo”, en Ramírez Ludeña, Lorena y Vilajosana, Josep M. (coords.), *Convencionalismo y derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2016, pp. 25-51, donde se analiza el trasfondo de Searle como preconvención y presuposición teórica.

<sup>64</sup> En concreto, como hemos visto, el trasfondo permite determinar las condiciones de satisfacción de los estados mentales intencionales, es decir, permite presuponer cierto conocimiento y habilidades necesarias para dotar de contenido a las condiciones de satisfacción y, así, tener estados mentales satisfechos.

<sup>65</sup> Siguiendo la clasificación de Roversi, un argumento trascendental puede ser local o global dependiendo de la universalidad de su punto de partida y de las conclusiones a las que lleve (como se advierte, no es difícil trazar un paralelismo con la distinción antes empleada entre constructivismo local y global). Un argumento trascendental también puede ser “teórico” o “pragmático”, según si su condición de conocimiento es abstracta o concreta, y según si su demostración es directa (su conclusión es una proposición verdadera acerca de la necesidad de esas condiciones previas que el análisis ha descubierto) o indirecta (la conclusión toma la forma de un performativo). Véase Roversi, Corrado, *op. cit.*, p.123.

<sup>66</sup> Esta contingencia del contenido del trasfondo es coherente con la clasificación de la teoría de Searle como constructivismo relativo, lo que ya nos indicaba que su relación de

trasfondo podría entenderse como un argumento trascendental local, pero, en este caso, teórico: como una preconditione básica necesaria y no contingente, propia de todos los seres humanos. En este sentido, es pertinente introducir una distinción expuesta por Searle, quien dice:

Parte del Trásfondo es común a todas las culturas. Por ejemplo, todos caminamos erguidos y comemos introduciéndonos la comida en la boca. Denomino a tales fenómenos universales el «Trásfondo profundo», pero numerosas otras presuposiciones varían de una cultura a otra. Por ejemplo, en mi cultura comemos cerdos y vacas, pero no gusanos ni saltamontes, y comemos a determinadas horas del día, pero no a otras. En cuestiones de este tipo las culturas varían, y denomino a estos rasgos del Trásfondo «prácticas culturales locales». Por supuesto, no existe una línea divisoria nítida entre el Trásfondo profundo y las prácticas culturales locales.<sup>67</sup>

Así, las capacidades del trasfondo profundo actuarían como argumento trascendental que se repite exactamente con el mismo contenido en cada sociedad que trata de hacer inteligible a los hechos institucionales, de la misma forma que actúa el argumento trascendental kelseniano que trata de hacer inteligible la existencia de los órdenes jurídicos en cualquier sociedad.

En definitiva, parece que, tanto desde el análisis general de la noción de trasfondo, como desde el análisis de su contenido profundo, podría afirmarse que éste funciona como condición de inteligibilidad de los hechos institucionales *qua* hechos *institucionales* (como análogamente ocurre con la “norma fundamental” en la teoría de Kelsen); es decir, parece posible realizar una lectura que acepte el reconocimiento de dichas capacidades de trasfondo como un argumento trascendental en la teoría de Searle, necesario para la creación, reconocimiento y mantenimiento de los hechos institucionales. Así, contrario a lo sostenido por Comanducci, éste sería más bien un punto de similitud —y no de diferencia— entre las teorías de Kelsen y Searle.

## VII. EPÍLOGO

El artículo de Paolo Comanducci que hemos analizado en este trabajo es una muestra fehaciente de su rigor analítico y de su agudeza intelectual presente a lo largo de toda su obra. Es precisamente por la sugerente comparación

---

construcción dependía de cierto esquema conceptual, de ciertos grupos de personas y/o de cierto espacio-tiempo.

<sup>67</sup> Searle, John, *Mente, lenguaje y sociedad...*, cit., pp. 99 y 100.



efectuado en su trabajo que nos hemos animado a proseguir, al menos en parte, el desarrollo de los paralelismos entre Kelsen y Searle. La puesta al día con algunos insumos provenientes de la literatura más actual, así como las matizaciones críticas que hemos introducido como contrapunto, son las formas que hemos elegido para rendir nuestro modesto homenaje a Paolo. Es lo menos que podemos hacer en agradecimiento a un auténtico maestro: alguien que sabe conjugar la seriedad académica como teórico del derecho con la capacidad de escuchar, de dialogar y de inculcar su *mestiere di insegnare e di vivere* a tantas generaciones de uno y otro lados del Atlántico.

### VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BULYGIN, Eugenio, “An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Ratio Juris. An International of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Reino Unido, vol. 3, núm. 1, marzo de 1990.
- CELANO, Bruno, “Preconvenciones: un fragmento del trasfondo”, en RAMÍREZ LUDEÑA, Lorena y VILAJOSANA, Josep M. (coords.), *Convencionalismo y derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2016.
- COMANDUCCI, Paolo, “Kelsen vs. Searle: A Tale of Two Constructivists”, en COMANDUCCI, Paolo y GUASTINI, Riccardo (eds.), *Analisi e Diritto 1999, Ricerche di Giurisprudenza Analitica*, Turín, Giappichelli, 2000.
- COMANDUCCI, Paolo, “Kelsen y Bulygin”, en COMANDUCCI, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- DOWNES, Stephen M., “Constructivism”, en CRAIG, Edward (ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Londres, Routledge, 1998, <https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/constructivism/v-1>.
- GOSWICK, Dana, “Constructivism in Metaphysics”, *Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2020, <https://iep.utm.edu/constructivism-in-metaphysics/>.
- HEIDEMANN, Carsten, *Hans Kelsen’s Normativism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022.
- KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., Viena, Franz Deuticke, 1960. Citado por la traducción al castellano de Vernengo, Roberto J., *Teoría pura del derecho*, 2a. reimp., México, UNAM, 1982.
- LOJO, Alba, “Una respuesta a la concepción reduccionista de las reglas constitutivas”, en RAMÍREZ-LUDEÑA, Lorena y VILAJOSANA, Josep M. (coords.), *Reglas constitutivas y derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2022.

- PAULSON, Stanley L., “Four Phases in Hans Kelsen’s Legal Theory? Reflections on a Periodization”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, vol. 18, núm. 1, 1998.
- PAULSON, Stanley L., “Una periodización de la teoría jurídica de Hans Kelsen. Tres fases”, trad. de Alejandro Nava Tovar, *Revista Cubana de Derecho*, La Habana, vol. 1, núm. 2, julio-diciembre de 2021.
- PUTNAM, Hilary, *Meaning and the Moral Sciences*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1978.
- PUTNAM, Hilary, “Why There Isn’t a Ready-Made World”, *Synthese*, núm. 51, 1982.
- ROVERSI, Corrado, “Constitutionalism and Transcendental Arguments”, *Northern Ireland Quarterly*, vol. 59, núm. 1, 2008.
- SEARLE, John R., *The Construction of Social Reality*, Nueva York, Free Press, 1995. Citado por la traducción al castellano de Antoni Domènech, *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997.
- SEARLE, John R., *Mind, Language, and Society: Philosophy in the Real World*, Nueva York, BasicBooks, 1998. Citado por la traducción al castellano de J. Alborés, *Mente, lenguaje y sociedad: la filosofía en el mundo real*, Alianza, Madrid, 2001.
- SEARLE, John R., *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2010. Citado por la traducción al castellano de Bostelmann, J., *Creando el mundo social. La estructura de la civilización humana*, Barcelona, Paidós, 2017.
- VILLA, Vittorio, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Turín, Giappichelli, 1999.
- VILLA-ROSAS, Gonzalo, “24 preguntas para Stanley L. Paulson”, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, núm. 52, mayo-agosto de 2022.

## EL CONOCIMIENTO JURÍDICO A TRAVÉS DEL REY MIDAS: CIENCIA JURÍDICA Y TEORÍA DEL DERECHO EN LA OBRA DE PAOLO COMANDUCCI\*

Álvaro NÚÑEZ VAQUERO

SUMARIO: I. *Introducción, reconocimientos y agradecimientos.* II. *Dos formas de estudiar el derecho.* III. *Tipos de realismo jurídico.* IV. *El estatus de la teoría del derecho.* V. *Una breve conclusión.* VI. *Bibliografía.*

El presente trabajo trata de reconstruir y llevar a cabo una crítica de la forma en la que Paolo Comanducci concibe el conocimiento jurídico. En la primera parte del trabajo se presenta la diferencia establecida, a la luz de su discusión con la obra de Kelsen, entre dos tipos de conocimiento jurídico. A continuación, se reconstruye la forma en la que Comanducci concibe el conocimiento jurídico realista, y se presentan algunas críticas. En la última parte se analiza la tesis de Comanducci según la cual entre el conocimiento jurídico realista y la dogmática formalista, por un lado, y la teoría del derecho, por el otro, se daría una relación de mayor generalidad y abstracción, pero teniendo todas estas disciplinas el mismo objeto de estudio. Se interpreta esta tesis tanto en una versión descriptiva como en otra normativa, descartándose ambas. Finalmente, se cierra el trabajo con unas breves conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN, RECONOCIMIENTOS Y AGRADECIMIENTOS

No encuentro mejor forma para definir el papel que jugó Paolo Comanducci en mi formación que remitirme directamente a los hechos. Cuando estaba seriamente pensando en abandonar mis estudios de doctorado y mi incipien-

---

\* Quiero agradecer a María Beatriz Arriagada y a Federico Arena por sus comentarios a una versión preliminar de este trabajo. Los errores contenidos en el trabajo, a pesar de sus esfuerzos, son completamente míos.

te carrera académica, Paolo Comanducci me sacó de las brumas de la confusión y del pesimismo. De hecho, de manera posterior a las presentaciones formales, pero previo a las primeras discusiones sustantivas acerca de mi tesis, mi rendimiento académico tuvo una inexplicable mejora (aunque no era muy difícil). No tengo mejor hipótesis para explicarlo que atribuir a Comanducci poderes mágicos.

Desde luego, después de esos primeros momentos, también me beneficié muchísimo de los consejos académicos, científicos y personales de Paolo Comanducci. Ha sido un lector más que generoso tanto de mi tesis doctoral como de algunos trabajos que fui publicando a lo largo de esos años. Debo reconocer que le he seguido molestando también posteriormente, incluso después de haberse jubilado. Resulta difícil expresar con las palabras justas mi gratitud hacia Paolo Comanducci.

Más allá de mis relaciones personales con él, Comanducci es un autor a celebrar por múltiples razones. Algunas de sus aportaciones en el ámbito de la teoría y metateoría del derecho —por ejemplo, el análisis de los diferentes tipos de constitucionalismo, el análisis de la interpretación, el papel de los principios jurídicos en el razonamiento judicial, modelos de constitución o su análisis de la cláusula alternativa tácita kelseniana— son sencillamente brillantes y muy citadas.

Con todo, Comanducci es un autor en cierto sentido no suficientemente conocido. Además de haber dedicado la mayor parte de sus esfuerzos al ámbito de la teoría del derecho, también tiene trabajos en el ámbito de la filosofía política —sobre los derechos de las minorías, la libertad de expresión, la tolerancia, la diversidad cultural, igualdad, democracia, etcétera— de grandísimo rigor y profundidad. Sus trabajos de metaética (los *Assaggi*) despejan múltiples dudas acerca del carácter de los enunciados morales y jurídicos. Y tampoco habría que olvidar algunos estudios sobre historia de la cultura jurídica moderna de sus primeros años de investigación, aunque estos son sumamente difíciles de encontrar.

Además de por un positivismo no ensimismado y capaz de dialogar con, pero también criticar a, otras teorías del derecho,<sup>1</sup> aquello que caracteriza sobre todo los trabajos de Comanducci es una aplastante sensatez. No hay jamás afirmación altisonante o imprudente en sus textos; si hay varias formas en las que plausiblemente se puede reconstruir una idea, muestra to-

---

<sup>1</sup> Comanducci ha dialogado con la obra de positivistas estrictos, pospositivistas, procesalistas, iusnaturalistas, entre otros. Un simple recorrido por el índice de su más recientemente publicado libro (Comanducci, Paolo, *A proposito di... Note sparse sulla teoria del diritto del secondo novecento*, Madrid, Marcial Pons, 2016) da sobrada cuenta de su capacidad para dialogar, apreciar y discutir con teorías muy distantes de sus posiciones.

das y señala su preferencia. Pero, precisamente por esta razón, es un autor extremadamente difícil de criticar. De este modo, me agarraré a un clavo ardiendo para, como suele hacerse en los homenajes a los grandes maestros, criticar sus tesis.

Lo que entonces voy a hacer es —basándome en conversaciones privadas de Comanducci sobre mis trabajos y en textos publicados suyos— criticar la forma en la que concibe el conocimiento jurídico. Y con motivo: desde hace algunos años, Paolo Comanducci, en discusiones privadas, me viene acusando nada menos que de quintacolumnismo; en concreto, de ser un normativista infiltrado en las filas del realismo jurídico. En particular, a raíz de mis múltiples solicitudes para que revisase textos de mi autoría, sobre todo en materia de teoría del precedente, Comanducci me ha señalado en reiteradas ocasiones que, en lugar de mirar a los hechos, estaría mirando normas como entidades más allá del mundo real. De esta manera, este texto constituye una parcial defensa, o tal vez una confesión autoinculpatória en toda regla. No obstante, como este es el lugar para celebrar a Paolo, y no para darme autobombo, ésta es solo una excusa para reconstruir la forma en la que Comanducci entiende la ciencia jurídica y la teoría del derecho.

## II. DOS FORMAS DE ESTUDIAR EL DERECHO

Para reconstruir las dos formas principales en las que Comanducci concibe el conocimiento jurídico (empirista y constructivista), me valdré principalmente de sus textos sobre epistemología jurídica y aquellos en los que defiende a Kelsen frente a las críticas de Bulygin,<sup>2</sup> especialmente en lo relativo a interpretación y cláusula alternativa tácita.

Según Comanducci, en Kelsen se pueden encontrar cuatro actividades diferentes de interpretación: la interpretación de los profesionales del derecho, la de la doctrina jurídica, la auténtica y la interpretación de la ciencia jurídica.<sup>3</sup> Aquí nos interesan la segunda y la cuarta, que se corresponden con las formas formalista o constructivista (doctrina jurídica) y realista (ciencia jurídica) de entender el conocimiento jurídico.<sup>4</sup> Es importante señalar que Comanducci es un compatibilista, es decir, que cree que

<sup>2</sup> Bulygin, Eugenio, “Cognition and Interpretation of Law”, en Gianformaggio, Letizia y Paulson, Stanley L. (comps.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turín, Giappichelli, 1995, pp. 11-35.

<sup>3</sup> Comanducci, Paolo, “Kelsen y Bulygin”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 196 y 197.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 198.

merece la pena desarrollar ambos tipos de conocimiento<sup>5</sup>, siempre —claro está— que se declare explícitamente qué tipo de conocimiento se está desarrollando.

### 1. *El conocimiento jurídico realista*

El conocimiento jurídico realista es un conocimiento sobre el derecho eficaz en los ordenamientos jurídicos.<sup>6</sup> Más en concreto, y asumiendo la metáfora kelseniana, el derecho aquí es concebido como el rey Midas: del mismo modo que todo aquello que tocaba el rey Midas se convertía en oro, el resultado de toda interpretación auténtica se convierte en derecho.<sup>7</sup> Dicho de otro modo: aquello que convierte a algo en derecho es que sea considerado tal por los órganos que llevan a cabo la interpretación auténtica. Y, claro está, la ciencia jurídica realista debe dedicarse a describir aquello que el rey Midas convierte en derecho.

Pero, además de la actividad del rey Midas, es necesario que la interpretación de la ciencia jurídica y el conocimiento realista del derecho den cuenta de las interpretaciones posibles de los enunciados normativos. Ello consiste en establecer el conjunto de interpretaciones que se pueden ofrecer a partir de los criterios interpretativos vigentes en una comunidad jurídica.

Se trata, nótese, de una forma de conocimiento que tiene dos objetos y formas diferentes. En primer lugar, cuando la interpretación de la ciencia jurídica identifica las interpretaciones auténticas,<sup>8</sup> lo que está haciendo es describir actos de atribución de sentido a textos normativos, no atribuir directamente ningún significado; es decir, se describen acciones. En segundo lugar, cuando la ciencia jurídica perfila el marco de interpretaciones jurídicas posibles,<sup>9</sup> sí que atribuye significado a textos, aunque sea diciendo que es solo uno de los posibles significados.

---

<sup>5</sup> Comanducci, Paolo, “E se smetessimo di parlare di «scienza giuridica»”, *Analisi e diritto*, 2014, p. 284 y Comanducci, Paolo, “Epistemología jurídica”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 183.

<sup>6</sup> Comanducci, Paolo, “Epistemología jurídica”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, *cit.*, p. 182.

<sup>7</sup> Comanducci, Paolo, “Kelsen y Bulygin”, *cit.*, p. 198.

<sup>8</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 14a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2005, p. 354.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 350 y 351.

## 2. *El conocimiento jurídico constructivista*

Sin embargo, como bien señalan tanto Kelsen como Comanducci, el argumento del rey Midas es circular:<sup>10</sup> si todo lo que es aprobado por las autoridades (interpretación auténtica) cuenta como derecho, necesitamos poder identificar cuáles o quiénes son las autoridades judiciales, para lo que ya deberíamos saber cuál es el derecho. Para ello, según Kelsen, no nos quedaría más remedio que adoptar algunos juicios a priori para hacer inteligible el propio derecho.<sup>11</sup> Y aquí es donde entran tanto la norma hipotética fundamental como la cláusula alternativa tácita para poder concebir el fenómeno jurídico. La primera, para dar cuenta de la validez de la primera constitución histórica, y la segunda, para dar cuenta de las normas inconstitucionales.

De este modo, y de una manera similar al constructivismo de Kelsen (y Searle),<sup>12</sup> Comanducci concebiría la actividad de la doctrina jurídica como el resultado de pasar los materiales jurídicos brutos —esto es, una versión preconceptual de los fenómenos sociales— a los materiales jurídicos puros mediante una versión retínica del fenómeno jurídico.<sup>13</sup>

Para poder pasar de los materiales jurídicos vigentes a un conocimiento jurídico que no haga colapsar el derecho con sus actos de identificación,<sup>14</sup> es necesario presuponer que hay una norma que autoriza a determinados órganos a establecer normas: la norma hipotética fundamental. Complementariamente la cláusula alternativa tácita sería un presupuesto que serviría para entender la inconstitucionalidad de normas.

En efecto, para poder entender la presencia en el ordenamiento de normas (supuestamente) inconstitucionales, Comanducci acepta que una norma va a ser inconstitucional (por no haber sido autorizada su creación por otra norma) si aquella es declarada como tal por el órgano competente.<sup>15</sup> Sin embargo, también es consciente de que podría darse el caso opuesto: el órgano encargado de expulsar las normas inconstitucionales podría, tanto

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 199 y 200.

<sup>11</sup> Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, *cit.*, p. 207.

<sup>12</sup> Comanducci, Paolo, “Kelsen y Searle”, *cit.*, p. 213.

<sup>13</sup> Comanducci, Paolo, “Epistemología jurídica”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, *cit.*, p. 177.

<sup>14</sup> Como es bien sabido, Kelsen, ya en la primera página de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* (Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, *cit.*, p. 7) afirmaba querer depurar el estudio del derecho de toda consideración “científico-natural”.

<sup>15</sup> Comanducci, Paolo, “Kelsen y Bulygin”, *cit.*, p. 205.

en sentido empírico como normativo, expulsar una norma cuya creación sí había sido autorizada.<sup>16</sup>

Volveremos sobre este punto más adelante, pero es mejor adelantar mis sospechas: si el órgano que decide sobre la constitucionalidad de las normas puede, normativamente y de hecho, expulsar tanto normas constitucionales como inconstitucionales, entonces parece que la validez depende exclusivamente de la decisión de los órganos de última instancia. Mientras tanto, por decirlo así, podemos encontrar una especie de presunción de validez,<sup>17</sup> pero nada más que esto hasta que se pronuncie el órgano encargado de velar por la validez de las normas.<sup>18</sup> De este modo, parece que una norma será válida, si y solo si, es (condición necesaria y suficiente) reconocida como válida por los órganos encargados de calificar su validez.<sup>19</sup>

Es importante aclarar en qué sentido una norma será válida si, como condición necesaria y suficiente, aquella es confirmada como tal por el órgano de jurisdicción constitucional. En primer lugar, es condición suficiente porque el órgano constitucional puede, normativamente y de hecho, expulsar cualquier norma del ordenamiento aduciendo su invalidez. En segundo lugar, es condición necesaria porque, si admitimos que tales órganos toman sus decisiones con base en normas,<sup>20</sup> entonces solo su interpretación de las condiciones de validez determina si una norma es válida o no.

Cabría, no obstante, argüir, y así lo hace Comanducci, que en realidad se trata de dos cuestiones diferentes. Desde luego, las normas emanadas por los órganos competentes (especialmente las interpretaciones auténticas llevadas a cabo por los tribunales) constituyen normas válidas. Sin embargo,

---

<sup>16</sup> *Idem.*

<sup>17</sup> En rigor, según Kelsen, la afirmación de que la norma inconstitucional aún no derogada es válida sería atemporalmente verdadera y no falsa. Ahora bien, en la medida en que la decisión de la jurisdicción constitucional puede expulsar la norma del ordenamiento, no parece que sea atemporalmente verdadera. Más bien parecería que no podemos predicar ni su validez ni su invalidez. Comanducci, Paolo, “Kelsen y Searle”, *cit.*, p. 224.

<sup>18</sup> Ello salvo que aceptemos que la competencia de los órganos de última instancia no está regida por ningún tipo de normas y puede expulsar cualquier norma del ordenamiento.

<sup>19</sup> No obstante, Comanducci afirma expresamente que el conocimiento dogmático-constructivista del derecho serviría para proporcionar razones, en el sentido de motivos o razones externas, a los operadores jurídicos a la hora de llevar a cabo sus tareas jurídicas. *Cf.* Comanducci, Paolo, “E se smetessimo di parlare di «scienza giuridica»”, *cit.*, p. 284.

<sup>20</sup> Al menos, aducen normas a la hora de justificar las decisiones que expulsan normas del ordenamiento por ser inconstitucionales debido a que su creación no ha sido autorizada. Podría, no obstante, pensarse que ello es una gran farsa y que los jueces constitucionales no tienen en cuenta normas o criterios previos para decidir si una norma es inconstitucional. Sin embargo, tal hipótesis parece bastante contraintuitiva.



ello no impide que haya un órgano —del mismo modo que, por lo demás, con la legislación— que tenga la competencia para derogar tales normas. De este modo, el conocimiento empírico del derecho daría cuenta de que, en los hechos, la jurisdicción constitucional expulsa del ordenamiento tanto normas creadas de conformidad con el ordenamiento como en violación de aquéllas. El conocimiento formalista, tal y como se seguiría del Kelsen más neokantiano, tiene que dar cuenta de este hecho, recurriendo a expedientes tales como la cláusula alternativa tácita. Ahora bien, si siempre cabe la posibilidad (fáctica y normativa) de que se deroguen, por la jurisdicción constitucional, tanto normas creadas de conformidad con el ordenamiento como normas que no cumplen tal requisito, ¿qué sentido tiene mirar más allá (o más acá) de lo que diga la jurisdicción constitucional?

### 3. *Dos breves consideraciones críticas*

Antes de continuar, es pertinente realizar dos breves consideraciones críticas en torno a las tesis de Comanducci hasta aquí presentadas.

#### A. *Eficacia y rey Midas*

La primera de ellas consiste en señalar que Comanducci parece estar equiparando inadvertidamente dos cosas: por un lado, el hecho de que una decisión (la interpretación allí adoptada) haya sido proferida por un órgano autorizado; y por el otro, que aquella resulte eficaz.<sup>21</sup> En efecto, en Kelsen la eficacia quiere decir —al menos si nos fijamos en los fragmentos en los que Kelsen habla de la *desuetudo*—<sup>22</sup> obediencia generalizada por parte de los ciudadanos y aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, no hace falta demasiada agudeza analítica para darse cuenta de que ambas cosas no tienen por qué coincidir: el rey Midas puede haber decidido algo mediante su interpretación auténtica y, pese a ello, el resto de los órganos jurisdiccionales le ignoren y los ciudadanos ni lleguen a conocer la decisión. Por mucho que una interpretación provenga de la jurisdicción constitucional, ésta puede ser sistemáticamente ignorada.<sup>23</sup> No todo

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 198 y 204

<sup>22</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 25 y 224.

<sup>23</sup> De hecho, el propio Comanducci ha sostenido, aunque haya sido solo en conversaciones privadas, que una decisión va a contar como precedente solo si aquella es reconocida como tal en decisiones posteriores. Pero, de este modo, nada impide tampoco que una interpretación auténtica no sea considerada como tal por tribunales posteriores.

lo que toca el rey Midas se convierte en oro, sino que hace falta además que todos vean su dorado resplandor.

### B. *¿Quién es el rey Midas?*

Como he anunciado, Comanducci y el propio Kelsen podrían protestar por atribuirles que el rey Midas es únicamente el órgano de la jurisdicción constitucional. En tal sentido, cuando Kelsen y Comanducci hacen referencia —como ya hemos dicho— a la interpretación auténtica, se refieren a aquellas interpretaciones llevadas a cabo por *todos* los órganos autorizados para la creación y/o aplicación de normas.<sup>24</sup> De este modo, todas las interpretaciones auténticas de tales órganos se convertirían en derecho.

Ahora bien, al tener el órgano de jurisdicción constitucional la última palabra para establecer qué normas son expulsadas del ordenamiento, independientemente de que su creación haya sido autorizada o no, qué digan el resto de los órganos es algo que nos puede valer únicamente de manera provisional.<sup>25</sup> Solo el toque del auténtico rey Midas convierte algo en derecho válido.

Esto, bien visto, parece hacer irrelevante una de las dos tareas de la ciencia jurídica realista o conocimiento empírico del derecho: registrar las interpretaciones posibles de las disposiciones normativas. La pregunta a responder es: ¿para qué o por qué se debería hacer esto? Mucho me temo que una visión del conocimiento jurídico realista como ésta no puede dar una justificación plausible de las razones para llevar a cabo esta tarea, salvo ofrecer materiales para la persuasión. Sin embargo, ésta no parece ser una tarea propia de la ciencia jurídica realista, sino más bien del conocimiento dogmático del derecho. Con todo, ésta no es la única visión posible de un conocimiento empírico o realista del derecho.

## III. TIPOS DE REALISMO JURÍDICO

Para presentar las diferentes formas de realismo jurídico que se pueden encontrar en el realismo jurídico estadounidense, pero también en la escuela de Génova,<sup>26</sup> me basaré en la distinción establecida por William Twining entre

<sup>24</sup> “La interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica. Crea derecho”. *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, *cit.*, p. 354.

<sup>25</sup> Comanducci, Paolo, “Kelsen y Searle”, *cit.*, p. 223.

<sup>26</sup> Ferrer, Jordi y Ratti, Giovanni Battista (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

dos tipos de realismo: el de los *prudents* y el de los *scientist*.<sup>27</sup> En efecto, según Twining, dentro del realismo jurídico estadounidense —además de aquella entre *rule skeptacists* y *fact skeptacists*—<sup>28</sup> se habría dado una gran división acerca del modo en que habría que estudiar el derecho.

Para los *prudents*, el conocimiento del derecho debía ser construido a partir de la práctica de los operadores jurídicos, tratando de sistematizar el conocimiento de aquellos, de manera tal que pudiera servir para resolver los problemas sociales reales. De esta forma, hacer ciencia jurídica realista no sería nada demasiado diferente a sistematizar el conocimiento que ya poseen los operadores jurídicos, pero sometiéndolos a un análisis más riguroso. Por su parte, para los *scientifists*, el método jurídico debía ser sustituido por el método científico (el de las ciencias sociales empíricas como la sociología, la politología, etcétera), y los estudiosos del derecho deberían realizar análisis empíricos y de campo, al modo de como los realizó Underhill Moore: viendo si la gente cumplía o no con las normas a la hora de estacionarse.<sup>29</sup>

Adscribir —por sostener que la ciencia jurídica realista es una ciencia de hechos—<sup>30</sup> a Paolo Comanducci a la corriente de los *scientists*, sería injusto con su trabajo. Así pues, resulta necesario reformular la distinción de manera tal que sirva para entender la forma en la que Comanducci entiende el realismo jurídico y la ciencia jurídica. En efecto, para Comanducci la ciencia jurídica debe estudiar hechos y no normas<sup>31</sup> (lo que sería tarea de la dogmática jurídica), siendo el criterio de la eficacia aquello determinante para establecer la validez de una norma.<sup>32</sup>

Para matizar la idea según la cual el contenido del derecho coincide con, y es reducible a, aquello que dicen los jueces de última instancia, me voy a valer de otra diferencia trazada entre los realistas jurídicos, esta vez de

---

<sup>27</sup> Twining, William, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 54.

<sup>28</sup> Esta distinción en realidad fue formulada originalmente por Jerome Frank en *Law and the Modern Mind*, 6a. ed., New Brunswick, Transactions Publishers, 2009, p. XXIII.

<sup>29</sup> Twining, William, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, *cit.*, p. 55.

<sup>30</sup> Comanducci, Paolo, “Kelsen y Bulygin”, *cit.*, pp. 198 y 199.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>32</sup> En este sentido, Comanducci refiere, y parece aceptar, dos diferentes conceptos diferentes de jerarquía. En primer lugar, para que una norma  $N_1$  sea estructuralmente superior a una norma  $N_2$ , es suficiente con que  $N_1$  funde la validez de  $N_2$ . En segundo lugar, para que una norma sea jerárquicamente superior, en cambio, es necesario que exista un procedimiento institucional que rechace la validez de la norma inferior que entra en conflicto con la superior y la efectiva eficacia de este procedimiento. *Ibidem*, p. 202.

Brian Leiter,<sup>33</sup> para aclarar el punto: aquella entre el ala idiosincrática y el ala social<sup>34</sup> del realismo jurídico.

Para el primer grupo de autores, capitaneados especialmente por Jerome Frank, no resulta posible realizar predicciones sobre las decisiones judiciales porque los elementos que determinan cada decisión jurisdiccional son dependientes de cada uno de los jueces.<sup>35</sup> Para los segundos, por el contrario, es posible encontrar grandes tendencias, regularidades, en el comportamiento de los operadores jurídicos, lo que permitiría —si no realizar predicciones sobre cada una de las decisiones, al menos sí— poder detectar grandes tendencias.

Para los defensores del ala social, los operadores jurídicos actúan con base —en regularidades que son sentidas como vinculantes, es decir— en normas y aquellas explican al menos parcialmente, y en la mayoría de los casos, su comportamiento. Es precisamente al estudio de estas normas empleadas para identificar el derecho válido a lo que tendría que dedicarse la ciencia jurídica realista, según el ala social: al *law in action*. Por el contrario, para el ala idiosincrática los operadores jurídicos no estarían movidos principalmente, ni en la mayoría de los casos por normas, sino por cuestiones, precisamente, idiosincráticas, dependientes de cada sujeto: de sus gustos. Por esta razón, no habría normas que describir porque cada juez decide con base en sus particulares intuiciones. Esto parecería una razón poderosa para dedicarse a describir hechos y no normas, porque los jueces de última instancia no tomarían sus decisiones con base en criterios anteriores a sus decisiones.

Sin embargo, también sería injusto pensar que Comanducci no cree en la existencia de normas en la cultura jurídica que orienten el comportamiento, es decir, que los participantes de la misma creen que existen normas y deciden con base en ellas. No todo es jurisprudencia gastronómica, creo, tampoco para Comanducci. Pero, entonces, ¿qué problema tiene Comanducci cuando se afirma que una norma es inválida porque ha violado dichas normas instaladas en la cultura jurídica? La respuesta es sencilla: por mucho que empleen normas cuando identifican el derecho válido, lo que

---

<sup>33</sup> Leiter, Brian, *Naturalismo y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 64 y ss.

<sup>34</sup> Con todo, hay que mencionar que el propio Tarello ya dio cuenta de tal diferencia mucho antes. Véase Tarello, Giovanni, *Il realismo giuridico americano*, Milán, Giuffrè, 1962, pp. 203-205.

<sup>35</sup> En el caso de Frank, hay que señalar que su escepticismo sobre la posibilidad de prever decisiones judiciales no venía dado tanto por su supuesto escepticismo radical ante las normas, sino por su escepticismo ante los hechos.

determina en última instancia que algo cuente o no como derecho válido es que el órgano jurisdiccional constitucional lo confirme como tal.

Esta tesis ha de ser calificada como demasiado reductivista. En efecto, no se trata únicamente de constatar el hecho de que, en ocasiones, los jueces constitucionales aceptan como válidas normas cuya creación no ha sido autorizada, y viceversa; se trata, además, de que esto es lo único que parece en última instancia relevante desde el punto de vista de la ciencia jurídica realista. Ello porque, según Comanducci, todo depende, y solo depende, de las preferencias de los jueces, de última instancia, a la hora de identificar el derecho.

Para Comanducci, afirmar en que una decisión proveniente del órgano de control constitucional es inválida, además de implicar cierta sospecha de normativismo ideológico encubierto, resulta de lo más irrelevante. Para entender y describir el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos, lo fundamental es la superioridad jurídica (existencia de un órgano cuyas decisiones que anulan normas por inconstitucionales, más allá de que lo sean o no, gozando de eficacia tales decisiones),<sup>36</sup> que de hecho la norma sea o no conforme a los criterios de creación pasa a un segundo plano. El resto sería una suerte de positivismo ideológico (aunque sea solo débil) que trata de describir no el derecho tal cual es, sino cómo —según una determinada interpretación del mismo— debería ser.<sup>37</sup>

Ahora bien, esta forma de ver las cosas parece constituir únicamente una mirada diacrónica, extendida durante un lapso, sobre el ordenamiento jurídico. En efecto, que los jueces no decidan conforme a derecho no es algo que deba sorprendernos porque pasa a diario, también en la jurisdicción constitucional. Ahora bien, una mirada sincrónica, momentánea del ordenamiento, resulta imprescindible para poder observar cómo, en un momento determinado y aunque estén dispuestos a derrotar las normas,<sup>38</sup> los órganos constitucionales sí se rigen por normas. Y no veo razón por la que la ciencia jurídica realista no deba describir este conjunto de normas e, incluso, analizar la compatibilidad entre dichas normas.

---

<sup>36</sup> Comanducci, Paolo, “Kelsen y Bulygin”, *cit.*, pp. 205 y 206.

<sup>37</sup> Véase, por ejemplo, las críticas que dirige contra la forma de entender la descripción del derecho de autores como Ferrajoli y Jori (Comanducci, Paolo, *A proposito di...*, *cit.*, pp. 111 y 175).

<sup>38</sup> Véanse los dos últimos volúmenes publicados al respecto García Yzaguirre, José Víctor, *Conflicto entre normas y derrotabilidad. Una propuesta de análisis*, Lima, Palestra, 2022; *idem*, *Derrotabilidad e interpretación. Una reconstrucción analítica*, Madrid, Colex, 2022.

Si ésta es la visión de Comanducci, o al menos —como creo— una interpretación plausible de lo que sostiene, entonces se pueden dirigir algunas otras críticas a su forma de entender el conocimiento jurídico realista.

(i) La primera de ellas se refiere a que hay normas y actos válidos (creados de conformidad con las normas sobre su creación) que jamás pasan por un tribunal: lugares a los que nos llega la mano del rey Midas. En efecto, la mayoría de las leyes que son aprobadas por los parlamentos nacionales no llegan a la jurisdicción constitucional. Es más, varias de ellas ni siquiera pasan por ningún órgano de aplicación del derecho. Por ejemplo: la ley que establece el día en el que se produce el cambio de hora en diferentes ordenamientos jurídicos no ha sido, hasta donde llega mi conocimiento, aplicada nunca por ningún órgano jurisdiccional. Y no se puede decir precisamente que no oriente el comportamiento o que no sea válida.

(ii) La segunda de ellas es que, así presentada, las decisiones de los órganos que deciden qué normas son válidas parecen anómicas, aleatorias, no regidas por normas. Yo creo que hay que ser muy ingenuo, y aquí coincido plenamente con Comanducci, en pensar que las normas jurídicas están completamente determinadas,<sup>39</sup> incluso aquellas que confieren potestades y aquellas que regulan el procedimiento para su ejercicio. Ahora bien, pasar de aquí a pensar que en última instancia es derecho lo que digan los órganos jurisdiccionales de última instancia, más allá de criterios previos para la identificación de normas válidas, me parece exagerado.

Pondré un ejemplo que he tenido la ocasión de discutir con el propio Comanducci: la tesis escéptica acerca de la existencia de los precedentes. En efecto, según una determinada visión, no precisamente minoritaria, la existencia de un precedente depende de que otro órgano posterior establezca que dicha decisión pasada es, efectivamente, un precedente.<sup>40</sup>

Esta última idea resulta de lo más *fuorviante*, pues pareciera que los órganos jurisdiccionales no empleasen criterio alguno para considerar una decisión como precedente.<sup>41</sup> Si así están las cosas, podríamos universalizar el argumento: ¿diríamos lo mismo respecto de las leyes? En efecto, más allá

<sup>39</sup> Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, cit., pp. 87-90.

<sup>40</sup> Ha sostenido esta tesis escéptica, entre muchos otros, Michelle Taruffo. Cfr. Taruffo, Michelle, *Páginas sobre jurisprudencia civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 559.

<sup>41</sup> Nótese que, en la medida en que se requiera un respaldo jurisdiccional para que una decisión cuente como precedente, esto nos llevaría a un regreso al infinito porque otro órgano posterior podría no reconocer tal decisión como precedente. Además, cabría preguntarse por qué razón un órgano jurisdiccional emplea una decisión y no otra para justificar su fallo. Si el *Tribunale di Torino* cita al *Tribunale de Milano*, y no al de Kuala Lumpur, algún criterio de identificación emplea, ¿no?

de que haya un órgano jurisdiccional competente para declarar la validez o la invalidez de cualquier norma, la comunidad jurídica emplea criterios (normas) para distinguir entre normas válidas y normas inválidas, o para identificar una decisión como precedente. Aunque la competencia de los órganos jurisdiccionales de última instancia no sea revisable, lo cierto es que podemos establecer si tales órganos han empleado dichos criterios de validez, o han aplicado otras normas.

(iii) La tercera crítica está íntimamente relacionada con la anterior. En efecto, si únicamente nos limitamos a observar los hechos que han sido confirmados o no posteriormente por autoridades, nos resulta imposible poder apreciar los cambios dentro de los conjuntos de normas que rigen las prácticas jurídicas. Cuando un órgano jurisdiccional constitucional se salta o no aplica los criterios de validez de las normas de un determinado ordenamiento, estaremos frente a una violación (sincrónicamente) o, si este tipo de decisiones perduran, frente a un cambio de las normas sobre la validez (diacrónicamente). Pero esto no implica decir que una norma se convierta en válida por el toque del rey Midas. En ese momento, el rey Midas se está saltando el derecho, aunque pueda en un momento inmediatamente posterior cambiarlo.

(iv) La cuarta crítica es que no está claro que podamos seguir hablando sensatamente de órganos de última instancia; mejor dicho, de decisiones de última instancia. En efecto, además de que las decisiones de los órganos de última instancia nacionales pueden ser, y de hechos son, revisadas por tribunales de carácter internacional, lo cierto es que se viene asentando una práctica que pone en cuestión, al menos parcialmente, una institución central de nuestros ordenamientos: la cosa juzgada. En efecto, hay países, como Perú, donde su mismo Tribunal Constitucional es capaz de entrar a resolver en diferentes ocasiones sobre un mismo caso. Pero no se trata de una práctica tan ajena como podría parecer: la propia *Corte di Cassazione* emana *provvedimenti* y *sentenze* autointerpretativas, que a veces van mucho más allá de la mera aclaración de decisiones pasadas, y llegan a modificar tanto la parte dispositiva como la justificativa de sus propias decisiones.<sup>42</sup>

Si daba la sensación de que las normas serían solo provisionalmente válidas hasta que el órgano jurisdiccional se pronuncie al respecto, la cuestión se torna ahora más trágica: en realidad, nunca podemos saber si una norma es válida o no. Utilizando una metáfora baloncestística, mirar solo los últimos momentos del partido no parece ser ya suficiente (si es que algu-

<sup>42</sup> Véase a este respecto Granata, Renato, *Le sentenze e le ordinanze "autointerpretative" della Corte Costituzionale fra "novazione" e "ricognizione" del precedente decismum*, Milán, Giuffrè, 2009.

na vez lo fue), porque el árbitro siempre puede llamar a los jugadores para jugar otro tiempo suplementario.

En definitiva, una cosa es que nos dediquemos a señalar todos los problemas de indeterminación que aquejan al derecho, mostrando así como los órganos de última instancia acumulan un poder que muchos prefieren no ver. Otra cosa muy distinta es pensar que todo el derecho se puede reducir a las decisiones jurisdiccionales. Incluso aunque aceptásemos que la validez de las normas dentro de un ordenamiento jurídico depende de lo que diga la jurisdicción constitucional, ello no implica que no se pueda, y no se deba, analizar si las operaciones llevadas a cabo por los órganos jurisdiccionales respetan o no las normas previas. Y no creo que esto exceda el ámbito del conocimiento jurídico realista.

#### IV. EL ESTATUS DE LA TEORÍA DEL DERECHO

A diferencia de la filosofía del derecho predominante hoy en día, comparto con Paolo Comanducci que aquélla, específicamente la teoría del derecho, debe mantenerse como una disciplina meramente descriptiva;<sup>43</sup> es decir, tanto frente a los viejos aires de un positivismo jurídico militante del estilo de Scarpelli<sup>44</sup> (hoy bien representadas por Hierro,<sup>45</sup> Ferrajoli<sup>46</sup> y Jori<sup>47</sup>), como los —ya no tan nuevos— dominios del pospositivismo, parece posible, y deseable, que la teoría del derecho mantenga, en la medida de lo posible,<sup>48</sup> un estatus de neutralidad y objetividad.

Sin embargo, no es esta la tesis que quiero discutir aquí (porque coincido plenamente con la tesis de fondo), sino más bien aquella según la cual la teoría del derecho guardaría un estatus de mayor generalidad respecto de la ciencia jurídica, pero su objeto sería el mismo.<sup>49</sup> Dicho de otro modo:

---

<sup>43</sup> Comanducci, Paolo, “Jori: diritto e senso comune”, *A proposito di... Note sparse sulla teoria del diritto del secondo novecento*, cit., p. 175.

<sup>44</sup> Scarpelli, Uberto, *¿Qué es el positivismo jurídico?*, Puno, Zela, 2021.

<sup>45</sup> Hierro, Liborio, “¿Por qué ser positivista?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 25, 2002, pp. 263-302.

<sup>46</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris*, Madrid, Trotta, 2016.

<sup>47</sup> Jori, Mario, *Del derecho inexistente*, Lima, Palestra, 2014.

<sup>48</sup> Más allá de que pueda discutirse sobre la posibilidad de llevar a cabo una teoría jurídica completamente neutral y avalorativa, parece subsistir una importante diferencia entre la teoría jurídica que tiene pretensiones de objetividad y neutralidad, y aquella que se declara abiertamente militante.

<sup>49</sup> Comanducci, Paolo, “Epistemología jurídica”, cit., p. 184.



todas estas disciplinas, el conocimiento dogmático y/o la ciencia jurídica realista, por un lado, y la teoría del derecho, por el otro, mirarían al mismo objeto, pero con diferentes grados de abstracción y metodologías.

En efecto, Comanducci viene a negar la tesis —sostenida, entre otros, por Tarello y Guastini—<sup>50</sup> según la cual la teoría del derecho no podría ser otra cosa que el estudio riguroso de las operaciones llevadas a cabo por la ciencia del derecho en sentido estricto. Esta forma de entender la filosofía del derecho en general, y la teoría del derecho en particular, venía a acoger y traducir la tesis del neopositivismo lógico según la cual la tarea de la filosofía no podía ser otra cosa que el estudio metalingüístico del discurso —y las operaciones con él llevadas a cabo— de las disciplinas científicas. Comanducci se separa, de hecho y de palabra, de esta forma de entender la teoría jurídica.

Además de mostrar su preferencia por una determinada forma de entender la teoría del derecho (la realista), también muestra múltiples variantes de la disciplina: la sociología del derecho que se ocupa de las funciones del derecho; la sociología de hechos institucionales *a la* Searle; las teorías conceptuales, como el normativismo y el realismo jurídico; y el neoconstitucionalismo, interesado especialmente en el contenido del derecho.<sup>51</sup>

Repitámoslo: según Comanducci, estas formas de entender la teoría del derecho tendrían en común que generalizan<sup>52</sup> los estudios llevados a cabo por la dogmática jurídica formalista y/o la ciencia jurídica realista. La dog-

---

<sup>50</sup> Guastini, Riccardo, “Tarello: la filosofía del derecho como metajurisprudencia”, *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 29-45.

<sup>51</sup> Véase Comanducci, Paolo, “E se smetessimo di parlare di ‘scienza giuridica’”, *cit.*, pp. 282 y 283. Hay que señalar que, de pasada y sin aspaviento alguno, Comanducci mete al neoconstitucionalismo dentro de las disciplinas que se ocupan también del contenido del derecho, es decir, como algo que está a caballo entre la teoría jurídica y el conocimiento jurídico-constructivista. Sobre la reconstrucción de los diferentes tipos de neoconstitucionalismo, véase Comanducci, Paolo, “Neoconstitucionalismos”, *cit.*, pp. 251-264.

<sup>52</sup> *Cfr.* Comanducci, Paolo, “E se smetessimo di parlare di «scienza giuridica»”, *cit.*, p. 283: “la teoria generalizza i risultati della dogmatica; quest’ultima usa il concetto di diritto della teoria” (“la teoría generaliza los resultados de la dogmática; esta última usa el concepto de derecho de la teoría”). Véase también, Comanducci, Paolo, “Epistemología jurídica...”, *cit.*, p. 184. Más allá de la relación entre teoría del derecho y dogmática jurídica, creo que es falso —y menos mal— que la dogmática use el concepto de derecho de la teoría. En primer lugar, es bien sabido que hay múltiples conceptos de derecho. En segundo lugar, la dogmática parece preocupada de temas más acuciantes que las retorsiones conceptuales llevadas a cabo por una parte de los y las teóricas para dar cuenta del concepto de derecho. Ya Tarello señalaba lo poco recomendable que era empeñarse en esta tarea, incluso para la teoría del derecho. *Cfr.* Tarello, Giovanni, *Il realismo giuridico americano*, *cit.*, p. 239.

mática, por su parte, sería una actividad que partiendo de los textos normativos y de algunos hechos —normalmente ya descritos en algún documento— atribuye, con un importante margen de discrecionalidad, significado a los enunciados normativos del legislador. La dogmática jurídica serviría para llevar a cabo actividades interpretativas y nomopoiéticas de creación de nuevas normas.

Llegados a este punto, hay que realizar un par de observaciones. La primera de ellas se refiere a la posibilidad de reconstruir la teoría del derecho bajo el paraguas conceptual que Comanducci ofrece. La segunda versa sobre si efectivamente estas disciplinas se sirven del conocimiento de la dogmática y de la ciencia jurídica realista, generalizando sus resultados, por un lado, y si debieran hacerlo, por el otro.

1. *¿Son las teorías del derecho generalizaciones de las conclusiones de la dogmática y ciencia jurídica realista?*

Además de definirla intencionalmente a través de su relación con la ciencia jurídica realista y el conocimiento dogmático del derecho, Comanducci señala extensionalmente cuáles serían los temas propios de la disciplina: el concepto de derecho, el derecho como práctica social, como fenómeno interpretativo y como instrumento de dominación de clase, etcétera.<sup>53</sup> Ahora bien, creo que aquí tenemos un problema de discordancia entre la intensión y la denotación de las actividades típicas de la teoría del derecho.

En efecto, si la teoría del derecho incluye la sociología funcionalista, la sociología searlina de hechos sociales, el normativismo, el realismo jurídico y el neoconstitucionalismo, no todas estas formas se dedican a analizar los problemas que Comanducci considera típicos de la teoría del derecho.

Sin embargo, no es este el único problema, ni tampoco el más importante. Más crucial es que, si la teoría del derecho es aquel conocimiento del derecho como aquel estudio con mayor grado de generalidad (pero mismo

---

<sup>53</sup> Es preciso señalar que Comanducci ofrece diferentes listas de cuáles serían los temas típicos de la teoría del derecho. La lista aquí reflejada corresponde a Comanducci, Paolo, “E se smetessimo di parlare di `scienza giuridica’”, *cit.*, p. 283. Sin embargo, en Comanducci, Paolo, “Epistemología jurídica...”, *cit.*, p. 185, hace referencia a los temas identificados en su momento por Hart: “los conceptos jurídicos fundamentales (empezando, pero no terminando, con el concepto de derecho), los razonamientos jurídicos y las relaciones entre derecho y moral”.

objeto que la dogmática jurídica y/o ciencia jurídica realista) y que constituiría una generalización de sus tesis,<sup>54</sup> aquí hay varias disciplinas que no cuadrarían con lo que Comanducci entiende por teoría del derecho.

En primer lugar, no está claro que la sociología del derecho de carácter funcionalista estudie las disposiciones jurídicas o las normas de aquellas derivables, sino más bien cómo afectan aquellas a los sujetos, más allá de lo que haya sostenido la dogmática. En segundo lugar, tampoco la sociología *a la* Searle de hechos institucionales parece hacerse cargo de lo que dice la dogmática ni estudia directamente los textos jurídicos del legislador. Desde luego, ambos tienen en cuenta de algún modo lo que dice el legislador (aunque mucho menos que la dogmática y la ciencia jurídica realista), pero resulta excesivo reconstruirlos como generalizaciones de lo que hace la dogmática o que tomen como objeto de estudio al legislador. En tercer lugar, siendo francos, gran parte de la teoría del derecho normativista y realista, no se preocupa mucho (o nada) de lo que hace o dice la dogmática, ni tampoco el legislador.<sup>55</sup>

De este modo, resulta dudoso que todas aquellas disciplinas puedan ser reconducidas a generalización y abstracción del trabajo de la dogmática (y/o de la ciencia jurídica realista) y que tengan por objeto el propio derecho positivo. Tampoco todas ellas encajan con los temas que Comanducci identifica como típicos de la teoría jurídica. No obstante, queda por analizar si Paolo Comanducci lo que está haciendo es un ejercicio de metateoría prescriptiva y le está diciendo a quienes cultiven la teoría del derecho que sus trabajos no deberían ser más que generalizaciones del trabajo de los dogmáticos.

## 2. *¿Deben ser las teorías del derecho generalizaciones de las conclusiones de la dogmática y ciencia jurídica realista?*

Antes de comenzar a analizar la tesis normativa según la cual los trabajos de teoría del derecho deberían ser generalizaciones a la luz de lo dicho por la dogmática, pero conservando su mismo objeto de estudio, considero necesario recordar un olvido de Comanducci. En efecto, si hay alguien que se está tomando en serio a la dogmática y a los enunciados del legislador,

<sup>54</sup> Comanducci, Paolo, “E se smetessimo di parlare di «scienza giuridica»...”, *cit.*, p. 283.

<sup>55</sup> En un reciente seminario en homenaje al profesor Juan Ruiz Manero en la Universidad de Alicante, dos profesores, de cuyo nombre no quiero acordarme, se quejaban de que, de todas las ponencias allí presentadas (más de veinte), solo una de ellas había mencionado una disposición emanada por el legislador (en sentido amplio).

son lo que se conocen como filosofías del derecho positivo: la filosofía del derecho de daños, de la prueba, del precedente, del derecho tributario, etcétera.<sup>56</sup>

Pues bien, más allá de que, de hecho, la teoría del derecho normativista y realista se tomen en serio a la dogmática y al legislador, es necesario preguntarse si es conveniente que la teoría del derecho se dedique a estos menesteres. Albergó ciertas sospechas. Si bien la afirmación según la cual la teoría del derecho debe “tener en cuenta” lo dicho por el legislador y la dogmática, parece aceptable por ser sumamente genérica, esconde algunas dificultades.

A. La primera de ellas es que algunos de los trabajos más importantes de la teoría del derecho no han supuesto la generalización de las tesis de la dogmática, sino precisamente su análisis crítico. Tal análisis crítico ha sido llevado a cabo desde un punto de vista sustantivo y desde otro metodológico.

En primer lugar, haciéndose cargo del contenido del discurso de la dogmática y del legislador, pero sin constituir una generalización de sus conclusiones, podemos encontrar el famoso trabajo de Giovanni Tarello, *Teorie e ideologie del diritto sindacale*.<sup>57</sup> Si bien no cabe duda de que Tarello “tiene en cuenta” el trabajo de la dogmática, desarrolla una labor crítica acerca de las inferencias que en concreto llevaron los iuslaboralistas italianos de mediados del siglo pasado. No creo que pueda decirse sin más que se trata de la generalización del conocimiento dogmático.

En segundo lugar, haciéndose cargo ya no tanto del contenido de las operaciones de alguna concreta dogmática jurídica situada espacio-temporalmente, sino de sus formas de razonamiento y conclusiones en abstracto, hay toda una subdisciplina dentro de la teoría del derecho —la teoría de la ciencia jurídica— de la que Comanducci no parece poder dar cuenta en su esquema metateórico. Y es importante señalar que aquí, aunque se toma muy en serio lo que hace la dogmática, no se suele atender a lo dicho por el legislador, salvo como medio para conocer qué han hecho los dogmáticos con sus palabras.

No me parece necesario ni siquiera plantear la pregunta de si Comanducci considera éstos como trabajos de teoría del derecho. Por lo demás, en

---

<sup>56</sup> Puede dudarse de si Comanducci estuviera dispuesto a calificar a estos trabajos de teoría del derecho y no de alta dogmática. No obstante, habrá que esperar a su respuesta para aclarar el punto.

<sup>57</sup> Tarello, Giovanni, *Teorie e ideologie del diritto sindacale*, Milán, Ed. Comunità, 1967 (trad. esp. *Teorías e ideologías del derecho sindical*, trad. de José Antonio Fernández Avilés, Granada, Comares, 2002).

el segundo caso, él mismo ha empleado buena parte de sus esfuerzos a ese mismo tema.

B. Hay además un segundo conjunto de estudios a los que realmente les da bastante igual qué digan la dogmática y el legislador. Además de considerar valiosos estos trabajos, tengo ciertas dudas de que puedan tomarse en serio la labor de la dogmática o los textos legislativos.

Pondré solo un ejemplo de investigación o tema que nadie dudaría en calificar como propia del ámbito de la teoría del derecho, pero que difícilmente tienen como objeto la actividad del legislador, ni constituyen generalizaciones a partir de la dogmática y/o de la ciencia del derecho realista: la teoría de las normas técnicas en particular, y la teoría de las normas en general. Más allá del estatus que atribuyamos a las normas técnicas —es decir, si son o no realmente normas— y de su pertenencia o no a nuestros ordenamientos jurídicos, poco tienen que decir la dogmática y el legislador al respecto. Algo similar se podría decir respecto de la teoría de las normas en general, que parece exceder con mucho el ámbito tanto de lo que diga el legislador como de la propia dogmática.

En definitiva, parece que la definición que ofrece Comanducci al sostener que entre ciencia del derecho (entendida como dogmática y/o descripción realista) y teoría del derecho se daría una relación únicamente de grado (y no cualitativa) —constituyendo la segunda una generalización y abstracción de las tesis de la primera—, excluiría algunas investigaciones identificadas como “teoría del derecho”.

## V. UNA BREVE CONCLUSIÓN

Como el autor aquí analizado es poco amigo de los textos sin conclusiones, parece necesario honrar su recomendación. Pues bien, en primer lugar, es posible reconstruir las tesis de Comanducci de manera tal que limitan en exceso el estudio de la ciencia jurídica realista, cercenando su objeto de estudio. En segundo lugar, la relación que establece Comanducci entre teoría del derecho y ciencia jurídica resulta reductiva.

Olvidé señalar, al inicio del texto, otra magnífica virtud de Comanducci: su capacidad para presentar él mismo lo que otro está sosteniendo, pero de manera mucho más clara, ordenada y elegante. Ahora solo queda esperar a que Paolo se tome el tiempo de reconstruir estas poco caritativas reflexiones para hacer que parezca que he dicho algo interesante.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BULYGIN, Eugenio, “Cognition and Interpretation of Law”, en GIANFOR-MAGGIO, Letizia y PAULSON, Stanley L. (comps.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turín, Giappichelli, 1995.
- COMANDUCCI, Paolo, “Epistemología jurídica”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- COMANDUCCI, Paolo, “E se smetessimo di parlare di «scienza giuridica»”, *Analisi e Diritto*, Turín, Giappichelli, 2014.
- COMANDUCCI, Paolo, “Ferrajoli: compatibilità tra diritti fondamentali”, *A proposito di... Note sparse sulla teoria del diritto del secondo novecento*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- COMANDUCCI, Paolo, “Jori: diritto e senso comune”, *A proposito di... Note sparse sulla teoria del diritto del secondo novecento*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- COMANDUCCI, Paolo, “Kelsen y Bulygin”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- COMANDUCCI, Paolo, “Kelsen y Searle”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- COMANDUCCI, Paolo, “Neoconstitucionalismo”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- COMANDUCCI, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris*, Madrid, Trotta, 2016.
- FERRER, Jordi y RATTI, Giovanni Battista (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind*, 6a. ed., New Brunswick, Transactions Publishers, 2009.
- GARCÍA YZAGUIRRE, José Víctor, *Conflicto entre normas y derrotabilidad. Una propuesta de análisis*, Lima, Palestra, 2022.
- GARCÍA YZAGUIRRE, José Víctor, *Derrotabilidad e interpretación. Una reconstrucción analítica*, Madrid, Colex, 2022.
- GRANATA, Renato, *Le sentenze e le ordinanze “autointerpretative” della Corte Costituzionale fra “novazione” e “ricognizione” del precedente decisum*, Milán, Giuffrè, 2009.
- GUASTINI, Riccardo, “Tarello: la filosofía del derecho como metajurisprudencia”, *Distinguendo*, Gedisa, Barcelona, 1999.

- HIERRO, Liborio, “¿Por qué ser positivista?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 25, 2002.
- JORI, Mario, *Del derecho inexistente*, Lima, Palestra, 2014.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 14a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2005.
- LEITER, Brian, *Naturalismo y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- SCARPELLI, Uberto, *¿Qué es el positivismo jurídico?*, Puno, Zela, 2021.
- TARELLO, Giovanni, *Il realismo giuridico americano*, Milán, Giuffrè, 1962.
- TARELLO, Giovanni, *Teorie e ideologie del diritto sindacale*, Milán, Ed. Comunità, 1967.
- TARUFFO, Michelle, *Páginas sobre jurisprudencia civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- TWINING, William, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

# TEORÍA Y METATEORÍA DEL DERECHO



## EL POSITIVISMO JURÍDICO DE PAOLO COMANDUCCI. ALGUNOS PORMENORES A PARTIR DE SU TEORÍA DE LAS NORMAS\*

Sebastián AGÜERO-SANJUAN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Presupuestos metodológicos de un positivista-analítico*. III. *Líneamientos de una teoría de las normas*. IV. *Tres pormenores de la teoría comanducciiana del derecho*. V. *A modo de cierre*. VI. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Desde que conocí la excelente idea formulada por Edith Cuautle, Federico Arena, Pablo Navarro y Alberto Puppo de colaborar en una obra colectiva en homenaje de Paolo Comanducci, he hurgado en mis recuerdos para intentar determinar: ¿cuándo conocí al homenajeado? Lamentablemente, no he logrado recordar nada concluyente. Sin embargo, me gustaría pensar que fue en Temuco, a inicios del milenio, mientras cursaba mis últimos años de pregrado, en algunos de sus viajes a la Universidad Católica de Temuco, la que por esos años ideaba un programa de doctorado en cotitulación con la *Università degli Studi di Genova*.

Afortunadamente, dicho olvido ha pasado a segundo plano, porque he tenido el privilegio de compartir en diversas ocasiones con Paolo. En todas ellas siempre he aprendido algo, y no únicamente cuestiones iusfilosóficas, aquello que más valoro de dichos intercambios son sus actitudes y acciones, las cuales me han mostrado con el ejemplo cómo la academia puede ser un lugar mejor. Y esto último parece no tener parangón.

Dentro de estos aprendizajes, quizá, el que caracteriza de manera más adecuada la discusión teórico-jurídica genovesa consista en entender que la

---

\* Agradezco los comentarios y sugerencias realizados por Riccardo Guastini, Tuccio Lambretta, Diego Almonacid, Camila Matamala, Francisco Pérez, Josep Maria Vilajosana y Lorena Ramírez a versiones preliminares del presente trabajo.

mejor manera de valorar a alguien consista en tomar sus ideas y discutir las con el mayor rigor posible, pues solo así podemos lograr una mejor comprensión del fenómeno estudiado.

Por lo mismo, en esta ocasión presento algunos pormenores de una teoría comanducciana del derecho. Estos pormenores o conjunto de circunstancias secundarias a su teoría se dan en la interacción de sus presupuestos metodológico con las nociones centrales de su teoría de las normas. De ahí que, en los apartados ulteriores abordo las siguientes cuestiones: los presupuestos metodológicos del homenajeado (II), algunos lineamientos centrales de su teoría de las normas (III), tres pormenores que es posible constatar en su teoría del derecho (IV) y, a modo de cierre, algunas ideas centrales del trabajo (V).

## II. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS DE UN POSITIVISTA-ANALÍTICO

Una de las tantas virtudes académicas que caracterizan los trabajos de Paolo Comanducci consiste en que rápidamente, y sin previo aviso, explicita sus compromisos (o como él dice *prejuicios*) metodológicos. En pocas líneas, éstos pueden incluirse bajo la etiqueta de “positivista analítico”, sintagma que paso a explicar.

*Positivista.* Frente al derecho, como objeto de estudio, asume un punto de vista externo moderado, es decir, pretende dar cuenta del derecho como es y no como debería ser. Por ende, la descripción del derecho no tiene por qué estar conectada con juicios de valor, morales o políticos.<sup>1</sup>

Comanducci sugiere que se debe considerar el punto de vista interno de los operadores jurídicos para conocer la idea de derecho, pero enfatiza que esto es algo distinto de hacer propio dicho punto de vista, por ejemplo, en la descripción del derecho se deben considerar las actitudes internas de los practicantes (no adoptarlas), especialmente, la idea de derecho que presuponen.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 21-II, 1998, pp. 89 y 90. Comanducci ha sostenido que el punto de vista externo moderado es heurísticamente superior a un punto de vista externo extremo, ver Comanducci, Paolo, “On Aarnio and Peczenik’s ‘Suum cuique tribuere’”, *Ratio Juris. And International of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Reino Unido, vol. 11, núm. 2, 1998, p. 190.

<sup>2</sup> Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, *Isonomía*, México, núm. 16, 2002, p. 105.

En este sentido, entiende que el único positivismo defendible es el metodológico, a diferencia de lo que él denomina *vulgata positivista*, la cual se presenta bajo la tesis de la no conexión identificativa necesaria entre derecho y moral. Así, en su opinión, el positivismo metodológico se caracteriza por presuponer la (gran) distinción entre ser y deber ser, asumir que es posible identificar y describir el derecho tal como es, y tener como corolarios la tesis de las fuentes sociales, junto con la tesis de la no conexión necesaria entre derecho y moral.<sup>3</sup>

De ahí la posibilidad de exigir *pureza* de la teoría, pero no al derecho, porque este último pueda tener diversas conexiones con la moral.<sup>4</sup> La metodología positivista sostiene que no es necesario que el teórico adopte un punto de vista moral para identificar el derecho, porque dar una explicación sobre el punto de vista moral es algo distinto de asumir este punto de vista.<sup>5</sup> Por consiguiente, quien niegue la gran distinción entre ser y deber ser necesariamente descarta al positivismo metodológico.<sup>6</sup>

La aplicación de estos presupuestos teóricos se manifiesta en distintas partes de su obra; sin embargo, en esta ocasión me interesa mostrar cómo se manifiesta en dos casos. Cuando critica las tres versiones de la tesis de la conexión identificatoria entre derecho y moral, y reglón siguiente critica las tres maneras de entender la tesis de la conexión justificadora entre derecho y moral. Esquemáticamente sus razones se pueden presentar como sigue.

Comanducci sostiene que la tesis de la conexión conceptual entre derecho y moral crítica es un sinsentido, porque al no haber criterio para identificar la moral, no habría criterio para identificar el derecho. Considera también que la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral crítica puede ser refutada al explicitar que, del hecho de que los funcionarios consideren que el derecho es justo, no se sigue que éste realmente lo sea. Y afirma que la tesis de la conexión empírica entre derecho y moral positiva no es clara respecto de por qué en la identificación del derecho se deba privilegiar la conexión entre el derecho y la moral, entendida ésta como la aceptación moral de los funcionarios, y no optar por su conexión empírica con otros fenómenos sociales (*v. gr.*, como una máquina coercitiva o respecto de los intereses de los ciudadanos).<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Comanducci, Paolo, "Las conexiones entre el derecho y la moral", *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, vol. VIII, núm. 12, 2003, pp. 15 y 16.

<sup>4</sup> Comanducci, Paolo, "Principios jurídicos...", *cit.*, pp. 99.

<sup>5</sup> Comanducci, Paolo, "On Aarnio and Peczenik's...", *cit.*, pp. 190.

<sup>6</sup> Comanducci, Paolo, "Constitucionalismo: problemas de definiciones y tipologías", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 34, 2011, p. 99.

<sup>7</sup> Comanducci, Paolo, "Las conexiones...", *cit.*, pp. 23-25.

A su vez, la crítica de Comanducci a la tesis de la conexión justificadora entre derecho y moral se estructura en torno a tres ideas. Primero, si justificar significa dar razones para una conclusión, y las prescripciones son razones generales y abstractas a las cuales se puede subsumir la decisión, es posible realizar justificaciones jurídicas sin referencia a argumentos morales. Segundo, si la justificación consiste en recurrir a principios morales para atribuir significado a cláusulas generales o ponderar principios, solo se presenta una conexión contingente entre derecho y moral. Tercero, si justificar se vincula con la exigencia de razones morales que justifiquen las razones sobre las cuales descansa la decisión surge un problema normativo: ¿qué tipo de norma moral justifica en última instancia una decisión judicial? Según Comanducci, todas las posibles respuestas a esta pregunta pueden ser reconducidas a la norma moral subjetivamente escogida por el juez, porque (i) asumir la existencia de una moral objetiva implica problemas ontológicos de duplicación del mundo, (ii) considerar normas morales objetivamente racionales presenta dificultades epistemológicas vinculadas con las divergentes teorías morales y, por último, (iii) al creer en una norma moral intersubjetivamente aceptada, se omite la falta de homogeneidad moral en la sociedad. Por tanto, en virtud de los problemas ontológicos, epistemológicos o la heterogeneidad teórica y social, finalmente, el juez optará por su moral subjetivamente escogida.<sup>8</sup>

Es importante destacar que la distinción nítida entre derecho y moral no ha impedido a Comanducci justificar sus propias conclusiones morales y/o políticas, porque, desde su punto de vista, una opción metaética no cognoscitivista no está imposibilitada de justificar las propias conclusiones éticas.<sup>9</sup>

En este último sentido, por ejemplo, señaló que puede ser más coherente con una actitud liberal (actitud que defiende), el enfoque teórico que distingue con claridad entre derecho, moral y política, en sociedades reales, porque, en sociedades democráticas, la esfera política es el espacio donde distintas concepciones morales compiten para convertirse en derecho. Así, la sociedad es la que impone algunos vínculos a las concepciones morales que tienden a convertirse en vinculantes a través del derecho. Y, a lo menos, estos vínculos serían los siguientes: (i) ninguna moral puede convertirse en vinculante, a menos que la mayoría de sus ciudadanos lo permita libremente.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 17-22. El propio Comanducci también señala que la moralidad intersubjetivamente aceptada se encontraría en su consagración jurídica, caso en el cual se convierte en trivial la pregunta por la justificación.

<sup>9</sup> Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 1999, p. 36.

te (vínculo procesal), y (ii) ninguna moral puede convertirse en vinculante si viola derechos fundamentales, *i. e.*, si daña a terceros (vínculo material).<sup>10</sup>

*Analítico.* Reconocido defensor y representante de la filosofía analítica italiana, Comanducci sugiere tres aspectos para caracterizarla: (i) el interés por la precisión del lenguaje, y por los problemas conexos a la relación entre lenguaje científico y realidad; (ii) concebir la filosofía como una metaciencia natural; y (iii) situarse desde una perspectiva empirista y antimetafísica en la epistemología.<sup>11</sup>

En este contexto, Comanducci considera que su trabajo constituye una fusión de las dos perspectivas más marcadas de la filosofía analítica italiana. La *redefinición* entendida como una actividad explicativa de los términos empleados por la doctrina a partir de la determinación de sus relaciones lógicas, y la *descripción* del lenguaje de los operadores jurídicos. La primera la entiende más vinculada con el trabajo de U. Scarpelli; mientras que la segunda con la obra de G. Tarello.<sup>12</sup>

Si bien su enfoque analítico atraviesa toda su obra, considero especialmente ilustrativas las siguientes líneas del homenajeado:

...en un nivel más alto de generalidad y abstracción, por “ética” aludo a la filosofía moral, la filosofía política o a la filosofía del derecho [...] Mi trabajo trata precisamente de consideraciones metaéticas que consisten en el análisis lógico de algunos conceptos éticos. Para la limitada finalidad que persigo aquí, es precisamente el carácter unitario de la metaética lo que fundamenta la unidad del dominio ético [...] por “ética” entiendo un conjunto de directivas y valoraciones, usualmente sostenidas mediante argumentos, que tienen como fin influenciar las actitudes y los comportamientos de los hombres [...] por “metaética” me refiero a los discursos que versan sobre discursos éticos.<sup>13</sup>

La analiticidad de la propuesta unificadora recién transcrita se termina de manifestar cuando analiza los temas éticos en tres niveles diversos, aunque conectados entre sí. Si X es cualquier concepto o término ético, un nivel lógico-semántico se pregunta por ¿en qué sentido X o cuál es el estatus de

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 185 y 186. Otro ejemplo se da cuando sostiene que la igualdad neoilustrada, presente entre individuos neutros sin adjetivos ni contextos, debe ser considerada como regla (debe justificarse todo alejamiento de esta igualdad) y fin (la justificación del alejamiento debe estar dirigida a resarcir una pasada desviación injustificada de la igualdad y construir una futura situación de igualdad), véase Comanducci, Paolo, “Derechos humanos y minorías. Un acercamiento analítico neoilustrado”, *Isonomía*, México, núm. 3, 1995, p. 36.

<sup>11</sup> Comanducci, Paolo, *Razonamiento...*, *cit.*, p. 8.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 29.

X?, un nivel filosófico-político o moral cuestiona ¿por qué X?, y un nivel jurídico interroga ¿cómo X? Mientras el primero es sobre el significado, el segundo acerca de la justificación y el tercero relacionado con la connotación.<sup>14</sup>

Una de las ideas más relevantes de esta distinción está en que, según Comanducci, las conclusiones que se obtengan en cada nivel pueden ordenarse de manera diversa. Si la jerarquización se establece con base en la fuerza persuasiva de las conclusiones, en el grado máximo se ubica el nivel lógico-semántico y el nivel jurídico en el mínimo, porque los argumentos que resultan correctos en el nivel superior resultan correctos en los inferiores. En cambio, si la ordenación se basa en una guía precisa de los juicios y las acciones entregadas por las conclusiones, el orden lo encabeza el nivel jurídico y termina en el nivel lógico-semántico, porque las conclusiones jurídicas entregarían criterios para emitir juicios, junto con directivas para la acción de un contenido más preciso y determinado que los otros niveles.<sup>15</sup>

Por último, no se puede omitir que Paolo Comanducci ha defendido su positivismo analítico en otros frentes de batalla (quizá más famosos) como la discusión en torno al (neo)constitucionalismo, refutando la idea de que un cambio en el sistema jurídico debería afectar la teoría jurídica,<sup>16</sup> y también, frente al avance de una epistemología jurídica constructivista en el contexto de la pregunta por la objetividad del conocimiento jurídico.<sup>17</sup> Sin embargo, más allá de su relevancia y difusión, para los efectos de este trabajo, ya se ha logrado presentar y ejemplificar el núcleo central de su enfoque teórico.

### III. LINEAMIENTOS DE UNA TEORÍA DE LAS NORMAS

La concepción de las normas es el aspecto del fenómeno jurídico que se conectan con mayor claridad con los compromisos positivistas y analíticos del

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 35. Siguiendo a Thomasius, una versión anterior de estas ideas bajo los rótulos latinos de *honestum* (moral), *decorum* (política) y *iustum* (derecho) en Comanducci, Paolo, "Some Comments on Tolerations", *Ratio Juris. An International of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Reino Unido, vol. X, núm. 3, 1997, pp. 187-192.

<sup>16</sup> Aquí sostiene que es posible aceptar la centralidad del modelo del Estado constitucional de derecho y sus realizaciones contemporáneas, pero no por ello se debe asumir que, para dar cuenta de dicho objeto de estudio, sea necesaria una teoría normativa, ver Comanducci, Paolo, "Constitucionalismo: problemas...", *cit.*, pp. 98 y 99. También en Comanducci, Paolo, "Formas de (neo)constitucionalismo...", *cit.*, pp. 89-112.

<sup>17</sup> Comanducci, Paolo, *Estudios sobre constitución y derechos fundamentales*, México, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, 2016, pp. 13-25.

homenajeados. Frente a las distintas maneras de describir el *derecho que es*, él se decanta por el discurso jurídico (del legislador o juez, o bien, el meta-discurso de la dogmática) y, dentro de éste, las normas parecen tener un rol preponderante, ya que su visión de la ética descansa en aquellas *directivas y valoraciones* que tienen por propósito influenciar en las actitudes y los comportamientos de los otros.

Por lo mismo, considero oportuno presentar algunos lineamientos de una teoría comanducciana de las normas, la cual presentaré a partir de cinco nociones centrales: significados; disposición y norma; interpretación; escepticismo/realismo, y aplicación.

*Significados.* De acuerdo con Comanducci, significado es el *quid* que dice algo del mundo a alguien mediante el lenguaje, y sus problemas centrales son (i) acerca de las relaciones entre lenguaje y realidad, y (ii) entre quienes hacen uso del lenguaje. Ante el primer problema, una pregunta recurrente es ¿cuál es el referente de los enunciados prescriptivos? A esta pregunta, la filosofía analítica italiana ha respondido sosteniendo que los enunciados prescriptivos tienen el mismo referente que los enunciados cognoscitivos, pero diferente función: el frástico (refiere a hechos) y el neútisco (determina función).<sup>18</sup>

A su vez, el segundo problema se relaciona con la indeterminación del lenguaje jurídico en virtud de su textura abierta, vaguedad y ambigüedad, lo cual conlleva la necesidad de la interpretación (en el sentido de zanjar las dudas acerca del significado) e implica la posibilidad de que el receptor no sea fiel al significado atribuido por el emisor.<sup>19</sup>

Como el carácter normativo se encuentra en la función del enunciado, es adecuado diferenciar entre función descriptiva (cognoscitiva o indicativa) y función prescriptiva (directiva, imperativa, preceptiva o normativa). Diferencia que es una consecuencia de asumir la división entre el ser y el deber ser.<sup>20</sup>

Comanducci sugiere además subdividir las funciones del lenguaje. La función cognitiva en descriptiva y teórica, y la función prescriptiva en normativa y valorativa. La primera subdivisión no es neta, pues toda descripción está imbuida de teoría y toda teoría se basa en una descripción, de

<sup>18</sup> Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico...*, cit., pp. 14 y 15. Es evidente como estas ideas siguen la propuesta de Hare, R. M., *The Language of Morals*, Reino Unido, Oxford University Press, 1952.

<sup>19</sup> Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico...*, cit., pp. 15 y 16.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 22-24. Es el caso precisar que, para Comanducci, la “gran división” no será entendida de manera dogmática, sino como una hipótesis de trabajo que debe ser sometida a verificación según su capacidad explicativa y utilidad científica.

modo que, la diferencia entre ellas es de énfasis, si se desea transmitir conocimientos basados en la mera observación (descripción), o bien, se desea comunicar la formulación o refutación de hipótesis a través de conocimientos organizados sistemáticamente (teórica). Por su parte, la segunda subdivisión distingue entre normas y juicios de valor. Las primeras buscan utilizar el lenguaje para influenciar los comportamientos de otros; en cambio, los segundos utilizan el lenguaje para influenciar las opiniones prácticas de otros. Esta distinción tampoco es nítida, porque en toda norma hay implícito un juicio de valor y en este último una norma.<sup>21</sup>

*Disposición y norma.* Siguiendo la tradición tarelliana<sup>22</sup> y su revisión guastiniana,<sup>23</sup> Comanducci distingue entre disposición y norma. A partir de un trabajo de Riccardo Guastini, entiende por norma todo enunciado que constituye el sentido o significado adscrito (por cualquiera) a una disposición (o un fragmento de disposición, combinaciones de disposiciones, o combinaciones de fragmentos de disposiciones), y por disposición a cualquier enunciado del discurso de las fuentes.<sup>24</sup>

Comanducci entrega algunas precisiones para entender las definiciones proporcionadas por Riccardo, a saber: (i) enunciado es un conjunto de palabras, vocablos o términos que tienen forma gramaticalmente perfecta, aunque, eventualmente, puede ser elíptica; (ii) locución es un conjunto de dos o más palabras que no tienen forma gramaticalmente perfecta, aunque goza de autonomía lexical; (iii) discurso es uno o más enunciados y, al mismo tiempo, al significado que se le atribuye a éstos, y (iv) enunciación es la instancia de un enunciado determinada espacio-temporalmente (el enunciado es una entidad abstracta).<sup>25</sup>

A partir de sus precisiones, complementa las definiciones guastinianas del siguiente modo: (i) la norma o significado (entidad abstracta o pensada) de una disposición o enunciado se formula en otro enunciado (entidad expresa y concreta) del que se afirma sinonimia respecto del precedente, y (ii) reconocer una disposición como tal implica realizar, aunque sea de modo inconsciente, una actividad interpretativa previa consistente en la atribución de significado a entidades lingüísticas verbales o escritas.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 25-27.

<sup>22</sup> Tarello, Giovanni, *Diritto, enunciati, usi*, Boloña, Il Mulino, 1974.

<sup>23</sup> Guastini, Riccardo, *Dalle fonti alle norme*, 2a. ed., Turín, Giappichelli, 1992.

<sup>24</sup> Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico...*, cit., pp. 29 y 30.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 32 y 33. Comanducci sugiere que las disposiciones pierden relevancia en relación con el surgimiento o identificación de las normas, tanto en la política como en la moral.



*Interpretación.* Según Comanducci, en el plano jurídico, al menos, dos acepciones del término “interpretación” tendrían preponderancia. Una de ellas designa la atribución de significado a entidades lingüísticas verbales o escritas, *v. gr.*, la atribución de significado a documentos normativos. La otra alude a la asignación de significado a entidades lingüísticas verbales o escritas en situaciones en las que se suscitan dudas acerca del significado que ha de atribuírseles. Mientras la primera explicita los elementos que integran los procesos de elecciones que concurren en la atribución de significado, la segunda contribuye a diferenciar los casos en donde la atribución de significado es problemática.<sup>27</sup>

Además, según Comanducci, la interpretación de enunciados es un proceso (no un acto) compuesto de diferentes etapas. Esta secuencia interpretativa se integra de cuatro tipos de identificación, a saber: (i) lingüística, del enunciado como una pieza del lenguaje; (ii) pragmática, del enunciado como norma; (iii) de configuración, del tipo de norma, y (iv) *strictu sensu*, del sentido de la norma. En relación con esta última identificación, el homenajeado prefiere hablar de *atribución* del sentido, más que de su *identificación*.<sup>28</sup>

En la distinción entre norma y principio propuesta por Comanducci se muestra cómo articular las funciones del lenguaje, la distinción entre disposición y norma, y la serie de identificaciones interpretativas. Él considera que la identificación de un enunciado como *norma* y no como *aserción* se presenta en el nivel pragmático; mientras que la identificación de una norma como *regla* o *principio* se da en el nivel de configuración. La noción de principio sirve para explicar un uso específico de las normas, el cual se caracteriza por ser configuradas como tales a través de una elección valorativa en el plano de la producción de normas, aplicación del derecho o razonamiento jurídico.<sup>29</sup>

*Escepticismo/realismo.* Siguiendo la senda de H. Kelsen y H. L. A. Hart, Comanducci entiende que el derecho está parcialmente indeterminado *ex ante*. En razón de su estructura dinámica que lo desarrolla a través del tiempo mediante actos de voluntad de contenido parcialmente previsible, o bien, por la textura abierta del lenguaje jurídico que entrega discrecionalidad a los jueces frente a los casos difíciles. Sin embargo, él considera que el derecho es determinable *ex post*, por ejemplo, a través de la obligación judicial de determinar el contenido del derecho.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>28</sup> Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos...”, *cit.*, p. 91.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 92-96.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 101 y 102. Una excelente aplicación de estas ideas vinculadas con la discrecionalidad e interpretación judicial en Comanducci, Paolo, “El abuso del derecho y la interpretación jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, núm. 21, 2011, pp. 107-118.

Por ende, y de modo explícito, Comanducci se ha definido como un escéptico moderado, el cual considera que la interpretación es siempre una actividad de creación, aunque por razones contextuales algunos casos pueden ser fáciles y difíciles, según si existe o no consenso unánime sobre el significado que se debe adscribir a un texto normativo.<sup>31</sup>

*Aplicación.* A partir de la gran distinción, Comanducci diferencia entre la naturaleza teórica o práctica de una justificación. La conclusión de un razonamiento es un enunciado descriptivo o teórico cuando ofrece razones para afirmar su verdad, falsedad o probabilidad. En cambio, la conclusión de un razonamiento es un enunciado prescriptivo o valorativo cuando entrega razones para afirmar su justicia, bondad o corrección. El primer enunciado es de naturaleza descriptiva o teórica; mientras que, el segundo de naturaleza práctica.<sup>32</sup>

En el ámbito judicial, Comanducci sugiere que la decisión adoptada es producto de la discrecionalidad del juez tanto respecto de la norma aplicable al caso como de la justificación interna y externa que exige la decisión, porque el derecho no proporciona (meta)criterios para decidir la aplicabilidad interna (elegir la norma que regula el caso) ni la externa (elegir la norma que debe aplicar con base en otra norma que impone su aplicación).<sup>33</sup>

Así, bajo su visión realista, la noción de aplicabilidad se presenta debilitada, porque las normas serían aplicables en el sentido (débil) que fueron elegidas y presentadas por el juez como aquellas que regulan el caso y él tenía la obligación de aplicar. El homenajeado arriba a esta conclusión a partir de las distinciones previamente esbozadas. Si las normas son entendidas como los significados atribuidos por el juez a una formulación normativa o disposición, la norma (interna y externamente aplicable) es el producto de la interpretación de una o varias disposiciones (o fragmentos de ellas). Por ende, es el juez quien atribuye significado a la o las disposiciones con base en algún criterio interpretativo; entonces, si cambia el criterio interpretativo puede variar el significado atribuido y, en consecuencia, variar su aplicabilidad. Esto porque ni el derecho ni la cultura jurídica entregan criterios o metacriterios para elegir entre los distintos criterios interpretativos.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Comanducci, Paolo, “On Aarnio and Peczenik’s...”, *cit.*, p. 191.

<sup>32</sup> Comanducci, Paolo, “Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del derecho”, en Comanducci, Paolo; Ahumada, María Ángeles y González, Daniel, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 11-13.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 28 y 29.

A su vez, en el ámbito de las razones que entrega el derecho, Comanducci sugiere entender que una regla es un enunciado-tipo normativo emitido por el legislador, que debe ser interpretada para aplicarse a un caso concreto. Al existir muchas interpretaciones semántica y jurídicamente posibles de una regla, cada una de estas interpretaciones necesita de una justificación jurídica. Por lo mismo, las normas (interpretaciones posibles de reglas) son las que pueden funcionar como motivos de las decisiones de un agente, aunque sin la regla ninguna norma podría desempeñar esa función, porque, en el ámbito jurídico, las personas toman decisiones guiadas por estas reglas y no por razones de otro tipo.<sup>35</sup>

#### IV. TRES PORMENORES DE LA TEORÍA COMANDUCCIANA DEL DERECHO

En sus aspectos generales, siento una fuerte afinidad por los planteamientos comanduccianos, tanto en el plano metodológico como propositivo. Sin embargo, en donde confluyen sus presupuestos metodológicos con su teoría de las normas es posible explicitar algunos *pormenores*, los cuales constituyen un conjunto de sugerencias críticas vinculadas con (i) las disposiciones, (ii) las normas, y (iii) la descripción teórica.

Antes de ello, es importante introducir una precisión adicional vinculada con la epistemología jurídica defendida por Comanducci. Desde su punto de vista, no hay una única epistemología para acercarse al derecho, sino más bien puede variar la epistemología según cómo este sea entendido.<sup>36</sup> La dogmática, por ejemplo, entiende el derecho como un conjunto de normas, de ahí que, su epistemología considera los documentos y actuaciones de la autoridad como medios a través de los cuales se manifiesta el derecho y, en consecuencia, el conocimiento del derecho consistirá en interpretar actos o documentos usando múltiples técnicas, para luego sistematizar los contenidos identificados.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Comanducci, Paolo, "Sobre las reglas como razones excluyentes. Un comentario al trabajo de Juan Carlos Bayón", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 19, 1996, pp. 165 y 166.

<sup>36</sup> Una excelente aplicación de estas ideas se presenta cuando, a partir de los distintos conceptos de constitución, Comanducci propone distintas respuestas a qué debe entenderse por interpretación de la constitución. Véase Comanducci, Paolo, *Constitución y teoría*, México, Fontamara, 2006, y Comanducci, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 115-144.

<sup>37</sup> Comanducci, Paolo, *Estudios sobre constitución...*, *cit.*, pp. 18-22.

En este contexto, Comanducci sostiene que la teoría del derecho se caracteriza por ocupar exactamente los mismos objetos de estudio que la dogmática, pero con un mayor nivel de abstracción. Aunque, con un especial interés en los conceptos jurídicos fundamentales, el razonamiento jurídico, y las relaciones entre derecho y moral, con una actitud analítica que utiliza el instrumental del análisis lingüístico.<sup>38</sup>

### 1. *Los pormenores de la disposición*

Con base en su positivismo metodológico, Comanducci opta por describir el derecho que es y, dentro del conjunto de posibles objetos de descripción, se decanta por el estudio del lenguaje jurídico a raíz de su perfil analítico y su epistemología jurídica. Por ello, una de las hebras centrales de su obra enlaza, con destreza envidiable, el análisis del discurso de las fuentes, su respectivo metadiscurso (dogmática) e inclusive su metametadiscurso (teoría del derecho). A pesar de ello, las explicaciones entregadas en torno a la *disposición* o *formulación normativa* me impulsan a formular algunas inquietudes.

Siguiendo la posición mayoritaria, Comanducci adopta la denominada concepción estándar de los actos de habla, cuyo principal o más reconocido exponente es John Searle.<sup>39</sup> Este sostiene que la misma proposición puede ser expresada por un acto ilocucionario cuando este contiene la misma referencia y predicación. Así, en la estructura sintáctica (superficial o profunda) de las oraciones es posible diferenciar entre el indicador proposicional y el indicador de fuerza ilocucionaria. Este último indica cómo tomarse la proposición o qué acto ilocucionario está realizando el emisor (aseverando, preguntando o mandando).<sup>40</sup>

En otras palabras, Comanducci adhiere a la distinción entre fuerza y contenido. Esta sugiere que frente a una oración o enunciado se debe diferenciar entre lo expresado por ella o lo que se dice al proferirla y el modo en que el enunciado u oración es expresado o proferido. El primer componente alude al contenido proposicional o proposición expresada; mientras que el segundo, a la fuerza. Por ejemplo, las oraciones: “Tuccio escribe”, “¿Tuccio escribe?” y “¡Tuccio escribe!”, compartirían el mismo contenido proposicio-

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 24 y 25.

<sup>39</sup> Una revisión a la concepción estándar en Recanati, François, “Content, Mood, and Force”, *Philosophy Compass* (7/8), 2013, pp. 622-632.

<sup>40</sup> Searle, John, *Actos de habla*, Barcelona, Planeta DeAgostini, 1994, pp. 35-41.

nal y se diferenciarían por la distinta fuerza ilocucionaria impresa en cada una de ellas (asertórica, interrogativa e imperativa).<sup>41</sup>

Si esto es correcto, y el carácter normativo o descriptivo de un enunciado deriva del tipo de acto que está realizando el emisor, en palabras de Comanducci, las normas se identifican en la enunciación y no en el enunciado. Por lo mismo, una pregunta puede ser ¿en dónde se encuentra el carácter normativo? Frente a esta interrogante, es posible encontrar propuestas en armonía parcial con los presupuestos comanduccianos.

Como es ampliamente conocido, Von Wright defiende que las mismas palabras u oraciones pueden ser usadas para formular una norma (formulación normativa y norma) o entregar información sobre ella (enunciado normativo y proposición normativa), porque es en el *uso* donde se imprime el carácter normativo o descriptivo de una oración. Así, la noción de norma es primaria a la de formulación normativa, ya que la segunda se identifica a partir de la primera, del mismo modo que la proposición normativa es prevalente a los enunciados normativos. De ahí que, si la existencia de una norma se entiende como un hecho, resulta necesario caracterizarlo de algún modo.<sup>42</sup>

Para simplificar el argumento, podemos recurrir a Alchourrón y Bulygin y sugerir que, en nuestros derechos contemporáneos, la promulgación de la norma es la única condición necesaria y suficiente para su existencia, *i. e.*, todo acto serio de promulgar una norma da lugar a la existencia de una norma.<sup>43</sup>

Por tanto, la identificación de un documento o actuación como normativo depende de que exprese alguna norma, la cual se formula a través de actos de promulgación. Por ejemplo, la autoridad estatal que promulgue una norma puede expresar ésta mediante formulaciones normativas impresas en algún documento, o bien, pronunciadas en una enunciación.

Si lo anterior es correcto, surgen dudas sobre cómo Comanducci presenta la interpretación como una serie de identificaciones. Allí se sugiere

---

<sup>41</sup> Penco, Carlo, *Introduzione alla filosofia del linguaggio*, Bari, Laterza, 2004, pp. 96 y 97; y Pérez, Manuel y García-Carpintero, Manuel, *Filosofía del lenguaje*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2005, pp. 12 y 13.

<sup>42</sup> Von Wright, G. H., *Norm and Action*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1963, pp. 117-121. Destaco la afinidad parcial, porque para Von Wright la semántica del discurso prescriptivo es característicamente diferente de la semántica del discurso descriptivo.

<sup>43</sup> Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, México, Oficina Latinoamericana de Investigaciones Jurídicas y Sociales 1979, p. 28. En este caso la afinidad parcial deriva de la denominada posición normativista en la cual se sitúan los autores argentinos.

que, en un nivel lingüístico, un enunciado se identifica como una pieza del lenguaje y, que en un nivel pragmático, un enunciado se identifica como una norma y no como una aserción, para luego, en un tercer nivel de configuración, identificar, por ejemplo, una norma como regla o principio.

Sin embargo, si según el propio Comanducci un enunciado es un conjunto de palabras, vocablos o términos que tienen forma gramaticalmente perfecta ¿en qué sentido o cómo se puede aplicar el primer nivel de identificación? Si la identificación de un enunciado como norma está en su promulgación (uso o pragmática) ¿por qué este es el segundo nivel y no el primero?, es decir, “interpretar” es un verbo transitivo, siempre se interpreta algo y la elección de ese algo nunca es aleatoria, y menos en el ámbito jurídico, sino más bien son interpretados ciertos documentos o ciertas actuaciones porque entendemos que expresan normas.

De ahí la importancia de las formulaciones normativas o disposiciones empleadas por la autoridad, ya que solo una vez hemos podido identificarlas como tales, en razón de que expresan normas, es posible dar comienzo a nuestras discusiones y propuestas en torno a la interpretación jurídica. Quizá, esta es la mejor manera de entender a Comanducci cuando sugiere que la identificación de una disposición como tal implica realizar, aunque sea inconscientemente, una actividad interpretativa consistente en atribuir significado a entidades lingüísticas verbales o escritas.<sup>44</sup>

No obstante, las dudas vuelven a surgir, cuando Comanducci sostiene que, entendida como una entidad abstracta, la norma o significado de una disposición se formula en otro enunciado del que se afirma sinonimia respecto del precedente. Por ejemplo, si a través de un acto de promulgación se formula la disposición  $D_1$  para expresar la norma  $N_1$  toda vez que los intérpretes utilizan algún enunciado  $E_n$  para expresar  $N_1$ , este segundo acto no puede expresar una norma y el enunciado empleado no es una disposición o formulación normativa, en el mejor de los casos, es un enunciado normativo  $E_n$  cuyo contenido es una proposición normativa  $P_n$ , porque la fuerza ilocucionaria del segundo acto es asertórica y no prescriptiva. Obviamente, a menos que aceptemos que hay proposiciones con sentido normativo, pero en este último escenario ¿qué sentido tiene hablar de sinonimia? Confío en que Paolo nos ayudará a clarificar esta controversia, relacionada estrechamente con el siguiente pormenor.

---

<sup>44</sup> Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico...*, cit., pp. 32 y 33. Comanducci sugiere que, tanto en la política como en la moral, las disposiciones pierden relevancia para el surgimiento o identificación de las normas.

## 2. *Los pormenores de la norma*

Tanto en la filosofía del lenguaje como en la filosofía del derecho se han entregado respuestas similares a la pregunta sobre ¿cuál es el carácter de lo expresado por una formulación normativa?

Algunos autores sugieren entender la proposición como el sentido de una oración descriptiva y la referencia como el hecho que hace verdadera la proposición expresada por la oración. Por lo mismo, no trasladan esta explicación a las normas y las formulaciones normativas, porque entienden que la semántica del discurso prescriptivo es característicamente diferente de la semántica del discurso descriptivo.<sup>45</sup>

A su vez (conocida como concepción hilética) hay quienes sugieren entender la proposición como un estado de cosas posible y, de manera análoga, la norma como una prescripción posible de un estado de cosas. Es una proposición con sentido normativo la que puede ser objeto de actos de promulgación y derogación. Así, las normas son el significado de ciertas formulaciones de normas, de ahí que ellas se comporten como proposiciones. La diferencia no está en los distintos actos, sino en los distintos contenidos proposicionales.<sup>46</sup>

Así también (conocida como concepción expresiva) hay otros que entienden el elemento normativo vinculado con determinados usos del lenguaje. Las expresiones pueden ser usadas de diversas maneras, por ejemplo, una autoridad ordena la norma ‘*p*’ cuando formula la oración *p* a través del uso prescriptivo ‘!’, y dicha norma se integra por: (i) un componente que describe una acción o estado de cosas resultante de una acción (oración de acción *p*), y (ii) un componente prescriptivo que indica las funciones pragmáticas realizadas por aquellos que usan las oraciones de acción para prescribir.<sup>47</sup>

Ahora bien, tengo la impresión de que las propuestas de Comanducci oscilan entre las dos últimas respuestas precedentes, me explico. Cuando entiende que el significado es el *quid* que dice *algo del mundo* a alguien mediante el lenguaje, su definición resulta equivalente con la idea de propo-

<sup>45</sup> A modo de ejemplo: Von Wright, G. H. *Norm and Action*, *cit.*, pp. 93-106. Aunque, el propio G. Frege había optado por no llamar pensamiento al sentido de una oración imperativa, porque la verdad no puede entrar en consideración con él, ver Frege, Gottlob. *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica*, Madrid, Tecnos, 2013 [1918/19], pp. 201 y 202.

<sup>46</sup> Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sobre la existencia...*, *cit.*, pp. 17 y 55.

<sup>47</sup> Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio “Expressive Conception of Norms.”, en Hilpinen, Risto (ed.), *New Studies in Deontic Logic. Norms, Actions, and the Foundations of Ethics*, Amsterdam, D. Reidel Publishing Company, 1981, pp. 96 y 97.

sición, entendida como el sentido de una oración descriptiva que alude a un estado de cosas cuya referencia es el hecho que la hace verdadera. Sin embargo, no resulta claro cuál es su rol en la explicación sobre el carácter de lo expresado por una formulación normativa.

Si dirigimos la atención hacia su reformulación de las ideas guastinianas estamos más cerca de una concepción hilética, porque se presentan como equivalentes *norma* y *significado*, los cuales pueden ser expresados por distintos enunciados vinculados por una relación de sinonimia. Aunque también, esta similitud se aprecia cuando la norma es definida como el sentido o significado adscrito (por cualquiera) a una disposición o fragmentos de ellas.

En cambio, si recordamos su filiación a la filosofía analítica italiana y la respuesta que ella da a la pregunta por la referencia de los enunciados normativos, Comanducci parece estar más cerca de una concepción expresiva. Si los enunciados prescriptivos se entienden integrados por una referencia a los hechos (frástico) y una función normativa (neútisco), el carácter normativo radicaría en la función del enunciado y no en su contenido proposicional.<sup>48</sup>

Una oración-tipo se presenta al escribir o decir las mismas palabras que expresan cabalmente una idea en el mismo orden y una oración-caso aparece con cada manifestación escrita u oral del conjunto de palabras que expresan cabalmente una idea.<sup>49</sup> Por ende, cuando Comanducci sostiene que una regla es un enunciado-tipo normativo emitido por el legislador, el cual requiere de interpretación para ser aplicado, ya que las normas son sus interpretaciones posibles, resulta un tanto más difícil su clasificación. Por un lado, se podría sugerir un acercamiento a una concepción sintáctico-semántica en relación con las reglas, pero, por otro lado, si las normas son los múltiples significados atribuibles a una regla a través de la interpretación se vuelve hacia una concepción hilética. Espero el propio Paolo nos ayude a salir de este atolladero.

---

<sup>48</sup> Esta oscilación entre hilética y expresiva constituye un problema si ambas concepciones se consideran incompatibles, como sugieren Alchourrón y Bulygin; en cambio, si se acepta la posibilidad de su conciliación, quizá, éste sería un rasgo, particularmente virtuoso de la misma, aunque parece haber una propuesta adicional sintáctico-semántica. Sobre incompatibilidad ver Alchourrón, Carlos, y Bulygin, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, México, 1979; en cambio, sobre compatibilidad ver Guastini, Riccardo “Dos concepciones de normas”, *Revus*, núm. 35, 2018, <https://journals.openedition.org/revus/3810#fn13>.

<sup>49</sup> Hospers, John, *Introducción al análisis filosófico*, 2a. ed., Madrid, Alianza, 1982 [1967], pp. 29 y 30.



### 3. *Los pormenores de la descripción teórica*

Cuando Comanducci sostiene que es posible exigir *pureza* a la teoría jurídica, aquello que busca ilustrar es que la descripción del derecho no tiene por qué estar conectada con juicios de valor, morales o políticos. Esta exigencia no deriva únicamente de la gran distinción, sino también de su positivismo metodológico, el cual busca describir el derecho *que es* (tal como es) sin necesidad de adoptar una posición moral.

Sin embargo, con base en sus propuestas y obviando la discusión contemporánea, deseo aventurar que su principal contendor o némesis no está en la moral o sus partidarios, sino más bien en la metafísica, porque no es nada claro ¿cómo podemos diferenciar en nuestras teorías entre el *derecho que es* y el *derecho que puede o podría ser*?

Sin ánimo ni espacio para responder esta pregunta, solo deseo esbozar cómo un *positivista analítico* como Comanducci puede ser visto como un *positivista metafísico* con base en algunos lineamientos de su teoría de las normas. Es en esta parte de su teoría donde se presentan algunos dispositivos metafísicos destinados a explicar el derecho *que puede ser* y no el *derecho que es*, como exigiría el positivismo metodológico y la filosofía analítica italiana.

Algunos de estos dispositivos se encuentran en cómo él define o entiende lo que es una norma. Uno se presenta al entender la norma como el significado adscrito a una combinación de disposiciones e inclusive combinaciones de fragmentos de disposiciones. Y otro cuando caracteriza la decisión judicial y afirma que las normas son el producto de la interpretación realizada por el juez de una o varias disposiciones o incluso de fragmentos de ellas, *i. e.*, los significados atribuidos por el juez a una o más disposiciones, inclusive fragmentos de ellas.<sup>50</sup> Paso a explicar por qué estas ideas tendrían carácter metafísico.

Siguiendo a Guastini, Comanducci entiende que una disposición es cualquier enunciado del discurso de las fuentes. Concibe al enunciado como un conjunto de vocablos que tiene forma gramaticalmente completa. Y, en su visión, una enunciación es la instancia de un enunciado determinado espaciotemporalmente. El enunciado es una entidad abstracta y la enunciación una entidad concreta.

Así, la primera cuestión es conceptual, porque si las disposiciones son enunciados y éstos son conjuntos de palabras de forma gramaticalmente completa, ¿cómo es posible utilizar fragmentos de disposiciones? Además, si

<sup>50</sup> También podrían integrar este conjunto de ejemplos algunos de los pormenores indicados en relación con la disposición.

los enunciados son entidades abstractas, ¿qué significa que ellas se puedan combinar para expresar una norma?, e incluso, ¿por qué fragmentar o cómo combinar conjuntos de palabras que ya tienen una forma gramaticalmente completa?

La segunda cuestión es empírica, porque en la actualidad, más allá de la técnica legislativa utilizada por la autoridad, los documentos normativos presentan cierta ordenación sistemática de sus elementos, *v. gr.*, dentro de una ley se distingue entre sus capítulos o libros, títulos o apartados, párrafos o subapartado, artículos, números e incisos, entre otros. Por lo mismo, la atribución de significado realizada por un juez, en términos de posibilidad, *puede o podría* recaer sobre varias disposiciones o fragmentos de ellas y, eventualmente, una norma se *puede o podría* atribuir a una combinación de disposiciones y combinaciones de fragmentos de disposiciones.

Ambas cuestiones (conceptual y empírica) derivadas de las propuestas de Comanducci deben ser interpretadas en términos de hechos modales. Un hecho real es uno sobre cómo las cosas son; en cambio, un hecho modal es sobre cómo las cosas pueden, deben o no podrían haber sido. De ahí que el razonamiento modal implique estudiar afirmaciones sobre lo que es posible, imposible, esencial, necesario y contingente. Y la epistemología metafísica de la modalidad es la que investiga cómo podemos conocer o estar justificados a creer en enunciados modales, y, en consecuencia, cómo las premisas o conclusiones modales pasan a ser argumentos filosóficos.<sup>51</sup>

De esta manera, la primera cuestión es una modalidad conceptual al incorporar una (im)posibilidad conceptual en el razonamiento teórico; mientras que la segunda es una modalidad práctica al incorporar la posibilidad de actuar de un modo alternativo al realizado por los operadores jurídicos. La primera modalidad se entiende incorporada en la modalidad lógica, y la posibilidad lógica de algo descansa en la coherencia o ausencia de contradicción explícita, implícita o plausible de su descripción (conceptualmente coherente).<sup>52</sup> A su vez, la segunda modalidad se entiende incorporada en la modalidad física, y algo es físicamente posible si es consistente con las leyes de la naturaleza.<sup>53</sup>

De esta manera, ambas cuestiones me permiten explicitar que, en algunas partes de su obra, Comanducci presenta como descripción (hecho real)

---

<sup>51</sup> Mallozzi, Antonella; Vaidya, Anand y Wallne, Michael, “The Epistemology of Modality”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/modality-epistemology/>, última visita 25 de junio de 2021.

<sup>52</sup> En este sentido Chalmers, quien hace equivalente la modalidad lógica y la modalidad metafísica, Chalmers, David, *La mente consciente*, Barcelona, Gedisa, 1999 [1996], pp. 132-134.

<sup>53</sup> Mallozzi, Antonella; Vaidya, Anand y Wallne, Michael, “The Epistemology...”, *cit.*

una modalidad (hecho modal) y, por ello (dada mi afición por la metafísica) he decidido acuñar la expresión *positivista metafísico* para caracterizar algunos rasgos de la propuesta de Paolo, los cuales, a mi modo de ver, no son estrictamente descripciones de hechos reales, sino más bien elementos teóricos que buscan incluir en sus explicaciones hechos posibles o modales. En otras palabras, en su deseo por describir el derecho que es (tal como es), y que esta descripción sea exhaustiva, algunos aspectos de las propuestas positivistas de Comanducci explican o teorizan posibles maneras en las cuales se *puede o podría presentar* el derecho, sean estas posibilidades conceptuales o empíricas. Se dejan de describir hechos reales y se comienzan a explicar hechos modales. Todo con el propósito de abarcar el mayor número de casos con la teoría, independientemente de su efectiva ocurrencia en el mundo; lo importante sería no dejar casos posibles fuera de la explicación. Situación que, a mi parecer, lo hace incurrir en un positivismo metafísico, más que metodológico.

Por último, si Paolo Comanducci presenta o no simpatías por el *positivismo metafísico* que acabo de inventar es algo que espero él nos pueda clarificar. Así, para invitarlo a la discusión parafrasearé uno de sus textos a modo de instigación:

“¿Cuál es la diferencia entre un [positivista analítico] que *ve* lo que [describe], y lo defiende con pasión, y un [positivista metafísico] que *elige* lo que en su opinión [*puede ser el derecho*], y lo defiende con pasión? Abismal diferencia, diría [Riccardo Guastini]. Prácticamente ninguna, diría yo. Y [Paolo]: ¿qué opina?”<sup>54</sup>

## V. A MODO DE CIERRE

Como se puede apreciar, mi objetivo en este trabajo no está en controvertir la aproximación, propuestas y postulados de una teoría comanducciana del derecho, con los cuales siento una gran afinidad, sino más bien intentar mostrar cómo sus trabajos, a través de un estilo llano y perspicaz, nos permiten volver a pensar e incluso cuestionar algunas ideas ampliamente asentadas en nuestra tradición iusfilosófica.

Por lo mismo, más allá del valor que en sí mismo tienen sus propuestas, el énfasis de este trabajo ha estado en mostrar la necesidad de asumir y explicitar los “prejuicios” metodológicos a partir de los cuales construimos teoría jurídica y, en consecuencia, mostrar cómo luego éstos se plasman (o deben plasmar) en nuestras propuestas explicativas del derecho.

<sup>54</sup> Comanducci, Paolo, “La irrelevancia moral de la diversidad cultural”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 30, 2007, p. 93.

De esta manera, a partir de la confluencia entre presupuestos y teorías busqué explicitar tres pormenores presentes en las propuestas de Paolo Comanducci con el propósito de intentar volver a escuchar su opinión en torno a cuál es el rol de las formulaciones normativas o disposiciones, en dónde radica el carácter normativo, y cómo diferenciar entre el derecho que es y el derecho que puede o podría ser.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, México, Oficina Latinoamericana de investigaciones jurídicas y sociales, 1979.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, “Expressive Conception of Norms”, en HILPINEN, Risto (ed.), *New Studies in Deontic Logic. Norms, Actions, and the Foundations of Ethics*, Amsterdam, D. Reidel Publishing Company, 1981.
- CHALMERS, David, *La mente consciente*, Barcelona, Gedisa, 1999 [1996].
- COMANDUCCI, Paolo, “Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del derecho”, en COMANDUCCI, Paolo; AHUMADA, María Ángeles y GONZÁLEZ, Daniel, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- COMANDUCCI, Paolo, *Constitución y teoría*, México, Fontamara, 2006.
- COMANDUCCI, Paolo, “Constitucionalismo: problemas de definiciones y tipologías”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 34, 2011.
- COMANDUCCI, Paolo, “Derechos humanos y minorías. Un acercamiento analítico neoilustrado”, *Isonomía*, México, núm. 3, 1995.
- COMANDUCCI, Paolo, “El abuso del derecho y la interpretación jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, núm. 21, 2011.
- COMANDUCCI, Paolo, *Estudios sobre constitución y derechos fundamentales*, México, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, 2016.
- COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis meta-teórico”, *Isonomía*, México, núm. 16, 2002.
- COMANDUCCI, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.
- COMANDUCCI, Paolo, “La irrelevancia moral de la diversidad cultural”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 30, 2007.

- COMANDUCCI, Paolo, “Las conexiones entre el derecho y la moral”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, vol. VIII, núm. 12, 2003.
- COMANDUCCI, Paolo, “On Aarnio and Peczenik’s ‘Suum cuique tribuere’”, *Ratio Juris. An International of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Reino Unido, vol. 11, núm. 2, 1998.
- COMANDUCCI, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 21-II, 1998.
- COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 1999.
- COMANDUCCI, Paolo, “Sobre las reglas como razones excluyentes. Un comentario al trabajo de Juan Carlos Bayón”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 19, 1996.
- COMANDUCCI, Paolo, “Some Comments on Tolerations”, *Ratio Juris. An International of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Reino Unido, vol. X, núm. 3, 1997.
- FREGE, Gottlob. *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica*, Madrid, Tecnos, 2013 [1918/19].
- GUASTINI, Riccardo, *Dalle fonti alle norme*, 2a. ed., Turín, Giappichelli, 1992.
- GUASTINI, Riccardo “Dos concepciones de normas”, *Revus*, núm. 35, 2018, <https://journals.openedition.org/revus/3810#ftn13>.
- HARE, R. M., *The Language of Morals*, Reino Unido, Oxford University Press, 1952.
- HOSPERS, John, *Introducción al análisis filosófico*, 2a. ed., Madrid, Alianza, 1982 [1967].
- MALLOZZI, Antonella; VAIDYA, Anand y WALLNE, Michael, “The Epistemology of Modality, Stanford Encyclopedia of Philosophy”, <https://plato.stanford.edu/entries/modality-epistemology/>, última visita 25 de junio de 2021.
- PENCO, Carlo, *Introduzione alla filosofia del linguaggio*, Bari, Laterza, 2004.
- PÉREZ, Manuel y GARCÍA-CARPINTERO, Manuel, *Filosofía del lenguaje*. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2005.
- RECANATI, François, “Content, Mood, and Force”, *Philosophy Compass* (7/8), 2013.
- SEARLE, John, *Actos de habla*, Barcelona, Planeta DeAgostini, 1994.
- TARELLO, Giovanni, *Diritto, enunciati, usi*, Boloña, Il Mulino, 1974.

## LA CREENCIA ERRÓNEA EN LA TEORÍA DE PAOLO COMANDUCCI

Federico José ARENA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El caballo de Troya en los hechos institucionales*. III. *La crítica de Comanducci: sanción divina*. IV. *La crítica de Celano: creencias falsas y autorreferencialidad*. V. *Arquimedeanismo y hechos institucionales*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Hay rasgos del mundo que nos rodea que con obstinada frecuencia se resisten a encajar con las teorías globales acerca de lo que hay y acerca de cómo lo conocemos. Desde hace ya varias décadas, al menos en el contexto de la discusión en filosofía analítica, la teoría global dominante es el empirismo cientificista; es decir, aquello que existe está determinado por lo que puede ser conocido a través de nuestros sentidos, siendo las ciencias naturales las que determinan el contenido de esa categoría. Ahora bien, rasgos como la consciencia, la normatividad, la intencionalidad, entre otros, han puesto en duda con insistencia la completitud de esa ontología. Por ejemplo, como bien argumentó Hart, la normatividad del derecho no puede consistir meramente en un conjunto de comportamientos humanos que se repiten con cierta regularidad.<sup>1</sup> Frente a dificultades de este tipo, la opción parecería ser dilemática. El primer cuerno consiste en mantener la teoría global y conservar la potencia de la visión científica del mundo, pero quedando comprometidos con el eliminativismo: todo lo que no encaja con esa visión, no existe; o, en el mejor de los casos, ha de ser reducido a elementos de la ontología global. El segundo cuerno consiste en conservar esos rasgos recalcitrantes del mundo, sin los cuales muchos fenómenos quedarían despojados de su encanto, pero

---

<sup>1</sup> Cfr. Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, cap. IV.

comprometiéndonos con una visión en conflicto con la ciencia, abandonando su capacidad explicativa.

Son varios los autores que procuraron evitar este dilema, mostrando que hay más opciones. En particular, algunos procuraron mostrar que la conservación de tales rasgos, o al menos alguno de ellos, no exige abandonar la visión científica del mundo. Este es el caso, por ejemplo, de Hans Kelsen y John Searle, dos autores varias veces comentados y analizados críticamente por Paolo Comanducci en diversos textos. Aquí me concentraré en el artículo “Kelsen y Searle”,<sup>2</sup> donde Comanducci analiza las similitudes y diferencias entre las teorías de los dos autores acerca de la ontología de los hechos sociales.<sup>3</sup> Ambos están interesados en mostrar que la existencia de hechos sociales (específicamente los institucionales en Searle y los jurídicos en Kelsen) encaja en un mundo definido por la visión de las ciencias empíricas. Como indica Comanducci, los dos autores son, desde su punto de vista, constructivistas sociales, aunque, siempre según Comanducci, Kelsen resulta además un constructivista epistemológico, algo que de Searle solo puede ser predicado en un sentido demasiado genérico. Que sean constructivistas sociales quiere decir que “ambos afirman que los hechos sociales son ‘construidos’ por las personas, y no son completamente reducibles a hechos naturales”.<sup>4</sup> Que sean construidos por las personas quiere decir que la existencia de tales hechos depende del acuerdo o consenso colectivo. Kelsen es además un constructivista epistémico puesto que agrega la tesis según la cual es el conocimiento científico de tales hechos, y no el de las personas en general, el que construye la realidad social.<sup>5</sup>

Las empresas de estos dos autores han sido objeto de un vasto análisis y la literatura al respecto es cuantiosa. Aquí me concentraré únicamente en una de las observaciones críticas que Comanducci formula respecto de la propuesta de Searle. Comanducci señala que las teorías según las cuales la existencia de hechos sociales o jurídicos depende de las creencias de las personas involucradas se ven en dificultades para acomodar los casos en que las personas tienen creencias erróneas o falsas acerca del hecho en cuestión.

---

<sup>2</sup> Comanducci, Paolo, “Kelsen y Searle”, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 209-225. Este texto es traducción de Comanducci, Paolo, “Kelsen vs. Searle: A Tale of Two Constructivists”, *Analisi e diritto 1999*, Turín, Giappichelli, 2000, pp. 101-115.

<sup>3</sup> A partir de Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto Vernengo, México, UNAM, 1982 y Searle, John, *The Construction of Social Reality*, Nueva York, Free Press, 1995. Como señala Comanducci, Kelsen está interesado en una subclase de hechos sociales: los hechos jurídicos.

<sup>4</sup> Comanducci, Paolo, “Kelsen y Searle”, *cit.*, p. 215.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 216.

Este problema puede ser precisado del modo siguiente. Según Searle, la existencia de un hecho institucional depende, entre otras condiciones, de la intencionalidad colectiva. La intencionalidad colectiva consiste en el estado mental de las personas involucradas según el cual “Nosotros creemos que X es Y”. Es en virtud de esta creencia que es verdadero que X es Y. Dicho de otro modo, X es Y porque las personas involucradas creen que X es Y. A esta creencia la llamaré creencia institucional. Ahora bien, con no poca frecuencia, las personas involucradas suelen también tener creencias falsas acerca de Y. Por ejemplo, una creencia de que X es Y por gracia divina. A esta creencia acerca del origen del hecho institucional la llamaré creencia genética. Searle sostiene que esto no es un inconveniente, pues la existencia del hecho institucional se produce siempre que, a pesar de la falsedad de la creencia genética, las personas sigan asignando a Y las funciones y el estatus correspondientes al hecho institucional. Así, una cosa es creer que X es Y y cumple ciertas funciones (en esto consiste la atribución de estatus y de ello depende la existencia del hecho institucional), y otra cosa es creer que X es Y por gracia divina (esta es una creencia genética falsa, que no incide en la existencia del hecho institucional).

El problema, según Comanducci, es que en algunos casos la creencia institucional y la creencia genética colapsan. Por ejemplo, ilustra Comanducci, este sería el caso de una comunidad donde se cree que la ceguera es una sanción divina. Esa creencia es tanto institucional como genética. Es institucional dado que se cree que la ceguera existe como *sanción* divina y desempeña ciertas funciones normativas, pero también es genética pues la ceguera es una sanción *divina*. Así, creencia institucional y genética tienen el mismo contenido y, por lo tanto, son la misma creencia.

Cuando se da esa coincidencia, continúa Comanducci, se trataría de una creencia (“La ceguera es una sanción divina”) que es a la vez verdadera y falsa. Sería verdadera ya que, en virtud de la creencia colectiva de que la ceguera es una sanción divina, existe el hecho institucional de la ceguera como sanción divina. Sin embargo, dado lo que sabemos sobre cómo funciona el mundo natural, sería falsa, pues la ceguera es un hecho con causas físicas, no divinas.

Respecto de la crítica a Searle, Comanducci está en buena compañía, pues en un artículo del mismo año de la publicación original del texto de Paolo, Bruno Celano dirigió al profesor de Berkeley una batería de críticas. Una de ellas señala las dificultades de la teoría de Searle para acomodar la existencia de creencias falsas acerca del supuesto hecho institucional. Según Celano, es imposible que un hecho sea institucional y que los involucrados



posean creencias falsas respecto de su origen.<sup>6</sup> De todos modos, la crítica de Celano no es exactamente igual a la de Comanducci y la diferencia, como veremos, resultará relevante.

Comanducci y Celano parecen acordar acerca de las consecuencias de la crítica: en el caso de creencias falsas la teoría searliana no ofrece una explicación satisfactoria de la existencia del supuesto hecho institucional. Ahora bien, mientras la conclusión de Celano es únicamente local, pues los hechos institucionales pueden existir cuando no hay creencias falsas; la conclusión de Comanducci es más radical: deberíamos (quizás) abandonar la idea de que existen hechos institucionales en general. Comanducci apoya este escepticismo global acerca de los hechos institucionales en la propuesta eliminacionista de Alf Ross.<sup>7</sup> Como es conocido, Ross argumenta en favor de la reducción de los hechos sociales a hechos empíricos.

Vale la pena aquí señalar que, según Comanducci, un problema similar al de las creencias falsas en Searle se presenta respecto de la existencia de normas irregulares en el marco de la teoría de Kelsen. Se trataría de normas a la vez inválidas (puesto que han sido creadas por órganos incompetentes o contradicen el contenido de significado de normas superiores) y válidas (puesto que todavía no han sido derogadas por un órgano competente). A diferencia de Searle, que no se preocupa demasiado por la cuestión, Kelsen atisba en cambio el problema e introduce la famosa noción de cláusula alternativa tácita para resolverlo.<sup>8</sup> Señalo esta similitud pues, si bien aquí estoy interesado en el problema de las creencias falsas y no me referiré a esta propuesta kelseniana, en otro texto, “Kelsen y Bulygin”,<sup>9</sup> Comanducci propone una defensa de Kelsen frente a las críticas dirigidas contra la tesis de la cláusula alternativa tácita. Desde mi punto de vista, y a pesar de que Co-

---

<sup>6</sup> “La tesi (in sé affatto plausibile) della dipendenza dalla credenza, e l’ammissione della possibilità di credenze false (di questo tipo) entrano in conflitto l’una con l’altra”. Celano, Bruno, “Intenzionalità collettiva, false credenze”, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Roma, Aracne, p. 115.

<sup>7</sup> Comanducci señala también la posibilidad de negar que se trate de hechos institucionales. En ese caso, la afirmación sería siempre falsa. Pero negar que hechos donde hay creencias falsas sean hechos institucionales implicaría descartar muchos ejemplos que, de otro modo, consideraríamos hechos institucionales. De hecho, las personas suelen tener creencias falsas respecto de casi todos los hechos institucionales. Comanducci, Paolo, “Kelsen y Searle...”, *cit.*, p. 223.

<sup>8</sup> Esta propuesta de Kelsen ha sido ampliamente debatida, Comanducci se refiere, sobre todo, a los trabajos de Bulygin y Ruiz Manero al respecto.

<sup>9</sup> Comanducci, Paolo, “Kelsen y Bulygin”, *cit.*, pp. 187-208. Este texto es traducción de Comanducci, Paolo, “Taking Kelsen Seriously”, en Garzón Valdés, E. *et al.* (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourron and Eugenio Bulygin*, Berlín, Duncker and Humblot, 1997, pp. 165-181.

manducci no lo dice, podría ser también una salida para Searle. La solución que Comanducci ofrece para el problema de Kelsen no es eliminativista de los hechos jurídicos (tal como, en cambio, concluye acerca de los hechos institucionales, siguiendo a Ross), sino que, en cambio, consiste, entre otras cosas, en distinguir niveles de lenguaje:<sup>10</sup> el discurso de los profesionales del derecho, de los juristas prácticos, el discurso de la doctrina jurídica; el discurso de los órganos de aplicación, y el discurso de la ciencia jurídica. A partir de esta distinción, sostiene Comanducci, es posible advertir que los enunciados “La norma jurídica N es inválida porque no respeta las normas sobre la producción jurídica” y “La norma jurídica N es válida porque aún no ha sido anulada” no generan una dificultad pues pertenecen a niveles diferentes del discurso. El primero, al discurso de la doctrina jurídica, el segundo, al discurso de la ciencia del derecho como condición de inteligibilidad del sistema jurídico.<sup>11</sup>

Extrañamente, Comanducci no explora una solución similar para el caso de Searle, a pesar de la analogía entre las tesis de los dos autores.<sup>12</sup> En este texto quisiera proponer que la solución al problema en Searle podría adquirir contornos similares, aunque con algunas precisiones adicionales.

A tales fines, el texto estará dividido en las siguientes secciones. En la primera, introduciré brevemente las tesis de Searle acerca de los hechos institucionales y el problema que supone la posibilidad de que las personas involucradas posean creencias falsas. En la segunda introduciré las críticas de Comanducci y Celano, mostrando que no son iguales y precisando sus diferencias. A partir de estas diferencias, propondré una réplica a la objeción de Celano. En la tercera elaboraré la propuesta arquimedea de Comanducci a los fines de ofrecer una salida favorable para la teoría de Searle.

## II. EL CABALLO DE TROYA EN LOS HECHOS INSTITUCIONALES

Para dar cuenta de la realidad social son necesarios, según Searle, los siguientes elementos: (1) la asignación de función, (2) la intencionalidad colectiva, (3) las reglas constitutivas, (4) la noción de trasfondo.

<sup>10</sup> Que Comanducci identifica como “tipos de actividades interpretativas relevantes en el marco jurídico”. Comanducci, Paolo, “Kelsen y Bulygin”, *cit.*, p. 196.

<sup>11</sup> *Cfr.* Comanducci, Paolo, “Kelsen y Searle”, *cit.*, pp. 196-198.

<sup>12</sup> En el mismo artículo “Kelsen y Searle” menciona la solución que en el artículo “Kelsen y Bulygin”, da al problema de la cláusula alternativa tácita, pero no se plantea la posibilidad de extenderla al caso de Searle.

A fin de abordar la objeción de Comanducci, me detendré con algo más de detalle únicamente en los dos primeros. Searle comienza señalando que en la naturaleza hay solo relaciones causales, no funciones. Mientras que las causas no son relativas al observador, las funciones lo son. La atribución de funciones a la naturaleza consiste en insertar esas relaciones causales dentro de un sistema de valores, vinculados con los intereses de los usuarios y observadores.<sup>13</sup> Es por ello que las funciones son relativas al observador, en el sentido que ninguna función es una propiedad intrínseca de un objeto o fenómeno, sino que son asignadas desde fuera por observadores y usuarios conscientes. Distingue además entre funciones no agenciales y funciones agenciales. Las primeras son aquellas asignadas a objetos o procesos naturales como parte de una explicación teórica del fenómeno en cuestión. Por ejemplo, “La función del corazón es bombear sangre”.<sup>14</sup> Las segundas, las funciones agenciales, consisten en los usos que los agentes intencionalmente dan a ciertos objetos o artefactos. Se trata de funciones asignadas relativamente a intereses prácticos de agentes.<sup>15</sup> Una subespecie de función agencial es la función de estatus: “*function that cannot be assigned independently of any human agreement*”.<sup>16</sup> La función de estatus puede ser incluso asignada a un objeto cuya estructura física se encuentra solo arbitrariamente relacionada con esa función. Como el caso del dinero. La asignación de una función de estatus “*creates a new fact, a new fact created by human agreement*”.<sup>17</sup>

Una particularidad que puede poseer la función asignada en los casos de hechos institucionales es que puede tratarse de una función que no puede ser cumplida solo gracias a las propiedades físicas (químicas) intrínsecas del objeto, sino que puede ser cumplida en virtud de una aceptación o acuerdo colectivo<sup>18</sup> (esto no excluye que también determinadas condiciones físicas

---

<sup>13</sup> Searle, John, *op. cit.*, p. 15.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>15</sup> Searle acepta que la distinción no es estricta. Y parece cierto que no lo es, ya que, si toda función es relativa a un valor, parece que claramente toda función es relativa a un interés de los agentes. Las funciones pueden ser impuestas también de modos inconscientes. Pero en el caso de las funciones agenciales es siempre necesario que sea posible para al menos un individuo comprender, consciente o inconscientemente (dice Searle), cuál es la función del objeto.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>18</sup> Searle analiza algunos aparentes contraejemplos (es decir, hechos institucionales cuya función depende únicamente de propiedades físicas) como el caso de un desastre natural que es supuesto de hecho para la verificación de varios derechos y deberes. *Cfr. ibidem*, p. 49.

sean esenciales para el cumplimiento de la función, como la habilidad en el caso del cirujano).<sup>19</sup>

Surge de aquí un elemento crucial para la creación de hechos institucionales, a saber, la asignación de estatus (simbólico). La existencia de hechos institucionales “*requires continued human cooperation in the specific forms of recognition, acceptance, and acknowledgment of a new status to which a function is assigned*”.<sup>20</sup>

Ahora bien, el punto en discusión es que el mismo Searle afirma que si bien los hechos institucionales existen solo cuando se cree que existen (*i. e.*, la existencia de un hecho institucional depende de que se crea que existe), es posible que las personas involucradas posean también creencias falsas acerca de los hechos institucionales, en particular, pueden creer falsamente que la existencia del hecho no depende de que ellas así lo crean. Es por eso que, para Searle, el ser reconocido como hecho institucional no es condición necesaria de la existencia de un hecho institucional, basta con la intención colectiva y la atribución de función.<sup>21</sup> Dicho en los términos usados en la introducción: la existencia de un hecho institucional no depende de una creencia genética que atribuya a las creencias de las personas involucradas algún rol en el surgimiento del hecho, sino que depende de una creencia institucional, es decir, de la intencionalidad colectiva que atribuye a cierto hecho físico un conjunto de funciones agenciales que determinan su estatus como hecho institucional.

Las objeciones de Comanducci y Celano sobre este punto son similares, pero no iguales, por lo que vale la pena advertir las diferencias.

Ambos críticos imaginan una situación en la que una creencia genética falsa respecto del hecho supuestamente institucional afecta la posibilidad de calificarlo como tal. Sin embargo, por su parte, Comanducci sostiene que el problema se da en aquellos casos en que la creencia institucional colapsa con la creencia genética falsa. En cambio, Celano apunta a aquellos casos en que la creencia institucional se apoya en una creencia genética falsa. De todos modos, para ambos autores el problema es que la creencia genética falsa impide afirmar que se trata de un hecho institucional. Para Comanducci ello quizás exija abrazar el eliminativismo de Ross, mientras que para Celano ello muestra que la transparencia, *i. e.*, que las personas involucradas tengan en claro el tipo de interacción en la que participan, es una condición necesaria de los hechos institucionales y que, por lo tanto, en ausencia de

---

<sup>19</sup> *Idem.*

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 23-26, 88 y 89.

transparencia no hay hecho institucional. Esto último implica que, cuando hay transparencia, hay hechos institucionales, por lo que la posición de Celano no es eliminativista.

Creo que de ambas críticas surge la importancia de precisar un punto en la teoría de los hechos institucionales, pero ninguna de las dos implica que la existencia de un hecho institucional es incompatible con la posesión de creencias genéticas falsas por parte de las personas involucradas. En el caso de Celano, creo que la debilidad de la crítica está en que asume lo que hay que probar. En el caso de la crítica de Comanducci, creo que la debilidad es que el colapso señalado no se produce, sino que se trata de dos creencias diferentes. Una vez precisados los alcances de la crítica de Comanducci resultará evidente que la opción por el eliminativismo reduccionista de Ross, aunque no queda descartada, no puede fundarse en las supuestas dificultades que impone la existencia de creencias genéticas falsas. Porque, además, queda todavía la opción de recurrir a la distinción entre niveles de discursos, favorecida por el mismo Comanducci en defensa de Kelsen.

### III. LA CRÍTICA DE COMANDUCCI: SANCIÓN DIVINA

Como vimos, Searle separa la creencia que crea el hecho institucional, por un lado, de la creencia falsa acerca de los orígenes de ese hecho, por el otro. Comanducci propone un ejemplo para mostrar que, *pace* Searle, hay algunos casos en que ambas creencias colapsan, es decir, casos en que se trata de una única creencia. Si ello es así, se produce la extraña situación de una creencia que es a su vez verdadera y falsa, lo cual, como bien señala Comanducci, sería un problema para la teoría. El ejemplo propuesto es el de una comunidad que cree que la ceguera es una sanción divina. Según Comanducci hay aquí una única creencia en la que colapsan la creencia institucional y la creencia genética. La dimensión institucional de esa creencia es que la ceguera cuenta como sanción divina, en cuanto se le asigna la función de “punir a las personas ciegas, con consecuencias normativas asociadas a ese hecho”. La dimensión genética de esa creencia es que se trata de funciones que la ceguera cumple en virtud de imposición de uno o más dioses. Esta creencia sería verdadera, pues la verdad de su dimensión institucional depende precisamente de que tal creencia exista. Pero, por otro lado, la creencia sería también falsa, pues dado lo que sabemos acerca del mundo natural y del modo en que se produce la ceguera, lo afirmado bajo su dimensión genética no es el caso. De la teoría de Searle se seguiría entonces que una creencia puede ser verdadera y falsa al mismo tiempo.

Ahora bien, aun si concediésemos el argumento del colapso, algo sobre lo que más bien tengo dudas, el mismo se aplicaría solo a aquellos hechos institucionales en los que es posible mostrar que ambas creencias son una sola. Y, aun cuando pueda ser bastante común que las personas nutran creencias genéticas falsas acerca de hechos institucionales, parece menos común que tales creencias siempre colapsen con la creencia institucional. Por ejemplo, ese colapso no parece verificarse en el caso propuesto por Celano a partir de un ejemplo del mismo Searle, donde la creencia institucional es “X es Rey” y la creencia genética “X es Rey por imposición divina”. Aquí parece tratarse claramente de dos creencias diferentes. “X es Rey” es una creencia sobre las funciones y el estatus de X; mientras que “X es Rey por imposición divina” es una creencia acerca del origen de las funciones y el estatus de X. Es por eso que Comanducci reconoce que podría existir una solución sencilla; *i. e.*, si hay creencias genéticas falsas que colapsan con las institucionales, entonces no hay hecho institucional, de lo contrario, el hecho institucional existe sin problemas. Pero esto implicaría que la crítica tiene un alcance limitado. Para, en cambio, poner en aprietos a la teoría de Searle, la crítica debería ofrecer un argumento más general que muestre, o bien que el colapso entre la creencia institucional y la genética es más frecuente de lo que parece, o bien que ese colapso en casos insulares produce en realidad una inconsistencia de mayor alcance dentro de la teoría.

Es precisamente respecto de esta última opción que Comanducci se encuentra en la buena compañía de Celano, quien propone reformular el argumento del colapso como una *reductio ad absurdum* de la teoría de Searle, extendiendo así su alcance. Sin embargo, antes de pasar a la próxima sección donde presentaré los argumentos de Celano, quisiera volver sobre el ejemplo de Comanducci. Creo que en el ejemplo no se da, en realidad, un colapso, sino que se trata de la simple conjunción del contenido proposicional de dos creencias. Por ejemplo, la creencia “X es un libro” y la creencia “X ha sido escrito por Comanducci”, pueden ser formuladas en una creencia que es conjunción de ambas “X es un libro escrito por Comanducci”. Si X es en realidad un libro escrito por Searle, la conjunción será simplemente falsa, dado que uno de los conjuntos lo es. Pero no se tratará de una sentencia a la vez verdadera (porque X es un libro) y falsa (porque no ha sido escrito por Comanducci). Lo mismo sucedería con la creencia “La ceguera es una sanción divina” en cuanto conjunción de “La ceguera es una sanción” (creencia institucional) y “La sanción es divina” (creencia genética). Ciertamente, dado que esta última creencia es falsa, la conjunción también lo es. Pero ello no impide que la creencia institucional siga siendo verdadera si se dan las respectivas atribuciones de función y estatus. En definitiva, desde mi

punto de vista, las creencias siguen siendo dos, a pesar de la formulación. Esto, como veremos, no equivale a resolver los problemas de Searle, pero sí exige mostrar por qué la presencia de las dos creencias sería un problema. Algo que procura defender Celano.

#### IV. LA CRÍTICA DE CELANO: CREENCIAS FALSAS Y AUTORREFERENCIALIDAD

Según Celano, el ejemplo de Comanducci serviría para mostrar que, si la única creencia necesaria para que exista un hecho institucional es aquella acerca de su existencia, que he llamado creencia institucional, entonces la clase de hechos que serían institucionales se amplía de manera absurda. En efecto, Celano sostiene que a primera vista la objeción de Comanducci podría parecer mal planteada ya que un hecho como “la ceguera” no es buen candidato a hecho institucional. Para ser un hecho institucional, la función que la creencia atribuye a X debe ser una función que X no podría cumplir sin la existencia de esa creencia, pero los efectos de la ceguera son bien independientes de esa creencia. Sin embargo, si se la pone bajo su mejor luz, la objeción termina por mostrar que, si seguimos a Searle en la reducción de los requisitos para la existencia de un hecho institucional (*i. e.*, basta con la creencia institucional) entonces también la ceguera se vuelve un hecho institucional, algo que resulta, obviamente, absurdo.

Ahora bien, creo que esta reformulación tampoco da en el blanco. Primero, porque la reducción al absurdo se produciría únicamente si la creencia institucional fuese condición suficiente, pero se trata de una condición únicamente necesaria para la existencia de un hecho institucional. La atribución de funciones y de estatus son partes adicionales de las condiciones para la existencia de un hecho institucional. Es precisamente por eso que a pesar de que exista la creencia colectiva acerca de que “La muerte de X fue provocada por la ingesta de cianuro” no convierte a la muerte de X en un hecho institucional. Segundo, porque lo que la creencia institucional atribuye a la ceguera cuando la considera una sanción, no son sus efectos físicos o neuronales respecto de la visión, sino sus efectos normativos en cuanto sanción. Del mismo modo que la pena de prisión es un hecho institucional, a pesar de que los efectos de esa sanción sean físicos y el hecho de estar encerrado no dependa de las creencias colectivas.

De todos modos, Celano avanza un argumento ulterior que es necesario considerar. Según este argumento, si la existencia de un hecho institucional depende de las creencias institucionales de los involucrados, entonces de-

pende también de la creencia genética según la cual el hecho institucional existe en virtud de esa creencia. Por lo tanto, la existencia del hecho institucional es incompatible con que los involucrados nutran creencias genéticas falsas, en particular, es incompatible con la creencia que la existencia del hecho institucional no depende de la creencia.<sup>22</sup>

El punto central para el argumento de Celano es entonces mostrar que la creencia institucional (“X es Y”) implica la creencia genética (“X es Y en virtud de la creencia que X es Y”) y que, por lo tanto, si no se dan ambas (por ejemplo, cuando se cree que X es Y por imposición divina), no es posible afirmar que el hecho institucional existe. Para mostrar este vínculo, Celano recurre a una indicación del propio Searle, a saber, la autorreferencialidad de los hechos institucionales. Celano señala que Searle concibe la autorreferencialidad de una manera ingenua y que, bien concebida, la autorreferencialidad prueba la implicación entre las dos creencias. Veamos el argumento. Searle advierte que decir, por ejemplo, “este papel de colores es dinero en virtud de la creencia que es dinero”, genera cierta autorreferencialidad que implica el riesgo de caer en un regreso al infinito. La autorreferencialidad se verifica porque dentro de la definición de dinero aparece también el concepto de dinero. Sin embargo, sostiene Searle, los efectos de esa autorreferencialidad puede diluirse si, en lugar de dinero, en el *definiens* se indican los rasgos que la creencia atribuye al dinero. Así, “este papel de colores es dinero porque es usado para intercambios”, “este papel de colores es dinero porque es considerado un medio de pago”, etcétera. Searle denomina “expandir el círculo” a esta estrategia destinada a evitar los riesgos de la autorreferencialidad.

Para Celano este modo de concebir la autorreferencialidad es algo ingenuo. Desde su punto de vista, la autorreferencialidad no es una cuestión meramente definicional que pueda resolverse reemplazando un término

---

<sup>22</sup> Un rastro de este argumento está ya en Lewis. En efecto, Lewis no incluye al conocimiento común dentro de las condiciones de convencionalidad que identifica en los primeros capítulos de su libro. Solo una vez presentados los elementos esenciales, Lewis introduce el conocimiento común en el capítulo dos (titulado “Convention Refined”) para resolver ciertos inconvenientes. Según Lewis, “the amends helps to deal with certain odd cases, regularities which seem intuitively unlike clear cases of convention but which would have qualified as conventions under the unamended definition”. Lewis, David, *Convention. A Philosophical Study*, Oxford, Basil Blackwell, 1969, p. 59. Estos son los casos de falsas creencias. Por ejemplo, señala Lewis, todos conducen por la derecha porque tienen la expectativa de que todos harán lo mismo y porque desean evitar los accidentes. Sin embargo, cada uno piensa que es el único racional que lo hace por esas razones y atribuye a todos los demás (falsamente) irracionalidad. Eso, según Lewis, no es una convención, al menos no intuitivamente. Bien, parece que aquí las intuiciones son divergentes.



(*e. g.*, “dinero”) por descripciones definidas (*e. g.*, “usado como medio de pago”). La autorreferencialidad se produce, en cambio, porque la existencia de hechos institucionales involucra creencias acerca de otras creencias. Así, la creencia “este papel de colores es dinero”, ciertamente está acompañada de la creencia “existe la creencia que este papel de colores es dinero”, igual que la creencia “este papel de colores es usado como medio de pago” es acompañada por la creencia “existe la creencia que este papel de colores es considerado como medio de pago”. Según Celano, este tipo de autorreferencialidad implica también que en ese conjunto de creencias se encuentra la creencia según la cual “este papel de colores es dinero porque existe la creencia que es dinero”.

Sin embargo, desde mi punto de vista, existe un *non sequitur* en el argumento. De la sucesión de creencias acerca de las creencias colectivas, no se sigue necesariamente la creencia que “este papel de colores es dinero porque existe la creencia que es dinero”. La autorreferencialidad de las creencias es únicamente acerca del contenido proposicional de la creencia anterior, pero ello no implica necesariamente una relación de origen o causal entre una creencia y la otra; es decir, si bien se trata de diferentes niveles de creencias sobre creencias, el incremento de niveles no implica por sí mismo que en algún punto exista una creencia acerca del origen de las creencias anteriores. Me explico mejor, del hecho que pueda construirse la siguiente cadena de creencias: (i) creencia que X es Y; (ii) creencia que existe la creencia que X es Y; (iii) creencia que existe la creencia que existe la creencia que X es Y; etcétera, no se sigue (iv) creencia que X es Y en virtud de la creencia que X es Y.

Nótese que la creencia genética tampoco surge automáticamente si asumimos la teoría convencionalista de los hechos institucionales defendida por el mismo Celano. De acuerdo con esta teoría, un requisito para la existencia de hechos institucionales (o sociales en general) es el conocimiento común. Para que un grupo posea conocimiento común que X es el caso, debe darse una relación específica entre las creencias de todas las personas involucradas. No es suficiente con que cada una de ellas sepa que X es el caso, es además necesario que sepan que las demás personas saben que X es el caso, y, también, es necesario que sepan que las demás personas saben que las demás personas saben que X es el caso y así sucesivamente. Pero que exista esta cadena de creencias de diferentes niveles no implica que exista también la creencia genética de que el hecho institucional existe precisamente porque se da esa cadena de creencias. Por ejemplo, para que surja el hecho social de la convención de coordinación entre quienes desean restablecer

una llamada telefónica una vez que se ha cortado, es necesario que ambas personas sepan que existe una regularidad de comportamiento según la cual rellama la que llamó primero, y además, que ambas sepan que la otra sabe que existe esa regularidad de comportamiento y así sucesivamente, pero no es necesario, para la solución del problema de coordinación, que ambas sepan que el problema de coordinación se resuelve si ambas tienen conocimiento común, es suficiente con que tengan el conocimiento común para que el problema se resuelva.

En definitiva, creo que Celano no ha ofrecido todavía elementos suficientes para considerar como probada la tesis de que la creencia institucional implica la genética. Por lo tanto, sigue en pie la afirmación serliana según la cual no es necesaria la presencia de la creencia genética para la existencia de un hecho institucional. Si ello es así, entonces la presencia de una creencia genética falsa no afecta la existencia del hecho institucional, que depende, las demás cosas constantes, únicamente de la creencia institucional.

Si lo argumentado hasta aquí es correcto, entonces ni el argumento del colapso esgrimido por Comanducci, ni el argumento de la autorreferencialidad avanzado por Celano logran, desde mi punto de vista, probar que la presencia de una creencia genética falsa es incompatible con la existencia del hecho institucional en los términos de la teoría searliana.

Creo además que hay un argumento adicional para sostener que la creencia institucional es condición necesaria de la existencia del hecho institucional, mientras que no sucede lo mismo con la creencia genética. Y es un argumento apoyado en un contrafáctico. Mientras que Rex seguiría siendo rey, aun cuando las personas dejen de creer que ha sido impuesto por la autoridad divina, siempre que conserven la creencia institucional y la atribución de funciones y estatus, no sucedería lo mismo si se desvaneciese la creencia institucional y permaneciese únicamente la creencia genética. Aun si las personas involucradas siguiesen creyendo en su origen divino, Rex dejaría de ser rey si esas mismas personas abandonasen la creencia institucional y la atribución de funciones y estatus.

Todavía más, la incomodidad que genera la presencia de ambas creencias en un caso particular puede evitarse recurriendo a una distinción de niveles de discurso. Y es aquí donde entra la propuesta de Comanducci para salvar a Kelsen pero que, extrañamente no ensaya en favor de Searle. A analizar esta posibilidad está dedicado el próximo apartado.

## V. ARQUIMEDEANISMO Y HECHOS INSTITUCIONALES

Como adelanté, Comanducci propone en su texto “Kelsen y Bulygin” una solución para una dificultad, similar a la de las creencias falsas en Searle, que aqueja a la teoría pura de Kelsen.<sup>23</sup> Se trata de la dificultad que implica la existencia de normas irregulares: de normas a la vez inválidas (puesto que han sido creadas por órganos incompetentes o contradicen el contenido de significado de normas superiores) y válidas (puesto que todavía no han sido derogadas por un órgano competente). Para evitar los efectos desestabilizadores que se siguen a la existencia de normas irregulares Kelsen introduce la noción de “cláusula alternativa tácita” indicando que:

La constitución faculta al legislador a producir normas jurídicas generales también en un procedimiento distinto del determinado directamente por las normas de la constitución, dándoles otro contenido del que determinen directamente las normas constitucionales. Estas normas de la constitución formulan solo una de las dos posibilidades que la constitución crea. [...] Las disposiciones constitucionales que regulan la legislación tienen el carácter de disposiciones alternativas. La constitución contiene una regulación directa y una indirecta, de la legislación, teniendo el órgano legislativo la elección entre ambas. Esta situación puede muy bien que no haya llegado a ser consciente en el constituyente, o en el legislador, o por lo menos, no plenamente consciente. [...] Ello significa [...] que las disposiciones de la constitución relativas a la derogación de leyes que no corresponden a las disposiciones directas reguladoras, en la constitución, de la legislación, tienen el sentido de que también las leyes que no correspondan a esas determinaciones, deben valer, mientras y entre tanto no sean eliminadas conforme al procedimiento prescripto por la constitución.<sup>24</sup>

No es mi intención extenderme aquí sobre esta “curiosidad” kelseniana, como la denomina Bulygin, ni sobre la discusión a la que ha dado lugar. Pretendo solo referirme a la solución que Comanducci propone para enfrentar los argumentos de quienes sostienen que la “cláusula alternativa tácita” es una tesis *ad hoc* y que debería ser abandonada para salvar al resto de la teoría pura. Por el contrario, Comanducci defiende la idea de que se

---

<sup>23</sup> En este texto Comanducci defiende a Kelsen de algunas de las críticas que le dirigiera Eugenio Bulygin en su artículo “Cognition and Interpretation of Law”, en Gianformaggio, Letizia y Paulson, Stanley (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turín, Giappichelli, pp. 11-35.

<sup>24</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 279 y 280.

trata de una tesis que encaja perfectamente con los postulados kelsenianos. Para advertir que ello es así, señala Comanducci, es necesario recordar los distintos tipos de discurso y de conocimiento del derecho explicitados en la obra de Kelsen. Los tipos de discurso fueron mencionados más arriba: la interpretación de los profesionales del derecho; la interpretación de la doctrina jurídica; la interpretación auténtica; la interpretación de la ciencia jurídica. Mientras que los dos conceptos de conocimiento son, por un lado, el que Comanducci denomina “realista” y que se formula a través de “enunciados de hecho que expresan proposiciones acerca del derecho eficaz en un país determinado” y cuyo objeto son “las normas que son producidas en el proceso de aplicación”.<sup>25</sup> Por otro lado, el que Comanducci llama “formalista” que incluye los “enunciados que expresan las llamadas ‘proposiciones normativas’”.<sup>26</sup> Bien, con este instrumental, Comanducci propone identificar en la teoría pura dos niveles de conocimiento, con dos objetos distintos: “por un lado, los materiales jurídicos brutos (identificados en el primer nivel por el criterio de la eficacia); y, por otro, los materiales jurídicos puros, es decir, las normas (identificadas, en el segundo nivel, por la norma fundamental y la cláusula alternativa tácita)”.<sup>27</sup> A partir de estas afirmaciones Comanducci concluye que

la cláusula alternativa tácita no es una tesis interpretativa, en el sentido común de la palabra “interpretación”, ni tampoco lo es en el sentido kelseniano de interpretación auténtica y de interpretación doctrinal. Kelsen no dice que tengamos que interpretar todos los enunciados jurídicos (por ejemplo, lo de la constitución) como si escondieran una cláusula alternativa. Si así fuera, la tesis de Kelsen no sería para nada convincente. La cláusula alternativa tácita es una tesis interpretativa en el sentido kelseniano de la interpretación de ciencia jurídica.<sup>28</sup>

De este modo Comanducci concluye compartiendo las afirmaciones de quienes sostienen que la cláusula alternativa tácita, al igual que la norma fundante básica, es “una condición de ‘pensabilidad’ de un orden jurídico desprovisto de contradicciones ‘verticales’”.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Comanducci, Paolo, “Kelsen y Bulygin”, *cit.*, p. 198.

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 201.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 200. Comanducci llama aquí en *correttà* a Letizia Gianformaggio y Claudio Luzzati. Véase Gianformaggio, Letizia, “Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause: A Paradox?”, en Gianformaggio, Letizia y Paulson, Stanley (eds.), *cit.*, pp. 257-273 y Luzzati,

Como decía, no puedo aquí entrar en los méritos de esta defensa de Kelsen, me interesa únicamente señalar que esta especie de arquimedeanismo, que separa los enunciados de la ciencia, por un lado, de los enunciados de la doctrina, bien podría también extenderse a la propuesta searlina respecto de los hechos institucionales; es decir, la afirmación según la cual un hecho institucional existe cuando existe una creencia institucional es una afirmación de la filosofía de los hechos sociales. No es una tesis explicativa de las acciones de los participantes en cada una de esas prácticas, por lo que no tiene la pretensión de formar parte de la intencionalidad con que las personas se involucran en ellas. Por otro lado, la afirmación de que cierto grupo nutre, respecto de determinado hecho institucional, una creencia genética determinada (su origen divino, por ejemplo) es una afirmación que sí tiene pretensiones explicativas respecto de la acción de los participantes, por lo que su corrección depende de que tal creencia forme parte de la intencionalidad de las personas involucradas. Que tales personas sigan sosteniendo esa creencia genética, a pesar de que conozcan la afirmación filosófica puede deberse a diversas razones. Por ejemplo, Searle señala que pueden existir, y que por lo general existen, consideraciones, externas a la naturaleza institucional de la práctica, tales como la utilidad social, la economía en la decisión u otras, que hacen que esa creencia se conserve a pesar del error.<sup>30</sup> Pero más allá de esto, el punto importante es que se trata de dos discursos diferentes, uno filosófico y otro explicativo de acciones.

## VI. CONCLUSIONES

En este breve texto he intentado contribuir a la reflexión que Paolo Comanducci hiciera sobre uno de los puntos problemáticos de la teoría de los hechos institucionales de Searle. Un tema al que Comanducci se ha referido en diferentes trabajos. Me he concentrado en la dificultad que, para la teoría de Searle, implica el hecho que, en muchas ocasiones, las personas involucradas en un (supuesto) hecho institucional nutren creencias erróneas o falsas respecto del origen de ese hecho, creencias que he denominado genéticas. He intentado mostrar que la crítica de Paolo, en colaboración con Bruno Celano, no da en el blanco, ya que la única creencia necesaria para la existencia de un hecho institucional es la que he llamado creencia institucional, *i. e.*, la

---

Claudio, “Kelsen vs. Bulygin on Legal Interpretation: How not to Read Kelsen through Hart’s Eyes”, en Gianformaggio, Letizia y Paulson, Stanley (eds.), *op. cit.*, pp. 85-106.

<sup>30</sup> Véase Searle, John, *op. cit.*, p. 157.

creencia de que X es Y, en el sentido de que desempeña ciertas funciones y posee cierto estatus. La creencia genética no colapsa ni es implicada por la creencia institucional, por lo que la falsedad de la primera no afecta a la segunda. Sobre el final he además introducido la sugerencia de que la propuesta arquimedea de Comanducci, destinada a defender a Kelsen de las críticas contra su “cláusula alternativa tácita”, consistente en distinguir diferentes niveles de discurso, podría ser extendida en beneficio de la teoría de Searle. En el sentido de ofrecer una explicación más elaborada de la posibilidad de convivencia entre una creencia institucional y una creencia genética falsa.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- BULYGIN, Eugenio, “Cognition and Interpretation of Law”, en GIANFORMAGGIO, Letizia y PAULSON, Stanley (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turín, Giappichelli.
- CELANO, Bruno, “Intenzionalità collettiva, false credenze”, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Roma, Aracne, 2010.
- COMANDUCCI, Paolo, “Kelsen vs. Searle: A Tale of Two Constructivists”, *Analisi e diritto 1999*, Turín, Giappichelli, 2000.
- COMANDUCCI, Paolo, “Kelsen y Searle”, en COMANDUCCI, Paolo (ed.), *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- COMANDUCCI, Paolo, “Taking Kelsen Seriously”, en GARZÓN VALDÉS, E. et al. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourron and Eugenio Bulygin*, Berlín, Duncker and Humblot, 1997.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto Vernengo, México, UNAM, 1982 [1960].
- LEWIS, David, *Convention. A Philosophical Study*, Oxford, Basil Blackwell, 1969.
- SEARLE, John, *The Construction of Social Reality*, Nueva York, Free Press, 1995.

## CERTEZA Y JUSTICIA. COMENTARIOS A LA OBRA DE PAOLO COMANDUCCI

Hernán G. BOUVIER  
Rodrigo E. SÁNCHEZ BRÍGIDO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La relevancia de los procesos mentales.*  
III. *Formas de vida y falacia naturalista.* IV. *Culturas, razonabilidad y falacia de la composición.* V. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN

En los sistemas contemporáneos en los que rige el Estado de derecho se encuentra extendida la expectativa de contar con cierta certeza sobre el comportamiento de las autoridades. En la medida en que las autoridades jurídicas tienen competencia para intervenir en las libertades, la pretensión de certeza no se agota en un mero interés teórico de conocer y pronosticar regularidades. Reviste más bien un interés práctico anclado en la preocupación por el límite de dichas libertades. Contar con cierta información sobre lo que harán las autoridades jurídicas es un dato imprescindible no sólo para empresas de largo aliento —como planificar un curso vital— sino para la tranquilidad cotidiana misma. Salvo prueba en contrario, las sorpresas sobre las libertades no son bienvenidas.

Junto a la expectativa de certeza sobre la injerencia en las libertades se erige, de modo conjunto, una pretensión más exigente. Se espera que las decisiones cognoscibles sean no solo predecibles sino también que tengan un contenido de justicia. Esto es equivalente a decir que se aspira a *contenidos ciertos y solo a ciertos contenidos*. La aspiración robusta no puede contentarse con saber qué acaecerá; necesita además contar con algunas garantías sobre el contenido de lo que será decidido. Surge aquí la sensata aspiración a una certeza con contenidos cualificados, desde el momento en que no cualquier dato certero es suficiente. Alternativamente puede hablarse de un deseo de certeza en sentido comprensivo.

Paolo Comanducci ha analizado una variante de esta pretensión robusta en la obra de Aulis Aarnio. De acuerdo con este último, en las sociedades contemporáneas se espera no solo certeza sino también ciertos contenidos de justicia.<sup>1</sup> La propuesta de Aarnio es problemática según Comanducci porque la certeza en este sentido cualificado supone un contenido de justicia más o menos preciso (eventualmente acordado o compartido). De acuerdo a Comanducci, sin embargo, en sociedades multiculturales no puede presuponerse semejante homogeneidad. De manera tal que las ideas de Aarnio fallan en el plano descriptivo pues no explican el carácter cooperativo y a la vez conflictual de las sociedades modernas. Falla además en términos normativos, si es que la tesis se interpreta como algún tipo de invitación a concebir al derecho de esa manera o a mantener tal expectativa.<sup>2</sup>

La metodología y las herramientas que utiliza Comanducci para realizar estas críticas son bien conocidas y de reputada tradición. Por un lado, se basan en observaciones empíricas de sentido común sobre la composición de las sociedades occidentales actuales. Por el otro, descansan en un razonable no-cognitivism ético o político. No hay acuerdo ni bases sustentables y definitivas para decidir sobre la corrección última de las pretensiones prácticas (morales o políticas). El punto de apoyo de estas dos ideas es la constatación poco menos que irrefutable según la cual existe gente autointeresada y habitamos sociedades multiculturales.

En lo que sigue realizaremos algunas observaciones a la propuesta de Comanducci. Pretendemos mostrar, por un lado, que algunas de las críticas que realiza a Aarnio se aplican a su propia propuesta. Más precisamente, que Comanducci critica un abordaje que luego utiliza o presupone. Por el otro, sostendremos que el argumento basado en el autointerés y el multiculturalismo deja incólume la propuesta de la certeza en sentido comprensivo o cualificado, al menos bajo una lectura de esta última.

La discusión está organizada del siguiente modo. En la sección II nos ocuparemos de un argumento de Comanducci de corte más bien metodológico, destinado a criticar a Aarnio en tanto su propuesta en favor de la idea de certeza comprensiva daría una importancia inadecuada a los procesos mentales en el análisis de la interpretación. En la sección III nos detendremos en la crítica de Comanducci a lo que sería la base normativa del argu-

---

<sup>1</sup> Aarnio reserva para la certeza en sentido simple y no cualificado el rótulo *certeza sensu stricto*, mientras que para la expectativa de seguridad y contenido elige hablar de *certeza sensu largo*.

<sup>2</sup> Comanducci, Paolo, *A propósito di... Note sparse sulla teoria del diritto del secondo novecento*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 18.



mento de Aarnio: el problema de apelar a las formas de vida compartidas. La sección IV está dirigida a evaluar otro aspecto de la crítica normativa de Comanducci, a saber, la supuesta relevancia del agente autointeresado y del multiculturalismo contra la propuesta de certeza comprensiva.

## II. LA RELEVANCIA DE LOS PROCESOS MENTALES

Como es conocido, Aarnio está interesado en identificar las condiciones básicas de un razonamiento jurídico que pueda reputarse como *razonable* dada una plataforma común de forma de vida.<sup>3</sup> Esto es equivalente a sostener que pretende identificar criterios normativos presentes en un grupo social que permitan discriminar entre acciones correctas e incorrectas. Bajo la asunción de que interpretar en sede dogmática o judicial supone una acción, se incluyen dentro de las acciones a discriminar aquellas que están autorizadas y aquellas que no. No cualquier interpretación puede resultar razonable.

La relación entre el anhelo de ajustar la argumentación e interpretación jurídica a ciertos estándares y la preocupación por la certeza en cualquiera de sus sentidos es bastante directa. Tiene que poder discriminarse el conjunto de acciones permitidas en la argumentación como condición *contribuyente* para saber qué se hará y qué se hizo en la medida en que se asume que no importan solo los meros resultados casualmente correctos.<sup>4</sup> Además, tener conocimiento de cómo se ha razonado y qué parámetros se han tenido en cuenta es necesario (y no tan sólo contribuyente) para medir la aceptabilidad de un argumento. Resulta indispensable si existe un interés en la certeza robusta y la legitimidad o aceptabilidad de una decisión.<sup>5</sup>

Aarnio propone una teoría sofisticada sobre cómo de hecho interpretan las autoridades y, en especial, sobre cómo deberían interpretar dadas ciertas asunciones culturales. Según su reconstrucción sólo valen ciertos argumentos, no puede invocarse cualquier fuente y el paso del texto a su significado está constreñido por reglas hermenéuticas precisas, algunas de las cuales son estrictamente procedimentales. Indican cómo pasar justificadamente de un texto o conjunto de disposiciones normativas a un significado. Por detrás de estas ideas se encuentran concepciones profundas sobre la deliberación,

---

<sup>3</sup> Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Lima, Palestra, 2016.

<sup>4</sup> Aarnio sostiene: “si una interpretación está basada en una elección casual entre varias alternativas no responde a las pautas de certeza jurídica”. *Ibidem*, p. 294.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 137 y 239.

el razonamiento, la justificación y la hermenéutica,<sup>6</sup> que Aarnio pretende basar en la obra de autores como Wittgenstein, Habermas, Perelman o Alexy, por sólo citar algunos. No es posible ni necesario ocuparnos de las particularidades que se encuentran bajo estos grandes rótulos, nombres y escuelas.

Una primera crítica que Comanducci dirige a Aarnio se refiere a su concepción de la interpretación jurídica. La idea central del autor italiano es que Aarnio está interesado en el procedimiento de interpretación jurídica al precio de apegarse demasiado a los procesos mentales, algo que comportaría problemas metodológicos o conceptuales. En sus palabras:

(Aarnio) se ocupa —dentro del modelo normativo de la interpretación y la justificación— principalmente de procesos, es decir, de actividades que no parecen ser otra cosa que mentales, tales como el círculo hermenéutico (que consiste en la actividad mediante la cual el intérprete llega a elegir una cierta tesis interpretativa), o el procedimiento discursivo (que consiste en la actividad mental mediante la cual el intérprete llega a justificar una cierta tesis interpretativa).<sup>7</sup>

Según Comanducci, el problema central de ocuparse de procesos como procedimientos mentales es problemático. Aunque quizás puede parecer natural para un abordaje normativo, para uno descriptivo o teórico no sería atinente. Esto es así porque las actividades mentales son para Comanducci difícilmente cognoscibles.<sup>8</sup>

Se convoca aquí un clásico canon analítico según el cual, para simplificar, los estados mentales son inaccesibles y por tanto vedados a la ciencia o teoría. El paradigma según el cual los estados mentales o las representaciones son inaccesibles, subjetivas y difíciles de inspeccionar posee una larga tradición. Descartes y Frege son los pasos obligados, en la medida en que este último realiza una clara distinción entre representaciones y pensamiento (*Vorstellungen* y *Gedanke*). Dado que solo los contenidos abstractos del pensamiento pueden integrar el contenido de una proposición, el contenido de las representaciones no puede ni debe ser atendido por su carácter eminentemente subjetivo e inaccesible.

El precio que hay que pagar por excluir la accesibilidad a los estados mentales, a las creencias y a los deseos en general es bastante alto. Por lo pronto hay que explicar cómo se tornan verificables algunos de los siguien-

<sup>6</sup> *Ibidem*, cap. 3.

<sup>7</sup> Comanducci, Paolo, *A proposito di...*, *cit.*, p. 25 (traducción de los autores).

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 25.

tes enunciados canónicos, contenidos de una u otra manera en diversas afirmaciones de Comanducci en su argumento contra Aarnio. A saber:

- (creencias sociales) “la sociedad S cree Z”
- (multiplicidad de creencias) “sabemos que hay diferentes creencias”
- (multiculturalismo) “las culturas son conjuntos de creencias medianamente ordenados, hay muchas culturas”
- (creencias judiciales) “los jueces responden a sus ideologías”
- (comparación entre sociedades) “no todas las sociedades son como la sociedad escandinava en la que piensa Aarnio”
- (expectativa de certeza en sentido estricto) “en las sociedades de referencia está instalada la pretensión de certeza con independencia del contenido”.

Resulta dudoso que puedan hacerse estas afirmaciones, como de hecho realiza Comanducci, sin asumir que se tiene acceso a procesos mentales y formas de pensamiento. Sea como sea, del hecho de que un fenómeno sea mental no se sigue que sea inaccesible y tampoco se sigue que no pueda ser reglado o sujeto a razones. El punto es relativamente central para nuestros propósitos en la medida en que Comanducci, como veremos, cree encontrar en la descripción de cómo se conciben los diferentes grupos sociales y culturales la prueba de que no existe una forma de pensar y razonar, sino varias, y que ello afectaría el modelo normativo de Aarnio. Esto no niega la relevancia de los procedimientos mentales para llegar a una conclusión. Más bien la presupone.

Es cierto, no obstante, que el punto indicado es importante pero no central en el embate de Comanducci. Más centrales son sus dudas acerca del rendimiento de la figura de *formas de vida* en el argumento Aarnio y el dato incontestable de la existencia de agentes autointeresados y multiplicidad de culturas.

### III. FORMAS DE VIDA Y FALACIA NATURALISTA

Aulis Aarnio invierte un esfuerzo considerable en mostrar que los parámetros normativos que deberían regir el recto razonar y que permiten distinguir entre argumentos razonables e irrazonables se extraen a partir de la constatación de una forma de vida o plataforma común de creencias.

Resulta complejo delimitar el alcance y utilidad que reviste en la obra de Aarnio la noción wittgensteiniana de *forma de vida*. El concepto es difuso, admite varias interpretaciones y convoca problemas filosóficos bien conocidos. Esto es así porque tiene que aceptarse que hay normas sociales vincu-

lantes que surgen de hechos contingentes. No necesitamos para nuestros propósitos detenernos en estas dificultades. Por lo pronto, basta señalar de manera somera qué *rol* cumple ese concepto en la obra del escandinavo.

Para Aarnio, no es conducente proponer criterios normativos universales, abstractos e independientes de una comunidad de origen y anclaje. Se trata de partir de un fenómeno contingente —dado que las sociedades podrían haber sido de otra manera, pero no lo son— y a partir de allí identificar una gramática normativa. Que exista esa gramática o punto de vista común es contingente y por tanto aleatorio e incluso arbitrario. De eso no se sigue que ese fenómeno contingente no incluya parámetros de racionalidad identificables. Se trata de parámetros de un grupo específico y para un grupo específico.<sup>9</sup> Por último, identificar e invocar en un razonamiento estos parámetros presentes en la forma de vida contingente constituye la condición de posibilidad de algún consenso. Tiene que tratarse de formas de ver el mundo, argumentar y proceder que no resulten extrañas a las personas destinatarias, so pena de horadar su aceptabilidad. Aarnio ha insistido en este aspecto en un conocido texto en coautoría con Peczenik.

Comanducci encuentra en esta propuesta dos errores fundamentales. El primero de ellos aparecería a nivel metaético pues, según entiende, Aarnio pasaría de cuestiones fácticas sobre la conformación y creencias de una determinada sociedad a cuestiones normativas sobre cómo debería comportarse dicha sociedad o qué resulta razonable.<sup>10</sup> El segundo error sería que la propuesta normativa de Aarnio se basa en una expectativa de certeza que según Comanducci en verdad no existe como tal o que, en sociedades como las nuestras, no podría existir, lo que tornaría a la propuesta normativamente poco atractiva por inaplicable.

No diremos nada aquí sobre la primera crítica de Comanducci. Como dijimos, apelar a la idea de formas de vida parece suponer que hay normas sociales vinculantes que surgen de hechos contingentes y ello sería problemático, tal como Comanducci afirma. Pero sí vale la pena advertir, antes de pasar a la segunda crítica, que hay una tensión interna entre las dos críticas de Comanducci.

En efecto, la idea de que la expectativa es poco atractiva por inaplicable equivale a conceder que las cuestiones descriptivas tienen impacto en cuestiones normativas o, lo que es equivalente, que si el mundo o nuestras

---

<sup>9</sup> Véase la consideración de Aarnio sobre la audiencia ideal particular en Aarnio, Aulis, *Lo racional...*, *cit.*, cap. 4, en especial p. 337.

<sup>10</sup> Comanducci, Paolo, “On Aarnio and Peczenik’s, *Suum Cuique Tribuere*”, *Ratio Juris. An International of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Reino Unido, vol. 11, núm. 2, junio de 1998, p. 186.

sociedades fueran diferentes, entonces el argumento sustantivo de Aarnio ganaría alguna plausibilidad. Y esto último está en tensión directa con criticar a Aarnio por incurrir en la falacia naturalista. Ello porque impugnar una propuesta normativa por su imposibilidad supone indicar que aspectos modales (o descriptivos) tienen relevancia en consideraciones normativas. No es plausible, razonable o debido aquello que es imposible o de difícil realización. Este paso solo puede realizarse si se acepta alguna relación entre *posible* y *debido* o entre aspectos descriptivos y normativos, un vínculo común en teorías que conectan el deber con el poder y en algunas llamadas “internalistas” que van desde Hume hasta Bernard Williams y Michael Smith. Los deberes o razones tienen que ser el tipo de consideraciones normativas posibles para un agente dada su conformación o su *set* motivacional. En caso contrario, se exige un absurdo o se tienta un perfeccionismo, pues se requiere a las personas algo que está más allá de sus posibilidades.

Tocaría a partir de aquí ingresar en el problema filosófico profundo de la relación hecho-valor o mundo-normas, pero no es posible emprender aquí semejante tarea. Por lo pronto nos interesa dejar señalado el punto según el cual, en la argumentación de Comanducci contra Aarnio, juega un rol importante no el hecho de que no hay conexiones entre mundos y valores aceptables, sino el hecho de que en realidad el mundo no es como lo está describiendo Aarnio. La propuesta de éste último, en definitiva, es inaplicable. Pasamos entonces en la próxima y última sección a la consideración sustantiva de Comanducci. Como adelantamos, su golpe final se basa en la inaplicabilidad del modelo de Aarnio en virtud de la posibilidad de personas autointeresadas y del multiculturalismo.

#### IV. CULTURAS, RAZONABILIDAD Y FALACIA DE LA COMPOSICIÓN

Como se indicó, Aarnio es bastante explícito al sostener que su teoría es normativa pero anclada; es decir, pretende inferir criterios de razonabilidad abstractos e ideales a partir de (y para) un grupo social o político que parta de ciertas formas compartidas de ver el mundo. Así, al momento de pensar la interpretación explícita de manera frontal su pretensión normativa anclada a ciertas sociedades. Sostiene, por ejemplo, que “Una doctrina liberal de las fuentes del derecho es una condición necesaria del tipo de teoría justificatoria presentada en este estudio”.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Aarnio, Aulis, *Lo racional...*, cit., p. 136.

Más allá de la cuestión puntual de la interpretación jurídica, Aarnio considera que pueden identificarse parámetros de argumentación y deliberación que definen lo razonable. Estos parámetros están presentes en sociedades democráticas y liberales con una conformación determinada. La existencia de esa forma de vida restringe el tipo de pretensiones que pueden avanzarse y qué razones pueden invocarse. En esta línea indica que una comunidad social es una comunidad cooperativa. La vida abierta y democrática no puede permitir a cada cual su propio código de valores.

Comanducci encuentra múltiples problemas en esta idea que, a esta altura, apela a los valores democráticos, deliberativos y liberales. Según Comanducci, la idea (normativa) según la cual un sistema democrático, con ciertas condiciones de razonabilidad y deliberación, daría lugar a una certeza robusta (que combine previsibilidad con principios de justicia aceptables) solo funciona en una sociedad con cierta homogeneidad política, social y lingüística. El modelo es inaplicable para las sociedades occidentales actuales. Lo máximo que queda es la expectativa razonable a una ley *certa*, más allá de su contenido. Las razones de Comanducci para esta conclusión son dos.

En primer lugar, resulta plausible pensar que en la sociedad hay personas autointeresadas que no tienen ningún interés en el contenido justo o aceptable de las decisiones. A las personas autointeresadas la cuestión de justicia sustantiva les resulta menor o irrelevante. En segundo lugar, haya personas autointeresadas o no, lo cierto es que, dado el multiculturalismo, no puede hablarse de una base o forma de vida compartida.

Un primer paso complicado en la argumentación de Comanducci se refiere a la relación entre autointerés y concepción de la justicia. Su texto parece presuponer que están las pretensiones de justicia por un lado y el autointerés por el otro, y que los autointeresados no tienen interés por la justicia o que el autointerés no vale como pretensión de justicia. Pero no existe nada en el lenguaje que impida hablar de concepciones o aspiraciones de justicia basadas en el autointerés (y eventualmente en la ventaja mutua). Una lectura de Hobbes y Hume lo permite. De hecho, suele distinguirse entre concepciones o teorías de la justicia basadas en el autointerés/ventaja mutua, por un lado, y aquellas basadas en la imparcialidad, por el otro.<sup>12</sup> De modo tal que no puede sostenerse, sin razón ulterior, que las personas autointeresadas no aspiran a la certeza sobre contenidos justos. Salvo que se estipule que perseguir el autointerés no vale como pretender o esperar justicia.

---

<sup>12</sup> Barry, Brian, *Teorías de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2001.

Existen buenas razones conceptuales para no excluir a las teorías del autointerés de las teorías de la justicia. En un sentido operativo y deflacionista, puede considerarse como teoría de la justicia cualquier propuesta que avance alguna división de cargas y beneficios en donde está involucrado más de un individuo. Así las cosas, no hay razón concluyente para excluir una actitud autointeresada de las teorías de la justicia. Al menos mientras tal propuesta —al igual que otras que son consideradas casos paradigmáticos de teorías de la justicia— proponga alguna división de cargas y beneficios para una vida en común que necesariamente implica a otros. Si la pretensión no implica distribución de cargas y beneficios ni implica terceros, quizás pertenece a otra esfera práctica. La maximización del propio placer o de las utilidades a expensas de otro supone esperar o anhelar que las decisiones satisfagan esa pretensión. Puede ser una mala pretensión de justicia, pero no deja por ello de ser una expectativa sobre la distribución de cargas y beneficios en una vida en común. En este contexto, sería difícil catalogar a alguien de autointeresado si cualquier vulneración posible de tal interés le resultara indiferente. Este es un modo económico y parcialmente analítico de indicar que la supuesta pretensión de certeza en sentido robusto también puede encontrarse en un individuo autointeresado. El autointerés puede articularse como una pretensión de justicia y quien persigue el autointerés no puede ser indiferente al contenido de lo que se decidirá.

Desde este punto de vista, todos pretenden no sólo previsibilidad sino contenido, pero desacuerdan sobre los contenidos. Esto abona la intuición de Aarnio en la medida en que incluso el personaje hipotético del autointeresado, según la reconstrucción que se hace de él, supone interés por los contenidos. Considera que eso le corresponde (es justo) y espera eso y no otra cosa.

Corresponde evaluar ahora en cuánto afecta la constatación de que, en sociedades multiculturales, no hay acuerdo sobre los contenidos a la idea de Aarnio según el cual se aspira a certeza calificada.

Es posible mostrar que en sociedades multiculturales un sistema con ciertas condiciones mínimas de deliberación y publicidad puede garantizar al mismo tiempo la expectativa de certeza en sentido estricto (con independencia del contenido) y *cierta* certeza sobre el contenido en términos de justicia. Basta que un sistema normativo garantice que cierto conjunto de cuestiones controvertidas (por ejemplo, las que involucran etnias, religiones y culturas) o bien no puedan decidirse por mayoría (no se admiten visiones omnicomprensivas que eliminen a uno de esos grupos) o bien que sólo se decidirán por una mayoría lo suficientemente calificada después de una deliberación en la que todos cuentan como iguales (como es el caso

en constituciones occidentales modernas). Con base en este modelo, nadie puede tener la certeza sobre *todo* contenido (qué contenido tendrá la ley tal o cual) pero sí sobre algunos que *no puede tener* o que, en su defecto, teniéndolos, solo podrán ser aprobados después de un procedimiento complejo en el cual todas las voces cuentan. Así puesto, es posible satisfacer la certeza robusta. No porque todos quedarán conformes con cualquier resultado (el *selfish man* quizás no) sino porque habrá certeza o bien de que ciertos contenidos están excluidos o bien de que, aunque no excluidos, serán discutidos con un grado de publicidad y en condiciones tales que nadie podrá alegar desconocimiento o estar alienado. Si se entiende así la certeza robusta, que existan grupos que finalmente no estén de acuerdo con tal o cual contenido no excluye que el contenido tenga algún grado de “justicia” incluso para ellos mismos. Certeza sobre el contenido (o sobre la justicia) también puede significar, en definitiva, saber de antemano que hay un proceso especial para ciertos contenidos.

La respuesta o crítica normativa ante esta propuesta no puede ser que nadie puede garantizar el acuerdo total sobre los contenidos excluidos o sobre el procedimiento para decidir sobre ellos. Ninguna propuesta normativa puede hacer lugar a todos los motivos o pretensiones. Y en todo caso, si ése es el argumento para tener por implausible la propuesta normativa, el problema no es entonces el autointerés o el multiculturalismo sino el simple hecho de que no hay sistema normativo capaz de hacer lugar a todos los contenidos o pretensiones normativas idiosincráticas (egoístas o no). Por lo demás, eso no es una objeción contra un modelo normativo en contextos multiculturales sino contra cualquier modelo normativo en donde exista al menos un individuo que esté en desacuerdo. Pero un sistema normativo (político o jurídico) en que todo el mundo esté de acuerdo no se ha visto jamás. Y es posible que no se lo vea por razones conceptuales.

En efecto, un sistema de normas supone conceptualmente su posibilidad de desatención. De otra manera regularía *necesidades*. Un gesto lógicamente absurdo, idéntico a normar lo imposible. De otro costado, cualquier sistema normativo declara a algunas conductas posibles como no opcionales, pues de lo contrario no podría discriminar entre acciones correctas e incorrectas. Si esto es así, *no cualquier acción es válida y cualquiera es posible*. Entre ellas su desatención, no aceptación, o disenso. Esto equivale a decir que la propuesta normativa de Aarnio —si falla— no falla porque hay gente que no aceptará, estará interesada en otras cosas o pertenece a otras culturas, sino porque no puede (y nunca podrá) conformar a todos, que es una consecuencia necesaria de decir que es normativo. Así puestas las cosas, el modelo de Aarnio resulta inaplicable no por cómo son nuestras sociedades, sino



porque cualquier sistema normativo no puede (conceptualmente) garantizar la adhesión efectiva a todas sus normas por todas las personas.

Como pretender un sistema normativo que incluya todas las pretensiones y no frustre a nadie es imposible, y como querer lo imposible es irracional, los pedidos de cualquier cosa que sea, solo pueden ser entendidos asumiendo su razonabilidad. Como lo único razonable a lo que se puede aspirar es a un sistema que tenga en cuenta las diferentes pretensiones, aunque no las satisfaga, debe aceptarse cualquier sistema que maximice esta posibilidad. Si un sistema democrático es capaz de garantizar esto, habrá garantizado la certeza en sentido robusto en un sentido especial. Será previsible que todos los contenidos sean tratados y eventualmente puede suceder que “mi” contenido sea atendido de manera final. Eso es lo máximo a lo que puede aspirar, sensatamente, alguien interesado o defensor del multiculturalismo. De otro modo, solicita algo imposible y se acerca a una contradicción. La contradicción ocurre si el reclamo es reconstruido como el pedido de que se respeten ciertos valores o intereses al mismo momento que se lamentan o rechazan las pretensiones normativas contrarias. El contenido de ese rechazo no puede ser que está mal o es injusto que alguien imponga un contenido que no se acepta, porque de obrarse de acuerdo con esta petición, habrá que imponerle a alguien los contenidos que de otra manera no aceptaría. Esto es equivalente a quejarse de la imposición para cometerla.

Esto no es suficiente, sin embargo, para considerar sustentable toda la propuesta de Aarnio, pues subsiste una duda generada por las agudas reflexiones de Comanducci. En efecto, resta argumentar por qué razón el hecho de que nuestra forma de vida esté comprometida con la idea de una democracia la hace por ello valiosa. Se requiere un argumento adicional en favor de esa idea si se quiere completar la tarea de Aarnio. Sobre este punto asiste razón a Comanducci. Y le asiste razón también al sostener que Aarnio tendrá inconvenientes para satisfacer ese requerimiento precisamente porque suscribe una posición no-cognitivista. Nótese que no es posible defender el valor de la democracia simplemente indicando que es un hecho contingente anclado en cómo son o se conciben ciertas sociedades. Justamente, el valor de la democracia implica, en una de sus declinaciones, que se den y escuchen razones lo más abiertas posibles sobre cualquier propuesta normativa. Se trata de un imperativo que se proyecta sobre cualquier autor o autora que la sostenga o defienda. Sin tal argumentación, la propuesta falla en sus propios términos. Falla, en la medida en que no ofrece razones en favor de un hecho.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Lima, Palestra, 2016.
- BARRY, Brian, *Teorías de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2001.
- COMANDUCCI, Paolo, *A propósito di... Note sparse sulla teoria del diritto del secondo novecento*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- COMANDUCCI, Paolo, “On Aarnio and Peczenik’s *Suum Cuique Tribuere*”, *Ratio Juris, An International of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Reino Unido, vol. 11, núm 2, junio de 1998.

## PAOLO COMANDUCCI Y EL MODELO DESCRIPTIVO DE LA TEORÍA DEL DERECHO

Natalia SCAVUZZO

La tarea de la filosofía, una tarea a menudo difícil y dolorosa, es extraer y exponer a la luz las categorías y los modelos ocultos que condicionan el pensamiento de los seres humanos (es decir, su uso de las palabras, las imágenes y otros símbolos), revelar qué hay de oscuro o de contradictorio en esas categorías y modelos, discernir los conflictos que existen entre ellos y que impiden organizar, describir y explicar la experiencia de forma más adecuada (porque toda descripción y toda explicación implican un modelo que sirva para describir y explicar); y, a un nivel todavía más elevado, examinar la naturaleza de la propia actividad (epistemología, lógica filosófica, análisis lingüístico), sacar a la luz los modelos ocultos que operan en esta actividad de segundo orden, filosófica.

Berlin, Isaiah, “El propósito de la filosofía”.

SUMARIO: I. *Presentación*. II. *El mapa del saber jurídico de Comanducci*. III. *La opción por la teoría del derecho descriptiva*. IV. *Algunas reflexiones finales*. V. *Bibliografía*.

### I. PRESENTACIÓN

Este trabajo constituye una forma de homenaje a Paolo Comanducci. De más está decir que la claridad y profundidad de sus trabajos expresan por sí

solos la relevancia de sus aportes a la filosofía del derecho. Lo que no logran mostrar, sin embargo, es su labor como docente y su calidez humana que ha hecho que quienes llegamos a estudiar filosofía del derecho a Génova nos sintiéramos como en casa. Desde ya ninguna reconstrucción de la obra de Comanducci alcanzará el mismo valor que sus trabajos, pero buscando ser fiel al estilo genovés, en esta oportunidad intento presentar y analizar, desde el punto de vista metodológico, algunas tesis centrales que surgen de su obra.

Comanducci, siguiendo la tradición analítica, muestra en sus trabajos un agudo entendimiento y una preocupación constante por diferenciar distintos tipos de análisis que pueden realizarse respecto al derecho. Siguiendo esta idea, en este trabajo me propongo reconstruir el mapa del saber jurídico que podemos extraer de los trabajos de Comanducci y presentar algunas de las ideas más relevantes sobre cómo él concibe la labor de la teoría del derecho (II); analizar su opción por el modelo teoría del derecho descriptivo y proponer algunas consideraciones críticas (III); dejar planteados algunos interrogantes respecto de la elección de un método teórico (IV).

## II. EL MAPA DEL SABER JURÍDICO DE COMANDUCCI

En los trabajos de Comanducci puede evidenciarse con claridad su atención por cuestiones de método y la importancia que brinda a la conciencia metodológica. Particularmente, su cuidado por especificar, en cada momento, cuál es su objeto y cuál es el tipo de análisis que se lleva a cabo. Esto es lo que hace posible reconstruir un mapa del saber jurídico en la obra de Comanducci.

Los mapas del saber permiten evidenciar el rigor del análisis y el grado de comprensión sobre el tipo de actividad que el teórico realiza. En este sentido, explica Chiassoni, que estos

mapas del saber jurídico —de lo que Kant, Bentham y Austin eran perfectamente conscientes— no son (necesariamente) instrumentos ociosos; en efecto, de ello depende el grado de conciencia del estudioso del derecho acerca de las reglas y del sentido de su trabajo “sobre el” derecho. Quien no posea un mapa del saber jurídico, oportunamente dotado del estatuto pragmático y metodológico de cada una de las distintas disciplinas, carecerá de una clara idea de lo que hace, vivirá el día a día, actuará de caso en caso, imitando de un modo conformista modelos de los que uno no tiene la clave.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Chiassoni, Pierluigi, *La tradición analítica en la filosofía del derecho. De Bentham a Kelsen*, Lima, Palestra, 2017, p. 410.

Para comenzar a recorrer el terreno que intento plasmar en el mapa, podemos ver que según Comanducci la epistemología adecuada depende siempre de la manera en que se configura el objeto de estudio. De esta forma, la epistemología adecuada para conocer al derecho dependerá de cómo entendamos qué es el derecho, *i. e.*, si lo entendemos como un conjunto de hechos o como un conjunto de normas.<sup>2</sup>

Al entender al derecho como un conjunto de hechos, explica, se lo estudia como una práctica social constituida por una multitud de comportamientos de individuos y grupos de individuos. Ante esta opción, uno de los principales problemas epistemológicos que se presentan es la determinación del método apropiado para el conocimiento de la conducta humana. El debate en el ámbito de la filosofía de la ciencia se da entre, adoptar una posición afín al positivismo filosófico u optar por una metodología antipositivista. La primera opción, se enmarca en lo que ha sido llamada la tradición “galileana” e importa una opción por el monismo metodológico, es el método de las ciencias exactas y naturales el único método para llegar al conocimiento. La opción por una metodología antipositivista, en cambio, defiende la idea de que el método depende de cuál es el objeto de estudio. De esta forma, se reclama un método propio para el conocimiento en ciencias sociales, distinguiendo el conocimiento de fenómenos naturales y relaciones causales del conocimiento de acciones y comportamientos con sentido en ciertos grupos sociales.<sup>3</sup> En este segundo paradigma, que se caracteriza por remarcar la dimensión intencional o de sentido presente en el conocimiento social, el recurso cognoscitivo es el de la *comprensión*.<sup>4</sup>

Por el otro lado, el derecho puede considerarse no ya como un conjunto de hechos, sino como un conjunto de normas. Configurando de esta forma al objeto de estudio (*i. e.* como un conjunto de normas), conocer el derecho es conocer cuál es el significado de los textos dotados de autoridad que producen las autoridades jurídicas. Esta opción, explica Comanducci, enfrenta a su vez ciertos encrucijadas metodológicas. Específicamente, se ha debatido si puede haber conocimiento de normas (jurídicas, en este caso) y cuál es el grado de objetividad que puede adscribirse a este conocimiento. Tradicionalmente, este constituye uno de los problemas centrales de la teoría del

---

<sup>2</sup> Comanducci, Paolo, “Epistemología jurídica”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 175-185. En el mismo sentido, Redondo, Cristina, *Positivismo jurídico “interno”*, Ljubljana, Klub Revus, 2018, p. 196.

<sup>3</sup> Al respecto puede verse, Von Wright, Georg Henrik, *Explicación y comprensión*, Madrid, Editorial Alianza, 1987.

<sup>4</sup> Caracciolo, Ricardo, “Conocimiento de normas”, *El derecho desde la filosofía*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 133.

derecho: el debate por el estatuto epistemológico de la llamada “ciencia del derecho”, o como la llamaremos de ahora en más “dogmática”.<sup>5</sup> Así lo explica Comanducci,

Es la dogmática jurídica o quizás, más general, la cultura jurídica interna (es decir, el conjunto de los operadores jurídicos), la que cumple principalmente el papel social de conocer y hacer conocer un Derecho, es decir, sus normas; o, lo que es lo mismo, qué se debe o no se debe hacer según lo que este dispone. Hay por supuesto miles de problemas epistemológicos conectados con la metodología de la dogmática jurídica, relativos a las condiciones de verdad o —como hoy se prefiere decir— de corrección de sus proposiciones, así como a la objetividad, contextual o no, débil o fuerte, de los conocimientos adquiridos por ella.<sup>6</sup>

Sobre la metodología adecuada para el conocimiento del derecho entendido como conjunto de normas, encontramos las clásicas obras de Kelsen,<sup>7</sup> Bobbio,<sup>8</sup> Alchourron y Bulygin,<sup>9</sup> que tratan de dar un marco científico o racional a este tipo de actividad generalmente llevado a cabo por juristas y estudiosos del derecho. Por otro lado, encontramos posiciones más escépticas respecto de la racionalidad o científicidad de este tipo de investigaciones. Esta es por ejemplo la posición propia de teóricos realistas como, por ejemplo, Alf Ross<sup>10</sup> o, en general, los realistas de la escuela genovesa.<sup>11</sup>

Aquí podemos ubicar también al pensamiento de Comanducci, donde el conocimiento “científico” del derecho, siguiendo los postulados del positivismo filosófico, es el conocimiento empírico del derecho. Bajo esta

---

<sup>5</sup> La “ciencia del derecho”, entendida como la disciplina en la que los juristas buscan describir qué es lo que en un ordenamiento jurídico determinado en cierto momento es obligatorio, permitido o prohibido, es llamada también “dogmática” o “jurisprudencia”. El uso de uno u otro nombre es un reflejo de cómo se concibe su estatus epistemológico.

<sup>6</sup> Comanducci, Paolo, “Epistemología jurídica...”, *cit.*, p. 183.

<sup>7</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Ediciones Colihue, 2011.

<sup>8</sup> Bobbio, Norberto, “Ciencia del derecho y análisis del lenguaje”, en Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, ed. y trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990 [1950], pp. 171-196.

<sup>9</sup> Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1987. Para una crítica de la posición de Alchourrón y Bulygin sobre el carácter racional de la actividad de la dogmática véase, Comanducci, Paolo, “Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin: sistema jurídico y racionalidad”, *Apuntes sobre la teoría del derecho contemporánea*, México, Derecho Global, Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales, 2017, pp. 75-87.

<sup>10</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 3a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 2006 [1963].

<sup>11</sup> Comenzando por el maestro de la escuela, Tarello, Giovanni, “La sociología nella giurisprudenza”, *Sociologia del Diritto*, 1974/I, Milán, Giuffrè, pp. 40-51.

perspectiva, el genuino conocimiento del derecho sería solo posible considerando al derecho como hecho, siguiendo de esta forma el modelo empírico de ciencia del derecho.

Debe notarse que, optar por el paradigma ligado al positivismo filosófico es lo que da sentido a la distinción inicial que presenta Comanducci entre considerar al derecho como norma o como hecho. De optarse por una metodología antipositivista, esta opción pierde notable relevancia. Esto es así porque en el paradigma antipositivista la comprensión de la práctica social derecho requiere del conocimiento-comprensión de ciertas normas (sociales) que dan sentidos a los actos y al significado de los enunciados en determinadas prácticas.<sup>12</sup> De esta forma, aun considerando al derecho como práctica social, se presenta para este paradigma la cuestión del conocimiento de normas.<sup>13</sup>

No debe pasarse por alto que, además de los debates sobre metodología del conocimiento social y la posibilidad del conocimiento de normas, en torno al carácter científico de la actividad dogmática tenemos tres ulteriores cuestiones relevantes. En primer lugar, el problema de la interpretación. Si se adopta una posición escéptica sobre la interpretación, donde la norma es el significado de un texto que se atribuye por medio de la actividad de interpretación, la cual a su vez siempre comporta una decisión, entonces parece que no podría haber genuino conocimiento de normas. Cada vez que queremos conocer cuáles son las normas que se expresan en las fuentes del derecho, en realidad, en último término estamos decidiendo cuáles son estas normas.<sup>14</sup> En segundo lugar, si necesariamente la dogmática, al identificar las fuentes del derecho y realizar decisiones interpretativas, efectivamente realiza valoraciones, entonces no cumpliría con la neutralidad que se exige a una actividad puramente descriptiva. En tercer lugar, parece que la dogmática en ciertas ocasiones funciona como fuente del derecho, en cuanto

---

<sup>12</sup> Caracciolo, Ricardo, “Conocimiento de normas...”, *cit.*, p. 133.

<sup>13</sup> Debe resaltarse que podría objetarse que las normas de las que depende la comprensión social son de un tipo totalmente diverso a las normas jurídicas y que, por lo tanto, las cuestiones epistemológicas que se presentan son también diversas.

<sup>14</sup> Esto no excluye que muchas veces estas decisiones no sean problemáticas. Generalmente existen ciertas interpretaciones estables que son aceptadas por la cultura jurídica interna. *Cfr.* Comanducci, Paolo, “La interpretación jurídica”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 102. Tampoco implica negar que antes de la atribución de significado (la decisión interpretativa) exista una actividad cognoscitiva destinada a recabar los significados posibles que en esa cultura jurídica efectivamente se atribuyen a la disposición, o los métodos interpretativos aceptados. Véase Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017; Chiassoni, Pierluigi, *El problema del significado jurídico*, México, Fontamara, 2019.

las elaboraciones interpretativas de la dogmática son usadas para justificar decisiones conforme a derecho.

Frente a este panorama desalentador para las pretensiones científicas de la dogmática, siguiendo las enseñanzas de Bobbio, lo que una teoría descriptiva debería hacer es constatar en un ordenamiento jurídico particular, en cierto momento histórico, cuál es efectivamente la función social que desempeña la dogmática.<sup>15</sup> De esta forma, la función social de la dogmática como creadora de derecho, se presenta como una cuestión históricamente contingente.

Con estas consideraciones en mente, ahora podemos comenzar a trazar nuestro mapa del saber jurídico *comanducciano*. Por un lado, encontramos la actividad dogmática, el estudio del derecho como norma, que no provee genuino conocimiento y que, efectivamente, en nuestros sistemas jurídicos contemporáneos cumple la función de creación de derecho intersticial. El genuino conocimiento científico del derecho sería el conocimiento del derecho entendido como hecho y para esto es necesario adoptar el método empírico.<sup>16</sup> Sin embargo, no es el caso que en este tipo de investigaciones deba adoptarse un empirismo ingenuo. Aclara Comanducci que, como corolario de los grandes debates en filosofía de la ciencia entre posiciones empiristas y constructivistas, existen ciertas advertencias que un estudio empírico serio debe recoger. Particularmente, que la forma en que conceptualizamos nuestro objeto de estudio incide en la correspondencia de nuestras proposiciones con la realidad.<sup>17</sup>

Delineado el ámbito de la dogmática, por un lado, y de los problemas que surgen para entenderla como una genuina ciencia jurídica, es el momento de preguntarnos dónde ubicar a la teoría del derecho dentro del mapa del saber jurídico según Comanducci. Para Comanducci, la teoría del derecho si bien también tiene como objeto al derecho, se ubica en un nivel de abstracción mayor a la ciencia del derecho. La teoría del derecho no busca conocer un ordenamiento jurídico en particular, sino analizar características, elementos y relaciones comunes a todos estos fenómenos que llamamos “derecho”.<sup>18</sup> Así, la teoría del derecho se concentra en el análisis de los

---

<sup>15</sup> Cfr. Bobbio, Norberto, “Ser y deber ser en la ciencia jurídica”, ed. y trad. de Alfonso Ruiz Miguel, *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990 [1967], pp. 197-218.

<sup>16</sup> Como el propio Comanducci parece reconocer, existen algunas perplejidades respecto de esta forma de entender las cosas. Por un lado, si entonces hubiera alguna diferencia entre la “ciencia del derecho” y la sociología jurídica. Por el otro, lo que Bobbio ha llamado “una innecesaria duplicación del saber jurídico”, quien estudia al derecho como norma (dogmática o jurisprudencia) y luego quien estudia científicamente al derecho como hecho.

<sup>17</sup> Comanducci, Paolo, “Epistemología jurídica...”, *cit.*, p. 179.

<sup>18</sup> En el mismo sentido puede verse Bobbio, “Frente a las reglas del comportamiento que forman la materia del trabajo de investigación del jurista, éste puede realizar dos estudios



conceptos jurídicos fundamentales, el análisis del razonamiento jurídico y cuestiones de metodología respecto de las investigaciones sobre el derecho.

En este sentido, para Comanducci, los teóricos del derecho elaboran modelos reconstructivos y explicativos de la realidad, más que [par]a describirla directamente. Esto aclara, por ejemplo, por qué la filosofía del derecho se ha ocupado preferentemente de la estructura y de las funciones de los diferentes sistemas jurídicos, y no de sus contenidos normativos específicos.<sup>19</sup>

Sobre el estatuto epistemológico de la teoría del derecho hay grandes debates y Comanducci presenta y compara dos modelos: el modelo normativo o crítico y el descriptivo de la teoría del derecho.<sup>20</sup>

El modelo de teoría del derecho normativo estipula un aparato conceptual y construye un modelo que busca explicar la realidad, pero también puede usarse para criticar la realidad y puede funcionar como un ideal regulativo.<sup>21</sup> Las teorías que siguen este modelo pueden

incluso definirse (siguiendo a Bobbio) «meta-jurisprudencias» prescriptivas, en el doble sentido de que: a) «prescriben» a la dogmática jurídica describir el Derecho y le prohíben —cuando ésta participa en la construcción del Derecho— hacerlo ocultamente, sobre la base de opciones valorativas escondidas; b) «corrigen» el lenguaje del legislador y de la dogmática, haciendo terapia lingüística y conceptual en un nivel metalingüístico.<sup>22</sup>

Para Comanducci, el éxito de estas teorías depende de su coherencia interna y de su potencia explicativa.<sup>23</sup>

En oposición, el modelo de la teoría descriptiva del derecho concibe al derecho como un fenómeno lingüístico y se basa en un análisis del lenguaje

---

distintos pero que obviamente están estrechamente ligados el uno al otro: o analizar la regla en cuanto tal o bien el contenido de la regla, es decir, lo regulado. El estudio de la regla en cuanto tal constituye, como he tenido ocasión de aclarar en otra ocasión, la llamada teoría general del derecho, que, a mi juicio, se debería llamar con mayor propiedad teoría formal del derecho. El estudio del contenido de la regla, del supuesto de hecho jurídico, constituye la jurisprudencia propiamente dicha”, en Bobbio, Norberto, “Ciencia del derecho y análisis del lenguaje...”, *cit.*, p. 182.

<sup>19</sup> Comanducci, Paolo, “Epistemología jurídica”, *cit.*, p. 185.

<sup>20</sup> Comanducci, Paolo, “Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 235-249.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 236.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 236 y 237.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 237.

usado en las fuentes del derecho, lenguaje de juristas y operadores del derecho, de la dogmática y de los órganos decisores. Es decir que se analizan estos discursos utilizando el marco conceptual que recoge de la propia práctica, de los usos lingüísticos vigentes.<sup>24</sup> La reconstrucción y explicación del derecho se hace a partir de la previa individualización de los usos lingüísticos y las operaciones que llevan a cabo los operadores jurídicos. Si bien Comanducci reconoce que en realidad la diferencia entre ambas posiciones es una cuestión de grado y no cualitativa,<sup>25</sup> él toma partido por una teoría del derecho descriptiva.

### III. LA OPCIÓN POR LA TEORÍA DEL DERECHO DESCRIPTIVA

Puede verse una defensa de esta opción metodológica por una teoría descriptiva en su crítica a la posición de Mario Jori, quien practicaría una forma de teoría del derecho normativa.<sup>26</sup> No es el momento de analizar en profundidad este debate, solo tomar algunos elementos centrales para el trazado de nuestro mapa del saber jurídico según Comanducci.

Según una teoría normativista, como la de Jori,<sup>27</sup> la teoría del derecho, al igual que lo hacen los operadores jurídicos, debe considerar al derecho como un conjunto de normas y no de hechos.<sup>28</sup> En esta perspectiva la teoría (entendida aquí como la que da cuenta, conoce o describe un ordenamiento jurídico particular) debe describir normas. La descripción del derecho está orientada a la práctica y depende necesariamente de elecciones políticas. La neutralidad propia de la teoría se alcanzaría solo en la medida en que se manifiesten expresamente estas elecciones de valor que generalmente son presupuestas. Lo que establece esta teoría es un modelo epistemológico que considera adecuado para conocer al derecho, el cual requiere considerar a su objeto de estudio necesariamente como un conjunto de normas, resaltando que este discurso tiene en realidad una incidencia práctica. Esta forma de teoría considera que para conocer al derecho es necesario considerarlo

---

<sup>24</sup> *Idem.*

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 238.

<sup>26</sup> Comanducci, Paolo, "Mario Jori: derecho y sentido común", *Apuntes sobre la teoría del derecho contemporánea*, México, Derecho Global, Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales, 2017, pp. 287-305.

<sup>27</sup> Como también las nombradas en el párrafo anterior: Kelsen, Bobbio (en algunos trabajos), Alchourrón y Bulygin.

<sup>28</sup> *Cfr.* Jori, Mario, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, ETS, 2010.

de la misma forma en que el derecho es considerado por los ciudadanos y operadores jurídicos.<sup>29</sup>

La teoría normativa del derecho resulta problemática para Comanducci ya que implicaría adoptar una forma de “iuspositivismo político”, según la cual al describir el derecho debemos considerarlo como quien se siente vinculado por este.<sup>30</sup> Comanducci, firme defensor del modelo realista, se opone a esta visión. Sostiene que entre la teoría del derecho realista y la teoría del derecho normativa “queda una insubsanable diversidad de perspectiva (...) [i. e.] entre quien menosprecia y quien remarca la diversidad entre teoría del derecho, avalorativa y empírica, y doctrina jurídica normativa.”<sup>31</sup> La teoría del derecho de Comanducci no busca prescribir a la doctrina qué es lo que debe hacer o cómo debe considerar al derecho. Se limita a recoger información sobre y hacer un análisis del discurso de la doctrina y de los demás operadores jurídicos. Sería efectivamente un caso de lo que Bobbio ha llamado meta-jurisprudencia descriptiva.<sup>32</sup>

Puede verse como la opción entre diversas formas de configurar el objeto de estudio a la que se enfrenta quien quiere conocer un derecho particular (i. e., ciencia del derecho) se presenta nuevamente a nivel de la teoría del derecho. ¿Cómo debe configurar la teoría su objeto de estudio? Con la reconstrucción del mapa del saber jurídico de Comanducci que hemos delineado al momento podemos advertir que el punto de desacuerdo entre Jori y Comanducci es metodológico: sobre la mejor forma de configurar el objeto de estudio y, además, sobre el rol práctico de la teoría. Se trata de un debate dentro de la teoría del derecho sobre cómo se debe conocer el derecho. Para Jori, la descripción de los ordenamientos jurídicos particulares no puede ser realizada desde un punto de vista totalmente empírico. Comanducci, argumenta que si se quiere hacer teoría y no ideología, la descripción debe ser empírica. Sin embargo, resulta claro que también la opción por un modelo descriptivo de teoría del derecho, en un nivel de abstracción mayor, contiene prescripciones metodológicas sobre la forma en que es adecuado conocer y qué cuenta como genuino conocimiento.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> Esta es la idea, a partir de los aportes de Hart en *El concepto de derecho*, de que la comprensión del derecho requiere adoptar el punto de vista interno o del participante. Al respecto véase Bix, Brian, “H. L. A. Hart y el giro hermenéutico en la teoría del derecho”, *Teoría del derecho: ambición y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp.127-165.

<sup>30</sup> Comanducci, Paolo, “Mario Jori: derecho y sentido común...”, *cit.*, pp. 299 y 300.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 300.

<sup>32</sup> *Cfr.* Bobbio, Norberto, “Ser y deber ser en la ciencia jurídica...”, *cit.*

<sup>33</sup> Puede trazarse una cierta analogía (o parecido de familia) entre esta forma de teoría, y lo que Barberis advierte sobre la forma de hacer teoría de Tarello. La metajurisprudencia

Para complicar aún más el panorama, conjuntamente con las dos opciones de teoría del derecho que presenta Comanducci normativa y descriptiva, se ha argumentado que existe otro modelo de teoría del derecho que podemos llamar constructivista.<sup>34</sup> Según este modelo es posible un método genuinamente descriptivo de normas.<sup>35</sup> A diferencia de las teorías normativas, estas teorías entienden que es necesario asumir un punto de vista interno metodológico, es decir que quien conoce no deja de ser observador, pero es necesario que se coloque en el lugar del (“como si fuera un”) participante. Pero esto no implica que necesariamente el observador deba considerar la verdad de un conjunto de creencias que justifican estas normas o deba adoptar una actitud de aprobación respecto de estos contenidos normativos.

Nos advierte Redondo sobre la importancia de utilizar las premisas de uno de estos modelos (normativo, descriptivo, constructivista) para criticar a otro. Efectivamente, desde las premisas de un modelo, los demás modelos pueden presentarse como inconsistentes. Es por esto que cada modelo deberá evaluarse desde sus propios presupuestos, atendiendo a su propio esquema conceptual.

Esto tiene dos importantes consecuencias que es necesario resaltar. La primera es mantener presente el origen convencional de las reglas metodológicas. Como ha remarcado Bobbio muchas discusiones en dogmática, y podemos agregar en teoría y metateoría, asumen diversas reglas de formación y transformación. De esta forma,

dos jugadores no pueden jugar entre sí si no adoptan las mismas reglas del juego. Sólo que los jugadores saben perfectamente que si no adoptan las

---

descriptiva de Tarello no contaba con el auxilio explícito de una metateoría, la cual, sin embargo, podría explicitarse cuando la teoría es cuestionada. De esta forma, la filosofía del derecho no es la aplicación de una filosofía general, sino la aplicación de instrumentos lógico-lingüísticos al discurso cotidiano de los juristas. Véase Barberis, Mauro, “Lo spazio della teoria. Tre passaggi problematici nell’opera di Vittorio Villa”, *Diritto e Questioni Pubbliche*, núm. 2, 2017, p. 238.

<sup>34</sup> Redondo presenta una forma de modelo constructivista que llama “*Positivismo jurídico interno*”. Cfr. Redondo, Cristina, *Positivismo jurídico “interno”...*, cit., pp. 201, 202. Otra propuesta constructivista es la que puede recabarse de los trabajos de Vittorio Villa como, por ejemplo, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Turín, Giappichelli, 1999. Comanducci ha criticado el constructivismo en las propuestas de Kelsen y Searle, objetando que el grave problema de estas posiciones es que eliminan la distinción entre ser y deber ser. Véase Comanducci, Paolo, “Hans Kelsen y John Searle: dos constructivismos”, *Apuntes sobre la teoría del derecho contemporánea*, México, Derecho Global, Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales, 2017, pp. 345-373.

<sup>35</sup> Es probable que para Comanducci un modelo de teoría constructivista sea otro tipo de teoría normativa.

mismas reglas no podrán jugar. Muy a menudo, esto tan simple que los jugadores saben se les escapa a los científicos, los cuales en muchas de sus disputas se comportan como jugadores que quisieran jugar juntos siguiendo reglas de juego distintas. También se comprende fácilmente la razón por la que los científicos no suelen saber lo que saben los jugadores: éstos en efecto, están totalmente al corriente de la convencionalidad de las reglas del juego y no pretenden que el juego practicado por ellos sea el verdadero juego frente al juego falso de los demás, mientras que los científicos, atraídos las más de las veces por el espejismo de una ciencia que sea la única ciencia posible sólo consigue darse cuenta con mayor trabajo de que las reglas científicas, precisamente como las del juego, tienen un elemento inicial de convencionalidad.<sup>36</sup>

La segunda cuestión es que nos enfrentamos al problema de ¿cómo elegir entre diferentes modelos a la hora de comenzar una investigación?

La opción por una teoría descriptiva que siga el método empírico resulta preferible en el mapa de Comanducci porque evita realizar valoraciones que transformarían, desde su modelo de teoría, el producto teórico en una ideología. Sin embargo, más allá de la pretensión de neutralidad valorativa, no es el caso que una teoría por ser una teoría empírica no se comprometa con juicios de valor.

Más aun, como hemos visto, una teoría empírica utiliza un esquema conceptual, que como Comanducci advierte, si bien se recoge de los usos de la práctica es seleccionado según criterios de relevancia determinados por la propia teoría. La teoría construye o reformula las categorías que le permiten alcanzar los mejores resultados deseados. Esto muestra que también aquí se encuentran juicios de valor y que la descripción empírica en un sentido también está orientada por fines prácticos. De esta forma, por un lado, la construcción de una teoría del derecho es inevitablemente una actividad de selección y evaluación.<sup>37</sup> Por otro lado, como también Comanducci advierte, una teoría descriptiva puede tener influencia en la forma en que la propia práctica se desenvuelve (es ilustrativa la analogía con los compiladores de diccionarios).<sup>38</sup> Por último, también es relevante llamar la atención sobre la naturaleza de la actividad del análisis conceptual llevada a cabo por la teoría del derecho como parte importante del análisis del discurso. No es lu-

<sup>36</sup> Bobbio, Norberto, "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", *cit.*, p. 186.

<sup>37</sup> Bix, Brian, "Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 26, 2003, p. 623.

<sup>38</sup> Comanducci, Paolo, "Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales...", *cit.*, p. 238.

gar para enfrentar una cuestión tan delicada como sería explicar qué tipo de actividad es el análisis conceptual.<sup>39</sup> Sin embargo, podríamos simplemente mencionar que este se encuentra en algún lugar entre una teoría normativa y una teoría descriptiva.

#### IV. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Entonces, ante estas diversas posibilidades ¿cómo podemos distinguir buenas teorías de malas teorías? Una posible respuesta es que el criterio de éxito de una teoría puede estar dado por la efectiva consecución de los fines que esta se ha propuesto. Sobre esto es particularmente interesante lo que señala Comanducci, según como se configure el objeto de estudio y, podríamos agregar, según los fines de la descripción puede cambiar el enfoque epistemológico que se adopte. Por lo tanto, “no puede haber un único enfoque epistemológico para acercarse al fenómeno jurídico. Hay varios enfoques y todos son, en algún sentido, adecuados”.<sup>40</sup>

En este sentido, podríamos decir que la teoría del derecho de Comanducci tiene dos fines centrales: a) capacidad explicativa<sup>41</sup> y b) terapia del lenguaje: clarificación conceptual, desmitificación del uso del lenguaje jurídico y caza de ideologías. Sin lugar a duda, en cierta medida, ambos se cumplen con éxito. Sin embargo, permítaseme realizar una última observación.

La capacidad explicativa de un fenómeno social como el derecho en términos de hechos empíricos es sumamente útil para muchos fines prácticos, como puede ser la predicción de comportamientos sociales para la determinación de políticas públicas. Sin embargo, a los fines de nuestra participación en el territorio del derecho, como juristas, estudiantes, juezas y profesoras estas explicaciones podrían resultar deficitarias. El déficit radica en que la teoría considera a su objeto de estudio, *i. e.*, al derecho, de una forma diversa de como lo entendemos quienes, intentado orientarnos en este terreno, buscamos estas explicaciones. Ahora bien, a pesar de esto, es claro y no deja lugar a duda el éxito que la posición realista tiene respecto

---

<sup>39</sup> Al respecto puede verse Strawson, Peter F., “La filosofía analítica: dos analogías”, en *Análisis y metafísica. Una introducción a la filosofía*, Barcelona, Paidós, 1997 [1992], pp. 43-60; Bouvier, Hernán; Gaido, Paula y Sánchez Brígido, Rodrigo, “Estudio preliminar: teoría del derecho y análisis conceptual”, en Raz, Joseph; Alexy, Robert y Bulygin, Eugenio, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 9-45.

<sup>40</sup> Comanducci, Paolo, “Epistemología jurídica...”, *cit.*, p. 176.

<sup>41</sup> Entiendo que este fin incluye la coherencia interna de la teoría.

a la desmitificación del uso del lenguaje jurídico y a la función terapéutica del análisis del lenguaje.<sup>42</sup>

En oposición a esta posición, el modelo constructivista indica que la teoría debe hacer suyo el esquema conceptual utilizado por los operadores jurídicos. Esto, por un lado, le hace ganar puntos en la capacidad explicativa como una teoría dirigida a los propios participantes, por cuanto configura al objeto de estudio de la misma forma en que lo hacen los operadores jurídicos. Sin embargo, para un lector poco atento, el constructivismo podría parecer menos eficaz como teoría que tiende a la desmitificación del uso del lenguaje, ya que adopta el propio esquema conceptual de los operadores jurídicos. De todas formas, podemos argumentar que esta es una visión parcial, ya que el teórico constructivista se presenta con una conciencia metodológica particular: es consciente de su propia situación como participante de una práctica social, consciente de sus limitaciones epistemológicas y de las relaciones internas de significado que existen en la práctica donde ha sido socializado, entre los conceptos utilizados y la realidad a explicar. En realidad, esta posición busca desmitificar particularmente la propia tarea del teórico y sus posibilidades. De esta forma, el constructivismo tiende a la desmitificación del discurso de la propia teoría, la cual se presenta con pretensiones más modestas que el modelo descriptivo, pero con una fuerte exigencia de exhibir constantemente los propios compromisos conceptuales y valorativos inescapables en cualquier opción metodológica.

Argumentos y contraargumentos al margen, en fin de cuentas, la elección entre un modelo de teoría del derecho u otro dependerá de una elección del teórico

existe una confrontación de base, al margen de la posibilidad tanto de reconciliación como de refutación —incluso, en cierto modo, al margen de la verdad—. Se basa en la elección de conceptos primitivos, básicos para la argumentación en su conjunto. Podría calificarse esta elección de «existencial». Consiste en la opción por un punto de vista no susceptible de ulterior fundamento.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Claros ejemplos de esto pueden encontrarse expresamente en la primera sección de su libro dedicado al análisis de los conceptos de igualdad, justicia, tolerancia, democracia y derechos fundamentales. Cfr. Comanducci, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 7-57. Implícitamente en análisis conceptual traspasa todos sus trabajos.

<sup>43</sup> Von Wright, Georg Henrik, *Explicación y comprensión*, Madrid, Editorial Alianza, 1987, p. 55.

Hasta aquí llega mi reconstrucción del mapa del saber jurídico según Comanducci, seguramente una cartógrafa más fina habría presentado un mapa más extenso y detallado (mostrando distintos relieves, accidentes y profundidades). Espero que este homenaje funcione como una invitación al lector a explorar personalmente este territorio y a trazar nuevos puentes con la teoría de Paolo Comanducci.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1987.
- BARBERIS, Mauro, “Lo spazio della teoria. Tre passaggi problematici nell’opera di Vittorio Villa”, *Diritto e Questioni Pubbliche. Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica*, Palermo, núm. 2, 2017.
- BERLIN, Isaiah, “El propósito de la filosofía”, en HARDY, H. (ed.), *El poder de las ideas. Ensayos escogidos*, Barcelona, Página Indómita, 2017 [1992].
- BIX, Brian, “Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 26, 2003.
- BIX, Brian, “H. L. A. Hart y el giro hermenéutico en la teoría del derecho”, *Teoría del derecho: ambición y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- BOBBIO, Norberto, “Ciencia del derecho y análisis del lenguaje”, *Contribución a la teoría del derecho*, ed. y trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990 [1950].
- BOBBIO, Norberto, “Ser y deber ser en la ciencia jurídica”, *Contribución a la teoría del derecho*, ed. y trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990 [1967].
- BOUVIER, Hernán; GAIDO, Paula y SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo, “Estudio preliminar: teoría del derecho y análisis conceptual”, en RAZ, Joseph; ALEXY, Robert y BULYGIN, Eugenio, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- CARACCILO, Ricardo, “Conocimiento de normas”, *El derecho desde la filosofía*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- CHIASSONI, Pierluigi, *La tradición analítica en la filosofía del derecho. De Bentham a Kelsen*, Lima, Palestra, 2017.
- CHIASSONI, Pierluigi, *El problema del significado jurídico*, México, Fontamara, 2019.
- COMANDUCCI, Paolo, “Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin: sistema jurídico y racionalidad”, *Apuntes sobre la teoría del derecho contemporánea*, México,



- Derecho Global, Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales, 2017.
- COMANDUCCI, Paolo, “Derecho y moral”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- COMANDUCCI, Paolo, “Epistemología jurídica”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- COMANDUCCI, Paolo, “Hans Kelsen y John Searle: dos constructivismos”, *Apuntes sobre la teoría del derecho contemporánea*, México, Derecho Global, Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales, 2017.
- COMANDUCCI, Paolo, “La interpretación jurídica”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- COMANDUCCI, Paolo, “Mario Jori: Derecho y sentido común”, *Apuntes sobre la teoría del derecho contemporánea*, México, Derecho Global, Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales, 2017.
- COMANDUCCI, Paolo, “Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.
- GUASTINI, Riccardo, “Manifiesto de una filosofía analítica del derecho”, *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- JORI, Mario, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, ETS, 2010.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Ediciones Colihue, Buenos Aires, 2011.
- REDONDO, Cristina, *Positivismo jurídico “interno”*, Ljubljana, Klub Revus, 2018.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 3a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 2006 [1963].
- STRAWSON, Peter F., “La filosofía analítica: dos analogías”, *Análisis y metafísica. Una introducción a la filosofía*, Barcelona, Paidós, 1997 [1992].
- TARELLO, Giovanni, “La sociología nella giurisprudenza”, *Sociologia del diritto*, 1974/I, Milán, Giuffrè.
- VILLA, Vittorio, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Turín, Giappichelli, 1999.
- VON Wright, Georg Henrik, *Explicación y comprensión*, Madrid, Editorial Alianza, 1987.

# RAZONAMIENTO JURÍDICO

*DIVIDENDO. CUESTIONES DE MÉTODO  
QUE HE APRENDIDO DE PAOLO COMANDUCCI,  
Y UN PEQUEÑO DISEÑO SOBRE APLICABILIDAD*

Rodrigo COLOMA

*Dividendo*

1. (mat.) *quantità da dividere; il primo termine di una divisione; si oppone a divisore*

2. (fin.) *utile da distribuirsi annualmente tra i soci di una società per azioni | forma abbreviata dividendo unitario*

*Etimología:* ← dal lat. *tardo dividēdu(m)* ‘da dividērsi’, gerund. di *dividēre*

Garzanti Linguistica

SUMARIO: I. *Cinco consejos metodológicos que he recibido de Paolo Comanducci.* II. *Dividir cuidadosamente para explicar (no para reinar). Un ejemplo.* III. *¿Y qué paso? Un esbozo sobre el problema de sustitución de preguntas.* IV. *A modo de cierre.* V. *Bibliografía.*

I. CINCO CONSEJOS METODOLÓGICOS  
QUE HE RECIBIDO DE PAOLO COMANDUCCI

Conocí en 1997 a Paolo. Fue en el XVIII Congreso de la IVR, celebrado en las ciudades de Buenos Aires y La Plata. Él presentó, en esa ocasión, su trabajo: *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*. Para mí, quien temerariamente llevaba tres años enseñando Introducción al Derecho en el sur de Chile —y que hasta ese momento mi aproximación disciplinaria había sido

alimentada casi exclusivamente por la lectura de algunos buenos libros— la exposición y la defensa de sus puntos de vista me pareció magnífica. Al fin me parecía que aquella abstrusa distinción entre principios y reglas cobraba sentido. Me acerqué a él para felicitarlo, aunque viéndolo a la distancia el ritual podría haber sido más cercano al de un *fan* tratando de estrechar la mano de un músico consagrado que acaba de fascinar, una vez más, al público. No tenía mucha claridad respecto de lo que yo realmente pretendía, pero él inmediatamente inició una conversación amable e interesante que me sacó de mi estado de aturdimiento. El atrevimiento rindió frutos porque a partir de ese momento entablamos una duradera amistad que ha incluido varios pasos por Génova, Santiago, Córdoba y Temuco. Evidentemente, yo he sido el más favorecido: además de ser un pensador mucho más agudo y original, Paolo es mucho mejor cocinero.

Aunque imagino que varios de los lectores de este texto ya conocen a Paolo, y probablemente no encontrarán mayores sorpresas en lo que diré (salvo, tal vez, mi tosco intento de sistematización), considero útil enfatizar algunas actitudes y preguntas recurrentes de lo que puede terminar marcando la diferencia entre hacer o no, las cosas suficientemente bien en el variopinto y, en cierta forma, curioso mundo de los académicos. Lo que diré se encuentra salpimentado con algunos modestos episodios autobiográficos que no alcanzan a representar, con total fidelidad, lo más importante de lo que Paolo ha provocado entre nosotros (digo “nosotros” porque muchos de mis amigos han pasado a serlo también de Paolo).

1. *Identifica el problema del que vas a hablar y arriesga un punto de vista que tense lo que previamente ha sido dicho*

Es muy probable que yo no haya sido el primero ni el último a quien Paolo, luego de leer un trabajo, le haya dicho: “Todo está muy bien, pero como dirían los ingleses: *What’s the point?*”. En mi caso, esa escueta advertencia hizo tambalear dos años de avances de lo que llegaría a ser mi tesis doctoral y, probablemente, ha aumentado considerablemente la eficiencia de mi trabajo posterior. Así, aquella locución sigue rondando en mi cabeza en cada nuevo texto que empiezo a redactar y, en consecuencia, me tomo mucho más en serio lo que podría llamarse la fase de planificación.

Doy por descontado que, cuando Paolo me preguntaba por el punto al cual quería llegar, no quería decirme que no lo hubiera, sino que pretendía comunicarme algo más sutil y, por tanto, más interesante. En pocas pala-

bras, él advertía que no estaba siendo deferente con el público al cual yo me debía dirigir. En jerga de economistas, el coste marginal de la lectura de mi texto por parte de un público ya bastante instruido en el problema que abordaba era superior al beneficio marginal que aquella traería aparejada. Esa relación sería distinta si el público fuere diferente, pero claramente en tales circunstancias yo no podía cambiar al público, sin asumir una pérdida considerable. En mi caso, rápidamente advertí que la brecha obedecía a que no me había hecho las preguntas adecuadas, lo que se había visto favorecido por una actitud perezosa de mi parte, limitándome solo a construir una narrativa relativamente elegante para comunicar algo más o menos obvio.

Las palabras de Paolo se han tornado para mí más poderosas al relacionarlas con las de otros autores. Una de mis favoritas la recojo de Paul Valéry cuando sostiene: “Confieso, por lo que a mí toca, que no capto casi nada en un libro que no se me resiste”.<sup>1</sup> Así, solo un texto en que esté muy claro lo que se pretende comunicar y, a la vez, que sea deferente con las competencias interpretativas del auditorio estará llamado a subsistir, a lo menos, por un tiempo. Será un texto que llamará a la relectura y, en cada una de ellas, se podrá encontrar algo nuevo. Las otras palabras son de Daniel Kahneman cuando trata del problema de la sustitución de preguntas. En términos simples, cuando enfrentamos problemas respecto de los cuales no tenemos respuestas que claramente se hagan cargo de ellas, en vez de revisar nuestras respuestas, optamos por cambiar las preguntas, pero ese tránsito rara vez lo hacemos de manera transparente; es decir, nos enfrentamos al auditorio planteándole que abordaremos ciertas preguntas, pero en realidad nos hacemos cargo de otras para las cuales sí disponemos de respuestas.<sup>2</sup> En términos griceanos, vulneramos —muchas veces de manera inconsciente— la máxima de la relación.<sup>3</sup> Así las cosas: ¿qué mejor para estar preparados ante el malestar de Valéry y las sospechas de Kahneman, que la simple, aunque nada inocente, pregunta de Comanducci: *What’s the point?*

---

<sup>1</sup> Valéry, Paul, *Política del espíritu*, 2a. ed., Buenos Aires, Losada, 1997, p. 129. Lo que precede vale la pena tenerlo en cuenta. Dice Valéry, en las pp. 128 y 129: “La facilidad de la lectura es la norma en las letras desde que comenzó el reinado de la prisa general y de las hojas impresas que impulsan u hostigan ese movimiento. Todo el mundo tiende a no leer más que aquello que todo el mundo podría escribir. Por lo demás, puesto que, a fin de cuentas, en literatura se trata de entretener al prójimo o de hacerle pasar el rato, no pidáis el esfuerzo, no invoquéis la voluntad: aquí triunfa la creencia acaso ingenua, de que el placer y el esfuerzo se excluyen”.

<sup>2</sup> Kahneman, David, *Pensar rápido, pensar despacio*, Buenos Aires, Debate, 2012, pp. 132-143.

<sup>3</sup> Grice, Paul, *Studies in the Way of Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, p. 27.

Pero veamos qué hace Comanducci en sus textos y conferencias para resolver el problema de foco y proponer algo interesante para su auditorio. Es usual que comience con lo que el mismo identifica como la *pars destruens*, para, a continuación, proseguir con una *pars construens*. Ambas, por cierto, requieren una mente aguda y ansiosa de levantar desafíos intelectuales, acompañada de una pluma clara. La *pars destruens*, por cierto, no tiene nada de sencilla: aquella implica conocer en profundidad lo que ha sido dicho en relación a lo que se pretende hablar y, a la vez, analizar posibles sentidos eligiendo los que parezcan más interesantes, para así no incurrir en lo que en el campo de la argumentación se conoce como falacia del espantapájaros. La *pars construens*, por su parte, al tener que hacerse cargo de lo que ha quedado previamente devastado (o, al menos, tambaleante), requiere de una fineza analítica suficiente como para superar las aprensiones de una lectura desde la sospecha que el mismo autor ha alimentado. Paolo suele ser muy cauto y lo que propone asume las dificultades propias de quien se toma en serio el escepticismo. Así las cosas, reconoce que lo que dice presenta posibles fisuras y que, en consecuencia, algunos asuntos quedarán abiertos, aunque no en términos de que carezcan de suficiente utilidad a nivel metodológico o descriptivo.

Todo indica que la exigente aproximación frente a la producción/validación de los conocimientos fue adquirida tempranamente por Paolo. Según me confidenció hace ya un par de décadas, lo que hizo que Tarello le prestare atención y apoyase su selección para formar parte del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Génova no fue (tanto) una trayectoria impecable como estudiante en todas las asignaturas, sino que la hipótesis de la que se hizo cargo en su tesis de licenciatura era bastante arriesgada y, por lo tanto, implicaba un esfuerzo relevante por salir victorioso.

## 2. *Practica la humildad intelectual*

El punto recién abordado puede calzar con una estructura de personalidad caracterizada por un ego desbordante; propio de un sujeto que se considera competente para superar lo que hasta el momento ha sido dicho en un área del conocimiento. En el caso de Comanducci esta predicción no funciona. Por cierto, no se trata de que no defienda sus ideas con denuedo, pero solo hasta el punto que las ideas resistan.

¿Qué ocurre? Una aproximación interesante al análisis de la calidad del proceso de producción de nuevos saberes puede encontrarse en la llamada

epistemología de las virtudes.<sup>4</sup> No se trata de hacer caso omiso a las posibilidades que arroja el control desde la racionalidad, o de la validación de ciertos métodos. El asunto que interesa es simplemente no dejar de lado el valor que puede representar —desde el punto de vista epistémico— el cultivo de ciertas virtudes. Una de las más llamativas, a mi juicio, es la virtud de la humildad intelectual o epistémica. Aquella constituye un poderoso antídoto en contra del peligroso sesgo de la confirmación, esto es, de evaluar toda la nueva información que se recibe desde las expectativas preexistentes del autor/intérprete. Tiendo a pensar que la humildad epistémica es una virtud que Paolo ha llegado a desarrollar con bastante profundidad.

Solo dos botones de muestra al respecto. El primero de ellos lo constaté en mi tribunal de defensa de tesis doctoral en el que Paolo amablemente accedió a participar. Por los comentarios recibidos pude verificar que hizo una lectura completa y acuciosa del texto recibido. El asunto, aunque debiera ser —desde cierta perspectiva— *normal*, creo que raramente ocurre, pues la carga de trabajo en el mundo académico, al menos en cierto nivel, suele ser elevada y por lo tanto se intenta optimizar el uso del tiempo (lo que se traduce en lecturas en diagonal de las tesis doctorales). En verdad, lo aprecié mucho y creo que en parte importante se explica por una disposición a que no solo en los grandes y más reconocidos pensadores se pueden extraer algunas lecciones, sino de quienes simplemente se están iniciando en la disciplina. El segundo de ellos proviene de una conversación en que Paolo me contaba que en su época de colegio tuvo la suerte de ser compañero de curso de un buen científico italiano. Sus palabras revelaban genuina admiración y, para mi sorpresa —pues califico a Paolo como un muy destacado filósofo del derecho contemporáneo— no advertí en él un atisbo de comparación en lo que a méritos se refiere: en su discurso, su amigo de la infancia claramente competía en otras ligas. A veces me pregunto si será realmente así, pues no me extrañaría que la humildad de Paolo sea lo que lo lleve a situarse muchos peldaños más debajo de lo que corresponde.

Un pequeño excursus: además de propiciar mejores resultados, estoy convencido que la humildad intelectual es un buen alimento para disfrutar de la vida académica. No todos estamos llamados a ser pensadores de primera línea, y eso no hace que nuestras contribuciones al desarrollo de la disciplina a la que pertenecemos, mute en irrelevante. De esta manera, la atención en el proceso de formación de nuevas generaciones no se verá afectada por

---

<sup>4</sup> Baehr, Jason, “Cultivating Good Minds: A Philosophical and Practical Guide to Educating for Intellectual Virtues”, 2015, pp. 78-91, <https://intellectualvirtues.org/why-should-we-educate-for-intellectual-virtues-2-2/>.

frustraciones que podría producir no alcanzar un elevado nivel de reconocimiento. Al contrario, favorecerá una mayor atención en lo que autónomamente producen quienes van incorporándose en la disciplina, o de quienes usarán de la teoría del derecho para mejorar sus prácticas. Por otra parte, si se tiene la suerte de hacer contribuciones relevantes, la humildad epistémica hará que se tomen muy en serio las explicaciones rivales y, por lo tanto, nuestros argumentos no se hagan cargo de enfrentar versiones debilitadas.

3. *Maneja bien el tiempo, pero no lo hagas a costa de abusar de las presuposiciones, o de lo implícito*

Un punto especialmente interesante en los textos de Comanducci es el manejo del tiempo. Aquello lo logra con una inusual transparencia, ya al momento de trazar su punto de partida (presupuestos o prejuicios, está dispuesto a llamarlos). Aquello es muy importante para realmente avanzar en lo que uno se compromete. No se trata, por cierto, de eludir asuntos problemáticos respecto de los que no se tiene respuesta, sino simplemente de focalizarse rápidamente en lo que ahora interesa. Lo expresado va asociado a un buen ritmo narrativo y a no hablar en términos más difíciles que lo estrictamente necesario. Por cierto, aquello ocurre no solo en sus escritos, sino también en sus clases, y conferencias, a la vez que, en sus preguntas y comentarios, cuando le toca jugar de público. Como se sabe, los asuntos de los que tratamos no suelen ser especialmente atractivos para quienes no se dedican a ellos, sin embargo, Paolo se preocupa de ir construyendo sus argumentos en términos de que quienes se manejan a distintos niveles puedan seguir con interés lo que está diciendo.

Hay algo de contador de historias en él que lo lleva a cautivar a distintos auditorios, guardándose siempre hasta el final algún punto interesante a abordar. Por cierto, un buen contador de historias no solo es capaz de identificar tempranamente el léxico y sintaxis que favorece la atención de las audiencias. Igual de importante es su agudeza para decidir qué decir y qué callar. Así, un buen texto y un buen discurso requieren de una base soportante profunda que solo habrá de explicitarse si fuere el caso de que nos sea solicitado. Aquello asegura de que cada palabra elegida cumple una función dentro del mensaje. El punto no termina allí, pues si efectivamente somos desafiados, se reduce considerablemente el riesgo de que nos sorprendan y desarmen con preguntas que nos lleven a dar cuenta de nuestros presupuestos (no habrá peligro dado que éstos existen).



#### 4. *El placer por comprender, a veces, no es suficiente*

Paolo ha llegado a desempeñar importantes cargos en el área de la gestión universitaria (el más llamativo ha sido el de rector de la *Università degli Studi di Genova*). La mayoría de nosotros —creo— rehuiríamos a una responsabilidad como esa, excusándonos de que nos desvía de lo que (nos) interesa, más que reconocer que carecemos de la competencia para desempeñarnos adecuadamente en un entorno que es complicado y, a veces, fastidioso. Pienso que Paolo toma esas decisiones, pues advierte que el impacto de lo que hacemos se juega no solo en la sofisticación de nuestros planteamientos, sino en lo que ocurre en nuestro entorno. Las cosas, entonces, no solo se definen en el espacio protegido en que nos desenvolvemos; es decir, no basta con desarrollar buenas ideas, sino hay que saber cómo y dónde comunicarlas. Si nadie está dispuesto a lidiar con la cotidianidad, quedaremos relegados en un lugar intrascendente de nuestras oficinas o, cuando mucho, de las aulas.

Lo que quiero decir —no se me malentienda— no constituye un llamado a aceptar con buena cara cualquier tarea de gestión universitaria que se nos ofrezca. Las provocadoras palabras de Latour sobre la inactividad (o tardía reacción) de algunos científicos (capturados por el sistema) ilustran un poco mejor, lo que creo que lleva a Paolo a no permanecer encerrado entre los libros, por muy atractivo que esto último nos pueda parecer:

Solamente a los climatoescépticos se les ocurre, a estas alturas, hacer creer que la objetividad no debe conllevar ninguna forma de acción porque sería preciso, para tener unos aires bien científicos, permanecer indiferente a lo que se dice. Pero al querer separar la ciencia de sus intereses, es más bien a sus intereses a los que se pretende poner al abrigo contra cualquier objeción. ¡Y eso ahora se ha vuelto posible!<sup>5</sup>

Pero hay más: Comanducci es extraordinariamente eficiente. Conozco a pocos que respondan tan rápidamente las preguntas que se le hacen por correo electrónico (y, sin incurrir, en maniobras dilatorias). De ello me he visto favorecido logrando en el pasado que me presentase en cuestión de minutos a Michele Taruffo y a Luigi Ferrajoli, exagerando —he de reconocerlo— algunas de mis presuntas virtudes académicas. Aquello —creo— también le hace tener una visión aguda sobre los problemas que aborda,

---

<sup>5</sup> Latour, Bruno, *Cara a cara con el planeta. Una nueva mirada sobre el cambio climático alejada de las posiciones apocalípticas*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2017, 2a. conferencia (versión electrónica).

muy consistente, en todo caso con el realismo genovés que profesa. Paso a relatar otro breve episodio.

Hace varios años estaba yo trabajando en un texto en que se comparaban dos casos que presentaban bastantes similitudes. Lo, en principio, sorprendente, era que en uno de ellos la decisión había sido de condena (caso A) y en el otro de absolución (caso B). Mis intuiciones me llevaban a dirigir la atención hacia la narrativa de los abogados de ambos casos, al carácter mucho más mediático del caso A y a otras cosas por el estilo. Paolo escuchó mi lacónica presentación e inmediatamente puso atención en que la absolución en el caso A en el caso de tratarse de un falso negativo habría traído consigo el riesgo de que la conducta se repitiera, en cambio en el otro, no.<sup>6</sup> Así, en el caso B había margen para aplicar el estándar de prueba penal en su versión más exigente y absolver; en cambio, en el caso A aquello no ocurría: la (presunta) víctima quedaba demasiado expuesta a nuevos abusos, si lo que planteaba la acusación era correcto.

##### 5. *La coherencia es el principal soporte de tus puntos de vista*

Un último punto que quisiera destacar es ¿cómo se las arregla Paolo para construir ideas enjundiosas desde un trasfondo escéptico? Lo planteo porque lo que propone Comanducci no es solo una revisión de aquello que no cumpliría con las exigencias mínimas para mantenerse en pie (lo que, algunas líneas atrás identifiqué, como *pars destruens*), sino que su propósito pasa también por proponer formas de comprensión desde las cuales ampliar lo que ya es (medianamente) sabido o aceptado. Ya que su pasión metodológica —podríamos decirlo— es la coherencia, sus explicaciones suelen prestar atención a aquello que está en la base y de las relaciones fructíferas que pueden ser construidas.

Como todos, seguramente, hemos tenido la experiencia de sufrir, la mantención de la coherencia en un texto o discurso constituye un desafío bastante difícil de superar. Lo usual es más bien recurrir a ajustes forzados de las distintas piezas de aquello que sostenemos, para así parecer que todo está en orden. En el caso de Paolo, creo que los factores que ayudan a que sus planteamientos sean sólidos desde esa perspectiva es su buen dominio de distintos metadisursos, es decir tiene bastante claridad respecto de lo que hay tras de nuestras distintas afirmaciones aparentemente neutrales,

---

<sup>6</sup> Coloma, Rodrigo, “El debate sobre los hechos en los procesos judiciales. ¿Qué inclina la balanza?”, en Accatino, Daniela (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010, pp. 87-117.

mediante las cuales queremos instalar un determinado punto de vista. Seguramente, no se trata de cuestiones que a la mayoría les resulten atractivas, pero que si pretendemos profundizar en lo que es normativo parece indispensable abordarlas. He ahí una parte, es decir, la comprensión de los discursos guardando las distancias del caso. Aquello, por cierto, requiere ser complementado con una buena dosis de imaginación para explorar conexiones que hasta el momento no hayan sido previstas.

## II. DIVIDIR CUIDADOSAMENTE PARA EXPLICAR (NO PARA REINAR). UN EJEMPLO

En concordancia con su bien ganado reconocimiento como analítico fino y consecuente, Paolo nos ofrece habitualmente un abanico de categorías desde las cuales se pueden explicar, resolver o, simplemente, mantener abiertos viejos problemas hasta un mejor momento. Las fragmentaciones, aun cuando tentadoras, pueden llegar a ser peligrosas. Creo que Paolo está consciente de ello, pero...

En su texto *Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del derecho*,<sup>7</sup> Comanducci aborda un difícil problema concerniente a la justificación práctica que, es de esperar, se produzca en contextos judiciales. En términos simples, se trata de que, para justificar una decisión judicial, compiten (o colaboran) algunas normas que otorgan a los tribunales competencia para decidir con la llamada facultad de imperio, y otras que supeditan la validez de sus decisiones a la derivación desde lo dicho en normas con propósitos regulativos (o que estipulan soluciones desde el diseño de casos abstractamente configurados). Para ordenar el panorama, Paolo se hace cargo de una distinción analíticamente atractiva, como es la *justificación de la decisión de condena como acto* y la *justificación de la decisión de condena como resultado*. En cuanto a la primera (que Paolo vincula a la noción de aplicabilidad externa<sup>8</sup>),

<sup>7</sup> Comanducci, Paolo, “Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del derecho”, *Constitución y teoría del derecho*, México, Fontamara, 2007, pp. 93-108.

<sup>8</sup> Los conceptos de “aplicabilidad interna” y de “aplicabilidad externa”, los toma Paolo del desarrollo que hacen Moreso y Navarro, según se indica en su nota 8 del texto analizado. Ellos sugieren que “Una norma  $N_i$  es externamente aplicable en un tiempo  $t$  a un caso individual (o hecho concreto)  $c$ , que es una instancia del caso genérico (o hecho abstracto)  $C$ , si y solo si, otra norma  $N_j$ , perteneciente al sistema  $S_g$ , en un tiempo  $t$ , prescribe (comanda o autoriza) la aplicación de  $N_i$  a los casos individuales que son instancia de  $C$ ”. Por otra parte, indican que: “Una norma  $N_i$  es internamente aplicable en el tiempo  $t$  a un caso individual  $c$  si y solo si  $c$  es una instancia de un caso genérico  $C$ , definido desde las propiedades definitorias de los ámbitos de validez (espacial, temporal, personal y material)”. Moreso, José Juan y

hay un reconocimiento de que los jueces establecen una respuesta definitiva evaluable desde la perspectiva de que son ellos quienes tienen el poder para zanjar el asunto controvertido. En cuanto a la segunda (que vincula a la idea de aplicabilidad interna), reconoce que más allá de la competencia que tengan los jueces, cabe una crítica fundada si no se presenta una conexión estrecha con la norma sustantiva que se dice está siendo aplicada. Como trasfondo de dicha distinción, anuncia como caso paradigmático el sugerido por Eugenio Bulygin acerca de la condena de Dmitri Karamázov: el tribunal competente estaría justificado para condenarlo *en su dimensión de acto* (dadas las pruebas presentadas), aunque el resultado condena no está justificado, pues Dmitri no mató a Fiódor.

Comanducci, sin dar respiro a sus lectores, inmediatamente problematiza la distinción que, seguramente para muchos, se anunciaba atractiva. Lo primero que desarma es la categoría de aplicabilidad externa, esto es, que la norma que atribuye competencia es suficiente, desde cierta perspectiva, para justificar el acto de decidir. El problema lo remite a los criterios últimos de validez del sistema. Nuevamente simplificaré, tal vez en demasía, el fino razonamiento realizado: Paolo considera que, dado que podríamos llegar a distintos criterios últimos de validación normativa, se admitirían tantas posibilidades de justificación de la decisión como acto, como criterios últimos de validez que sean hallados. Así, la idea de aplicabilidad externa no contribuye a resolver el problema de la justificación práctica (yo, agregaría, en un sentido fuerte). No me detendré en este punto, ya que se trata de un viejo problema respecto del cual dudo que pueda añadir algo mínimamente interesante. El interés de haberlo explicitado solo obedece a que Paolo, en contra de lo que podría pensarse estereotípicamente de un analítico a ultranza, tiene siempre una primera actitud de desconfianza hacia las distinciones, salvo que sean estrictamente necesarias.

Respecto a la justificación de la decisión como resultado, Paolo, a efectos de desentrañar lo que podría querer decirse con ella, ofrece tres posibilidades.<sup>9</sup> La primera se vincula a que la instanciación de un caso específico requiere que se la haga calzar con normas que dentro del sistema estipulen

---

Navarro, Pablo, "Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche", en Comanducci, Paolo y Guastini, Riccardo (coords.), *Struttura e dinamica del sistema giuridico*, Turín, Giappichelli, 1996, pp. 21-24. Las traducciones son mías.

<sup>9</sup> En la nota 23, pp. 104 y 105, Comanducci desecha una cuarta opción que apunta a que, para justificar la decisión como resultado, podría recurrirse ya sea a la primera o la segunda que presenta. Siguiendo a Caracciolo (en "Justificación normativa y pertenencia. Modelos de la decisión judicial", *Análisis filosófico*, núm. VIII, 1988, pp. 37-67) da cuenta de que aquella no se sostendría.

un caso genérico (sería un razonamiento de derivación asumiendo una perspectiva estática). La segunda, se asocia a normas de competencia que hace posible a los tribunales construir determinados resultados pues los asuntos no admiten quedar abiertos (razonamiento desde una perspectiva dinámica). Por último, en la tercera, da cuenta de una combinación entre ambas, esto es, las normas competenciales son aplicables sólo en la medida que se hagan cargo también del problema de la deducibilidad desde una norma sustantiva. De esta manera, el análisis realizado se hace cargo del problema del error judicial que, asumiendo una perspectiva que provenga exclusivamente desde las reglas de competencia, mostraría insuficiencias; y a la vez, no exagera acerca de las posibilidades de subsunción que resultaría propia de la primera aproximación. Respecto a los límites de la subsunción, pone énfasis en la característica de los sistemas jurídicos en cuanto a que no son exhaustivos y que, por tanto, requieren ser completados por vía de la interpretación judicial, actividad que desde una perspectiva realista da espacio a múltiples opciones, pues no hay formas de ordenación que establezcan preferencias claras por sobre otras. Comanducci está consciente de que esta reconstrucción “convertiría en trivial el criterio de deducibilidad para fundamentar la validez del contenido de la decisión judicial”,<sup>10</sup> pero ello no acarrea que no cumpla una función relevante, pues “constríne [a los jueces] a justificar la interpretación de la formulación, de modo que ésta exprese una norma que regule el caso”.<sup>11</sup>

El análisis precedente de Paolo —y que me adelanto a reconocer que mucho se ha perdido en mi apurada reconstrucción— parece contundente y, a la vez, resulta cauto en el sentido de no ir más allá de lo que fundamentalmente admite ser sostenido. Más en concreto, resulta muy sugerente la articulación entre las reglas de competencia y las sustantivas, en términos de que las segundas constriñen las posibilidades de las primeras o, desde la otra cara de la misma moneda, que las segundas son aptas para poner en movimiento a las primeras. El problema, a mi juicio, está en lo que Paolo calla y que yo quisiera vincular al ya anunciado mecanismo de sustitución de preguntas, del cual muchas veces —en realidad, la mayoría— no somos plenamente conscientes.

Si volvemos algunas líneas atrás, Paolo anuncia que se hará cargo de la distinción entre aplicabilidad externa e interna, incurriendo en más riesgos argumentativos en esta última (a cuya reconstrucción le he prestado más

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 108.

atención). El problema de la aplicabilidad interna se asocia con el problema de la derivación de una determinada solución a un caso concreto, en razón de su conexión con el caso abstractamente construido desde las disposiciones, pasando por las normas a las cuales se llega por vía interpretativa. Como se ilustra en el texto, el desafío es justificar el resultado condenatorio, lo que puede colapsar por la tensión que surge en razón de que, a pesar de que las pruebas rendidas apunten a la culpabilidad (de Dmitri, por seguir, con su ejemplo), podría no haber cometido la conducta atribuida (él no mató a Fiódor). De esta manera, a pesar de la competencia de los tribunales para decidir ciñéndose a una cierta metodología (o a un procedimiento), siempre estaría abierta la posibilidad de hablar de error judicial cuando se evalúa el resultado, a la luz de determinados saberes (Dmitri no mató a Fiódor).

Estoy consciente de que incurriré en algunos riesgos al tratar de ir un poco más allá de lo que, con rigor, plantea Comanducci, pero vale la pena hacer algunas exploraciones. Una dificultad que —creo— lleva a Paolo a ser muy cauto en las posibilidades que ofrece la derivación es que el caso que elige para que opere como trasfondo para la identificación de un error judicial, trae más confusión que claridad. Dmitri Karamázov no mató a Fiódor es un enunciado que podríamos calificar como verdadero porque Dostoyevsky nos presenta una historia según la cual Dmitri no mató a Fiódor. Dicho en otras palabras, desde una aproximación de un lector que acepta un pacto de ficcionalidad al leer *Los hermanos Karamázov*, lo que diga Dostoyevsky no admite ser problematizado, más allá de que una tarea interpretativa pudiera poner en entredicho algunas afirmaciones del texto, en cuanto a qué puede hacérselas significar (¿lo que dice Pável Fiódorovich Smerdiakov en su conversación con Iván debe ser considerado como la última palabra, o podría estar mintiendo o teniendo alucinaciones?).

Los problemas de justificación en sede judicial son algo diferentes. Por cierto, hay que lidiar con el problema de los significados de las disposiciones, cuestión que Comanducci trata explícitamente en el texto comentado. Pero en lo que respecta a la justificación de la premisa fáctica carecemos de algo equivalente al *Ojo de Dios* y, por tanto, los problemas pueden quedar abiertos. Así las cosas, si asumimos un punto de vista estático entre aquello que se presentó en el proceso judicial, y aquello que da espacio a la calificación de que se ha incurrido en un error judicial, la línea es más tenue. En un proceso bien diseñado y en el que cada interviniente (abogados litigantes, testigos y peritos) hace bien su trabajo, los posibles errores en la decisión (resultado) serán eminentemente un asunto de razonamiento deficientemente

construido, y no de error en un resultado cuya corrección es independiente de lo que sucedió en el juicio (aquí se carece de fuentes de información que admitan reconocerse como *lo dado* en términos tan fuertes, según ocurre en una novela). Por cierto, en los procesos judiciales el decurso de los años podrá hacer emerger nuevas fuentes de información que no se tuvieron en cuenta al momento de la toma de decisión y que será indicativo de que había un error, pero esa evaluación será asincrónica. El asunto es serio por lo que los sistemas jurídicos están abiertos a revisar aquello que, en su momento, fue reconocido como definitivo, y lo hace por la vía del llamado recurso o acción de revisión que, en términos generales, posee una muy baja incidencia en los grandes números del sistema.<sup>12</sup>

Acorde a lo señalado, una sentencia, en cuanto es una expresión de justificación práctica, estará adecuadamente construida en la medida que quienes, dentro de lo que permiten las reglas de competencia, resuelven un caso de manera concordante con lo estipulado en sus reglas regulativas. Esto supone someterse a los límites de la comunidad jurídica en cuanto al significado de las disposiciones y al alcance de las pruebas rendidas. Así las cosas, Paolo —una vez más— está bien encaminado con su reconstrucción de cómo podría zanjarse el problema de la llamada aplicabilidad interna (o de la aplicabilidad a secas), mediante una combinación de uso de reglas regulativas y de competencia.<sup>13</sup> Curiosamente el punto débil de su explicación proviene de una concepción de lo probado que no resulta del todo consistente con su escepticismo genovés. En pocas palabras, la aplicabilidad en sede de reglas regulativas lleva, una vez más, a prestar atención a asuntos tales como procedimientos y auditorios en un momento determinado (el del juicio), y no a una realidad externa —incluso si se le matiza reconociendo la dificultad para aprehenderla o la falibilidad de los juicios que al respecto se realizan— que se resiste a abandonar un rol aparentemente determinante en lo que concierne al otorgamiento del estatus de lo correcto o lo errado a nivel de justificación práctica.

---

<sup>12</sup> Véase, a modo de ejemplo, Duce, Mauricio, “La condena de inocentes en Chile: una aproximación empírica a partir de los resultados de los recursos de revisión acogidos por la Corte Suprema en el periodo 2007-2013”, *Política Criminal*, Santiago de Chile, vol. 10, núm. 19, 2015, pp. 159-191.

<sup>13</sup> Un texto reciente que también recurre a una combinación de dos formas de aplicabilidad para entender lo que se hace en sede judicial puede verse en Duarte D’Almeida, Luis, “¿Qué es aplicar derecho?”, *Discusiones*, Bahía Blanca, vol. 27, núm. 2, 2020, pp. 27-54. En su caso, habla de aplicabilidad inferencial (que se hace cargo de los problemas de deducibilidad) y de aplicabilidad pragmática (que se hace cargo de los problemas de toma de decisiones).

### III. ¿Y QUÉ PASO? UN ESBOZO SOBRE EL PROBLEMA DE SUSTITUCIÓN DE PREGUNTAS

Probablemente, uno de los asuntos más difíciles de hacer frente en lo que atañe a la exclusividad atribuida a litigantes y jueces en tareas de gestión de pruebas y argumentos, y de decisión sobre las cargas en un juicio, es que con posterioridad a su terminación aparezca nueva prueba inconsistente con lo resuelto. Así, por ejemplo, la reaparición de la víctima de un delito de homicidio constituye uno de los fracasos más estrepitosos de un proceso judicial en que se condenó al acusado. Desde cierta perspectiva, es evidente que hubo un error, pues el acusado no pudo realizar la conducta que, en su momento, se le atribuyó. El punto que genera confusión es: ¿qué es lo determinante del error? Para ello pensemos en las siguientes posibilidades:

- a) El tribunal condena/absuelve ceñéndose a la prueba rendida. Con posterioridad, aparece nueva prueba incompatible con la decisión que se adoptó.
- b) El tribunal condena/absuelve ceñéndose a la prueba rendida. Con posterioridad, no aparece nueva prueba relativa a la decisión que se adoptó.
- c) El tribunal condena/absuelve ceñéndose a la prueba rendida. Con posterioridad, aparece nueva prueba compatible con la decisión que se adoptó.
- d) El tribunal condena/absuelve sin ceñirse a la prueba rendida. Con posterioridad, aparece nueva prueba incompatible con la decisión que se adoptó.
- e) El tribunal condena/absuelve sin ceñirse a la prueba rendida. Con posterioridad, no aparece nueva prueba relativa a la decisión que se adoptó.
- f) El tribunal condena/absuelve sin ceñirse a la prueba rendida. Con posterioridad, aparece nueva prueba compatible con la decisión que había sido adoptada.

De las distintas opciones, difícilmente se objetaría la elección de c) y b) como las mejores. Respecto de a), probablemente se diría que el tribunal actuó correctamente, pero que fue desafortunado (tuvo mala suerte), pues lo que apareció genera que lo decidido ya no sea derivable de la norma general y abstracta. Respecto a f), en cambio, probablemente se diría que el tribunal actuó incorrectamente, pero que fue afortunado (tuvo buena suerte),



pues lo que posteriormente apareció genera que lo decidido sea ahora —en cierta medida— derivable de la norma general y abstracta.

Volvamos al caso de la reaparición de la víctima del homicidio: sería un caso a).<sup>14</sup> El tribunal respectivo debiera revocar la decisión originaria quedando el acusado libre: la nueva decisión, es de esperar, pasará a partir de ese momento a ser un caso b). Imaginemos, en cambio, que tiempo después de esta modificación se prueba que quien reapareció no era la víctima, sino un hermano gemelo: la primera decisión recupera su estatus b) y la segunda decisión pasa ahora a ser a). Estas complicaciones llevan a pensar que, en fin de cuentas, el problema no es de falta de correspondencia con el mundo, sino simplemente un asunto de alejamiento del escenario que ha sido construido en el proceso judicial.<sup>15</sup> Al final, como decía Bernard Williams: “Podemos estar de igual manera complacidos por algo que solamente creemos que es así, pero no lo es, como por lo que sabemos que así es”.<sup>16</sup>

#### IV. A MODO DE CIERRE

Huelga decir que éste es un texto que no admite conclusiones. Este brevísimo cierre solo adquiere sentido como una invitación a mantener abierta una relación académica muy fructífera (aunque casi todo el peso se lo ha llevado Paolo); pero sobre todo a perseverar en una relación de amistad, la que confío haya resultado más simétrica. Al menos, en esto último, he hecho el intento.

---

<sup>14</sup> También podría ser eventualmente un caso d) o f), pero para los efectos del análisis no sería de interés.

<sup>15</sup> Duarte D’Almeida, Luis, “¿Qué es aplicar derecho?...”, *cit.*, 15, pp. 52-54. El autor se preocupa por clarificar lo que se quiere decir cuando se habla de casos a los que se aplica o en los que se aplica el derecho. El segundo de los sentidos que tiene una relevancia especial cuando se trata de la aplicabilidad pragmática y no puramente inferencial es, simplemente: “un caso es en realidad una pregunta particular. Es una pregunta que se le plantea a un juez y sobre la cual se espera que se pronuncie”. El punto es atinente a lo que aquí se discute pues la aplicabilidad inferencial es reducible a un acto puramente mental que no calza exactamente con lo que le preocupa a Comanducci. Cuando Paolo se preocupa de la aplicabilidad está considerando que un órgano competente toma una decisión. Ahora bien, la pregunta particular puede construirse a partir de una serie de hechos particulares del proceso (sentido 3), respecto de los cuales para Duarte no pareciera requerirse algún tipo de correspondencia con la realidad (el punto no lo aborda).

<sup>16</sup> Williams, Bernard, *La filosofía como una disciplina humanística*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 54.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BAEHR, Jason, “Cultivating Good Minds: A Philosophical and Practical Guide to Educating for Intellectual Virtues”, 2015, <https://intellectualvirtues.org/why-should-we-educate-for-intellectual-virtues-2-2/>.
- COLOMA, Rodrigo, “El debate sobre los hechos en los procesos judiciales. ¿Qué inclina la balanza?”, en ACCATINO, Daniela (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010.
- COMANDUCCI, Paolo, “Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del derecho”, *Constitución y teoría del derecho*, México, Fontamara, 2007.
- DUARTE D’ALMEIDA, Luis, “¿Qué es aplicar derecho?”, *Discusiones*, Bahía Blanca, vol. 27, núm. 2, 2020.
- DUCE, Mauricio, “La condena de inocentes en Chile: una aproximación empírica a partir de los resultados de los recursos de revisión acogidos por la Corte Suprema en el periodo 2007-2013”, *Política Criminal*, Santiago de Chile, vol. 10, núm. 19, 2015.
- GRICE, Paul, *Studies in the Way of Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.
- KAHNEMAN, David, *Pensar rápido, pensar despacio*, Buenos Aires, Debate, 2012.
- LATOUR, Bruno, *Cara a cara con el planeta. Una nueva mirada sobre el cambio climático alejada de las posiciones apocalípticas*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2017, 2a. conferencia (versión electrónica).
- MORESO, José Juan y NAVARRO, Pablo, “Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche”, en COMANDUCCI, Paolo y GUASTINI, Riccardo (coords). *Struttura e dinamica dei sistema giuridici*, Turín, Giappichelli, 1996.
- VALÉRY, Paul, *Política del espíritu*, 2a. ed., Buenos Aires, Losada, 1997.
- WILLIAMS, Bernard, *La filosofía como una disciplina humanística*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.

## APLICABILIDAD Y REGLA DE RECONOCIMIENTO

Diego DEI VECCHI  
Sebastián FIGUEROA RUBIO  
Pablo A. RAPETTI

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La aplicabilidad de normas jurídicas*. III. *La regla de reconocimiento, algunas consideraciones breves*. IV. *Criterios de aplicabilidad y regla de reconocimiento*. V. *Realismo jurídico y aplicabilidad externa*. VI. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Una de las tantas cosas que admirar de Paolo Comanducci es su inusitada capacidad para reflexionar y reconstruir problemas de la filosofía del derecho de lo más disímiles y complejos de modo tan sencillo como esclarecedor. En general estas reflexiones van incluso acompañadas de soluciones que, en virtud de la naturalidad con que se siguen de las reflexiones y reconstrucciones que les anteceden, parecen indiscutibles.

Intentaremos en lo que sigue combinar algunas tesis que Comanducci ha defendido respecto de ciertos temas específicos y proponer algunos agregados en reflexiones que parece haber dejado algo inconclusas. En particular, pondremos bajo consideración determinadas posturas que él ha adoptado respecto de la aplicabilidad de las normas jurídicas. El objetivo último es proponer un camino a seguir en relación con un problema que Comanducci deja un tanto en suspenso, a saber, el problema de los criterios últimos de aplicabilidad de normas jurídicas.

En general, la actitud de Comanducci al abordar estas y otras cuestiones ha sido congruente con postulados metodológicos que, con espíritu weberiano, suele poner de manifiesto *ex ante* en sus escritos.<sup>1</sup> En concreto,

---

<sup>1</sup> Véase Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, en Escudero Alday, Rafael (ed.), *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 75.

Comanducci adopta la actitud propia del “positivismo metodológico” (único aspecto del positivismo que considera defendible explícitamente, al menos, como nos atreveremos a proponer). De modo que sus propósitos al abordar cuestiones jurídicas han sido, por lo general, descriptivos o explicativos y con plena conciencia de los peligros que conlleva realizar este tipo de tarea.

Comanducci considera que es perfectamente posible identificar y describir el derecho tal cual *es*. Claro está, ello no implica que esta identificación y descripción concierna *al contenido normativo* del derecho; es decir, de su modo de concebir el positivismo metodológico no se sigue que aquello que la ciencia jurídica describe sean, desde su óptica y tal como pretendía Kelsen, deberes jurídicos.

Identificar el contenido normativo del ordenamiento significa individuar los deberes que impone o que de él emergen. De entre esos deberes, algunos recaen en cabeza de las personas que aplican el derecho, pues la actividad (fundamentalmente judicial) de identificar y aplicar las normas jurídicas es una actividad jurídicamente reglada.

Ahora bien, las normas que regulan esa actividad imponen a las personas que deciden los casos concretos *el deber* de emplear ciertos criterios específicos a efectos de identificar las normas aplicables a los casos. A su vez, esas normas deberán estar justificadas en otras normas jurídicas más fundamentales. Pero esta escalada conduciría a una regresión al infinito. En consecuencia, o bien se acepta algún criterio normativo último de carácter jurídico, o bien se considera que las normas jurídicamente últimas encuentran fundamento en otro ordenamiento normativo, por caso, el de la moral crítica. El positivismo jurídico parece rechazar esta última posibilidad, de modo que —al menos en su versión *normativista*— debe encontrar una herramienta teórica que le permita sostener lo primero. La dificultad está, en este sentido, en ofrecer una concepción de la normatividad jurídica —o fuerza vinculante de los criterios jurídicos últimos— sin quedar moral o políticamente comprometido; es decir, el positivismo requiere de un criterio normativo que no se defina en términos puramente morales y políticos y que, a su vez, permita evitar la mencionada regresión.

Ante esto, analizando la noción de “aplicabilidad” de normas jurídicas, Comanducci ha adoptado una posición más bien escéptica, una que él mismo califica de *realista*. De conformidad con su postura, las personas que adoptan decisiones judiciales pueden, de hecho, emplear como criterios últimos de identificación y aplicación de normas aquellos que les vengan en gana. De modo que, en fin de cuentas, los criterios últimos de validez jurídica no son *normativos* en absoluto, pues no imponen deber alguno y,

con ello, no permiten evaluar las decisiones judiciales, no son criterios de corrección, no se trata de criterios *aplicables* (en el sentido de que sea debido aplicarlos).

Frente a esto, Comanducci contempla las soluciones que Kelsen y Hart intentaron ofrecer para salvar al positivismo jurídico normativista dando cuenta, de manera neutral y no reduccionista, de la obligatoriedad de las normas jurídicas últimas. Se trata, respectivamente, de las tesis de la norma fundante básica y la de la regla de reconocimiento. Comanducci sostiene que ambas posturas presentan ciertos problemas, y de allí que adopta una posición *realista*. Sin embargo, no avanza mayormente en explicitar en qué consisten esos obstáculos y es este el punto que consideramos dejado en suspenso.

En lo que sigue nos proponemos revisar la posición de Comanducci respecto de los criterios últimos de identificación y aplicación del derecho. Intentaremos conjeturar cuáles son los defectos que Comanducci podría estar atribuyendo a la tesis hartiana de la regla de reconocimiento como estrategia adecuada para dar sustento a la idea de que los criterios últimos de aplicación de normas jurídicas son *aplicables*. Argumentaremos que, aunque una lectura superficial de la tesis de la regla de reconocimiento podría en efecto resultar problemática frente a los presupuestos metodológicos de Comanducci, hay modos de entender a la regla de reconocimiento que, a nuestro parecer, son perfectamente compatibles con esos presupuestos.

En el apartado II presentaremos brevemente la distinción entre aplicabilidad interna y aplicabilidad externa, tal como Comanducci la aborda, y reconstruiremos algunas de sus tesis respecto de la identificación e interpretación del derecho. En el apartado III veremos en qué condiciones la regla de reconocimiento hartiana se torna un postulado problemático dentro de las tesis de Comanducci. Pondremos de manifiesto luego, en el apartado IV, nuestra propia concepción de la tesis hartiana. Argüiremos que, desde esta concepción, se soslayan, si no todos, al menos gran parte de los problemas que podrían preocupar a Comanducci. Por último, en el apartado V precisaremos el modo en que, creemos, podría intentarse amalgamar su visión y la tesis hartiana.

## II. LA APLICABILIDAD DE NORMAS JURÍDICAS

En los ordenamientos contemporáneos, la aplicación de las normas jurídicas está supeditada a un principio básico. De acuerdo con ese principio, las decisiones aplicativas de normas han de estar justificadas, es decir, no deben

ser arbitrarias.<sup>2</sup> Para que la decisión de un caso esté justificada, debe resolverse aplicando normas jurídicamente adecuadas. No cualquier norma, aun siendo jurídica, sería aceptable a estos efectos. La aptitud de una norma para justificar una decisión depende de que ella posea la propiedad de ser *aplicable*.

Sin embargo, no resulta fácil determinar las condiciones ante las cuales se puede decir que una determinada norma es jurídicamente aplicable a un cierto caso. La aplicación de normas jurídicas tiene varias dimensiones diferentes. Y en cada una de esas dimensiones los criterios que determinan si una norma es o no aplicable pueden resultar divergentes. Una distinción relevante respecto de esta cuestión se remonta a un trabajo de José Juan Moreso y Pablo Navarro,<sup>3</sup> inspirado en algunas reflexiones que Eugenio Bulygin había expuesto años antes.<sup>4</sup> Moreso y Navarro pusieron de manifiesto la ambigüedad ínsita en la afirmación de que una norma es *aplicable*. Limitarse a hablar sin más de “aplicabilidad de normas jurídicas” a la luz de esos diversos criterios de justificación oscurece matices de gran relevancia.

Cuando decimos que una norma  $N_i$  es aplicable a un caso  $c$  podemos estar diciendo al menos dos cosas diferentes: (a) que  $N_i$  es la norma que regula el caso  $c$  —porque el supuesto de hecho  $C$  de esa norma incluye a  $c$  como una instancia suya<sup>5</sup>—, o bien (b) que la persona  $J$  que resuelve la disputa debe emplear  $N_i$  como premisa normativa de su decisión —porque hay otra norma  $N_j$  que impone a  $J$  el deber de emplear  $N_i$  como premisa en el silogismo judicial—.

Al detectar esta divergencia de condiciones de aplicabilidad, Moreso y Navarro denominaron *aplicabilidad interna* a lo primero y *aplicabilidad externa*

---

<sup>2</sup> Véase Rodríguez, Jorge L., *Teoría analítica del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 350. En igual sentido.

<sup>3</sup> Moreso, José Juan y Navarro, Pablo E., “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, *Isonomía*, México, núm. 5, 1996; *idem*, “Applicability and Effectiveness of Legal Norms”, *Law and Philosophy*, Ámsterdam, 16, núm. 2, 1997.

<sup>4</sup> Bulygin, Eugenio, “Tiempo y validez”, en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991 [1982].

<sup>5</sup> Esto refiere, al parecer, a la noción kelseniana de fundamento de validez en virtud del principio estático (véase Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de Roberto Vernengo, México, Porrúa, 2009 [1960], p. 203). En este sentido, una norma individual  $N_j$  (e. g., X debe ser condenado a la pena de prisión) es válida en virtud de dicho principio si se deriva del contenido de una norma  $N_i$  (e. g., todas las personas que ejecuten la acción  $C$  deben ser condenadas a prisión) en conjunción con una premisa fáctica (o razón auxiliar). En estos términos plantea la cuestión el propio Comanducci; véase Comanducci, Paolo, “La aplicación del derecho”, en Escudero Alday, R. (ed.), *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, cit., p. 160. La cuestión sobre si la aplicabilidad interna concierne a una relación inferencial entre una norma y una premisa fáctica, o bien a una relación (de otro tipo) entre normas y hechos, es una cuestión abierta que no puede profundizarse aquí.

a lo segundo. Como puede verse, (a) la aplicabilidad interna concierne al *alcance* de la norma, a la extensión de los casos que está llamada a resolver. En cambio, (b) la aplicabilidad externa concierne a la *fuerza institucional* de la norma, a su vinculatoriedad frente a la adopción de ciertas decisiones: “La fuerza institucional de una norma es una función de su aptitud para justificar una decisión institucional”.<sup>6</sup>

A primera vista podría parecer que, si una norma es internamente aplicable, de modo que se satisface la condición (a), entonces lo es externamente (b), y viceversa. Pero las cosas quizá no son tan simples.<sup>7</sup> Bien podría ser el caso que la norma  $N_i$  tenga a  $C$  como supuesto de hecho, de modo que aplica a  $c$  a la luz de la condición (a), pero, al mismo tiempo, que  $N_i$  no pertenezca al sistema jurídico (por ser una norma proveniente de una religión, por ejemplo). O podría incluso ocurrir que, aun cuando  $N_i$  formase parte del sistema jurídico, ella esté en *vacatio legis*. En estos casos estaríamos frente a normas que por hipótesis serían internamente aplicables a los casos bajo cierta consideración, pero que no serían externamente aplicables.

En contraposición, suele decirse que una norma también podría ser externamente aplicable sin serlo internamente. Por ejemplo, imagínese que  $N_i$  fuera externamente aplicable. Ello podría suceder en virtud de que los criterios de aplicación del ordenamiento imponen a una persona  $J$  la obligación de emplear esa norma a efectos de resolver la disputa. Esa obligación podría estar fundada en que el supuesto de hecho  $c$  quedó probado en el juicio pertinente, al tiempo que  $N_i$  sería la norma internamente aplicable si  $c$  fuera verdadero. Ahora bien, imagínese que  $c$ , aun si probado, es falso. En situaciones tales, a pesar de las apariencias y a despecho de su aplicabilidad externa,  $N_i$  no es internamente aplicable.<sup>8</sup> Los ejemplos podrían multipli-

<sup>6</sup> Navarro, Pablo E.; Orunesu, Claudina; Rodríguez, Jorge L. y Sucar, Germán, “La aplicabilidad de las normas jurídicas”, *Análisis e diritto 2000*, Turín, Giappichelli, 2001, p. 137.

<sup>7</sup> Véase Rodríguez, Jorge L., *op. cit.* No podemos detenernos aquí a discutir este punto.

<sup>8</sup> Este problema está vinculado con la paradoja que Caracciolo señala en Caracciolo, Ricardo, “El problema de los hechos en la justificación de la sentencia”, *III Seminario Internacional de Teoría del Derecho*, Universidad Nacional del Sur, septiembre de 2000. Véase, como respuesta, Sánchez Brígido, Rodrigo y Seleme, Hugo O., “Justificación...”, *cit.* El problema fue abordado en ocasiones trayendo a colación el caso Dimitri Karamázov, condenado por haber matado a su padre puesto que el homicidio quedó probado en juicio, pero él era, sin embargo, inocente. Comanducci se pronunció expresamente sobre este asunto. A pesar de que hay consenso sobre la aplicabilidad externa de la norma, al igual que otras personas, Comanducci piensa que: “La decisión de la condena no está justificada, como resultado, ya que la norma individual expresada por la sentencia no está justificada por la norma sustantiva del homicidio, porque tal norma no resulta internamente aplicable, en tanto que Dimitri no ha asesinado a su padre”. Creemos que esta posición es errada y que se asienta en un equívoco relativo al término “caso”. La ambigüedad de ese término se refleja en la noción de aplicabi-

carse y nos permitirían delinear una buena cantidad de matices, pero aquí no es posible ni necesario detenernos en ello. Lo dicho es suficiente para ver la relevancia de la distinción.

En lo que sigue dejaremos de lado la noción de “aplicabilidad interna” y nos centraremos en la de “aplicabilidad externa”, es decir, en la fuerza institucional de las normas jurídicas. Asumiremos que la fuerza institucional de una norma jurídica no se identifica con su justificación moral, de modo que partiremos del supuesto de que la tesis “de la autonomía del razonamiento jurídico”, tal como la llama Comanducci, es al menos plausible.<sup>9</sup> De conformidad con esta tesis, la aplicabilidad externa de una norma  $N_i$  depende tan solo de que una norma jurídica  $N_j$  imponga el deber de emplear  $N_i$  como premisa justificativa de una decisión judicial.

Ahora bien, es sabido que, para establecer qué norma es externamente aplicable a un cierto caso, el criterio de *pertenencia* de normas al ordenamiento es insatisfactorio.<sup>10</sup> Más aun, la pertenencia de una norma a un sistema  $S_j$  no es condición ni necesaria ni suficiente de su aplicabilidad. Basta pensar en normas de derecho extranjero aplicables (interna y externamente) aun cuando no pertenecen al sistema, o en normas que pertenecen al sistema pero son inaplicables por estar en *vacatio legis*.

Nada de esto implica que identificar las normas que forman parte del sistema sea irrelevante a efectos de determinar si una cierta norma tiene o no el rasgo de ser aplicable. Como demuestran Navarro, Orunesu, Rodríguez y Sucar [de aquí en más, NORS], la fuerza institucional de las normas es una propiedad que “sólo puede ser atribuida sobre la base de los criterios de aplicabilidad *pertenecientes* al sistema jurídico”.<sup>11</sup>

Ahora bien, identificar los criterios de aplicabilidad pertenecientes al sistema no resuelve todos los problemas. Este es un punto que también ilus-

---

tividad interna. No podemos detenernos aquí en este punto, pero podemos intentar sintetizar el argumento: si “caso” se entiende como sinónimo de “hecho” o de “evento”, entonces tiene sentido decir que la norma del homicidio no es internamente aplicable al “caso” de Dimitri Karamázov. Pero no tiene sentido decir que, *por ello*, la decisión-norma (la norma individual de la sentencia) no está justificada, pues las relaciones justificativas se dan entre entidades lingüísticas (en este caso: normas y *enunciados sobre hechos*), no entre enunciados o normas, por una parte, y hechos, por la otra. Si, en cambio, “caso” se entiende como sinónimo de “enunciado fáctico” o “premisa fáctica”, entonces no tiene sentido decir que la norma no es “internamente aplicable”, pues el enunciado fáctico que describe la situación como un homicidio cometido por Dimitri Karamázov es sin dudas subsumible en la norma del homicidio. De allí que la decisión norma también está internamente justificada.

<sup>9</sup> Véase Comanducci, Paolo, “La aplicación...”, *cit.*, p. 162.

<sup>10</sup> Este problema se remonta ya a Bulygin, Eugenio, *op. cit.*

<sup>11</sup> Navarro, Pablo E.; Orunesu, Claudina; Rodríguez, Jorge L. y Sucar, Germán, *op. cit.*, p. 139.



tran NORS. Tal y como funcionan los ordenamientos jurídicos actuales, hay varias situaciones que ponen de manifiesto que una norma  $N_i$  podría ser externamente aplicable de conformidad con los criterios de aplicabilidad de  $S_j$  —en virtud de una norma  $N_j$  que establece el deber de emplear  $N_i$ — y, sin embargo, no ser el caso que “los jueces de  $S_j$  tienen un deber jurídico concluyente de justificar su decisión del caso  $C$  en la norma  $N_i$ ”.<sup>12</sup> Así, por curioso que suene, una norma externamente aplicable bien puede resultar externamente inaplicable. Por ejemplo, podría haber una cierta norma en  $S_j$  que prohíbe aplicar  $N_j$ , es decir, excluye la norma que funge de criterio de aplicabilidad externa para  $N_i$ . Esto no priva a  $N_i$  de su rasgo de externamente aplicable, en virtud de que  $N_j$  impone su aplicación. Pero, de acuerdo con las intuiciones más corrientes, su aplicabilidad quedaría afectada toda vez que otro criterio declare inaplicable a  $N_j$ . También podría acontecer que  $N_j$ , siendo externamente aplicable en virtud de  $N_j$ , entre en conflicto con otra norma  $N_k$ , al tiempo que ciertos criterios de resolución de antinomias determinan el deber judicial de aplicar esta última norma, y no  $N_i$ .

Estos inconvenientes nos conducen a la cuestión de los criterios últimos de aplicabilidad. Pues determinar qué normas son aplicables de manera concluyente exige apelar a dichos criterios. Éste es, precisamente, el problema que pretendemos abordar en lo que sigue y que, al reflexionar sobre la cuestión de la aplicabilidad, Comanducci deja abierto. Se trata del problema de si los criterios últimos de aplicabilidad pertenecientes al ordenamiento son o no, a su vez, *aplicables*.

NORS sostienen de manera tajante que dichos criterios ni son aplicables ni son no aplicables. Esto tiene asidero en tanto y en cuanto la noción de “aplicabilidad externa” es, por definición, una noción relacional. Así, la idea misma de “criterios últimos”, es decir, criterios no relacionados con ningún otro criterio “superior” obstruye el uso de la noción de “aplicabilidad externa” e impide predicar dicho tipo de aplicabilidad de los criterios aludidos. En abierto contraste, y en una orientación que nos resulta atractiva, Comanducci indica que, a efectos de afrontar y resolver situaciones como las ejemplificadas en el párrafo anterior, es indispensable adaptar esa concepción de la “aplicabilidad externa” de manera tal que:

una norma  $N_i$ , es externamente aplicable si y sólo si la obligación de aplicarla deriva, directa o indirectamente, de las normas últimas del sistema jurídico del momento de la decisión. Estas normas últimas, consecuentemente, deben

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 146. Hemos adaptado la tipografía de la cita a nuestras propias elecciones.

aplicarse siempre para entender que una decisión judicial está justificada. Son, por tanto, aplicables, y no ni aplicables ni no-aplicables, como resultaba de la definición precedente de aplicabilidad.<sup>13</sup>

Aquí es muy importante hacer una observación. Aunque NORS rechaza de manera radical calificar a los criterios últimos de aplicabilidad como *aplicables*, sostiene al mismo tiempo que “los últimos criterios de aplicabilidad no pueden ser ignorados por los órganos de adjudicación, *i. e.* ellos poseen fuerza institucional, pero estos últimos criterios no satisfacen las relaciones normativas características de las normas aplicables”.<sup>14</sup>

Como se dijo, esto último es producto de la definición que ellos asumen de “aplicabilidad externa” (*i. e.*, como predicado relacional). Lo importante es que de este pasaje se sigue una consecuencia curiosa. En efecto, en la medida en que se reconozca fuerza institucional a los criterios últimos de aplicabilidad pero se niegue que ellos son aplicables, una de dos: o las nociones de “fuerza institucional” y de “aplicabilidad externa” no son coextensivas, de modo tal que la primera es más amplia que la segunda —pues solo así una norma podría tener fuerza institucional sin ser externamente aplicable—, pero entonces habría que indicar en qué consiste dicha fuerza institucional; o bien “aplicabilidad externa” y “fuerza institucional” coinciden, pero entonces habrá que contar con una noción no relacional de “aplicabilidad externa”.

Ante todo esto, Comanducci plantea un dilema: o bien se adopta una postura realista que rechace la idea misma de que haya obligatoriedad de aplicar normas jurídicas últimas y, por ende, la noción de “aplicabilidad externa” como condición necesaria de la justificación de decisiones judiciales; “o bien se debe encontrar un modo de fundamentar la aplicabilidad de las normas últimas del sistema jurídico actual, las que determinan los criterios de aplicabilidad de las otras normas del ordenamiento jurídico”.<sup>15</sup> Él se inclina por la perspectiva realista, según la cual los jueces tienen ni más ni menos que un poder de hecho que los deja en situación de aplicar las normas últimas del sistema o dejar de hacerlo a gusto y antojo. Al mismo tiempo, indica cuáles serían las alternativas que podrían inclinar a adoptar el otro cuerno del dilema, a saber: la tesis hartiana de la regla de reconocimiento o la tesis kelseniana de la norma fundante básica.

<sup>13</sup> Comanducci, Paolo, “La aplicación...”, *cit.*, p. 165.

<sup>14</sup> Navarro, Pablo E.; Orunesu, Claudina; Rodríguez, Jorge L. y Sucar, Germán, *op. cit.*, p. 152.

<sup>15</sup> Comanducci, Paolo, “La aplicación...”, *cit.*, p. 165.

En los textos en que trata esta cuestión, Comanducci no pone de manifiesto las razones de su preferencia, aunque algunas pueden fácilmente extraerse de otros tantos escritos suyos. En todo caso, claramente señala que, como es de sobra sabido, los intentos que Hart y Kelsen hacen para cimentar el positivismo jurídico normativista dotándolo de una norma última con fuerza institucional presentan dificultades. En lo que sigue propondremos un modo de entender la regla de reconocimiento hartiana tal que no solo constituye, creemos, la mejor herramienta para dar cuenta de las situaciones problemáticas relativas a la aplicabilidad externa, sino que lo hace sorteando muchas de las dificultades que a menudo se le atribuyen. Luego sugeriremos, con la provocativa esperanza de incitar a Comanducci a decir algunas palabras más al respecto, que esa lectura de la regla de reconocimiento puede muy bien ser suscrita por él sin que ello lo fuerce a claudicar de sus presupuestos teóricos.

En este orden de ideas, intentaremos mostrar que la regla de reconocimiento se identifica con un complejo de criterios últimos que operan como pautas ineludibles de corrección de las decisiones judiciales.

### III. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO: ALGUNAS CONSIDERACIONES BREVES

Aunque no del todo explícito al respecto, Comanducci parece asumir que la comprensión correcta de la regla de reconocimiento hartiana es la de que se trata de un criterio conceptual o norma constitutiva.<sup>16</sup> Esta es una comprensión alternativa a la de la regla de reconocimiento como norma regulativa, que impone deberes. En nuestro medio ambas alternativas se han puesto a prueba en el muy conocido debate entre Eugenio Bulygin y Juan Ruiz Manero, quienes defendieron, respectivamente, una u otra de esas caracterizaciones.

Como el debate es muy conocido, aquí lo daremos por sobreentendido y solo expondremos brevemente nuestra postura, tal como la hemos defendido en alguna ocasión anterior, adonde reenviamos.<sup>17</sup> A nuestro entender,

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 169. Por cierto, Comanducci parece considerar, solamente, que esa es la lectura correcta de la tesis hartiana, pero no suscribe la idea de que la regla de reconocimiento así entendida sea la manera más adecuada de dar cuenta de los criterios últimos de aplicabilidad o de validez de un ordenamiento jurídico.

<sup>17</sup> Dei Vecchi, Diego y Rapetti, Pablo A., “Un reconocimiento a Eugenio Bulygin: identificación del derecho y descripción de deberes jurídicos”, en Ratti, Giovanni; Rabanos, Julieta y Redondo, María Cristina (eds.), *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea*, vol.

se trata de un debate más bien espurio, en la medida en que parte de la asunción de que las alternativas se excluyen entre sí, aunque no se ofrece mayor justificación para dicha asunción. Por el contrario, nos parece que vale la pena retomar el seminal trabajo de Von Wright sobre las normas<sup>18</sup> y calificar a la regla de reconocimiento hartiana como una *norma de costumbre* en el específico sentido que Von Wright le da. De acuerdo con esto, la regla de reconocimiento participa a la vez de algunos caracteres distintivos de las prescripciones, por un lado, y de las reglas determinativas, por el otro. Es regulativa y conceptual a un tiempo, a la par de que es necesariamente el producto de prácticas sociales (en particular, de parte del conjunto de jueces de cada comunidad), lo que consecuentemente impide atribuirla a una autoría específica.

Como Comanducci parece inclinarse por la lectura bulyginiana, es importante resaltar aquí algunos de los aspectos puntualmente normativos de la regla de reconocimiento. Según Von Wright, las normas de costumbre son una suerte de hábito social, dado por regularidades generalizadas de comportamiento, sin un origen rastreable en acciones y decisiones de agentes particulares en un tiempo específico. Pero no son meras regularidades, en tanto logran carácter normativo por tener la virtualidad de influir en las conductas y ejercer “presión normativa” sobre “cada uno de los miembros de la comunidad” de la cual son costumbres. Dicha presión normativa se refleja en las reacciones críticas que genera el apartamiento de lo que las costumbres en cuestión establezcan. Desde luego, esto resuena con el trabajo de Hart, quien distingue a las reglas sociales de los hábitos sociales (para luego caracterizar a la regla de reconocimiento como una regla social en este sentido) precisamente en virtud de que en las primeras, pero no en los segundos, media la actitud práctica de *aceptación*: las conductas convergentes, regulares, se realizan de manera agregada no por mera coincidencia, sino en virtud de que se las toma como de alguna manera debidas y como constituyendo parámetros en función de los cuales evaluar conductas particulares como (in)correctas según se ajusten o no a dicha convergencia. La incorrección, en su caso, será fuente de reacciones críticas, de índole práctica, que pueden asumir múltiples formas y grados de severidad. Si la regla de reconocimiento se compone de los criterios últimos de validez jurídica,

---

2 (en prensa), Marcial Pons, 2022; Figueroa Rubio, Sebastián, “Definiciones, hostilidades y compromisos, Eugenio Bulygin y la regla de reconocimiento *hartiana*”, en Ratti, Giovanni; Rabanos, Julieta y Redondo, María Cristina (eds.), *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea*, vol. 2 (en prensa), *cit.*

<sup>18</sup> Von Wright, George Henrik, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Londres, Routledge & Kegan, 1963.

entonces su aceptación supone la asunción de que esos son los criterios que deben emplearse a la hora de dar por jurídicamente válidas ciertas normas (y no otras) para así emplearlas en la adjudicación de casos particulares, es decir, porque se debe emplear esas normas en la adjudicación. Desde luego, en atención a la idea de “aplicabilidad (externa)” ya reconstruida, esta primera imagen requiere una sofisticación ulterior, y eso es lo que intentaremos hacer en lo que sigue. Pero valgan aquí estas menciones un tanto gruesas para enfatizar el carácter normativo de la regla de reconocimiento. Esto también representará, en lo subsiguiente, un elemento vital para nuestra argumentación.

#### IV. CRITERIOS DE APLICABILIDAD Y REGLA DE RECONOCIMIENTO

Como dijimos más arriba, NORS explican la fuerza institucional de las normas con la noción de “aplicabilidad (externa)”. Sostienen que los criterios últimos de aplicabilidad no son ni aplicables ni inaplicables, pero que tienen fuerza institucional.<sup>19</sup> Esto supone una curiosidad en el contexto de su trabajo porque quiere decir, o bien que los conceptos de “fuerza institucional” y “aplicabilidad” no son idénticos ni equivalentes, y que hay una asimetría entre ellos, o bien que todavía se echa en falta una caracterización de “aplicabilidad externa” que sea no relacional.

Si se atiende al primer cuerno del dilema anterior, puede apreciarse que sucede lo mismo con las nociones de “pertenencia” y “validez”. Es usual explicar la noción de “validez” en términos de pertenencia,<sup>20</sup> aunque la cosa parece más bien ser al revés: la pertenencia se explica en términos de validez. Esto es así porque, llegando al final, está la regla de reconocimiento, que es perteneciente pero ni válida ni inválida.

Con Caracciolo, podemos decir que la pertenencia de las normas inferiores del ordenamiento jurídico se da en virtud de razones intrasistemáticas: la regla de reconocimiento establece criterios de validez; la satisfacción de esos criterios por parte de las normas da lugar a que ellas resulten normas pertenecientes al ordenamiento jurídico. Pero, en cambio, la regla de reconocimiento pertenece al ordenamiento en virtud de razones extra-sistemáticas. Mientras que los criterios del primer tipo tienen carácter de-

<sup>19</sup> Navarro, Pablo E.; Orunesu, Claudina; Rodríguez, Jorge L. y Sucar, Germán, *op. cit.*, p. 152.

<sup>20</sup> Véase, e. g., Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2012 [1975], pp. 111 y ss.; Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, pp. 195 y 196.

finitorio de la estructuración de las normas jurídicas en un sistema, los del segundo tipo no.<sup>21</sup> La pregunta, entonces, es si puede decirse algo análogo respecto de los criterios últimos de aplicabilidad. Si así fuera, habría aplicabilidad “por razones extrasistemáticas”.

Esto es lo que parece sostener Cristina Redondo con su tesis de que los criterios últimos de aplicabilidad son en sí mismos aplicables “en virtud de una práctica (regla) social”.<sup>22</sup> NORS rechazan esta idea reafirmando que los criterios últimos de aplicabilidad no son ni aplicables ni inaplicables, pero quizá sea algo no muy diferente —y ciertamente no explicitado— aquello en lo que están pensando cuando dicen que, a pesar de todo, tales criterios tienen fuerza institucional. En su respuesta a Redondo, NORS traen a colación —a modo de analogía— la precaución de Von Wright sobre confundir los sentidos *absoluto* y *relativo* de “validez”.<sup>23</sup> Von Wright afirma no solo que no hay que confundirlas, sino también que la noción relativa (es decir, relacional) de validez es “autosuficiente”, por lo que no hay que asumir que la noción relativa de algún modo *necesite* (o sea conceptualmente dependiente) de la absoluta.<sup>24</sup> No es meridianamente claro qué quiere decir Von Wright con todo ello,<sup>25</sup> pero aquí basta con notar que NORS señalan esto, analógicamente, como un problema en relación con el concepto de “aplicabilidad” (habría que introducir una segunda noción, “aplicabilidad”<sub>bis</sub>, que caracterice la aplicabilidad de los criterios últimos), pero —y esto es bastante curioso— no en relación con el concepto de “validez”. Cuando tratan la idea de “validez” parecen emplearla en el sentido de pertenencia, y parecen también suscribir la concepción hartiana de la regla de reconocimiento, una de cuyas características definitorias es la de tratarse de una regla que no es ni válida ni inválida.<sup>26</sup> Pero tanto Hart como quienes han abrazado su con-

<sup>21</sup> Caracciolo, Ricardo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988, pp. 31-34.

<sup>22</sup> Redondo, Cristina, “El carácter práctico de los deberes jurídicos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 21, 2, 1998.

<sup>23</sup> Navarro, Pablo E.; Orunesu, Claudina; Rodríguez, Jorge L. y Sucar, Germán, *op. cit.*, p. 150.

<sup>24</sup> Von Wright, George Henrik, *op. cit.*, p. 196.

<sup>25</sup> Una posibilidad que consideramos plausible es entender que, en la comparación que hace entre validez y verdad, para este autor una cadena de validez tiene como primer eslabón una norma que no es válida ni inválida, caracterizándose por ser soberana. A ello se sumaría que la identificación de dicha norma como soberana no proviene de otra norma del sistema normativo, sino de consideraciones extrasistemáticas (Von Wright, George Henrik, *op. cit.*, pp. 196-202). Con esta interpretación, lo que defendemos en este trabajo acerca de la regla de reconocimiento no entra en conflicto con ninguna de estas cuestiones.

<sup>26</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 [1961], p. 135.

cepción parecen asumir que la regla de reconocimiento en efecto pertenece al ordenamiento jurídico. La regla de reconocimiento de un ordenamiento determinado es, precisamente, la regla *de* dicho ordenamiento porque pertenece a él. Esta pertenencia es empleada por Hart, por ejemplo, para explicar la individualización de ordenamientos jurídicos concretos<sup>27</sup> y es, a su vez, lo que ha motivado una explicación como la de Caracciolo mencionada más arriba: para cada ordenamiento operarán razones extrasistemáticas en virtud de las cuales su particular regla de reconocimiento sea, en efecto, *su* regla de reconocimiento.<sup>28</sup> No hay nada en el trabajo de NORS que los muestre alejados de estas asunciones comunes, con lo que parece exhibirse una incongruencia de parte suya.

Ahora bien, con independencia de la plausibilidad de la idea de Von Wright invocada por NORS, ha de notarse que lo que se propone a continuación bloquearía la analogía para la que se la invoca, en la medida en que pretende mostrar una asimetría relevante entre las nociones de “validez” y “aplicabilidad”.

Parece que puede decirse algo distinto a lo defendido tanto por Redondo, por un lado, como a lo de NORS, por el otro. Y es que la pertenencia de la regla de reconocimiento y la aplicabilidad de los criterios últimos de aplicabilidad son, también, cuestiones asimétricas *entre sí*. Porque la aplicabilidad de los criterios últimos de aplicabilidad es, a diferencia de la pertenencia de la regla de reconocimiento, de alguna manera *intrasistemática*: es, justamente, una consecuencia de los criterios últimos de validez; los criterios últimos de aplicabilidad están de algún modo contenidos en los criterios últimos de validez (sin identificarse con ellos); esto es, están contenidos en la regla de reconocimiento.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 146 y ss.; Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980, pp. 123-125. Jorge Rodríguez, siguiendo esta idea, ha propuesto entender la regla de reconocimiento como el equivalente a la primera constitución histórica en el esquema de Kelsen (véase una revisión crítica de dicha interpretación en Figueroa Rubio, Sebastián, “Cinco tesis sobre la regla de reconocimiento”, *Analisi e Diritto*, Milán-Boloña, vol. 22, núm. 1, 2022).

<sup>28</sup> Lo que supone, en esta reconstrucción, que hay un único concepto de “validez”, pero al menos dos de “pertenencia”: el que corresponde a la regla de reconocimiento y el que corresponde al resto de las normas de un ordenamiento jurídico, inferiores a ella. Y aquí, según parece, sí puede trazarse una analogía o paralelismo plausible: hay un único concepto de “fuerza institucional”, pero dos de “aplicabilidad”; uno que corresponde a los criterios últimos de aplicabilidad (contenidos en la regla de reconocimiento) y otro que corresponde al resto de los criterios, tal como se siguen para el resto de los estratos del ordenamiento jurídico de que se trate.

<sup>29</sup> Tal como hemos dicho al inicio, nuestras reflexiones se centran en la aplicabilidad externa. Los criterios últimos de aplicabilidad a que estamos haciendo referencia son, entonces, aquellos que determinan qué normas deben aplicarse en un ordenamiento jurídico.

Tenemos entonces dos tesis que requieren ser defendidas. Por un lado, que los criterios últimos de aplicabilidad están contenidos en la regla de reconocimiento. Por el otro, que se trata de criterios que en sí mismos son aplicables (*i. e.* que deben ser aplicados). Para ello podemos comenzar por referirnos a la cuestión de la regla de reconocimiento y la ordenación jerárquica de los criterios de validez que la componen.

Hart sostiene que la regla de reconocimiento de un ordenamiento jurídico puede tener diferentes niveles de complejidad a lo largo del tiempo y según el grado más general de organización social propio de la comunidad de que se trate. Así, es concebible una regla de reconocimiento que solo contenga un único criterio último de validez jurídica (*ergo*, una única fuente de derecho), pero

[e]n un sistema jurídico moderno, donde hay una variedad de “fuentes” de derecho, la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja: los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una constitución escrita, la sanción por una legislatura, y los precedentes judiciales. En la mayor parte de los casos se adoptan provisiones para posibles conflictos, clasificando estos criterios en un orden de subordinación y primacía relativas.<sup>30</sup>

Los criterios de validez potencialmente múltiples que componen una regla de reconocimiento desarrollada no deben su presencia en el ordenamiento los unos a los otros. Si componen la regla de reconocimiento, se entiende que *todos son últimos*. Pero bien pueden estar ordenados jerárquicamente entre sí. Bulygin ofrece una herramienta teórica con la que explicar esto justo con el concepto de aplicabilidad. Podemos decir que es con base en criterios de aplicabilidad que se establecen relaciones jerárquicas entre los criterios últimos de validez que hacen a la regla de reconocimiento.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 126.

<sup>31</sup> Aunque no es del todo claro sobre este punto, Bulygin parece afirmar (Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, pp. 203 y 204) que los criterios de aplicabilidad establecen relaciones jerárquicas entre normas solo cuando se trata de normas pertenecientes a distintos *sistemas* jurídicos de un mismo *orden* jurídico, según la conocida distinción entre ambos que trazó junto a Carlos Alchourrón (Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “Sobre el concepto de orden jurídico”, en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991 [1976], pp. 393 y ss.). En este sentido, parece que su idea no podría trasladarse directamente a la ordenación jerárquica de los criterios últimos de validez jurídica que componen la regla de reconocimiento, porque una misma regla de reconocimiento tendrá a sus criterios componentes coexistiendo sincrónicamente, es decir, formando parte de un mismo sistema. Pero, como mínimo, puede decirse que el contexto que estamos analizando, si no también otros, ofrece una razón en contra de esa restricción.



Aunando esta idea a lo que Hart sostiene en el pasaje recién transcrito, podemos decir entonces que la regla de reconocimiento contiene no solo los criterios últimos de validez jurídica, sino también criterios de aplicabilidad. Y, al tratarse de la regla última de todo sistema, esos criterios de aplicabilidad serán asimismo últimos.

No se nos escapa (i) que lo anterior solo se refiere a reglas de reconocimiento complejas en el sentido de incluir más de un criterio último de validez, ni que (ii) el propio Hart afirma que en tales casos suele suceder que se adoptan criterios de aplicabilidad que fijan un orden jerárquico, sin que ello parezca necesario.

Respecto de lo primero podemos por ahora decir que el caso de las reglas de reconocimiento complejas es cuando menos más relevante, en el sentido mínimo de que los ordenamientos jurídicos desarrollados distintivamente poseen reglas de reconocimiento complejas y no simples. En cualquier caso, diremos algo más sobre esto poco más abajo.

Respecto de lo segundo, cabe afirmar que no es del todo claro que la cuestión sea de mera frecuencia empírica y no algo un poco más exigente. Quizá pueda incluso defenderse la idea de que se trata de una exigencia lógica o conceptual, pero no intentaremos tal cosa aquí. De un modo intermedio, podemos, en cambio, intentar defender la idea de que se trata de una exigencia natural o de racionalidad (o razonabilidad).<sup>32</sup> Con esto estamos pensando en la propia distinción tripartita que Hart traza al referirse a lo que denominó “contenido mínimo de derecho natural”.<sup>33</sup> En tren de analizar si hay contenidos específicos que el derecho *necesita* tener, distinguió entre necesidades empíricas por un lado, lógicas o conceptuales por el otro y, en un espacio intermedio, “naturales”.<sup>34</sup> En relación con el contenido del derecho, ello implicaba lo siguiente. Por un lado, hay contenidos norma-

---

La idea hartiana de que los criterios últimos de validez son todos últimos y, sin embargo, ordenados jerárquicamente (que nos resulta también intuitiva), puede ser explicada justo señalando que su ordenación se debe a criterios de aplicabilidad. Así, aunque los criterios de validez en cuestión son jerárquicamente iguales desde el punto de vista de su estrato de pertenencia al ordenamiento jurídico, son jerárquicamente disímiles desde el punto de vista de su aplicabilidad.

<sup>32</sup> Esto se vincula con que lo que es “racional” en términos prácticos está determinado por las normas que mejor enfrentan los problemas del contexto en el que se delibera dadas las capacidades de quienes deliberan (Morton, Jennifer M., “Reasoning under Scarcity”, *Australasian Journal of Philosophy*, núm. 95, 3, 2017). Además, que se trate de racionalidad práctica se relaciona con la operatividad como condición de éxito, cuestión sobre la que volveremos a lo largo de este apartado.

<sup>33</sup> Hart, H. L. A., *op. cit.*, pp. 239-247.

<sup>34</sup> Véase en especial *ibidem*, p. 246.

tivos que los ordenamientos jurídicos “necesariamente” han de tener, en sentido empírico. Ello quiere decir que, de no tenerlos, la viabilidad empírica de los ordenamientos en cuestión se verá gravemente comprometida, lo que puede entenderse en términos de eficacia. Así, un sistema jurídico que no contenga normas que castiguen el homicidio injustificado, por ejemplo, será (probablemente) ineficaz. Hacia el otro extremo encontramos el campo de las necesidades conceptuales o lógicas, que son las que interesan principalmente a Hart en todo el resto de su libro y, más ampliamente, a la teoría general del derecho. Un ordenamiento normativo que no cumpla con las necesidades conceptuales para predicar la existencia del derecho no contará como un ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, un ordenamiento normativo que contenga solo normas primarias de obligación, sin ninguna norma secundaria (y, en particular, una regla de reconocimiento), no podría, conceptualmente, contar como un (caso paradigmático de) ordenamiento jurídico. Pero en el medio están las necesidades “naturales” de que nos habla Hart, que entendemos en términos de racionalidad (o razonabilidad): contenidos que, de no formar parte de un ordenamiento jurídico dado, harían que vivir bajo la égida de dicho ordenamiento resulte irracional (o irrazonable).<sup>35</sup> Así, volviendo al ejemplo de las normas que castiguen el homicidio, puede decirse que sería irracional (o irrazonable) vivir en una comunidad cuya ordenación jurídica no las incluyera. Y ello, como señala Hart, se explicaría por los diversos factores que hacen a la naturaleza y condición humana tal como parecemos comprenderla y que él mismo enumera y analiza.<sup>36</sup> Dichos factores no son lógicos o metafísicamente necesarios, sino potencialmente mutables, pero de un modo trabajoso que resiste la equiparación a la simple contingencia factual.

La necesidad natural es también intermedia a las otras dos porque no requiere de ninguna de ellas. Un ordenamiento jurídico no parece exigir

---

<sup>35</sup> Hart se refiere (*ibidem*, pp. 236 y 237) a los contenidos que hacen a lo que llama “contenido mínimo del derecho natural” como a aquellos que tenemos una *razón* para tener en nuestros ordenamientos en virtud de nuestra naturaleza y condición y que dan una *razón* para obedecer voluntariamente al derecho. Entre nuestra naturaleza y los contenidos mínimos en cuestión hay, dice, una “conexión distintivamente racional” que debe ser distinguida de las conexiones empírico-causales, reflejadas en última instancia en condiciones de eficacia de los ordenamientos, que disciplinas como la psicología o la sociología pueden llegar a identificar. La conexión racional supone “relaciona[r] la existencia de ciertas reglas con los propósitos u objetivos conscientes de quienes están regidos por las mismas”, relación que no es necesario trazar a la hora de establecer vínculos causales.

<sup>36</sup> Hart alude (*ibidem*, pp. 240-245) a (i) la vulnerabilidad humana, (ii) la igualdad aproximada de condiciones entre las personas, (iii) nuestros limitados altruismo/egoísmo, (iv) la limitación de los recursos de vida de que disponemos, y (v) nuestras también limitadas comprensión y fuerza de voluntad.

lógica o conceptualmente el castigo del homicidio: es concebible un sistema que no lo contemple. Sí que parece exigirlo, en cambio, como cuestión empírica de eficacia, pero las “necesidades empíricas” lo son solo en sentido entrecomillado, precisamente porque son *meras* cuestiones de hecho, como tales siempre contingentes y materia de probabilidad. Aunque intuitivamente improbable, es posible que un ordenamiento jurídico sin el castigo del homicidio prospere y perdure en el tiempo.<sup>37</sup> Las necesidades naturales, por su parte, están en el medio porque se deben a esos peculiares factores de la condición humana y porque no tienen la relatividad de las “necesidades” empíricas sin llegar tampoco a la absolutez de las necesidades lógicas. Es por ello que, aunque la prohibición del homicidio no es una condición conceptualmente necesaria para que pueda decirse que existe un ordenamiento jurídico en una cierta comunidad, e incluso en un contexto imaginario donde de hecho resultase que las personas en general no se matan entre sí aunque no tienen jurídicamente prohibido hacerlo, todavía podría ser adecuado decir que es irracional vivir bajo el régimen configurado por ese ordenamiento. Un juicio tal podría estar basado, por ejemplo, en que el valor que la vida tiene es en general considerado tan grande que el solo riesgo de que en algún punto se comience a atentar impune y sistemáticamente contra ella es tan preocupante como para requerir la prohibición y la amenaza de castigo *incluso frente al actual hecho (estadísticamente probado, en la hipótesis) de su respeto*.

El que configure una necesidad natural, es decir, racional, que los criterios de validez últimos que hacen a la regla de reconocimiento hayan de estar jerárquicamente ordenados (gracias a criterios de aplicabilidad), puede ser abonado apelando a algunas ideas sobre las contradicciones normativas. En este sentido, José Juan Moreso<sup>38</sup> ha mostrado que los sistemas normativos que contienen contradicciones caen en la *irrelevancia*. Esto es, las consecuencias normativas que depara un sistema normativo incoherente son ineludiblemente incapaces de ofrecer guías normativas de conducta.<sup>39</sup> La razón de fondo es simple: como es sabido, de acuerdo con el llamado “prin-

---

<sup>37</sup> Factores como la fuerza de la moralidad social, la tradición, el temor generalizado o tantos otros, bien podrían dar lugar a una comunidad en que las personas en general no vayan a matarse unas a otras solo porque jurídicamente no está prohibido que lo hagan.

<sup>38</sup> Moreso, José Juan, “On Relevance and Justification of Legal Decisions”, *Erkenntnis*, núm. 44, 1996.

<sup>39</sup> Esta es una caracterización por cierto inmensamente simplificada pero útil intuitivamente para nuestros actuales propósitos. Una parte importante del trabajo de Moreso está destinada a analizar y discutir, técnicamente, caracterizaciones alternativas del concepto de relevancia, todas presentadas de un modo más sofisticado que el empleado aquí.

cipio de explosión”, de una contradicción se sigue lógicamente cualquier cosa. De manera que cualquier aparente conclusión normativa (candidata a ofrecer una guía *determinada* de conducta), puede ser reemplazada, en un sistema incoherente, por cualquier otra variable, *salva validitate*.

Teniendo esto en cuenta, y trasladándolo a la consideración de los sistemas normativos *jurídicos* en particular, se aprecia que sea cuando menos *naturalmente necesario* que éstos se estructuren jerárquicamente de modo que ofrezcan posibilidades de resolución de antinomias. Un sistema jurídico que no las ofrezca está condenado a la inoperatividad.<sup>40</sup> Nótese que no se trata de que un sistema jurídico así ofrezca pautas de conducta ineficaces. Se trata de que racionalmente no ofrece ninguna, al ofrecerlo todo. Asimismo, se requerirá en particular que los mecanismos de jerarquización operen, digamos así, en la “extensión total” del sistema; es decir, desde su base axiomática hasta sus consecuencias finales y más específicas. Esto supone que la base axiomática, si es compleja en el sentido de estar conformada por más de una norma, también debe estar jerarquizada al interior de sí; es decir, que la regla de reconocimiento requiere, al menos naturalmente, tener sus criterios de validez jerarquizados.

Nos parece sensato, entonces, caracterizar a la ordenación jerárquica de los criterios últimos de validez que hacen a la regla de reconocimiento (compleja) como una necesidad cuando menos “natural” en el sentido de Hart. De esta manera, si es naturalmente necesario que haya tal ordenación, se sigue que es naturalmente necesario que la regla de reconocimiento contenga, asimismo, criterios de aplicabilidad que operen dicha ordenación. Al tratarse de la regla de reconocimiento, dichos criterios de aplicabilidad serán también de carácter último.

La argumentación precedente permite concluir que los criterios últimos de aplicabilidad están contenidos en la regla de reconocimiento. Sin embargo, todavía no hemos mostrado que dichos criterios sean, a su vez, aplicables. Para esto es útil tener presente la forma en que se relacionan la aplicabilidad y la inaplicabilidad de las normas en el contexto práctico. Acá nuevamente tiene sentido identificar una asimetría. En este caso se trata de una asimetría entre la aplicabilidad e inaplicabilidad de una norma. Cuando al deliberar se identifica que una norma regula un caso y no hay razones

---

<sup>40</sup> Para la manera en que la estructuración jerárquica impide/elimina contradicciones, véase Moreso, José Juan, “Consistencia mediante jerarquía”, *Análisis Filosófico*, Buenos Aires, núm. 33, 1, 2013 y Navarro, Pablo E., “Coherencia normativa y lógica deóntica. Comentario a José Juan Moreso, «Lo normativo: variedades y variaciones»”, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, Madrid, núm. 22, 2022.

en contra para que dicha norma se aplique, tiene sentido pensar que dicha norma *debe* ser aplicada. Esto es así porque el razonamiento con normas tiene por fin guiar la conducta, lo que se traduce en su operatividad. Si esto no fuese así, estaríamos buscando siempre razones distintas de las normas mismas que nos guiaran a actuar, ya sea las razones que las hacen aplicables, ya sea las que las hacen inaplicables, lo cual las volvería totalmente irrelevantes.

Lo anterior se ve reforzado cuando pensamos en sistemas normativos. Para pensar en un sistema normativo operativo debemos considerar que las normas pertenecientes al mismo son aplicables por defecto. Si se trata de sistemas normativos jurídicos, el hecho de que una norma jurídica de ese sistema regule un caso supone que, por defecto, es aplicable a él.

La regla de reconocimiento, en tanto norma perteneciente, no escapa a esta conclusión. De hecho, lo dicho nos permite ver que incluso cuando estamos ante una regla de reconocimiento simple tiene sentido predicar su aplicabilidad. Pensemos en un sistema cuya regla de reconocimiento contiene solo un criterio (*e. g., solo son válidas las normas dictadas por Rex*) y que Rex dicta una norma de adjudicación que inhabilita la aplicación de las normas dictadas por él excepto esa norma misma. Valdría la pena preguntarse qué sentido tendría este sistema cuando pensamos en su propósito básico de guiar la conducta. ¿Cómo se responde a la pregunta de qué normas pueden utilizar quienes quieren actuar de conformidad con lo que dicta el sistema? Si se utiliza la norma sobre inaplicabilidad, no hay más normas aplicables e incluso se cae en el peligro de convertir el sistema en uno estático (pero eso no es algo que queramos discutir acá, pues basta con pensar en lo extraño que sería un sistema sin normas aplicables aunque pertenecientes). Ahora bien, si dicha norma nunca fuese dictada, no es plausible pensar que nada cambie en el panorama acerca de la aplicabilidad de las normas pertenecientes y que sea necesario contar con normas expresas sobre aplicabilidad para que sean aplicables. Negar que una norma perteneciente es aplicable por defecto tiene el mismo efecto que crear un tipo de norma como la del ejemplo de Rex.

Si bien es plausible distinguir entre diversos sentidos de “validez”, una vez que se identifica una norma que es válida en términos de pertenencia, una vez que se observa que ella regula un caso y que no hay razones para inaplicarla, entonces esa norma debe ser aplicada. En palabras de Rodríguez, no hay argumentos sólidos para negar que “si una norma pertenece a un sistema jurídico y regula un caso, ello constituye una condición suficiente para que los jueces tengan el deber de aplicarla”.<sup>41</sup> Así, para no aplicar

<sup>41</sup> Rodríguez, Jorge L., *op. cit.*, p. 359.

una norma perteneciente a un sistema jurídico es necesaria una norma de inaplicabilidad expresa,<sup>42</sup> lo cual muestra la asimetría a la que nos estamos refiriendo.

Cuando pensamos en los criterios últimos de validez que se encuentran presentes en la regla de reconocimiento, hay otra razón en favor de su aplicabilidad. Esta tiene que ver con el carácter regulativo de la regla de reconocimiento en cuanto costumbre, tal como hemos apuntado supra, apartado II. Cuando se considera la perspectiva de quien acepta la regla, entonces el contenido de la misma no es simplemente *conceptual*, sino que se identifica como algo con lo que debe cumplirse. Nuevamente aquí esto implica que solo es exitosa en cuanto es operativa y que, no mediando razones en contra de su aplicabilidad, es aplicable por defecto. A su vez, esto permite resaltar una diferencia entre normas legisladas y costumbres, pues la identificación de una costumbre depende de su vigencia, de forma que una norma legislada no. Así, la regla de reconocimiento se configura por ser aplicada y quienes la aceptan expresan que *debe* serlo y así lo hacen.

Entonces, cuando la regla de reconocimiento es compleja, supone una prelación entre los criterios de validez que la componen. Ello es señal de que, quien acepta dicha norma, también acepta la aplicabilidad de dichos criterios, y ello porque se aceptan los criterios últimos de aplicabilidad que hacen aplicables a los primeros. Así, se ve que los criterios últimos de aplicabilidad son en sí mismos aceptados como aplicables. Por otra parte, si se considera una regla de reconocimiento simple, su aplicabilidad se sostiene en su pertenencia al sistema. Esto último se ve reforzado en virtud de que quien acepta dicha costumbre entiende que ella impone una obligación (que no es solo una regla conceptual), obligación que, para ser operativa, va acompañada de la idea de “aplicabilidad”.

Para cerrar esta sección hay que decir algo más respecto de las distintas nociones de “validez”, en especial si consideramos que la regla de reconocimiento no es válida ni inválida. Bulygin afirma que los criterios de aplicabilidad (al menos los *últimos*) tienen que pertenecer al sistema que está en vigor en el momento en que un juez tiene que dictar sentencia respecto de un cierto caso.<sup>43</sup> Si se entiende a la validez como pertenencia, entonces podría quererse colegir que la noción de “validez” es conceptualmente prioritaria respecto de la de “aplicabilidad”; o, por la conversas, que la de “aplicabili-

---

<sup>42</sup> Claro que hay circunstancias en que es necesario contar con normas sobre aplicabilidad, como ocurre en sistemas complejos en donde hay ordenes jerárquicos y conflictos entre normas (véase *ibidem*, p. 330). En estos contextos hay que atender también lo ya dicho unos párrafos atrás.

<sup>43</sup> Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, p. 202.

dad” es conceptualmente parasitaria de la de “validez”. Porque la aplicabilidad, al menos en última instancia, ha de estar establecida en normas válidas. Sin embargo, en función de lo que hemos visto en el presente apartado, esto no sería correcto, porque es (no solo concebible, sino) naturalmente necesario que los criterios últimos de aplicabilidad formen parte de la regla de reconocimiento, regla que no es ni válida ni inválida. Si bien Bulygin acertadamente alude a la necesidad de que los criterios últimos de aplicabilidad estén establecidos en normas *pertenecientes* al ordenamiento jurídico, no explicita la potencial confusión que habría en requerir que dichos criterios estén establecidos en normas *válidas* del ordenamiento. La argumentación de los párrafos anteriores ayuda a explicar ulteriormente esto, pero asimismo permite resaltar la intuición que parece estar detrás de la tesis bulyginiana. Así, puede decirse que, en propiedad, la noción de “pertenencia” —aunque no la de “validez”— es conceptualmente prioritaria respecto de la de “aplicabilidad”. O, por la conversa, que la noción de “aplicabilidad” es conceptualmente parasitaria de la de “pertenencia”.

## V. REALISMO JURÍDICO Y APLICABILIDAD EXTERNA

Si se acepta que la regla de reconocimiento contiene criterios de aplicabilidad últimos que son internos al sistema y, además, que la pertenencia es prioritaria a la validez en los términos arriba expuestos, contamos con herramientas para responder al problema planteado por Comanducci y que hemos visto al comenzar este trabajo. Dicha respuesta, a su vez, evita la conclusión escéptica que parece inspirar lo defendido por Comanducci, pero no niega muchas de las bases realistas de su propuesta. Sobre esto queremos profundizar en este apartado.

En su texto “La aplicación del derecho” Comanducci indica que para el positivismo normativista “la aplicabilidad externa de una norma jurídica a un caso es condición necesaria de la justificación de la decisión-actividad del juez”.<sup>44</sup> Para él, dicha tesis debe ser abandonada y abrazarse una concepción realista rechazando la idea de aplicación externa “como obligación de aplicar una norma”.<sup>45</sup> Esto se debe a que, para Comanducci, esa tesis del positivismo normativista se traduce en que la aplicabilidad de una norma depende de la existencia de otra norma que determine dicha aplicabilidad, generándose una cadena de aplicabilidad que termina en una norma que

<sup>44</sup> Comanducci, Paolo, “La aplicación...”, *cit.*, p. 164.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 165.

“no es aplicable, dado que no existe ninguna otra norma que imponga su aplicación”.<sup>46</sup> Hemos intentado resistir esta derivación propuesta por Comanducci indicando que hay razones para pensar que los criterios últimos de aplicabilidad se pueden encontrar en la regla de reconocimiento y, a su vez, que su carácter de costumbre permite entender que no se necesita de otra norma que imponga su aplicación. De esta forma, no es cierto que la regla última de la cadena sea ni aplicable ni inaplicable. Por el contrario, ella tiene sentido *qua* regla solo en cuanto sea, en efecto, aplicable, a pesar de no ser ni válida ni inválida.

Dicha conclusión permite evitar el escepticismo por el que se decanta la propuesta de Comanducci. Según él, dado que no hay una norma que imponga la aplicabilidad de la regla última, los jueces simplemente tienen el poder de aplicar normas (si se es realista), o la autorización tácita o permiso débil si es que se asume otra lectura como la de Kelsen.<sup>47</sup> Como es de sobra sabido, nuestro autor se inclina por el realismo.

Algo interesante es que para Comanducci lo anterior implicaría que “habrá tantas cadenas de aplicabilidad como normas últimas usadas por los jueces”.<sup>48</sup> También quisiéramos resistir esta implicación. Si consideramos que la actividad de los jueces genera, estabiliza y reproduce la regla de reconocimiento en cuanto costumbre, entonces no es correcto decir que hay tantas cadenas de validez como reglas últimas, pues la regla de reconocimiento sería precisamente *la* regla última en la que las decisiones descansarían, a pesar de que puedan existir conflictos acerca de la mejor forma de entenderla, así como sobre la prelación entre los diversos criterios que pueden constituirla. La cuestión es que los jueces están sujetos a dicha norma consuetudinaria en cuanto participantes.

Esto, a su vez, permite una lectura alternativa a la presentada por el propio Comanducci sobre la regla de reconocimiento. Para Comanducci considerar a la regla de reconocimiento para solucionar el problema implica decir que: “[a]unque el conjunto de los jueces no tiene la obligación preventiva de aplicar las normas últimas, cada juez individualmente tiene (o cree tener) la obligación de aplicarlas”.<sup>49</sup> De la citada lectura propuesta por Comanducci y lo ya dicho, podemos aventurarnos a interpretar qué es lo que Comanducci considera problemático respecto de la regla de recono-

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>47</sup> Con esto no pretendemos decir que la propuesta de Comanducci sea lejana a la de Kelsen por completo (véase Comanducci, Paolo, “Tomando a Kelsen en serio”, *Análisis y derecho*, México, Fontamara, 2004).

<sup>48</sup> Comanducci, Paolo, “La aplicación...”, *cit.*, p. 165.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 166.



cimiento. En primer lugar, la propuesta parece llevar a un atomismo según el cual es la creencia individual de cada juez lo que determina la existencia de la obligación, pero no hay nada distinto (*i. e.*, que pueda entenderse como una norma preexistente a la decisión) que los sujetos. Esto es precisamente lo que lleva al escepticismo ante las reglas. Así, esto puede interpretarse simplemente como un realismo disfrazado en el sentido de que la obligación solo se define a partir de lo que los jueces considerados individualmente creen que ocurrirá y, a su vez, se convierte en efectiva solamente porque es el rol del juez dentro del sistema el que la hace operativa. Si esta lectura atomista de la regla de reconocimiento es correcta, entonces hablar de una regla de reconocimiento es irrelevante, pues basta pensar en jueces individualmente imponiendo su visión (y, con ello, de nuevo, hay tantos criterios últimos como jueces). Ante esta lectura sería preferible sincerarse y adoptar un realismo que no requiere hablar de una norma específica.

Ahora bien, según nuestra lectura de la regla de reconocimiento nada de esto tiene por qué ser así. En una costumbre es el conjunto de personas que participan de la misma el que está sujeto (y no solo cada una de ellas) y así lo entienden, o al menos expresan, quienes aceptan la norma. La participación en la regla de reconocimiento tiene sentido en cuanto es vinculante para el grupo; de este modo, la obligación no es (solamente) de cada juez, ni depende por completo de sus creencias al respecto.

Además, nuestra lectura permite evitar otro problema que se puede colegir de la interpretación crítica de Comanducci de la regla de reconocimiento: que si no nos centramos en los estados mentales de los jueces, entonces debemos ubicar la aplicabilidad de los criterios últimos de aplicabilidad en algo que es extrasistemático (*e. g.*, una práctica social). Hemos dicho que esto no es necesariamente así, pues dicha aplicabilidad es consecuencia de (la existencia de) los criterios últimos de validez que se encuentran en la regla de reconocimiento (que no es ni válida ni inválida).

Consideramos que esta lectura no solo convive con, sino que refuerza, varias ideas de Comanducci como, por ejemplo, acerca de cómo se identifica el derecho en términos metodológicos y acerca de la importancia de los jueces en la determinación del vigor de una norma (y no solo de una disposición). Más aún, nuestra lectura se condice con la tesis realista de que los jueces expresan ciertas preferencias al momento de justificar una decisión judicial. Sobre esto último Comanducci dice que las normas de hecho aplicadas son aplicables en un sentido débil: “son elegidas y después presentadas como las normas que regulan el caso y que debían ser aplicadas por el juez (...) Yo diría que las normas aplicadas se pueden definir como ‘aplicables’ solo desde un *hartiano* punto de vista *interno* del juez, y de aquellos que

comparten sus elecciones”.<sup>50</sup> Sobre esto último hemos procurado decir algo en estas páginas, apoyando lo dicho por Comanducci, pero a partir de una interpretación de la regla de reconocimiento que permita entender cómo los criterios últimos de aplicabilidad son aplicables. En este sentido, si quienes “comparten sus elecciones” lo hacen en cuanto aceptantes de la regla de reconocimiento, se puede evitar el atomismo arriba acusado. Si a ello se agrega que la regla de reconocimiento genera obligaciones para los jueces, entonces la tarea de elegir y presentar una norma como regulando el caso se hace en el cumplimiento de dicha obligación y no solo como un acto de mera decisión. Así, se muestra que el punto de vista interno del juez no es solo una cuestión de caprichos, sino que tiene un específico sentido dentro de la práctica jurídica.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2012 [1975].
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, “Sobre el concepto de orden jurídico”, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991 [1976].
- BULYGIN, Eugenio, “Tiempo y validez”, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991 [1982].
- CARACCILO, Ricardo, “El problema de los hechos en la justificación de la sentencia”, *III Seminario Internacional de Teoría del Derecho*, Universidad Nacional del Sur, septiembre de 2000.
- CARACCILO, Ricardo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988.
- COMANDUCCI, Paolo, “La aplicación del derecho”, en ESCUDERO ALDAY, R. (ed.), *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- COMANDUCCI, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, en ESCUDERO ALDAY, Rafael (ed.), *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 167.

- COMANDUCCI, Paolo, “Tomando a Kelsen en serio”, *Análisis y derecho*, México, Fontamara, 2004.
- DEI Vecchi, Diego y RAPETTI, Pablo A., “Un reconocimiento a Eugenio Bulygin: identificación del derecho y descripción de deberes jurídicos”, en RATTI, Giovanni; RABANOS, Julieta y REDONDO, María Cristina (eds.), *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid, Marcial Pons, 2022, vol. 2 (en prensa).
- FIGUEROA RUBIO, Sebastián, “Definiciones, hostilidades y compromisos. Eugenio Bulygin y la regla de reconocimiento *hartiana*”, en RATTI, Giovanni; RABANOS, Julieta y REDONDO, María Cristina (eds.), *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid, Marcial Pons, 2022, vol. 2 (en prensa).
- FIGUEROA RUBIO, Sebastián, “Cinco tesis sobre la regla de reconocimiento”, *Análisis e Diritto*, Milán-Boloña, vol. 22, núm. 1, 2022.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 [1961].
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de Roberto Vernengo, México, Porrúa, 2009 [1960].
- MORESO, José Juan, “Consistencia mediante jerarquía”, *Análisis Filosófico*, Buenos Aires, núm. 33, 1, 2013.
- MORESO, José Juan, “On Relevance and Justification of Legal Decisions”, *Erkenntnis*, núm. 44, 1996.
- MORESO, José Juan y NAVARRO, Pablo E., “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, *Isonomía*, México, núm. 5, 1996.
- MORESO, José Juan y NAVARRO, Pablo E., “Applicability and Effectiveness of Legal Norms”, *Law and Philosophy*, Ámsterdam, 16, núm. 2, 1997.
- MORTON, Jennifer M., “Reasoning under Scarcity”, *Australasian Journal of Philosophy*, núm. 95, 3, 2017.
- NAVARRO, Pablo E., “Coherencia normativa y lógica deóntica. Comentario a José Juan Moreso, ‘Lo normativo: variedades y variaciones’”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Madrid, núm. 22, 2022.
- NAVARRO, Pablo E.; ORUNESU, Claudina; RODRÍGUEZ, Jorge L. y SUCAR, Germán, “La aplicabilidad de las normas jurídicas”, *Análisis e diritto 2000*, Turín, Giappichelli, 2001.
- NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980.
- REDONDO, Cristina, “El carácter práctico de los deberes jurídicos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 21, 2, 1998.

- RODRÍGUEZ, Jorge L., *Teoría analítica del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo y SELEME, Hugo O., “Justificación sin verdad”, *Análisi e diritto* 2001, 2002.
- VON WRIGHT, George Henrik, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Londres, Routledge & Kegan, 1963.

## DERECHOS INCOMPATIBLES

Daniel MENDONCA

### 1

En un estimulante ensayo sobre la incompatibilidad entre derechos fundamentales, Paolo Comanducci ofrece la siguiente definición: “Hay incompatibilidad entre normas (generalmente principios) que confieren derechos fundamentales cuando los dos derechos no pueden ser satisfechos contemporáneamente (en abstracto o en concreto)”.<sup>1</sup> La definición propuesta sigue una tendencia bastante extendida. Considérense las siguientes definiciones ofrecidas de la expresión “conflicto de derechos”: [Dos derechos están en conflicto] “cuando ambos no pueden ser simultáneamente satisfechos”;<sup>2</sup> “Dos derechos se encuentran en conflicto cuando ambos no pueden ser ejercidos y gozados plenamente en una situación determinada”;<sup>3</sup> “En la mayor parte de las situaciones en las que está en cuestión un derecho humano ocurre en cambio que dos derechos igualmente fundamentales se enfrentan y no se puede proteger uno incondicionalmente sin hacer inoperante el otro”;<sup>4</sup> “Cuando [dos derechos] entran en conflicto, el resultado es que uno de esos derechos se cumple a expensas del otro. Es decir, un derecho es infringido por el ejercicio legítimamente permitido del otro”;<sup>5</sup> “Un ‘conflicto de derechos’ es una situación en la cual los derechos de dos personas no pueden ser ambos respetados;

---

<sup>1</sup> Comanducci, Paolo, *Estudio sobre constitución y derechos fundamentales*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, p. 86.

<sup>2</sup> Ozar, David, “Rights: What They Are and Where They Come from”, *Philosophical Issues in Human Rights*, Nueva York, Random House, 1985, p. 21.

<sup>3</sup> Wellman, Christopher, “On Conflicts Between Rights”, *Law and Philosophy*, Ámsterdam, vol. 14, núms. 3/4, 1995, p. 292.

<sup>4</sup> Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991, p. 80.

<sup>5</sup> Martin, Rex, *Un sistema de derecho*, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 77.

haciendo respetar cualquiera de ellos, impediremos honrar el otro”;<sup>6</sup> “Dos o más derechos se encuentran en conflicto cuando el respeto de ambos es imposible”;<sup>7</sup> [Afirmar que dos derechos pueden entrar en conflicto], “significa que puede no ser posible respetar un derecho sin violar el otro”;<sup>8</sup> “(...) no toda situación en la que dos o más derechos no pueden satisfacerse simultáneamente es una situación de conflicto de derechos; el conflicto de derechos aparece cuando cualquier cosa que haga o deje de hacer un agente viola los derechos de alguien”.<sup>9</sup>

Según Comanducci, la situación de incompatibilidad entre derechos guarda relación directa con la estructura de los principios que consagran tales derechos. Al respecto ha dicho:

Como estos principios [principios que adscriben derechos fundamentales] presentan a menudo condiciones de aplicación fuertemente indeterminadas, antes de aplicar uno u otro principio de una forma que pueda ser reconstruida como subsuntiva, pondera o balancea —según la terminología hoy en día de moda— los principios en cuestión, determinando cuál debe prevalecer en el caso concreto. Actuando así, el juez ‘cierra’ las condiciones de aplicación —el ámbito de aplicabilidad— de los principios, pero solo para el caso que está juzgando. Ya que nada impide que, en otro caso, aunque parecido al precedente, él u otro juez no ‘reabra’ (...) el balance entre los principios y los resuelva de manera distinta o no haga jugar un principio adicional, revisando así las condiciones de aplicación de aquellos principios que confieren derechos fundamentales. Siendo así las cosas, resulta imposible, cuanto menos muy difícil, prever *ex ante* cuál será el resultado de la ponderación judicial en casos futuros.<sup>10</sup>

2

Estoy de acuerdo en todo con la explicación de Comanducci. Consideremos un caso y desarrollemos la idea. El rechazo de las transfusiones de sangre por parte de miembros del grupo religioso denominado “Testigos de Jehová”

<sup>6</sup> Smith, Tara, “Rights Conflicts: The Undoing of Rights”, *Journal of Social Philosophy*, vol. 26, núm. 2, 1995, p. 139.

<sup>7</sup> Smith, Tara, *Moral Rights and Political Freedom*, Rowman & Littlefield Publishers, 1995, p. 195.

<sup>8</sup> Almond, Brenda, “Los derechos”, en Singer, Peter (ed.), *Compendio de ética*, trad. de Jorge Vigil Rubio y Margarita Vigil, Madrid, Alianza, 1995, p. 370.

<sup>9</sup> Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 482.

<sup>10</sup> Comanducci, Paolo, *op. cit.*, pp. 99 y 100.

ha originado serios debates constitucionales y múltiples pronunciamientos jurisprudenciales. Los Testigos de Jehová constituyen un grupo cuya doctrina adhiere estrictamente a la Biblia y que manifiesta un total rechazo a la transfusión sanguínea. La razón que alegan se sustenta en el hecho de que, en varios pasajes bíblicos, Dios prohíbe comer sangre, lo cual se asimila, según la interpretación de esta doctrina, a transfundir sangre (Hechos 15:28-29; Génesis 9:3-6; Éxodo 24:3-8; Levítico 17:11-12). Como es obvio, la situación confronta, en ciertos supuestos, el derecho a la vida y el derecho a la libertad religiosa, consagrados en la Constitución española (artículos 15 y 16). El Tribunal Constitucional español ha señalado al respecto:

Este Tribunal ha declarado que la libertad religiosa, entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental, se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo, es decir, reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales (STC 24/1982). Y ha declarado también en relación con un problema similar al aquí planteado, que una asistencia médica coactiva constituiría una limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tuviera justificación constitucional (STC 120/1990) (STC166/1996).

El artículo 16 CE reconoce la libertad religiosa, garantizándola tanto a los individuos como a las comunidades, “sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley” (artículo 16.1 CE) (...).

En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así, según dijimos en la STC 177/1996, FJ 9, la libertad religiosa “garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual”, y asimismo, ‘junto a esta dimensión interna, esta libertad incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, FJ 2; 120/1990, FJ 10, y 137/1990, FJ 8)’. Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* lo es “con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales” (STC 46/2001, FJ 4, y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre) y se complementa, en su dimensión negativa, por la prescripción del art. 16.2 CE de que ‘nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias’. La dimensión externa de la libertad religiosa se traduce además “en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso” (STC 46/2001), tales como las que se relacionan

en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa (LOLR), relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades (STC 154/2002).

La aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto de los individuos y las comunidades, así como la laicidad y neutralidad del Estado. La respuesta constitucional a la situación crítica resultante de la pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, en el intento de adecuar y conformar la propia conducta a la guía ética o plan de vida que resulte de sus creencias religiosas, solo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades de cada caso. Tal juicio ha de establecer el alcance de un derecho —que no es ilimitado o absoluto— a la vista de la incidencia que su ejercicio pueda tener sobre otros titulares de derechos y bienes constitucionalmente protegidos y sobre los elementos integrantes del orden público protegido por la Ley que, conforme a lo dispuesto en el art. 16.1 CE, limita sus manifestaciones. Como ya dijimos en la STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 4, “el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente”. En este sentido, y sirviendo de desarrollo al mencionado precepto constitucional, prescribe el art. 3.1 LOLR que “el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática” (STC 154/2002).

[E]s indiscutible que el juicio ponderativo se ha efectuado (...), confrontando el derecho a la vida del menor (art. 15 CE) y el derecho a la libertad religiosa y de creencias de los padres (art. 16.1CE). Es inconcuso, a este respecto, que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” (SSTC 53/1985, de 11 de abril, y 120/1990, de 27 de junio). Además, es oportuno señalar que, como hemos dicho en las SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 7, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 5, el derecho fundamental a la vida tiene “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”. En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto consti-



tucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser.

En el marco de tal delimitación de los derechos en conflicto las consecuencias del juicio formulado por el órgano judicial no tenían por qué extenderse a la privación a los padres del ejercicio de su derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia. Y ello porque, como regla general, cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante (acerca de este principio de proporcionalidad entre derechos fundamentales, por todas, SSTC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 7, y 60/1991, de 14 de marzo, FJ 5). Y es claro que en el presente caso la efectividad de ese preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedida por la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión. Por lo demás, no queda acreditada ni la probable eficacia de la actuación suasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hubiese otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión (STC 154/2002).

3

De acuerdo con el análisis de la jurisprudencia constitucional española, los estándares por los que han de guiarse los profesionales de la medicina, en los casos en que el paciente rechace por motivos religiosos un tratamiento que implica transfusión de sangre, son los siguientes:<sup>11</sup>

Estándar 1. (1) Cuando pueda prescindirse del tratamiento sin que ello conlleve un grave peligro para la vida del paciente, como, por ejemplo, cuando puedan ofrecerse otros tratamientos o productos alternativos que están disponibles y que puedan estimarse eficaces de acuerdo con criterios científicos, habrá que respetar la voluntad del paciente. (2) Cabe insistir en que la posibilidad de tratamiento alternativo depende de criterios científicos. Si el paciente solicita una intervención sin transfusión y el médico considera que para realizar esa intervención es necesaria la transfusión, no tiene la obligación de intervenir, pues pertenece a la *lex artis* del ejercicio de la profesión médica la decisión sobre los remedios que han de utilizarse en cada caso. (3) Lo anterior va referido a los supuestos en que el paciente sea un adulto capaz. Sin embargo, si el paciente es un menor, también habrá que tener en cuenta sus opiniones y deseos, aunque la decisión última so-

---

<sup>11</sup> Lora, Pablo de y Gascón, Marina, *Bioética*, Madrid, Alianza, 2008, pp. 132-135.

bre su bienestar corresponda a sus representantes legales (STC 166/1996 y 154/2002).

Estándar 2. (1) Si la vida del paciente corre grave peligro y el médico estima que la transfusión es el único remedio eficaz disponible para salvarla, debe realizar la transfusión, incluso contra la voluntad del paciente. Para el Tribunal Supremo, el conflicto suscitado entre el derecho a la vida y la libertad religiosa y de conciencia ha de resolverse dando preeminencia absoluta al derecho a la vida y de conciencia, por ser el centro y principio de todos los demás derechos. En tal caso, la intervención médica coactiva está justificada, si fuera necesaria, para salvar la vida del paciente (STS 27/03/1990). La misma posición ha sido defendida por el Tribunal Constitucional al sostener que la libertad religiosa del artículo 16.1 de la Constitución tiene como límite la salud de las personas, sin entrar a considerar el hecho de que se trate de la salud de la propia persona que objeta el tratamiento (ATC 369/1984). (2) Cuando los sujetos implicados son menores de edad, los tribunales se muestran más tajantes y sostienen que, si el menor se encuentra en inminente peligro de muerte, no cabe alegar objeción de conciencia. Aunque el menor es titular del derecho a la libertad religiosa, si la vida se halla en peligro, no puede darse prevalencia a esa libertad frente al derecho a la vida.

Para simplificar el análisis,<sup>12</sup> daremos por descontada la circunstancia de que la vida del paciente corre peligro y consideraremos como relevantes para el problema planteado las dos circunstancias siguientes: (1) La transfusión de sangre es el único medio disponible para salvar la vida del paciente, y (2) El paciente es mayor de edad; circunstancias que abreviaremos con las siglas “TUM” y “PME”, respectivamente. Llamaremos “universo de propiedades” (abreviado “UP”) al conjunto de todas las circunstancias (propiedades) relevantes para el problema; esto es,  $UP = \{TUM, PME\}$ . Por cierto, la ausencia de una propiedad equivale a la presencia de su propiedad complementaria (la propiedad complementaria es la negación de la propiedad en cuestión).

En atención a las circunstancias mencionadas, es posible construir una tabla que presente gráficamente todos los casos posibles, cuyo conjunto será denominado “universo de casos” (abreviado “UC”). Dado que en el supuesto considerado existen 2 circunstancias (propiedades) relevantes, tendremos 4 casos posibles integrando el UC (por aplicación de la fórmula  $2^n$ , siendo  $n = 2$ , resulta  $2^2 = 4$ ), esto es,  $UC = \{C1, \dots, C4\}$ . La noción de UC es, pues,

<sup>12</sup> El modelo de análisis que se utiliza a continuación fue desarrollado en Mendonca, Daniel, *Los derechos en juego*, Madrid, Tecnos, 2000.

relativa a la de UP. Indicaremos la presencia de la correspondiente propiedad con el símbolo “+” y la ausencia con el símbolo “-”. Así, los cuatro casos serán los siguientes:

C1: +TUM, +PME (transfusión es el único medio, paciente es mayor de edad)

C2: -TUM, +PME (transfusión no es el único medio, paciente es mayor de edad)

C3: +TUM, -PME (transfusión es el único medio, paciente no es mayor de edad)

C4: -TUM, -PME (transfusión no es el único medio, paciente no es mayor de edad)

Debemos considerar ahora cuáles son las respuestas posibles al problema planteado. La solución de un conflicto de derechos consiste en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los derechos en cuestión una relación de prevalencia condicionada. La determinación de la relación de prevalencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un derecho prevalece sobre el otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la prevalencia puede ser resuelta inversamente. La noción de relación de prevalencia condicionada introducida tiene especial importancia para la comprensión del fenómeno del conflicto de derechos. Para explicarla mejor, serán designados los derechos en conflicto como “D1” y “D2”. El conflicto entre ellos planteado puede ser resuelto mediante el establecimiento de una relación de prevalencia incondicionada o condicionada. La relación de prevalencia puede representarse mediante el símbolo “>” y el caso bajo el cual un derecho prevalece sobre el otro puede representarse mediante la expresión “C”. Así, existen cuatro posibilidades para resolver el conflicto planteado, a saber: (1)  $D1 > D2$  (D1 prevalece sobre D2); (2)  $D2 > D1$  (D2 prevalece sobre D1); (3)  $C / D1 > D2$  (en C, D1 prevalece sobre D2); y (4)  $C / D2 > D1$  (en C, D2 prevalece sobre D1), donde (1) y (2) son relaciones de prevalencia incondicionadas (“abstractas” o “absolutas”), que descartamos, mientras (3) y (4) son relaciones de prevalencia condicionadas (“concretas” o “relativas”). La cuestión decisiva radica, pues, en establecer en qué casos (o bajo qué circunstancias) un derecho prevalece sobre otro.

Necesitamos, pues, determinar cuáles son las respuestas concretas al problema planteado. Repasemos para ello los estándares establecidos por el Tribunal Constitucional. El Tribunal ha fijado tres reglas básicas, a saber:

Regla 1. Si la transfusión de sangre es el único medio disponible para salvar la vida del paciente y el paciente es mayor de edad, entonces el derecho a la vida prevalece sobre el derecho a la libertad religiosa.

Regla 2. Si la transfusión de sangre no es el único medio disponible para salvar la vida del paciente y el paciente es mayor de edad, entonces el derecho a la libertad religiosa prevalece sobre el derecho a la vida.

Regla 3. Si el paciente no es mayor de edad, el derecho a la vida prevalece sobre el derecho a la libertad religiosa.

En términos formales, dichas reglas podrían presentarse como sigue (para abreviar, denominaremos “DV” al derecho a la vida, “DR” al derecho a la libertad religiosa):

Regla 1. TUM & PME / DV > DR

Regla 2. -TUM & PME / DR > DV

Regla 3. -PME / DV > DR

De manera que la regla 1 resolvería el caso C1 (el caso en que la transfusión es el único medio disponible para salvar la vida del paciente y el paciente es mayor de edad), asignando prevalencia al derecho a la vida sobre el derecho a la libertad religiosa. La regla 2 resolvería el caso C2 (el caso en que la transfusión no es el único medio disponible para salvar la vida del paciente y el paciente es mayor de edad) asignando prevalencia al derecho a la libertad religiosa sobre el derecho a la vida. La regla 3 resolvería los casos C3 y C4 (los casos en el paciente no es mayor de edad, es decir, es menor de edad) asignando prevalencia al derecho a la vida sobre el derecho a la libertad religiosa. Dicha correlación de casos y soluciones podría presentarse gráficamente con la siguiente matriz:

MATRIZ DE PONDERACIÓN

<i>UC</i>	<i>UP</i>		<i>S</i>		
	TUM	PME	R1	R2	R3
C1	+	+	DV>DR		
C2	-	+	DR>DV		
C3	+	-	DV>DR		
C4	-	-	DV>DR		

En la matriz precedente figuran, en la columna de la izquierda, los cuatro casos posibles del UC; en la columna central figuran las dos propiedades del UP; las tres columnas siguientes corresponden a las tres reglas establecidas en el sistema (R1, R2, R3); en las intersecciones de una línea correspondiente a un caso con las columnas de cada regla se colocan las soluciones; las soluciones que se hallan en la misma columna son las que se inferen de la regla a la cual corresponde la columna y las soluciones que se encuentran en la misma línea son las soluciones del caso en cuestión que se inferen del sistema.

4

El análisis anterior sugiere al menos dos observaciones importantes.

Primera observación. Las normas que conceden derechos son enunciadas mediante expresiones universales aplicables a un indefinido alcance de casos.<sup>13</sup> Uno de los rasgos de estas normas es que están invariablemente sujetas a excepciones, actuales o potenciales. Siempre parece posible argüir en favor de una excepción a cualquier regla, incluso si ninguna ha sido reconocida hasta ese momento. Incluso si no hay excepciones reconocidas, está siempre abierto a cualquiera alegar en favor de una excepción hasta entonces no reconocida. Esto es así porque el derecho es una disciplina práctica, que requiere un cierto grado de flexibilidad para entenderse con situaciones no abarcadas hasta el momento o con cambios de circunstancias no tomadas en cuenta cuando la regla fue formulada en términos universales. De este modo, habría excepciones *a* la regla que no son excepciones *en* la regla.<sup>14</sup>

Segunda observación. En muy pocas ocasiones las normas que consagran derechos fijan, por sí mismas, sus límites. En la mayoría de las ocasiones, los límites de los derechos se derivan de manera mediata o indirecta,

---

<sup>13</sup> Me refiero a expresiones como “Toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos); “Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual o colectivamente” (artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos); “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” (artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos) o “Toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión” (artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

<sup>14</sup> Farrell, Martín, “Obligaciones *prima facie*”, en Bulygin, Eugenio (coord.), *El lenguaje del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, p. 153; Honoré, Anthony, “Real Laws”, en Hacker, Gregory y Raz, Joseph (eds.), *Law, Morality and Society*, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 108 y 109.

en cuanto que han de justificarse por la necesidad de proteger o preservar otros derechos. De este modo, los derechos no están sometidos únicamente a los límites que, de manera expresa, les imponen las normas que los reconocen, sino también a los que resulten justificados por la protección de los demás derechos, es decir, están sujetos a una limitación genérica establecida (en ocasiones de modo tácito) para todo derecho.<sup>15</sup> Así, la dificultad de la elección que exige el balance de derechos se resuelve, en muchos casos, con la introducción de límites a la extensión de uno de los derechos en conflicto, de forma que sea salvaguardado en parte también el otro.<sup>16</sup>

5

Como puede verse, los casos de conflicto de derechos son, en su mayoría, casos difíciles y su resolución exige establecer cuál de esos derechos debe ser elegido como el más importante, consideradas todas las circunstancias. Si bien es cierto que la decisión judicial siempre se basa en derechos pre-existentes, esto no significa que no haya elección alguna para hacer. Existe una verdadera elección que efectuar entre derechos *prima facie* que compiten entre sí.<sup>17</sup> Y en la mayor parte de los casos la elección resulta dudosa y opinable.<sup>18</sup>

De este modo, la resolución de un conflicto de derechos supone una alta dosis de discreción judicial, entendida ella como la posibilidad de elección entre diferentes opciones igualmente válidas o admisibles. La discreción presupone, por definición, la existencia de un ámbito en el que el derecho deja un margen de libertad al juzgador para determinar estándares que guiarán su decisión. No obstante, aunque la discreción suponga la ausencia de una respuesta jurídica unívoca para la resolución de un determinado supuesto, la actuación discrecional sigue estando sujeta a estándares de racionalidad y justicia. Como bien dice Dworkin, “la palabra discreción no equivale a

---

<sup>15</sup> Otto, Ignacio de, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 107 y 108. En esa línea se encuentra el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde dice: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás”.

<sup>16</sup> Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 58 y 59.

<sup>17</sup> MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pp. 257 y 258.

<sup>18</sup> Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 58 y 59.

libertad sin límites, y no excluye la crítica”.<sup>19</sup> En definitiva, si la decisión no es arbitraria (y no tiene por qué serlo), estará guiada por estándares valorativos, sociales, políticos y económicos, a la luz de los cuales se aprecian y sopesan las consecuencias de la elección. Estos criterios adicionales son los que dan, con frecuencia, fundamento a la decisión. Dicho en términos de Hart:

Los poderes de los jueces son intersticiales, y están sujetos a muchas restricciones. A pesar de ello, tales restricciones desaparecerán en aquel punto en el que el derecho no acierte a imponer alguna decisión como la decisión correcta. En este punto, el juez para decidir el caso deber ejercer su poder de creación de derecho aunque no debe hacerlo arbitrariamente: es decir, debe siempre tener algunas razones generales que justifiquen su decisión y actuar como lo haría un legislador consciente, decidiendo según sus propias creencias y valores.<sup>20</sup>

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALMOND, Brenda, “Los derechos”, en SINGER, Peter (ed.), *Compendio de ética*, trad. de Jorge Vigil Rubio y Margarita Vigil, Madrid, Alianza, 1995.
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991.
- COMANDUCCI, Paolo, *Estudio sobre constitución y derechos fundamentales*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984.
- FARRELL, Martín, “Obligaciones *prima facie*”, en BULYGIN, Eugenio (coord.), *El lenguaje del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983.
- HART, Herbert, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *Sistema*, Madrid, núm. 36, 1980.
- HONORÉ, Anthony, “Real Laws”, en HACKER, Gregory y RAZ, Joseph (eds.), *Law, Morality and Society*, Oxford, Clarendon Press, 1977.
- LORA, Pablo de y GASCÓN, Marina, *Bioética*, Madrid, Alianza, 2008.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978.

---

<sup>19</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 85 y 86.

<sup>20</sup> Hart, Herbert, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *Sistema*, Madrid, núm. 36, 1980, p. 9.

MARTIN, Rex, *Un sistema de derecho*, Barcelona, Gedisa, 2001.

MENDONCA, Daniel, *Los derechos en juego*, Madrid, Tecnos, 2000.

NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1992.

OTTO, Ignacio de, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1992.

OZAR, David, “Rights: What They Are and Where They Come From”, *Philosophical Issues in Human Rights*, Nueva York, Random House, 1985.

SMITH, Tara, *Moral Rights and Political Freedom*, Rowman & Littlefield Publishers, 1995.

SMITH, Tara, “Rights Conflicts: The Undoing of Rights”, *Journal of Social Philosophy*, vol. 26, núm. 2, 1995.

WELLMAN, Christopher, “On Conflicts Between Rights”, *Law and Philosophy*, Ámsterdam, vol. 14, núms. 3/4, 1995.



## ASSAGGIO DE UN ESCÉPTICO CONVENCIDO DE UNA TEORÍA ECLÉCTICA DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Diego MORENO CRUZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Teoría ecléctica*. III. *Problema metateórico*.  
IV. *Referencias bibliográficas*.

### I. INTRODUCCIÓN

En varios de sus escritos Paolo Comanducci se ocupa de la interpretación judicial, es decir, de la actividad de atribución de significados a los enunciados normativos que tiene como producto una norma jurídica general aplicable a un caso individual, y que es realizada por las jueces con la finalidad práctica de motivar en derecho una decisión, veredicto, fallo, que solucione correctamente la disputa, litigio, o cuestión puesta a su conocimiento; en otras palabras, el razonamiento práctico de la juez de tomar “la decisión de asumir como premisa mayor del silogismo decisonal una norma  $n$ , que es el resultado convenientemente recortado de una disposición  $d$ : el significado que, precisamente, armoniza la subsunción del caso concreto bajo el caso abstracto y la aplicación al caso concreto de la consecuencia jurídica prevista por la norma  $n$ ”.<sup>1</sup>

Sobre la base de la distinción entre dos nociones de interpretación en el ámbito jurídico, a saber, la interpretación en sentido semántico y la interpretación en sentido jurídico, Comanducci trata de superar la contraposición entre las teorías neoescépticas y neoformalistas de la interpretación judicial y justificar su preferencia por una teoría ecléctica acerca de la naturaleza de la interpretación jurídica realizada por las jueces y de su rol en la aplicación del derecho por parte de las jueces (apartado II). Mostraré

---

<sup>1</sup> Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, México, Fontamara, 1999, p. 83.

que esta teoría es indistinguible metateóricamente de una teoría escéptica de la interpretación judicial (apartados III y III.1). Y, por último, a modo de conclusión, sugeriré una manera de plantear el desacuerdo teórico entre el escepticismo y el formalismo de la interpretación jurídica sobre la base de una distinción metodológica entre un análisis prospectivo y retrospectivo del razonamiento judicial interpretativo (apartado III.2).

## II. TEORÍA ECLÉCTICA

Con interpretación en sentido semántico se hace referencia a la actividad de atribuir significados a una clase de objetos en particular, a saber, enunciados lingüísticos del discurso de las fuentes del derecho —i. e. textos, documentos, enunciados jurídicos—, que son formulados e interpretados conforme a reglas semánticas, sintácticas y gramaticales del lenguaje natural y técnico-jurídico, que son lo suficientemente “determinadas y unívocas” para determinar lo que tales enunciados significan. Sin embargo, siempre existe la posibilidad de que los intérpretes atribuyan significados diferentes, es decir, puede suceder que haya más de una interpretación semántica posible. La interpretación entendida como una operación semántica de atribución de significado a los enunciados jurídicos siempre es requerida: pensar que la disposición es el punto de partida y la norma el punto de llegada de la interpretación desconoce que “*per riconoscere un enunciato qua enunciato, è necessario esperire comunque una previa, talvolta inconsapevole, attività interpretativa*” en el sentido semántico de interpretación.<sup>2</sup>

Con interpretación en un sentido estricto o jurídico se hace referencia a la actividad de atribuir un significado a enunciados jurídicos en situaciones en las que hay lugar a dudas o discusiones acerca de qué es lo que ellos significan, es decir, en presencia de enunciados jurídicos con significado oscuro.<sup>3</sup> Por tanto, no hay lugar a interpretación jurídica si las reglas semánticas del idioma y del lenguaje técnico del derecho determinan suficientemente el significado de los enunciados; luego, la interpretación en sentido jurídico no siempre es requerida.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Comanducci, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 93; véase también Comanducci, Paolo, *Assaggi di metaetica*, Turín, Giappichelli, 1992, pp. 13 y 14.

<sup>3</sup> Comanducci, Paolo, *Hacia una teoría analítica...*, cit., pp. 94-96; Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, México, Fontamara, 2001, pp. 174 y 175; Barberis, Mauro, *Introduzione allo studio del diritto*, Turín, Giappichelli, 2014, pp. 204, 205, 222 y 223.

<sup>4</sup> Comanducci, Paolo, *Hacia una teoría analítica...*, cit., p. 93. En los términos de Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho...*, cit., p. 175: la “interpretación’ *sensu stricto* designa aquellas

Sobre la base de la distinción, Comanducci caracteriza a dos teorías de la interpretación y plantea la contraposición que hay entre ellas en los siguientes términos.

Una teoría neoescéptica que sostiene que la interpretación de enunciados normativos es una actividad decisoria “en la que el intérprete elige, siempre y necesariamente” el significado atribuido al enunciado; la interpretación es necesaria para la aplicación de normas jurídicas a los casos concretos. Por su parte, una teoría neoformalista que sostiene que hay enunciados “cuyo sentido es manifiesto y que, por consiguiente, no han de ser interpretados; hay supuestos claros en los que al caso concreto se aplican las consecuencias jurídicas previstas por la norma en cuestión, sin que esta última tenga que ser interpretada”; por tanto, la interpretación de los enunciados jurídicos no siempre es necesaria para la aplicación de normas jurídicas a casos concretos.<sup>5</sup>

Para Comanducci esta oposición entre ambas teorías es aparente. Él sostiene que la teoría neoescéptica es verdadera respecto a una noción semántica de interpretación. Y que la teoría neoformalista es verdadera respecto a una acepción jurídica de interpretación. De modo que no hay un desacuerdo genuino entre ambas teorías. Las tesis de una no se contradicen con las de la otra, puesto que cada una de ellas hace referencia a nociones de interpretación diferentes. En otras palabras, no hay una contradicción entre la tesis neoescéptica “en todos los casos el juez realiza una interpretación” (en un sentido semántico de interpretación) y la tesis neoformalista “en algunos casos el juez no realiza una interpretación” (en un sentido estricto, jurídico, de interpretación) en relación con la aplicación del derecho; ambas tesis son verdaderas al referir cada una de ellas a acepciones de interpretación diferentes.

Según Comanducci, una teoría ecléctica de la interpretación supera la contraposición aparente entre las teorías opuestas,<sup>6</sup> y presenta de modo más plausible lo que realmente ocurre cuando las jueces requieren identificar qué norma jurídica general aplicar a los casos concretos bajo examen. Una

---

situaciones en las que hay duda acerca del sentido apropiado de un texto jurídico y, por consiguiente, éste no puede ser utilizado en el ‘sentido inmediatamente dado’ [...] Nos encontramos con situaciones análogas al utilizar el lenguaje común. Las expresiones de este lenguaje, por lo general, se comprenden inmediatamente en situaciones normales y, solo cuando surgen dudas, nos vemos precisados a usar las reglas del lenguaje para determinar el sentido dudoso”.

<sup>5</sup> Comanducci, Paolo, *Hacia una teoría analítica...*, cit., p. 101.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 94, 95, 100 y 103.

teoría que hace uso conjuntamente de las nociones semántica y jurídica de interpretación, sin lugar a contradicciones en los siguientes términos:

hay interpretación en el sentido jurídico no todas las veces en que se deba adscribir un significado a un documento, sino solo cuando surjan dudas o contrastes acerca de cuál es el significado que ha de adscribirse a dicho documento. Normalmente se presenta tal situación en el ámbito jurídico cuando no hay un consenso universal acerca de cuál sea el significado “correcto” que hay que atribuir a un documento normativo. Cuando, por ejemplo, dos jueces *interpretan* (en la acepción semántica) la misma disposición de una ley de distinta manera, se dice que tal disposición necesita ser *interpretada* (en la acepción jurídica). Puede ocurrir que se haya considerado clara una disposición, esto es, que se haya considerado que no requiere *interpretación* (en la acepción jurídica), hasta que alguien la *interprete* (en la acepción semántica) de manera distinta. Así, una disposición puede parecer clara en una primera lectura pero, una vez puesta en relación, por ejemplo, con el caso concreto que se tenga que resolver, puede suceder que se requiera una *interpretación* (en la acepción jurídica).<sup>7</sup>

Dicho esto, a la luz del eclecticismo, afirma Comanducci, los neoformalistas se equivocan al negar que las jueces siempre interpretan los enunciados normativos, en un sentido semántico de interpretación, puesto que, incluso en los casos claros:

Se trata, a veces, de una suerte de interpretación previa, que los jueces pueden realizar incluso inconscientemente, y que consiste en la atribución de un significado a enunciados normativos, siendo guiados por su conocimiento del idioma y por directrices interpretativas, semánticas y/o típicamente jurídicas.<sup>8</sup>

Por su parte, los neoescépticos también se equivocan al negar que:

de hecho pueden darse casos contextualmente claros, en los que los jueces atribuyen sin problemas el único significado que a la comunidad de los juristas le parece, semántica y jurídicamente, aceptable. Y que estos casos “claros” puedan ser distinguidos de los casos “difíciles”, en los que hay dudas o contrastes interpretativos en la comunidad de los juristas, donde los jueces son conscientes de realizar también una elección o una actividad volitiva.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Comanducci, Paolo, *Hacia una teoría analítica...*, cit., pp. 101, 103.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 101 y 208: “la distinción entre casos claros y oscuros no quedaría tan clara, puesto que también en los casos claros existe una decisión (en sentido débil) del juez sobre la aceptación de las reglas semánticas y la extensión de los predicados”.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 101.

La teoría ecléctica, al dar cuenta de ambas nociones de interpretación en el ámbito jurídico, tiene la ventaja, afirma Comanducci, de captar que hay casos fáciles “en los que existe un consenso unánime sobre el significado que se debe adscribir a un texto normativo” y casos difíciles “en los que no existe dicho consenso”.<sup>10</sup> El eclecticismo es una posición teórica “que combina la naturaleza creativa de la interpretación jurídica con la existencia de una distinción entre casos fáciles y casos difíciles”.<sup>11</sup>

En síntesis, la teoría a la que Comanducci adhiere sostiene que: por un lado, hay casos fáciles respecto de los que la interpretación jurídica (una decisión en sentido fuerte) es innecesaria para identificar la norma jurídica aplicable al caso; hay un consenso en torno a cuál es el significado de los enunciados normativos (*i. e.* hay una convención interpretativa; un significado lingüístico convencional que corresponde al uso de las reglas semánticas y gramaticales del lenguaje natural); la atribución del significado no es problemática; la intérprete decide inconscientemente, o ella toma una decisión, en sentido débil, de atribuir el significado generalmente aceptado que corresponde a una convención interpretativa relevante, es decir, la intérprete acepta hacer uso de las reglas semánticas existentes que determinan la extensión de los predicados fácticos relevantes de los enunciados normativos, para aplicar normas jurídicas a casos concretos<sup>12</sup>. Por otro lado, hay casos difíciles respecto de los cuáles los enunciados normativos pueden significar dos o más normas jurídicas; la interpretación jurídica es necesaria para identificar la norma aplicable al caso; no hay un consenso unánime acerca de qué significado atribuir al enunciado normativo (*i. e.* no hay una única convención interpretativa; hay varios significados atribuibles al enunciado conforme a las reglas semánticas y gramaticales del lenguaje natural); el intérprete toma una decisión (en sentido fuerte) acerca de qué significado elegir entre dos o más opciones interpretativas del enunciado normativo; el intérprete es consciente de que hay un problema de decisión y que ella está eligiendo qué significado adscribir al enunciado normativo, es decir, ella es consciente de que está realizando una actividad mental volitiva de toma de decisión interpretativa.

### *La interpretación es discrecional*

De acuerdo con la teoría ecléctica, tanto la interpretación semántica como aquella jurídica involucran siempre una decisión por parte de la in-

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 208.

<sup>11</sup> Comanducci, Paolo, *Ensayos sobre constitución y derechos fundamentales*, México, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, 2016, p. 63.

<sup>12</sup> Comanducci, Paolo, *Hacia una teoría analítica...*, *cit.*, p. 208.

térprete. Sin embargo, cada una de estas nociones de interpretación refiere acepciones psicológicas, mentales, de decisión de diferente grado o naturaleza.

Por un lado, la interpretación semántica hace referencia a una decisión “débil” e “inconsciente” o “más o menos consciente” de la juez: “también en los casos claros existe una decisión (en sentido débil) del juez sobre la aceptación de las reglas semánticas y la extensión de los predicados”.<sup>13</sup> Incluso en la interpretación en sentido semántico hay lugar a la toma de decisión (inconsciente) de los jueces de conformarse con atribuir el significado “ordinario” a los documentos normativos; en relación con los casos fáciles existe “siempre una elección (en sentido débil) del intérprete, que decide, más o menos conscientemente, acoger alguna interpretación, generalmente aceptada, de un texto normativo”.<sup>14</sup> Por otro lado, la interpretación en sentido jurídico hace referencia a una decisión en sentido fuerte que se presenta cuando hay lugar a dudas respecto a qué significado atribuir al enunciado entre dos o más opciones interpretativas,<sup>15</sup> situaciones en las que “los jueces son conscientes de realizar una elección o una actividad volitiva”.<sup>16</sup>

Con todo, Comanducci rechaza contundentemente la tesis de las teorías ultraformalistas de que la interpretación consista en una actividad cognoscitiva, y que la atribución de significados pueda consistir en un acto de conocimiento. Para él, la interpretación involucra siempre el ejercicio de la discrecionalidad. Incluso en relación con los casos fáciles y en las situaciones en las que sólo tiene lugar la interpretación en sentido semántico, la interpretación consiste en un acto de elección y no de descubrimiento del significado: “los significados serán el producto de una elección realizada por el intérprete de una decisión discrecional [...] la interpretación consiste en atribuir significado a un enunciado normativo: se trata de una actividad que implica una elección y que no es, por tanto, internamente reducible a un mero acto de conocimiento”.<sup>17</sup> En igual sentido, Comanducci sostiene que:

[...] aunque las reglas semánticas del lenguaje fueran unívocas, el enunciado “la disposición D significa M”, escrito por un juez en una sentencia, no sería susceptible de verdad o falsedad. Y ello por dos razones. En primer lugar, el enunciado es el producto de la elección del juez de aceptar y usar las reglas semánticas del lenguaje; una elección que puede basarse en la utilización del

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 208.

<sup>14</sup> Comanducci, Paolo, *Ensayos sobre constitución y...*, *cit.*, pp. 72 y 73.

<sup>15</sup> Comanducci, Paolo, *Hacia una teoría analítica...*, *cit.*, p. 208.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>17</sup> Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico...*, *cit.*, pp. 94-96.

lenguaje común, pero siempre existe otra posibilidad de interpretar y de justificar la interpretación, haciendo uso de otros argumentos. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, en el nivel pragmático el acto lingüístico del juez constituye una atribución de significado y no una sencilla descripción de un uso lingüístico.<sup>18</sup>

No obstante, Comanducci también sostiene que, en contra de las teorías escépticas, la atribución de significados a los enunciados dirigida a los casos fáciles, es decir, la interpretación de enunciados con un significado claro no es interpretación jurídica en sentido estricto, sino tan sólo semántico. Por tanto, la interpretación jurídica no es una condición necesaria para aplicar el derecho a los casos fáciles por parte de los jueces.<sup>19</sup>

### III. PROBLEMA METATEÓRICO

A continuación, mostraré que la distinción entre las nociones semántica y jurídica de interpretación no es idónea para superar la contraposición entre neoformalismo y neoescepticismo. Y, por tanto, que la teoría ecléctica no es en realidad una opción metateórica entre el escepticismo y el formalismo. En concreto, sostendré que la teoría ecléctica es en realidad una teoría escéptica de la interpretación judicial, y sugeriré un modo de plantear el desacuerdo teórico entre escepticismo y formalismo sobre la base de una distinción metodológica entre dos direcciones de análisis del razonamiento judicial interpretativo.

#### 1. *Interpretación y casos fáciles*

Ahora bien, la distinción entre interpretación en sentido semántico e interpretación en sentido jurídico, sobre la base de la cual está construida

---

<sup>18</sup> Esto en contra de la idea de Bulygin de que los enunciados interpretativos siempre expresen proposiciones analíticas. Una idea que para Comanducci puede ser plausible en la reconstrucción lógica de la justificación de la decisión judicial, pero no a un nivel pragmático, en Comanducci, Paolo, *Hacia una teoría analítica...*, cit., p. 208.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 103: “El uso de ‘interpretación’ en la acepción semántica permite poner de relieve, en el plano teórico, los elementos de elección presentes en la atribución de significado a documentos normativos y refutar así las teorías ultraformalistas del significado, que sostienen que cada enunciado tiene uno y solo un significado ‘propio’ o ‘correcto’. El uso de ‘interpretación’ en la acepción jurídica permite, en el plano teórico, permanecer próximos a los usos lingüísticos de la doctrina jurídica, según la cual, siguiendo la antigua máxima, *in claris non fit interpretatio*. En otras palabras, la acepción jurídica permite distinguir las situaciones en las que la atribución de significado a un documento normativo es problemática de aquellas otras en que no lo es”.

la propuesta ecléctica de Comanducci, no es instrumentalmente adecuada para considerar al eclecticismo como una alternativa teórica respecto a las teorías neoformalistas y neoescépticas como él lo pretende. En concreto, la noción semántica de interpretación no es suficiente para justificar el rechazo de la tesis formalista de que la atribución de significados en relación con los casos fáciles consiste en un acto de conocimiento. Ni tampoco para justificar el rechazo de la tesis escéptica de que la atribución de significados en relación con los casos fáciles sea una actividad de interpretación jurídica en sentido estricto. Veamos.

Por un lado, el eclecticismo y el formalismo sostienen que la atribución de significados a enunciados normativos en relación con los casos fáciles no consiste en una actividad de interpretación jurídica. En estas situaciones no hay un problema de decisión interpretativo: no hay opciones interpretativas respecto al único significado atribuible al enunciado que es generalmente aceptado por la comunidad de intérpretes de la que la juez hace parte, es decir, el significado saliente conforme con la convención lingüística asociada a las reglas semánticas y gramaticales del idioma del lenguaje natural en el que el enunciado está formulado. Situaciones, por tanto, en las que hay una única norma jurídica aplicable al caso fácil bajo examen y que es identificada sin necesidad de una decisión interpretativa fuerte, es decir, sin requerir de la elección de un significado entre otras opciones interpretativas. Si la interpretación jurídica consiste en un acto de decisión fuerte, entonces la interpretación jurídica es innecesaria para aplicar el derecho a los casos fáciles, o bien, en relación con los casos fáciles sí hay lugar a la interpretación, pero en un sentido semántico, no jurídico.

Sin embargo, el formalismo sostiene que la interpretación jurídica es un acto de decisión que no es necesario para aplicar el derecho a los casos fáciles, o bien que la interpretación en relación con este tipo de casos consiste no en un acto de decisión, sino en un acto de conocimiento, o de comprensión inmediata, del único significado correcto del enunciado normativo: si los enunciados normativos tienen un único significado correcto en relación con los casos fáciles, en estas situaciones no hay ejercicio de la discrecionalidad interpretativa.<sup>20</sup> El eclecticismo sostiene, en contra de las teorías formalistas, que la interpretación en sentido semántico, o la comprensión del único significado del enunciado en relación con los casos fáciles, involucra el ejercicio de la discrecionalidad por parte de la juez. Las teorías formalistas se equivocan al afirmar que la interpretación semántica en relación con

---

<sup>20</sup> Hart, Herbert, "Discretion", *Harvard Law Review*, Cambridge, Massachusetts, núm. 127, p. 658.



los casos fáciles no consiste en un acto discrecional de la juez, sino en un acto de conocimiento.

Por otro lado, el eclecticismo y el escepticismo sostienen que la interpretación de los enunciados normativos siempre es una actividad decisoria; la interpretación siempre involucra el ejercicio de la discrecionalidad por parte de las juezes. Sin embargo, el escepticismo sostiene que la interpretación jurídica siempre es necesaria para aplicar una norma jurídica a los casos individuales. En cambio, el eclecticismo sostiene que, en contra del escepticismo, la interpretación dirigida a los casos fáciles no es una actividad de interpretación jurídica en sentido estricto, sino una actividad inconsciente de elección o decisión débil: una interpretación en sentido semántico que está asociada a las situaciones en las que no hay un problema interpretativo acerca de qué es lo que significa un enunciado normativo, es decir, en las que no hay opciones interpretativas respecto a la de atribuir el único significado claro del enunciado (convencionalmente aceptado); situaciones en las que, por tanto, hay una única norma jurídica aplicable al caso individual que es obtenida sin necesidad de interpretar jurídicamente al enunciado normativo, es decir, situaciones en las que la interpretación jurídica, es un acto de decisión consciente entre distintas opciones interpretativas, no es necesaria para identificar la única norma jurídica aplicable a un tipo de casos individuales, a saber, los casos fáciles.<sup>21</sup>

### *¿Qué es la interpretación en sentido semántico?*

Y bien, el eclecticismo tiene la carga de responder a los problemas siguientes, para considerarlo como una alternativa teórica plausible respecto al formalismo y al escepticismo.

Si elegir presupone opciones para escoger; si la interpretación semántica tiene lugar en situaciones en las que no hay problemas interpretativos, es decir, situaciones en las que no hay opciones interpretativas respecto al único significado que, sin lugar a duda, es expresado por el enunciado normativo, los neoformalistas bien podrían preguntar: ¿en qué sentido la interpretación semántica consiste en una elección y en el ejercicio de la discrecionalidad interpretativa por parte de la juez y no en un acto de conocimiento, o de comprensión cognitiva, del único significado correcto expresado por el enunciado normativo?

---

<sup>21</sup> Comanducci, Paolo, *Hacia una teoría analítica...*, cit., p. 101.

En la propuesta teórica de Comanducci se puede identificar la siguiente respuesta: la interpretación semántica involucra el ejercicio de la discrecionalidad en el sentido de que es una interpretación que consiste en un acto de decisión inconsciente, débil, de la juez. En relación con los casos fáciles sí hay opciones interpretativas, pero la juez no las advierte al momento de atribuir el único significado del enunciado generalmente aceptado por la comunidad de intérpretes de la que ella hace parte. En estas situaciones, la juez “en trance de decidir” la *quaestio iuris* por ella examinada, no es consciente de que su interpretación es una opción entre otras opciones interpretativas. Por lo tanto, la interpretación semántica es un acto de decisión que no es equiparable a un acto de conocimiento.

Sin embargo, esta respuesta no es satisfactoria. El hecho de denominar como un acto de decisión débil a la interpretación judicial dirigida a aplicar normas jurídicas a casos fáciles no es suficiente para rechazar la tesis formalista de que haya enunciados provistos de un único significado que es comprendido automáticamente, conocido, y no elegido por parte de la intérprete. Luego, denominar esta atribución de significados “acto de comprensión” o “acto de decisión débil” no es más que un desacuerdo terminológico para designar lo mismo: un acto mental que ocurre automática, mecánica o inconscientemente; situaciones en las que no hay lugar al ejercicio de la discrecionalidad.

De otra parte, si, en la propuesta de Comanducci, tanto la interpretación semántica como aquella jurídica consisten en elegir (in)conscientemente un significado entre otros significados posibles, para obtener la norma jurídica expresada por el enunciado normativo en relación con los casos individuales, los neoescépticos bien podrían preguntar ¿por qué una decisión interpretativa inconsciente no consiste en un acto de interpretación jurídica en sentido estricto?

El neoescepticismo bien puede aceptar que hay situaciones en las que, por razones de “oportunidad práctica y/o de lo que socialmente un intérprete puede o no puede hacer”, la juez atribuye a un enunciado normativo un único significado posible, “en el sentido de que toda interpretación distinta sería (casi) unánimemente considerada, por los demás operadores del derecho y la cultura jurídica externa, como fruto de ignorancia, arbitrio caprichoso, *bizarra* o inaceptable: sería, en otras palabras, totalmente inoportuna, cuando no completamente impracticable”. Y, en sintonía con la tesis de la discrecionalidad interpretativa sostenida por Comanducci: “una elección conformista, impuesta por las circunstancias, es no obstante siempre una elección”; incluso en estas situaciones, la interpretación es necesariamente una actividad volitiva: “comporta siempre alguna decisión, o

bien una elección, aunque tal vez tomada *inconscientemente*, por parte de la intérprete”.<sup>22</sup>

De modo que los escépticos no esconden que la interpretación jurídica en relación con los casos fáciles consista en la atribución de un único significado posible y que, no obstante, tal atribución sea una decisión que la juez toma quizás inconscientemente. Luego, a la luz de la teoría escéptica, la distinción entre las nociones semántica y jurídica de interpretación no tiene sustento. Que la interpretación en relación con los casos fáciles sea un acto de decisión inconsciente, y que la interpretación en relación con los casos difíciles sea un acto de decisión consciente, no es una razón suficiente para excluir al primer tipo de actos e incluir al segundo tipo en la clase de actos “interpretación jurídica”. Ambas nociones hacen referencia a la actividad de interpretación jurídica, es decir, a la atribución de un significado y no de otro significado alternativo, o bien a optar (in)conscientemente por una interpretación judicial y rechazar otras opciones interpretativas. Luego, las juezes, para obtener la norma jurídica aplicable a casos individuales fáciles y difíciles, siempre ejercen discrecionalidad interpretativa.

Para concluir, o la teoría ecléctica es indistinguible de la teoría formalista, o bien, para distinguir a la primera de esta última, Comanducci ha de aceptar que la teoría ecléctica es en realidad una teoría escéptica: a saber, un modelo teórico que construye a la atribución judicial de significados a los enunciados normativos como una actividad interpretativa decisoria (in)consciente, que es necesaria para obtener la norma jurídica aplicable a los casos individuales, en aras de motivar en derecho un fallo o decisión judicial respecto a una disputa, cuestión o litigio jurídico puesto a su conocimiento.

En fin de cuentas, solo hay dos teorías en contienda de la interpretación jurídica dirigida a los casos individuales fáciles: el escepticismo y el formalismo. Por tanto, la teoría ecléctica no es una tercera opción teórica respecto a este par de teorías.

## 2. *Análisis prospectivo y retrospectivo*

De modo que hay dos modelos teóricos en contienda acerca de la naturaleza de la interpretación judicial y del rol que ésta tiene en la aplicación del derecho a los casos fáciles: por un lado, una teoría formalista según la

---

<sup>22</sup> Chiassoni, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Barcelona, Marcial Pons, 2011, pp. 161-164. El énfasis en cursiva de la palabra *inconscientemente* es mío.

cual la interpretación jurídica, entendida como un acto decisorio, no es necesaria para aplicar el derecho a los casos fáciles; por otro lado, una teoría escéptica según la cual la interpretación jurídica entendida como un acto decisorio —(in)consciente— es necesaria para aplicar el derecho a los casos fáciles.

Y bien, para construir la oposición entre estas teorías —para identificar de modo más preciso en qué consiste el desacuerdo teórico que hay entre ellas— haré uso de una distinción metodológica entre dos direcciones de análisis, prospectiva y retrospectiva, de la interpretación judicial.<sup>23</sup>

En dirección prospectiva, el análisis versa sobre la actividad de la juez en curso de elegir una interpretación, es decir, la actividad interpretativa de la juez en trance de tomar una decisión judicial para resolver una cuestión, disputa, litigio, puesto a su conocimiento. En dirección retrospectiva, en cambio, el objeto de análisis es la actividad de la juez que se activa ante la pregunta (actual o hipotética): ¿por qué realizaste la interpretación expresada en la sentencia y no otra interpretación alternativa?<sup>24</sup>

En dirección prospectiva se puede distinguir, por un lado, una actividad interpretativa intuitiva que es activada frente a los casos fáciles, que tiene por producto la atribución inmediata de un significado elegido intuitivamente, y sin que la juez advierta prospectivamente un problema de decisión interpretativo —la interpretación  $\emptyset$ , a saber, la atribución del significado *prima facie*, es decir, el significado conforme a la convención lingüística asociada a las reglas semánticas y gramaticales del idioma del lenguaje natural en el que el enunciado está formulado—, es decir, la interpretación que la juez realiza sin advertir prospectivamente otras opciones interpretativas respecto a la interpretación  $\emptyset$ . En los términos de Comanducci, interpretaciones sin motivación, en un sentido psicológico y lógico de motivación. Por otro lado, un razonamiento que se activa frente a los casos difíciles y que tiene por producto un acto de decisión interpretativo, es decir, una interpretación —que

---

<sup>23</sup> Esta distinción entre las dos direcciones de análisis aplicada las teorías de la interpretación la he propuesta en escritos anteriores, véase Moreno Cruz, Diego, “Por el camino equivocado. Carrió sobre razonamiento judicial interpretativo y casos típicos”, en Roldán, Santiago (comp.), *Homenaje a Genaro R. Carrió*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 151-213; Moreno Cruz, Diego, “Interpretación en abstracto. Un fragmento del Background de la *forma mentis* de las juezes”, en Comanducci, Paolo; Chiassoni, Pierluigi y Ratti, Giovanni Battista (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, Barcelona, Marcial Pons, 2018, t. I, pp. 137-159; Moreno Cruz, Diego “Acción intencional de interpretación judicial. Casos normales y sorprendidos”, en Arena, Federico; Luque, Pau y Moreno Cruz, Diego (eds.), *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas*, Universidad Externado de Colombia, 2021, pp. 117 y 118.

<sup>24</sup> Moreno Cruz, Diego, “Acción intencional...”, *cit.*, pp. 117 y 118.

bien puede ser  $\emptyset$ , o bien una interpretación diferente — que ha sido elegida conscientemente por la juez entre otras opciones interpretativas, es decir, la interpretación realizada después de considerar todas las cosas. Interpretaciones con motivación, en un sentido psicológico y lógico de motivación.<sup>25</sup>

En dirección retrospectiva, la interpretación judicial es analizada en relación con la pregunta ¿por qué tú, juez, realizaste la interpretación  $\emptyset$ ? Una dirección de análisis que es funcional para dar cuenta de la naturaleza argumentativa de la práctica de interpretar disposiciones jurídicas por parte de las juezes.

Como se ha señalado anteriormente, las teorías formalistas sostienen que la interpretación en relación con los casos fáciles no consiste en un acto de decisión. En estas situaciones, la identificación de la norma jurídica aplicable al caso por parte de la juez no consiste, en ninguna dirección de análisis, en un ejercicio de la discrecionalidad. En relación con estos casos, hay una única norma aplicable correcta: no hay opciones interpretativas que compitan con el significado que la juez reconoce, comprende, recibe, como el único significado correcto del enunciado normativo relevante: por ejemplo, el significado lingüístico correspondiente a las convenciones semánticas y gramaticales del lenguaje natural en el que están formulados los enunciados normativos. En pocas palabras, no hay actos interpretativos opcionales que la juez pueda elegir a cambio de proferir el acto que ella elige intuitivamente.<sup>26</sup> Luego, la aplicación a estos casos de la única norma jurí-

---

<sup>25</sup> Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico...*, *cit.*, pp. 86 y 87. “[...] tanto ‘motivación’ como ‘decisión’ pueden ser entendidos como una actividad que se desarrolla en la mente del juez o como los productos documentales de tales actividades [...]”. Y bien, dependiendo de cuál sea la perspectiva de análisis que se asuma, la relación entre motivación y decisión varía. Desde una perspectiva psicológica, la motivación y la decisión son sucesos mentales, de modo que “no se da motivación sin decisión [...] No tendría sentido especular acerca de una actividad mental que consistiese en elaborar un procedimiento justificativo privado de objeto. Sí que podría haber, sin embargo, decisión sin motivación [...] No quiero decir que tal decisión carezca de causas psicológicas: solo quiero afirmar que se trata de una decisión que se asume sin que contextualmente se presente la formulación mental de las razones que la justifican”. Desde una perspectiva lógica, la motivación y la interpretación elegida son productos puestos a conocimiento de otras personas a modo de un discurso, una secuencia de enunciados lingüísticos y de relaciones de inferencia entre ellos incorporados en una sentencia. Acerca de la relación lógica, discursiva, literaria, documental, “se dan decisiones [interpretación] sin motivación, pero no motivaciones sin decisión”. Aunque por regla general en los Estados de derecho las decisiones deben ir acompañadas de motivaciones, la justificación de la norma jurídica general que funge de premisa mayor en el silogismo decisonal muchas veces está ausente en las sentencias. Precisamente, cuando la interpretación se dirige a los casos fáciles.

<sup>26</sup> Hart, Herbert, “Discretion”, *cit.*, núm. 127, p. 658. En relación con los casos fáciles, la interpretación y aplicación del derecho no es objeto de una decisión, sino de la única opción

dica general expresada por el enunciado —mediante una interpretación  $\emptyset$  que es realizada automáticamente— es incuestionable.<sup>27</sup> La interpretación y aplicación judicial del derecho en relación con los casos fáciles no se puede caracterizar como una actividad discrecional, ni en dirección prospectiva ni tampoco en dirección retrospectiva de análisis. Por la simple razón de que hay una única respuesta correcta.<sup>28</sup> Para las teorías formalistas, de darse el caso en que se inquiriera a la juez ¿por qué realizaste la interpretación  $\emptyset$ ? —una pregunta que para el formalismo es insólita, puesto que nadie en su sano juicio cuestionaría el acto  $\emptyset$ —, la juez podría cumplir con tal requerimiento satisfactoriamente respondiendo: “por qué  $\emptyset$  es la única interpretación sensible que yo podía realizar para expresar la norma jurídica aplicable al caso bajo examen”.

Para las teorías escépticas, en cambio, a la luz de la dirección de análisis prospectiva, que haya casos fáciles respecto de los que la juez no experimenta conscientemente el ejercicio de la discrecionalidad, para realizar automáticamente la interpretación  $\emptyset$ , es una creencia o afirmación teórica plausible. Por el contrario, a la luz de un análisis retrospectivo, resulta cuestionable negar el carácter discrecional de la interpretación  $\emptyset$  que la juez realizó en relación con los casos fáciles<sup>29</sup>. Y una justificación de este tipo por parte de la juez, que es la requerida para responder satisfactoriamente a la pregunta “¿por qué  $\emptyset$ ?”, implicaría el reconocimiento retrospectivo de un problema de decisión, y por tanto el ejercicio de su discrecionalidad al elegir  $\emptyset$  y no otra interpretación diferente.

Aun reconociendo que hay situaciones en las que el significado de los enunciados normativos es claro a la luz de una convención interpretativa entre los operadores del derecho, existe la posibilidad de que, si se da la ocasión, se le exija a la juez la justificación de la interpretación realizada por ella: ¿por qué, usted, juez, atribuyó al enunciado el único significado conforme con la convención interpretativa y no atribuyó un significado di-

---

correcta “[...] to give effect to clear methods of reaching clear aims or to conform to rules whose application to the particular case is obvious”.

<sup>27</sup> Hart, Herbert, *The Concept of Law*, 3a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1961, p. 126.

<sup>28</sup> En las situaciones en las que hay una única respuesta correcta no hay lugar para hablar del ejercicio de la discrecionalidad. Se puede afirmar que se actuó correctamente, sin que tal acción haya sido elegida como producto del ejercicio de la discrecionalidad, véase Hart, Herbert, “Discretion”, *cit.*, p. 658.

<sup>29</sup> Moreno Cruz, Diego, “Acción intencional de...”, *cit.*, p. 121; también Moreno Cruz, Diego, “Por el camino equivocado. Carrió...”, *cit.*, pp. 192-207.

ferente, por ejemplo, un significado más adecuado a la luz de los principios fundamentales del sistema?<sup>30</sup>

En consecuencia, para el escepticismo, que o sea cuestionable implica que la juez tenga la capacidad de reconocer el ejercicio de su discrecionalidad retrospectivamente. Esto a pesar de que, en dirección prospectiva de análisis, se trate de un acto que la juez eligió proferir sin que ella haya ejercido su discrecionalidad prospectivamente o sin que tal elección haya requerido una deliberación y elección consciente.

Para terminar, el desacuerdo teórico entre formalismo y escepticismo se puede sintetizar en los siguientes términos: para la primera teoría, en dirección prospectiva y retrospectiva de análisis de la interpretación judicial, la atribución de significados en relación con los casos fáciles no consiste en un acto de decisión, ni tampoco involucra el ejercicio de la discrecionalidad por parte de las jueces; por el contrario, para la segunda teoría, la interpretación judicial, en dirección prospectiva de análisis, puede que no involucre el ejercicio de la discrecionalidad en relación con los casos fáciles; sin embargo, en dirección de análisis retrospectivo, la interpretación judicial es una actividad discrecional necesaria para aplicar el derecho a todo tipo de caso individual: las jueces siempre cuentan con la capacidad argumentativa de dar razones en favor de haber realizado una interpretación y no otra interpretación alternativa, es decir, ellas cuentan con la capacidad de reconocer el ejercicio de su discrecionalidad interpretativa retrospectivamente, aun en aquellas situaciones en las que ellas no hayan advertido prospectivamente el ejercicio de su discrecionalidad interpretativa.

Dicho esto, y a modo de conclusión, el eclecticismo no se erige como una teoría metateóricamente distinguible del escepticismo. Comanducci es en realidad un neoescéptico convencido.

La distinción entre interpretación semántica e interpretación jurídica en sentido estricto es insostenible. Si la interpretación dirigida a los casos fáciles y difíciles siempre consiste en un acto de decisión y nunca en un acto de conocimiento —es decir, si la interpretación judicial siempre involucra el ejercicio de la discrecionalidad—, Comanducci no tiene más opción que acoger la tesis escéptica de que la atribución de significados a enunciados normativos en relación con los casos individuales, incluidos los casos fáciles, es una actividad de interpretación jurídica en sentido estricto —una actividad que finaliza con un acto de decisión entre dos o más opciones interpretativas— y que es necesaria para aplicar el derecho a todo tipo de caso individual: si bien, en dirección prospectiva de análisis, la interpretación

<sup>30</sup> Chiassoni, Pierluigi, *Técnicas de interpretación...*, *cit.*, pp. 69 y 70.

algunas veces no involucra el ejercicio de la discrecionalidad (frente a los casos fáciles) y algunas veces sí la involucra (frente a los casos difíciles), en dirección retrospectiva de análisis, la interpretación jurídica siempre involucra el ejercicio de la discrecionalidad por parte de las juezes.

#### IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBERIS, Mauro, *Introduzione allo studio del diritto*, Turín, Giappichelli, 2014.
- CARACCILO, Ricardo, *El derecho desde la filosofía. Ensayos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- CELANO, Bruno, “Ragionamento giuridico, particolarismo. In difesa di un approccio psicologico”, *Rivista di Filosofia del Diritto*, núm. VI, 2, 2017.
- CHIASSONI, Pierluigi, *El problema del significado jurídico*, México, Fontamara, 2019.
- CHIASSONI, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Barcelona, Marcial Pons, 2011.
- COMANDUCCI, Paolo, *Assaggi di metaetica*, Turín, Giappichelli, 1992.
- COMANDUCCI, Paolo, *Ensayos sobre constitución y derechos fundamentales*, México, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, 2016.
- COMANDUCCI, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, México, Fontamara, 1999.
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Milán, Giuffrè, 2011.
- HART, Herbert, *The Concept of Law*, 3a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1961.
- HART, Herbert, “Discretion”, *Harvard Law Review*, Cambridge, Massachusetts, núm. 127.
- MORENO CRUZ, Diego, “Por el camino equivocado. Carrió sobre razonamiento judicial interpretativo y casos típicos”, en ROLDÁN, Santiago. (comp.), *Homenaje a Genaro R. Carrió*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- MORENO CRUZ, Diego, “Interpretación en abstracto. Un fragmento del *Background* de la *forma mentis* de las juezes”, en COMANDUCCI, Paolo; CHIASSONI, Pierluigi y RATTI, Giovanni Battista (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, Barcelona, Marcial Pons, 2018, t. I.



MORENO CRUZ, Diego, “Acción intencional de interpretación judicial. Casos normales y sorpresivos”, en ARENA, Federico; LUQUE, Pau y MORENO Cruz, Diego (eds.), *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas*, Universidad Externado de Colombia, 2021.

VILLA, Vittorio, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Turín, Giappichelli, 2012.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, México, Fontamara, 2001.

## APLICABILIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS Y DECISIÓN JUDICIAL

Pablo E. NAVARRO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Normas, lenguaje y estructura institucional.* III. *La aplicabilidad de las normas jurídicas.* IV. *Dos problemas acerca de la aplicabilidad externa de las normas.* V. *La aplicabilidad interna y la interpretación judicial.* VI. *Conclusiones.* VII. *Referencias bibliográficas.*

### I. INTRODUCCIÓN

Paolo Comanducci es uno de los más destacados filósofos contemporáneos. Su vasta obra abarca registros muy diferentes donde, además de su propia producción, destacan traducciones, ediciones, compilaciones y una impresionante gestión académica. En mi opinión, el crecimiento extraordinario de grupos latinoamericanos de teoría y filosofía del derecho de las últimas décadas ha sido en gran medida impulsado por la infatigable labor de Comanducci, recorriendo los rincones de diversos países; apoyando sobre todo los grupos alejados de las grandes urbes; promoviendo convenios de cooperación científica, imaginando nuevas fuentes de financiamiento para proyectos ambiciosos y abriendo a jóvenes investigadores latinos las puertas de la Universidad de Génova.

Los trabajos de Comanducci son delicadas piezas de orfebrería conceptual y es natural encontrar en sus textos valiosas contribuciones sobre las cuestiones más importantes de la filosofía jurídica, política y moral contemporánea. Sin embargo, quienes conocen a Comanducci seguramente añadirían que sus textos recogen solo una pequeña dimensión de su estilo filosófico. Otros aspectos centrales de su filosofía se manifiestan solo de manera verbal. Por ejemplo, en sus intervenciones en congresos y seminarios, sus ideas logran una expresividad y resonancia especial. No conozco a ningún otro académico que, al igual que Paolo, sea capaz de aportar en esas ocasiones tanta calidez personal, talento filosófico y oficio profesional. En sus

intervenciones, sobre temas extraordinariamente diferentes, siempre muestra empatía con quien asume el riesgo de exponer sus propias ideas y trata de aportar con sus críticas soluciones alternativas y conexiones novedosas. Su capacidad de improvisación y su destreza en la presentación simple de ideas complejas resultan siempre en intervenciones de una claridad deslumbrante. En esas intervenciones sobresalen una sólida formación analítica, su amplia cultura jurídica y la capacidad de expresarse con fluidez en múltiples idiomas dominantes en el mundo académico. Por ejemplo, su castellano es tan bueno que luego de dictar durante una semana (octubre de 1999), un curso sobre Kelsen y el sistema jurídico, en la Universidad Nacional del Sur, en Bahía Blanca (Argentina), casi todos los estudiantes estaban convencidos que el profesor nativo era Paolo y que yo era seguramente el anunciado invitado extranjero.

Sería fácil multiplicar elogios, añadir anécdotas y sumar reconocimientos, pero seguramente una mejor manera de rendir homenaje a Paolo es examinar críticamente algunas de sus ideas. Por ello, en este trabajo retomaré algunas de sus tesis expuestas en un breve artículo sobre la justificación de las decisiones judiciales.<sup>1</sup> Allí, el propósito de Comanducci es analizar qué hay que tener en cuenta para fundamentar adecuadamente ese tipo de decisiones. En ese texto, el andamiaje teórico de Paolo se basa en dos distinciones. Por una parte, la diferencia entre el alcance y la fuerza institucional de las normas jurídicas y, por otra parte, la distinción entre el acto de decidir y el contenido de una decisión judicial. Aquí solo abordaré la primera de estas cuestiones, pero incluso en esta limitada parcela, mi análisis no pretende ser exhaustivo. A pesar de estas limitaciones, espero que este texto sirva como homenaje a un amigo entrañable, un docente extraordinario y un filósofo excepcional.

## II. NORMAS, LENGUAJE Y ESTRUCTURA INSTITUCIONAL

Dos rasgos sobresalientes del derecho contemporáneo son, por una parte, la articulación de normas en un lenguaje compartido entre autoridades y destinatarios y, por otra parte, la exigencia de justificación de las decisiones judiciales en normas jurídicas generales.

1) El primer rasgo subraya que el derecho es una técnica de control social que se basa en una relación comunicativa entre las autoridades y los sujetos normativos. Las autoridades regulan la conducta de los miembros

---

<sup>1</sup> Comanducci, Paolo, “La aplicación del derecho”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 159-174.

de la comunidad mediante normas *generales* formuladas en el lenguaje ordinario de una cierta comunidad. En otras palabras, el derecho no puede funcionar exclusivamente con normas *individuales*, sino que, por el contrario, son necesarias prescripciones que se refieran a clases de situaciones y clases de individuos. Una diferencia fundamental entre ambos tipos de normas es que la formulación de normas individuales requiere la intervención específica de las autoridades en cada ocasión en que se considera necesaria la regulación de la conducta. Por el contrario, mediante normas generales formuladas expresamente en un lenguaje compartido, la permanente intermediación de las autoridades se convierte en innecesaria. Como recuerda Hart, el destinatario de una norma general<sup>2</sup>

...dispone de una descripción verbal que puede usar para decidir qué debe hacer en el futuro y cuál es la oportunidad de realizarlo. Solo tiene que reconocer ejemplos de términos verbales claros, que ‘sumir’ hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales y extraer una simple conclusión silogística. No se le presenta la alternativa de elegir a su riesgo o pedir nuevas instrucciones dotadas de autoridad. Tiene una regla que puede aplicar por sí mismo a sí mismo.

Esta situación no es exclusiva del derecho ya que la vida social se encuentra reglada por pautas generales que los individuos aplican sin necesidad de la intervención de las autoridades. Así ocurre, por ejemplo, en deportes que pueden practicarse sin un árbitro que resuelva permanentemente qué se debe o puede hacer en las innumerables situaciones de juego. O también en el ámbito de reglas que no han recibido una aprobación o promulgación formal, *e. g.*, normas morales o reglas de cortesía. Al igual que no es posible un “lenguaje privado” tampoco es posible una vida social, una comunidad, sin reglas generales. Estas reglas son, en el caso del derecho contemporáneo, paradigmáticamente normas expresamente formuladas y, por simplicidad, me referiré a esas ellas como “normas legisladas” y a las autoridades que las formulan como “legisladores”, aunque es evidente que muchas normas generales jurídicamente relevantes no emanan de una “legislatura” o “parlamento”.

Las normas legisladas utilizan ampliamente un vocabulario con palabras de clase y aseguran de ese modo, frente a otras técnicas basadas en la ejemplificación, claridad, seguridad y certeza.<sup>3</sup> Sería, sin duda, una simplificación ingenua asumir que esas ventajas de las normas legisladas

<sup>2</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 157.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p.157

siempre evitarán los conflictos y las indeterminaciones. Pero, sería también una grave distorsión ignorar que esas normas funcionan de manera “directa” —es decir, sin intermediación de las autoridades—, determinando amplios aspectos de la vida social, ofreciendo razones para escoger planes de vida, estableciendo marcos en los que los acuerdos son posibles, generando incentivos para la conducta y promoviendo los intereses individuales y colectivos.

2) El segundo rasgo del derecho contemporáneo es el papel que las normas generales juegan en las decisiones de los órganos de adjudicación. Los jueces no solo tienen en estos sistemas jurídicos el deber de resolver las controversias mediante esas normas, sino también tienen el deber de indicar expresamente en qué normas se justifica su decisión. En otras palabras, los sistemas jurídicos contemporáneos no son sistemas de libre discreción.<sup>4</sup>

Aunque exista una amplia libertad interpretativa, sería desacertado asumir que las normas generales del legislador son solo ‘juguetes vistosos’, que los jueces invocan para racionalizar sus decisiones.<sup>5</sup> Más bien, las normas generales formuladas por el legislador siempre cuentan como argumentos que inciden en la justificación de una decisión. Por supuesto, eso no significa que la invocación de una norma general sea suficiente para garantizar una decisión determinada, pero no puede ser ignorada libremente.

En general, la idea de validez normativa sirve para capturar la vinculación de los jueces a las normas legisladas. Por ejemplo, es usual señalar que los jueces no pueden ignorar las normas *válidas* de un cierto sistema jurídico, o incluso, como algunas veces se sugiere, las normas válidas funcionan ‘a todo o nada’, imponiendo calificaciones concluyentes a ciertas conductas. Así, mediante la noción de validez se distingue entre las normas jurídicamente vinculantes y otras socialmente relevantes. Más allá de la importancia de estas últimas normas, ellas —en principio— carecen de aptitud para justificar decisiones institucionales. En otras palabras, a partir de la idea de validez se trata de explicar el hecho de que ciertas normas son *jurídicamente* obligatorias y, en gran medida, la teoría analítica del derecho del último siglo ha tratado de esclarecer (i) qué relaciones existen entre las normas jurídicamente obligatorias y las normas que forman parte de un cierto sistema jurídico y (ii) qué diferencias existen entre la fuerza vinculante de las normas jurídicas y su valor moral.

<sup>4</sup> Raz, Joseph, “The Institutional Nature of Law”. *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 111 y ss.

<sup>5</sup> Al respecto, véase el clásico trabajo de MacCallum Jr., Gerald, “On Applying Rules”, *Theoria*, Estocolmo, 32, vol. 3, 1966, pp. 196-210.

Ambos aspectos del derecho contemporáneo (*i. e.*, la regulación de conductas mediante normas legisladas y la vinculación de los jueces a ese tipo de normas) convergen, a través de diversos puntos de contacto, en la aplicabilidad de las normas jurídicas.<sup>6</sup> Así, es parte de las intuiciones comparadas por los juristas que los jueces tienen que justificar sus decisiones en las normas jurídicas aplicables. En este sentido Comanducci inicia su análisis —y luego examina críticamente esa tesis intuitiva— señalando que, una decisión judicial está justificada ‘plenamente si el juez ha aplicado al caso una norma que resulte interna y externamente aplicable’.<sup>7</sup> Esta formulación apunta a despejar una ambigüedad importante que sufre la expresión ‘norma aplicable’ ya que ella puede significar que una cierta norma regula un cierto caso al igual que puede referirse a que una cierta norma debe ser aplicada para resolver un cierto caso. En la siguiente sección examinaré brevemente esta distinción.

### III. LA APLICABILIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS

La conexión de la norma con los casos a los que se aplica internamente es *conceptual* (intrínseca) en el sentido de que identificar una norma es conocer qué casos ella regula. En esta reconstrucción se asume que las normas son el significado de una formulación normativa (texto) al igual que una proposición puede ser comprendida como el sentido de un enunciado. De este modo,

---

<sup>6</sup> Para una importante discusión contemporánea, véase Duarte D’Almeida, Luis, “Qué es aplicar derecho”, *Discusiones*, 27 (2), Bahía Blanca, Argentina, 2016, pp. 25-57. También la presentación del debate a cargo de Sebastián Figueroa Rubio, los comentarios de J. J. Moreso, Gabriela Scataglini, Hugo Zuleta y la réplica de Luis Duarte D’Almeida. Disponible en el sitio web de la revista *Discusiones*. <https://revistas.uns.edu.ar/disc>.

<sup>7</sup> Comanducci, Paolo, “La aplicación...”, *cit.*, p. 164. La terminología ‘aplicabilidad interna y externa’ fue introducida en una investigación sobre las condiciones de eficacia de las normas jurídicas en Navarro, Pablo E. y Moreso, J. J., “Effectiveness and the Applicability of Legal Rules”, *Law and Philosophy*, Ámsterdam, 16, núm. 2, 1997, pp. 201-219. Aunque esa terminología ha sido recogida en una considerable cantidad de trabajos académicos, todavía no hay consenso acerca de la manera en que tienen que trazarse las conexiones entre ambos conceptos. Véase, por ejemplo, las diferencias entre los trabajos de Moreso y Navarro mencionado anteriormente en Navarro, Pablo E.; Orunesu, Claudina; Rodríguez, Jorge L. y Sucar, Germán, “Applicability of Legal Norms”, *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Ottawa, XVII, núm. 2, 2004, pp. 337-359; Lariguét, Guillermo, “Autonomía de ramas jurídicas y aplicación de normas”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2006, pp. 383-404; Pino, Giorgio, “La aplicabilidad de las normas jurídicas”, en Martí, Josep Lluís y Moreso, J. J. (eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 57-96; Rodríguez, Jorge L., *Teoría analítica del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 349-374.

el conocimiento del alcance de una norma es similar a la identificación de los estados de cosas que determina el valor de verdad de una proposición.

La aplicabilidad externa se refiere a la fuerza institucional de una norma y su conexión con los casos a los que se aplica es *institucional* (extrínseca) en el sentido de que esa propiedad depende de una conexión externa al alcance de las normas y depende de las conexiones sistemáticas que definen a un sistema normativo. En esta reconstrucción se asume que una norma N1 debe ser aplicada cuando otra norma N2 prescribe la aplicación de N1 para resolver un determinado caso C. La norma N2 es un criterio de aplicabilidad en un cierto sistema jurídico y ellos varían en función de circunstancias heterogéneas como, por ejemplo, la competencia material de un órgano de decisión, la jerarquía de los tribunales, o las relaciones sistemáticas que afectan los ámbitos de validez de las normas.

La distinción entre ambos conceptos de aplicabilidad puede ser trazada de diferentes maneras ya que ellos se construyen para dar cuenta de problemas específicos que, en gran medida, pueden ser abordados de manera independiente. Así, mientras que los problemas de aplicabilidad interna remiten a los principios de individualización de normas y a la interpretación de formulaciones normativas, los problemas de aplicabilidad externa se conectan con la naturaleza abierta de los sistemas jurídicos, la recepción de normas y la dimensión temporal de las normas jurídicas.

Mientras que la aplicabilidad interna nos dice qué casos regula una cierta norma, su aplicabilidad externa señala qué debemos hacer con las normas que regulan un cierto caso. En este sentido, la reconstrucción completa de ambos aspectos requiere integrar tanto aspectos conceptuales como normativos. En última instancia, la aplicabilidad interna de una norma remite al modo en que el lenguaje se conecta con el mundo, pero la aplicabilidad externa nos compromete con una explicación de cuestiones básicas de fidelidad y diseño institucional.

En su trabajo, Paolo Comanducci examina ambas nociones para identificar dos componentes de la justificación de las decisiones judiciales: la legalidad del *acto* de decidir y la adecuación del *contenido* de la decisión. En su reconstrucción del ‘positivismo normativista’, señala:<sup>8</sup>

1) ¿Cuál es, la norma “válida”, es decir, aplicable, que justifica el acto de decidir? La respuesta del positivismo jurídico normativista es que se trata de una norma externamente aplicable, es decir, de la norma que el juez tiene obligación de aplicar basándose en otra norma jurídica.

---

<sup>8</sup> Comanducci, Paolo, “La aplicación...”, *cit.*, p. 163.

2) ¿Cuál es, la norma “válida”, es decir, aplicable, que justifica el resultado de la decisión, es decir, la norma individual expresada por la sentencia? La respuesta, del positivismo jurídico normativista es que se trata de una norma internamente aplicable, esto es, que regula el caso objeto de la decisión.

En otras palabras, la aplicabilidad externa es una condición necesaria para la justificación del acto de decidir y la aplicabilidad interna es una condición necesaria para la justificación del contenido de la decisión.<sup>9</sup>

Sin embargo, aunque en principio Comanducci encuentra útil a estas distinciones para explicar ciertas perplejidades (*e. g.*, las sentencias condenatorias basadas en pruebas que erróneamente acreditan la culpabilidad de un individuo), su principal propósito es exponer algunas dificultades que acechan a la distinción entre aplicabilidad interna y externa. En particular, Comanducci señala los problemas relativos a la aplicabilidad externa de las normas que suministran los últimos criterios de aplicabilidad y la irrelevancia de la aplicabilidad interna cuando se advierte el papel de los jueces como intérpretes de las normas legisladas. Como conclusión, Paolo parece indicar que otras nociones —más cercanas al realismo jurídico— como, por ejemplo, la vigencia y la interpretación, son de mayor provecho teórico. En lo que resta de este trabajo, me concentraré en esas dos cuestiones. Por supuesto, no pretendo demostrar que Comanducci está equivocado sino más bien invitarlo a reconsiderar su escepticismo sobre el papel de la aplicabilidad de las normas jurídicas.

#### IV. DOS PROBLEMAS ACERCA DE LA APLICABILIDAD EXTERNA DE LAS NORMAS

En su conocido ensayo “Tiempo y validez”, Bulygin reconstruye estas conexiones entre validez y aplicabilidad (externa) de la siguiente manera:<sup>10</sup>

Si existe una norma Ni que prescribe el deber de aplicar otra norma Nj, a un determinado caso, entonces cabe decir que Nj es válida en el sentido de que debe ser aplicada conforme a Ni. Este concepto de validez es también

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>10</sup> Bulygin, Eugenio, “Tiempo y validez”, reimpreso en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2021, p. 230. En un texto publicado en 1966, Bulygin, en lugar de aplicabilidad, utiliza la palabra “obligatoriedad” para referirse al deber de los jueces de aplicar una cierta norma. Véase Bulygin, Eugenio, “Sentencia judicial y creación de derecho”, reimpreso en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, *cit.*, p. 391.



relativo, pero se trata de una relación triádica entre las normas  $N_i$  y  $N_j$  y un caso  $C_k$ : la norma  $N_i$ , prescribe que la norma  $N$  debe ser aplicada al caso  $C_k$ ... Usaré el término “aplicabilidad” para referirme a este tercer concepto de validez.

En esta reconstrucción, la norma  $N_i$  es un criterio de aplicabilidad. En general puede decirse que los criterios de aplicabilidad son normas que pertenecen al sistema jurídico y que prescriben qué normas son aptas para justificar una decisión judicial. Luego, Bulygin añade que con independencia de la fuente de la que surgen los criterios de aplicabilidad.<sup>11</sup>

...ellos tienen la forma de directivas dadas a los jueces que establecen qué normas deben aplicarse en un caso dado. Por lo tanto, son normas que se refieren a la aplicabilidad de otras normas que pertenecen a diferentes sistemas del mismo orden jurídico. En este sentido, estas directivas son normas de un nivel superior o metanormas que imponen deberes a los jueces de aplicar ciertas normas del primer nivel. Los criterios de aplicabilidad últimos son normas de un nivel aún más alto.

Ahora bien, si la aplicabilidad externa de las normas depende, a su vez, de la aplicabilidad de los criterios de aplicabilidad, entonces la ‘obligatoriedad’ de una norma aplicable se transmite a lo largo de una cadena de aplicabilidad. Pero, dado que esa cadena no puede ser infinita, entonces es necesario asumir que ella se interrumpe arbitrariamente en algún eslabón. Una vez que identificamos este último anillo (*i. e.*, el último criterio de aplicabilidad), podemos preguntarnos acerca de si los jueces deben aplicar esa norma, es decir si este último criterio es externamente aplicable. Por simplicidad, denominaré a esta cuestión como ‘el problema de los últimos criterios’.

Antes de abordar este problema es necesario señalar un problema diferente, pero intrínsecamente relacionado, que también por simplicidad, denominaré ‘el problema de la inaplicabilidad remota’. Esta dificultad surge por las siguientes razones. La aplicación de normas puede regularse mediante normas de nivel superior (*i. e.*, normas secundarias), que permiten, obligan o prohíben esa acción. De este modo, una norma será externamente *inaplicable* cuando otra norma secundaria prohíba su aplicación. Esto ocurre cuando otra norma prohíbe aplicar ese criterio. Por ejemplo, el Código Penal Argentino incluye en su artículo 2o., una norma que consagra la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna. Sin embargo, el artículo 303

<sup>11</sup> Bulygin, Eugenio, “Tiempo y validez”, *cit.*, p. 236.

del mismo código dispuso que durante 6 meses el código estaba en *vacatio legis* y, por consiguiente, no podía ser aplicado por los tribunales.<sup>12</sup> De esta manera, el criterio de la ley penal más benigna del artículo 2o. del código era inaplicable en ese periodo. Aunque una norma N1 hubiera sido seleccionada por el artículo 2o. durante el periodo de vacancia, esa aplicabilidad sería insuficiente para justificar adecuadamente la aplicación de N1. La razón es, precisamente, que el criterio de aplicabilidad del artículo 2o. era, en el periodo de seis meses señalado en el ejemplo, inaplicable.

Ambos problemas, *i. e.*, la inaplicabilidad de normas y el de los últimos criterios de aplicabilidad, comparten un elemento: el juez tiene a su disposición normas que, en principio, no debe aplicar y, por tanto, no serían adecuadas para justificar su decisión. Por ello, analizaré brevemente si la respuesta que ofrece Bulygin al problema de los últimos criterios es satisfactoria y, en ese caso, si puede trasladarse al problema de la inaplicabilidad remota.

¿Son aplicables las normas que establecen los últimos criterios de aplicabilidad en un sistema? Bulygin responde afirmativamente a esta pregunta y señala que para los últimos criterios, validez y aplicabilidad son propiedades coextensivas ya que son aplicables siempre que sean válidos.<sup>13</sup> Sin embargo, es difícil integrar esta reconstrucción de Bulygin en un enfoque coherente con otras de sus principales ideas. En particular, hay tres tesis que no se pueden sostener juntamente con la aplicabilidad de los últimos criterios de aplicabilidad.

En primer lugar, la naturaleza relacional del concepto de aplicabilidad. Si se asume esta estructura del concepto, entonces la aplicabilidad del último criterio exige que exista otra norma que imponga a los jueces el deber de aplicar ese criterio. Pero, por hipótesis, ese criterio es el último eslabón de la cadena de aplicabilidad.

En segundo lugar, para Bulygin la afirmación según hemos visto, ‘La norma N es aplicable a C’ significa ‘el juez tiene el deber de aplicar N a C’. Este último enunciado normativo es —conforme a Bulygin— solo una manera elíptica de afirmar una proposición normativa. Esa proposición normativa señala que hay en el sistema jurídico una norma que exige a los jueces aplicar N a C.<sup>14</sup> Por consiguiente, para que la proposición normativa

<sup>12</sup> Este ejemplo ha sido tomado de Bulygin, Eugenio, *ibidem*, p. 233.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 236.

<sup>14</sup> La tesis de la equivalencia ente enunciados normativos y proposiciones normativas es una de las tesis centrales de la teoría de (Alchourrón y) Bulygin, y fue expuesta por primera vez por Bulygin una década antes de la publicación del clásico *Normative Systems*. Véase, Bulygin, Eugenio, “Sobre la estructura lógica de las proposiciones jurídicas”, reimpresso en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, *cit.*, p. 367.

sea verdadera tiene que existir en el sistema jurídico *otra* norma que impone la obligatoriedad del último criterio de aplicabilidad. Pero, si la norma es el último criterio de aplicabilidad, entonces ya no hay más normas que fundamenten su obligatoriedad.

Finalmente, en tercer lugar, podría aducirse que el hecho de que un último criterio sea parte del sistema jurídico es una razón suficiente para su aplicabilidad. Pero, en ese caso, hay que recordar que esa tesis es incompatible con otra idea defendida por Bulygin, ya que en su opinión:<sup>15</sup>

...el problema de pertenencia es absolutamente independiente de toda especulación acerca de la obligatoriedad de las normas jurídicas. Tiene perfecto sentido preguntar si una determinada norma pertenece no a un cierto conjunto de normas dado aun cuando no las consideremos obligatorias.

Es tentador intentar resolver este problema sosteniendo que los últimos criterios de aplicabilidad no son aplicables ni inaplicables. Ello significa que, al aplicar las normas de los últimos criterios de aplicabilidad, los jueces no siguen un deber; que su conducta no es obligatoria, sino, invirtiendo la famosa frase de Hart,<sup>16</sup> en algún sentido, optativa. Ahora bien, comparemos esta situación con lo que sucede en el caso de la aplicación de normas remotamente inaplicables. En esta última situación, aunque una norma N1 es aplicable en virtud del criterio N2, está última norma es inaplicable porque otra norma N3 prohíbe aplicar N2. En este caso, aunque el juez tiene el deber de aplicar N1 porque N2 así lo exige, ese deber queda desplazado por la prohibición de N3. Comanducci advierte correctamente estas dificultades. Por ello señala:

Para resolver este problema creo que se necesitaría cambiar la definición de norma externamente aplicable, diciendo que una norma N1 es externamente aplicable si y solo si la obligación deriva, directa o indirectamente, de las normas últimas del sistema jurídico del momento de la decisión. Estas normas últimas, consecuentemente, deben aplicarse siempre para entender que una decisión está justificada. Son, por tanto, aplicables y no inaplicables o no aplicables, como resultaba de la definición precedente de aplicabilidad.

Esta respuesta puede ayudarnos a despejar el problema de la inaplicabilidad remota ya que, en esta nueva versión, la aplicabilidad de una norma

---

<sup>15</sup> Bulygin, Eugenio, “Validez y positivismo”, reimpresso en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, cit., p. 531.

<sup>16</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho...*, cit., p. 7.

dependerá de que los eslabones que conectan una norma con el último criterio no se interrumpan. Pero, esto solo reintroduce los tres problemas del enfoque de Bulygin. Como he señalado, frente al problema de los últimos criterios, hay tres opciones:

- a) Cambiar la noción relacional de aplicabilidad por un concepto absoluto.
- b) Negar la equivalencia entre enunciados normativos y proposiciones normativas. De ese modo, podría admitirse que los enunciados acerca de lo que deben hacer los jueces (*i. e.*, los enunciados de aplicabilidad) son independientes de la existencia de una norma que exige a los jueces esa conducta.
- c) Asumir que el *hecho* de que una norma es parte de un sistema es una condición suficiente para que ella sea obligatoria para los jueces (y los ciudadanos).

Frente a estas opciones, Comanducci sugiere abandonar la tesis de que la aplicabilidad externa de una cierta norma es una condición necesaria de la justificación de la decisión judicial como acto.<sup>17</sup> En otras palabras, la justificación de la decisión no dependerá de la legalidad del acto del juez en el sentido de si el órgano competente aplica únicamente aquellas normas que debe aplicar. Aunque esta decisión parezca plausible, no es posible admitirla sin pagar un alto precio ya que difumina la posibilidad de criticar una decisión judicial. Después de todo, cuando un juez se aparta de los últimos criterios de aplicabilidad, su decisión parece arbitraria. En este sentido, Dworkin recuerda que un juez se equivoca cuando simplemente deja de lado un principio relevante, sin ofrecer un balance del peso que el mismo tiene frente a otros principios relevantes. En su opinión:<sup>18</sup>

Sus críticos no se hubieran limitado a señalar que no ha tenido en cuenta consideraciones a las que otros jueces han prestado atención desde hace algún tiempo. La mayoría hubiera dicho que tenía el deber de tomar a esos principios como referencia... Cuando decimos que una *norma* es obligatoria para un juez, eso no significa otra cosa sino que debe seguirla si viene al caso, y que si no lo hace, habrá cometido por ello un error.

Por supuesto, Dworkin intenta mostrar que esta crítica está justificada en una serie de presupuestos y compromisos que surgen del enfoque del

<sup>17</sup> Comanducci, Paolo, “La aplicación...”, *cit.*, p. 165.

<sup>18</sup> Dworkin, Ronald, “The Model of Rules I”, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1977, p. 35.

derecho como integridad. Comanducci, por el contrario, prefiere una respuesta ‘realista’, pero en ese caso hubiera sido conveniente que su respuesta explicase más detalladamente cómo y en qué medida las prácticas convergentes de los tribunales pueden generar normatividad. En otras palabras, al abandonar el requisito de la aplicabilidad externa como fundamento para determinar si está justificado el acto de un cierto juez en la aplicación de una determinada norma, también perdemos un estándar interno al derecho para distinguir entre decisiones correctas y erróneas.

## V. LA APLICABILIDAD INTERNA Y LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

En su texto, Comanducci no se limita a examinar los problemas relativos a la aplicabilidad externa, pero su análisis de la aplicabilidad interna de las normas también se encuentra teñido de un cierto escepticismo sobre la utilidad de esta noción para comprender la justificación de las decisiones judiciales. En gran medida, su posición parece asumir una *brecha interpretativa* entre las formulaciones normativas (llamadas “disposiciones normativas” en su texto) y las normas que ellas expresan.<sup>19</sup> Conforme a esta tesis, el conocimiento normativo depende de una interpretación previa, de naturaleza estipulativa y discrecional, de una cierta formulación. De esa manera, la identificación de la norma aplicable es el resultado de una actividad que escapa del control racional. Más bien, el órgano de decisión escoge, entre diversas interpretaciones posibles, aquella que considera más adecuada para resolver un cierto caso. Así, cualquier formulación normativa puede ser interpretada de diferentes maneras, produciendo resultados incompatibles.<sup>20</sup> Por ejemplo, una disposición D que dijese que los mayores de 18 años pueden donar sus órganos podría ser interpretada literalmente, excluyendo de esa facultad a un menor de edad (Norma N1), pero también podría interpretarse analógicamente (Norma N2), extendiendo esa facultad a ciertos casos especiales.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> No es posible, ni siquiera brevemente, presentar de manera adecuada el vasto horizonte filosófico que abarcan los problemas de interpretación del derecho. Por ello, para una presentación simple de los principales temas y problemas desde la perspectiva del llamado “realismo genovés”, véanse los artículos recogidos en Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018 y Guastini, Riccardo, *Saggi scelti sull'interpretazione*, Turín, Giappichelli, 2017.

<sup>20</sup> Comanducci, Paolo, “La aplicación...”, *cit.*, p. 167.

<sup>21</sup> Por ejemplo, eso es lo que ocurrió en el caso ‘Saguir y Dib’, resuelto por la Corte Suprema Argentina en 1980 con el propósito de permitir que una menor de edad donase un

En otras palabras, la conexión entre las normas y los casos a los que ellas se aplican puede considerarse interna o conceptual, pero la conexión entre disposiciones y normas es institucional o externa a la relación semántica entre significados y estados de cosas. Por ello, la conclusión de Comanducci es:<sup>22</sup> “Así, puede decirse que las normas aplicadas por el juez son aplicables sólo en un sentido muy débil; son elegidas y después presentadas como las normas que regula el caso y que debían ser aplicadas por el juez, quien desarrolla en la motivación una argumentación en favor de su aplicabilidad”.

En mi opinión, esta conclusión es una exageración que debería ser matizada para no producir un desequilibrio conceptual.<sup>23</sup> El argumento parece indicar que para superar la brecha interpretativa entre formulaciones (disposiciones) y normas, el juez siempre *construye* la norma aplicable. De este modo, desde un punto de vista externo, las normas aplicadas al caso siempre coinciden con las normas aplicables. No estoy seguro de que este argumento sea el que, en última instancia, Comanducci suscribe. Después de todo, al intentar superar la dicotomía entre los llamados “neoescépticos” y “neoformalistas”, Comanducci favorece una teoría ecléctica de la interpretación.<sup>24</sup> Esta teoría se aleja del escepticismo más bien radical de estas reflexiones sobre la aplicabilidad interna ya que admite que “hay interpretación en el sentido jurídico no todas las veces en que se deba adscribir un significado a un documento, sino sólo cuando surjan dudas o contrastes acerca de cuál es el significado que ha de adscribirse a dicho documento”.<sup>25</sup>

Si se acepta que las palabras de un lenguaje natural tienen significado en función del uso que se hace de ellas en una cierta comunidad C, entonces es una cuestión empírica conocer qué significa una expresión. Si en C, la palabra P tiene los significados S1 y S2 es porque los hablantes de C usan

---

riñón a su hermano. Según la Corte Suprema, “...ante todo debe observarse que la norma no prohíbe que si el dador tiene menos de 18 años se complete su falta de edad por el consentimiento de sus padres o la venia judicial”. Véase CSJN, *Fallos* 302:1284, 1980.

<sup>22</sup> Comanducci, Paolo, “La aplicación...”, *cit.*, p. 167.

<sup>23</sup> De hecho, una exposición más moderada de la tarea interpretativa es ofrecida por Comanducci como un intento de superar la dicotomía entre los llamados “neoescépticos” y “neoformalistas”. Su visión, que Comanducci denomina “una teoría ecléctica de la interpretación”, se aleja del escepticismo más bien radical de estas reflexiones sobre la aplicabilidad interna, ya que admite que no todas las veces que hay interpretación jurídica es preciso adscribir un significado a un documento, sino únicamente cuando surjan dudas o contrastes acerca de cuál es el significado que ha de adscribirse a las formulaciones normativas. Al respecto, véase Comanducci, Paolo, “La interpretación jurídica”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, *cit.*, pp. 93-114.

<sup>24</sup> Al respecto, véase Comanducci, Paolo, “La interpretación jurídica...”, *cit.*, pp. 93-114.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 103.

P para referirse paradigmáticamente a los objetos que forman la clase a la que se refiere S1 y S2. La tarea de compilar un diccionario radica, precisamente, en exponer de manera ordenada los diferentes sentidos que, como una cuestión de hecho, tienen las palabras y expresiones de un determinado lenguaje. Ahora bien, aunque una palabra tenga diferentes sentidos, ello no todavía no abre juicio acerca de cuál de ellos ha sido escogido por el hablante para comunicar un determinado mensaje. También es una cuestión empírica determinar cuál de los posibles sentidos de una palabra ha efectivamente empleado el emisor del mensaje.<sup>26</sup> En ocasiones puede ser difícil conocer qué dice un cierto individuo y eso, en ciertas circunstancias, podría genera una disputa meramente verbal, en la que dos individuos utilizan la misma palabra en diferentes sentidos. Cuando advertimos la confusión, se disuelve el desacuerdo y conocemos qué significado tenía una cierta expresión para cada uno de los individuos. De allí que podríamos decir que conocer que dijo un individuo A, como algo diferente a saber que podría haber dicho, es determinar qué sentido específico de una palabra ha utilizado para transmitir su mensaje.

El hecho de que el lenguaje jurídico se exprese mediante normas no altera los rasgos principales de esa relación comunicativa. Una analogía puede resultar útil. En un libro de cocina encontramos reglas técnicas, que al igual que otras normas, carecen de valor de verdad. Estas normas pueden guiar nuestra conducta para el caso de que nos interesase lograr un cierto objetivo. Así, si estamos interesados en elaborar un pesto genovés, utilizaremos albahaca y piñones en lugar de, por ejemplo, rúcula y nueces. En el caso de presentarnos a un concurso para determinar cuál es el mejor pesto genovés, seguramente el hecho de que exista un jurado que evalúa de manera definitiva las salsas de ese concurso no alterará nuestro conocimiento previo de la receta de elaboración. Más bien, porque conocemos a qué nos referimos mediante la expresión ‘pesto genovés’ es que podemos intentar cumplir con la norma técnica, con independencia de la aceptación que logremos por parte del jurado. En el derecho, la situación es similar. En palabras de Alchourrón y Bulygin,<sup>27</sup>

...el legislador normalmente formula las normas en el lenguaje corriente, que supone es entendido por todos los integrantes de la sociedad y no aclara el sentido de los términos que usa, dando por sentado que los destinatarios los entienden en el mismo sentido en que él los ha usado. Solo excepcionalmente

<sup>26</sup> Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, “Definiciones y normas”, reimpresso en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, cit., p. 462.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 469.

el legislador se ve compelido a aclarar el sentido de alguna expresión, cuando le da a esta un sentido especial, distinto del que tiene en el uso común.

Cuando el legislador se aparta del uso común es necesario que indique, por ejemplo, mediante una definición, qué sentido especial está dando a una cierta expresión. De otro modo, ni los ciudadanos ni los jueces sabrían el sentido específico de sus palabras. En este sentido, Alchourrón y Bulygin añaden:<sup>28</sup>

...la identificación de las normas es condición necesaria para su aplicación, cabe formular la regla técnica según la cual, el que quiere aplicar o usar las normas, debe identificarlas y para identificarlas debe usar la definición del legislador. Si no la usa, identificará otra norma y no la que el legislador dictó.

Puede, por cierto, existir una genuina obligación normativa de identificar las normas jurídicas y, por lo tanto, la de usar las definiciones legales en la medida en que éstas sirven para identificar las normas. Es el caso de los jueces, quienes están obligados —por una norma expresa— a aplicar las normas jurídicas y para eso deben identificarlas.

Por supuesto, nada en esta reconstrucción impide que estemos en desacuerdo con lo que dice o prescribe un cierto hablante (autoridad) y podría ocurrir que dejemos a un cierto organismo un amplio poder de corregir los mensajes, cambiando, por ejemplo, una norma injusta o ineficiente por otra más apropiada. Pero este cambio supone que hemos identificado previamente qué dice la autoridad normativa para luego evaluar su adecuación o plausibilidad y decidir acerca de sustituir una norma N1 por otra norma N2.

Conforme a esta reconstrucción es necesario separar cuidadosamente la tarea empírica de identificar qué dijo la autoridad de la tarea valorativa de determinar si aquello que la autoridad dijo es incorrecto y merece cambiarse. El hecho de que los jueces puedan cambiar las normas que ha formulado el legislador no es un argumento en contra —sino más bien presupone— que ya sabemos qué dijo el legislador.

## VI. CONCLUSIONES

La distinción entre aplicabilidad interna y externa es una herramienta valiosa para comprender el modo en que el derecho guía nuestro comportamiento, ya que ello depende no solo de las relaciones entre el lenguaje y las conductas, sino también de la presión normativa que surge de las diferentes autoridades.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 467.



La aplicabilidad externa sirve para comprender la naturaleza institucional del derecho, pero ello no se podría lograr si las normas no fuesen internamente aplicables. Solo una vez que se asume que la conexión entre normas y casos es independiente de las decisiones de los órganos de adjudicación se advierte qué se exige en la justificación *en derecho* de una decisión judicial. Mientras que la aplicabilidad interna es imprescindible para comprender el modo en que las normas guían la conducta, la aplicabilidad externa nos impulsa a interrogarnos sobre la vinculación de los jueces al derecho.

La exigencia de justificación en normas formuladas por el legislador es un rasgo contingente, pero característico, de los sistemas jurídicos contemporáneos. Tal vez, en otros momentos de la evolución de las técnicas jurídicas, el papel de los jueces estaba desvinculado de la aplicación de otras normas generales creadas por otras instituciones específicas. Pero sería extraño asumir que esa situación no ha cambiado y que los jueces tienen libertad para crear y aplicar sin restricciones normas generales que resuelven los conflictos sociales.

No pretendo mediante esta reiteración de aspectos obvios de la práctica jurídica revelar algo que Comanducci desconoce. No es así. Más bien pretendo enfatizar que (i) el núcleo básico de la comunicación mediante normas generales no se encuentra en la relación entre legisladores y jueces sino en la conexión entre legisladores e individuos, y (ii) la trasmisión de significado es una cuestión empírica. Si un enfoque realista olvidase estas cuestiones, entonces perseguiría una quimera. En definitiva, esa visión quimérica evocaría al eslogan de finales de la década de los sesenta: ¡seamos realistas, pidamos lo imposible!

## VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, “Definiciones y normas”, en ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2021.
- BULYGIN, Eugenio, “Sentencia judicial y creación de derecho”, en ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2021.
- BULYGIN, Eugenio, “Sobre la estructura lógica de las proposiciones jurídicas”, en ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2021.

- BULYGIN, Eugenio, “Tiempo y validez”, en ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2021.
- BULYGIN, Eugenio, “Validez y positivismo”, en ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2021.
- COMANDUCCI, Paolo, “La aplicación del derecho”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- COMANDUCCI, Paolo, “La interpretación jurídica”, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- DUARTE D’ALMEIDA, Luis, “Qué es aplicar derecho”, *Discusiones*, 27 (2), Bahía Blanca, Argentina, 2016.
- DWORKIN, Ronald, “The Model of Rules I”, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1977.
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.
- GUASTINI, Riccardo, *Saggi scetti sull’interpretazione*, Turín, Giappichelli, 2017.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.
- LARIGUET, Guillermo, “Autonomía de ramas jurídicas y aplicación de normas”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2006.
- MACCALLUM Jr., Gerald, “On Applying Rules”, *Theoria*, Estocolmo, 32, vol. 3, 1966.
- NAVARRO, Pablo E. y MORESO, J. J., “Effectiveness and the Applicability of Legal Rules”, *Law and Philosophy*, Ámsterdam, 16, núm. 2, 1997.
- NAVARRO, Pablo, E.; ORUNESU, Claudina; RODRÍGUEZ, Jorge L. y SUCAR, Germán, “Applicability of Legal Norms”, *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Ottawa, XVII, núm. 2, 2004.
- PINO, Giorgio, “La aplicabilidad de las normas jurídicas”, en MARTÍ, Josep Luís y MORESO, J. J. (eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- RAZ, Joseph, “The Institutional Nature of Law”, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- RODRÍGUEZ, Jorge L., *Teoría analítica del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2021.

## DOS ENFOQUES (NO) EXCLUYENTES ACERCA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

Julieta A. RABANOS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Razonamiento jurídico: el modelo comanducciano*. III. *Razonamiento jurídico: el modelo inferencialista*. IV. *Dos modelos de razonamiento jurídico: comparación e (in)compatibilidades*. V. *Algunas palabras conclusivas*. VI. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Intentar pensar en un modo de participar en un homenaje para Paolo Comanducci tiene dos caras: una buena, y una no tanto. La buena: en su extensísima y vasta carrera ha trabajado tantos argumentos que se vuelve difícil encontrar un tema sobre el cual Comanducci no haya escrito y desarrollado un análisis incisivo y pormenorizado. La no tan buena: se vuelve difícil encontrar un tema sobre el cual Comanducci no haya ya escrito y desarrollado un análisis no solo incisivo y pormenorizado, sino blindado a eventuales críticas y, en muchos casos (como el mío), en perfecta concordancia con lo que uno podría sostener sobre ese mismo tema. Si el mejor homenaje no es el halago, sino la crítica: ¿cómo hacer, entonces?

Aquí he decidido realizar un homenaje ulterior, no estrictamente académico, y tomar una vía diplomática de entender “crítica”: tratar un tema trabajado por Comanducci y no estrictamente criticar su desarrollo, sino señalar los puntos sobre los cuales ameritaría un desarrollo posterior (y sugerirlo). El tema que he elegido, y sobre el cual creo que pueden agregarse algunas notas a cuanto ha sido desarrollado por Comanducci, es el razonamiento jurídico.

El análisis del razonamiento jurídico ha ocupado, especialmente en las últimas décadas, un lugar de privilegio en el ámbito de la teoría del derecho. Ya en 1991 el propio Comanducci señalaba, a propósito de comentar

sobre la traducción al italiano de *How to Do Things with Rules* (Twinning & Miers 1976, 1991), la existencia de una tendencia europeo-continental y angloamericana a un cambio estructural de los estudios de la teoría del derecho. Este cambio se manifestaba, en palabras de Comanducci, en el viraje “desde las teorías del ordenamiento jurídico a las teorías del razonamiento jurídico”.<sup>1</sup> Incluso suspendiendo la evaluación de si se ha producido en efecto ese viraje y cuáles serían en todo caso sus consecuencias, lo cierto es que la preocupación por el razonamiento jurídico (y sus partes, sus sujetos, sus ocasiones, sus estructuras) hoy en día no sólo sigue viva, sino que cobra cada vez más vida.<sup>2</sup>

En este marco, propongo realizar un breve análisis de dos visiones teóricas acerca del razonamiento jurídico en contextos judiciales que, a primera vista, resultan radicalmente diferentes: la visión de Paolo Comanducci (en adelante, “modelo comanducciano”), y la visión de Damiano Canale y Giovanni Tuzet (en adelante, “modelo inferencialista”). Primero realizaré una reconstrucción sumaria, pero global, de ambos modelos (secciones II y III), para luego establecer algunas notas comparativas entre ellos (sección IV). Allí, intentaré mostrar que la visión de Comanducci es mejor entendida como analizando al razonamiento jurídico desde un punto de vista estático, momentáneo e individual, mientras que la visión de Canale y Tuzet es mejor entendida como analizando el razonamiento desde un punto de vista dinámico, concatenado e intersubjetivo. En este sentido, el objetivo principal en este trabajo es evaluar cómo, y en qué medida, estas dos posturas pueden ser consideradas más bien complementarias en lugar de excluyentes a los fines de describir y/o explicar el razonamiento jurídico en contextos judiciales (sección V).

## II. RAZONAMIENTO JURÍDICO: EL MODELO COMANDUCCIANO

### 1. *Razonamiento judicial en general*

Al analizar el razonamiento jurídico, Comanducci se centra específicamente en el razonamiento judicial, el cual entiende como un conjunto compuesto por tres elementos: la decisión, la motivación en derecho y la motivación en

---

<sup>1</sup> Comanducci, Paolo, “Di un approccio multiprospettico in teoria del diritto”, *Analisi e diritto* 1991, Turín, Giappichelli, 1992, pp. 111-126.

<sup>2</sup> Piénsese, por ejemplo, en todo el impulso dado al análisis del razonamiento probatorio y al análisis del razonamiento judicial con el objeto de introducir inteligencia artificial en contextos jurídicos.

hechos.<sup>3</sup> En realidad, podrían ser sólo dos: por una parte, la decisión; por la otra, la justificación, es decir el procedimiento argumentativo consistente en aducir razones (buenas, persuasivas) en favor de conclusiones como que un enunciado cognoscitivo es verdadero, probable, verosímil y/o atendible (motivación en hechos); o que un enunciado prescriptivo es justo, bueno, correcto y/o válido (motivación en derecho).<sup>4</sup>

Desde este punto de vista, y en un contexto discursivo jurídico, la decisión judicial (especialmente, aquella que concluye el proceso) representa una (*la*) conclusión expresada en un enunciado prescriptivo individual<sup>5</sup> tal como “Paolo debe resarcir con 30 000 euros al ex Zoológico de Buenos Aires por haberse robado una hiena”. Justificar la decisión sería, en este caso y siempre en el contexto discursivo jurídico, aducir razones en favor de considerar que este enunciado prescriptivo individual es correcto (o válido). Sin embargo, señala Comanducci, “decisión judicial” no abarca únicamente la conclusión, sino también su justificación.<sup>6</sup>

¿Qué razones se aducirían, cómo, cuándo, y por parte de quién? Comenzando por el “quién” y “cuándo”, se trataría de razones aducidas por la autoridad judicial en ocasión de tomar una decisión respecto de la controversia central del proceso, y así concluirlo. Comanducci señala que esta decisión judicial final se encuentra sin duda compuesta por numerosas conclusiones intermedias, que pueden ser reconstruidas como parte de la justificación global de esa conclusión global.<sup>7</sup>

Las preguntas que quedaría responder, entonces, son el “cómo” y el “qué”. Comenzando por el “cómo”, Comanducci recoge una distinción de Wróbleswski entre justificación interna y externa. La justificación interna es tomada como la consistencia entre la decisión final del juez (*qua* conclusión expresada en un enunciado prescriptivo individual) y las premisas

---

<sup>3</sup> Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, México, Fontamara, 1999, p. 71.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 49-57, 71.

<sup>5</sup> Existen diferentes posturas acerca del estatus que poseen las decisiones judiciales, paradigmáticamente si se trata de normas individuales nuevas emanadas por las autoridades judiciales o si se trata de normas meramente derivadas de otras. No entraré en esta discusión aquí.

<sup>6</sup> Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico... cit.*, p. 72.

<sup>7</sup> No queda claro aquí, sin embargo, si cuando se habla de “conclusiones intermedias” se refiere a la idea de razonamientos moleculares (la concatenación de silogismo-conclusión-silogismo-conclusión, etcétera) —esto es, en un sentido estático— o si se refiere a la sucesión de decisiones que la autoridad judicial puede ir tomando a lo largo del proceso y que luego hacen parte de la decisión final —esto es, en un sentido dinámico—. El elemento temporal puede ser justamente algo que no esté tomado tan en cuenta aquí. Volveré sobre esto en el apartado IV.

aducidas como verdaderas o válidas. Esta consistencia se suele entender teóricamente en el marco de una estructura silogística, que en su forma más simple estaría compuesta por una premisa mayor (enunciado prescriptivo general), una premisa menor (enunciado acerca de hechos que tiene por objeto una acción) y una conclusión.<sup>8</sup> Se trata, en fin de cuentas, de un silogismo de subsunción.<sup>9</sup> La justificación externa, por su parte, trata acerca de la justificación de las premisas de la decisión y consiste en un conjunto heterogéneo de actividades y de directivas de elección e individualización de las premisas.<sup>10</sup>

Los interrogantes acerca de la “motivación en derecho” y la “motivación de los hechos”, en este sentido, forman parte de la pregunta acerca de “qué”: cuáles son las razones para justificar las premisas mayor y menor, respectivamente “motivación”, por su parte, designa aquí un conjunto de enunciados lingüísticos que aparecen en los documentos producto de (eventuales) actividades mentales de los decisores.<sup>11</sup>

## 2. *Un modelo de razonamiento judicial*

Con base en lo anterior, Comanducci propone adoptar una aproximación teórica<sup>12</sup> y establecer los elementos fundamentales de un modelo de razonamiento judicial, compuesto en realidad por tres modelos que hacen a cada una de sus partes: un modelo de decisión judicial silogísticamente justificada; un modelo de justificación racional de la premisa mayor del silogismo decisional, y un modelo de justificación garantista de la premisa menor del silogismo decisional. Estos modelos son construcciones que reproducen simplificada y simplemente un fenómeno, en este caso de la realidad social.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> Cabe aclarar que esta estructura silogística no puede constituir la justificación interna de una decisión judicial en sistemas no caracterizados por “jueces-déspota” ni “jueces-autómatas”. *Cfr.* Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico...*, *cit.*, pp. 72 y 73.

<sup>9</sup> *Cfr. Ibidem*, pp. 82-84 (descartando otras propuestas de Wróblewski).

<sup>10</sup> Para un listado, *cfr. ibidem*, pp. 81 y 82.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 89. Comanducci afirma su preferencia por esta definición de motivación luego de analizar las relaciones entre “motivación” y “decisión”, si se las considera como actividades mentales o como productos documentales de esas actividades (*cfr. ibidem*, pp. 86-88). Para diferenciar entre la actividad y el producto, Comanducci propone llamar “motivación-actividad” y “decisión-actividad” a las primeras, y “motivación-documento” y “decisión-documento” a las segundas.

<sup>12</sup> Comanducci rechaza así realizar una aproximación descriptiva o prescriptiva. *Cfr. ibidem*, pp. 74-79.

<sup>13</sup> Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico...*, *cit.*, pp. 73 y 74, 79-80.

Antes de repasar brevemente los componentes de estos tres modelos, un detalle de relevancia: al momento de proyectar el modelo, que se concentra en las autoridades judiciales, Comanducci señala que

no siempre se resalta el hecho de que las argumentaciones de los jueces conviven con otros tipos de argumentaciones de derecho o de hechos, como las argumentaciones producidas por las partes [...] o las de los expertos y peritos [...]. Un discurso completo sobre este tema no debería carecer de una consideración amplia de las semejanzas y las diferencias entre las distintas especies del género de la argumentación jurídica.<sup>14</sup>

#### A. *Modelo teórico de la decisión judicial silogísticamente justificada*

Este modelo teórico propone dos cosas: 1) concebir la estructura de la decisión judicial como un silogismo (de algún tipo), y 2) concebir la justificación de la decisión judicial como resultante de la correcta construcción de ese silogismo.

Como hemos ya mencionado, la decisión judicial se considera estructurada como un silogismo de subsunción. En su forma más básica, contiene la conclusión y al menos dos premisas: una premisa mayor (en la cual figura la norma o enunciado prescriptivo general) y una menor (en la cual figura un enunciado relativo a hechos). La corrección/validez o verdad (respectivamente) de las premisas mayor y menor, junto con la estructura silogística y reglas de inferencia deductivas, garantizan así que la conclusión sea igualmente correcta/válida.<sup>15</sup>

Estas premisas, señala Comanducci, no son el punto de partida del decisor sino un punto de llegada. Esto es así pues el decisor realiza una inmensa cantidad de actividades para arribar a la formulación de las premisas que componen la decisión judicial, así concebida. La elección e individualización de estas premisas se realiza con base en directivas de diferentes tipos

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 90. Comanducci considera que este tipo de análisis tiene una alta fecundidad práctica. Como intentaré mostrar en la sección IV, una gran parte de esa fecundidad puede estar justamente dada no por considerar a cada una de esas argumentaciones de modo individual y estático, sino —y en parte, como propone un modelo teórico como el inferencialista— de modo global y dinámico, analizando asimismo el modo en el cual cada una de ellas interactúa e influencia las otras. Algunos esbozos de esta idea se encuentran, entiendo, en algunas consideraciones de Comanducci al proponer su modelo teórico garantista de la premisa menor.

<sup>15</sup> Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico...*, cit., p. 84. Por supuesto, esto asume que la lógica pueda aplicarse a las normas, una tesis que continúa siendo discutida.

y orígenes que guían al decisor.<sup>16</sup> Estas actividades del juez componen la justificación externa de la decisión judicial, mientras que el establecimiento de las premisas y la aplicación de las reglas de inferencia con base en el esquema silogístico para obtener una conclusión componen la justificación interna de esa decisión.

Por su parte, y dentro de la justificación externa, la distinción conceptual entre motivación en derecho (premisa mayor) y motivación en hechos (premisa menor) es para Comanducci aquella relativa a la justificación de enunciados cognoscitivos, por un lado, y de enunciados prescriptivos, por el otro. Así, la argumentación en derecho consiste en aducir razones en favor un conjunto de prescripciones que son aplicadas a los hechos de un caso y que son fruto de una actividad compleja que incluye individualización de disposiciones, elecciones interpretativas, soluciones de problemas lógicos, etcétera. Por su parte, la argumentación en hechos consiste en aducir razones en favor de la conclusión de que una descripción (o conjunto de descripciones), que da cuenta del presunto desenvolvimiento de los hechos objeto de juicio, es verdadera, probable o verosímil.<sup>17</sup>

### B. Modelo teórico de justificación racional de la premisa mayor

La motivación en derecho, actividad de justificación externa de la premisa mayor, puede ser entendida como una actividad interpretativa. Esta actividad interpretativa, independientemente de cómo se la considere, para Comanducci tiene que ver con el significado de documentos normativos.<sup>18</sup> Dependiendo de la posición adoptada con respecto de la interpretación, se trataría del descubrimiento (un acto cognoscitivo) o de la atribución (un acto decisional discrecional) de significado a un documento.<sup>19</sup>

Desde una aproximación descriptiva, Comanducci se inclina por esta segunda posición, aunque señalando que “elección” no debe considerarse como sinónimo de “elección arbitraria”. Por el contrario, señala, se trata en realidad de una elección vinculada, sometida a diferentes controles (semánticos e institucionales) acerca de su admisibilidad. La justificación de esta

---

<sup>16</sup> Las actividades se dividen en cuatro categorías: 1) determinación de la premisa mayor; 2) determinación de la premisa menor; 3) establecimiento de las premisas mayor y menor en formas de enunciados, y 4) Aplicación de las reglas de inferencia a los efectos de obtener una conclusión con base en las premisas mayor y menor. *Cfr.* nota 10 del presente.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 92 y 93.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>19</sup> Para un mapa de teorías de la interpretación, *cf.* Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Lima, Ediciones Legales, 2018, pp. 497-528.



elección se presentaría en forma de un argumento retórico, no universalmente aceptable: existiría en todo caso un “salto” de la disposición (texto) a la norma (significado atribuido).<sup>20</sup>

Desde una perspectiva teórica, sin embargo, Comanducci sostiene que puede analizarse la justificación de esta elección con base en un modelo de justificación racional. La racionalidad de la justificación generalmente parte de los valores de la certeza y de la justicia aplicada al caso concreto. Para reducir la incerteza, los medios adecuados varían según si se trata de órganos de producción o de aplicación del derecho. Para los primeros, estos medios serían técnicas de producción normativa que tendieran a disminuir problemas como la vaguedad y ambigüedad, a eliminar defectos lógicos como antinomias, lagunas y redundancias, y reducir o eliminar dificultades de individualización. Para los segundos, se trataría de crear un conjunto de reglas-guía para el decisor relativas a la elección entre las alternativas que se le presentan.<sup>21</sup>

Comanducci construye un modelo simplificado de justificación racional de la premisa mayor dividiendo entre la justificación interna y justificación externa de ésta.<sup>22</sup>

Tomando a la premisa mayor como una conclusión, Comanducci entiende que estará internamente justificada cuando se infiera deductivamente de las premisas que se aducen como razones que la sostienen, y siempre será presentada como la conclusión de una cadena de silogismos. Estas premisas estarían representadas por: (1) ciertas disposiciones legales; (2) una o más directivas de interpretación (legislativas, jurisprudenciales o dogmáticas); (3) una metadirectiva de resolución de eventuales conflictos entre directivas interpretativas, y (4) una conclusión (definitiva o intermedia).

Por su parte, la premisa mayor estará externamente justificada cuando las premisas de la inferencia anterior se encuentren todas fundamentadas: esto es, cuando exista una justificación de las fuentes (1), las directivas de interpretación (2), y los criterios de valoración de la elección entre ellas (3). Dado que las elecciones tanto de (1) y (2) son con base en criterios valorativos, la justificación externa trata específicamente de la justificación de esos valores, y también en este caso se necesitarán metacriterios de valoración en el caso de que exista conflicto entre esos criterios.

Si bien Comanducci no parece defender explícitamente ningún criterio específico de fundamento de la premisa mayor, su atento análisis de la “aceptabilidad racional” propuesta por Aarnio permite pensar que podría

<sup>20</sup> Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico...*, cit., pp. 95 y 96.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 97-99.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 100-105.

inclinarse por un criterio como ése.<sup>23</sup> La premisa mayor y sus fundamentos estarían justificadas, siguiendo esta idea, si resultaran aceptadas dentro de un modelo ideal como lo es el del auditorio universal.

Este auditorio universal, para Aarnio, estaría compuesto de personas racionales que: 1) hablan la misma lengua comprendiéndose perfectamente entre sí; 2) tienen en común una concepción de justicia, y 3) tienen en común las mismas metanormas para dirimir conflictos entre ellos. Y si bien no es descriptivamente cierto que todos los miembros de las sociedades occidentales modernas tienen la cualidad de ser racionales, sin embargo, la racionalidad es un ideal regulativo compartido por todos ellos. ‘Racionalidad’ aquí debe entenderse como un concepto complejo, que incluye la racionalidad lógica, la racionalidad discursiva y la racionalidad como coherencia. La conclusión de este desarrollo es que “una tesis interpretativa es aceptable si dicha tesis puede resultar externamente justificada en una forma de vida ideal”, es decir, de *esta* forma de vida ideal.<sup>24</sup>

### C. Modelo garantista de justificación de la premisa menor<sup>25</sup>

Comanducci propone un modelo mayormente teórico<sup>26</sup> de lo que llama “modelo garantista de la motivación fundamentada en los hechos en el proceso penal” (no civil). Para ello, distingue tres sentidos de la expresión “motivación en hechos”, dependiendo del tipo de acción y del órgano de referencia. Así, distingue entre “motivación-actividad” y “motivación-documento”, para luego distinguir ulteriormente entre “motivación-documento del juez” y “motivación-documento del legislador”.

En este sentido, y en relación con la motivación-actividad y motivación-documento, el modelo propone que:

- 1) La motivación-documento del juez refleja (debe reflejar) sustancialmente su motivación-actividad;
- 2) La motivación-documento del juez debe uniformarse fielmente a la motivación-documento del legislador, y
- 3) La motivación-actividad no está regulada, dado que la reglamentación jurídica de la esfera interna del individuo está prohibida.

<sup>23</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 102-105.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 103 y 104.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 107-113.

<sup>26</sup> Dejo aquí de lado tanto el segmento final “prescriptivo” del modelo garantista de justificación de la premisa menor de Comanducci, así como la pregunta de si efectivamente ese modelo garantista reconstruido por él es o no en realidad un modelo prescriptivo.

Asimismo, en lo que refiere al juez, el modelo propone una conexión necesaria entre decisión y motivación: toda decisión debe ser motivada. Así, toda decisión debe estar acompañada de una motivación-documento, la cual debe uniformarse fielmente a la motivación-documento del legislador. Una decisión que o bien no sea acompañada por una motivación-documento, o bien posea una que no esté uniformada a la del legislador, es una decisión no justificada.<sup>27</sup>

En lo específicamente referido a la motivación en hechos, ésta se configura como la justificación externa de tipo hipotético-deductivo de la premisa menor, la cual está constituida por un enunciado factual verdadero. Configurarla como un enunciado puramente factual presupone que la disposición de la cual se extrae la norma aplicable (premis mayor) no sea vaga ni ambigua; y que esta norma aplicable al caso adscriba una consecuencia jurídica a una acción externa de un individuo. Sin embargo, señala Comanducci, en los sistemas jurídicos concretos estos dos presupuestos casi nunca se cumplen; así, la premisa menor “casi siempre consiste en la valoración normativa de una acción y, por tanto, puede catalogarse con más corrección dentro del lenguaje con función prescriptiva”.<sup>28</sup>

Volviendo al modelo teórico garantista, como hemos mencionado, la premisa menor está constituida por un enunciado factual “verdadero”: esto es, “más probable que cualquier otra hipótesis alternativa que explique los hechos del caso”. Comanducci rechaza entender “verdadero” en el sentido de “correspondiente con la realidad”, pues entiende que la verdad por correspondencia no serviría para aseverar positivamente hipótesis como debe hacer el juez, sino falsearlas. Aquello que se afirma cuando se dice que el enunciado factual de la premisa menor es “verdadero” es que es “lo más probable en el estado de conocimiento actual”.

¿Qué procedimiento argumentativo justifica ese enunciado factual verdadero? Para Comanducci, se trata de un procedimiento de tipo hipotético-deductivo, donde el enunciado queda justificado en cuanto puede ser configurado como una hipótesis explicativa de los hechos relevantes del caso y de ésta, mediante una inferencia válida, se pueden deducir los hechos probados del proceso.

Un punto importante del modelo teórico garantista (en el proceso penal) es que éste tiene carácter acusatorio: la conclusión factual que el juez

---

<sup>27</sup> Como hemos visto arriba, otra causal de no justificación es que la decisión no sea la conclusión de un silogismo decisional con determinadas características (esto es, que no esté justificada internamente).

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 109.

utiliza en su sentencia no es algo que ha construido o descubierto, según Comanducci, sino algo que ha “encontrado”. La hipótesis que ha de demostrarse verdadera o falsa, en general, es la de la acusación; pero, en todo caso, son las partes (acusación y defensa) aquellas que proponen hipótesis y que deben justificar sus conclusiones, o sea, explicar por qué sus hipótesis tienen un grado de probabilidad más alto que las hipótesis de la otra parte. En este sentido, señala Comanducci, la motivación en los hechos del juez sería análoga a la exposición de un científico que controla con experimentos las hipótesis científicas de sus colegas.

Esto es particularmente interesante dado que, quizás a diferencia del científico que realiza experimentos de control, el juez no tiene apreciación directa de los hechos que justifican las hipótesis de las partes. En este sentido, sólo puede considerarlos más o menos probables dependiendo de las pruebas ofrecidas, las cuales también tienen diferentes grados de probabilidad y de relevancia. Si hay dos explicaciones que concuerden con todos los hechos probados, y si ninguna hipótesis es falseada mediante el método anterior, entonces la elección justificada para Comanducci será escoger la hipótesis más coherente (y, a paridad de coherencia, aquella de la defensa).

### III. RAZONAMIENTO JURÍDICO: EL MODELO INFERENCIALISTA<sup>29</sup>

#### 1. *Razonamiento jurídico en general*

Canale entiende que el razonamiento jurídico tiene al menos dos características distintivas: 1) se trata de un razonamiento con una función práctica

---

<sup>29</sup> Al proponer el “modelo inferencialista” en el presente trabajo, realizaré una reconstrucción del modelo sobre la base de solo algunos trabajos (conjuntos y/o individuales) de estos autores. Canale y Tuzet llevan proponiendo desde hace más de una década (tanto en conjunto como individualmente) la aplicación del inferencialismo al fenómeno jurídico, incluyendo la elaboración de un modelo inferencialista de razonamiento jurídico y analizando diversos elementos del fenómeno a la luz de estas ideas (por ejemplo, análisis de argumentos jurídicos como el argumento *a contrario* y el argumento *a simili*; de la ponderación en argumentación jurídica; de la *ratio legis*; de la vaguedad en el derecho; de las reglas de la inferencia en contextos como el razonamiento probatorio; de la consideración de consecuencias económicas como valores jurídicos, etcétera). Por una cuestión de espacio, aquí no consideraré la mayoría de los trabajos (muchos de ellos, conjuntos) que desarrollan el inferencialismo y lo aplican al análisis de estos temas particulares. Asimismo, por cuestiones de simplicidad, daré por descontado que aquello que uno de los autores sostiene en trabajos individuales es también suscrito por (y/o resultado de la elaboración conjunta con) el otro —aunque no sea explícitamente nombrado—.

o normativa, cuya conclusión es un enunciado prescriptivo que se usa para dirigir la conducta de sus destinatarios (una norma), y 2) los sujetos que recurren a este razonamiento son aquellos que ejercen poderes públicos, en contextos institucionales, y buscan justificar sus decisiones. En este sentido, para Canale una teoría del razonamiento jurídico “elabora modelos de aceptabilidad racional de las decisiones en un contexto institucional determinado, los cuales consienten definir un método para controlar la actividad decisional de quienes ejercen un poder público”.<sup>30</sup> Ahora bien, estos modelos no buscan (solo) describir cómo estos sujetos de hecho razonan, sino que explican las condiciones en las cuales resultaría justificada la conclusión de un razonamiento en un determinado contexto.

Así, esta teoría tiene como objetivo explicar las condiciones en las cuales, en el contexto de un proceso judicial, enunciados prescriptivos (que expresan el significado de disposiciones jurídicas) y enunciados asertivos (que describen las circunstancias de hecho de la controversia) pueden ser considerados, respectivamente, como correctos (válidos, justos) o verdaderos (atendibles, verosímiles). Para ello, resulta necesario estudiar qué razones (o su articulación) pueden considerarse suficientes para “satisfacer las condiciones enunciativas apenas mencionadas y, por lo tanto, para motivar la solución de la controversia de una manera adecuada, satisfactoria, convincente”.<sup>31</sup>

En este sentido, la teoría del razonamiento jurídico no elabora un método para individualizar una única solución correcta para el caso, sino que ofrece instrumentos para constatar si la justificación de una decisión es correcta o no a través de la construcción de modelos teóricos. En consecuencia, una teoría tal logra alcanzar el objetivo de ser una herramienta crítica —dentro de determinados límites— del ejercicio de los poderes públicos e institucionales.<sup>32</sup>

Este control que estos modelos de razonamiento jurídico permiten ejercer es doble: un control interno, y un control externo. Ambos están relacionados con exponer las premisas de la decisión, y el razonamiento exhibido para justificarla, ante sus destinatarios y ante la sociedad, para que puedan ser controlados y juzgados.

El control interno de la justificación tiene que ver con la relación entre las premisas escogidas y la conclusión. Para ello, se debe: 1) ha-

---

<sup>30</sup> Canale, Damiano, *En busca de lo implícito*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 19.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 57.

cer explícito lo implícito en las palabras de la motivación (explicitando las premisas y evidenciando presupuestos no declarados), y 2) identificar las reglas de inferencia utilizadas (para comprenderlas y ver, además, si son aceptadas en ese contexto determinado). Por su parte, el control externo permite: 1) arrojar luz sobre las premisas implícitas que constituyen la motivación; 2) arrojar luz sobre las elecciones que el juez realiza para escoger las premisas tanto explícitas como implícitas (independientemente de lo que el juez explícitamente manifieste), y 3) ver si la conclusión a la que se ha llegado se sigue necesariamente de las premisas establecidas o si es sólo una conclusión posible o probable (carente de soporte racional de cualquier modo concebido).<sup>33</sup>

## 2. Modelo inferencialista de razonamiento jurídico (judicial)

Habiendo establecido lo anterior, podemos ahora entrar de lleno en el modelo inferencialista de razonamiento jurídico (en el contexto judicial) tal como lo presenta Canale.

### A. Características del modelo

Para Canale, este modelo “no se propone describir del modo más adecuado posible aquello que los juristas concretamente hacen (...) ni tampoco pretende prescribir lo que ellos deben. Este ‘modelo’ explica simplemente cómo puede suceder que un enunciado sea signifiante en el concepto del razonamiento jurídico, y por qué el valor semántico reconocido a dicho enunciado es ese y no otro”.<sup>34</sup>

Así las cosas, y en especial cuando se trata de analizar la interpretación, no se trata de un modelo descriptivo ni prescriptivo: como explican Canale y Tuzet, “es un modelo de tipo descriptivo cuyo propósito consiste en dar una explicación de la forma en la que la práctica interpretativa determina el contenido semántico de los enunciados jurídicos. Por lo tanto, si es el caso, es una descripción de las condiciones de significación, no de las decisiones reales”.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 56 y 57.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>35</sup> Canale, Damiano y Tuzet, Giovanni, “Scorekeeping Judicial”, trad. de Pedro Caballero Elbersci, en Canale, Damiano, *En busca de lo implícito*, cit., p. 119.

Se trata de un modelo, además, independiente de cualquier hipótesis mentalista o psicologista respecto de la naturaleza de la comunicación, y explica el contenido de un enunciado exclusivamente sobre la base del comportamiento lingüístico que desarrollan quienes usan dicho enunciado en un intercambio de razones.<sup>36</sup> Este comportamiento lingüístico se articula en lo que se denominaría, tal como ha propuesto Brandom, la práctica del *scorekeeping*. Ésta es una práctica de dar y recibir razones, compuesta por la asunción de compromisos y el otorgamiento o negación de autorizaciones para realizar determinadas inferencias, en la cual se ven envueltos diferentes participantes con diferentes roles: al menos dos de ellos en una posición antagónica (las partes del proceso judicial) y una autoridad judicial (el decisor imparcial).

De esta manera, el modelo capturaría la dimensión institucional de la comunicación lingüística en un contexto específico como el contexto judicial.<sup>37</sup> Podría decirse que el contexto se encuentra caracterizado por lo siguiente: 1) una estructura tripartita y antagónica; 2) el contenido de sus disposiciones es articulado por cada una de las partes de modo inferencial, en virtud de su función institucional, para conseguir sus propios objetivos; 3) la actuación de cada parte es estratégica, y las razones proveídas son en favor de sus posiciones (relacionadas con sus objetivos); 4) el rol de la autoridad judicial es reconstrucción de los hechos, la identificación de las disposiciones relevantes y su contenido lingüístico, etcétera, y el establecimiento de si el caso entra o no en el ámbito de aplicación de la norma.

## B. *Dos partes: razonamiento interpretativo y razonamiento probatorio*

### a. *Razonamiento interpretativo*<sup>38</sup>

Este proceso se corresponde con la justificación externa de la premisa normativa del silogismo judicial, aduciendo razones o argumentos en apoyo de la validez, adecuación y/o corrección de la norma aplicada por un juez a los hechos del caso. Esta norma que el juez identifica para regular el caso en análisis es resultado de una serie de elecciones discrecionales, entre ellas:

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 129 y 130; Canale, Damiano y Tuzet, Giovanni, "On Legal Inferentialism. Towards a Pragmatics of Semantic Content in Legal Adjudication?", *Ratio Juris. An International of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Reino Unido, 20, 2007, p. 39.

<sup>37</sup> Canale, Damiano, *En busca...*, cit., p. 135.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 45-49.

1) fuentes del derecho vigente; 2) disposiciones normativas aplicables *prima facie* al caso; 3) la interpretación de la/s disposición/es elegidas, y 4) solución de eventuales defectos lógicos y/o identificación de excepciones.

Estas elecciones se justifican con base en directivas interpretativas, que guían el razonamiento interpretativo y que son utilizadas por el decisor para justificar la elección de la norma aplicable al caso para que los destinatarios de la decisión consideren a esa elección como válida. Las directivas suelen presentarse bajo la forma de argumentos interpretativos, usados para persuadir a los destinatarios de la corrección del razonamiento realizado; por tanto, las elecciones argumentativas tienen un carácter retórico y dependen del tipo de auditorio al cual el juez se dirige.<sup>39</sup>

Este auditorio, y este contexto jurídico, en general tienen como característica tratar al razonamiento interpretativo como un razonamiento de tipo deductivo (independientemente de que en efecto se pueda o no aplicar la lógica a las normas), y que sería así capaz de justificar de modo concluyente la norma elegida por el juez para resolver el caso.

#### *b.* Razonamiento probatorio<sup>40</sup>

Este proceso se corresponde con la justificación externa de la premisa menor del silogismo judicial, aduciendo razones o argumentos en apoyo de la verdad, plausibilidad y/o credibilidad de un enunciado factico: el enunciado que describe las circunstancias de hecho sobre las cuales versa la controversia judicial. Este razonamiento probatorio se articula en dos fases: 1) el razonamiento que justifica la reconstrucción del hecho objeto de la controversia, y 2) el razonamiento que justifica la calificación jurídica de esa reconstrucción. El primer caso es probatorio en sentido estricto y el segundo caso, subsuntivo.

El razonamiento probatorio en sentido estricto tiene como objeto la reconstrucción de un suceso incierto y, para lograrlo, se utilizan indicios interconectados entre sí con el objeto de ofrecer una narración plausible de lo ocurrido en pasado, presente y futuro. No se parte de una premisa general para llegar a la formulación de una conclusión normativa, sino de una serie de proposiciones sobre hechos particulares (las pruebas) para luego llegar a una proposición referida a otro hecho particular asumido como hipótesis

---

<sup>39</sup> Desde esta perspectiva, “las directivas interpretativas no expresan reglas idiosincráticas, que reflejan los deseos o estados emotivos de un singular individuo, sino que se presumen ampliamente compartidas dentro de una comunidad jurídica” (*ibidem*, p. 46).

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 50-53.



(el enunciado fáctico de la premisa menor). Se ve así que no se trata de un razonamiento de tipo deductivo, o símil deductivo, sino de tipo abductivo: la conclusión obtenida sólo podría tener un grado de probabilidad, mas no de certeza.

Por este motivo, para que una hipótesis explicativa o probatoria esté justificada, ésta debe ser el producto de haber sopesado todos los elementos probatorios disponibles y haber mostrado no solo que es una reconstrucción coherente (no falseada), sino que además representa la explicación más plausible del evento a la luz del conocimiento disponible. Que existan limitaciones tanto empíricas como normativas a la adquisición y uso de pruebas, y que eso contribuya al hecho de que el conocimiento de la “verdad de los hechos” sea impreciso, no significa que el objetivo del razonamiento probatorio no sea la constatación de esta “verdad”.<sup>41</sup>

Por su parte, el razonamiento subsuntivo tiene como objeto justificar la subsunción del hecho en la norma (obtenida/justificada a través del razonamiento interpretativo), conectando así la justificación en derecho con la justificación en hechos de la sentencia. Su estructura típica, además, es de tipo deductivo.

A pesar de que analíticamente se puedan separar las elecciones de la premisa mayor y la premisa menor, en la praxis jurídica ambos procedimientos están estrechamente conectados. La razón es que existe una interrelación entre el caso y la norma elegida, dado que “la investigación de las características relevantes del hecho está condicionada por la norma elegida para disciplinarlo; la elección de la norma depende, a la inversa, de las circunstancias del caso”. Por este motivo, esta subsunción no es mecánica, sino que está atravesada por elecciones discrecionales. Esta interrelación está recogida en la primera fase del razonamiento jurídico, que veremos a continuación.

### *C. Dos fases: contexto de decisión y contexto de motivación*

Para el modelo inferencialista, el razonamiento jurídico (considerándolo en su totalidad)<sup>42</sup> posee dos fases: una primera fase de “contexto de decisión”, donde el razonamiento sería de abajo hacia arriba («*bottom-*

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 54. Qué debe entenderse por “verdad” en este contexto es objeto de amplio debate, en el cual no puedo entrar aquí.

<sup>42</sup> Cabe señalar aquí que la expresión “razonamiento jurídico” parece referir, para el modelo inferencialista, al proceso judicial completo (todos sus momentos, todas sus partes, todas las interacciones).

*up*») y terminaría en la determinación de la calificación jurídica del caso; y una segunda fase de “contexto de motivación”, donde el razonamiento sería de arriba para abajo («*top-down*») y refiere a la justificación de aquella determinación. En cada una de estas fases, a pesar de tener diferentes tipos de razonamientos, la determinación y la justificación del significado operan en modo estrictamente conjunto.<sup>43</sup>

a. Primera fase del razonamiento: contexto  
de decisión – razonamiento *bottom-up*

Esta primera fase, que podría llamarse “contexto de decisión”, abarca la identificación de la norma que se aplicará al caso concreto. Incluye así: i) la determinación del significado de las disposiciones jurídicas especificadas en el proceso (uno o varios enunciados prescriptivos), y ii) la calificación jurídica de los hechos objeto de la controversia (uno o varios enunciados asertivos).

En el caso de la representación silogística tradicional del razonamiento, se comienza por una clasificación conceptual en la cual se determinan los componentes semánticos comunes de la premisa normativa y de la premisa fáctica (esto es, se analiza si los componentes conceptuales de la reconstrucción de los hechos son un subconjunto de los componentes conceptuales de una determinada disposición normativa que identificaría el caso). Este procedimiento de clasificación conceptual puede ser entendido, dice Canale, de diferentes maneras según la teoría del significado adoptada.

La elegida por el modelo es una teoría inferencialista del significado, que permite construir una explicación que va de abajo hacia arriba o, en otras palabras, desde las partes (los protagonistas del proceso) hacia el decisor (la autoridad judicial).<sup>44</sup> En este sentido, el punto de partida son las contribuciones asertivas y prescriptivas que los diversos protagonistas del proceso judicial ofrecen en el razonamiento jurídico sobre la base de su *saber (cómo) hacer* individual; el punto de llegada, en esta fase, es el *decidir algo* del juez, que se expresa en la parte dispositiva de la sentencia.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 87. Esto sigue la idea de que un modelo inferencialista del significado entiende que la actividad interpretativa y la actividad argumentativa (y sus productos textuales) pueden ser consideradas como dos aspectos estrictamente correlacionados de una misma práctica lingüística de carácter social; dos caras de la misma moneda. La interpretación como determinación del significado tiene que ver con la dimensión implícita del uso del lenguaje y la justificación, con la traducción explícita de los criterios que guían el juego interpretativo y que así pueden ser sometidos a examen (*ibidem*, p. 86).

<sup>44</sup> Canale analiza, y rechaza, teorías del significado *a priori* y *a posteriori*. Cfr. *ibidem*, pp. 89 y 90.

¿Qué implica este *saber cómo hacer* de las partes? Se trata de capacidades materiales (no lógicas) para responder de manera oportuna a las circunstancias de aplicación de los conceptos jurídicos utilizados, y distinguir las consecuencias apropiadas de dicha aplicación. En el intercambio de aserciones y prescripciones entre participantes de un proceso judicial, donde existe confrontación pragmática, este *saber cómo hacer* se traduce en inferencias explícitas y puede ser sometido a valoración intersubjetiva.

Esta valoración se realiza en la atribución recíproca, a lo largo del intercambio y de modo concatenado, de “estados normativos”: compromisos y/o autorizaciones (permisos) en relación con lo afirmado o prescrito en cada acto de habla.<sup>45</sup> Esto es: atribución de deberes de aceptar las premisas y conclusiones con las que se ha asumido un compromiso, y de permisos para utilizar las premisas y derivar las conclusiones para las que se tiene autorización.<sup>46</sup> Los participantes llevarían así un registro de los compromisos y autorizaciones de los demás participantes (*scorekeeping*), y cómo éstos se van modificando a lo largo del tiempo y del desarrollo del intercambio de razones.<sup>47</sup>

¿Qué implica el *decidir algo* de la autoridad jurídica? Implica la conclusión provisoria de este juego de dar y pedir razones de esta fase del razonamiento jurídico, a lo largo del cual ejerció el rol de *scorekeeper*. Esta participación tiene enorme relevancia desde un punto de vista semántico, dado que la autoridad jurídica: 1) reconoce o no si los compromisos asumidos por los participantes han sido satisfechos o no; 2) valora las autorizaciones reconocidas entre los participantes como justificadas o injustificadas, y 3) realiza implícitamente su propia clasificación conceptual de los hechos y de los términos singulares, predisponiendo la solución final de la controversia.

El *decidir algo* de la autoridad jurídica estaría así intrínsecamente vinculado con su rol de *scorekeeper*. Es sobre la base de las inferencias materiales explicitadas a lo largo del debate, así como de sus competencias implícitas, que la autoridad judicial decide la calificación conceptual más adecuada —a su criterio— para los hechos del caso (decidiendo así sobre la norma a

---

<sup>45</sup> Además de “atribuir”, existen otras dos actitudes normativas relativas a compromisos y autorizaciones: asumir (adoptar implícitamente) y reconocer (adoptar explícitamente). *Cfr. ibidem*, p. 140.

<sup>46</sup> Las relaciones inferenciales a la base de estos estados normativos (compromisos enunciativos, autorizaciones enunciativas, y relaciones de incompatibilidad entre enunciaciones) no son necesariamente inferencias lógicas; tal como la atribución de estados normativos, su corrección depende exclusivamente de aquello que consideren correcto los participantes en el marco del contexto. En este sentido, se trata de “inferencias materiales”.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 141.

aplicar y la conclusión que se sigue). De esta forma, la decisión de la autoridad jurídica no es resultado de un acto meramente discrecional (expresión de actitudes proposicionales en las cuales se articulan los procesos psicológicos del intérprete). Por el contrario, “en la sentencia encuentran expresión las redes de nexos inferenciales articulados y seleccionados a lo largo del debate por una pluralidad de sujetos diversos, los cuales son el resultado de su *saber cómo hacer implícito*”.<sup>48</sup>

b. Segunda fase del razonamiento: contexto de motivación – razonamiento *top-down*<sup>49</sup>

Luego de la decisión de la autoridad jurídica, se abre la segunda fase del razonamiento. Ésta se da en un contexto diferente, el “contexto de motivación”, que tiene un orden explicativo diferente: no va desde abajo hacia arriba, como en el contexto de decisión, sino de arriba hacia abajo. Así, comienza por la decisión judicial y luego intenta expresar las razones capaces de justificar el razonamiento no sólo desde la perspectiva de las partes, sino también de la comunidad interpretativa y la sociedad en general.<sup>50</sup> Si en el “contexto de decisión” se requería que aquello implícito fuera reconocido intersubjetivamente como explícito, en el “contexto de motivación” se requiere que lo explícito (la decisión) sea reconocido intersubjetivamente como implícito. Veamos esto.

En la motivación de su decisión, y de forma similar a cuanto hecho por las partes anteriormente, la autoridad judicial hace explícitas las inferencias materiales que harían que la decisión tenga sentido y somete la decisión a valoración intersubjetiva. También como las partes, asume compromisos con respecto de las aserciones y prescripciones expresadas, a justificar mediante razones, y contemporáneamente requiere autorizaciones con respecto a lo enunciado, que eventualmente le serán atribuidas (o no) mediante el comportamiento lingüístico de los demás participantes. Sólo si le son atribuidas, entonces logrará justificar su decisión.<sup>51</sup>

A diferencia del contexto de decisión, el *scorekeeping* en el contexto de motivación no es llevado adelante por el juez sino por las partes del proceso. Estas pretensiones de verdad (con respecto a los hechos) y de corrección (con respecto a las normas) podrán ser tratadas, o no, como plenamente

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>49</sup> *Ibidem*, pp. 92 y ss.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pp. 93-95.

justificadas por ellos. Si no las tratan como justificadas, el acto de apelación dará comienzo a una posterior valoración discursiva de estos compromisos y autorizaciones, así como del significado provisoriamente atribuido a disposiciones jurídicas y a resultados probatorios. Si las tratan como justificadas, entonces las razones explicitadas por el decisor son reconocidas como implícitas por las partes, determinando la corrección de la interpretación-resultado y de la verdad procesal. En este sentido, la decisión de la autoridad judicial es reconocida como si estuviera implícita en la práctica (de las partes, de la comunidad) de aplicación de los conceptos utilizados.

#### IV. DOS MODELOS DE RAZONAMIENTO JURÍDICO: COMPARACIÓN E (IN)COMPATIBILIDADES

##### 1. *Semejanzas y diferencias*

En una primera mirada, las propuestas analizadas comparten semejanzas y diferencias claras. Veámoslas.

##### A. *Semejanzas*

La primera de las semejanzas es que ambas propuestas tratan de construir (en mayor o menor medida) lo que en terminología de Comanducci serían “modelos teóricos”. En ambos casos, la intención es proveer de un modelo que permita volver inteligible o explicable un segmento de la realidad –y del fenómeno jurídico en particular–, aunque sin una vocación estrictamente descriptiva o preocupada por estar en consonancia empírica con ese segmento. También en ambos casos se rechaza la idea de ofrecer un modelo prescriptivo de razonamiento jurídico.<sup>52</sup>

Ambos modelos de razonamiento jurídico apoyan la idea de concebir a la decisión judicial en términos (con sus más y sus menos) silogísticos, compuestas por diferentes tipos de enunciados que a su vez son considerados como conclusiones de diferentes tipos de razonamientos: enunciados prescriptivos, conclusiones de razonamientos interpretativos (la llamada “motivación en derecho”) y enunciados fácticos, conclusiones de razonamientos probatorios (la llamada “motivación en hechos”).

Por otra parte, ambos se preocupan principalmente por el estándar de justificabilidad de la decisión judicial (en particular, en relación con la “mo-

<sup>52</sup> Véase nota 26.

tivación en derecho”). En ambos casos la idea de “aceptabilidad racional” está fuertemente presente; aunque, como veremos más adelante, qué entiende cada uno por “aceptabilidad racional” es diferente. Asimismo, en ambos casos la justificabilidad y la aceptabilidad están relacionadas con un determinado auditorio o contexto.

Finalmente, ambos modelos confluyen en el mismo fin: otorgar herramientas para controlar la aceptabilidad (racional) de la justificación de la decisión de la autoridad judicial. En ambos modelos, esta decisión clausura el proceso y establece el resultado de la controversia basada en la asignación de significado a determinadas disposiciones, la afirmación de la veracidad de una descripción de determinados hechos, y la determinación de calificación jurídica a esos determinados hechos. En ambos modelos, además, esta decisión puede ser en mayor o menor modo entendida como una respuesta particular a un problema específico entre actores sociales.

## B. *Diferencias*

Al momento de la comparación, sin embargo, las diferencias son lo que más abunda entre estos dos modelos de razonamiento jurídico. Presentaré aquí algunos puntos (sin pretensión de exhaustividad) en donde estas diferencias me parecen de importancia.

### a. Concepción del significado y de su determinación

Utilizando la terminología propuesta por Canale y Tuzet, el modelo comanducciano estaría basado en una concepción internalista del significado, mientras que el modelo inferencialista está fuertemente basado en una concepción inferencialista del significado. En pocas palabras: una concepción internalista considera a las expresiones jurídicas como “signos que representan algo más”, y considera que “el significado de una expresión jurídica determina su referencia en virtud de una decisión discrecional del juez, quien fija el contenido conceptual proporcionando eventualmente una justificación en términos de argumentos interpretativos”.<sup>53</sup> En cambio, una concepción inferencialista concibe a las expresiones jurídicas como “herramientas utilizadas en una práctica”, y considera que es la “interacción pragmática entre los hablantes aquella que gobierna la determinación del significado”.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> Canale, Damiano y Tuzet, Giovanni, “Scorekeeping...”, *cit.*, pp. 109 y 110.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 111. Véase el punto III.2.C del presente.

Esta divergencia en concepciones del significado, quizás podría aventurarse, es lo que en mayor medida explica la más grande diferencia entre ambos modelos: el modo de comprender qué es el razonamiento jurídico, y a cuáles son los sujetos que se encuentran involucrados en éste.

Así, el modelo inferencialista toma en cuenta la interacción pragmática entre los hablantes que gobierna el proceso de determinación semántica, y necesariamente debe concebir el razonamiento jurídico como proceso (donde la decisión es tanto la determinación del significado como la asignación de consecuencias jurídicas). Además, debe centrar su atención en lo que sucede en un proceso específico como unidad básica (para luego, en todo caso, irlo extendiendo). Se trata de un enfoque que, al menos *prima facie*, parte y termina en el proceso concreto.

Por el contrario, el modelo comanducciano no toma en cuenta esa interacción pues el punto de partida (y único analizado) es la determinación autoritativa que realiza la autoridad judicial acerca del significado y consecuencias jurídicas. La determinación acerca de la corrección o no de la decisión de la autoridad judicial parece ser mayoritariamente independiente de lo sucedido en el proceso concreto, dado que los criterios de corrección serían externos a éste: están dados por los “usos vigentes de la comunidad” (en el caso de la motivación en derecho) y por criterios de probabilidad (en el caso de la motivación en hechos). Se trata de un enfoque que, al menos *prima facie*, no considera el proceso concreto sino criterios externos e independientes a éste.

#### *b.* Modos de comprender el razonamiento jurídico y los sujetos involucrados

El modelo comanducciano se centra en el razonamiento de un único sujeto, la autoridad judicial, en un único momento; el resto de los participantes del proceso (y sus acciones y sus razonamientos) no revisten real relevancia, ni tampoco reviste relevancia la dimensión temporal del proceso del cual la decisión judicial final constituye la clausura. Por su parte, el modelo inferencialista parece entender por razonamiento jurídico al proceso concreto completo, o práctica concreta globalmente considerada, de intercambio de razones en un contexto judicial; esto es, considera múltiples participantes, a través de una dimensión temporal que comienza con la acción de uno y termina (generalmente) con la acción de otro.

Viéndolo así, podría decirse que el modelo comanducciano concibe al razonamiento jurídico principalmente como algo que realiza una parte con

relativa autonomía en relación con las otras o, al menos, como algo que no necesariamente guarda relación con lo hecho por las otras. Esto puede apreciarse en al menos dos cuestiones: su posición con respecto a la interpretación (como resultado de un acto discrecional, aunque pueda resultar equivocado, de una parte —la autoridad judicial— y su posición con respecto a la justificabilidad de esa decisión (que parece estar en consonancia con la idea de “aceptabilidad racional de Aarnio” —donde se toma un auditorio abstracto y racional para evaluarla—. Si bien Comanducci es claro cuando señala que una teoría o modelo completo debería también dar cuenta de todas las partes del proceso y no sólo la de la autoridad judicial, sin embargo, parece presuponer que se daría cuenta de cada una de ellas de modo estanco: individualmente considerada, con la posibilidad de que la evaluación y control especialmente externo de su decisión (sus hipótesis, sus enunciaciones) resulte de algo que nada tenga que ver con lo transcurrido en ese proceso específico y en ese intercambio particular de razones.

Por su parte, el modelo inferencialista concibe al razonamiento jurídico principalmente como un resultado de la interacción continuada de las partes en el marco de un proceso, donde cada una de ellas se encontraría indisolublemente asociada con la otra. Esta interacción introduce además la necesidad de considerar la dimensión temporal pues, incluso si se tratara de una única interacción, ésta se daría al menos en tres tiempos:  $t_1$  el inicio del proceso por una parte,  $t_2$  la posible respuesta de la otra parte, y  $t_3$  la respuesta del juez.<sup>55</sup>

Así, en pocas palabras: el modelo de Comanducci considera al razonamiento jurídico en un sentido estático, individual y probablemente unilateral (aquel de un único participante, específicamente la autoridad jurídica), mientras que el modelo inferencialista considera al razonamiento jurídico en sentido dinámico, colectivo y multilateral (un proceso, múltiples participantes considerados, entre ellos la autoridad jurídica).

---

<sup>55</sup> Podría incluso sostenerse que, necesariamente, se requieren más interacciones (o, al menos, una tercera interacción de la parte demandante en forma de ausencia de interacción). Ello así dado que, en el sistema propuesto de atribución de compromisos y autorizaciones, la parte demandada claramente responderá con diferentes rechazos o aceptaciones; sin embargo, parecería necesario que la parte demandante dijera al menos algo respecto de lo dicho por la parte demandada (o, cuanto menos, que tuviera la oportunidad de hacerlo, pero nada dijera —autorizando tácitamente cuanto afirmado o prescrito por la parte demandada—). Ahora bien, existe un caso en el cual parecería que con tres momentos de interacción podría funcionar: cuando en  $t_1$  la parte demandante interpone la demanda, en  $t_2$  la parte demandada no contesta (autorizando tácitamente cuanto afirmado o prescrito por la parte demandante), y en  $t_3$  la autoridad judicial sentencia. Lógicamente, la pregunta de cuándo se deberían considerar suficientes las interacciones como para dar sustento a una decisión judicial justificada queda aquí abierta (y el modelo inferencialista no la responde).



c. La concepción de la justificación o aceptabilidad  
“racional”/1 (externa)

Como hemos visto, a pesar de estas primeras diferencias, ambos modelos confluyen en el mismo fin: otorgar herramientas para controlar la aceptabilidad (racional) de la justificación de la decisión de la autoridad judicial.

Ahora bien, las herramientas otorgadas por el modelo comanducciano parecen estar concentradas en el análisis de lo que hace una única parte (el decisor), independientemente de qué haya sucedido antes y de qué vaya a suceder después. Por su parte, el modelo inferencialista concentra el análisis en lo que hacen todas las partes, incluido el decisor, prestando atención a todo lo que ocurre desde el momento en el que inicia el proceso y hasta lo que ocurre después. Esto se ve con mayor claridad, en mi opinión, en el modo en el que ambos modelos tratan la cuestión de la “motivación en derecho”.

La diferencia central entre ambos, a mi entender, es la siguiente: mientras el modelo comanducciano parece terminar aceptando la idea de “aceptabilidad racional” *à la* Aarnio, que es en abstracto y (en gran medida<sup>56</sup>) acontextual, el modelo inferencialista propone la idea del “registro de puntos” de Bandom, que es en concreto y contextual. En el primer caso, la aceptabilidad no depende de ningún modo del proceso que la decisión judicial clausura: depende de un “auditorio racional” ideal, que nada tiene que ver con las partes reales que han participado en el proceso y sus acciones (u omisiones). Una decisión sería aceptable, así, si resultara aceptable (de algún modo) para ese auditorio. En el segundo caso, por el contrario, la aceptabilidad depende *necesariamente* del proceso que la decisión judicial clausura: depende del auditorio concreto de las partes reales y de sus acciones (u omisiones).

Por supuesto, siempre puede ser el caso de que una de las características de aceptabilidad de ese auditorio racional del modelo comanducciano fuera que la decisión estuviera en consonancia con lo sucedido en el proceso. Esto permitiría, sin duda, encontrar una convergencia entre ambos modelos sobre este punto. Sin embargo, la diferencia se mantiene sobre el siguiente punto: mientras que para el modelo comanducciano la aceptabilidad po-

---

<sup>56</sup> Podría decirse que es contextual en relación con el tipo de sociedad ideal o de forma de vida compartida por ese auditorio, tal como construido, así como es propuesto por Aarnio y recogido por Comanducci. En este sentido, parece cierto que no se trataría de un “auditorio universal” incondicionado y atemporal. Aquí usaré “contextual” y “accontextual” para hacer referencia al contexto judicial en el cual se lleva adelante el razonamiento judicial, independientemente de cómo se considere a este último.

dría depender del proceso que la decisión judicial clausura, lo cual sería una dependencia *contingente*, en el modelo inferencialista esta dependencia sería en todo caso *necesaria*.

d. La concepción de la justificación o aceptabilidad  
“racional”/2 (interna)

Un punto subsecuente, conectado con el anterior, es la diferente consideración de los modelos acerca del rol de la lógica como (parte de) justificación de las decisiones judiciales, y como parte del control interno que puede realizarse en relación con éstas.

En este sentido, y a estos efectos, el modelo comanducciano parecería proponer un único (o predominante) conjunto de inferencias válidas: aquellas *lógicamente* válidas. Así, las relaciones entre los enunciados que figuran en la justificación interna de la decisión judicial solo podrían ser –para considerar (racionalmente) justificada a ésta– relaciones de tipo lógico-deductivas, o de lógica formal en sentido amplio. En este sentido, se tratarían de relaciones cuya validez o corrección no dependería de ninguna consideración relacionada ni con el hablante/participantes, ni con los contextos en los cuales aparecen.

Sin embargo, y sin bien reconoce la importancia de las inferencias de tipo lógico deductivas, el modelo inferencialista propone considerar que otro tipo de inferencias son aquellas de mayor relevancia para el análisis de la justificación: las inferencias *materialmente* válidas. Las inferencias materiales se diferencian de aquellas lógicas puesto que su validez no depende de reglas lógicas, sino de la competencia lingüística de los hablantes: esto es, de su comprensión o dominio de los conceptos involucrados en los enunciados.<sup>57</sup> En este sentido, tanto la existencia como la corrección de una inferencia material está determinada por los hablantes y el contexto: dependen del *saber cómo hacer* de los participantes de un contexto lingüístico determinado, y de cuáles sean las inferencias que *los participantes* tratan como correctas.

e. La concepción de la autoridad y la decisión judicial

Otra diferencia interesante entre ambos modelos está en la consideración que cada uno de ellos hace de la “autoridad” en el marco del proceso. En este sentido, para el modelo comanducciano, existe una única parte que

<sup>57</sup> Cfr. *ibidem*, p. 111 (especialmente notas 15 y 16); Canale, Damiano, *En busca..., cit.*, pp. 73-75 y ss.

puede ser considerada como siendo/teniendo autoridad de algún tipo: el juez. En este sentido, podría decirse que la única autoridad considerada por este modelo es aquella otorgada directamente por normas de competencia del sistema jurídico: la posee una única parte, y tiene relación con el poder de decidir con carácter definitivo (y vinculante para el resto de las partes) la controversia en análisis.

En el modelo inferencialista, por el contrario, a mi entender se considera que todas las partes tienen algún tipo de autoridad. El primero de ellos es el mismo que el considerado por el modelo comanducciano en el caso del juez, y derivado de normas de competencia del sistema jurídico. El segundo de ellos es en el caso de las otras partes, especialmente la parte demandante y la parte demandada, cuando se trata de las “autorizaciones”.<sup>58</sup> Las autorizaciones son reconocidas expresa o tácitamente de modo intersubjetivo por las partes, y podrían ser entendidas como el reconocimiento de la capacidad de (el otorgamiento de competencia para) emitir S1 con la consecuencia ulterior –según el modelo del *scorekeeping*– de que S1 no podría ser (justificadamente) negado por el decisor de la controversia.<sup>59</sup>

## 2. ¿(In)compatibilidades?

Aquello analizado en el punto anterior muestra que, incluso si a primera vista estos dos modelos de razonamiento jurídico parecerían ser excluyentes entre sí, tienen al menos algunos puntos de contacto de relevancia. Sin embargo, a mi entender, existen numerosas ventajas para considerarlos como complementarios en vez de excluyentes. En este sentido, cada uno de estos modelos logran cubrir algunos puntos ciegos, algunas faltas y algunos olvidos del otro.

Entre las ventajas que ofrecería el modelo comanducciano al modelo inferencialista, pueden señalarse las siguientes:

- a) Logra poner énfasis en el análisis de las (posibles) estructuras de los actores del proceso en momentos determinados, considerados de

---

<sup>58</sup> Podría sin duda discutirse si la capacidad de las partes de hacer esto no deriva, en última instancia, también de una norma de competencia del sistema jurídico. En este sentido, existen normas relacionadas con la actuación en los procesos judiciales que pueden ser entendidas como normas de competencia, *i. e.* normas sobre la base de las cuales un sujeto reviste el rol de parte en un proceso. Estas normas podrían entenderse como incluyendo la competencia para otorgar o negar autorizaciones en el sentido que el modelo inferencialista propone. Dejaré la exploración de esta posibilidad para una investigación futura.

<sup>59</sup> Esto genera, sin embargo, algunas dudas que plantearé en el próximo punto.

modo individual y (mayormente) aislado, dando así herramientas para que el decisor pueda: 1) seguir con mayor claridad cuáles son los compromisos y las autorizaciones asumidas y/o reconocidas por cada una de las partes, a sí misma y/o a las otras; 2) realizar un mejor y más preciso conteo del puntaje (*score*), y 3) (potencialmente) realizar una evaluación del puntaje que ha registrado al momento de decidir, en el sentido de qué autorizaciones o no conceder. Esto último, especialmente, podría contribuir a resolver dos cuestiones no resueltas por el modelo inferencialista: por un lado, el problema de la “calidad de la puntuación”;<sup>60</sup> por el otro, situaciones reales donde se requiere (factual o normativamente) un comportamiento activo —y no meramente pasivo— por parte del decisor;

- b) Así, y en relación con esto último, da espacio y otorga herramientas para dar cuenta de los casos que el modelo inferencialista (en cuanto, *prima facie*, comprometido con el *scorekeeping* que podríamos llamar “simple”<sup>61</sup>) no podría dar completa cuenta: por ejemplo, casos de procesos en los cuales existe la competencia del decisor de “actuar de oficio” (esto es, sin intervención de las partes); casos en donde las partes “no saben” (por ejemplo, donde las partes habrían elegido disposiciones normativas que no son aquellas que regulan el caso o las han interpretado en modo inadecuado, o donde habrían asumido compromisos y concedido autorizaciones sobre los hechos claramente discordantes con la realidad); casos en donde una de las partes es tan dominante con respecto a la otra que sería difícil considerar que las dos partes son participantes competentes de la práctica; casos en los cuales la respuesta a la controversia del proceso judicial no esté planteada en términos de “conceder A/no conceder A al demandante”, etcétera;<sup>62</sup>
- c) Contribuye a separar y diferenciar con mayor claridad, tanto conceptual como práctica, a las condiciones de aceptabilidad de justi-

<sup>60</sup> Cfr. Canale, Damiano y Tuzet, Giovanni, “*Scorekeeping...*”, *cit.*, pp. 121 y 122.

<sup>61</sup> Llamo aquí “*scorekeeping* simple” a la posición de considerar que una decisión judicial justificada es únicamente aquella que se corresponde exactamente al “registro de puntos”, puntos cuyo valor es no controvertido, claro en su cantidad y oportunidad, etcétera. Por oposición, un “*scorekeeping* complejo” tendría en consideración que los puntos podrían tener valor controvertido, podrían no ser claros en su cantidad y oportunidad, etcétera.

<sup>62</sup> Por cuestiones de espacio, además de por su importancia para el análisis crítico de la propuesta del *scorekeeping*, reenvío el desarrollo de este punto para otra sede. Cfr., por ejemplo, Rabanos, Julieta, “Contesto istituzionale, *scorekeeping* e ragionamento giuridico”, *Notizie di Politeia*, 147 (en prensa), 2022.

ficación de enunciados prescriptivos y fácticos que, bajo el modelo propuesto de *scorekeeping* (“*scorekeeping* simple”), parecen colapsar en la única condición de una concesión de autorización no derrotada en el intercambio de razones de las partes; esto resulta indispensable a los efectos de desarrollos posteriores del modelo inferencialista bajo la asunción de un “*scorekeeping* complejo” y de lograr e);

- d) Logra, a través del foco central otorgado a la autoridad judicial, mantener la atención en la importancia del decisor en el marco del proceso judicial y la relevancia que posee, en comparación con las otras partes, su competencia para la determinación (autoritativa); esto, en todo caso, dejando aún espacio para establecer criterios de limitación a la justificación de esa determinación, algo perfectamente compatible con un “*scorekeeping* complejo”, y
- e) Logra, además, ofrecer una alternativa al *scorekeeping* que resolvería el desafío de la “determinación de los hechos”.<sup>63</sup>

Por su parte, entre las ventajas que ofrece el modelo inferencialista al modelo comanducciano, pueden señalarse las siguientes:

- a) Logra establecer un criterio claro de la aceptabilidad racional de las justificaciones tanto interna como externa –relacionado con el proceso pragmático de dar y pedir razones– con dos posibles ventajas explicativas: por un lado, no recurrir a ficciones o auditorios abstractos e ideales; por el otro, incorporar criterios de lógica no formal o clásica como parte de los criterios de corrección de la justificación interna. La primera ventaja logra un criterio de corrección que, una vez afinado y depurado, podría incluso llegar a verificarse de modo empírico.<sup>64</sup> La segunda ventaja amplía el campo explicativo del modelo propuesto para el análisis de casos y prácticas reales, limitando sin embargo esa ampliación a hechos sometidos a verificación;<sup>65</sup>

<sup>63</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 120 y 121.

<sup>64</sup> Además, podría potencialmente permitir a Comanducci sortear “el problema metaético del razonamiento práctico”, del que se ocupa extensamente (Comanducci, Paolo, *Razonamiento...*, *cit.*, primera parte). En este sentido, podría argumentarse que modelo inferencialista “sortea” las discusiones de metaética pues ofrece un criterio que prescinde de la discusión (un criterio que no requiere comprometerse con una posición particular y, siendo compatible con una posición no-cognoscitivista como Comanducci, no necesita comprometerse con ella y por tanto no es blanco de sus críticos). No exploraré aquí esta línea argumental, y sus posibles problemas.

<sup>65</sup> Por supuesto, siempre queda abierto el debate acerca de hasta qué punto el hecho de que todos los participantes consideren correcto X hace que X sea correcto, lo cual parece

- b) Logra dar cuenta del proceso completo en el marco de un juicio, considerando tanto su dimensión temporal como las interconexiones (e influencias en estas interconexiones) entre lo sostenido y actuado por los diferentes actores que intervienen en éste; esto, por supuesto, sin renunciar a poseer una estructura de análisis de cada una de las posiciones o razonamientos de los diferentes actores en cada uno de esos momentos;<sup>66</sup>
- c) Logra dar una mejor cuenta del rol que cumplen las partes del proceso, tanto en su interacción mutua como en la influencia que poseen en la construcción del marcador cuyo reconocimiento constituiría el criterio central de justificación de la decisión del juez;<sup>67</sup>
- d) Relacionado con lo anterior, a través de las nociones de “compromiso” y “autorización” (de la práctica de interacción desarrollada arriba), logra proponer un criterio más preciso y concreto —además de relativo a un contexto judicial particular— para reconstruir los límites de la competencia del decisor de un determinado proceso, de modo incluso compatible (en el caso de la “motivación en derecho”) con una teoría escéptica moderada de la interpretación. En este sentido, por una parte, estas nociones pueden ser usadas para aceptar la propuesta del *scorekeeping* como criterio para determinar la existencia de una única decisión correcta por parte del decisor (aquella que resultaría de la cuenta perfecta de los puntos). Por otra parte, sin embargo, puede rechazarse lo anterior<sup>68</sup> y aun así usar estas nociones para delimitar un marco de decisiones correctas entre las cuales el decisor podría (justificadamente) escoger. A mi juicio, esto último

---

implicar o bien la imposibilidad de error universal, o bien que el decisor no podría apartarse de aquello considerado por los otros participantes, incluso si tiene herramientas para demostrar que se trata de un error. No exploraré aquí este problema.

<sup>66</sup> Aunque, y esto es probablemente una deficiencia de ambos modelos, queda abierta la cuestión de si la estructura de los razonamientos de cada uno de los participantes (independientemente de sus roles en el marco del proceso) es igual o no. Comanducci no lo trata (de hecho, lo señala expresamente como un punto a desarrollar —*cf.* *ibidem*, p. 90—) y Canale-Tuzet, con el modelo del *scorekeeping*, parecen asumir una respuesta positiva, aunque sin argumentar a su favor. A mi entender, es un punto que merece ser explorado y que es diferente del problema de la “calidad de la puntuación” (*cf.* Canale, Damiano y Tuzet, Giovanni, “*Scorekeeping...*”, *cit.*, pp. 121 y 122); sin embargo, no lo exploraré aquí.

<sup>67</sup> Dejo aquí abierta la evaluación acerca de si, en efecto, esto se logra o no.

<sup>68</sup> Por ejemplo, por considerar determinante el problema de la “calidad de la puntuación” (*cf.* *ibidem*, p. 121) o, banalmente, por considerar que el decisor tendría un margen de apreciación para determinar cuántos puntos asignar a cada autorización, o para revisar críticamente las autorizaciones, o para incluso restar o agregar puntos no concedidos o restados por los participantes por error, ignorancia, o cualquier otro problema de éstos.

sería no sólo compatible con una postura escéptica en interpretación, sino que incluso podría ofrecer un modo más claro y circunscrito de reconstruir el “marco” de “métodos interpretativos vigentes” (cuya reconstrucción en los hechos, si intentada para evaluar si una decisión consiste en interpretación o creación de derecho, puede resultar una tarea muy difícil);

- e) Así, logra dar una mejor cuenta de la decisión judicial en el contexto en el cual se realiza; esto es, de la decisión judicial como una decisión tomada acerca de un problema o desacuerdo dentro de un determinado contexto donde existe interacción social entre diversas partes. De esta manera, tanto el contenido como el propio criterio corrección de la decisión judicial pueden entenderse como el resultado de la interacción particular y concreta, y no como una “decisión autoritaria *simpliciter*”.<sup>69</sup>

## V. ALGUNAS PALABRAS CONCLUSIVAS

En los puntos anteriores he intentado ofrecer una reconstrucción articulada de dos modelos de razonamiento jurídico (comanducciano e inferencialista) representados por los trabajos de Paolo Comanducci y Damiano Canale-Giovanni Tuzet. Además, he intentado mostrar cómo, individualmente considerados, resultan de enorme interés, y cómo, conjuntamente considerados, articulan una visión del razonamiento jurídico en el ámbito judicial con mayor poder explicativo.

Este mayor poder explicativo se aprecia principalmente en: i) la consideración del razonamiento jurídico en su faz estática y dinámica; ii) la consideración de los roles de todos los participantes del proceso judicial, tanto de modo individual como interrelacionado; iii) la consideración más clara del rol de la autoridad judicial, así como el ámbito de su competencia y los límites a ésta, y iv) una delimitación más completa del/los criterios de justificación de las decisiones judiciales, potencialmente compatible con diferentes concepciones acerca del significado y de la interpretación.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht, D. Reidel Publishing Company, 1987.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 118.

- BRANDOM, Robert B., *Making it Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge, Massachusetts y Londres, Harvard University Press, 1994.
- BRANDOM, Robert B., *Articulating Reasons: An introduction to Inferencialism*, Cambridge, Massachusetts y Londres, Harvard University Press, 2000.
- CANALE, Damiano, *En busca de lo implícito*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.
- CANALE, Damiano y TUZET, Giovanni, “Interpretative Scorekeeping”, *Analisi e diritto 2005*, Turín, Giappichelli, 2006.
- CANALE, Damiano y TUZET, Giovanni, “On Legal Inferentialism. Towards a Pragmatics of Semantic Content in Legal Adjudication?”, *Ratio Juris. An International of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Reino Unido, 20, 2007.
- CANALE, Damiano y TUZET, Giovanni, “Scorekeeping judicial”, trad. de Pedro Caballero Elbersci, en CANALE, Damiano, *En busca de lo implícito*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.
- COMANDUCCI, Paolo, “Di un approccio multiprospettico in teoria del diritto”, *Analisi e diritto 1991*, Turín, Giappichelli, 1992.
- COMANDUCCI, Paolo, “Ragionamento giuridico”, en BESSONE, M.; SILVESTRI, E. y TARUFFO, M. (dirs.), *I metodi della giustizia civile*, Padua, Cedam, 2000.
- COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, México, Fontamara, 1999.
- COMANDUCCI, Paolo y GUASTINI, Riccardo (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Turín, Giappichelli, 1989, vol. II.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Lima, Ediciones Legales, 2018.
- RABANOS, Julieta, “Contesto istituzionale, scorekeeping e ragionamento giuridico”, *Notizie di Politeia*, 147 (en prensa), 2022.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, “Il modello teorico dell’applicazione della legge”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XLIV, serie III, 1, 1967.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision-Making”, *Rechtstheorie*, Berlín, 1, 1974.



LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES  
COLEGIADOS, LA FALTA DE MAYORÍAS  
ARGUMENTATIVAS Y LA JURISPRUDENCIA  
DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA:  
¿UN FALSO PROBLEMA EN MATERIAL PENAL?\*

Eugenio C. SARRABAYROUSE

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Un poco de historia. Dos tradiciones jurídicas distintas.* III. *La competencia de la Corte Suprema y su jurisprudencia sobre las sentencias de los tribunales colegiados.* IV. *La forma de resolver de los tribunales penales.* V. *Propuestas.* VI. *Conclusión.* VII. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

En su vasta obra, Paolo Comanducci ha estudiado con profundidad múltiples y variados problemas de la teoría y la filosofía jurídicas. Aquí voy a enlazar algunos temas que han merecido su atención: *la interpretación* constitucional, *la aplicación del derecho* y un objeto particular de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (en adelante, Corte Suprema): cómo deben votar los tribunales colegiados, integrados por jueces y juezas profesionales.<sup>1</sup> Como decía Julio Maier, si bien estas líneas están dedicadas al estudio de un problema teórico, no deben leerse como la pretensión de un trabajo de teoría jurídica o de filosofía del derecho; “...lejos de ello, ellas representan el esfuerzo de un práctico...” por tratar de responder ciertas preguntas que le ayuden a construir su mundo jurídico de una manera

---

\* Este modesto trabajo es una forma de agradecer al profesor Paolo Comanducci su sabiduría, inteligencia, humildad y su inmensa generosidad, testimoniada en aquellos viajes a Tierra del Fuego, adonde aceptó ir para dictar algunas conferencias hace ya muchos años, invitado por un desconocido. Allí dejó un recuerdo imborrable, muchas amigas y amigos a quienes anima el deseo de que pronto vuelva a visitar esos fríos y lejanos parajes.

<sup>1</sup> Para esta tarea es clave la obra de nuestro homenajeado, *Constitución y teoría del derecho*, México, Fontamara, 2007.

más racional.<sup>2</sup> Agrego, en mi caso particular, cierto atrevimiento por tratar cuestiones harto complejas, justificado exclusivamente por el afecto a nuestro homenajeado y el deseo de participar, modestamente, en este tributo.

La teoría jurídica contemporánea ha centrado su atención, tradicionalmente, en la interpretación individual de la ley, esto es, la realizada por una persona. Del mismo modo, los estudios sobre la valoración racional de la prueba hacen foco en una tarea entendida como propia de un individuo. Así, hay pocos trabajos jurídicos que han tomado en cuenta los múltiples problemas que surgen cuando ambas ponderaciones son realizadas por un grupo de jueces y juezas. Entre esas dificultades pueden mencionarse la manera de adoptar una decisión que represente las diferentes visiones de quienes integran ese conjunto; cómo gestionar el desacuerdo entre ellos, y qué hacer cuando las diferencias resultan irreconciliables.<sup>3</sup>

En el caso de la Argentina, se suma un inconveniente adicional. A través de una jurisprudencia aparecida ya hace bastantes años, la Corte Suprema “ha exigido que los tribunales colegiados exhiban en sus decisiones mayorías argumentativas”, o, en sus propias palabras, una “comunidad de argumentos” entre las opiniones de las diferentes juezas y jueces profesionales. Sin embargo, desde hace tiempo también es posible constatar la paradoja que la misma Corte no respeta lo que ella misma exige para otros tribunales colegiados. “Haz lo que yo digo, pero no lo que yo hago”, según la feliz frase de Ivana Piccardo en su tesis doctoral, dirigida justamente por Paolo Comanducci.<sup>4</sup>

El objetivo de este trabajo es cuestionar esta jurisprudencia, por diversas razones. Por un lado, porque puede conducir a verdaderos atolladeros, sin salida posible, en particular cuando quienes integran un tribunal colegiado penal no alcanzan un acuerdo, luego de la realización de un juicio oral; y de este modo, reivindicar el *método de las cuestiones vencidas*, como forma de resolver esas diferencias en el proceso penal; e incluso, en las abso-

<sup>2</sup> Maier, Julio, *Función normativa de la nulidad*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. XII.

<sup>3</sup> Ernst, Wolfgang, “Abstimmen über Rechtserkenntnis. Gedanken zur Entscheidungsfindung in Richter Kollegien”, *Juristen Zeitung*, núm. 67, Jahrgang, Tübingen, Mohr Siebeck, 6 de julio de 2012, pp. 637 y 638; del mismo autor, *Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten. “Group choice” in europäischen Justiztraditionen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, pp. 1-7; *idem*, “The Fine – Mechanics of Judicial Majoritarianism”, en Häcker, Birke y Ernst, Wolfgang (comps.), *Collective Judging in Comparative Perspective. Counting Votes and Weighing Opinions*, Cambridge, Intersentia, 2020, pp. 3-17; sobre las virtudes de la deliberación y cómo gestionar los desacuerdos, Amaya, Amalia, “Virtudes, deliberación colectiva y razonamiento probatorio en el derecho”, en Ferrer Beltrán, Jordi y Vázquez, Carmen (eds.), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 141-153.

<sup>4</sup> Piccardo, Ivana, *Cómo “fallan” los jueces. Mayorías argumentativas versus mayorías resolutivas*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2020, p. 208.

luciones sea posible aceptar que, al menos en algunos supuestos, diferentes argumentos aunque no sean coincidentes pueden conducir a una solución válida del caso.

Con ese objetivo, este trabajo analizará las diferentes tradiciones jurídicas convergentes en el tema (II); luego, repasará cómo resuelve la Corte Suprema argentina los diferentes casos propuestos para su decisión y la evolución de su jurisprudencia sobre la manera en que deben decidir los tribunales colegiados (III). Posteriormente, examinará cómo resuelven los tribunales argentinos según las diferentes leyes procesales penales, con particular atención en el método jurídico elegido: deliberación, votación por cuestiones y decisión por mayoría de votos (IV). A continuación, expondremos nuestra posición sobre los aspectos prometidos: qué soluciones legislativas son posibles imaginar cuando no hay acuerdo en un tribunal colegiado penal y por qué resulta posible sostener que no siempre en las decisiones favorables a la persona imputada resulta exigible esa comunión argumentativa (V). Finalmente, formularemos una breve conclusión (VI).

Antes de ingresar al análisis propuesto, conviene hacer una aclaración metodológica. El trabajo se referirá, exclusivamente, a las decisiones tomadas por jueces y juezas profesionales, porque a ellas se ha referido la jurisprudencia de la Corte Suprema. De este modo, quedará de lado todo aquello relacionado al juicio por jurados y las mayorías exigidas en esta clase de procedimiento, pese a que este es el modelo de enjuiciamiento penal regulado en la Constitución argentina.<sup>5</sup>

## II. UN POCO DE HISTORIA. DOS TRADICIONES JURÍDICAS DISTINTAS

Desde una perspectiva comparada, y de un modo simplificado, encontramos dos modos diferentes para alcanzar las mayorías necesarias para decidir un asunto. Decimos de un modo simplificado, porque remarcar ciertas características de uno y otro modelo, no implica *necesariamente* que ellas no estén presentes en el otro o que lo estén de un modo distinto o que, con el transcurso del tiempo, “copien” entre sí alguna particularidad. Por ejemplo, el sis-

---

<sup>5</sup> Como otra de las tantas paradojas del sistema jurídico argentino, la Constitución vigente desde 1853-1860 (y sus reformas, con la excepción de la Constitución de 1949, que rigió hasta 1956) estableció el juicio por jurados en tres reglas: como una garantía (artículo 24), como una de las competencias del Poder Legislativo Federal para organizarlo (artículo 75, inciso 12) y como el modo de finalizar las causas criminales (artículo 118). Sin embargo, el Congreso nunca dictó la ley respectiva; y desde hace algún tiempo, muchas provincias argentinas han comenzado a establecerlo (Córdoba, Buenos Aires, Neuquén, entre otras).

tema jurídico anglosajón, por definición, carece de una deliberación formal, lo cual no conlleva que quienes integran la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica no emprendan diálogos bilaterales o multilaterales para consensuar una sentencia. La diferencia radica en que no es una obligación legal. Además, resulta interesante analizar (aunque tampoco será objeto de este trabajo) cómo se han organizado tribunales internacionales que expresan esas dos culturas jurídicas distintas (por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos).<sup>6</sup>

a) *Sistema anglosajón*: el caso en cuestión es decidido por la mayoría de opiniones. El resultado final (la sentencia) se determina por la decisión final de cada juez.

La sentencia puede estar compuesta por múltiples razonamientos, cada uno de los cuales es desarrollado de forma independiente por cualquier juez o jueza que considere necesario expresar su visión individual sobre el punto. En este sistema, la competencia para decidir (o la jurisdicción) se encuentra en cada uno de los jueces y juezas individuales que integran el banco (*bench*).

Si no llegan a la misma conclusión, sus fallos coexisten. La mayoría se busca entre los fallos entregados y así se establece el resultado.

No hay una diferencia con la actividad decisoria de un juez individual. La decisión es conjunta, pero el conocimiento jurídico (esto es, la interpretación de los hechos y de la ley) es individual.

Así, el punto de partida de este modelo es la coexistencia de varias sentencias. Cada juez o jueza porta el poder de decisión; cada uno tiene jurisdicción para decidir el caso. El efecto de su resolución depende de cómo los otros resuelven. Son llamados uno tras otro (*seriatim opinion*) siguiendo el orden de antigüedad, mediante una explicación oral y de forma inmediata a la realización de la audiencia en la que se ha discutido el caso. Pueden adherir a las opiniones previas (*single speech*).

De esta manera, la sentencia consiste en la mayoría de todos los conocimientos jurídicos individuales emitidos acerca de la cuestión debatida.

La *seriatim opinion* se considera el perfeccionamiento de la independencia judicial. La colegiación es percibida como una amenaza para el juez o la jueza individual, en tanto implica alcanzar acuerdos.

Quienes critican el otro modelo, el de la colegiación, señalan que con él se pierde la diversidad de las expresiones francas y variadas; en cambio, se establecen ponderaciones con una orientación fuertemente abstracta (que además no tienen la misma coherencia intelectual).

---

<sup>6</sup> Ernst, Wolfgang, *Abstimmen...*, cit., p. 638.

Ejemplos de este tipo de organización son, como ya se dijo, la Corte Suprema de Estados Unidos y, desde el punto de vista histórico, la *House of Lords* inglesa.<sup>7</sup>

b) *Tradición europeo continental*: a partir del siglo XIX con la concepción del tribunal como una “persona moral”, elaboró una jurisdicción colegiada auténtica. De esta manera, la aplicación judicial del derecho intenta ser una tarea supraindividual, por lo cual, la decisión se adopta mediante dos mecanismos: la *deliberación* y la *votación*.

Como recién vimos, en el sistema anglosajón el juez o la jueza ejerce una jurisdicción originaria; mientras que en este modelo, solo lo hace mediante su pertenencia al colegio.

La transformación del colegio en un órgano implica socializar o hacer colectiva la tarea judicial. Abarca tanto la prueba de los hechos como la calificación jurídica. La sentencia es concebida como el resultado del conocimiento jurídico de un cuerpo de decisión (determinado y formado mediante la organización de los tribunales), dotado de una competencia propia. Ese cuerpo constituye el “juez legal” o el “juez natural”.

Esta forma de organización genera diversos inconvenientes, muchos de los cuales quedan sin respuesta. Así, ¿es posible que las convicciones jurídicas personales puedan transmitirse sin más a una decisión común coherente y que simultáneamente refleje aquéllas? Para mitigar esta dificultad, se creó la figura del juez o la jueza ponente (por ejemplo, el Tribunal Supremo Español). Con ella, el colegio ingresa en la deliberación con el fin de adoptar una decisión común mediante un informe o propuesta de sentencia, lo cual facilita enormemente la tarea. Además, en algunos sistemas (como el alemán), no es posible conocer las diferentes opiniones de quienes integran el tribunal, salvo que la ley expresamente lo autorice (así, el *sonder votum* —voto especial— del Tribunal Constitucional Federal). La sentencia, vale la pena reiterar, es tomada por todo el colegio, sin discriminar de qué modo lo hizo cada juez o jueza individual.

Otro problema subyacente es establecer lo que se espera de un colegio (en contraste con la decisión individual de un juez o jueza): ¿pura distribución de riesgos condicionada numéricamente? (es menos probable que cometan el mismo error varios jueces o juezas —*safety in numbers*—) ¿o es el intercambio de opiniones?

---

<sup>7</sup> Ernst, Wolfgang, *Abstimmen...*, *cit.*, pp. 639 y 640; sobre el funcionamiento, por ejemplo, de la Corte Suprema del Reino Unido (United Kingdom Supreme Court —UKSC—) heredera de la House of Lords; ver Reed, Robert, “Collective judging in the UK Supreme Court”, en Häcker, Birke y Ernst, Wolfgang (comps.), *Collective Judging...*, *cit.*, pp. 21-35.

Los diferentes problemas que esta socialización provoca han sido tratados desde distintas perspectivas: la teoría de la decisión grupal (*group choice*), la dinámica psicológica grupal, la teoría de la virtud. Desde la perspectiva del jurista, importa el *procedimiento* para lograr el resultado final.<sup>8</sup>

### III. LA COMPETENCIA DE LA CORTE SUPREMA Y SU JURISPRUDENCIA SOBRE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS

En el diseño constitucional argentino, las sentencias de la Corte Suprema carecen de efecto *erga omnes*. La única excepción fue la Constitución de 1949 que su artículo 95 había establecido: "...La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales...". Sin embargo, en 1956, al caer el primer gobierno peronista que la había establecido, esa Constitución fue abrogada y retornó el modelo original de 1853-1860 todavía vigente.

La Corte Suprema argentina ha consolidado, durante más de 40 años, una línea de su jurisprudencia, según la cual, cuando se trata de sentencias de tribunales colegiados, no basta una coincidencia de sus integrantes en la decisión sobre la cuestión a resolver, sino que ese acuerdo debe extenderse a los motivos que fundan la sentencia. De este modo, si los diferentes votos que integran la resolución no coinciden, la Corte ha invalidado esa clase de sentencias.

Para entender esta jurisprudencia, primero aparecida tímidamente y luego fijada como un verdadero precedente, conviene repasar muy brevemente la competencia de la Corte Suprema.

En principio, y según la Constitución y las leyes que la organizaron, la cuestión de la mayoría coincidente de votos en los tribunales colegiados es una materia ajena a su ámbito de decisión. Por razones de espacio, solo diremos que la Corte cuenta con tres jurisdicciones: apelada, originaria y extraordinaria. De manera pretoriana, esta última fue ampliada por la misma Corte, principalmente a partir de 1955 por dos vías: el recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia y la doctrina de la gravedad institucional.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Ernst, Wolfgang, *Abstimmen...*, *cit.*, pp. 638 y 639.

<sup>9</sup> Una explicación precisa y clara sobre el funcionamiento de la Corte argentina en Carrió, Genaro, "Don Quijote en el Palacio de Justicia (la Corte y sus problemas)", *La Ley*, Buenos Aires, t. 1989-E, pp. 1131 y ss.; también el análisis de Garay, Alberto F., *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013, pp. 33-64. Sobre el concep-

Esto le permitió ingresar al tratamiento de cuestiones que por definición no eran estrictamente de su competencia (principalmente, las denominadas de derecho común, es decir, la aplicación de los códigos civil, penal, etcétera).

En consecuencia, durante largo tiempo, la Corte consideró el tema de las mayorías argumentativas como ajeno a su competencia o, al menos, entendió posible la coexistencia de razonamientos diferentes, en tanto fueran suficientes para sustentar la sentencia recurrida. De este modo, en el caso “Elba del Rosario Rodríguez Sánchez de Caracciolo” (Fallos CSN, 253: 181, del 29 de junio de 1962), estableció que las sentencias judiciales “...deben declarar el derecho que rige el caso, derivando razonadamente su solución concreta de los preceptos y principios que integran el ordenamiento jurídico vigente...”. Sin embargo, esta regla no impedía la posibilidad de la existencia de más de una norma general

...conducente para el fallo de la causa, ni es óbice para la viabilidad de razonamientos corroborantes sucesivos de una única solución individual del caso. Tal posibilidad no es extraña a la jurisprudencia de esta Corte, con arreglo a la cual la corrección o irrevisibilidad de una cualquiera de las fundamentaciones legales concordantes admitidas, es bastante para sustentar el pronunciamiento recurrido...

Sin embargo, pocos años después en el caso “Alonso” (Fallos CSN, 261: 263, del 5 de abril de 1965) se produjo el primer atisbo del cambio de rumbo. Tras reiterar la condición de validez de las sentencias judiciales recién señalada, consideró que la existencia en una sentencia de una contradicción “...tal que la haga ininteligible...”, significaba ausencia de fundamentación e imponía su anulación. Y si bien ese criterio había sido aplicado a una resolución de un tribunal unipersonal, extendió ese criterio cuando la mentada contradicción se presentaba “...en uno solo de los tres votos de los jueces que integran el tribunal apelado...”. En ese caso, el primer voto había propuesto absolver por falta de prueba sobre el hecho imputado; el segundo condenó por estimar suficientes “...las incorporadas a la causa...”; por su parte, el tercer voto (y decisivo), había afirmado “...no se han incorporado al proceso elementos de juicio que se estiman necesarios para la solución del caso...”. Sin embargo, adhirió al voto anterior condenatorio, “...lo que necesaria y lógicamente supone la existencia de elementos de juicio bastantes para la solución del caso...”. En consecuencia, “...lo así configurado...”

---

to de arbitrariedad, Carrió, Genaro y Carrió, Alejandro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 3a. ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

excedía la mera discrepancia en la fundamentación de votos coincidentes “...en cuanto a la solución a acordar a la causa...”, por lo cual dejó sin efecto la sentencia apelada y mandó a dictar una nueva de acuerdo con lo establecido por la Corte.

Pese a estos precedentes, en decisiones posteriores afirmó una línea contraria: “...Las cuestiones vinculadas con las formalidades de la sentencia y el modo de emitir el voto en los tribunales colegiados son de naturaleza procesal, ajenas a la apelación del artículo 14 de la ley 48...” (caso “Juan Santo Feliciani, Fallos CSN 273:289, del 21 abril de 1969); lo mismo reiteró en “Moreno, Alejandro del Valle s/ homicidio calificado” (Fallos CSN 281:306, del 13 de diciembre de 1971).

Sin embargo, en el caso “Ottoboni” (Fallos CSN, 302:320, del 22 de abril de 1980), en el cual se discutía la aplicación de la teoría de la imprevisión en un contrato de escrituración, la Corte sostuvo que en la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones no había existido “...la mayoría de motivaciones necesaria para desestimar...” aquel reclamo. De esta manera, hizo excepción “...al principio según el cual el modo de emitir el voto en los tribunales colegiados y lo atinente a las formalidades de la sentencia...” eran materia ajena a su competencia, pues no había existido una mayoría real de los integrantes del tribunal para resolver aquella cuestión. Así, dejó sin efecto la sentencia apelada. En la misma línea, puede citarse los precedentes “Francisco Marcelo Araujo” (Fallos CSN: 305: 2218), “Industrias Metalúrgicas Pescarmona” (Fallos 308:139, del 20 de febrero de 1986),<sup>10</sup> “Oscar José Cachau” (Fallos CSN: 308:2188, del 18 de noviembre de 1986), los cuales, con el transcurso del tiempo, se transformaron en una jurisprudencia constante.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Según Bunge Campos, en esta sentencia se sentaron los criterios que en el futuro sería el estándar en la materia: “Toda sentencia constituye una unidad lógica jurídica, cuya parte dispositiva es la conclusión necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en sus fundamentos. No es, pues, solo el imperio del tribunal ejercido concretamente en la parte dispositiva lo que da validez y fija los alcances del pronunciamiento: estos dos aspectos dependen también de las motivaciones que sirven de base a la decisión...”; ver Bunge Campos, Luis María, “La motivación en las decisiones de tribunales colegiados”, en Pitlevnik, Leonardo y Muñoz, Damián (eds.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2021, t. 29, pp. 234 y 235.

<sup>11</sup> Entre muchos otros, pueden verse los casos “Laconi”, Fallos CSN: 312:1059, del 24 de junio de 1989; “Mario Abel Amaya”, Fallos CSN: 316:609; “Abbondio”, Fallos CSN: 331:241; “Cámara Argentina de Bases de Datos”, Fallos CSN 332:1663; “A. L. c/ G.C.B.A s/ amparo”, Fallos CSN: 334:490, del 24 de mayo de 2011; “Della Savia” del 30 de agosto de 2011; “García”, Fallos CSN: 335:1163, del 10 de septiembre 2012; “Eraso” del 18 de diciembre de 2012; “Falabella” del 11 de diciembre de 2014; “Diego”, Fallos CSN: 338:474, del 16 de junio de 2015; “Bustamante de Martini”, Fallos CSN 338:1335, del 24 de no-



De este modo, en la actualidad, el *estándar* establecido por la Corte Suprema puede resumirse en los siguientes argumentos, resultado, en nuestra opinión, de una interpretación de un modelo axiológico de la Constitución concebida como norma, según la clasificación propuesta por Paolo Comanducci.<sup>12</sup> Según el tribunal, la forma republicana de gobierno, adoptada en el artículo 1o. de la Constitución argentina, exige que todo acto estatal deba tener una explicación racional y obliga a los jueces y juezas del Poder Judicial a dar a conocer las razones de sus decisiones. De acuerdo con la Corte, la exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de éstos con respecto de los jurados populares. Así, la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces, como representantes del pueblo —no electivos— en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones. En los sistemas judiciales de magistratura profesional, la adecuada prestación del servicio de justicia supone que el justiciable pueda conocer de manera acabada, explícita y sencilla las razones por las cuales se decidió el caso que lo involucra, máxime cuando la sentencia contraría su pretensión.

En el caso de los tribunales pluripersonales, este deber general de los jueces y las juezas profesionales importa la necesidad de asegurar una clara y explícita mayoría sustancial de fundamentos en sus decisiones. De lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en el absurdo de suponer que para impugnar, sean las partes del proceso quienes deban escoger cualquiera de los fundamentos de los votos individuales que confluyeron en la decisión; es decir, que sea el propio recurrente quien le atribuya al pronunciamiento un fundamento que aquél, como tal, no tuvo.

De esta forma, la ausencia de coincidencia sustancial de fundamentos por la mayoría absoluta de las opiniones vacía al decisorio de toda fundamentación; y cuenta con una mayoría aparente si en realidad se sustenta en votos que no guardan entre sí la mínima concordancia lógica y argumental requerida a los fallos judiciales o si se basa en fundamentos normativos discordantes que, además, carecen de un análisis razonado y acorde de los problemas conducentes para la correcta dilucidación del pleito.

---

viembre de 2015; “Comita”, Fallos CSN: 339:873, del 28 de junio de 2016; “Automóviles Saavedra”, Fallos CSN: 340:611, del 3 de marzo de 2017.

<sup>12</sup> Comanducci, Paolo, *Constitución...*, cit., 2007, pp. 39-43 y 51-53.

Al mismo tiempo, la sentencia judicial debe ser un todo indivisible, demostrativo de una unidad lógico-jurídica, en la cual la validez y los alcances de la decisión dependen también de las motivaciones que la fundan.<sup>13</sup>

Sin embargo, el problema es que la misma Corte, pese a esta extensa fundamentación del estándar sobre las exigencias de la sentencia colegiada, no ha dicho qué alternativas quedan cuando no se alcanza esa coincidencia sustancial, por lo que es posible pensar que el modelo que propone el máximo tribunal argentino se parece más a una sentencia dictada por un juez unipersonal.<sup>14</sup>

Por otro lado, esta jurisprudencia de la Corte Suprema puede ser particularmente conflictiva en los casos de los tribunales penales argentinos que resuelven tras un juicio oral y público, de modo inmediato y continuo, pues como veremos a continuación, *la votación por cuestiones*, establecida en los códigos procesales, puede conducir, irremediablemente, a dictar sentencias nulas si se aplica el estándar analizado.

#### IV. LA FORMA DE RESOLVER DE LOS TRIBUNALES PENALES

A excepción del último Código Procesal Penal Federal, sancionado por ley 27.482, todos los códigos procesales argentinos<sup>15</sup> establecieron como método para dictar la sentencia de los tribunales luego de un juicio oral y público, la deliberación y la votación de cuestiones a resolver *según la regla de la mayoría*, es decir, *por cuestiones vencidas*. Este método consiste, en esencia, en dividir los diversos aspectos a decidir en la sentencia, en un orden sucesivo y de acuerdo al cual vota cada juez o jueza. Cada una de esas cuestiones se decide por mayoría de votos, *por eso se las llama "vencidas"*.

Uno de los grandes procesalistas argentinos, Jorge Clariá Olmedo explicaba:

<sup>13</sup> Estos argumentos pueden consultarse en el suplemento "Notas de Jurisprudencia" publicado por la misma Corte Suprema, <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/2/documento>, última visita del 15 de marzo de 2022.

<sup>14</sup> Garay, Alberto F., *La doctrina del precedente...*, cit., pp. 178-191; también Morgenstern, Federico, "Mayorías ficticias, derecho deteriorado y derechos afectados: cuando los tribunales pluripersonales son disfuncionales", en Pitlevnik, Leonardo (ed.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, t. 13, 2006, pp. 211-248; Legarre, Sebastián, *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma 2016.

<sup>15</sup> Para quien no conozca la organización federal argentina, cabe aclarar que corresponde a las provincias dictar los códigos procesales; mientras que al Estado federal le corresponde dictar los llamados códigos de fondo.

El problema de la votación de las cuestiones como tarea integrante de la deliberación, es asunto que la ley ha debido resolver con relación a los tribunales colegiados, y en cierta medida no escapa a la preocupación republicana de algunas constituciones provinciales. Comprende dos aspectos: la determinación del orden para la emisión de votos; el método de votación...

La votación debe hacerse separadamente con respecto a cada una de las cuestiones, a medida que vayan siendo discutidas, y quedarán resueltas por mayoría de votos. No puede darse paridad (empate). Si en una cuestión no se consigue unanimidad, el vocal disidente queda vinculado a lo resuelto por la mayoría en cuanto a la discusión y decisión de las cuestiones siguientes. En consecuencia, deberá dar por cierto o exacto lo que la mayoría opinó y decidió, sin tener en cuenta el sentido de sus votos minoritarios anteriores ni los fundamentos que lo determinaron en cada una de las votaciones ya agotadas. Esto justifica la necesidad de un correcto orden de las cuestiones sometidas a deliberación...<sup>16</sup>

En general, los códigos procesales penales argentinos establecen qué cuestiones se votan y en qué orden. También fijan el método del sorteo para establecer la emisión sucesiva de los votos.

A modo de ejemplo, el artículo 398 (Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984) establece como criterio general que el tribunal debe resolver todas las cuestiones objeto del juicio, en el siguiente orden si resulta posible: las incidentales diferidas, las relativas a la existencia del hecho, la participación de la persona imputada, la calificación legal, la sanción, y la reparación o indemnización demandadas.

Cada juez o jueza emite su voto motivado sobre cada cuestión en forma conjunta o en el orden que corresponda por sorteo y "...el tribunal dictará sentencia por mayoría de votos...". En cuanto a la falta de acuerdo, es decir, cuando quienes integran el tribunal no convienen una decisión y no logran alcanzar la mayoría exigida, el último párrafo de la regla estipula solo un supuesto. Cuando "...se emitan más de dos opiniones sobre las sanciones que correspondan, se aplicará el término medio...".

Ricardo C. Núñez al comentar reglas similares a las mencionadas, señalaba:

...El voto de la mayoría sobre una cuestión obliga a la minoría, pues aquélla es la que decide sobre cada punto objeto de las cuestiones. *V. gr.*, si sobre la cuestión relativa a la existencia del hecho imputado, la Mayoría, decidiera en contra de la Minoría, que no hubo agresión de la víctima al victimario, al

<sup>16</sup> Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, t. VI, pp. 332 y 333.

contestar la cuestión relativa a la calificación legal, la Minoría deberá atenerse a esa decisión; o no sería admisible que, en contra de la Mayoría, un Juez se pronunciara por la incompetencia del Tribunal y que, negándose a votar la siguiente cuestión el Tribunal quedara desintegrado...<sup>17</sup>

Como puede apreciarse, esta forma de votación contradice el estándar establecido por la Corte Suprema (punto III) en tanto conduciría, en casos como el ejemplificado por Núñez, a la ausencia de una mayoría argumentativa.

Además, la aceptación del método de votación por cuestiones vencidas no está exenta de otras críticas, en tanto su aplicación puede conducir a situaciones paradójicas. Así, puede ocurrir que, a pesar de que todos los jueces o juezas votan la absolución de la persona acusada, porque consideran ausente algún nivel de la teoría del delito, culminan, a la postre, decidiendo su condena.

La discusión alrededor de este supuesto se remonta a una antigua polémica entre dos gigantes del derecho penal alemán: Ernst Beling y Karl Binding, que aquí por razones de espacio solo podremos describir en sus trazos más gruesos.<sup>18</sup> La controversia giraba en torno a si el colegio de jueces debía votar las cuestiones por *los fundamentos* o *por el resultado*. La expresión *votación total* o *por el resultado*, designaba el método en el cual *todo* el material sometido a votación se reducía a una cuestión global o general; por el contrario, la votación según los fundamentos se presentaba cuando de manera sucesiva se votaba sobre cada elemento individual de la sentencia. De esta forma, cada aspecto separado de la resolución era objeto de votación (por ejemplo, prueba del hecho, calificación legal, legítima defensa, imputabilidad, etcétera).

Beling alertaba que no debía confundirse votación con debate. Obviamente, éste debía estructurarse de acuerdo con cada punto individual controvertido en el juicio oral. Solo resultaba dudoso si tras un completo intercambio de opiniones debía realizarse una votación estructurada y dividida en partes, o concentrada en una sola.

Luego, para mostrar la irracionalidad de la votación dividida en partes, Beling brindaba el ejemplo de cinco jueces que, individualmente, y en cues-

---

<sup>17</sup> Núñez, Ricardo C., *Código procesal penal. Anotado*, 2a. ed., Córdoba, Marcos Lerner, 1986, p. 376.

<sup>18</sup> Para un desarrollo más amplio del tema, véase Sarrabayrouse, Eugenio, "La deliberación de los jueces en el Código Procesal Penal Federal. Problemas generales y particulares", en Rovatti, Pablo y Limardo, Alan (eds.), *Pensar la prueba*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, t. I, pp. 167-197.

ciones diferentes, votaban por la absolución de la persona imputada.<sup>19</sup> Sin embargo, dado que cada uno resultaba vencido, podía llegarse al resultado contradictorio de una condena, pese a que individualmente, aunque por razones distintas, consideraban correcta la absolución.

Si se observa bien, la objeción contra “las cuestiones vencidas”, no se dirige, en realidad, a un déficit de este sistema de votación en particular, sino a uno más general: cuáles son y cómo se plantean las cuestiones que debe resolver el grupo de jueces y juezas que intervino en el juicio oral, de tal modo que no se construyan mayorías aparentes. En definitiva, se trata del problema que, en un fecundo e iluminador trabajo, Farrell denominó las “metacuestiones” que de por sí no conducen a descartar este método de deliberación y votación.<sup>20</sup>

Ahora bien, como anticipamos, el método de cuestiones vencidas puede, de todos modos, conducir a dificultades con la jurisprudencia de la Corte Suprema. Es que resulta perfectamente posible, aun cuando las cuestiones estén correctamente planteadas, que no se alcancen las mayorías argumentativas.<sup>21</sup> Para agravar más la cuestión, la misma Corte Suprema, además de no explicar cómo deberían resolver los integrantes de los tribunales colegiados sus diferencias, cuando ejerce su competencia originaria ella misma vota por cuestiones vencidas. Así lo hizo, por ejemplo, en el caso “Establecimiento Las Marías” (sentencia del 4 de septiembre de 2018). En ese asunto, no pudieron obtenerse tres opiniones concordantes de sus cinco integrantes

---

<sup>19</sup> “...el sordomudo X es acusado de lesiones. De los cinco jueces de cámara, A considera que X no fue el autor; B sostiene que X actuó en legítima defensa; C considera posible que X actuara casi inconsciente por una borrachera; D tras el juicio piensa que X actuó como consecuencia de una fuerza física irresistible mientras que E de acuerdo con el §54, StGB niega la capacidad del sordomudo X para comprender el hecho...”. Si se aplicara el método de votación por una cuestión total y abarcadora únicamente de la responsabilidad penal, dominaría el criterio que resultaba imposible condenar, por lo cual, X debía ser absuelto. Pero si se hubiera votado de acuerdo con el sistema estructurado o por los fundamentos, en cada una de las cuestiones particulares ganaría por 4 a 1 la posición que condena a X. Así, se presentaba la paradoja que para los cinco jueces X debía ser absuelto, pero resultaba condenado; véase Bennecke, Hans y Beling, Ernst, “Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozessrechts”, *Breslau, Schletter'sche Buchhandlung*, 1900, pp. 387 y 388. La traducción me pertenece.

<sup>20</sup> Farrell, Martín Diego, *Entre el derecho y la moral. Preguntas con respuestas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, pp. 32 y 33.

<sup>21</sup> Supongamos el siguiente ejemplo: la jueza A considera el hecho atípico, mientras que B y C consideran lo contrario. La cuestión siguiente es determinar si la persona acusada era inimputable al momento del hecho. B considera que sí, mientras que C, no. A debe desempatar y adhiere a C. Como puede apreciarse, la argumentación del tribunal resulta contradictoria y no se reunió la mayoría argumentativa exigida por la Corte.

y ante la imposibilidad de convocar a otros jueces o juezas para resolver el caso, decidió que se debía “...escindir el conjunto decisorio en las diversas cuestiones que lo componen en las que no se ha logrado la mayoría...”. No había otro modo de proceder legalmente para “...superar la situación de atolladero institucional que se verificaría cuando, como en el caso, participan del acuerdo los cinco miembros que legalmente integran el Tribunal y la mayoría absoluta integrada por los mismos jueces no concordare en la decisión de todas las cuestiones que exigiere la solución del caso...”.

## V. PROPUESTAS

Para pensar los problemas prácticos que supone la jurisprudencia analizada de la Corte Suprema no debe perderse de vista cómo deben resolver los tribunales de juicio penales según las leyes procesales argentinas: de modo *inmediato* y *continuo*, luego de la celebración de diversas audiencias, por regla públicas (método extendido además a la actuación de los órganos revisores). De esta manera, la decisión solo puede ser tomada por quienes participaron de la audiencia (con lo cual, está excluida la posibilidad de convocar a otros jueces o juezas para intentar alcanzar razones comunes para sustentar la decisión). Así, la falta de acuerdo entre los integrantes de un tribunal colegiado competente debe conducir, sin embargo, a alguna solución del caso.

Entonces, si no es posible acordar una decisión con la mayoría argumentativa exigida por la Corte Suprema podría pensarse regulación legislativa similar, por ejemplo, a la del “jurado estancado”. En este supuesto, el tribunal comunica que no ha podido llegar a una decisión y le corresponde a la acusación decidir si continúa con el caso frente a otro colegio.<sup>22</sup> También es posible imaginar, como otra alternativa, exigir la unanimidad para la condena, con lo cual, la ausencia de coincidencias argumentativas conduciría directamente a la absolución.

Por otro lado, deberían concebirse distintas regulaciones con respecto a las cuestiones sobre las cuales recae la falta de mayoría, pues en ocasiones, la falta de número para determinar una solución —absolución o condena— no implica alcanzar la decisión contraria, como recién mencionamos en el caso del “jurado estancado”. Así, las divergencias pueden versar sobre la condena por diferentes encuadramientos delictivos o diversas mediciones de la pena, lo cual debería conducir a reglamentaciones legales adicionales.

---

<sup>22</sup> Esta solución tampoco está exenta de problemas, habida cuenta que algunos autores consideran que violaría el *ne bis in idem*.

Otra solución posible es asumir, definitivamente, la colegialidad del tribunal y que la sentencia refleje un único voto, a la manera del derecho procesal penal alemán, sin que pueda ser posible conocer las posibles disidencias. Esta propuesta puede chocar con algunas objeciones (a mi juicio exageradas por razones que aquí no es posible desarrollar), según las cuales, no resulta constitucionalmente posible subordinar la tarea de los jueces y juezas al principio democrático de la mayoría.

Por último, y en cuanto a las absoluciones, más allá de las discusiones acerca de si la Constitución argentina exige en ellas la fundamentación de la premisa fáctica,<sup>23</sup> lo cierto es que, aun aplicando el método de las cuestiones vencidas, resulta posible pensar un universo de casos en los cuales, pese a la falta de mayoría argumentativa, la decisión sea válida, en tanto cada razón individual lo sea.<sup>24</sup>

En definitiva, las leyes procesales penales argentinas deberían solucionar con mayor imaginación estos casos mediante reglas accesorias a la general de la mayoría. De alguna manera, la tendencia legislativa actual, resuelve estas dificultades acaso no de la mejor manera: dejando de lado la integración tradicional de tres jueces o juezas, reemplazada por la composición con un solo integrante. En lo que se refiere a los tribunales revisores, la ley 27.384, además de regular la revisión unipersonal de ciertas sentencias, permite en los casos que intervienen tres jueces o juezas profesionales, "...dictar resolución válida mediante el voto coincidente de dos de ellos..." (Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984, artículos 23, 24 *bis*, 30 *bis*, y 31 *bis*). Esta nueva regla no permite conocer los motivos que llevaron al juez o la jueza a no votar, aunque permite suponer, entre otras posibilidades, que no está de acuerdo con lo decidido por quienes conformaron la mayoría o no comparte sus argumentos, pero los motivos de su disidencia quedan ignorados.

---

<sup>23</sup> Julio Maier, quien partía de la regulación del juicio por jurados en la Constitución argentina, consideraba hipócrita sostener la exigencia de motivar los fallos penales, explicando que "...la valoración de la prueba por la que se arriba a determinada conclusión fáctica, constituye una garantía individual, integrante del juicio previo...". Si esto fuera así, no debería proceder la anulación de sentencias favorables a la persona imputada por este motivo; véase Maier, Julio, *Derecho procesal penal*, t. I. *Fundamentos*, 2a. ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, pp. 484 y 485; Pastor, Daniel, "El deber judicial de motivar las condenaciones", *Reflexiones sobre el procedimiento penal. Una tarde con Julio Maier*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010, pp. 51-61.

<sup>24</sup> Pensemos un caso, en el cual la jueza o el juez A considera que la acción penal está prescrita, pero fija ese criterio por aplicación del principio *in dubio pro reo*; el juez o la jueza B no tiene dudas al respecto y también considera la acción penal prescrita; mientras que el juez o la jueza C llega a la misma conclusión, pero encuadrando la premisa fáctica en una regla penal diferente.

## VI. CONCLUSIÓN

Quizás en la jurisprudencia de la Corte Suprema analizada haya una “mezcla” de las tradiciones jurídicas analizadas en el punto II, mixtura que conduce a soluciones muchas veces impracticables. Es que, por un lado, la legislación procesal adoptó el método de la deliberación y la votación, propio de un auténtico colegio de la tradición europeo-continental; pero a la par, mantuvo el voto individual, al modo de la usanza anglosajona. De allí que la salida definitiva a estas discusiones solo puede provenir de la propia legislación.

Sin embargo, y esto es lo más relevante, la paradoja de la exigencia de comunión argumentativa, inaplicable a quien la demanda, nos muestra con claridad la advertencia de Paolo Comanducci: el modelo axiológico de la constitución, concebida como norma, potencia políticamente a los jueces, en particular a quienes tienen el poder de interpretarla autoritativamente y abre las puertas a la discrecionalidad, cuando no, a la arbitrariedad judicial.<sup>25</sup>

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- AMAYA, Amalia, “Virtudes, deliberación colectiva y razonamiento probatorio en el derecho”, en FERRER BELTRÁN, Jordi y VÁZQUEZ, Carmen (eds.), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones*, Madrid, Marcial Pons, 2020.
- BENNECKE, Hans y BELING, Ernst, *Lehrbuch des Deutschen Reichs-Straffprozessrechts*, Breslau, Schletter’sche Buchhandlung, 1900.
- BUNGE CAMPOS, Luis María, “La motivación en las decisiones de tribunales colegiados”, en PITLEVNIK, Leonardo y MUÑOZ, Damián (eds.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2021, t. 29.
- CARRIÓ, Genaro, “Don Quijote en el Palacio de Justicia (la Corte y sus problemas)”, *La Ley*, Buenos Aires, 1989.
- CARRIÓ, Genaro y CARRIÓ, Alejandro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 3a. ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- CLARÍA OLMEDO, Jorge, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, t. VI.
- COMANDUCCI, Paolo, *Constitución y teoría del derecho*, México, Fontamara, 2007.

<sup>25</sup> Comanducci, Paolo, *Constitución...*, *cit.*, pp. 70 y 71.



- CORTE SUPREMA, “Notas de Jurisprudencia”, <https://sj.csn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/2/documento>, última visita del 15 de marzo de 2022.
- ERNST, Wolfgang, “Abstimmen über Rechtserkenntnis. Gedanken zur Entscheidungsfindung in Richter Kollegien”, *Juristen Zeitung*, 67. Jahrgang, Tübingen, Mohr Siebeck, 6 de julio de 2012.
- ERNST, Wolfgang, *Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten. “Group choice” in europäischen Justiztraditionen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016.
- ERNST, Wolfgang, “The Fine – Mechanics of Judicial Majoritarianism”, en HÄCKER, Birke y WOLFGANG, Ernst (comps.), *Collective Judging in Comparative Perspective. Counting Votes and Weighing Opinions*, Cambridge, Intersentia, 2020.
- FARRELL, Martín Diego, *Entre el derecho y la moral. Preguntas con respuestas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012.
- GARAY, Alberto F., *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013.
- LEGARRE, Sebastián, *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2016.
- MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, t. I. *Fundamentos*, 2a. ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996.
- MAIER, Julio, *Función normativa de la nulidad*, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- MORGENSTERN, Federico, “Mayorías ficticias, derecho deteriorado y derechos afectados: cuando los tribunales pluripersonales son disfuncionales”, en PITLEVNIK, Leonardo (ed.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, t. 13.
- NÚÑEZ, Ricardo C., *Código procesal penal. Anotado*, 2a. ed., Córdoba, Marcos Lerner, 1986.
- PASTOR, Daniel, “El deber judicial de motivar las condenaciones”, *Reflexiones sobre el procedimiento penal. Una tarde con Julio Maier*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010.
- PICCARDO, Ivana, *Cómo “fallan” los jueces. Mayorías argumentativas versus mayorías resolutivas*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2020.
- REED, Robert, *Collective Judging in the UK Supreme Court*, en HÄCKER, Birke y WOLFGANG, Ernst (comps.), *Collective Judging in Comparative Perspective*, Cambridge, Intersentia, 2020.
- SARRABAYROUSE, Eugenio, “La deliberación de los jueces en el Código Procesal Penal Federal. Problemas generales y particulares”, en ROVATTI, Pablo y LIMARDO, Alan (eds.), *Pensar la prueba*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, t. I.

## METAÉTICA

## METAÉTICA, RAZONAMIENTO JURÍDICO Y JUSTIFICACIÓN LÓGICA

Pedro CABALLERO ELBERSCI

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Agradecimiento*. III. *Propuestas metateóricas en metaética*. IV. *Razonamiento práctico y tipos de lógica*. V. *Justificación interna y justificación externa*. VI. *Referencias bibliográficas*.

### I. INTRODUCCIÓN

Este capítulo se inserta en el contexto de un libro en homenaje a Paolo Comanducci. El propósito principal de este trabajo es expresar mi mayor reconocimiento a su carrera académica y, sobre todo, a su obra intelectual.

Sin embargo, como es costumbre en la tradición analítica (en teoría del derecho, en particular, y en filosofía, en general) el reconocimiento a la obra intelectual de un autor se realiza en dos sentidos diversos.

Por un lado, como es de esperar, expresando abiertamente los puntos en los cuales se considera que el autor ha realizado un progreso en la materia a la que se ha estado dedicando. En este sentido, los avances que Comanducci ha realizado o alentado en el ámbito de la teoría del derecho son muchos e importantes. Por ejemplo, resaltando solo algunas de sus contribuciones, la metodología del análisis conceptual en el estudio del derecho, la metateoría del lenguaje jurídico, la teoría del derecho realista, la teoría del razonamiento jurídico, la teoría de la interpretación jurídica, entre muchas otras.

Por el otro lado, asimismo, criticando algunos aspectos de la obra del autor, en algún sentido. Pues bien, el sentido en el que criticaré la obra de Comanducci en este artículo es realmente muy débil. Porque solo me propongo intentar complementar el excelente trabajo que él ha realizado en su emblemático libro *Razonamiento jurídico: elementos para un modelo* (1999), específicamente en las partes en donde considero que las distinciones trazadas o las posiciones sostenidas podrían ser mejoradas.

Dicho de otro modo, en este ensayo tomaré tres aspectos de la propuesta metateórica acerca de la teoría del derecho que el profesor italiano presenta en el libro mencionado e intentaré complementar cada uno de estos tres aspectos.

En primer lugar, tomaré la distinción que Comanducci traza sobre las distintas posiciones en metaética,<sup>1</sup> para posteriormente precisarla y extenderla incorporando otras distinciones relacionadas. La utilidad de esta tarea consiste en que sin esta precisión y extensión no es posible entender algunas de las posiciones que Comanducci expresa en su libro, como así tampoco algunas de las posiciones más relevantes en metaética.

En segundo lugar, tomaré su posición sobre la teoría de los razonamientos prácticos en el contexto jurídico, en particular en cuanto a los tipos de lógica que se pueden y que se deberían aplicar en la reconstrucción teórica de las decisiones judiciales.<sup>2</sup> En este punto desarrollaré un argumento muy simple, que se centra en la posibilidad de, y el beneficio explicativo en, reconstruir las relaciones inferenciales de estos razonamientos utilizando los criterios de la lógica deductiva o de la lógica inductiva. Mi posición es que, si bien es conceptualmente posible realizar esta operación teórico-reconstructiva utilizando los instrumentos generales de la lógica y los criterios particulares de la lógica deductiva, para el caso de las decisiones judiciales, hay mejores razones para proceder con los criterios particulares de la lógica inductiva.

En tercer lugar, tomaré las nociones de “justificación interna” y “justificación externa” que Comanducci utiliza para reconstruir y explicar la estructura de los razonamientos jurídicos en las sentencias judiciales.<sup>3</sup> El punto consiste en que las expresiones “justificación interna” y “justificación externa” son ambiguas y esto no permite entender precisamente qué aspectos de estos razonamientos se están reconstruyendo y explicando con cada una de estas nociones. La idea consiste en desambiguar estas expresiones, distinguiendo entre dos nociones distintas para cada una de éstas, utilizando los instrumentos generales de la lógica.

## II. AGRADECIMIENTO

Antes de comenzar, quiero agradecer a Paolo Comanducci. Conocí a Paolo en 2010 en Argentina mientras me enseñaba “teorías del razonamiento ju-

---

<sup>1</sup> Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico: elementos para un modelo*, México, Fontamara, 1999, pp. 22-30.

<sup>2</sup> *Ibidem*, pp. 30-43.

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 44-58.

rido” en la maestría en argumentación jurídica de la Universidad Nacional de Córdoba. La claridad, el orden y la precisión analítica con la que se expresaba, así como la fascinante capacidad de presentar argumentaciones complejas con una increíble simplicidad, me impactaron y fascinaron sobremanera. A partir de ese momento tuve la suerte de continuar apreciando el trabajo filosófico de Paolo tanto en Argentina, en diversos seminarios, como también en Italia, en el Instituto Tarello para la filosofía del derecho de Génova. Agradezco a Paolo por haber sido, y seguir siendo, un inmejorable modelo de académico virtuoso del cual uno puede y debe aprender; no solo por sus capacidades filosófico-analíticas brillantes, sino también y, sobre todo, por su calidad humana.

### III. PROPUESTAS METATEÓRICAS EN METAÉTICA

El libro de Comanducci *Razonamiento jurídico: elementos para un modelo* tiene un extenso primer capítulo, titulado “Cuestiones metaéticas”, en donde el autor traza una gran cantidad de valiosas distinciones conceptuales con relevancia teórica y, principalmente, metateórica para la teoría de los razonamientos jurídicos.

Según Comanducci,<sup>4</sup> su trabajo tiene dos componentes esenciales: el metateórico —*i. e.*, un discurso que tiene por objeto otros discursos teóricos, como el discurso de las teorías del derecho o de las teorías de la ética— y el teórico —*i. e.*, un discurso que tiene por objeto algún aspecto del mundo, y que en este libro tiene por objeto al lenguaje ético, en general, y el lenguaje jurídico, en particular—.

Entre las distinciones conceptuales trazadas en su trabajo que tiene *relevancia metateórica* para las teorías del razonamiento práctico se encuentra la distinción entre “teorías emotivistas o no-cognoscitivistas” y “teorías objetivistas o cognoscitivistas” en metaética.<sup>5</sup> Sobre esta distinción, en este primer capítulo del libro, en la tercera sección, titulada “El razonamiento práctico”, Comanducci sostiene lo siguiente:

En el nivel metaético son dos las posiciones radicales que se contraponen respecto al problema del razonamiento práctico; es decir, en relación con la validez intersubjetiva de la argumentación práctica y de sus conclusiones. A la primera postura la podríamos llamar “emotivismo (o no-cognoscitvismo) radical” y a la segunda “objetivismo (o cognoscitvismo) radical”. Utilizo in-

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 22-30.

diferentemente los dos elementos que constituyen las parejas contrapuestas “emotivismo/no-cognoscitivismo” y “objetivismo/cognoscitivismo”. Obviamente, los términos podrían ser redefinidos con el objeto de diferenciarlos.<sup>6</sup>

Esta es justamente la tarea que llevaré a cabo en esta sección: redefinir estos términos o, más específicamente, distinguir entre cinco problemas diversos que se presentan en la explicación teórica del razonamiento práctico y hacer explícitas algunas nociones diversas a las cuales los términos “cognoscitivismo-no-cognoscitivismo” y “emotivismo-objetivismo” pueden referirse. Como dije antes, la utilidad de esta tarea consiste en que, sin estas precisiones conceptuales, incluso algunas de las posiciones de Comanducci, así como otras posiciones en metaética, no son claramente inteligibles.

Como dijo Comanducci, el objeto de estudio de su trabajo es el “razonamiento práctico”. Por esta expresión se suele entender, en términos técnicos, lo siguiente. Por ‘razonamiento’ se suele entender un proceso lingüístico en el cual hay un enunciado que cumple el rol de conclusión, otro(s) enunciado(s) que cumple(n) el rol de premisa(s), y un cierto tipo de relación inferencial que conecta a la(s) premisa(s) con la conclusión.<sup>7</sup> Por “razonamiento práctico” se suele entender un proceso lingüístico en el cual al menos una de las premisas del razonamiento tiene como contenido una norma o valoración y la conclusión de este razonamiento tiene como contenido una norma o valoración que implica una razón para actuar de cierta manera.<sup>8</sup>

Ahora bien, “el problema de la validez intersubjetiva” que Comanducci resalta en su trabajo es, claramente, uno de los problemas que se presentan en el entendimiento y explicación teórica de los razonamientos prácticos; pero no es el único. Veamos por qué.

La expresión “el problema de la validez intersubjetiva de los razonamientos prácticos” puede ser entendida, en términos generales, como la cuestión de determinar si la conclusión de estos razonamientos debería ser aceptada por, y generar una razón para actuar en, cualquier ser humano que sea racional y competente en la lengua usada.<sup>9</sup> Por ejemplo, consideremos el siguiente razonamiento:

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>7</sup> *Cfr.* Iacona, Andrea, *La argumentación*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2018, p. 58.

<sup>8</sup> Esta no es la única noción de “razonamiento práctico”, pero es seguramente la noción estándar en el contexto de la teoría del derecho. *Cfr.* Redondo, María Cristina, *La noción de razón para la acción en el ámbito jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1996, cap. 2.

<sup>9</sup> *Cfr.* Iacona, Andrea, *op. cit.*, pp. 95-97.

- (1) Dado que invadir un país extranjero y matar a personas inocentes es moralmente incorrecto;
- (2) Entonces, invadir Ucrania y matar a cientos de personas inocentes es moralmente incorrecto.

La aceptación de esta conclusión, y la consecuente generación de una razón para actuar, dependerá (en términos de racionalidad lógica) de la cantidad de premisas, de la calidad de la(s) premisa(s) —*e. g.*, si son susceptibles de ser verdaderas o falsas y si son, de hecho, verdaderas o falsas— y de la forma del razonamiento (al menos en los casos de razonamientos deductivos).<sup>10</sup> En este ejemplo, un fanático de Putin o de la política externa rusa podría intentar convencernos de la incorrección de esta conclusión atacando o bien la premisa o bien la relación inferencial entre la premisa y la conclusión.<sup>11</sup> Sin embargo, para llevar a cabo esta tarea de una manera que pueda llegar a ser exitosa (*i. e.*, que logre convencernos racionalmente), tendrá que tomar partido, consciente o inconscientemente, por alguna de las opciones que se abren con las preguntas que este ejemplo genera: ¿las premisas de este tipo de razonamientos son aptas para la verdad o falsedad?, ¿en función de qué aspecto(s) del mundo, este tipo de premisas podría ser verdaderas o falsas?, ¿qué tipos de relaciones inferenciales existen entre estos tipos de premisas y este tipo de conclusión?

Como se puede ahora observar, “el problema de la validez intersubjetiva” no es el único problema con respecto a la explicación teórica de los razonamientos prácticos. Hay otros problemas que están estrechamente relacionados con este problema y que incluso pueden ser considerados explicativamente previos. Enumeraré solo algunos de ellos, sin la intención de presentar una lista exhaustiva, siguiendo el orden de prelación explicativa que considero que, desde la perspectiva de la metaética, deberían tener:<sup>12</sup>

1. El problema *ontológico*: ¿existen hechos, propiedades (o valores) morales, es decir, aquello que podemos llamar “hechos, propiedades (o valores) morales” forman parte de las entidades que componen el mundo?<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Porque si un particular razonamiento tiene una de las formas que tienen los razonamientos deductivos, y si las premisas de este particular razonamiento son verdaderas, entonces la conclusión es necesariamente verdadera (*cf. ibidem*, p. 77).

<sup>11</sup> *Cfr. ibidem*, pp. 101 y 102.

<sup>12</sup> He realizado la siguiente distinción y clasificación entre cinco problemas, tomando como base, entre otros trabajos, a Moreso, Josep Joan, *La constitución: modelo para armar*, Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 2009. En este artículo (*ibidem*, p. 121) distingue entre tres cuestiones metaéticas diversas: semántica, ontológica y objetiva.

<sup>13</sup> Los valores morales están entre paréntesis porque gran parte de la literatura en metaética distingue entre “existencia de hechos o propiedades” y “existencia de valores”. Por

2. El problema *epistémico*: ¿los hechos, propiedades (o valores) morales son cognoscibles por los seres humanos?<sup>14</sup>
3. El problema *semántico*: ¿los juicios morales —*i. e.*, aquellos enunciados cuyo contenido podría tener como referentes a los hechos, propiedades (o valores) morales— son aptos para la verdad o falsedad?<sup>15</sup>
4. El problema de la *objetividad*: ¿los hechos, propiedades (o valores) morales —en virtud de los cuales un juicio moral podría ser verdadero o falso (o correcto o incorrecto)— son objetivamente cognoscibles en todo contexto (*i. e.*, personas, lugar y tiempo)?<sup>16</sup>
5. El problema de la *racionalidad*: ¿los desacuerdos sobre los juicios morales son racionales, *i. e.*, es posible convencer racionalmente (a través de razones) a otra persona de la corrección moral de una acción o decisión?<sup>17</sup>

---

un lado, se sostiene que una cosa es predicar la existencia de hechos o propiedades, como si fuesen hechos o propiedades empíricas del mundo. En este caso se presupone la respuesta afirmativa a la cuestión sobre si los juicios morales son o no son aptos para la verdad o falsedad, *i. e.*, serán verdaderos si representan a, o se fundamentan en, dichos hechos o propiedades. Por el otro lado, se sostiene que una cosa diversa es predicar la existencia de valores en el mundo. Porque en este caso parecería que los juicios morales no son realmente aptos para la verdad o falsedad, sino más bien aptos para la corrección o incorrección. Esta es una discusión todavía abierta y ampliamente discutida.

<sup>14</sup> Si la respuesta es afirmativa, luego podríamos preguntarnos, ¿de acuerdo con qué condiciones?

<sup>15</sup> Si los juicios morales no son aptos para la verdad o falsedad, ¿son, en cambio, aptos para la corrección o incorrección (o, desde otra perspectiva, satisfacción o insatisfacción)?

<sup>16</sup> Si la respuesta es negativa, ¿los hechos, propiedades (o valores) morales son objetivamente cognoscibles en algún(os) contexto(s) particular(es)? En donde un contexto particular puede ser, por ejemplo, el sistema cognitivo de un agente (subjetivismo) o las creencias compartidas de una cierta comunidad (comunitarismo). Las posiciones que responden negativamente a la primera pregunta, pero afirmativamente a la segunda suelen ser denominadas “relativistas”.

<sup>17</sup> Si la respuesta es negativa, podríamos preguntarnos, ¿en estos casos, solo está en juego la persuasión (*i. e.*, la apelación a las emociones y no a las razones) de otra persona? En cambio, si la respuesta es positiva, podríamos preguntarnos, ¿qué tipo de relación inferencial existe entre estos tipos de premisas y este tipo de conclusión? O preguntas relacionadas como ¿el tipo de relación inferencial con la que trabaja la lógica deductiva es aplicable a este tipo de razonamiento? Sobre este punto se ha escrito muchísimo y no se ha llegado a una propuesta satisfactoria. Entre los muchos trabajos sobre este punto se destacan, sin lugar a duda, Alchourrón, Carlos y Martino, Antonio, “Logic Without Truth”, *Ratio Juris. An International of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Reino Unido, núm. 3-1, 1991 y luego la revisión de Alchourrón, Carlos, “Concepciones de la lógica”, *Enciclopedia de filosofía*, Madrid, Trotta, 1995, vol. 7. Véase también Navarro, Pablo y Rodríguez, Jorge, *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.



Si se toma en consideración esta clasificación entre estos cinco problemas distintos en metaética, parece que aquello que destaca Comanducci como “el problema metaético del razonamiento práctico”, *i. e.*, la validez intersubjetiva de la argumentación práctica y de sus conclusiones, puede ser reconducido tanto al problema 4 como al problema 5. Porque la validez intersubjetiva de la argumentación práctica y de sus conclusiones puede referirse tanto a la *racionalidad* de la argumentación en materia moral, como a la *objetividad* de los hechos, propiedades (o valores) morales.

En el primer caso, la validez intersubjetiva es dependiente de la posibilidad de convencer racionalmente (*i. e.*, a través de razones) a otras personas, es decir, de la posibilidad de determinar con algún grado de objetividad: (i) el valor de verdad (o de corrección) de las premisas de un razonamiento práctico, y (ii) el tipo de relación inferencial que se da entre las premisas y la conclusión de estos razonamientos —*i. e.*, el grado de certeza (deducción) o probabilidad (inducción) con el cual la conclusión se podría seguir de las premisas.

En el segundo caso, la validez intersubjetiva es dependiente de la posibilidad de determinar si los hechos, propiedades (o valores), en función de los cuales un juicio moral podría ser verdadero (o correcto), son o no son objetivamente cognoscibles. Si los hechos o propiedades morales existen, entonces no hay grandes problemas para defender su objetividad, podría ser explicada de un modo más o menos similar a como se explica la objetividad de otros tipos de hechos o propiedades del mundo. En cambio, si los hechos o propiedades morales no existen, pero sí existen los valores morales, entonces se abren algunos problemas más serios, aunque no imposibles de sortear, para defender su objetividad.<sup>18</sup>

En el primer sentido, la validez intersubjetiva está relacionada con la objetividad de los criterios de la lógica aplicada a la argumentación en materia moral. En el segundo sentido, la validez intersubjetiva está relacionada con la objetividad en el conocimiento de los hechos, propiedades (o valores) morales, en función de los cuales una premisa podría ser verdadera/falsa (o correcta/incorrecta).

Por otro lado, de acuerdo con esta clasificación, los términos “emotivismo o no-cognoscitivismo” y “objetivismo o cognoscitivismo”, que Comanducci usa de manera equivalente, no parecen ser realmente equivalentes, ni ambas parejas completamente paralelas. Porque si bien los términos “cognitivismo” y “no-cognitivismo” parecen hacer referencia al problema

---

<sup>18</sup> Una opción que considero plausible, pero que no defenderé aquí, es la tesis de que los valores se fundamentan en las actitudes prácticas de los individuos.

epistémico, el término “objetivismo” parece hacer referencia al problema de la objetividad (*i. e.*, objetivismo o relativismo), y el término “emotivismo” al problema de la racionalidad, al menos en cuanto al aspecto de apelación a las emociones y actitudes subjetivas de aprobación o desaprobación que estas teorías ponen en el centro de la explicación de los discursos morales.<sup>19</sup>

Por último, la falta de una clara distinción entre estos cinco problemas no permite entender con claridad algunas de las posiciones de Comanducci. Por ejemplo, el siguiente fragmento de su libro es algo impreciso debido a la falta de una clara distinción entre el problema epistémico y el problema de la objetividad.

Que los valores y las normas *son cognoscibles* es una tesis desprovista de cualquier demostración. (...) Dicho de manera sucinta: la extrema variedad y contrariedad que tanto en el tiempo como en el espacio presentan y han presentado de las convicciones humanas acerca de lo que es justo; bueno; debido; etc., sería la mejor de las demostraciones de que no hay un *conocimiento objetivo* de los valores y las normas. (...) La relatividad histórica, geográfica, social y, desde luego, meramente subjetiva de las normas y los valores parece una hipótesis mucho más plausible que la de su *objetividad (cognoscibilidad)*.<sup>20</sup>

Comanducci no distingue claramente entre la cognoscibilidad o no-cognoscibilidad de los valores y la objetividad o relatividad en ese conocimiento. Estos son dos problemas, en cierto sentido, conceptualmente independientes; porque puede darse el caso de que los valores morales sean cognoscibles, pero que no sean objetivamente cognoscibles; *i. e.*, el subjetivismo moral es una posición lógicamente posible. En otro sentido, estos problemas son conceptualmente dependientes; porque puede darse el caso de que los valores morales no sean cognoscibles, entonces no se abra la posibilidad de que ese conocimiento sea o no sea objetivo. La cognoscibilidad de los valores no determina la cuestión de la objetividad o relatividad en el conocimiento de dichos valores; mientras que la no-cognoscibilidad de los valores sí determina conceptualmente la cuestión.

---

<sup>19</sup> Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed. ampliada y revisada, Buenos Aires, Astrea, 1984, cap. VII, ofrece una detallada clasificación de las posiciones en metaética hasta ese momento; además, presenta una precisa explicación de los aspectos característicos de las posiciones emotivistas y prescriptivistas en metaética. Para una clasificación incluso más refinada y actualizada de las posiciones en metaética véase Van Roojen, Mark, *Metaethics: A Contemporary Introduction*, Routledge, 2015.

<sup>20</sup> Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 27. Las cursivas han sido colocadas por el autor de este artículo.

La falta de una clara distinción entre estos dos problemas no favorece el entendimiento preciso de la posición de Comanducci, pero tampoco de las relaciones conceptualmente entre estos dos problemas, que sirven para entender las diversas posiciones posibles (*i. e.*, el espacio lógico-conceptual de posiciones racionalmente sostenibles) en metaética.<sup>21</sup>

Hay otras relaciones de dependencia o independencia conceptual que se dan entre los problemas distinguidos anteriormente. Por ejemplo, el problema semántico es conceptualmente dependiente del problema ontológico; porque si los *hechos o propiedades morales* existen, entonces los juicios morales son aptos para la verdad o falsedad (*i. e.*, son verdaderos o falsos dependiendo de si representan, o si se fundamentan en, esos hechos o propiedades). El problema semántico también es conceptualmente dependiente del problema ontológico con respecto a los *valores morales*, si se sostiene previamente que dichos valores son aptos para la verdad o falsedad. El problema epistémico es conceptualmente dependiente del problema ontológico; porque si los hechos, propiedades (o valores) morales existen, entonces los hechos, propiedades (o valores) morales son cognoscibles.<sup>22</sup> En cambio, el problema de la racionalidad es conceptualmente independiente de los demás; incluso se podría considerar que, desde cierto punto de vista, este problema es el primero en cuanto al grado de prelación explicativa.

#### IV. RAZONAMIENTO PRÁCTICO Y TIPOS DE LÓGICA

También en el primer capítulo del libro, pero en la cuarta sección, titulada “Análisis metaético de la justificación en la ética”, Comanducci examina la noción general de justificación, las nociones de consistencia y coherencia, y el modelo de silogismo práctico que propone como justificación lógica para los razonamientos prácticos, en general, y para los razonamientos jurídico-judiciales, en particular.

En esta sección me ocuparé principalmente del modelo de silogismo práctico que Comanducci propone como justificación lógica para los razonamientos prácticos que se presentan en las sentencias judiciales. Pero antes de eso, explicitaré la noción general de justificación que este autor utiliza en su trabajo y que yo seguiré en este trabajo.

<sup>21</sup> Moreso, Josep Joan, *op. cit.*, realiza un gran trabajo de presentación del espacio lógico-conceptual de posiciones en metaética, de acuerdo con la distinción entre las tres cuestiones antes mencionadas. De acuerdo con la clasificación realizada en este trabajo se podría presentar un mapa diverso sobre el espacio lógico-conceptual en metaética, pero aquí no hay espacio físico para hacerlo.

<sup>22</sup> *Cfr.* Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 28.

Comanducci<sup>23</sup> sostiene que *justificar* equivale a aducir razones en favor de una de las siguientes conclusiones: 1) que es verdadera (o probable) una descripción, o 2) que es correcta (justa, buena, etcétera) una norma o valoración.

Comanducci<sup>24</sup> analiza esta noción, descomponiendo y explicando cada una sus partes. Al realizar esta tarea expresa que, de acuerdo con esta noción, la justificación es, en primer lugar, un *proceso argumentativo* en el que se aducen razones que tienen por objeto una entidad lingüística, *i. e.*, un proceso argumentativo compuesto por enunciados, en el cual uno de estos enunciados cumple el rol de “conclusión” y otro(s) de esto(s) enunciado(s) cumple(n) el rol de “premisa(s)”; las premisas son las razones que se aducen en apoyo de la conclusión.<sup>25</sup> En segundo lugar, la justificación es un proceso argumentativo que puede ser entendido en sentido *descriptivo* o *valorativo*. En sentido descriptivo, el proceso argumentativo es visto como las razones que de hecho se ofrecen en apoyo de la conclusión. En sentido valorativo, el proceso argumentativo es visto como las razones que de hecho se ofrecen en apoyo de la conclusión, pero que además se consideran, a través de una valoración, justificadoras de la conclusión.<sup>26</sup> Finalmente, la justificación es un proceso argumentativo que tiene como componentes enunciados cuyos valores pueden ser: *valores de verdad* (*i. e.*, verdadero/falso) para las descripciones, y *valores de corrección* (*i. e.*, correcto/incorrecto) para las normas y valoraciones.<sup>27</sup>

Ahora bien, teniendo en mente estas características de la noción general de justificación, veamos cuál es exactamente la propuesta que Comanducci<sup>28</sup> ofrece como justificación lógica para las decisiones judiciales. Su propuesta comienza por hacer explícito uno de los mayores desafíos que se presentan en la explicación teórica de todo tipo de razonamiento práctico.

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 30-33.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 31. Para marcar con mayor claridad esta distinción me parece oportuno usar dos términos diversos: “motivación” y “justificación” de una conclusión. Una conclusión está *motivada* si se expresan, *de hecho*, razones en apoyo de la conclusión; si no se expresan razones, la conclusión no está motivada. En cambio, una conclusión está *justificada* si se considera, a través de una *valoración*, que las razones expresadas en apoyo de la conclusión son suficientes para la verdad o corrección de la conclusión; si se considera que las razones expresadas en apoyo de la conclusión no son suficientes para la verdad o corrección de la conclusión, la conclusión no está justificada.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 39-43.

Parece que hay más de un candidato para desempeñar el papel de regla de inferencia en la justificación de normas y valores en el ámbito ético. La primera candidatura la constituyen las reglas de inferencia de la lógica clásica que operan con la pareja de valores verdadero/falso. Parecería, sin embargo, que existe una dificultad para aceptar tan ilustre candidato. La lógica clásica se aplica tradicionalmente a enunciados interpretados de los cuales se puede predicar verdad o falsedad. Ahora bien, en un silogismo práctico (al menos) la premisa mayor y la conclusión están constituidas por normas o valores, esto es, por enunciados interpretados de los que desde una perspectiva no-cognoscitivista no se puede predicar ni verdad ni falsedad. Aunque no considero plausible que a las normas y a los valores les correspondan los predicados de verdad y falsedad, tampoco encuentro plausible que a las normas y los valores no les corresponda ninguna lógica. Pienso que hay que buscar otra solución.<sup>29</sup>

Como expresa Comanducci,<sup>30</sup> este desafío no es otro que el llamado “dilema de Jørgensen”. Este dilema consiste en que: o bien la lógica aplicada a normas no es conceptualmente posible, porque (i) la noción de relación inferencial se caracteriza en términos de verdad, y (ii) las normas no son aptas para la verdad o falsedad; o bien la lógica aplicada a normas es conceptualmente posible, pero entonces la noción de relación inferencial no debe ser caracterizada en términos de verdad.<sup>31</sup>

La propuesta de Comanducci con respecto al razonamiento práctico se encuentra entre aquellas que intentan resolver este desafío optando por el segundo cuerno del dilema y mostrando que en realidad esta opción no es realmente problemática. De esta manera, Comanducci propone un modelo de justificación lógica para las decisiones judiciales, que tiene el propósito de disolver el dilema de Jørgensen.

El argumento de Comanducci tiene los siguientes pasos. Primero, presenta un ejemplo de silogismo teórico y otro de silogismo práctico. El ejemplo de silogismo teórico, llamado (S1), es el siguiente:

- (1) Todos los hombres son mortales;
- (2) Sócrates es un hombre;
- (3) Entonces, Sócrates es mortal.

Este razonamiento es deductivo y, en particular, válido. El razonamiento es deductivo porque tiene la forma de un silogismo teórico (*i. e.*, la premisa (1) afirma la inclusión de la clase “hombres” en la clase “mortales”, la

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 39, nota 74.

<sup>31</sup> *Cfr.* Jørgensen, Jørgen, “Imperatives and Logic”, *Erkenntnis*, vol. 7, 1, 1937.

premisa (2) afirma la inclusión de la clase “Sócrates” en la clase “hombre”; y la conclusión (3) afirma la inclusión de la clase “Sócrates” en la clase “mortales”), y la forma de los silogismos teóricos es una de las formas que tienen los razonamientos deductivos. Además, el razonamiento es *válido* porque no solo tiene una estructura deductiva, sino también premisas verdaderas. De acuerdo con la deducción, si un razonamiento con una forma deductiva tiene premisas verdaderas, entonces es un razonamiento deductivamente *válido*.<sup>32</sup>

En cambio, el ejemplo de *silogismo práctico*, llamado (S1’), es el siguiente:

- (1’) Todos los ladrones deben ser castigados;
- (2’) Sócrates es un ladrón;
- (3’) Entonces, Sócrates debe ser castigado.

Seguidamente, Comanducci<sup>33</sup> compara ambos ejemplos y sostiene que los razonamientos (S1) y (S1’) tienen semejanzas evidentes, pero también diferencias importantes, *i. e.*, el silogismo (S1) está compuesto solo por aserciones, mientras que el silogismo (S1’) está compuesto por una aserción (2’) y por dos prescripciones (1’ y 3’). Para Comanducci, recordemos, las prescripciones no son aptas para la verdad y falsedad.

Posteriormente, Comanducci muestra dos maneras diversas de entender y explicar el silogismo práctico (S1’). La primera manera, como dice Comanducci<sup>34</sup>, pretende anular la asimetría entre el silogismo teórico y práctico. La estrategia consiste en modificar la premisa (1’) y la conclusión (3’) para que sean análogas a la premisa (1) y a la conclusión (3); esto puede obtenerse incluyendo al verbo “deber” como elemento constitutivo de la clase que representa el término llamado “mayor” del silogismo en cuestión. El siguiente razonamiento, llamado (S1’a), es un ejemplo de esta primera manera de entender al silogismo práctico (S1’):

- (1’a) Todos los ladrones están entre aquellos que deben ser castigados;
- (2’a) Sócrates es un ladrón;
- (3’a), Entonces, Sócrates está entre aquellos que deben ser castigados.

Sin embargo, sobre esta manera de entender al silogismo práctico, Comanducci<sup>35</sup> dice que podrían presentarse dudas (y, efectivamente, se han presentado) acerca de la equivalencia semántica entre el silogismo (S1’a) y

<sup>32</sup> Cfr. Iacona, Andrea, *op. cit.*, p. 77.

<sup>33</sup> Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 40.

<sup>34</sup> *Idem.*

<sup>35</sup> *Idem.*

el silogismo (S1), ya que en el silogismo (S1'a) todos los enunciados parecen ser susceptibles de verdad o falsedad, mientras que en el silogismo (S1') al menos dos enunciados (la premisa mayor y la conclusión) no parecen serlo.

La segunda manera de entender al silogismo práctico (S1') hace uso de la distinción entre frástico y néustico.<sup>36</sup> Se podría decir, según Comanducci,<sup>37</sup> que las operaciones lógicas ocurren en el frástico y no intervienen en los néusticos de los enunciados. La premisa menor estaría precedida por el néustico “es que”, mientras que la premisa mayor y la conclusión, por el néustico “debe ser que”. Este último tiene la función de prescribir el estado de cosas indicado en el frástico. El siguiente razonamiento, llamado (S1'b), es un ejemplo de esta segunda manera de entender al silogismo práctico (S1'):

- (1'b) (Debe ser que) todos los ladrones son (sean) castigados;
- (2'b) (Es que) Sócrates es un ladrón;
- (3'b) Entonces, (debe ser que) Sócrates es (sea) castigado.

Finalmente, en el último paso, Comanducci afirma que:

El silogismo (S1'b) estaría constituido por aserciones y prescripciones en torno a clases, esto es, de: (1) la prescripción de la inclusión total de la clase “ladrones” en la clase de “aquellos que son castigados”; (2) la aserción de la inclusión total de la clase “Sócrates” en la clase de los “ladrones” y, como conclusión, (3) la prescripción de la inclusión total de la clase “Sócrates” en la clase de “aquellos que son castigados”. Puestas así las cosas, no veo objeciones relevantes en contra de considerar [deductivamente] válido al silogismo (S1'b) y, en consecuencia, también al silogismo (S1'). Esto supone, como es obvio, sostener que la noción de “consecuencia” (o de “inferencia”) es primitiva, no derivada de la noción de verdad.<sup>38</sup>

La conclusión del argumento de Comanducci es que: (i) el silogismo práctico (S1'), en su interpretación (S1'b), es un modelo que ofrece una propuesta adecuada para la justificación lógico-deductiva de los razonamientos prácticos que se encuentran en las decisiones judiciales, y (ii) que este modelo logra

---

<sup>36</sup> Comanducci traza esta distinción, tomándola de Scarpelli, Uberto, “Gli orizzonti della giustificazione”, *Rivista di Filosofia*, Turín, 1985, de este modo: “se puede distinguir entre una parte referencial de un enunciado prescriptivo que se refiere a un hecho; evento o estado de cosas (“frástico”)—que es neutro, y que puede ser común a los enunciados cognoscitivos—, y una parte no referencial, modal (“néustico”), que determina la función del enunciado. El néustico indica si el hecho, el evento o el estado de cosas se piensa como existente (néustico cognoscitivo) o como debido (néustico prescriptivo)” (Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 9).

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 41.

disolver el dilema de Jörgensen, porque no se compromete con una lógica aplicada a normas que define la noción de relación inferencial en términos de verdad, sino que la define en otros términos. Comanducci no especifica estos términos, pero remite al artículo de Alchourrón y Martino.<sup>39</sup>

En mi objeción no me ocuparé de indagar cuál de las diversas opciones que presentan Alchourrón y Martino<sup>40</sup> y luego Alchourrón<sup>41</sup> puede ser teóricamente acomodada con el modelo de silogismo práctico que Comanducci propone en este trabajo. Tampoco me ocuparé de atacar la tesis de que el silogismo práctico (S1'b) es un tipo de razonamiento práctico lógico-deductivo; porque estoy de acuerdo en que, si definimos (y siempre que lo logremos) las relaciones deductivas en términos que no estén comprometidos con una noción primitiva de verdad, el razonamiento (S1'b) sería deductivo, *i. e.*, la corrección de las premisas garantizaría, necesariamente, la corrección de la conclusión.<sup>42</sup>

En cambio, mi objeción se concentra en que el modelo de Comanducci no ofrece un alto grado de *utilidad teórica* con respecto a la explicación de los razonamientos prácticos que se encuentran de manera subyacente en las sentencias judiciales. Dicho de otro modo, desde el punto de vista metateórico, el modelo de Comanducci puede funcionar, porque puede ser uno de los instrumentos conceptuales que las teorías de los razonamientos jurídicos podrían utilizar para explicar la estructura lógico-argumentativa de las decisiones judiciales.<sup>43</sup> Sin embargo, desde el punto de vista teórico, este modelo no tiene un alto grado de utilidad, porque es un instrumento

<sup>39</sup> Alchourrón, Carlos y Martino, Antonio, *op. cit.*

<sup>40</sup> *Idem.*

<sup>41</sup> Alchourrón, Carlos, *op. cit.*

<sup>42</sup> Tampoco me esforzaré en mostrar que el argumento de Comanducci para rechazar la primera manera de entender al silogismo práctico (S1'a) —*i. e.*, que de cierta manera desnaturaliza la semántica de los enunciados normativos— podría ser aplicado también a su propuesta (S1'b). Ni insistiré en la cuestión, resaltada por otros autores (*e. g.*, Chiassoni, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica: brevario para juristas*, Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 2011 y Duarte d'Almeida, Luis, "On the Legal Syllogism", en Plunkett, David; Shapiro, Scott y Toh, Kevin (eds.), *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence*, Nueva York, Oxford University Press, 2019), de que en realidad los razonamientos prácticos que se encuentran en las decisiones judiciales no suelen tener la forma deductiva del silogismo, sino más bien la forma deductiva del *modus ponens*. Hugo Zuleta ("La fundamentación de las sentencias judiciales: una crítica a la teoría deductivista", *Isonomía*, México, núm. 23, 2005) critica, incluso, la posición de que el *modus ponens* deóntico pueda ser considerado deductivo.

<sup>43</sup> Digo que "puede funcionar" porque esto depende de si el razonamiento judicial puede ser efectivamente reconstruido como un silogismo práctico a través de una lógica deductiva que no sea definida en términos de verdad; y para ello, resta determinar cuáles serían exactamente estos términos.



conceptual que ofrece pocas prestaciones explicativas en cuanto a la reconstrucción teórica de la estructura argumentativa de las decisiones judiciales. Las razones son dos.

Primero, que el modelo de Comanducci reduce las argumentaciones judiciales (*i. e.*, las razones que los jueces ofrecen en apoyo de sus decisiones) a una estructura lógico-argumentativa que cuenta solo con una premisa normativa, otra premisa fáctica y una conclusión normativa. Sin embargo, desde el plano teórico, como expresó Guastini,<sup>44</sup> el razonamiento judicial que se proponga como reconstrucción de la estructura lógico-argumentativa de las decisiones judiciales, desde la perspectiva de la justificación interna, debería contar al menos con otras dos premisas —*i. e.*, un enunciado subsuntivo genérico y un enunciado subsuntivo individual—. <sup>45</sup> El punto es que, desde el plano teórico, en la reconstrucción lógica de la estructura argumentativa de las decisiones judiciales se deberían explicitar todos los elementos que desempeñan un papel lógico relevante. Omitir estas dos premisas posteriores en la reconstrucción de la estructura lógico-argumentativa de las decisiones judiciales no es un error lógico, porque pueden ser entendidas como premisas ocultas o entimemáticas, sino que es un error teórico, en cuanto a la explicitación de la estructura lógica de dichas argumentaciones.<sup>46</sup>

La segunda razón es que el modelo de Comanducci reconstruye las relaciones inferenciales entre la(s) premisa(s) y la conclusión de los razonamientos que se encuentran de manera subyacente en las decisiones judiciales como relaciones de tipo deductivo. Esta no es la única opción, ni la mejor opción, metateórica que nos ofrece la lógica para reconstruir teóricamente estas relaciones inferenciales. Explicito las razones.

La utilidad explicativa que se logra reconstruyendo el razonamiento práctico de las decisiones judiciales a través de la lógica deductiva es que de esta manera se ofrece un criterio preciso y estricto para determinar cuándo una cierta decisión está o no está justificada. El criterio deductivo establece

<sup>44</sup> Guastini, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Turín, Giappichelli, 2011.

<sup>45</sup> *Cfr. ibidem*, p. 258. En este párrafo me estoy refiriendo a la justificación interna y estoy teniendo en consideración a la justificación externa. Sobre la distinción entre “justificación interna” y “justificación externa” volveré en la última sección.

<sup>46</sup> Desde el plano empírico, las argumentaciones de los jueces en sus sentencias no solo tienen una premisa normativa y otra fáctica, sino otras múltiples razones de diversos tipos, *e. g.*, normativo, valorativo, fáctico, definicional, subsuntivo, etcétera. La no reconstrucción de todas y cada una de las razones que de hecho se presentan en estas argumentaciones no es un problema teórico; porque la utilidad de un modelo teórico está relacionada también con la capacidad de presentar la realidad —*i. e.*, las argumentaciones de los jueces— de una manera simplificada. El problema teórico está en no reconstruir las premisas que tienen un papel lógico relevante en la estructura argumentativa de las sentencias.

que si un cierto razonamiento tiene una estructura determinada —*i. e.*, alguna de las formas de los razonamientos deductivos—, y sus premisas son verdaderas (o correctas), entonces su conclusión es *necesariamente* verdadera (o correcta).

En este sentido, la lógica deductiva nos ofrece un criterio preciso y estricto para determinar la verdad (o corrección) de la conclusión de la decisión judicial, *i. e.*, el razonamiento subyacente a la argumentación que se presenta en la sentencia *debe tener* una forma deductiva y, además, las premisas *deben ser* verdaderas (o correctas). De este modo, la parte resolutive (*i. e.*, conclusión) de una decisión judicial motivada estará, además, justificada.

Ahora bien, ¿este es el único criterio que la lógica ofrece para determinar si una cierta decisión está o no está justificada? La respuesta es negativa. La lógica nos ofrece otra opción para (i) reconstruir la estructura de los razonamientos prácticos (*i. e.*, premisas y conclusión) que se encuentran de manera subyacente en las sentencias judiciales, y (ii) para determinar cuándo una cierta decisión está o no está justificada. Esta otra opción está caracterizada por los instrumentos generales de la lógica y por el criterio de corrección particular de la lógica inductiva.

La lógica inductiva no se basa en la forma de los razonamientos, es decir, la corrección de la relación inferencial en un razonamiento inductivo es independiente de la particular forma del razonamiento. La inducción propone un criterio preciso, aunque menos estricto, para determinar la corrección de la relación inferencial entre las premisas y la conclusión. Este criterio se basa en la noción de *fuerza* (en vez de “validez”) y de *probabilidad* (en vez de “necesidad”). Este criterio establece que un razonamiento es fuerte si su conclusión se infiere de las premisas con algún *grado de probabilidad*. Es decir, de acuerdo con la inducción, un razonamiento está justificado si de la corrección (o verdad) de las premisas se sigue con mayor probabilidad que improbabilidad la corrección (o verdad) de la conclusión.<sup>47</sup> Como se puede observar, mientras que la validez de los razonamientos deductivos es todo-nada, la fuerza de los razonamientos inductivos admite grados de probabilidad.<sup>48</sup>

Ahora bien, ¿cuál de las dos opciones metateóricas, aquella que ofrece la lógica deductiva o aquella que ofrece la lógica inductiva, es más adecuada para la teoría del razonamiento judicial? Si nos mantenemos en el ámbito de la lógica deductiva, contamos con un criterio preciso y estricto para de-

<sup>47</sup> Cfr. Iacona, Andrea, *op. cit.*, pp. 67-71.

<sup>48</sup> Según la concepción general de la lógica que estoy siguiendo, las *relaciones inferenciales* de los razonamientos son deductivas o inductivas (*ibidem*, p. 66).

terminar cuándo las decisiones judiciales están justificadas, pero tenemos que circunscribirnos a algunas de las formas en las que se presenta la deducción. Si nos movemos al ámbito de la lógica inductiva, contamos también con un criterio preciso, pero menos estricto, para determinar cuándo las decisiones judiciales están justificadas, pero tenemos un mayor espacio de movimiento para la reconstrucción de la(s) estructura(s) de los razonamientos que se encuentran de manera subyacente en las sentencias judiciales.

A este punto, alguien podría argumentar que el criterio de la lógica inductiva es demasiado poco estricto para valorar la corrección de la relación inferencial entre la(s) premisa(s) y la conclusión de las decisiones judiciales.

Las razones que tengo en mente para contrarrestar este punto son también dos. Primero, que el criterio inductivo es aquel que la mayoría de los participantes de la práctica argumentativa en el derecho sigue cuando, por ejemplo, critican a las sentencias judiciales en una apelación y logran vencer racionalmente a los jueces de alzada. En este caso, solo se hace explícito, y se caracteriza de manera precisa, el criterio de corrección que siguen quienes argumentan exitosamente (desde un punto de vista racional) en materia jurídica. Segundo, la mayoría de los teóricos del razonamiento jurídico suelen proponer al criterio deductivo en la justificación interna y al criterio inductivo en la justificación externa; además suelen sostener que una decisión judicial está justificada si está interna y externamente justificada. Ahora bien, me parece más adecuado, desde un punto de vista teórico, contar con un solo criterio de corrección para la relación inferencial; porque de todos modos el carácter estricto que nos brinda el criterio deductivo se desvanece cuando consideramos a la justificación externa como requisito de justificación necesario para las decisiones judiciales.<sup>49</sup>

Me gustaría cerrar este punto con la siguiente reflexión. La reconstrucción lógica de los procesos argumentativos (*i. e.*, la tarea de hacer explícito el razonamiento que se encuentra implícito en un proceso argumentativo) es “un arte”; en el sentido que el paso de la argumentación que se expone en una sentencia (casi siempre sintácticamente extensa y lógicamente imprecisa) al razonamiento canónico (presentado de manera sintácticamente

---

<sup>49</sup> Tengo la simple sospecha de que, en la teoría del derecho, la utilización de la deducción para explicar la estructura lógica de los razonamientos judiciales esté relacionada, en algún sentido, con la importancia que tiene la deducción para explicar la noción de derecho como un sistema de normas y las características de los sistemas de normas: completitud, coherencia y redundancia. Sin embargo, aunque encuentro muy buenas razones para utilizar la deducción para explicar estas cuestiones relacionadas con los sistemas de normas, no encuentro buenas razones para utilizar la deducción para explicar la estructura de los razonamientos implícitos en las sentencias judiciales.

concisa y lógicamente precisa) puede realizarse de diversas maneras y la elección de una de estas maneras corre por cuenta del usuario de la lógica.

La lógica nos ofrece una serie de instrumentos y criterios para utilizar en la reconstrucción lógica de los procesos argumentativos con el objetivo de presentar con claridad y precisión su estructura, y así estar en condiciones de determinar si son o no racionalmente correctos. Sin embargo, el modo de proceder para realizar esta tarea no depende de la lógica misma, sino de nuestra personal elección como usuarios de la lógica. Somos nosotros quienes, valorando los instrumentos y criterios de la lógica, decidimos si reconstruimos de una u otra manera las argumentaciones de los jueces.

En este sentido, somos los teóricos del derecho quienes elegimos reconstruir las argumentaciones de los jueces a través de la lógica deductiva o de la lógica inductiva. La diferencia teórica relevante entre un modo y otro de hacerlo está en las consecuencias de una y otra empresa explicativa, es decir, (i) en cuál de las dos maneras logra reconstruir más adecuadamente, valorativamente, los aspectos centrales de las argumentaciones de los jueces, y (ii) en cuál de los criterios se considera más adecuado, valorativamente, para determinar la justificación de las decisiones de los jueces.

Desde esta perspectiva, la lógica no es solo una disciplina teórica, que ofrece instrumentos para entender y reconstruir las argumentaciones de una manera canónica, sino también una disciplina normativa, que ofrece criterios evaluativos para valorar la corrección de las argumentaciones.

En pocas palabras, me parece que el costo de utilizar el criterio estricto de la lógica deductiva para determinar si una decisión judicial está o no está justificada, lo pagamos con las restricciones para la reconstrucción de estos razonamientos que nos impone sobre las formas específicas en las que la deducción se presenta, y no me parece que haya buenas razones para pagar este alto costo. Sin embargo, estoy seguro de que Comanducci podrá ayudarnos a dilucidar mejor esta cuestión.

## V. JUSTIFICACIÓN INTERNA Y JUSTIFICACIÓN EXTERNA

Para finalizar, una cuestión metateórica importante para las teorías contemporáneas de los razonamientos judiciales es la distinción entre “justificación interna” y “justificación externa”. Comanducci<sup>50</sup> se ocupa de esta distinción en el segundo capítulo, “El razonamiento jurídico”, y más específicamente en las primeras dos secciones, tituladas respectivamente “Justificación interna” y “Justificación externa”.

<sup>50</sup> Comanducci, Paolo, *op. cit.*, pp. 44-72.

En primer lugar, Comanducci<sup>51</sup> distingue entre tres elementos esenciales del razonamiento judicial: la decisión, la motivación en derecho y la motivación en hechos.

En segundo lugar, este autor define la expresión ‘justificación interna’ de esta manera:

Con la expresión “justificación interna”, introducida en el léxico de la teoría del derecho por Wróblewski, me refiero a la consistencia entre la decisión final del juez y sus premisas (...) En el sentido propuesto por Wróblewski, el silogismo decisional se configura como un esquema teórico de la justificación interna de la *decisión judicial*.<sup>52</sup>

En tercer lugar, Comanducci define la expresión ‘justificación externa’ de esta manera:

Wróblewski ha distinguido entre justificación interna y justificación externa. Esta última consiste, como ya he señalado, en la justificación de las premisas del silogismo decisional: “la justificación interna exige coherencia entre las premisas de la decisión y la decisión misma. Si se presenta el problema de las razones de la aceptación de las premisas; si se va más allá de la esfera de la justificación interna, en la que las premisas son dadas por buenas y, en consecuencia, se justifican estas premisas, entonces la decisión está externamente justificada”.<sup>53</sup>

Habíamos visto que las reglas de inferencia que rigen la justificación interna son de tipo deductivo. Según Wróblewski, las reglas de la justificación externa pueden ser de otro tipo y pueden tener un carácter menos estricto. Esta cuestión se tratará más adelante, ahora desarrollaremos algunas consideraciones metateóricas y teóricas acerca de la justificación externa, o sea, acerca de la motivación en derecho y en hechos.<sup>54</sup>

Encuentro a estas definiciones de las expresiones “justificación interna” y “justificación externa” poco esclarecedoras (probablemente debido a que el propio Wróblewski no ha sido muy preciso en este punto) y, por lo tanto, considero que no logran disolver la ambigüedad que estas expresiones suelen tener en el ámbito de las teorías del razonamiento jurídico. La ambigüedad a la que me refiero es la siguiente.

---

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>52</sup> *Ibidem*, pp. 44 y 45.

<sup>53</sup> Wróblewski, Jerzy, “Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche”, en Gianformaggio, Letizia y Lecaldano, Eugenio (eds.), *Etica e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1986, p. 214.

<sup>54</sup> Comanducci, Paolo, *op. cit.*, p. 52.

En cuanto a la expresión “justificación interna”, la ambigüedad se da entre:

- (1) la justificación de *la conclusión del razonamiento judicial*, es decir, las premisas del razonamiento judicial que tienen como conclusión a la decisión particular o resolución de la sentencia.
- (2) la justificación de *la relación inferencial* que va desde las premisas a la conclusión del razonamiento judicial.

En cuanto a la expresión “justificación externa”, la ambigüedad se da entre:

- (1) la justificación de *cada una de las premisas* del razonamiento judicial, es decir, (i) la conclusión del razonamiento probatorio (*i. e.*, que tiene como conclusión a la *premisa de hecho* y como premisas, entre otras cosas, a los indicios probatorios), y (ii) la conclusión del razonamiento normativo (*i. e.*, que tiene como conclusión a la *premisa en derecho* y como premisas, entre otras cosas, a los argumentos interpretativos).
- (2) (i) la justificación de *la relación inferencial* que va desde las premisas a la conclusión del razonamiento probatorio, y (ii) la justificación de *la relación inferencial* que va desde las premisas a la conclusión del razonamiento normativo.

Como hemos visto, desde el punto de vista lógico, para determinar la justificación de cualquier razonamiento, no solo es necesario determinar la verdad o corrección de las *premisas*, sino también la corrección de la *relación inferencial* (sea esta deductiva o inductiva) que va desde las premisas a la conclusión. Por lo tanto, dado que en la teoría del razonamiento jurídico de Comanducci contamos con tres razonamientos interrelacionados (*i. e.*, el razonamiento de la decisión particular, el razonamiento de la premisa fáctica y el razonamiento de la premisa normativa), se debería considerar que las decisiones judiciales están justificadas siempre que el razonamiento que presentan de manera subyacente satisfaga, en cada uno de estos tres razonamientos, los dos aspectos mencionados: premisas verdaderas o correctas y relación inferencial correcta (sea esta deductiva o inductiva).

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCHOURRÓN, Carlos, “Concepciones de la lógica”, *Enciclopedia de filosofía*, Madrid, Trotta, 1995, vol. 7.

- ALCHOURRÓN, Carlos y MARTINO, Antonio, “Logic Without Truth”, *Ratio Juris. An International of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Reino Unido, núm. 3-1, 1991.
- CHIASSONI, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica: brevario para juristas*, Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 2011.
- COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico: elementos para un modelo*, México, Fontamara, 1999.
- DUARTE D’ALMEIDA, Luis, “On the Legal Syllogism”, en PLUNKETT, David; SHAPIRO, Scott and TOH, Kevin (eds.), *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence*, Nueva York, Oxford University Press, 2019.
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Turín, Giappichelli, 2011.
- IACONA, Andrea, *La argumentación*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2018.
- JÖRGENSEN, Jörgen, “Imperatives and Logic”, *Erkenntnis*, Ámsterdam, vol. 7, 1, 1937.
- MORESO, Josep Joan, *La constitución: modelo para armar*, Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 2009.
- NAVARRO, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge, *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed. ampliada y revisada, Buenos Aires, Astrea, 1984.
- REDONDO, María Cristina, *La noción de razón para la acción en el ámbito jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1996.
- SCARPELLI, Uberto, “Gli orizzonti della giustificazione”, *Rivista di Filosofia*, Turín, 1985.
- VAN ROOJEN, Mark, *Metaethics: A Contemporary Introduction*, Routledge, 2015.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, “Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche”, en GIANFORMAGGIO, Letizia y LECALDANO, Eugenio (eds.), *Etica e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1986.
- ZULETA, Hugo, “La fundamentación de las sentencias judiciales: una crítica a la teoría deductivista”, *Isonomía*, México, núm. 23, 2005.

## LOS DOS COMANDUCCI Y EL COGNITIVISMO MELANCÓLICO

Pau LUQUE

*Para Bruno Celano,  
In memoriam*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La conversación*. III. *Lo escrito*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*

### I. INTRODUCCIÓN

No exagero si digo que en los años que pasé en el llamado *Dipartimento de Cultura Giuridica de Cultura Giuridica Giovanni Tarello* de Génova no solo obtuve un doctorado en filosofía del derecho, sino una educación sentimental. No estoy hablando, por supuesto, de una educación en valores, ni de la inmersión en una doctrina o teoría moral, cosas que, con algunas calificaciones, repelen a los realistas genoveses. Me refiero a algo mucho más mundano y, en todo caso, antiteórico. Aludo a una educación sentimental en el sentido de Flaubert, a una instrucción de las pasiones humeanas, tengo en mente, en fin, algo que una vez le escuché decir a Bruno Celano en Palermo sobre la escuela genovesa de filosofía del derecho: “*è una scuola di vita*”.

Lo anterior tiene algo de curioso, dado que los genoveses –me refiero a los iusfilósofos genoveses, aunque tal vez podría aplicarse a los genoveses en general– no tienen vocación pedagógica, no al menos más allá de la implementación del método de la filosofía analítica al discurso jurídico. *Eppur si muove*. Si uno tiene la suerte de estar rodeado de la gente idónea, puede recibir una educación sentimental aunque la gente de la que aprende no tenga vocación didáctica. Eso es lo que me ocurrió en Génova. De hecho, me atrevería a decir que esa educación es sentimental precisamente porque carece de pretensión pedagógica.



Entre los mayores responsables de haber levantado esa *scuola di vita* se encuentra Paolo Comanducci. En este ensayo quisiera presentar una especulación filosófica motivada por una de las cosas que forma parte de mi educación sentimental genovesa: bromear en serio. Argumentaré que hay dos Comanducci en la obra de Comanducci. Uno explícito, declarado y defendido. Se trata del Comanducci humeano. El otro Comanducci está tal vez no oculto, pero sí disimulado, implícito, sugerido o enmascarado. Se trata, este último, de un Comanducci kantiano. Con esto no quiero decir que el Comanducci kantiano adhiera —ni siquiera implícita o inconscientemente— a la totalidad de la concepción kantiana en materia metanormativa. Por “concepción kantiana” entiendo, esencialmente, un compromiso con la idea según la cual existen criterios de objetividad cognoscibles respecto de las cuestiones normativas. Esta definición es un poco vaga e incluye a más posiciones objetivistas que la kantiana, pero no hará falta desarrollarla más en este momento porque, en parte, precisar en qué sentido Comanducci es kantiano es uno de los propósitos de este trabajo. Lo más importante, en todo caso, es que de algún modo el Comanducci kantiano coexiste con el espíritu humeano que Comanducci invoca de forma expresa en más de una ocasión en su obra. Es decir, lo importante es cómo Comanducci combina objetivismo y subjetivismo (entendidos en términos amplios) o cognitivismos y escepticismo (también entendidos de forma amplia). No pretendo, pues, establecer grandes distinciones entre la metaética kantiana y otras posiciones objetivistas. Mi estrategia consiste más bien en decir que Comanducci es cognoscitivistu u objetivista porque es kantiano y, simultáneamente, que es escéptico o subjetivista porque es humeano. Recurriré a un par de ejemplos significativos de su obra para sugerir que, en efecto, Comanducci bebe tanto de la obra de Hume como la de Kant.

Procederé del siguiente modo. En primer lugar, proporcionaré una serie de notas de carácter informal, en el sentido de que me apoyo en conversaciones filosóficas casuales que tuve con Comanducci a lo largo de mi periplo en Génova y en años posteriores. El objetivo de estas notas es sugerir que los dos Comanducci operan tanto a nivel escrito como a nivel informal. Tras ello, rastrearé en la obra de Comanducci las huellas kantianas o cognitivistas. Finalmente, concluiré con una observación acerca de la trayectoria metaética de Comanducci.

## II. LA CONVERSACIÓN

Cualquiera que haya pasado un poco de tiempo entre los realistas genoveses se habrá dado cuenta de al menos dos cosas. La primera es que son anti-

cognitivistas en material moral. Creen que las preferencias morales no descansan en un reino objetivo, sino que son subjetivas y, adhiriendo al viejo credo emotivista, afirman que no son ni verdaderas ni falsas, solo son meras expresiones de aprobación o desaprobación. La segunda es que, en materia de gusto o estética, se expresan como cognitivistas. Nunca les escuché argumentar expresamente en favor del cognitivismo en estas últimas esferas, pero lo cierto es que hablan *como si* lo fueran. Todo esto es, en efecto, muy vago y muy informal, y bien podría ocurrir que cuando se expresan como objetivistas en realidad sólo estuvieran aludiendo, tal vez de forma no del todo consciente, a algún tipo de semántica intersubjetivista. Es decir, bien podría ser que cuando por hipótesis digan que alguien se equivoca al afirmar que un Barolo es peor que un Rioja lo único que estén diciendo es que, con arreglo a los estándares convencionales en materia de bebedores de vino tinto, es verdad que el Barolo es mejor que un Rioja. El gusto se aprende o se desarrolla, podrían argumentar, y por tanto los enunciados —incluidos los enunciados comparativos— acerca del vino tinto son verificables, solo basta ver qué dice la comunidad lingüística que consume habitualmente vino tinto con un poco de curiosidad. Pero ahora imaginémosnos que la convención cambia y pasa a afirmar que el Rioja es mejor que el Barolo. Me cuesta creer que, en tal hipótesis, los realistas genoveses estén dispuestos a decir que, en efecto, el Rioja es mejor que el Barolo meramente en virtud de una semántica intersubjetiva, es decir, porque lo dice la convención. Más bien creo que seguirían diciendo que el Barolo es mejor que el Rioja y que son los demás los que *se equivocan* y que no se trata de una cuestión de gustos. Lo cual sugiere que son objetivistas, no intersubjetivistas, respecto del gusto.

Como dije, todo esto es muy informal y no tengo evidencia textual para apoyarlo. Pero si lo menciono es para sugerir que, al menos retóricamente, Comanducci no parece ser un emotivista *all the way down*, es decir, no parece ser un filósofo o un jurista que crea que no hay ninguna dimensión del mundo práctico sujeta a lenguaje veritativo-funcional, pues el gusto y la estética —los juicios en materia de gusto y estética, para ser más precisos— pertenecen al mundo práctico. Este es un primer sentido en el que aparece un Comanducci objetivista o kantiano. Se trata, desde luego, de la parte menos seria de la broma seria que quiero plantear aquí. Pero, de ser al menos plausible como reconstrucción de la arquitectura metanormativa de Comanducci, demostraría, entre otras cosas, que está comprometido con una peculiar fragmentación de la razón práctica, una fragmentación, añadiría, bastante iconoclasta: Comanducci es anticognitivista en ética pero cognitivista en gusto y estética.

### III. LO ESCRITO

Pasemos ahora a la parte para la que sí existe evidencia textual.

No aportaré citas del Comanducci humeano. La razón para no hacerlo es que, por un lado, esta —la de su compromiso humeano— no es una tesis controvertida y, por otro, porque son fáciles de encontrar en muchísimos de sus escritos. Me centraré en cambio en proporcionar algunos pasajes significativos del Comanducci kantiano e inmediatamente después sugeriré por qué me parece, precisamente, que son kantianos.

En *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*,<sup>1</sup> Comanducci reconstruye tres teorías políticas normativas contemporáneas basándose en tres autores anglosajones: Rawls, Harsanyi y Nozick. No importan mucho aquí los detalles de la reconstrucción. Me interesa otra cuestión. Comanducci somete las teorías de Rawls, Harsanyi y Nozick a un ejercicio de filosofía analítica, es decir, su propósito es cazar contradicciones y razonamientos circulares de esas tres versiones del contractualismo, el utilitarismo y el libertarianismo, respectivamente.<sup>2</sup> En este libro —por lo demás excelente y, sospecho, pionero de la discusión sobre las teorías de la justicia en una lengua latina—, Comanducci quiere comprobar si, tal y como sostienen sus autores (a veces de manera explícita, otras no tanto), existe un fundamento racional y objetivo para la justificación de esas tres teorías.

Su conclusión, tras detectar innumerables incoherencias, afirmaciones vagas, ambigüedades y peticiones de principios, será negativa. Estas teorías no tienen un fundamento racional, no al menos en el sentido de racionalidad íntimamente ligado a la filosofía analítica o, mejor dicho, a una manera clásica de entender “filosofía analítica”, que es la que Comanducci y, en general, los realistas genoveses suscriben.

Nótese que en *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie* Comanducci no sostiene que la teoría de Nozick sea, pongamos por caso, insolidaria o cruel, como sí podría defender un igualitarista o un socialista. No, él sostiene que no tiene fundamento racional y, por tanto, constituye una justificación irracional del libertarianismo, del mismo modo que también lo son las justificaciones del contractualismo de Rawls o del utilitarismo de Harsanyi.

La dialéctica que impone Comanducci en su libro lo lleva a abrazar una posición un tanto peculiar, en el sentido de que su crítica a Nozick —como a los demás— no es una crítica ética, moral o política, sino que les plantea

<sup>1</sup> Comanducci, Paolo, *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, Turín, Giappichelli, 1984.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 5.

una serie de objeciones de inspiración racionalista: les critica que no nos den la fundamentación racional que nos habían prometido.

Una vez hecha esta crítica, y asumiendo que se trata de una crítica certera o por lo menos plausible, cabe preguntarse: ¿y ahora qué? ¿Qué pasa con esas teorías, ahora que hemos descubiertos sus inconsistencias y hemos identificado un *non sequitur* tras otro? Interpreto a Comanducci como pensando que, en el fondo, no pasa nada, porque siempre será posible apostar por esa teoría normativa —o por cualquier otra— sobre la base de una elección irracional. Tal es el sentido, creo, de la cita de Harsanyi con la que Comanducci abre el libro: “*Yet, when all has been said, everybody has to make his own choice*”.

Es algo equívoco que se trate de la cita que abra el libro y no de la que lo cierre, porque habría sido más inteligible —aunque también menos sutil— colocarla cuando, en efecto, Comanducci ya ha dicho todo lo *racional* (ha identificado las inconsistencias, los razonamientos circulares, etcétera) que tenía que decir sobre Rawls, Nozick y Harsanyi y entonces solo queda por decir lo *irracional*, es decir, la decisión: uno elige ser un igualitarista rawlsiano, un utilitarista harsanyiano o un libertariano nozickiano.

En todo caso, y más allá del lugar que ocupe la cita, cabe decir que un cognitivista moral diría que el hecho de que se trate de teorías irracionales cuenta como una razón para rechazarlas. Un anticognitivista como Comanducci, en cambio, parece decirnos que el hecho de que sean irracionales no cuenta como una razón para rechazarlas.

Pero mi impresión es que Comanducci es un anticognitivista algo *sui generis*, ya que *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, así como su apuesta metodológica, da a entender que sí es posible controlar racionalmente cuándo una teoría normativa es irracional; hay conocimiento a la hora de decretar cuándo una teoría normativa es, digamos, falsa (por ser inconsistente, etcétera), como ocurre con las teorías de Rawls, Nozick y Harsanyi. Para Comanducci, parece haber una suerte de conocimiento moral negativo, en el sentido de que la razón no es la facultad que nos permite descubrir cuál es la teoría moral objetivamente correcta pero sí nos permite descubrir que no hay teorías morales cognoscibles. O dicho de otro modo: es un hecho del mundo que las teorías normativas son irracionales (inconsistentes, etcétera). Es cierto que en ese libro en concreto solo aborda esas tres teorías normativas, pero creo que tiene sentido pensar que su anticognitivismo en metaética tendría la misma conclusión, en general, para cualquier teoría normativa.

Confieso que la posición de Comanducci, más que a la de un emotivista o a la de un anticognitivista, me recuerda a la teoría del error de John L. Mackie, quien también mantenía una postura metaética *sui generis*. Como es

sabido, Mackie sostenía que los juicios morales eran veritativo-funcionales (y en ese sentido era cognitivista) pero todos eran sistemáticamente falsos porque no existían los hechos en el mundo que los hicieran verdaderos (y en este sentido era anticognitivista). Comanducci no dice exactamente que sean falsos, sino que son irracionales porque adolecen de inconsistencias, circularidades, etcétera. Pero en ambos casos —si bien por caminos en buena parte distintos— late un conocimiento moral negativo parecido: la razón nos permite decir cuándo no hay conocimiento moral.

En este punto, se podría aducir que estoy confundiendo distintos niveles del lenguaje. Comanducci y Mackie hablan desde un nivel del lenguaje de segundo orden, mientras que yo parezco estar atribuyéndoles una tesis del lenguaje-objeto. Comanducci, proseguiría la contraobjeción, no estaría diciendo que hay un conocimiento moral negativo, sino que hay un conocimiento metaético según el cual las teorías normativas son irracionales. Sería larguísimo ahora embarcarse en una discusión acerca de las relaciones, o la ausencia de ellas, entre la ética normativa y la metaética. Pero, además, creo que en este contexto sería innecesario, porque lo relevante aquí es que tanto si los juicios “el libertarianismo de Nozick es falso” y “el libertarianismo de Nozick es inconsistente” se pronuncian desde un punto de vista metaético o desde un punto de vista ético-normativo, se trata de enunciados que identifican fallas de irracionalidad de la teoría normativa de Nozick.

Un anticognitivista —digamos— puro no debería estar preocupado por si las teorías de Nozick, de Rawls o de Harsanyi son irracionales, sino por si proyectan al mundo sus preferencias subjetivas. Lo que quiero decir es que un anticognitivista debería estar moralmente (emotivamente) indignado, no racionalmente indignado (uso “indignación” a modo de hipérbole) con una teoría normativa. Si el anticognitivista cree genuinamente que no hay verdades morales, entonces no parece tener sentido indagar si tal o cual teoría moral es irracional —algo que deberíamos dar por supuesto si somos anticognitivistas— sino si esa teoría encaja con mis preferencias morales. Más que un anticognitivista, Comanducci parece ser un “cognitivista pesimista o melancólico”, es decir, alguien que, guiado por el ideal de la razón, sigue buscando, al igual que Rawls, Nozick o Harsanyi, una fundamentación racional u objetiva de la moral aun a sabiendas de que fracasará. La diferencia entre Rawls y Comanducci —a parte de la diferencia fundamental: Rawls no era toscano— consistiría en que el segundo no cae en el autoengaño de creer que ha descubierto esa base racional u objetiva.

Creo que esta especie de cognitivismo negativo o melancólico se puede atribuir, en general, al emotivismo. Y, en realidad, esto es algo que tiene bastante sentido, porque los emotivistas, con Ayer y los neopositivistas a la

cabeza, eran profundamente racionalistas. Y este compromiso con el racionalismo llevaría a los anticognitivistas a un lugar extraño: si se admite, por hipótesis, que la teoría de Nozick fuera racional —es decir, si tuviera una justificación consistente, lógicamente válida, etcétera—, los anticognitivistas deberían aceptarla por imperativo racional, por decirlo de algún modo. El propósito de Comanducci en *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie* no es moral o político sino, como dijimos, racionalista, algo que tal vez no implica pero sí sugiere que, de no haber encontrado inconsistencias y razonamientos circulares en la teoría de Nozick —para seguir con el caso de Nozick—, habría quedado moralmente persuadido por ella. Y esto sugiere, inesperada e indirectamente, que tal vez Comanducci abrazaría una idea kantiana por excelencia, a saber, la idea según la cual si X es racional entonces sería moralmente correcto, y viceversa. Habría una fusión entre razón y moral, o entre racionalidad y ética.

Comanducci no es, a mi parecer, un genuino anticognitivista. Más bien es como, dije, un cognitivista melancólico (si se me permite la licencia poética). Un genuino anticognitivista moral sería más bien aquel que rechazaría una teoría normativa incluso cuando ésta fuera consistente, no contuviera circularidades, etcétera, algo que Comanducci, dado su compromiso metodológico con el racionalismo de la filosofía analítica, no podría hacer. Rechazar una teoría racional (o verdadera, si se quiere) sí sería una verdadera elección irracional. Pero dedicar todo un análisis a una teoría normativa para identificar inconsistencias quiere decir que uno asocia algún tipo de conocimiento racional a los razonamientos normativos, es decir, que en algún sentido misterioso Kant tenía razón cuando fusionaba razón y moral.

A un anticognitivista *full-fledged* no debería importarle buscar inconsistencias en una teoría normativa. Lo que debería importarte es si aprueba o desaprueba semejante teoría con independencia de si tal teoría contiene o no inconsistencias o razonamientos circulares. Bernard Williams —que era, a los efectos de esta discusión, un anticognitivista— decía, para criticar la concepción kantiana de la moral, que no se trata de si tal o cual teoría normativa es irracional, sino de si es buena o mala en sentido moral. Sacar la moral del reino del racionalismo implica que la juzgamos solo con arreglo a sentimiento morales; someterla al análisis racional, y descubrir sus inconsistencias y demás problemas lógicos, nos convierte en cognitivistas melancólicos, pero cognitivistas al fin y al cabo.

Y lo cierto es que en alguna ocasión Comanducci se declaró de algún modo cognitivista. En *Assaggi di metaetica*,<sup>3</sup> reconstruye y rechaza tanto el

<sup>3</sup> Comanducci, Paolo, *Assaggi di metaetica*, Turín, Giappichelli, 1992.

cognitivismo radical como el emotivismo radical. Según Comanducci, la noción clave es “justificación” y sostendrá que hay un tipo de no-cognitivismo que es compatible con la posibilidad de justificar las propias conclusiones éticas.<sup>4</sup>

En primer lugar, Comanducci presenta el emotivismo radical como una posición que afirma que los valores no son cognoscibles y que los enunciados acerca de esos valores no son susceptibles de verdad o falsedad. El razonamiento práctico, según el emotivismo radical, es solo expresión de placer o dolor, aprobación o desaprobación, deseos, etcétera. En el reino de la acción no aplican las reglas de la lógica, del conocimiento ni de la racionalidad.<sup>5</sup>

En segundo lugar, Comanducci presenta el cognitivismo u objetivismo en los siguientes términos: los valores y las normas son entidades sujetas a conocimiento en igualdad de condiciones que aquellas entidades que están sujetas a conocimiento empírico. Además, los cognitivistas —a diferencia de los emotivistas— o rechazan la división ser-deber ser o no la consideran decisiva. La lógica se aplica también al razonamiento práctico.<sup>6</sup>

Comanducci considera que el emotivismo radical conduce a resultados insatisfactorios, pues condena al campo del razonamiento práctico a la irracionalidad total. Y aquí asoman ya otros signos del Comanducci kantiano: da a entender que el discurso práctico está —o al menos debería estar— sujeto a algún tipo de “control razonable”;<sup>7</sup> dice que para rechazar el emotivismo radical basta “el sentido común de gente común”;<sup>8</sup> y afirma que “somos capaces, normalmente, de discernir una buena argumentación, una que nos parece convincente, de una mala argumentación”.<sup>9</sup>

También lanza una serie de críticas contra el objetivismo que no reconstruiremos aquí porque, de nuevo, demostrar que Comanducci es humano carece de interés.

La objeción más de fondo que Comanducci dirige contra el emotivismo radical es que enfatiza demasiado las diferencias entre ciencia y ética.<sup>10</sup> Y parece suscribir la defensa del emotivismo moderado de Weinberger, cuyas características serían: 1) no todos los discursos de la ciencia son descripti-

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 41-44.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 44-46.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 48 y 49.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 51.

vos y no todos los discursos de la ética son prescriptivos;<sup>11</sup> 2) los discursos netamente prescriptivos no son ni verdaderos ni falsos, en cambio algunos discursos metaéticos pueden ser, en tanto discursos descriptivos, verdaderos o falsos;<sup>12</sup> 3) las normas y los valores pueden ser justificados sobre la base de normas o valores de alcance más general o más universal, pero la cadena de justificación se interrumpe cuando se alcanza los principios primeros de cada sistema ético, pues estos principios primeros de cada sistema ético no son ulteriormente justificables.<sup>13</sup> Por tanto, hay algún espacio para la objetividad en el discurso práctico. Se trata de un espacio limitado en varios sentidos: solo hay objetividad dentro de un sistema ético, no hay una objetividad que acomune y permita comparar todos los sistemas éticos y, por último, la objetividad se limita a los valores y normas que pueden ser derivados a partir de los principios primeros del sistema, pero no incluye a estos últimos.<sup>14</sup> Esta objetividad se alcanza a través de dos instrumentos: la racionalidad lógica y la razonabilidad.<sup>15</sup> Así las cosas, Comanducci termina por abrazar lo que denomina un objetivismo relativo.<sup>16</sup>

Además, Comanducci niega que haya hechos morales independientes de los sujetos porque no hay manera de demostrar su existencia y, en caso de duda, prevalecería, en todo caso, la navaja de Ockham, de manera que sostiene una ontología austera.

Todo esto quiere decir, a mi juicio, que Comanducci rechaza el cognitivismo fundacionalista y también el cognitivismo antifundacionalista. Creo que no es necesario argumentar por qué rechaza el cognitivismo fundacionalista, pero tal vez sí vale la pena decir algo acerca de por qué rechaza el cognitivismo antifundacionalista. La razón para invertir ni que sean unas pocas líneas en explicar ese rechazo es que uno podría pensar que al afirmar que existe cierto grado de racionalidad y objetividad que no puede estar fundamentada en la verdad de los principios primeros, Comanducci se está comprometiendo con alguna forma de objetivismo holístico, en el sentido de que cree que la verdad de los juicios morales descansa en argumentos o razones que se apoyan entre ellos y no en un principio, valor o norma fundacional. Sin embargo, sería un error pensar que, en efecto, Comanducci suscribe semejante forma de objetivismo, porque lo que dice no es que no

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 53 y 54.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 54 y 55.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 54.



haya principios últimos, como sostiene el holista o antifundacionalista, sino que los principios últimos no pueden ser objetivamente justificados. Así que tal vez tiene sentido decir que Comanducci parece ser un fundacionalista —de nuevo— pesimista o melancólico, pero en todo caso no es un antifundacionalista. Además, Comanducci es explícito al decir que la racionalidad del discurso práctico depende de inferencias lógicas y de conexiones de razonabilidad a partir de principios últimos, mientras que los holistas suelen pensar que la racionalidad depende (para algunos de forma exclusiva) de balances de razones o de ponderación de principios, herramientas que Comanducci muy probablemente no considera como procedimientos sujetos a control racional u objetivo.

Pero entonces, ¿cómo podría definirse la posición de Comanducci? En principio, me veo inclinado a describirlo como un anticognitvismo fundacionalista (pesimista). Pero esta descripción parece situarlo del lado del emotivismo radical, dado que, bajo la etiqueta “anticognitvismo fundacionalista”, no hay espacio ninguno para la racionalidad o el conocimiento moral. Sin embargo, Comanducci reserva cierto espacio para el cognitivismo. Tal vez, siguiendo parcialmente las nomenclaturas que él mismo usa en *Assaggi di metaetica*, podríamos usar dos denominaciones equivalentes para describir su posición: emotivismo moderado fundacionalista (pesimista) u objetivismo relativo fundacionalista (pesimista). Se trata de etiquetas largas, pero creo que dan cuenta, de forma exhaustiva, de la tesis de Comanducci en el libro apenas citado.

¿Por qué digo que hay algo de kantiano en esa manera de ver el discurso práctico? Principalmente, por tres razones. La primera es que, al igual que Kant, y, al igual que los constructivistas kantianos, Comanducci sostiene una ontología austera, es decir, una en que no hay verdades (ni hechos) morales allá fuera, sino que, en la medida en que pueda haberlas, se trata de verdades construidas a través de la argumentación por los sujetos. Naturalmente hay diferencias entre los kantianos y Comanducci, porque los kantianos piensan que incluso los principios últimos del sistema están objetivamente justificados, al igual que el resto de inferencias válidas que se hacen a partir de esos principios. Comanducci, en cambio, cree que sólo las inferencias son objetivamente justificables, pero no así las premisas-principios de las que parten. Ambos coinciden, sin embargo, en que las verdades morales, sea cual sea su alcance, son construidas: por ejemplo, para un neokantiano como Rawls, son construidas —simplificando mucho— a través del método del equilibrio reflexivo y del velo de la ignorancia; para Comanducci, las verdades son las conclusiones de razonamientos lógicamente válidos o razonables enarbolados por un sujeto.

La segunda razón tiene que ver, precisamente, con la idea de razonabilidad. Es cierto que hay diversas formas de concebir la razonabilidad, pero diría que todas ellas tienen en común que apuntan a ciertas formas de objetividad que no es reducible a los axiomas de la lógica clásica. Comanducci apela a la idea de razonabilidad de Weinberger, como ya mencioné. Weinberger no es un emotivista radical y precisamente la parte de objetividad que está dispuesto a aceptar para el discurso práctico pasa por la razonabilidad (además de la racionalidad lógica). Pero, en todo caso, insisto en la idea de que la razonabilidad, si alude a alguna cosa, es a cierta manera de entender la objetividad moral. Y, de hecho, los neokantianos, incluido justamente Rawls, han invocado la idea de razonabilidad presuponiendo que alude a algún tipo de objetividad moral.

La tercera razón por la que tiene sentido hablar de un Comanducci kantiano tiene que ver con la idea de sistema ético. Este es, a mi juicio, el rasgo kantiano más pronunciado en la obra de Comanducci. Es sabido que Bernard Williams reconstruyó en *La ética y los límites de la filosofía*<sup>17</sup> la ética de Kant en términos de un sistema de moralidad. Me apoyaré en la reconstrucción de Williams para dar cuenta de las diferencias y de las semejanzas entre la manera kantiana de concebir el sistema de moralidad y la manera de Comanducci.

Por el momento, quiero señalar los parecidos. Para Kant, como señala Williams, la razón práctica es un sistema de obligaciones —en el sentido de enunciados normativos que expresan normas de obligación—. Para Comanducci, aunque no lo dice de forma explícita —al menos en este libro—, las conclusiones del razonamiento práctico, singularmente en su dimensión jurídica, se expresan a través de la interdefinibilidad de los caracteres deónticos: permiso, prohibición, obligación. Esto puede parecer una gran diferencia, pero creo que no lo es. Cuando Williams dice que el sistema de moralidad kantiano pone énfasis en la obligación lo hace en contraposición no a otros operadores deónticos (como permiso o prohibición), sino en contraste con otro tipo de consideraciones éticas que no se expresan mediante caracteres deónticos (por ejemplo, las virtudes). Lo que quiero decir es que para Kant el sistema de moralidad engloba todos los otros operadores deónticos aunque ponga más énfasis en el de “obligación”. Y si esto es así, entonces el sistema ético de Comanducci es, al menos estructuralmente, un sistema kantiano de moralidad.

Otra semejanza tiene que ver con el hecho, estrechamente ligado a la noción de “sistema”, de que el sistema kantiano de moralidad no admite

<sup>17</sup> Williams, Bernard, *La ética y los límites de la filosofía*, Madrid, Cátedra, 2016.

conflictos de obligaciones, es decir, no admite contradicciones. En este sentido, el sistema ético de Comanducci, al señalar la coherencia lógica como uno de sus rasgos principales,<sup>18</sup> también es un sistema kantiano de moralidad. Es cierto que Comanducci confiesa en algún momento que es favorable al pluralismo moral y que esto podría tal vez abrir la puerta a la pluralidad incompatible de obligaciones. Sin embargo, entiendo que esa pluralidad se refiere a la heterogeneidad e incompatibilidad de sistemas éticos, no a la multiplicidad de obligaciones (contradictorias) dentro de cada uno de esos sistemas. Para Comanducci, cada uno de esos sistemas es internamente coherente. Por lo que, insisto, cada uno de los sistemas éticos que Comanducci acepta que existen tiene la forma o estructura de un sistema kantiano de moralidad. Y, de hecho, Comanducci está en este punto mucho más cerca de Kant que de Isaiah Berlin, quien, como es sabido, no solo daba por descontado que los diferentes sistemas éticos estaban en contradicción entre ellos, sino que cada uno de ellos podía y, de hecho, solía ser internamente incoherente (de hecho, es bastante dudoso que Berlin aceptara que la ética se encapsula en sistemas, pero incluso concediendo este punto creo que lo más plausible, a la hora de interpretar a Berlin, sería lo que manifiesto justo antes del paréntesis).

También existe una semejanza en cuanto a la idea de que, para Kant, las obligaciones que contiene el sistema ético son categóricas o inescapables. Comanducci parece entender en los mismos términos la naturaleza de las obligaciones del sistema ético o, al menos, no encontré nada en *Assaggi di metaetica* que desacredite la idea de los deberes como deberes categóricos. Es cierto que se trata de un libro publicado antes de la discusión sobre derrotabilidad o del desarrollo en el mundo latino de la idea dworkiniana de los principios y los derechos como triunfos contra las reglas, y que la plausibilidad o implausibilidad de la idea de las obligaciones como algo categórico está ligada a esas discusiones. Sin embargo, me parece que Comanducci liga esas tesis, al menos tal y como las entienden Atienza y Ruiz Manero en *Ilícitos atípicos*,<sup>19</sup> con una mayor e indeseada indeterminación del derecho. En *Apuntes sobre la teoría del derecho contemporánea*,<sup>20</sup> Comanducci señala que el activismo interpretativo, doctrina que implica, entre otras cosas, que la obligación jurídica positiva puede no ser categórica si el balance de razones

---

<sup>18</sup> Comanducci, Paolo, *Assaggi...*, cit., pp. 87 y 88.

<sup>19</sup> Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2006.

<sup>20</sup> Comanducci, Paolo, *Apuntes sobre la teoría del derecho contemporánea*, México, CIIJUS, 2017.

subyacentes o algún principio así lo indica, llevaría a una mayor indeterminación sin que quede claro cuál sería el beneficio.<sup>21</sup> Esto me hace pensar que, en pos de la certeza del derecho, posiblemente también en esto Comanducci es kantiano en relación con la inescapabilidad de las obligaciones.

Por último hay que señalar que es a través de los criterios de racionalidad lógica y razonabilidad, como ya mencioné, como el sistema ético tal y como lo concibe Comanducci “produce normas”. En este sentido, y aunque no se afirma explícitamente en la reconstrucción que hace Williams del sistema de moralidad, diría que, sin excluir la presencia de otros, la racionalidad lógica y la razonabilidad es también la manera en que pueden obtenerse nuevas normas.

Todas estas semejanzas, en realidad, están íntimamente ligadas con la idea de “sistema” entendida como una manera de imponer racionalidad al discurso práctico. Tanto el sistema kantiano como el sistema ético de Comanducci buscan controlar, tanto como sea posible, la racionalidad de nuestra vida práctica. En esta pretensión —aunque no en cuanto a su alcance—, Comanducci es tan kantiano como el propio Kant.

Nada de esto, desde luego, debe hacer olvidar las diferencias entre las dos maneras de concebir el sistema de moralidad. Si no fuera así, simplemente no existiría el Comanducci humeano. Las principales diferencias son, sobre todo, que no hay espacio para una pluralidad de sistemas éticos en Kant, mientras que Comanducci dice, expresamente, que tal situación es el caso y que, además, no hay manera racional de decidir entre ellos. La otra gran diferencia la mencioné ya: la facultad de la razón práctica alcanza, en el caso de Kant, incluso para justificar los principios últimos. Para Comanducci, en cambio, no. En este sentido, permítaseme la broma, Kant es mucho más kantiano que Comanducci.

Antes de concluir, pondré en relación las dos principales obras de Comanducci en las que me he apoyado para escribir este ensayo: *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie* y *Assaggi di metaetica*. En *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, Comanducci pone en práctica el programa metodológico racionalista de *Assaggi di metaetica*. Y, como ya mencioné, Comanducci considera no solo que los principios últimos de las tres teorías no están objetivamente justificados, sino que la red de inferencias a partir de esos principios adolece de inconsistencias y razonamientos circulares que hacen que no pasen el test racionalista de *Assaggi di metaetica*. Y sospecho, como ya mencioné, que ese espacio de cognitivismo que admite en *Assaggi di metaetica* no llegue a instanciarse, para Comanducci, en ninguna teoría normativa medianamente so-

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 111.

fisticada. Es decir, intuyo que, para Comanducci, no existe ninguna “teoría” normativa que no sea irracional; tal vez solo algunos pedazos concretos de la teoría, o algunos silogismos prácticos muy simples y aislados de teorías, superen el test racionalista de Comanducci. Pero cuando uno diseña un entramado normativo complejo, su destino, muy probablemente, terminará siendo el mismo, a ojos de Comanducci, que el de las teorías de Rawls, Harsanyi y Nozick. El de Comanducci es un cognitivismo, insisto, melancólico: en teoría es posible conocer buena parte del discurso moral, pero en el mundo real el conocimiento se da solo en parcelas minúsculas de nuestro razonamiento práctico. Parcelas del razonamiento, por otra parte, que no tienen por qué ser las menos importantes en nuestras vidas prácticas. Lo que quiero decir es que sería un error pensar que los razonamientos normativos más simples son también los que resuelven las cuestiones menos importantes de nuestras vidas. De hecho, yo suelo creer lo contrario. Déjeme que aluda, de nuevo, a Bernard Williams para decir por qué es un error pensar que lo menos sofisticado desde el punto de vista intelectual suele coincidir con lo menos importante de nuestras vidas prácticas. Los conceptos éticos densos pueden ser objeto de conocimiento, mientras que los conceptos éticos ligeros no lo son —al menos—, según Bernard Williams. Como es sabido, los conceptos densos son conceptos como la crueldad, la brutalidad, la lealtad, etcétera, mientras que los ligeros aluden a términos más abstractos: la justicia o la equidad. Para nuestro día a día práctico, los conceptos densos son mucho más importantes que los ligeros aunque aquéllos sean menos complejos intelectualmente que estos últimos. Paralelamente, puede decirse que el conocimiento del razonamiento normativo más simple y mundano seguramente es más decisivo para nuestra vida práctica que los grandes entramados teóricos como los que diseñaron Rawls, Nozick o Harsanyi. Esto se puede ilustrar aludiendo, si se me permite, a una circunstancia familiar. Mi abuela, no habiendo podido acudir a la escuela, era analfabeta e iliterata. Pero era completamente funcional en la vida práctica porque podía ejemplificar los conceptos éticos densos: sabía qué era una persona cruel, qué era una acción generosa, etcétera. Los conceptos éticos ligeros no formaban parte del conjunto de conceptos que jugaban algún papel en su vida práctica. Poseía conceptos éticos densos —aunque, naturalmente, no los llamaba así— pero no conceptos éticos ligeros y, con ello, le bastaba. Esto sugiere, aunque no es un argumento ni mucho menos definitivo, que los primeros son más decisivos, en la vida práctica, que los segundos.

Que solo algunas parcelas minúsculas del razonamiento práctico puedan ser objeto de conocimiento no quiere decir que entonces la mayor parte de nuestra vida práctica, o que la parte más importante de nuestra vida

práctica, pase a ser un cúmulo de irracionalidades. Quien tenga este temor puede respirar tranquilo, porque lo que afirma el cognitivista melancólico es, en fin de cuentas, exactamente lo contrario: lo que importa es que las acciones crueles, así como las más mundanas, importantes y numerosas de nuestras vidas, pueden ser conocidas; que el equilibrio reflexivo rawlsiano o que el argumento nozickiano para defender el Estado mínimo adolezcan de inconsistencias es menos importante.

Yo confieso que no fue sino hasta varios años después de abandonar Génova que no me di cuenta de que posiblemente el cognitivism melancólico es la única manera, y aún la más noble, de ser cognitivista en materia práctica. Y es que me costó un buen tiempo entender que también el cognitivism melancólico es una forma de educación sentimental.

#### IV. CONCLUSIONES

Vista retrospectivamente, la obra de Comanducci está cimentada en su doble filiación kantiana y humeana. Como ya dije en algún momento de este texto, esta extraña combinación es deudora, a mi parecer, del neopositivismo, que era profundamente racionalista. Hay que decir que, en un sentido, el propio Hume era kantiano y el mismo Kant era humeano: Hume concedía la posibilidad de inferencias entre enunciados de deber ser, aunque no a partir (solo) de premisas fácticas, algo —la ley de Hume, como es conocida popularmente— que, a mi juicio, Kant también aceptaba; además, ambos rechazaban una ontología barroca. Estas eran las partes donde coincidían. Pero había también las partes donde no concordaban. Singularmente, como es sabido, discrepaban acerca del lugar de las pasiones y las emociones en el mundo práctico. Pero había, a mi juicio, compatibilidad respecto de los elementos ya mencionados. De este modo, tal vez tenga sentido decir que había un espacio de superposición entre Kant y Hume. Creo que Comanducci, en el conjunto de su larga trayectoria, habita precisamente ese espacio de superposición entre Hume y Kant.

Con todo, no puedo terminar sin hacer mención a una inquietud que tal vez contradiga lo que acabo de señalar en el párrafo anterior. Es posible que la posición de Comanducci haya cambiado un poco, respecto de las cuestiones metaéticas, en la segunda mitad de su obra. Se trata de una impresión de la que sólo me he dado cuenta ahora, al releer buena parte de su obra y situarla cronológicamente. Con el paso del tiempo, han disminuido, en su obra, tanto los escritos de crítica a las concepciones de ética normativa (con algunas excepciones, como por ejemplo al subrayar su afinidad con

las posiciones normativas de Ernesto Garzón Valdés) como los escritos sobre metaética. A partir del año 2000, Comanducci apenas ha tratado estas cuestiones y cuando lo ha hecho ha sido básicamente para tomar posición y declararse como un emotivista o un anticognitivista sin mayores matices. Tengo la sensación de que con el paso el tiempo se ha vuelto mucho más humeano que kantiano. Su escepticismo parece haberse endurecido y, aunque me puedo equivocar, diría que ahora concede menos espacio al cognitivismo del que concedía en los años ochenta y noventa. Esta evolución —o involución, según los gustos— me recuerda a algo que dijo alguna vez otra persona tan sabia como Comanducci. Al ser preguntado por si seguía siendo comunista en su vejez, José Saramago vino a responder más o menos lo siguiente: cuanto más mayor me hago, más radical me siento.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2006.
- COMANDUCCI, Paolo, *Apuntes sobre la teoría del derecho contemporánea*, México, CIIJUS, 2017.
- COMANDUCCI, Paolo, *Assaggi di metaetica*, Turín, Giappichelli, 1992.
- COMANDUCCI, Paolo, *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, Turín, Giappichelli, 1984.
- WILLIAMS, Bernard, *La ética y los límites de la filosofía*, Madrid, Cátedra, 2016.

# INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL



## LA “CONSTITUCIÓN” DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Magdalena Inés ÁLVAREZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El objeto “constitución” y su interpretación*. III. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico*. IV. *Insuficiencia de las condiciones propuestas*. V. *Reflexiones finales*. VI. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

En primer lugar quiero agradecer la invitación a participar en esta obra colectiva, concebida como un homenaje al generoso aporte que Paolo Comanducci ha realizado al desarrollo de la filosofía del derecho en el ámbito latinoamericano.

En lo personal, mi primera aproximación con las enseñanzas de Paolo tuvo lugar en 2000, en oportunidad de asistir al curso “El Estado Constitucional de Derecho”,<sup>1</sup> curso que produjo un cambio en mis “gafas” epistemológicas,<sup>2</sup> y marcó un antes y un después en la manera de concebir el derecho.

Años más tarde, Paolo tuvo la generosidad de dirigir mi tesis de maestría en derecho y argumentación (UNC) y, aun cuando ya había asumido como rector de la Universidad de Génova, aceptó también dirigir mi tesis de doctorado en derecho y ciencias sociales (UNC).

En el presente trabajo intentaré mostrar cómo los aportes desarrollados por él en el ámbito de la filosofía y la teoría del derecho configuran valiosas herramientas que contribuyen a poner orden en el espacio de otras discipli-

---

<sup>1</sup> En “Seminario de Filosofía del Derecho, Moral y Política”, II Módulo, Secretaría de Postgrado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (UNC), abril-mayo de 2000.

<sup>2</sup> Uso la expresión en el sentido propuesto por Comanducci, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 176-179.

nas jurídicas, como es el derecho constitucional, área disciplinar en la que desarrollo mi actividad académica.

## II. EL OBJETO “CONSTITUCIÓN” Y SU INTERPRETACIÓN

Desde esta perspectiva, resultan relevantes los trabajos en los que Comanducci aborda los conceptos de *constitución* e *interpretación constitucional* y, muy especialmente, aquellos en los que vincula estos conceptos con el proceso de *constitucionalización* del ordenamiento jurídico del Estado constitucional.

El término *constitución* —explica Comanducci—, si bien representa una noción central tanto en la teoría del derecho como en la práctica jurídica, es utilizado por los juristas con muy diversos significados.<sup>3</sup>

Desde un plano teórico, Comanducci clasifica las concepciones de *constitución* que han circulado por la cultura política desde el siglo XVIII hasta el presente, insertándolas en cuatro modelos construidos con base en dos parejas conceptuales: *descriptivo/axiológico* y *norma/orden*.<sup>4</sup> Cada modelo —explica el autor— se configura como un metamodelo que agrupa un conjunto de conceptos de *constitución*, unidos por los elementos que aparecen en la definición del metamodelo y separados por las funciones que cumplen.<sup>5</sup>

Dos de los modelos conciben la constitución como un *orden* (*i. e.*, como un conjunto de fenómenos sociales) y los dos restantes la entienden como *norma* (*i. e.*, como un conjunto de reglas jurídicas positivas que, respecto de otras reglas jurídicas, son fundamentales). Estos, a su vez, se distinguen en modelo descriptivo (modelo *descriptivo* de *constitución* como *orden*/modelo *descriptivo* de *constitución* como *norma*) y *axiológico* (modelo *axiológico* de *constitución* como *orden*/modelo *axiológico* de *constitución* como *norma*).<sup>6</sup>

Entre estos cuatro modelos —señala Comanducci— son los modelos que conciben la *constitución* como *norma* los que dan cuenta de los conceptos de *constitución* que circulan en países cuyos ordenamientos jurídicos se encuentran *constitucionalizados* o en proceso de *constitucionalización*.<sup>7</sup>

El primer modelo —modelo *descriptivo* de *constitución* como *norma*— concibe la *constitución* como una *norma* que no se diferencia cualitativamente de otras, aun cuando pueda presentar ciertas peculiaridades. En este modelo,

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 116 y 117.

<sup>4</sup> Comanducci, Paolo, *Estudios sobre constitución y derechos fundamentales*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, p. 29.

<sup>5</sup> Comanducci, Paolo, *Hacia una teoría analítica...*, *cit.*, pp. 115-157.

<sup>6</sup> *Idem*.

<sup>7</sup> Comanducci, Paolo, *Estudios sobre constitución...*, *cit.*, pp. 27-40.

precisa el autor, *constitución* designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento que, respecto de otras reglas jurídicas, son fundamentales.<sup>8</sup>

El segundo modelo —modelo *axiológico* de constitución como norma— entiende la *constitución* como una norma cualitativamente diferente de otras normas, en tanto se la considera en sí misma dotada de valor positivo y como generador de normas. En esta segunda acepción *constitución* designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento que, respecto de otras reglas jurídicas son fundamentales, con la condición de que posean determinados contenidos a los que se atribuye valor específico.<sup>9</sup>

Para Comanducci, en el plano teórico, primero se plantea el problema de qué es el objeto *constitución* y luego, sobre la base de esta respuesta, se plantea el problema de la interpretación de ese objeto previamente configurado.<sup>10</sup> En efecto: si se sigue el modelo *descriptivo* de constitución como *norma*, entonces la interpretación constitucional no difiere del género interpretación jurídica o, al menos, solo presenta diferencias de grado y no categóricas.<sup>11</sup>

En cambio, si se adopta el modelo *axiológico* de constitución como *norma*, entonces la interpretación constitucional presenta una radical especificidad respecto de la interpretación jurídica. Ello en función de la omnipresencia que el modelo asigna a la *constitución* dentro del sistema jurídico —concebido no solo como sistema dinámico, sino también estático—; la configuración de las normas que la conforman como *principios* que requieren del método ponderativo para su aplicación; la especial relación que guarda la constitución con la democracia, y muy especialmente, porque abre el sistema jurídico a consideraciones de tipo morales.<sup>12</sup>

En lo que sigue intentaré demostrar que, más allá de que ambos modelos que conciben la constitución como norma circulen en la cultura jurídica de los países cuyos ordenamientos se encuentran en el algún grado del proceso de constitucionalización, solo el modelo *axiológico* de constitución como *norma* da cuenta del derecho del Estado constitucional.

---

<sup>8</sup> Comanducci explica que dentro de este modelo se enmarcan una gran variedad de conceptos de constitución que van desde aquellos en los que basta que la normas se autodesignen como constitución —con independencia de su contenido—, hasta otros que requieren para calificar a la norma como constitución que tenga un específico contenido normativo. Comanducci, Paolo, *Estudios sobre constitución...*, *cit.*, pp. 29-31.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p.15.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 33.

### III. LA “CONSTITUCIONALIZACIÓN” DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO<sup>13</sup>

#### 1. *Origen*

Como una primera aproximación, la doctrina vincula el nacimiento del llamado *Estado constitucional* con la sanción por los países de Europa continental de textos constitucionales en los que se consagran los principios de rigidez y supremacía constitucional, jurisdiccionalmente garantizados por tribunales constitucionales, junto con un denso entramado de contenidos sustantivos. Estos aspectos, si bien no eran novedosos en aquella época, pertenecían a tradiciones constitucionales diferentes,<sup>14</sup> por lo que el aporte del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra consistió en su combinación.<sup>15</sup>

Los contenidos materiales incorporados al texto constitucional comienzan luego a ser desarrollados por los tribunales constitucionales los que, en el ejercicio de sus funciones, no se limitan a velar por el respeto de las reglas de juego mínimas en orden a la producción normativa, sino que abarcan también el análisis de la compatibilidad de contenidos. De esta manera, los tribunales inician un proceso de irradiación de la constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, proceso que recibe el nombre de *constitucionalización del derecho*, y es definido por Guastini en los siguientes términos: “un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales”.<sup>16</sup>

Un ordenamiento constitucionalizado se caracteriza, entonces, por la presencia de: “una constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, las acciones de los actores políticos así como las relaciones sociales”.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> He desarrollado las cuestiones tratadas en los apartados III y IV con mayor profundidad en “¿Qué derecho conoce el juez?, *Iura novit curia* y Estado constitucional”, tesis dirigida por el doctor Paolo Comanducci y codirigida por el doctor Andrés Rossetti, Facultad de Derecho, Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Córdoba, 2019 (inérita).

<sup>14</sup> A la tradición francesa, la incorporación a la ley fundamental de contenidos sustantivos; y a la tradición norteamericana, la garantía jurisdiccional del texto constitucional.

<sup>15</sup> Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, s.l.i., año 24, núm. 71, mayo-agosto de 2004, pp. 48 y 49.

<sup>16</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, UNAM, 2001, p. 153.

<sup>17</sup> *Idem*.

La “constitución” del “Estado constitucional”, en consecuencia, subordina tanto a la administración como al Parlamento, con lo cual la ley pierde la posición central, como fuente del derecho, que caracterizaba al Estado legislativo.<sup>18</sup>

Además, conforme a la cultura jurídica del Estado constitucional, las normas constitucionales no configuran sólo límites a la legislación ordinaria, sino que son vistas principalmente como el fundamento de todo el ordenamiento jurídico.<sup>19</sup> Ello toda vez que:

La constitución ya no es considerada como el documento que regula una ‘materia constitucional’ (relativa a la organización de los poderes del Estado) más o menos delimitada, sino que es vista ahora como un proyecto de sociedad justa, que como tal está destinada a desplegar efectos en toda la sociedad, en las relaciones jurídicas y también en las relaciones políticas.<sup>20</sup>

## 2. Condiciones de la constitucionalización

Precisa Guastini que el concepto de *constitucionalización* no es un concepto bipolar. Se presenta, en cambio, como una cuestión gradual en el sentido que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado y ello depende de cuáles condiciones de constitucionalización están satisfechas.<sup>21</sup>

Guastini originariamente propuso siete condiciones que intervienen en el proceso de constitucionalización del ordenamiento. Dos de estas condiciones eran calificadas como necesarias para que proceda la constitucionalización, mientras que las restantes actuaban como condición suficiente para lograr un grado distinto de constitucionalización.<sup>22</sup> En un trabajo posterior, Guastini amplía el listado de condiciones necesarias al agregar —y ubicar en primer lugar— la exigencia de contar con una constitución *larga*.<sup>23</sup>

En definitiva, para el autor citado, son condiciones necesarias —*i. e.*, condiciones sin las cuales el proceso de constitucionalización no es concebible— las siguientes:

<sup>18</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 3a. ed., trad de Mariana Gascón Abellán, Madrid, Trotta, 1999, pp. 33-38.

<sup>19</sup> Pino, Giorgio, *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 241 y 242.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 242.

<sup>21</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios...*, *cit.*, p. 154.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 153-183.

<sup>23</sup> Guastini, Riccardo, *La sintaxis del derecho*, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 177.

Constitución *larga*: calificada ahora como primera condición necesaria para que un ordenamiento esté sujeto a un proceso de constitucionalización. Requiere una constitución que no se limite a reglar la organización de los poderes públicos, sino que contenga disposiciones que confieren derechos, principios y disposiciones programáticas.<sup>24</sup>

Rigidez constitucional: Una constitución es rígida, si y sólo si, es escrita y no puede ser modificada o derogada si no es por un procedimiento especial de revisión constitucional. Este procedimiento debe ser más complejo respecto del procedimiento de formación de las leyes.<sup>25</sup>

Garantía jurisdiccional: Para que la rigidez esté garantizada se requiere que esté asegurada por un mecanismo de control de constitucionalidad.<sup>26</sup>

Las tres condiciones que anteceden se relacionan con la estructura del ordenamiento y, si bien no cabe duda de que para Guastini constituyen condiciones necesarias, no queda claro si son conjuntamente suficientes para que opere el proceso de constitucionalización.<sup>27</sup>

Guastini, en cambio, presenta como condiciones que determinan grados distintos de constitucionalización las siguientes:

Fuerza vinculante de la constitución. No se trata ya de una condición que atañe a la estructura del ordenamiento, sino que toma en cuenta la ideología difundida en la cultura jurídica del país. Requiere que dicha cultura acepte que toda norma constitucional —cualquiera sea su estructura o contenido— es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos. Ello es aplicable tanto a las reglas que hacen a la organización del Estado como a las disposiciones que consagran derechos, así como también a los principios sustantivos y cláusulas programáticas.<sup>28</sup>

Sobre-interpretación de la constitución. Esta condición depende de la postura de los intérpretes frente a la constitución. Toda constitución es un texto finito y limitado que puede ser interpretado en forma literal o extensiva. Si el intérprete se inclina por la interpretación literal, la constitución sólo regula una parte de la vida política y social, dejando un espacio vacío en el que el legislador es libre de disponer. Por el contrario, si el intérprete se inclina por la interpretación extensiva, la sobre-interpretación produce

<sup>24</sup> *Idem.*

<sup>25</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios...*, *cit.*, p. 155; Guastini, Riccardo, *La sintaxis...*, *cit.*, p. 177.

<sup>26</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios...*, *cit.*, p. 156; Guastini, Riccardo, *La sintaxis...*, *cit.*, p. 178.

<sup>27</sup> En palabras de Guastini “Son condiciones necesarias de constitucionalización del ordenamiento —en ausencia de las cuales, la constitucionalización no sería posible— *al menos* las siguientes”. Guastini, Riccardo, *La sintaxis...*, *cit.*, p. 177 (el destacado me pertenece).

<sup>28</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios...*, *cit.*, pp. 157 y 158; Guastini, Riccardo, *La sintaxis...*, *cit.*, pp. 178-180.

una innumerable cantidad de normas implícitas. De allí que toda decisión legislativa esté previamente regida por la constitución y puede ser controlada. No hay espacio para la discrecionalidad legislativa ni cuestión constitucional de la que se pueda decir que es sólo una cuestión política.<sup>29</sup>

Aplicación directa de las normas constitucionales. Para la cultura jurídica del Estado constitucional, la función de la constitución no se limita a regular la organización del Estado y su relación con los ciudadanos, sino que —además— modela las relaciones sociales, por lo que puede ser aplicada en forma directa a las relaciones entre particulares en ocasión de cualquier controversia.<sup>30</sup>

Interpretación conforme de la ley. Esta condición se refiere, no a la interpretación de la constitución, sino al modo en que se interpretan las leyes. No existe ningún texto normativo susceptible de una sola interpretación. Cuando una determinada disposición legislativa puede ser interpretada en dos sentidos distintos, uno conforme a la constitución y otro contrario a ella, el intérprete debe elegir aquella que evite toda contradicción entre la ley y la constitución.<sup>31</sup>

Influencia de la constitución sobre las relaciones políticas.<sup>32</sup> En un Estado constitucionalizado todas las disputas pueden ser presentadas en un espacio en el que se superponen las áreas de protección de dos o más principios constitucionales. De allí que su solución demande un razonamiento que tenga en cuenta los principios en pugna.<sup>33</sup> Disputas de tipo ideológicas o políticas e, incluso, cuestiones intrascendentes, se transforman en (o son presentadas como) problemas de interpretación constitucional.

#### IV. INSUFICIENCIA DE LAS CONDICIONES PROPUESTAS

En lo que sigue intentaré demostrar que las tres condiciones propuestas por Guastini como condiciones necesarias para que proceda la constitucionalización

<sup>29</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios...*, cit., pp. 158-160; Guastini, Riccardo, *La sintaxis...*, cit., pp. 180-184.

<sup>30</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios...*, cit., pp. 160-161; Guastini, Riccardo, *La sintaxis...*, cit., pp. 184 y 185.

<sup>31</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios...*, cit., pp. 161 y 162; Guastini, Riccardo, *La sintaxis...*, cit., pp. 186-190.

<sup>32</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios...*, cit., p. 163. El autor señala que se trata de un aspecto que no es fácil de precisar y agrega que depende de distintos elementos, como el contenido mismo de la constitución, la actitud de los jueces y la actividad de los órganos constitucionales. Guastini, Riccardo, *La sintaxis...*, cit., pp. 190-195.

<sup>33</sup> Pino, Giorgio, *op. cit.*, pp. 248-251.

zación del ordenamiento jurídico no son conjuntamente suficientes. Para activar dicha transformación hace falta “algo más”. Ese “algo más” no tienen que ver con rasgos estructurales del ordenamiento jurídico, sino que requiere que la cultura jurídica acepte que la constitución es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos.

A los efectos de probar esta afirmación recurriré al caso argentino y mostraré que, aun cuando el ordenamiento jurídico reunía desde fines del siglo XIX las tres condiciones necesarias identificadas por Guastini, la constitucionalización del ordenamiento no se produjo y solo operó cuando la cultura jurídica cambia la forma de percibir la constitución.

### 1. *Aplicación de las categorías de análisis al caso argentino*

#### A. *Constitución larga*

La constitución argentina cumple con esta condición. En efecto, desde el momento de su sanción en 1853, la constitución aparece como un instrumento de organización y de distribución del poder que contiene —simultáneamente— una declaración de derechos. En el texto sancionado en 1853 estos derechos se identifican solo con los llamados derechos de libertad, concebidos como límites a la intromisión estatal en la esfera de autonomía de los individuos.

El proceso constituyente, abierto en 1853, se cierra siete años más tarde con motivo de la incorporación de la Provincia de Buenos Aires a la Confederación Argentina, momento en que se introduce el artículo 33 en el texto de la ley fundamental, que consagra los llamados derechos no enumerados o implícitos. Esta disposición, de textura abierta y términos indeterminados, permitió dar fundamento constitucional a un cúmulo de derechos que no se encontraban explícitos en el texto de la Constitución Nacional.

Las reformas constitucionales llevadas a cabo en el siglo XX, en cambio, se inspiran en corrientes ideológicas diferentes. En efecto: tras la derogación de la Constitución sancionada en 1949 y el restablecimiento del texto original con las reformas introducidas en 1860, 1866 y 1898,<sup>34</sup> se incorpora en 1957 el artículo 14 *bis*. Esta disposición responde a una concepción de los derechos sociales vistos más como directivas dirigidas al legislador que como potestades atribuidas a sujetos activos. Ello incide en la escasa eficacia

---

<sup>34</sup> La reforma de 1949 fue derogada en el año 1956 por el gobierno militar que derrocó al presidente Perón. En el mismo acto, se restableció la vigencia del texto aprobado en 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898.



normativa que se le reconoce a esta disposición desde su sanción hasta la última década del siglo XX.<sup>35</sup>

La reforma constitucional de 1994, por su parte, se enrola en una concepción más robusta de los derechos fundamentales que se evidencia, por ejemplo, en la expresa recepción en el texto constitucional del principio de igualdad real de oportunidades,<sup>36</sup> la incorporación de derechos de tercera generación<sup>37</sup> y la regulación de un conjunto de garantías judiciales.<sup>38</sup> Por otra parte, el artículo 75, inciso 22, otorga jerarquía constitucional a once instrumentos de derechos humanos y deja abierta la posibilidad de ampliar este catálogo con la aprobación del Congreso con una mayoría agravada.<sup>39</sup>

### B. Rigidez constitucional

La segunda condición necesaria para que opere la constitucionalización del ordenamiento jurídico es la presencia de una constitución rígida. La Constitución argentina cumple con esta segunda condición. Ello toda vez que cuenta con un texto escrito que prevé un mecanismo de reforma distinto al de sanción de la ley. En tal sentido, el artículo 30 del texto constitucional establece que "la Constitución puede ser reformada en todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto".<sup>40</sup>

Se trata de una rigidez tanto procedimental como orgánica. En orden al primer aspecto, si bien es el Congreso el órgano encargado de declarar la necesidad de la reforma, debe hacerlo con un procedimiento agravado en relación al trámite normal de formación y sanción de leyes.

La rigidez orgánica, a su vez, está determinada porque, si bien le compete al Congreso declarar la necesidad de la reforma, ella debe ser llevada a cabo por una convención *ad hoc* o especial convocada al efecto.

Finalmente, si bien no lo prevé la Constitución en forma expresa, un amplio sector de la academia atribuye rigidez material a determinados con-

<sup>35</sup> Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1988, pp. 397 y 398; Sagüés, Néstor, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007, pp. 808-818.

<sup>36</sup> Artículos 37, 75, inciso 2, 19 y 23.

<sup>37</sup> Artículos 41, 42, 43 y 75, inciso 17.

<sup>38</sup> Artículo 43.

<sup>39</sup> Para ello se requiere la aprobación con el voto favorable de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara (artículo 75, inciso 22).

<sup>40</sup> Texto conforme reforma constitucional de 1860.

tenidos sustantivos del texto constitucional. Ello importa concebir como intangibles estos contenidos no sólo respecto del legislador ordinario sino —incluso— frente al ejercicio de poder constituyente derivado. No existe, sin embargo, acuerdo respecto de cuáles son esos contenidos.<sup>41</sup>

### C. *Garantía jurisdiccional*

La presencia de una constitución rígida y la incorporación de contenidos sustantivos son condiciones necesarias, pero no suficientes para que opere la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Se requiere, además, que esa constitución esté garantizada: esto es, que existan órganos y procedimientos que resguarden la rigidez y velen por la supremacía de la constitución.

A diferencia de lo que ocurre con las otras dos condiciones, el texto de la Constitución argentina, sancionado en 1853, no previó explícitamente órganos ni mecanismos que aseguren dicha supremacía. Ello no significa que no estuvieran sentadas las bases del sistema en la ley fundamental.<sup>42</sup>

Muy poco tiempo después de la sanción de la Constitución, el 28 de agosto de 1858, el Congreso de la Confederación Argentina aprobó la Ley 182. La sanción de esta ley fue precedida de un largo debate en el que quedan plasmadas las principales notas que caracterizan el sistema de control de constitucionalidad adoptado unos años más tarde.

Tras la reforma constitucional de 1860, y ya constituido el gobierno en la Ciudad de Buenos Aires, el Congreso de la Nación sanciona la Ley 27 cuyo artículo tercero confiere al Poder Judicial de la Nación el control de constitucionalidad al establecer que: “Uno de sus objetos es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella”.

El 15 de enero de 1863 se instala la Corte Suprema de Justicia de la Nación y juran los ministros designados por el presidente Bartolomé Mitre.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> En tal sentido Bidart Campos entiende que si bien desde un punto de vista cuantitativo la Constitución puede ser reformada en todo o en cualquiera de sus partes, cualitativamente ello no sería posible porque hay algunos contenidos o partes que si bien pueden reformarse no pueden alterarse, suprimirse o destruirse. Bidart Campos califica de pétreos estos contenidos. Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, p. 111.

<sup>42</sup> Sagüés, Néstor, *Compendio de derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2011, pp. 47 y 48.

<sup>43</sup> Tanzi, Héctor José, “El nacimiento y los primeros pasos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1853-1903)”, en Santiago, Alfonso (dir.), *Historia de la Corte Suprema de Justicia Argentina*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2013, t. I, pp. 41 y 42.

Poco tiempo después, sobre la base de un proyecto elaborado por la propia Corte, se sanciona la Ley 48 cuyo artículo 21 establece:

Los Tribunales y Jueces Nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los Tratados con Naciones extranjeras, las leyes particulares de las Provincias, las leyes generales que han regido con anterioridad a la nación y los principios del derecho de gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento en el orden de prelación que va establecido.

Legalmente, en consecuencia, quedan sentadas las bases de un sistema de control de constitucionalidad, a cargo de los jueces, en las causas sometidas a su conocimiento. Nueve meses después de su instalación, el 15 de octubre de 1863, la Corte dicta su primera sentencia.<sup>44</sup> A partir de entonces, comienza a velar por la supremacía de la Constitución Nacional.

Finalmente, el control judicial de constitucionalidad es receptado en forma expresa en el texto constitucional por la reforma de 1994 (artículo 43).

El sistema de control de constitucionalidad adoptado en Argentina se caracteriza por atribuir a todos los jueces, tanto nacionales como de provincia, cualquiera sea su competencia, el ejercicio del control de constitucionalidad. Los jueces ejercen este control dentro del ámbito de las atribuciones propias del tribunal, esto es, en relación con las causas o controversias sometidas a su conocimiento.<sup>45</sup> Ello excluye cualquier planteo abstracto o teórico.

En orden a las vías para articularlo, en un primer periodo, solo se admitía la vía incidental o de excepción planteada, en el caso concreto, por quien tiene afectado un derecho subjetivo o interés legítimo por la norma inconstitucional. En la actualidad se admite su procedencia por vía de acción<sup>46</sup> así como también la declaración de oficio por parte del tribunal.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Levaggi, Abelardo, “La interpretación del derecho en la Argentina del siglo XIX”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, núm. 7, 1980, p. 51.

<sup>45</sup> Es decir, en controversias entre partes con intereses jurídicos contrapuestos (artículo 116 de la Constitución Nacional y 2o. de la Ley 27).

<sup>46</sup> A partir del año 1985 la Corte admitió el planteo de inconstitucionalidad por vía de la acción declarativa de certeza (artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). CSJN, 1985, Fallos: 307:1379. CSJN, 1985, Fallos 307:2384, entre muchos otros.

<sup>47</sup> CSJN, 2001, Fallos 324:3219; CSJN, 2004, Fallos 327:3117; CSJN, 2012, Fallos 335:2333.

El efecto del control se circunscribe al caso concreto, por lo que la declaración de inconstitucionalidad no tiene efectos *erga omnes* sino *inter partes*. Ello aun cuando la decisión emane de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tribunal que se reserva para sí el rol de último intérprete de la Constitución Nacional.<sup>48</sup>

## 2. *Influencia de la tradición continental*

Si bien el sistema de control de constitucionalidad receptado por Argentina se asemeja al modelo adoptado por los Estados Unidos de América, esta semejanza no debe llevar a equívocos pues existe una diferencia relevante en orden al telón de fondo sobre el que históricamente se proyectan uno y otro modelos. Así, mientras el control de constitucionalidad norteamericano se articula sobre el sistema jurídico del *common law*, el argentino lo hace sobre el sistema jurídico romanista o civilista. Ambos sistemas sostienen posturas diversas respecto del rol del legislador, la figura del juez y el valor que se asigna a las decisiones judiciales.

En el sistema del *common law*, el derecho es visto —principalmente— como un derecho hecho por el juez (*judge made*)<sup>49</sup> y es en este marco en el que se inserta la doctrina del *stare decisis*. Esta doctrina postula el respeto del precedente, esto es, de las decisiones tomadas previamente por otros jueces al resolver problemas semejantes. En este sistema un precedente individual constituye derecho y genera obligaciones, sin importar el tiempo transcurrido desde su adopción.<sup>50</sup>

En el sistema romanista o civilista, por el contrario, la fuente del derecho por antonomasia es la ley. En este marco, el sistema presupone que el legislador puede prever situaciones y conflictos futuros y darles una solución anticipada por medio de la ley. De tal manera, a diferencia de lo que ocurre en el sistema del *common law*, el valor justicia es decidido por el legislador, en abstracto, antes de que tengan lugar los hechos del caso.<sup>51</sup> En cambio, no se

---

<sup>48</sup> En el sistema argentino no existe un deber jurídico de los tribunales inferiores de acatar las decisiones del alto tribunal. La Corte ha dicho, en cambio, que existe un “deber institucional” de seguir sus criterios. CSJN, 1948, Fallos 212:51; CSJN, 1981, Fallos 303:1769; CSJN, 1985, Fallos 307:1094.

<sup>49</sup> La expresión la tomo de Hariou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de Carlos Ruiz del Castillo, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1927, p. 344.

<sup>50</sup> Legarre, Santiago y Rivera, Cesar, “Naturaleza y dimensiones del «Stare Decisis»”, *Revista Chilena de Derecho*, s.l.i., vol. 33, núm. 1, 2006, p. 110.

<sup>51</sup> Saba, Roberto *Constituciones y Códigos: un matrimonio difícil*, SELA, 2007. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/12/doctrina32842.pdf>.

reconoce a la costumbre como fuente originaria o autónoma del derecho y la jurisprudencia adquiere importancia, a lo sumo, cuando una determinada solución se repite en el tiempo,<sup>52</sup> pero esta importancia se traduce sólo en poder de persuasión y no en fuerza vinculante.<sup>53</sup>

En América Latina, el peso de la tradición llevó a la mayoría de los países colonizados por España y Portugal a adoptar, tras su independencia, instituciones del derecho continental europeo, como la codificación y la casación. Argentina no fue una excepción. La influencia europea se hizo sentir no sólo en la estructuración del derecho privado, sino también del derecho administrativo, penal y procesal.<sup>54</sup> Ello trajo consigo el particular apego a las palabras de la ley y la adhesión a la concepción positivista del derecho.<sup>55</sup>

Mas la peculiaridad del caso argentino radica en la conjugación de estas notas características del sistema romanista o civilista con la sanción de una constitución y la adopción de un sistema judicial difuso de control de constitucionalidad. Estos elementos anglosajones, sin embargo, eran vistos bajo el prisma de la cultura continental europea del siglo XIX. El Estado legislativo de derecho extendió así su influencia y aletargó la irradiación de la constitución, especialmente, sobre ámbitos determinados del ordenamiento jurídico.<sup>56</sup>

### 3. *Estrategias restrictivas*

En los párrafos que anteceden he identificado como causa del debilitamiento normativo del texto constitucional argentino, su proyección sobre un sistema jurídico de tipo romanista o civilista.

A ello se agregan distintas estrategias restrictivas adoptadas en forma pretoriana por la jurisprudencia de la Corte Suprema, entre las cuales cabe destacar:

---

<sup>52</sup> En tal sentido, se llama “jurisprudencia” al conjunto de sentencias judiciales, no como declarativas de derecho ni como creadoras de normas jurídicas, sino en cuanto de ellas puede inferirse una norma general nueva o cierta interpretación de un texto legal preexistente. Guibourg, Ricardo y Mendonca, Daniel, *La odisea constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 54.

<sup>53</sup> Legarre, Santiago y Rivera, Cesar, *op. cit.*, p. 111.

<sup>54</sup> Salgado, José María, “Sistema de control de las leyes y pretensión de inconstitucionalidad”, *Sup. Doctrina Judicial Procesal*, 1o. de junio de 2013, 51, AR/DOC/1858/2013, nota 41.

<sup>55</sup> Bianchi, Alberto, *Control de constitucionalidad*, 2a. ed., Buenos Aires, Ábaco, 2002, t. I, pp. 117 a 122.

<sup>56</sup> Tal es lo que ocurre, por ejemplo, con el derecho civil, ámbito que tradicionalmente se consideraba que tenía su propia dinámica y se regía por sus propios principios.

a) Calificación de actividades estatales como “cuestiones políticas no justiciables”

La idea de que existen cuestiones que no son alcanzadas por el control de constitucionalidad aparece ligada al origen mismo del sistema judicial difuso en cuanto fue enunciada por el propio Juez Marshall en *Marbury vs. Madison* (1803),<sup>57</sup> consolidándose años más tarde como un mecanismo de autocontención judicial en *Luther vs. Borden* (1849)<sup>58</sup> para, finalmente, encontrar su cauce en *Baker vs. Carr* (1962).<sup>59</sup>

En Argentina la doctrina es receptada tempranamente por la Corte en la causa *Roque Pérez* (1865), en la que el tribunal se considera incompetente para intervenir en un asunto que la Constitución atribuye exclusivamente a otro poder.<sup>60</sup> Sin embargo, la decisión que es invocada generalmente por la academia como *leading case* es la adoptada por la Corte en *Cullen vs. Llerena* (1893).<sup>61</sup>

La categoría “cuestiones políticas no justiciables”, en consecuencia, es una creación jurisprudencial que no surge en forma expresa del texto constitucional, pero que es justificada por la Corte como una derivación necesaria del principio de división y equilibrio de poderes y de la forma republicana de gobierno.

En tal sentido —afirma el tribunal— si bien es una atribución del Poder Judicial velar por la supremacía de la Constitución, lo es también custodiar que los poderes del Estado —entre los cuales se encuentra— no vulneren la forma republicana de gobierno y el principio de división y equilibrio de poderes toda vez que estos principios están también consagrados por el texto de la Constitución Nacional. De allí que el Poder Judicial deba autolimitarse en el ejercicio de su función de control a fin de no asumir competencias que son propias de los otros poderes del Estado.<sup>62</sup>

En Argentina, sin embargo, la labor pretoriana del alto tribunal no ha elaborado una definición ni ha fijado criterios objetivos respecto de lo que se entiende por “cuestión política no justiciable”. Ha procedido, en cambio, en forma empírica, incluyendo asuntos de muy distintas características dentro de esta categoría. De allí la dificultad que presenta esta noción, de contor-

<sup>57</sup> 5 U.S. (Cranch 137), 2 L.Ed. 60 (1803).

<sup>58</sup> 48 U.S. (7 How.) 1, 12 L.Ed. 581 (1849).

<sup>59</sup> 396 U.S. 186, 82 S. CT. 691, 7 L.ED. 663 (1962).

<sup>60</sup> CSJN, 1865, Fallos 2: 253.

<sup>61</sup> CSJN, 1893, Fallos 53:420.

<sup>62</sup> CSJN, 1988, Fallos 311:2580; CSJN, 1929, Fallos 155:248; CSJN, 1962, Fallos 254:43; CSJN, 1965, 263:267, entre muchos otros.

nos imprecisos, que parece expandirse y contraerse conforme la voluntad del tribunal.<sup>63</sup>

b) Presunción de constitucionalidad que ampara las leyes

La presunción de constitucionalidad es una regla de interpretación adoptada por vía jurisprudencial que ha sido justificada también en la necesidad de respetar la forma republicana de gobierno y el principio de división y equilibrio de poderes sobre cuya base la Constitución Nacional estructura la organización institucional.

En tal sentido, desde sus primeros pronunciamientos, la Corte Suprema sostuvo que:

Al entrar en esta investigación, es necesario tener presente que, para que una ley debidamente sancionada y promulgada sea declarada ineficaz por razón de inconstitucionalidad, se requiere que las disposiciones de una y otra ley sean absolutamente incompatibles; que haya entre ellas una evidente oposición según la expresión del «Federalista» (número ochenta y uno, párrafo tercero). Así lo exige el respeto que se debe a los altos Poderes que concurren a la formación de las leyes.<sup>64</sup>

La presunción de constitucionalidad de las leyes no es una regla de interpretación creada por la Corte argentina, sino que hunde sus raíces en la jurisprudencia norteamericana en donde aparece imbricada en decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de aquel país, incluso, en un periodo anterior a la resolución del caso *Marbury vs. Madison* (1803).<sup>65</sup>

A nivel doctrinario la presunción de constitucionalidad recibe un fuerte impulso, a finales del siglo XIX, cuando James Bradley Thayer publica el artículo titulado *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law* (1893), en el que sostiene que una ley sólo debe ser invalidada si su inconstitucionalidad es tan manifiesta que no deja espacio a una duda razonable.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> La propia Corte ha expresado que la amplia y vaga extensión dada por el Tribunal a la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, hizo que su desmantelamiento se hiciera a través de pronunciamientos dictados en los temas más diversos. CSJN, 2001, Fallos 324:3358.

<sup>64</sup> CSJN, 1874, Fallos 14:425.

<sup>65</sup> 5 U.S. 137 (1803).

<sup>66</sup> Thayer, James Bradley, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, Boston, vol. 7, núm. 3, octubre de 1893, pp. 129-156.

c) Percepción de las disposiciones constitucionales como un programa abierto

A partir de la idea de *constitución-programa*, la doctrina y la jurisprudencia han practicado una distinción de las disposiciones constitucionales, en razón de su condicionalidad,<sup>67</sup> en dos categorías:

*Normas operativas*: son normas constitucionales que indican, además del programa constitucional, los medios y condiciones para su aplicación. No están sujetas a condición alguna para ser eficaces ni requieren de una reglamentación para su funcionamiento; son de aplicación inmediata e incondicionada.<sup>68</sup>

*Normas programáticas*: son normas que establecen un plan de acción a ser cumplido por los encargados de poner en funcionamiento la constitución.<sup>69</sup> Son de aplicación diferida hasta tanto el legislador ordinario sancione las disposiciones de implementación necesarias para que adquieran aplicabilidad. Tienen la característica de ser condicionadas a la ulterior actividad legislativa ordinaria a los fines de su efectividad. Ello, si bien no afecta su validez, condiciona su vigencia y eficacia.<sup>70</sup>

La distinción entre *normas operativas* y *programáticas* no está dada por una diferencia ontológica entre ambas, ni tampoco emerge necesariamente del texto constitucional; más bien parecen ser el resultado de la forma en que la disposición es percibida por el intérprete-operador. En tal sentido, explica Vanossi, en muchos casos las cláusulas no adquirirán carácter operativo frente a la actitud refractaria del órgano encargado de su aplicación que puede considerarlas incompletas y, por consiguiente, a la espera de la debida implementación.<sup>71</sup>

Tanto las disposiciones orgánicas como las que consagran derechos pueden ser configuradas por el intérprete como normas programáticas. Mas cuando la calificación atañe a disposiciones que consagran derechos, se produce un traspasamiento de los caracteres distintivos de la noción de *cláusula programática* a *derecho programático*.<sup>72</sup> Esto conlleva predicar del derecho los caracteres que antes se atribuían a la disposición.

<sup>67</sup> Quiroga Lavié, Humberto, "Sobre la interpretación constitucional", *Interpretación constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, p. 114.

<sup>68</sup> *Ibidem*, pp. 107 y 108.

<sup>69</sup> *Ibidem*, pp. 109 y 110.

<sup>70</sup> Vanossi, Jorge, *Teoría constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 2000, t. II, pp. 2 y 3.

<sup>71</sup> *Idem*.

<sup>72</sup> Etchichury, Horacio, *Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina*, Córdoba, UNC, 2013, p. 116.



En Argentina, hasta mediados del siglo XX, los derechos individuales no eran concebidos como operativos toda vez que la legislación ordinaria no había previsto una acción procesal para hacerlos valer ante los estrados de la justicia.<sup>73</sup> Esta postura cambia radicalmente a partir de 1957.

#### 4. *Un cambio de perspectiva*

Paradójicamente fue una Corte nacida de un golpe militar<sup>74</sup> y, en consecuencia, fuertemente afectada en su legitimidad de origen, la que sentenció en una causa que marcó un hito en la jurisprudencia del alto tribunal en relación con la fuerza normativa de las disposiciones de la Constitución que consagran derechos fundamentales. Me refiero al caso *Siri*.<sup>75</sup>

En lo que interesa a este trabajo, hasta el momento en que se produce esta completa renovación de la Corte Suprema, la doctrina invariable del tribunal había sido que la jurisdicción de los tribunales proviene exclusivamente de las leyes ordinarias, de suerte que los jueces, en caso de omisión del Congreso, carecían de facultades para acoger acciones no establecidas por aquélla.<sup>76</sup>

Esta era la situación cuando llega a la Corte una acción de *habeas corpus* interpuesta por el director y propietario del diario “Mercedes”, que había sido clausurado por la policía de la provincia de Buenos Aires en enero de 1956. Casi dos años después el diario seguía clausurado, con una consigna policial en la puerta, sin que se supiera quién había impartido la orden ni con qué fundamentos. El caso estaba, en palabras de Orgaz, *desnudo de complicaciones*,<sup>77</sup> por lo que resultaba especialmente apto para la creación pretoriana de un nuevo recurso.

Para fundamentar la decisión sostuvo el tribunal:

Que basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar

<sup>73</sup> Vanossi, Jorge, *op. cit.*, p. 3.

<sup>74</sup> Tras haber derrocado al presidente Juan Domingo Perón y clausurado el Congreso (1955), la llamada “Revolución Libertadora”, por primera vez en la historia, depuso a todos los miembros de la Corte Suprema sin aplicar un procedimiento constitucional.

<sup>75</sup> CSJN, 1957, Fallos 239:459.

<sup>76</sup> Orgaz, Alfredo, *El recurso de amparo*, Buenos Aires, Depalma, 1961, p. 15.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 23.

consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer “en qué caso y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”, como dice el artículo 18 de la Constitución a propósito de una de ellas.<sup>78</sup>

La Corte Suprema abandona así la actitud restrictiva y, lejos de interpretar el texto constitucional de un modo literal, lo hace en forma extensiva. A partir de esta decisión, es posible predicar la fuerza normativa de la Constitución en lo atinente a los derechos y garantías llamados de primera generación, particularmente, en lo que atañe a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.

Nueve meses después de que la Corte se pronunciara en el caso *Siri*, el alto tribunal —ya con un gobierno electo por el pueblo y con una integración parcialmente distinta— vuelve a sobre interpretar la Constitución Nacional, ahora para irradiarla sobre las relaciones interprivadas.

En efecto, fiel a su época, la Constitución sancionada en 1853, no contenía disposición alguna que explicitara la eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares. Esto no fue un obstáculo para que el alto tribunal elaborara —en forma simultánea al desarrollo del *Drittwirkung der Grundrechte* por el Tribunal Constitucional alemán—<sup>79</sup> su propia doctrina sobre la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones interprivadas.

El punto de partida de esta construcción está configurado por el caso *Kot* (1958).<sup>80</sup> En esta causa, los obreros en huelga de una fábrica textil ocupan el establecimiento fabril en reclamo por la negativa de la empresa a reincorporar a dos trabajadores que habían sido despedidos como consecuencia del conflicto. En la causa el apoderado de la empresa plantea un “recurso de amparo” a fin de obtener la desocupación de la fábrica. La Cámara rechaza el recurso y el caso es llevado ante Corte Suprema.<sup>81</sup>

El alto tribunal, por mayoría, considera verosímil que los padres fundadores, al momento de sancionar la Constitución, tuvieran como finalidad inmediata la protección de los derechos esenciales del individuo frente a los excesos de las autoridades públicas. Pero —agrega— tuvieron la sagacidad

<sup>78</sup> CSJN, 1957, Fallos 239:459.

<sup>79</sup> Caso *Lüth*. Sentencia BVerfGE 7, 198, 15 de enero de 1958. La doctrina del *Drittwirkung der Grundrechte* extiende los efectos de los derechos fundamentales a las relaciones interprivadas, esto es, aquellas en las que todos los participantes son sujetos de derecho privados y, en consecuencia, detentadores de derechos fundamentales.

<sup>80</sup> CSJN, 1958, Fallos 241:291.

<sup>81</sup> Orgaz, Alfredo, *op cit.*, pp. 41-44.

y la prudencia de no fijar exclusivamente en los textos sus temores concretos e históricos. De allí que concluya:

Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados “derechos humanos” —porque son los derechos esenciales del hombre— esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, *lato sensu*, carezca de la protección constitucional adecuada (...) por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos.

En la década de los ochenta, tras el restablecimiento de la democracia, se acentúa el proceso de constitucionalización cuando la Corte —con nueva y legitimada integración— adopta decisiones trascendentes en cuestiones en las que están imbricados derechos fundamentales. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, en los casos *Ponzetti de Balbin* (1984),<sup>82</sup> *Bazterrica* (1986),<sup>83</sup> *Sejean* (1986)<sup>84</sup> y *Bahamondez* (1993).<sup>85</sup>

La reforma constitucional de 1994, por su parte, produce una rematerialización<sup>86</sup> del texto constitucional que va a impactar en la intensificación y aceleración del proceso. Lo hizo a través de distintas estrategias, entre las que se destacan la recepción expresa de nuevos derechos y garantías (artículos 36 a 43) y el otorgamiento de jerarquía constitucional a determinados tratados de derechos humanos (artículo 75, inciso 22).

Con la misma finalidad, la reforma constitucional de 1994 abrió la puerta al Congreso de la Nación para que, en el futuro, dé jerarquía constitucional (o prive de ella) a otros tratados de derechos humanos (artículo 75, inciso 22).

Finalmente, a partir de los compromisos asumidos en sede internacional y la jerarquía otorgada a tratados de derechos humanos, la rematerialización del vértice del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino también se ve influenciada por las interpretaciones que llevan a cabo los distintos organismos encargados de su monitoreo en el ámbito internacional.<sup>87</sup>

<sup>82</sup> CSJN, 1984, Fallos 306:1892.

<sup>83</sup> CSJN, 1986, Fallos 308:1392.

<sup>84</sup> CSJN, 1986, Fallos 308:2268.

<sup>85</sup> CSJN, 1993, Fallos 316:479.

<sup>86</sup> Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 26.

<sup>87</sup> Rossetti, Andrés, “Reflexiones sobre la supremacía y el control de constitucionalidad en Argentina”, en Bazán, Víctor (coord.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, t. I, pp. 336 y 337.

Por otra parte, por medio de la llamada “doctrina de la verificación”,<sup>88</sup> la Corte ha concluido que no existe contradicción entre las disposiciones de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional y las disposiciones de la Constitución Nacional. De esta manera, el alto tribunal abre la puerta a la ponderación de los múltiples y heterogéneos contenidos sustantivos que, concebidos como principios, emanan del llamado “bloque de constitucionalidad”.

## V. REFLEXIONES FINALES

He intentado demostrar que, para que opere la llamada *constitucionalización* del ordenamiento jurídico, no basta contar con una constitución que reúna ciertos rasgos estructurales (*i. e.*, extensión, rigidez, garantía jurisdiccional). Es necesario, además, que la cultura jurídica acepte que toda norma constitucional —cualquiera sea su contenido y estructura— es una norma jurídica vinculante susceptible de ser irradiada por sobre todo el ordenamiento jurídico. Sin este cambio de mirada, la *constitucionalización* no se produce.

De lo expuesto cabe concluir que el único modelo de constitución que reconstruye la/s concepción/es que subyace/n al proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico es el identificado por Comanducci como modelo *axiológico* de constitución como *norma*. Ello pues solo este modelo da cuenta de la ubicuidad que caracteriza la constitución del Estado constitucional y el papel que desempeña la cultura jurídica en dicha caracterización.

De allí que, si bien la configuración del objeto *constitución* determina qué se entiende por *interpretación constitucional*,<sup>89</sup> no lo es menos que la forma en que se configura dicho objeto, depende de las “gafas” epistemológicas a partir de las cuales se lo percibe.<sup>90</sup>

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, 2a. ed., Buenos Aires, Ábaco, 2002.
- BIDART Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1988.

<sup>88</sup> Sagüés, Néstor, *Manual...*, *cit.*, p. 169.

<sup>89</sup> Comanducci, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho...*, *cit.*, p. 116.

<sup>90</sup> *Ibidem*, pp. 176-179.

- COMANDUCCI, Paolo, *Estudios sobre constitución y derechos fundamentales*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.
- COMANDUCCI, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- ETCHICHURY, Horacio, *Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina*, Córdoba, UNC, 2013.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara-UNAM, 2001.
- GUASTINI, Riccardo, *La sintaxis del derecho*, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- GUIBOURG, Ricardo y MENDONCA, Daniel, *La odisea constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- HARIOU, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de Carlos Ruiz del Castileizo, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1927.
- LEGARRE, Santiago y RIVERA, César, “Naturaleza y dimensiones del «Stare Decisis»”, *Revista Chilena de Derecho*, s.l.i., vol. 33, núm. 1, 2006.
- LEVAGGI, Abelardo, “La interpretación del derecho en la Argentina del siglo XIX”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, núm. 7, 1980.
- ORGAZ, Alfredo, *El recurso de amparo*, Buenos Aires, Depalma, 1961.
- PINO, Giorgio, *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, s.l.i., año 24, núm. 71, mayo-agosto de 2004.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “Sobre la interpretación constitucional”, *Interpretación constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975.
- ROSSETTI, Andrés, “Reflexiones sobre la supremacía y el control de constitucionalidad en Argentina”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010.
- SABA, Roberto, *Constituciones y códigos: un matrimonio difícil*, SELA, 2007, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/12/doctrina32842.pdf>.
- SAGÜÉS, Néstor, *Compendio de derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2011.
- SAGÜÉS, Néstor, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007.

- SALGADO, José María, “Sistema de control de las leyes y pretensión de inconstitucionalidad”, *Sup. Doctrina Judicial Procesal*, 1o. de junio de 2013, 51, AR/DOC/1858/2013.
- TANZI, Héctor José, “El nacimiento y los primeros pasos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1853-1903)”, en SANTIAGO, Alfonso (dir.), *Historia de la Corte Suprema de Justicia Argentina*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2013.
- THAYER, James Bradley, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, Boston, vol. 7, núm. 3, 25 de octubre de 1893.
- VANOSI, Jorge, *Teoría constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 2000.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. de Mariana Gascón Abellán, Madrid, Trotta, 1999.

## COMANDUCCI SOBRE LOS PROBLEMAS DE LAS PROPUESTAS NEOCONSTITUCIONALISTAS\*

Marcela CHAHUÁN ZEDAN

1

Hace algunos años, Paolo Comanducci identificó varios tipos de neoconstitucionalismo presentes en el discurso de algunos juristas, tales como las propuestas de Alexy, Dworkin, y Zagrebelsky.<sup>1</sup> Sobre la base del modelo de Bobbio para dar cuenta de distintos aspectos del positivismo jurídico,<sup>2</sup> Comanducci distingue entre: (i) neoconstitucionalismo teórico, (ii) neoconstitu-

---

\* Agradezco a Federico Arena, Edith Cuautle, Pablo Navarro y Alberto Puppo por haberme invitado a participar y por haber coordinado esta publicación en homenaje a Paolo Comanducci. Y por cierto, a Comanducci por su prolifera y valiosa contribución a la teoría del derecho, que en mis aprendizajes ha sido muy significativa. Agradezco también a Paolo Comanducci la generosidad y claridad con la que aborda argumentos y debates académicos, y por supuesto, por la hospitalidad que lo caracteriza y que atesoramos quienes hemos sido acogidos en el *Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto*.

<sup>1</sup> Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, *Isonomía*, núm. 16, México, 2002, pp. 89-112; *Constitución y teoría del derecho*, México, Fontamara, 2007, pp. 73-92; “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en Comanducci, Paolo; Ahumada Ruiz, Marian y González Lagier, Daniel, *Positivismo y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 85-122; *Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, pp. 42-58. Sussana Pozzolo, Paolo Comanducci y Mauricio Barberis introdujeron el término “neoconstitucionalismo” para identificar algunas propuestas que comparten el rechazo a la teoría y metodología positivista. Al respecto, pueden verse también Pozzolo, Sussana, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 21, 1998, pp. 339-353; *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*, Lima, Palestra, 2011; “Apuntes sobre «neoconstitucionalismo»”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y Núñez Vaquero, Álvaro. (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, 2015, vol. I. pp. 363-405.; Barberis, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 259-278; *La heterogeneidad del bien. Tres ensayos sobre el pluralismo ético*, México, Fontamara, 2006.

<sup>2</sup> Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1991, cap. II.

cionalismo metodológico, y (iii) neoconstitucionalismo ideológico. A grandes rasgos, los caracteriza de la siguiente manera:

(i) *El neoconstitucionalismo teórico* busca describir un fenómeno; los procesos de constitucionalización de los sistemas jurídicos contemporáneos, subrayando la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, así como el carácter rígido de las constituciones, y la idea de que estas no solo contienen reglas sino, sobre todo, principios de justicia que se identifican y se aplican de una manera distinta a las reglas. La identificación de principios se lleva a cabo mediante un razonamiento moral, y se aplican realizando juicios de ponderación en los que debe considerarse el ‘peso relativo’ que cada principio tiene en cada caso. Se sostiene, además, la tesis de la especificidad de las actividades de interpretación y aplicación de la constitución, en relación con la interpretación y aplicación de la ley.

Según Comanducci, al interior de las teorías neoconstitucionalistas pueden detectarse dos tendencias contrapuestas. Una de éstas se considera una continuación de las teorías iuspositivistas, pero se sostiene que la modificación de la estructura de los sistemas jurídicos contemporáneos (debido a los procesos de constitucionalización en el sentido antes mencionado) requieren que las teorías positivistas incorporen las tesis sostenidas por el neoconstitucionalismo.<sup>3</sup> La otra tendencia que Comanducci identifica es aquella que plantea que el iuspositivismo es una teoría inadecuada para describir a los denominados “estados constitucionales”, atacando las tesis centrales del positivismo decimonónico (estatismo, legicentrismo, formalismo interpretativo).<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Sobre la relación entre neoconstitucionalismo y positivismo existe abundante literatura, a modo de ejemplo cito las siguientes: Pozzolo, Susanna, *Neocostruzionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001; Mazzarese, Tecla, *Neocostruzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turín, Giappichelli, 2002; Barberis, Mauro, “El neoconstitucionalismo. Third Theory of Law”, en Pozzolo, Susanna (ed.), *Neocostruzionalismo y positivismo giuridico*, Lima, Palestra, 2011, pp. 249-269; Pino, Giorgio, “The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States”, *Law and Philosophy*, Ámsterdam, vol. 18, 1999, pp. 513-536; *idem*, “Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 34, 2011, pp. 201-228; Prieto, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 2a. ed., México, Fontamara, 1999. Moreso es de los autores que cree que el positivismo y el neoconstitucionalismo (al menos, el neoconstitucionalismo teórico) pueden ser teorías compatibles. Moreso, José Juan, “In difesa del positivismo giuridico inclusivo”, *Ars Interpretandi*, 2001, pp. 335-365; *idem*, “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”, *Isonomía*, México, núm. 19, 2003; *idem*, “Ethica more iuridico incorporata”, en Scamardella, Francesca y Luque Sánchez, Pau, *Gli argomenti del costituzionalismo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pp. 51-84.

<sup>4</sup> En un sentido similar, Ratti, Giovanni, “Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo”, *Ius Humani. Revista de Derecho*, Quito, vol. 4, 2014/2015, pp. 227-261.



(ii) *El neoconstitucionalismo ideológico* no solo aspira a describir los procesos de constitucionalización del derecho y el papel que desempeña el texto constitucional en algunos Estados contemporáneos. Sino que promueve una serie de propuestas normativas atinentes a los modelos constitucionales, las técnicas de interpretación constitucional, así como la ampliación de los poderes de los jueces constitucionales. Se valora positivamente y se subraya la exigencia de mecanismos institucionales en la defensa de derechos fundamentales, especialmente la exigencia de que el legislador y los órganos aplicadores del derecho guíen sus actividades hacia la garantía de los derechos previstos en la constitución. Comanducci también caracteriza al neoconstitucionalismo ideológico en un sentido diferente; aquel que defiende la obligación moral de obedecer las constituciones protectoras de derechos y las demás normas que se ajusten a la constitución. En este último sentido, el neoconstitucionalismo parece acercarse al positivismo ideológico; sin embargo, hay diferencias. El deber moral de obediencia del positivismo ideológico no se funda en el contenido del derecho (sino del hecho de que sea derecho positivo, es decir, formulado por autoridades competentes<sup>5</sup>). En el neoconstitucionalismo (entendido como una variante contemporánea del iusnaturalismo) la obligación moral de obediencia al derecho se debe a su contenido. Está moralmente justificada, se argumenta, la obediencia a las normas y principios de los Estados constitucionales y democráticos de derechos. Las normas o principios a los que se debe obediencia no son necesariamente aquellos identificados al modo positivista, sino que son, principalmente, los principios de justicia identificados mediante razonamientos morales.

(iii) *El neoconstitucionalismo metodológico* afirma la conexión entre el derecho y la moral, mediante principios de justicia que tienen su fuente en la moral y operan como puente entre ésta y el derecho. Se opone así a la tesis conceptual o metodológica del positivismo de la no conexión necesaria entre derecho y moral.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Comanducci distingue entre distintos tipos de positivismo ideológico, y revisa las diferencias y debates con el neoconstitucionalismo ideológico. Véase Comanducci, Paolo, *Estudios sobre constitución...*, cit., pp. 46-52.

<sup>6</sup> Así como Bobbio sostiene la prioridad conceptual del positivismo metodológico y que todo positivista, para ser identificado como tal, sostiene la tesis base de la separación conceptual entre derecho y moral, ¿todo neoconstitucionalista sostiene la tesis de la conexión entre derecho y moral a través de principios de justicia? Comanducci sostiene que no. Afirma que el centro o lo que conecta a estas propuestas es la relevancia que se atribuye al objeto de la teoría, ideología o metodología neoconstitucionalista, esto es, el Estado constitucional de derecho. Por ello afirma que, si bien Ferrajoli no defiende al neoconstitucionalismo metodológico, sostiene una teoría neoconstitucionalista. Comanducci, Paolo, *Apuntes sobre la teoría del*

La distinción entre diversas variantes o aspectos del neoconstitucionalismo permite a Comanducci articular sus críticas. Las objeciones al neoconstitucionalismo teórico están dirigidas, principalmente, al rol que los neoconstitucionalistas (alude especialmente a Ferrajoli<sup>7</sup> y Zagrebelsky) atribuyen a la ciencia jurídica, esto es, una tarea normativa. Esto para Comanducci resulta inaceptable. Ferrajoli<sup>8</sup> cree que la teoría del derecho debe denunciar la invalidez por inconstitucionalidad de los materiales normativos, recomendando su anulación o derogación a los órganos competentes. Éstos no solo deben eliminar las normas inconstitucionales, sino que además deben colmar las lagunas (según Comanducci, en realidad, axiológicas) que se producen cuando se omiten tomar las medidas legislativas ordenadas por la constitución. Al respecto, Comanducci argumenta que lo que el derecho “es” no puede servir para criticar lo que el derecho “debe ser”,<sup>9</sup> y enfatiza que los teóricos del derecho deben dedicarse a explicar lo que “es” el derecho y no como “debiese ser”.<sup>10</sup>

Además, Comanducci señala que estas tesis del neoconstitucionalismo teórico son producto de la adhesión al neoconstitucionalismo ideológico. Entonces, si esto es así, ¿son estas tesis del neoconstitucionalismo estrictamente teóricas? No lo creo. Las tesis que se asocian al neoconstitucionalismo teórico son indistinguibles de sus propuestas normativas, ya sea aquellas sobre los modelos constitucionales (cómo deben ser y entenderse las cons-

---

*derecho contemporánea*, México, Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales, 2017, pp. 209-220.

<sup>7</sup> Ferrajoli rechaza ser etiquetado como un neoconstitucionalista. Critica también la nomenclatura de Comanducci. Prefiere distinguir entre constitucionalismo principalista que asume al iusnaturalismo, y el constitucionalismo garantista que el mismo sostiene. Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 34, 2011, pp. 15-53. La respuesta de Comanducci se relaciona con lo señalado en la nota anterior, también véase Comanducci, Paolo, “Constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neoiusnaturalismo”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 34, 2011, pp. 311-361.

<sup>8</sup> Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999 y “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en Cabo, A. de y Pisarello, G., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

<sup>9</sup> Moreso defiende una tesis contraria cuando afirma que el derecho que “es” (las normas constitucionales) si puede servir para criticar lo que el derecho “debe ser”: las normas infraconstitucionales deben ajustarse a las normas constitucionales. Moreso, José Juan, “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”, *cit.*, p. 270.

<sup>10</sup> Esta tesis es también normativa: ¿cómo debe ser la ciencia jurídica? descriptiva del derecho vigente.

tuciones), o las que proponen un modelo de justificación de las decisiones judiciales (basadas en principios de justicia identificados según razonamientos morales), o aquellas que promueven el rol que debe atribuirse a las ciencias del derecho (debe ser normativa). Sobre esta idea volveré unos párrafos más adelante.

Comanducci objeta también la tesis de Zagrebelsky,<sup>11</sup> según la cual, dado que la práctica del derecho es una combinación de juicios de hechos y valores, la teoría del derecho está compuesta del mismo modo; de juicios de hechos y también de juicios de valor. Comanducci repara que el derecho no difiere mayormente de otras prácticas sociales, en el sentido de que puede ser estudiado desde el punto de vista externo, es decir, las ciencias sociales no valorativas. Dar cuenta del punto de vista interno de los operadores jurídicos, no es lo mismo que asumir ese punto de vista para explicar el derecho.<sup>12</sup>

Las críticas que Comanducci presenta al neoconstitucionalismo ideológico<sup>13</sup> (entendido como aquel que promueve la obligación moral de obediencia a las normas y principios de los estados constitucionales) son similares a las que Bobbio formula al positivismo ideológico. Pero añade una más, que se dirige más bien a las ideologías neoconstitucionalistas que atribuyen un papel preponderante a los jueces en la determinación de los contenidos constitucionales, como es la propuesta de la lectura moral de la constitución de Dworkin. Comanducci nota que, de seguirse estas ideas, no se disminuye, como se pretende,<sup>14</sup> sino que se aumenta la indeterminación *ex ante* del derecho, y así se profundiza la falta de certeza jurídica.

A grandes rasgos, la lectura moral<sup>15</sup> consiste en el tratamiento de la constitución como expresiva no solo de normas que pueden extraerse de un texto constitucional mediante una actividad de atribución de significados.

---

<sup>11</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995; *La crucifixión y la democracia*, Barcelona, Ariel, 1996.

<sup>12</sup> Comanducci, Paolo, *Estudios sobre constitución...*, *cit.*, pp. 56 y 57.

<sup>13</sup> Comanducci, Paolo, "Formas de (neo)constitucionalismo..." *cit.*, pp. 105 y ss.

<sup>14</sup> Recuérdese que, según Dworkin, el positivismo de la mano de Hart se equivoca al señalar que en los casos difíciles el derecho queda indeterminado y que las decisiones judiciales sobre éstos no están sujetas a parámetros de corrección. Dworkin defiende la tesis de la respuesta correcta en todos los casos, afirmando que el derecho está determinado por principios de justicia. Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1977. Citado por la versión castellana: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, cap. II.

<sup>15</sup> Dworkin, Ronald, "The Moral Reading of the Constitution" (primera publicación en N.Y. Rev. Books, Mar. 21, 1996); *idem*, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

Según esta tesis, la constitución no puede reducirse a su texto. Sino que consiste, sobre todo, en el conjunto de los principios morales que implica.<sup>16</sup> Dworkin plantea que estos principios tienen un contenido altamente indeterminado o abstracto, y que no pueden aplicarse a los casos particulares de la misma manera que las reglas jurídicas, es decir, de modo disyuntivo (del ‘todo o nada’). Propone que los principios solo pueden aplicarse a través de juicios morales que requieren nuevas valoraciones o decisiones caso por caso por parte de los jueces, a efectos de que puedan identificar los principios constitucionales que justifican su decisión. La concreción de un principio es una actividad evaluativa que requiere de genuinos juicios morales. En particular, juicios de justicia en torno a la solución del caso particular en cuestión. Así, la concreción de los principios varía en relación con los diferentes casos, en tanto requiere la evaluación de su ‘peso relativo’ en el caso concreto, en relación con otros principios que pueden resultar contradictorios.<sup>17</sup>

Dworkin rechaza la idea de que la “lectura moral” confiera a los jueces el poder de imponer sus propias convicciones. El juez estaría obligado a ofrecer una interpretación que sea consistente con la historia institucional del sistema jurídico al que se hace referencia, y señala que debe, además, resultar axiológicamente coherente. A esto el autor denomina “integridad constitucional”, señalando que la lectura moral exige a los jueces deferir a entendimientos generales, y ofrecer la mejor concepción de principios morales constitucionales.<sup>18</sup> Pero ¿cómo las juezas y los jueces identifican esos entendimientos generales y esa moralidad coherente que supuestamente los limita? Estas son algunas de las preguntas que, prudentemente, inquietan a Comanducci.

La propuesta de la lectura moral encaja con lo que Comanducci denomina “modelo axiológico de constitución como norma”.<sup>19</sup> Las constituciones se conciben como un conjunto de normas que pueden o no estar contenidas en un texto, y que son fundamentales (en el sentido de que tienen una superioridad axiológica) respecto de otras reglas de los sistemas jurídicos. En este modelo, la interpretación de la constitución no se entiende como una actividad de atribución de significado al texto, sino que consiste en extraer mediante un razonamiento moral, los principios morales que implica.

<sup>16</sup> Una crítica al respecto, Guastini, Riccardo, *Discutendo*, Barcelona, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 347 y ss.

<sup>17</sup> Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously...*, *cit.*, pp. 77-80.

<sup>18</sup> Dworkin, Ronald, “The Moral Reading of the Constitution”, *cit.*, pp. 14 y 15.

<sup>19</sup> Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, *Constitución y teoría del derecho*, México, Fontamara, 2006, pp. 37 y ss.

Esta tesis es una propuesta normativa en el sentido de que no se limita meramente a describir como de hecho son las constituciones, y como de hecho los jueces las interpretan; sino que se propone cómo debe ser la interpretación constitucional: llevando a cabo una lectura moral de la constitución. Retomando ahora la crítica de Comanducci, esta propuesta merma la certeza jurídica. Aun cuando la configuración de principios morales caso por caso pueda contribuir a disminuir la indeterminación *ex post*, aumenta la indeterminación *ex ante* del derecho. Salvo que pueda afirmarse que existe una moral objetiva a la que puedan recurrir los jueces para identificar los principios (de modo que siempre exista una respuesta correcta), y que sea además cognoscible y compartida por todos los jueces. Así también, habría que asumir que los jueces interpretan y resuelven sobre la base de los principios así identificados de modo coherente en el tiempo. Sin embargo, como ilustra Comanducci, estos elementos en realidad no se dan. No hay una (al menos no una única) moral objetiva, tampoco hay una moral compartida por todos los jueces, ni estos fallan de modo coherente en el tiempo.

Las objeciones que Comanducci formula al neoconstitucionalismo metodológico siguen la misma línea argumentativa que las críticas dirigidas contra el neoconstitucionalismo ideológico antes expuestas. Esto es así porque no son separables o distinguibles. La tesis metodológica de la conexión entre el derecho y la moral a través de principios de justicia que se identifican mediante un razonamiento moral es también una propuesta ideológica acerca de cómo deben entenderse e identificarse las constituciones. Y sobre todo, una propuesta sobre cómo deben justificarse las decisiones judiciales. Aquello que Comanducci identifica como neoconstitucionalismo metodológico es, en realidad, un modelo normativo de justificación de las decisiones judiciales sobre la base de normas morales que son construidas por los jueces.

Entonces, sin perjuicio del mérito de la elaboración de esta distinción (más bien analítica) entre neoconstitucionalismo teórico, metodológico e ideológico, en los discursos neoconstitucionalistas existentes hay siempre un componente ideológico o una propuesta normativa (en sentido fuerte) sobre la identificación de las constituciones y cómo éstas deben ser tratadas. En particular, en lo que dice en relación con la interpretación y aplicación de la constitución. En síntesis, no creo que pueda distinguirse en estos discursos tesis de carácter puramente descriptivas y/o metodológicas.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> En un sentido similar véase Guastini, Riccardo, “A propósito del neoconstitucionalismo”, *Gaceta constitucional*, Lima, núm. 67, 2013, pp. 231-240.

Habiendo situado al neoconstitucionalismo en el ámbito de lo normativo, es relevante profundizar, precisamente, en el problema normativo de los discursos neoconstitucionalistas sobre el papel interpretativo (más bien creativo) de los jueces. Según estas propuestas, a los jueces les corresponde no solo determinar el significado de las disposiciones constitucionales, sino que, principalmente, identificar y reconstruir principios morales. De este modo, entre las premisas de las decisiones judiciales hay una norma moral, y por tanto, éstas consisten también en establecer aquello que consideran moralmente correcto.

Comanducci comienza a desarrollar esta crítica preguntándose lo siguiente: ¿a qué norma moral deben acudir los jueces para extraer los principios de justicia que utilizan como fundamento de sus decisiones sobre cuestiones constitucionales? Señala que hay, a lo menos, cuatro posibles respuestas:

1. Una norma moral objetivamente verdadera que debe identificar el juez y con esta justificar sus decisiones.
2. Una norma moral objetiva en sentido de racional, es decir, aceptable por un auditorio, y que el juez debe identificar a efectos de justificar sus decisiones sobre cuestiones constitucionales.
3. Una norma subjetivamente escogida por cada juez, según sus preferencias ético políticas, que usan como premisa normativa de sus decisiones.
4. Una norma intersubjetivamente aceptada por la comunidad de jueces del sistema jurídico de referencia, y que cada juez debe identificar y utilizar como fundamento de sus decisiones.

Comanducci argumenta que la primera opción supone objetivismo moral y presenta serios problemas ontológicos y epistemológicos. En realidad, el juez elegiría una norma que cree, según su propia ideología y creencias, que es moralmente verdadera, de manera que es reducible a la tercera alternativa. La segunda opción presenta también problemas; hay que considerar que no hay una sino varias teorías morales. Así, el juez tiene que escoger entre alguna de ellas, y en consecuencia, es también reducible a la tercera opción. Esto se refuerza si se considera que los jueces no son coherentes en el tiempo con sus propias decisiones, y no siempre argumentan de manera racional.<sup>21</sup> La tercera opción supone que la configuración de

---

<sup>21</sup> Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo...”, *cit.*, p. 109.

la premisa normativa queda totalmente en las manos del juez, puesto que funda su decisión en una norma moral que el mismo decide. La cuarta solución supone a un ‘juez sociólogo’ que para justificar sus decisiones debe identificar las normas morales de una sociedad, o bien, las normas morales compartidas por la comunidad de jueces a la que pertenece. Claramente esta respuesta también presenta problemas epistemológicos; los jueces no poseen instrumentos necesarios para precisar las normas morales de su país. Además, Comanducci observa acertadamente que en las sociedades no hay homogeneidad moral, sino que hay diversidad de moralidades. Tampoco hay una moral que sea compartida por toda una comunidad de jueces. Esto nos conduce nuevamente a la tercera alternativa; los jueces decidirán cuáles son esas normas morales.

También es prudente considerar el tipo de formación (básicamente sobre derecho positivo) y el modo de selección de los jueces. No me parece que los jueces estén preparados para llevar a cabo razonamientos morales, y hay que considerar que los jueces no son un poder democrático, sino burocrático. Entonces, ¿por qué atribuirles el poder de convertir la moral (su moral) en derecho?

Comanducci advierte que hay que tener en cuenta, además, otra cuestión. Si aquello que se considera como “normas morales” de una comunidad ya están incorporadas en reglas o principios positivados, entonces esta propuesta sería superflua. La justificación sobre la base de una norma moral sería coextensiva a la justificación jurídica.<sup>22</sup> Sin embargo, no creo que estas propuestas apunten a esto. Sino que aluden a normas morales que no necesariamente están contenidas en los textos producidos por las autoridades normativas (pero que, según se sostiene, forman parte de las constituciones), y que los jueces deben identificarlas mediante un razonamiento moral abierto. Si esto es así, entonces, el razonamiento judicial deja de ser un razonamiento práctico de carácter institucionalizado, es decir, que tiene la particularidad de que su premisa normativa debe ser una o más normas extraídas de los textos autoritativos.

Ahora bien, incluso si se insiste en que es posible superar los problemas ontológicos y epistemológicos antes mencionados, tal como apunta Comanducci, persiste un problema normativo muy relevante, al menos, para pensar y evaluar el diseño institucional de los sistemas jurídicos. Aún cuando se crea y sostenga que existe una moral objetiva (verdadera o racional), o bien, una moral comunitaria, y además, que es posible que las juezas y jueces puedan llegar a identificar esas normas morales: ¿por qué es preferible este

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 118.

modelo de justificación de las decisiones judiciales sobre la base de normas morales identificadas por los jueces? Como sugiere Comanducci, este modelo es problemático para la certeza jurídica y, además, está en tensión con la democracia.<sup>23</sup>

4

De acuerdo con estas propuestas, a los jueces se les debe conferir el poder de convertir la moral (su moral) en derecho; sin embargo, esto es lo que hace propiamente el legislador. De seguirse las propuestas neoconstitucionalistas sobre el de jueces, las decisiones judiciales se tomarían sobre la base de lo que las juezas y los jueces consideran moral o políticamente correcto o adecuado. Esto conduce a que el derecho formulado por el legislador se convierta en superfluo para la toma de decisiones sobre casos particulares, y también se diluya la distinción entre legislación y jurisdicción. Entonces, el principal problema de estas propuestas es normativo, en el sentido siguiente: ¿por qué preferir este modelo de razonamiento judicial? No creo que se hayan ofrecido razones suficientes para preferir este modelo de justificación moral de las decisiones judiciales, frente al modelo de decisiones judiciales tomadas sobre la base de normas positivas extraídas de textos formulados por un legislador democrático (sin perjuicio de los defectos que pueda tener).<sup>24</sup>

Además, el neoconstitucionalismo profundiza la indeterminación *ex ante* del derecho, porque las normas morales que los jueces utilizan para resolver los casos particulares son subjetivamente decididas por éstos casos por caso. Por ello Comanducci afirma que estas propuestas son también problemáticas para la certeza jurídica.

Moreso advierte que esta objeción que Comanducci dirige al neoconstitucionalismo es también normativa.<sup>25</sup> Aun cuando constatar que existe una tensión entre valores (en esta discusión, el de la certeza jurídica y aquellos que promueve el neoconstitucionalismo) no implica que se esté tomando partido en favor de alguno, en mi opinión, Moreso está en lo cierto. Comanducci muestra que prefiere los modelos de las decisiones judiciales

---

<sup>23</sup> Al menos estas ideas son problemáticas con la idea de democracia procedimental o mixta. Sobre distintas formas de entender la democracia (procedimental, sustancial, mixta) puede revisarse Comanducci, Paolo, *Estudios sobre constitución y derechos fundamentales...*, *cit.*, pp. 59 y ss.

<sup>24</sup> En un sentido similar, véase Pozzolo, “Neoconstitucionalismo y especificidad...”, *cit.*, pp. 347-353.

<sup>25</sup> Moreso, José Juan, “Comanducci sobre neoconstitucionalismo...”, *cit.*, pp. 267-282.



basadas en normas que se extraen de textos producidos por un legislador democrático, entre otras razones, porque promueven la certeza jurídica. No obstante esto, no me parece que Comanducci intente pasar esta crítica por una cuestión neutral.

Es importante notar que no es claro cuáles son los valores que, específicamente, defiende el neoconstitucionalismo con propuestas del tipo lectura moral de la constitución. Pues bien podría aceptarse que, si bien la lectura moral no promueve la certeza jurídica, promociona otros valores. Pero ¿cuáles son esos valores? Sabemos que, según esta propuesta, los jueces pueden identificar principios morales que, aun cuando no estén expresados en el texto, se consideran parte de la constitución. Estos son construidos por los jueces según su propia moral (o si se prefiere, según lo que ellos consideran que forma parte de una moral compartida). Tal como el propio Dworkin lo expresa, la lectura moral no es una doctrina liberal, ni tampoco es una doctrina conservadora. Así, los jueces liberales decidirán al modo liberal, y los jueces conservadores lo harán al modo conservador. En otras palabras, es una propuesta carente de una doctrina constitucional que tenga un contenido político determinado. No hay un valor o valores que en específico se persigan. Simplemente se recomienda a los jueces (en especial a los jueces constitucionales) identificar los principios morales que los mismos decidan, y usarlos como premisa normativa de sus decisiones. Entonces, para ceder a la crítica de Moreso en el sentido de que la certeza jurídica es valiosa, pero no es el único valor que hay que considerar en el diseño institucional de los sistemas jurídicos, habría que especificar cuáles son esos valores. No veo por qué hay que suponer que la toma de decisiones basadas en principios morales identificados por los jueces contribuye a decisiones más justas. Se asume que aquello que es justo es una cuestión evidente para los jueces, y además, que es homogéneo o compartido en las sociedades, pero en realidad, esto no es así.

Por otra parte, a Moreso le extraña que estas preocupaciones en torno a la certeza jurídica provengan de un escéptico. Esto porque, según las propuestas escépticas, el contenido del derecho tampoco está totalmente determinado *ex ante*; sino que se determina (o termina de configurar) por los órganos aplicadores, cuando éstos interpretan, en el sentido de que deciden y no meramente conocen, el significado de los textos normativos, extrayendo así las normas jurídicas.

Al respecto, quiero enfatizar algunas cuestiones. El escepticismo ante las reglas es una teoría de la interpretación de los textos jurídicos que describe (o al menos tiene la pretensión de describir) como, de hecho, se ex-

traen las normas de los textos jurídicos. No es una propuesta normativa que promueva o defienda el modo en que los jueces deben identificar normas o principios para justificar sus decisiones. Además, al menos en las propuestas escépticas moderadas (más cercanas a las ideas de Comanducci), la elección de significados se da dentro de un marco de significados de un texto. El neoconstitucionalismo, en cambio, no es propiamente una teoría de la interpretación que describa la actividad de atribución de significado de textos producidos por las autoridades normativas. Es una propuesta normativa que valora positivamente que los jueces utilicen como premisa de sus decisiones los principios morales que los mismos construyen sobre la base de sus preferencias ético-políticas, y que se consideran parte de la constitución, aun cuando no estén expresadas en el texto constitucional. Así, en estas propuestas no hay meramente una descripción de cómo de hecho los jueces identifican normas, sino que una propuesta normativa en que el texto constitucional y los textos legislativos se tornan irrelevantes.

5

A modo de observación final anoto lo siguiente. Ciertamente me parece deseable que el derecho se acerque lo más posible a la justicia. Pero, ¿qué es lo justo?, ¿cómo y quién lo determina? Sobre estas preguntas existen variadas concepciones y diversas ideologías. Incluso quienes proponen algún tipo de objetivismo moral, todavía pueden cuestionarse a quiénes conviene encargarle la tarea de convertir la moral en derecho. Creo que resulta claro que tanto Comanducci como quien escribe asumimos que en las sociedades hay diversidad de posturas o ideologías morales, y que en cuanto tales, éstas no son ni verdaderas ni falsas. Esto nos conduce a sospechar de propuestas que parecen asumir algún tipo de objetivismo moral. Las razones para defender esta idea no han sido abordadas en este escrito. Sin embargo, cualquiera sea la postura que se asuma en el plano metaético, creo que puede postularse que es preferible (asumido como tesis normativa) un diseño institucional en que sean los legisladores democráticos quienes identifiquen, decidan, construyan (como se crea) las normas morales que serán convertidas, además, en normas jurídicas. Admitiendo que este modelo puede presentar problemas, y admitiendo también que el derecho está lleno de valoraciones morales, no sólo de los legisladores, sino también de los jueces y demás operadores jurídicos. Por cierto que las ideologías de los jueces se ven reflejadas en sus interpretaciones de los textos normativos, y así participan en la determinación del contenido

del derecho. Pero esto no conduce a negar que el legislador mediante los textos normativos es una parte relevante en la configuración del derecho. No creo que existan buenas razones para promover ideas que conducen a concluir que deba atribuirse a los jueces la tarea exclusiva de construir las normas jurídicas (aunque en algunas ocasiones de hecho ocurra), e incluso de decidir lo que es moralmente correcto o compartido en una sociedad. Sobre todo, si se defiende también la idea de que la voluntad popular, a través de los legisladores, participa (o al menos tiene alguna incidencia) en la determinación del contenido del derecho.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBERIS, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- BARBERIS, Mauro, “El neoconstitucionalismo. *Third Theory of law*”, en POZZOLO, Susanna (ed.), *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Lima, Palestra, 2011.
- BARBERIS, Mauro, *La heterogeneidad del bien. Tres ensayos sobre el pluralismo ético*, México, Fontamara, 2006.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1991.
- COMANDUCCI, Paolo, *Apuntes sobre la teoría del derecho contemporánea*, México, Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales, 2017.
- COMANDUCCI, Paolo, *Constitución y teoría del derecho*, México, Fontamara, 2007.
- COMANDUCCI, Paolo, “Constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neoiusnaturalismo”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 34, 2011.
- COMANDUCCI, Paolo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en COMANDUCCI, Paolo; AHUMADA RUIZ, Marian y GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Positivismo y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- COMANDUCCI, Paolo, *Estudios sobre constitución y derechos fundamentales*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.
- COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis meta-teórico”, *Isonomía*, México, núm. 16, 2002.
- COMANDUCCI, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, *Constitución y teoría del derecho*, México, Fontamara, 2006.

- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1977. Citado por la versión castellana: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- DWORKIN, Ronald, “The Moral Reading of the Constitution” (primera publicación en N. Y. Rev. Books, Mar. 21, 1996), *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 34, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en CABO, A. de y PISARELLO, G., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- GUASTINI, Riccardo, “A propósito del neoconstitucionalismo”, *Gaceta Constitucional*, Lima, núm. 67, 2013.
- GUASTINI, Riccardo, *Discutendo*, Barcelona, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- MAZZARESE, Tecla, *Neocostruzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turín, Giappichelli, 2002.
- MORESO, José Juan, “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”, *Isonomía*, México, núm. 19, 2003.
- MORESO, José Juan, “Ethica more iuridico incorporata”, en SCAMARDELLA, Francesca y LUQUE SÁNCHEZ, Pau, *Gli argomenti del costituzionalismo*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2009.
- MORESO, José Juan, “In difesa del positivismo giuridico inclusivo”, *Ars Interpretandi*, 2001.
- PINO, Giorgio, “Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 34, 2011.
- PINO, Giorgio, “The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States”, *Law and Philosophy*, Ámsterdam, vol. 18, 1999.
- POZZOLO, Susanna, “Apuntes sobre neoconstitucionalismo”, en FABRA ZAMORA, Jorge Luis y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, vol. I.
- POZZOLO, Susanna, *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*, Lima, Palestra, 2011.
- POZZOLO, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 21, 1998.

POZZOLO, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001.

PRIETO, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 2a. ed., México, Fontamara, 1999.

RATTI, Giovanni, “Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo”, *Ius Humani. Revista de Derecho*, Quito, vol. 4, 2014/2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *La crucifixión y la democracia*, Barcelona, Ariel, 1996.

## LA TETRALOGÍA DE PAOLO COMANDUCCI. MODELOS CONSTITUCIONALES PARA DESARMAR

Ivana PICCARDO

SUMARIO: I. *Introducción. Los ecos de una idea.* II. *Los (meta)modelos de constitución de Paolo Comanducci.* III. *Los modelos “descriptivos” vs. los modelos “axiológicos”.* IV. *Las concepciones “normativas” y la desconfianza epistémica del modelo axiológico.* V. *La trilogía de Manuel García Pelayo.* VI. *Concepto racional normativo.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN. LOS ECOS DE UNA IDEA

En 2000, en la ciudad de Córdoba, el Seminario Permanente de Derecho Constitucional<sup>1</sup> tuvo la oportunidad única e inigualable de contar con un invitado especial. Paolo Comanducci sentado a la cabecera de una mesa rectangular en la sala contigua al Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba,<sup>2</sup> se disponía a discutir con los integrantes del seminario un *paper* inédito<sup>3</sup> cuya copia teníamos entre manos desde hacía unos días.

Ya entonces Paolo Comanducci era un destacado catedrático de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova con una vasta trayectoria académica diseminada por el mundo y, por venturas

---

<sup>1</sup> El seminario se lleva a cabo de manera ininterrumpida desde 1998 con la dirección de los profesores doctores Andrés Rossetti y Magdalena Inés Álvarez en el marco del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>2</sup> Córdoba, Argentina.

<sup>3</sup> En dicho *paper* Paolo Comanducci advierte que en el mismo se refundieron otros trabajos de su autoría: un ensayo titulado “Ordine o norma? Su alcuni concetti di costituzione nel Settecento” (publicado en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. I, *Saggi Storici*, Milán, Giuffrè, 1990, pp.173-208; también publicado en *Assaggi e metaetica*) y una conferencia titulada “Interpretación de la constitución”, impartida el 21 de agosto de 1996 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

de la vida (sí, a veces se trata de fortuna) su extrema generosidad se hizo presente ante nosotros para compartir sus ideas acerca de cómo pensar la especificidad de la interpretación constitucional a partir del diseño de cuatro (meta)modelos de constitución.

La tranquilidad que mostraban sus manos, su mirada atenta, una postura que exhibía confianza y familiaridad y un perfecto castellano, nos embelesó a todos. Me animo a afirmarlo de ese modo porque los comentarios sobre su presencia entre los afortunados, fueron coincidentes: la mente gigante de un hombre afable, elocuente y cálido dispuesto a compartir sus ideas sin más propósito que el de aquel que tiene algo que decir y se presta al diálogo genuino. Brillo auténtico incapaz de impostarse ni simular.

Paolo Comanducci estuvo allí, eso sucedió y nos deslumbró.

Poco tiempo después de ese encuentro, aquel *paper* titulado “Modelos e interpretación de la Constitución”<sup>4</sup> cobró nueva vitalidad para mí y constituyó una pieza central para encarar un momento importante en la vida académica de quien pretende compartir conocimientos y construir conciencia jurídica. Se sustanciaba un concurso docente para la disciplina derecho constitucional en la mencionada unidad académica y el tema sorteado fue “concepto de constitución”. Ese sería mi primer concurso para acceder a la cátedra. El azar y la fortuna otra vez.

Un tema de alta carga teórica como todo aquel que versa sobre un concepto y —en particular sobre el concepto del objeto central de una disciplina— suponía un alto desafío. La noticia me causó en parejas dosis entusiasmo y desconcierto. ¿Cómo abordar una oposición que concite suficiente atención y una impresión favorable del jurado, sin caer en la tentadora pretensión de capturar todo lo bueno y bien dicho sobre el concepto de constitución?

Corrieron las lecturas habituales revisando autores clásicos y contemporáneos y descubriendo algunas líneas aún no exploradas, hasta que la decisión cayó casi por su propio peso: cualquier explicación sobre lo qué es una constitución, incluso para analizar la Constitución argentina, podría conducirse a los cuatro (meta)modelos que Comanducci había delineado en su *paper* y que luego aparecería publicado en la obra titulada “Constitución y teoría del derecho”.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> El *paper* de 32 páginas —que aún conservo— fue traducido al español por Manuel Ferrer Muñoz (UNAM).

<sup>5</sup> Comanducci, Paolo, *Constitución y teoría del derecho*, México, Fontamara, 2007, pp. 37-72. Versiones de dicho texto también fueron publicadas en las siguientes obras: Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación de la constitución”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones

Intuyo que la satisfacción fue solo mía. Preparé la oposición adoptando la tipología de Comanducci como referencia, sin reparar en algo que en ciertos ámbitos académicos suele tener mayor incidencia de la que —a mi juicio— sería aconsejable: una mirada desconfiada frente al apartamiento de los cánones tradicionales. Paolo Comanducci no era por entonces un filósofo a mano de la mayoría de los constitucionalistas de estas tierras, y por contraste existía —y sigue aún vigente— una potente escuela *iuspublicista* vernácula alimentada de clasificaciones y tipologías creadas a partir de la segunda mitad del siglo pasado en Europa continental. Una de ellas, de fuerte predicamento —entre otras en la academia argentina— es la difundida tipología de Manuel García Pelayo.<sup>6</sup>

Pasado ya bastante tiempo de aquella aventura sigo pensando que esas líneas prolijamente trazadas por Paolo Comanducci constituyen buenas herramientas para reconstruir un fenómeno tan complejo como inabarcable.

El concepto de constitución, como se afirma desde diversos lugares y escuelas, es un concepto central en la teoría y en la práctica del derecho, al tiempo que complejo de capturar por su carácter polisémico y por las múltiples funciones que a lo largo de la historia se le han asignado.<sup>7</sup>

Una consecuencia de lo anterior se ve reflejada no sólo en la variedad de conceptos que arroja la literatura,<sup>8</sup> sino también en la zigzagueante aten-

---

Jurídicas, 2007, pp. 41-70, y Comanducci, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 115-144.

<sup>6</sup> Véase García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Manuales de la Revista de Occidente, 1957. Entre los autores que adoptan la tipología de García Pelayo, puede verse Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 23-35; Romero, César Enrique, *Introducción al derecho constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1976, pp. 58-70; Bidart Campos, Germán, *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1972, pp. 29-31, y del mismo autor *Historia e ideología de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Ediar, 1969, pp. 127-163, entre otros.

<sup>7</sup> Al respecto puede verse Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1983, pp. 61-84; Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1985, pp. 129-169; Wheare, Kenneth, *Las constituciones modernas*, Madrid, Labor, 1971, pp. 7-18; Ackerman, Bruce, *El futuro de la revolución liberal*, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 53-74; Guibourg, Ricardo y Mendonca, Daniel, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 81-86; Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 11-13, entre otros.

<sup>8</sup> Solo a modo ilustrativo pueden verse los conceptos trazados en Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2000; Vanossi, Jorge Reinaldo, *Teoría constitucional*, 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013, entre otros.



ción que la dogmática<sup>9</sup> constitucional ha prestado tanto a la diferencia entre concepto(s) y concepción(es) de constitución cuanto a la distinción entre clasificación y tipología de constituciones.

El aporte de Paolo Comanducci es doblemente relevante. La configuración de la tipología a partir de los cuatro (meta)modelos de constitución nos ofrece el resultado de un ejercicio de abstracción metodológica extremadamente útil para abordar un concepto complejo y de tan variadas implicancias teóricas y prácticas. Además, y como consecuencia de lo anterior, las conceptualizaciones que surgen de aquel ejercicio constituyen simplificaciones para reconstruir desde cada uno de los modelos, tanto los distintos fenómenos constitucionales existentes cuanto algunos experimentos históricos ya no vigentes.

En estas líneas me propongo repasar los (meta)modelos que Comanducci presentó en aquel *paper* y que se han plasmado en varias obras individuales y colectivas del autor<sup>10</sup> e indagar las posibles intersecciones con la tipología propuesta por García Pelayo.

El análisis me permitirá aproximar algunas diferencias entre ambos enfoques así como puntos de encuentro. Para este propósito hay un elemento central que se vincula con el germen de los cuatro (meta)modelos del filósofo italiano y que dará lugar a un último propósito. En aquel *paper*, Comanducci advierte que inicialmente su propuesta ensayaba una trilogía tricotómica y la versión final constituida por cuatro modelos surgió a partir de las observaciones efectuadas por M. Dogliani.<sup>11</sup> Comanducci aclara que el cuarto modelo calificado como “modelo axiológico de la constitución concebida como norma” se distingue esencialmente del “modelo descriptivo de la constitución concebida como norma” por el hecho que las reglas jurídicas positivas fundamentales tienen, en el primero de los modelos citados, un valor intrínseco, constituyendo la *constitución un valor en sí misma*. Este (cuarto) modelo de constitución no era inicialmente un modelo que el autor entendiera como relevante para su construcción de los (meta)modelos. En función de este elemento me propongo indagar en las razones por las cuales la versión final de Paolo Comanducci da ese viraje y lo lleva a considerar que un fenómeno jurídico como la *constitución* puede reconocerse en algunos casos a partir de adjudicarle una intrínseca carga valorativa.

---

<sup>9</sup> Para una adecuada conceptualización de “dogmática jurídica”, véase Nino, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, México, Fontamara, 1993, pp. 14-20.

<sup>10</sup> *Cfr.* nota 5.

<sup>11</sup> En la obra *Constitución y teoría...*, *cit.*, dicha aclaración ya no aparece y solo advierte el autor la sugerencia de Dogliani sobre las características del cuarto modelo.

## II. LOS (META)MODELOS DE CONSTITUCIÓN DE PAOLO COMANDUCCI

Si la cuestión acerca de la discutida especificidad de la interpretación constitucional constituye para Comanducci el objeto central de su análisis, la configuración del objeto “constitución” se devela como una suerte de “piedra de toque” de aquel problema.

Para Comanducci, desde el punto de vista lógico, primero es preciso estipular qué se entiende por constitución para luego embarcarse en la cuestión acerca de la especificidad o no de la llamada “interpretación constitucional” respecto de otras interpretaciones en el ámbito del derecho, como la interpretación de la ley, de la sentencia, entre otras.

En esta secuencia metodológica, el autor individualiza cuatro modelos de constitución que recogen las concepciones doctrinales más difundidas sobre lo que es una constitución, desde el siglo XVIII hasta la actualidad.

Su propuesta se construye a partir de dos variables —que surgen de una abstracción de las funciones que las constituciones efectivamente tienen o las que se presume que tienen o se pretende de ellas— que combinadas dan como resultado los cuatro modelos.

La constitución concebida como orden vs. la constitución concebida como norma. Y estas dos concepciones a su vez alumbradas a partir de modelos descriptivos y (vs.) modelos axiológicos.

En las intersecciones que se generan por el juego de estas dos variables, encontramos dos pares de opuestos que permite la diversificación en los cuatro modelos y revela también los puntos de comunión que los acercan.

- a) Modelo *axiológico* de la constitución concebida como *orden*.
- b) Modelo *descriptivo* de la constitución concebida como *orden*.
- c) Modelo *descriptivo* de la constitución concebida como *norma*.
- d) Modelo *axiológico* de la constitución concebida como *norma*.

### 1. *La constitución como orden*

Esta concepción reconoce en su núcleo conceptual la idea de un *orden de cosas*, un conjunto de *fenómenos sociales* que, como tal, cristaliza determinadas relaciones de poder, relaciones sociales y políticas de la estructura del sistema de organización de una comunidad.

Comanducci no le asigna valor alguno a ese conjunto de fenómenos. Este es pues el más aséptico de los modelos: la constitución concebida como

*orden* nos ofrece una foto sobre un estado de cosas relevante desde el punto de vista de la comunidad política, pero no una plataforma de la que puedan emerger reglas.

Hay otro modelo que permite reconstruir la idea de constitución concebida como *orden*, y es el que Comanducci captura bajo el llamado “modelo axiológico”. Bajo este modelo la idea de constitución no refiere de manera directa a normas, pues su ojo está puesto en las constituciones que son el reflejo de un cierto *orden*; sin embargo el valor relevante que aquél tiene en la organización y estructura del Estado y las relaciones internas de poder es lo que induce al “salto” desde la mera fotografía de los fenómenos sociales (solo susceptibles de descripción) hacia la concepción de un orden que tiene un valor intrínseco y como tal tiene la potencialidad de ser fuente de reglas. Y al comprometer dichas reglas la propia estructura del Estado, adquieren valor fundamental en el sentido de fundamentales y/o jerárquicamente supremas.

El *orden de cosas* del modelo descriptivo prescinde del (y escapa al) análisis jurídico, toda evaluación de *corrección* desde el punto de vista axiológico es ajena a este modelo. Como bien aclara el autor, estos fenómenos pueden ser descritos por otras disciplinas como la sociología jurídica y política, y la ciencia política, entre otras,<sup>12</sup> pero no por el derecho.

El ejemplo que resalta Comanducci del modelo axiológico de la constitución como orden es el concepto de constitución de Carl Schmitt. El llamado “concepto positivo de constitución” elaborado por el jurista alemán, consiste en entender la constitución como la concreta realidad de un existir político independiente dotada de valor intrínseco y generadora de normas. La *decisión política* antecede y determina el contenido de las normas.<sup>13</sup> es el Estado la fuente absoluta de toda decisión legal y moral en la vida política.

Referentes del pensamiento tradicional y contrarrevolucionario como Burke y Maistre son también representativos, desde sus concepciones de la sociedad y su rol de *ordenador político*, del modelo axiológico de la constitución concebida como orden. El orden social como provisto de valor y poseedor de normatividad intrínseca.

## 2. *La constitución como norma*

Según esta concepción, la constitución es la expresión de un conjunto de *reglas jurídicas positivas*, consuetudinarias o formalizadas en un documento,

<sup>12</sup> Cfr. p. 41, *op. cit.*, nota núm. 10.

<sup>13</sup> Sobre el concepto de “decisionismo” en Carl Schmitt puede verse Negretto, Gabriel, “¿Qué es el decisionismo? Reflexiones en torno a la doctrina política de Carl Schmitt”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, México, vol. 40, núm. 161, 1995.

que tienen un rasgo central constitutivo: son *fundantes* del resto de las reglas y superiores a ellas, lo que las convierte en reglas *fundamentales*.

Para Comanducci, la constitución concebida como norma bajo el modelo descriptivo no adjudica valor *per se* a ese tipo de reglas jurídicas.

Junto a este modelo descriptivo, Comanducci reconoce el modelo *axiológico* que se distingue del anterior por el *contenido* del conjunto de reglas jurídicas fundamentales, al que se le atribuye un *valor específico*. Volveré sobre esta concepción más adelante.

### III. LOS MODELOS “DESCRIPTIVOS” VS. LOS MODELOS “AXIOLÓGICOS”

A fin de acercarnos didácticamente a estos cuatro modelos Comanducci traza algunas diferencias y afinidades entre ellos y con ese propósito hace jugar las variables (las concepciones y las perspectivas) tanto conectándolas de manera lineal cuanto cruzándolas.

Así, al referirse a los *modelos descriptivos*, Comanducci admite que aún bajo esta perspectiva común pueden presentarse diferencias sustantivas según el enfoque epistemológico que se adopte. Si pusiéramos una suerte de velo a la distinción entre el mundo de ser (*sein*) y el mundo del deber ser (*sollen*) ambos tipos de constituciones no difieren sustancialmente, y cualquier constitución puede ser reconstruida desde el modelo descriptivo. Sin embargo, inmediatamente, el autor se ocupa de marcar la divisoria de aguas —de la que no podríamos escapar sin tener un traspie epistemológico— reparando en las *diferencias ontológicas* entre el objeto “fenómenos sociales” y el objeto “normas”.

Al contrastar el primer y segundo modelo,<sup>14</sup> se advierte un punto que al autor lo desvela especialmente y se relaciona con el carácter artificial del modelo descriptivo de la constitución concebida como orden frente al modelo axiológico, esto es, la constitución como orden pero dotado de valor y como tal emergente de las canteras del naturalismo, con todo lo que la concepción de un orden natural tiene de “nebuloso”.<sup>15</sup>

Ubicados en el primer modelo puede admitirse —resalta Comanducci— que las normas constitucionales sean expresión del orden constitucional o incluso que debieran serlo pero no que dichas normas determinen el orden constitucional o deban hacerlo.

<sup>14</sup> Los modelos primero y segundo son los referidos en a) y b) respectivamente del esquema plasmado en el punto II *supra*.

<sup>15</sup> Cfr. *Constitución y teoría del derecho...*, cit., p. 43.

El tercer y el cuarto modelos<sup>16</sup> aparecen asociados a la aún hoy dominante concepción normativa de constitución desplegada por la influencia de (los ideales y principios de) las revoluciones francesa y norteamericana y consolidadas —en diversas versiones— por el liberalismo democrático desde el siglo XIX a la actualidad. Esta concepción —en sus manifestaciones más extendidas— identifica la constitución con un conjunto de normas jurídicas, un cuerpo escrito, una sistematización de reglas bajo la tan difundida noción de “constitución-documento” y es quizás el producto mejor acabado del positivismo jurídico del siglo XIX.<sup>17</sup>

Ahora bien, mientras el tercer modelo (descriptivo) captura el concepto de constitución puramente documental, formal, reconocible a partir de caracteres externos y en particular por la capacidad de distinguirla de cualquier otra ley dentro de un sistema jurídico determinado al menos por su cualidad de *norma fundante* del resto de las normas que lo integran; en el cuarto modelo (axiológico) se adjudican ciertas características a las normas contenidas en la constitución-documento, que no se agotan en la idea misma de conjunto de reglas jurídicas fundamentales y fundantes. Para este cuarto modelo, lo que importa son “ciertos contenidos a los que se atribuye un valor específico”.

#### IV. LAS CONCEPCIONES “NORMATIVAS” Y LA DESCONFIANZA EPISTÉMICA DEL MODELO AXIOLÓGICO

Como afirmaba más arriba, entre el tercer y el cuarto modelos, el punto de conexión aparece de la mano de la concepción de la *constitución como norma*. Como modelo descriptivo, “la constitución es una norma entre las otras normas, es un texto que muchas veces puede presentar peculiaridades respecto a los otros textos normativos, pero no difiere de ellos cualitativamente”.<sup>18</sup> Por su lado, y en relación al cuarto modelo (axiológico) la constitución “es una nor-

---

<sup>16</sup> Los modelos tercero y cuarto son los referidos en c) y d) respectivamente del esquema plasmado en el punto II *supra*.

<sup>17</sup> El caso de la Constitución inglesa merece una consideración especial. Tal como lo resume Geoffrey Marshall “[E]l hecho de que el derecho constitucional inglés no esté tan racionalmente organizado (por desgracia, quizás) como cupiera esperar, puede hacer pensar en la necesidad de una codificación o de posteriores actos legislativos; pero no supone un argumento a favor de la confusión entre lo que hoy es la ley y lo que es una convención” (Marshall, Geoffrey, *Teoría constitucional*, trad. y pról. de Ramón García Cotarelo, Madrid, Espasa-Calpe, 1982, p. 32).

<sup>18</sup> *Cfr. Constitución y teoría del derecho...*, cit., pp. 43 y 44.

ma dotada de valor específico, es por sí misma productora de otras normas, y es cualitativamente diferente de las demás normas del sistema”.<sup>19</sup>

La clasificación de Comanducci resulta —como afirmaba más arriba— una gran contribución teórica y nos invita a un buen ejercicio de abstracción. Particularmente hay un elemento en el que me quiero detener que nos acerca a uno de los objetivos propuestos en el presente trabajo.

Este elemento se relaciona con dos cuestiones vinculadas entre sí que pueden resumirse del siguiente modo: (a) una suerte de “confianza explicativa” en los modelos descriptivos por oposición a cierta “desconfianza epistémica” de los modelos que le asignan a la constitución valor *per se*, y vinculado a esto, (b) el esquema originario de los metamodelos que no incluía el cuarto modelo, esto es, el modelo axiológico de la constitución concebida como norma.

La concepción normativa de constitución nos permite diferenciar claramente los fenómenos o hechos sociales de las reglas jurídicas capaces de generar normas. Los primeros pueden o no generar normas, esta consecuencia es contingente. En algunos casos estaremos en presencia de un conjunto de hechos que, desde una perspectiva sociológica y política, pueden ser vistos como la cristalización, en un tiempo y lugar determinados, de ciertas relaciones de poder y en cuanto tales configurativas de un tipo específico de sociedad y Estado. Fenómenos sociales que definen un marco de referencia política, que reflejan “un equilibrio momentáneo de negociación”,<sup>20</sup> y sólo eso.

En otros casos, estaremos ante un conjunto determinado de fenómenos sociales que cargan por sí mismos con cierto peso axiológico y esta característica los posiciona como *fuentes de normas*.

Pero lo cierto es que esta capacidad generadora de normas en el caso de los modelos que conciben a la constitución como *orden* es contingente.

Lo opuesto sucede con las concepciones normativas de constitución. Se trate del modelo descriptivo cuanto del axiológico, ambas parten de un elemento que constituye su presupuesto conceptual: la constitución comprende un conjunto de reglas jurídicas positivas —consuetudinarias o expresadas y sistematizadas en un documento— que son fundamentales en el sentido de *fundantes* del resto del ordenamiento jurídico y/o *jerárquicamente superiores* a otras reglas. Al trazar las diferencias entre las dos versiones de los modelos normativos (el tercer y cuarto modelos) Comanducci apunta lo siguiente:

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 41.

en el tercero, constitución es una norma entre las otras normas, es un texto que muchas veces puede presentar peculiaridades respecto a los otros textos normativos, pero no difiere de ellos cualitativamente; en el cuarto, constitución es norma dotada de valor específico, es por sí misma productora de otras normas, y es cualitativamente diferente de las demás normas del sistema.<sup>21</sup>

Expuesto así, no parecería quedar tan claro que exista una distinción sustantiva entre el modelo descriptivo y el axiológico, y esto por al menos dos razones:

i) En primer lugar, resulta al menos cuestionable que el hecho de asignar a la constitución el carácter de *fundante* del resto de las normas del sistema jurídico no implique diferenciarlas *cualitativamente* de las normas generadas por la constitución, cuya legalidad deviene así de una fuente superior. Ese atributo no es solamente formal, toda vez que permite inferir que ese conjunto de reglas jurídicas positivas con que identificamos a una constitución tiene asignado un valor en sí mismo en virtud del cual se constituye en fuente generadora de normas. El hecho que esta afirmación no alcance a implicar por ejemplo al contenido específico de la regla jurídica *x* en tanto consagra o reconoce el derecho *y*, de ello no se sigue que no tenga algún valor y si esto es admitido se diluye la distinción entre modelo descriptivo y modelo axiológico. Al menos en relación con un elemento en particular, conceptualmente sustancial, toda concepción normativa de constitución es axiológica.

ii) En segundo lugar, si uno de los conceptos capturados por el modelo *descriptivo* de constitución concebida como *norma* es aquel que contiene un específico contenido normativo (*v. gr.*, normas sobre producción del derecho, sobre organización de los poderes del Estado, sobre los fines del sistema político)<sup>22</sup> la línea que separa el modelo descriptivo del axiológico es tan difusa que hace naufragar el intento genuino por diferenciarlas. Si, tal como afirma Comanducci, entre el concepto kelseniano de Constitución y el concepto *político* de Constitución (la que tutela determinadas libertades individuales) hay “sólo una diferencia de grado”,<sup>23</sup> entonces los denominados modelos descriptivos y axiológicos parecen fundirse en una misma categoría dentro de la concepción normativa.

Como expresé al presentar este trabajo, Comanducci explica que la identificación y formulación de un cuarto modelo surge a partir de las ad-

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>23</sup> *Idem*.

vertencias de Dogliani para quien “la constitución aparece cargada de un valor intrínseco: la constitución es un valor en sí misma”.<sup>24</sup>

Comprometido con este “nuevo” modelo, Comanducci indaga con mayor profundidad la opción metodológica adoptada a partir de la noción de constitución política antes reseñada. Llega así a un punto que permite resumir la distinción que él encuentra central entre ambos modelos: mientras el modelo descriptivo es un documento que tiene por finalidad tutelar libertades individuales, el modelo axiológico *valora positivamente ese fin*.<sup>25</sup>

Sobre el punto me pregunto: ¿es posible afirmar que quien identifica un determinado documento (constitución) que tiene como finalidad garantizar derechos y libertades no valore positivamente tal contenido, tal finalidad? Si la respuesta es negativa, como sugiero, entonces la diferencia de modelos no tiene un buen soporte metodológico.

Retomando las dos cuestiones entrelazadas que orientan las líneas de este apartado, las razones por las que Comanducci no incluyó originariamente el cuarto modelo pueden rastrearse al final de su trabajo y las mismas quizás expliquen lo que denominé desconfianza epistémica hacia el modelo axiológico.

Luego de transitar la segunda —y central— parte de su propuesta, esto es, la cuestión acerca de la (in)existencia de la especificidad de la interpretación constitucional, Paolo Comanducci concluye afirmando que los modelos axiológicos

comparten lo que podrían ser denominados como efectos perlocutivos de las correspondientes concepciones, pues pueden llegar a producir como consecuencia, si logran configurarse como modelos hegemónicos, la disminución política del legislador y, de modo más general, de los poderes tradicionales de creación normativa.<sup>26</sup>

Este *riesgo contramayoritario* puede generarse tanto desde las posiciones conservadoras propias del primer modelo cuanto de visiones progresistas más cercanas al cuarto modelo. Así, en el primer caso, la disminución del poder legislativo “se presta a empleos demagógicos, y en general, favorece

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>25</sup> En el *paper* citado en nota núm. 4, al finalizar dicha afirmación, reconoce la influencia de Dogliani en estos términos: “Acepto, pues, la corrección de Dogliani, pero corrigiéndola también por mi cuenta. Como es natural, además, la distinción presupone la posibilidad de medir las libertades (recuérdese la polémica entre Oppenheim, por una parte y Scarpelli y Bobbio, por otra)”. Este texto citado no aparece en la obra *Constitución y teoría...*, *cit.*

<sup>26</sup> *Constitución y teoría...*, *cit.*, p. 70.



la deslegitimación de las instituciones de la democracia formal<sup>27</sup> mientras que el cuarto modelo tiende a “potenciar políticamente a los jueces y, en particular, a los que tienen el poder de interpretar la constitución investidos de autoridad”.<sup>28</sup>

Comanducci insta al análisis reflexivo a partir de estas observaciones, posando su mirada especialmente sobre quienes propugnan el cuarto modelo, advirtiéndole que “la interpretación ‘moral’ de la constitución abre las puertas a la discrecionalidad judicial (que, aunque siempre está presente, puede ser limitada). Ciertamente, esto puede resultar grato a los progresistas, pero sólo a condición de que también los jueces sean progresistas”.<sup>29</sup>

## V. LA TRILOGÍA DE MANUEL GARCÍA PELAYO

En el capítulo segundo de su clásico *Derecho constitucional comparado*,<sup>30</sup> el jurista español Manuel García Pelayo presenta tres *tipologías de conceptos de constitución*: (a) el *concepto racional normativo*, (b) el *concepto histórico tradicional* y (c) el *concepto sociológico*, haciendo un aporte de fuerte influencia en Europa occidental y en Latinoamérica, en particular desde sus cátedras en Argentina y Venezuela.

García Pelayo entiende necesario ordenar los conceptos de constitución motivado por dos razones centrales. En primer lugar —sostiene el autor— el concepto de constitución por referirse a la sustancia de la existencia política de un pueblo constituye un concepto polémico, simbólico y combativo que halla su *ratio* no en la voluntad de conocimiento sino en su *adecuación instrumental para la controversia con el adversario*.<sup>31</sup> La constitución lidia con el conflicto y la dificultad de su abordaje neutral no contribuye a lograr unidad en la formulación de un concepto. En segundo lugar, la Constitución forma un “nexo entre diversas esferas de la vida humana objetivada, por el que se vinculan sectores de la realidad política, jurídica, sociológica, etcétera”.<sup>32</sup> La Constitución traza un puente vital con todas las dimensiones relevantes del ser humano en comunidad.

García Pelayo señala que los elementos antes resaltados han contribuido a una multiplicidad de calificativos que acompañan de manera simbiótica al concepto de constitución (constitución “real”, constitución “política”,

---

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> *Idem.*

<sup>29</sup> *Idem.*

<sup>30</sup> *Op. cit.*, nota 6.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>32</sup> *Idem.*

constitución “formal”, etcétera) desdibujando la idea de constitución como un todo.

Abocado a la tarea de subsanar este problema, el autor diseña tres conceptos-tipo como “una estructura coherente... que reposa sobre cada una de las grandes corrientes espirituales, políticas y sociales del siglo XIX”.<sup>33</sup>

En la misma línea metodológica de Paolo Comanducci, la construcción de los tipos o modelos de Manuel García Pelayo surge de la observación de la realidad, de las experiencias políticas y sus derivas a lo largo de los siglos ubicando los desarrollos teóricos y prácticos de los siglos XVIII y XIX como marco de referencia.

## VI. CONCEPTO RACIONAL NORMATIVO

Según este concepto, la constitución es un sistema de normas que de manera total, exhaustiva y sistemática establece las funciones fundamentales del Estado. Del mismo modo en que la razón pone orden en el caos de los fenómenos, la constitución lo hace en el ámbito político, dotándolo de orden, seguridad y estabilidad.

Ahora bien, y tal como lo señala de manera categórica García Pelayo, la constitución no solo es expresión del orden sino que es *creadora* del mismo. De este modo, los poderes políticos no representan en sí mismos instituciones ni un orden concreto sino que por el contrario su existencia y competencias derivan de las normas.

Este concepto racional de constitución no es ajeno a la realidad social, por el contrario se encuentra vinculado directamente con una situación social concreta, de allí que este concepto de constitución no sea aséptico o políticamente neutral. Su sentido político viene dado no sólo por su capacidad de estructurar el Estado con arreglo a ciertas “normas predeterminadas y predeterminadoras”,<sup>34</sup> sino por la relevancia que para esta concepción tiene el *contenido* mismo del sistema normativo.

En este punto resulta interesante el modo en que el autor español conecta los elementos tipificadores de esta concepción normativa y racional de constitución con modelos de organización política y algunos sesgos monopolizadores. La despersonalización, la racionalización y el proceso de objetivación de esta concepción, desplazan los modelos autoritarios y absolutistas de poder, y esta instancia superadora tiene un punto polémico que se presenta —apunta García Pelayo— frente a la pretensión de petrificar

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 36.

ciertos principios y tornar compatible esta idea racional de construcción normativa y normativizadora sólo con el modelo del Estado liberal-burgués reflejado en la Declaración de Derechos del Hombre de 1789.

### 1. *Concepto histórico tradicional*

El concepto *historicista* de constitución surge como el modelo contradictor al modelo normativo de constitución, en términos del propio García Pelayo, “en su formulación consciente como actitud polémica frente al concepto racional, o dicho de un modo más preciso, como ideología del conservatismo frente al liberalismo”.<sup>35</sup>

Para esta concepción la constitución de un país no es el resultado de la creación racional de un acto único y total sino el reflejo de situaciones concretas, de usos y costumbres que se van asentando con el paso del tiempo.<sup>36</sup>

La garantía de constitución escrita propia del racionalismo normativo para contrastar la licitud de los actos de poder, aparece como una manifestación superflua frente a la relevancia del derecho consuetudinario. La costumbre es entronizada como fuente privilegiada de derecho diluyendo la distinción entre normas constitucionales y normas ordinarias.

### 2. *Concepto sociológico*

El último de los modelos identificados por García Pelayo es aquel que concibe a la constitución como una construcción que reduce la política, el derecho y la cultura a situaciones sociales. Este elemento muestra claros puntos de conexión con el modelo historicista, pero tiene a su vez diferencias a resaltar. Así, mientras este último se interesa por ciertas estructuras de poderes sociales concretos, el modelo sociológico se concentra en la realidad social y no concibe la constitución como un producto del pasado. Por su lado, frente al modelo de constitución racional normativa, la concepción sociológica identifica la constitución como *una forma de ser y no de deber ser*.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>36</sup> Una versión del concepto histórico tradicional diametralmente opuesta a la concepción racionalista entiende que la legitimidad de una constitución radica en el pasado, en términos de Burke, la autoridad de la constitución descansa en su existencia inmemorial. Una versión matizada, representada por Croce y Humboldt, le atribuye a la razón cierta capacidad de moldear la historia (*cf. ibidem*, pp. 42-44).

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 46.

Entre los teóricos referentes de este modelo de concebir la constitución, destaca Lasalle para quien aquella es “...la suma de los factores reales de poder que rigen en un país...”<sup>38</sup> advirtiendo que la tarea constitucional consiste en tomar esos factores reales de poder y extenderlos en una hoja de papel, así “incorporados a un papel, no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho”.<sup>39</sup>

De la mano de estas tres tipologías aparecen asociados los conceptos de validez, de legitimidad y de vigencia, “tres conceptos como vertientes de un mismo elemento sustantivo que es la Constitución”.<sup>40</sup> La *validez* corresponde a la construcción racional de ordenamiento jurídico que encuentra en la teoría pura del derecho de Kelsen su más acabada expresión.<sup>41</sup> El tipo historicista asienta su normatividad en el concepto de *legitimidad*, la validez del orden jurídico no deviene de una construcción formal que determina el sistema de producción normativa y un esquema jerárquico de reglas sino de la tradición, del devenir, de los valores morales y políticos de una sociedad. La *vigencia* de las normas está presente cuando se verifican en la práctica las hipótesis de conducta que ellas describen, de allí que la vigencia se asocie al tipo sociológico de constitución.

## VII. CONCLUSIONES

Un repaso por las tipologías de García Pelayo nos permite observar las semejanzas y diferencias entre dicha propuesta y la tetralogía de Comanducci.

Retomando el esquema del filósofo italiano, puede verse con claridad que el primer modelo que él identifica, esto es, *el modelo axiológico de la constitución concebida como orden* es reconducible al tipo *histórico tradicional* de la tipología diseñada por García Pelayo. En estas concepciones la *legitimidad* es el rasgo que las caracteriza, en tanto “emerge de lo particular, del hecho de que existe una singularidad nacional e histórica que sostiene, crea y convalida un orden jurídico”.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, trad. de W. Roces, Madrid, Cenit, 1931, pp. 65 y 66.

<sup>39</sup> *Idem.*

<sup>40</sup> Romero, César Enrique, *Introducción al derecho constitucional...*, *cit.*, p. 69.

<sup>41</sup> Sobre el concepto de validez jurídica véase Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1993, pp. 73-105 y una crítica al texto de Garzón en Moreso, José Juan, “Sobre la noción de validez normativa”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 30, 2007, pp. 144-146.

<sup>42</sup> Romero, César Enrique, *Introducción al derecho constitucional...*, *cit.*, p. 70.

El segundo *modelo descriptivo de la constitución concebida como orden* se corresponde con el tipo *sociológico*, y en ambas concepciones, la *vigencia* desplaza a las formas y a los valores para ocupar los *hechos* el sitio mayor.

Dejamos para el final el primer tipo presentado por García Pelayo: el tipo racional-normativo. Este tipo de constitución que responde al ideal iluminista del *gobierno de la ley*, se presenta como un modelo de constitución con pretensión de validez universal. La *razón*, no sólo constituye la expresión de un orden social y político sino que es su *creadora*. Esta capacidad de ser fuente de legalidad y validez emparenta linealmente la tipología racional-normativa con las concepciones normativas de constitución de Paolo Comanducci.

Ahora bien, como hemos visto, al abordar las concepciones normativas de constitución, el filósofo italiano distingue el modelo descriptivo del modelo axiológico. En las tipologías de García Pelayo no parece haber lugar para tal distinción, por cuanto el tipo racional-normativo, que es el que permite capturar los acuerdos nacionales pos revolucionarios cuanto las más recientes experiencias constitucionales de Europa occidental y Latinoamérica, es un *concepto politizado* que se manifiesta no solo desde el punto de vista formal sino también en función del contenido pues “no todo código jurídico-político puede valer como como constitución, sino que para ello precisa también que su contenido coincida con el de la razón”.<sup>43</sup>

La apelación a la razón como ordenador, creador y garante de un determinado contenido fundamental.

La caracterización que ofrece Comanducci de las Constituciones normativas dotadas de valor permitirían expandir el concepto de racional-normativo de García Pelayo y sortear así el riesgo que el jurista español señalaba con claridad: la pretensión de monopolizar esta creación racional y reducirla conceptualmente sólo a aquellas constituciones políticas que realicen el programa del Estado liberal burgués.<sup>44</sup>

Entre los ejemplos que Comanducci ubica en el cuarto modelo, Carlos Nino se destaca por sus elaboraciones teóricas sobre constitución y demo-

<sup>43</sup> García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado...*, cit., p. 38.

<sup>44</sup> Al respecto resalta Comanducci que un modelo axiológico de constitución-norma ubica a la constitución en el *vértice de la jerarquía de fuentes*; contiene (y reconoce) junto a las reglas, *principios*; tiene un vínculo especial con la *democracia* al punto de imbricarse recíprocamente (no puede haber democracia sin constitución, ni constitución sin democracia) funciona como un *punto de unión entre el derecho y la moral* y requiere en su aplicación acudir a la *ponderación* para balancear los principios (entre sí y los principios y las reglas) como un método superior de la subsunción (cfr. Comanducci, Paolo, *Constitución y teoría...*, cit., pp. 52 y 53).

cracia<sup>45</sup> y la influencia que su pensamiento ha tenido y tiene aún en la teoría constitucional en Latinoamérica y en Europa.

Nino distingue un sentido mínimo y un sentido pleno de constitucionalismo. Al referir al primero de ellos Nino apunta “al requerimiento de que un Estado tenga una Constitución en el vértice de su sistema jurídico... que dispone la organización básica del poder político y la relación entre el Estado y los individuos, que implican ciertas restricciones sobre la actividad legislativa”.<sup>46</sup>

El sentido pleno de constitucionalismo supone para Nino no solo la existencia de normas de organización del poder “que están en cierto modo atrincheradas frente al proceso legislativo normal, sino también y preeminentemente que satisfagan ciertas exigencias acerca del procedimiento y contenido de las leyes que regulan la vida pública”,<sup>47</sup> y relaciona este sentido pleno con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa en el año 1789. Para Nino la *plenitud del constitucionalismo* se refleja en el artículo 16 de dicha Declaración cuando expresa que “[U]na sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución”.

¿No es acaso esa “afirmación” una apelación al valor que esos elementos tienen por sí mismos para la consecución de los fines de dicha Declaración? La garantía de los derechos que debe establecer toda constitución ¿no presupone acaso un contenido mínimo que satisfaga los objetivos de la propia Declaración, esto es, el respeto por “derechos naturales, inalienables y sagrados”?<sup>48</sup>

El propio Nino reconoce que aún en el sentido mínimo de constitucionalismo —acaso el modelo descriptivo de constitución normativa de Comanducci— el contenido importa.

ya que el hecho de que haya reglas que definen de una forma u otra la organización del poder y la relación del Estado con los ciudadanos y que esas reglas no estén sujetas al proceso legislativo normal puede implicar ciertas garantías básicas de los ciudadanos en contra de abusos autoritarios, garantías que están asociadas con el Estado de derecho.<sup>49</sup>

<sup>45</sup> Comanducci, Paolo, *Constitución y teoría...*, cit., p. 53. Entre los autores cuyas concepciones de constitución Comanducci ubica en el cuarto modelo se encuentran Dworkin, Zagrebelsky, Alexy y Habermas, entre otros.

<sup>46</sup> Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional...*, cit., p. 2.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>48</sup> Cfr. preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

<sup>49</sup> Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional...*, cit., p. 3.

Paolo Comanducci nos invita a revisitar la historia del constitucionalismo moderno a la luz de las distintas concepciones (y conceptos) de constitución desde los modelos axiológicos y descriptivos. En esta nueva mirada sobre aquellos metamodelos y la propuesta de contrastarla con la tipología de García Pelayo —tan difundida en estas tierras para captar la “esencia” de la Constitución argentina— la  *fusión*  de los modelos tercero y cuarto de la tetralogía de Comanducci encuentra algunos puntos de justificación. En el punto IV de este trabajo presento algunas razones en esa línea y en estas palabras finales las retomo a partir de la posición de Nino sobre el constitucionalismo y sus sentidos mínimo y pleno. En mi opinión, y dicho  *grosso modo* , el modelo descriptivo de la constitución concebida como norma se desdibuja para ser absorbido por el modelo axiológico que lo captura, lo explica y lo supera.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, *El futuro de la revolución liberal*, Barcelona, Ariel, 1995.
- AGUILO REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000.
- AGUILO REGLA, Josep, “Sobre la Constitución del estado constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 24, 2001.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Historia e ideología de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Ediar, 1969.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1972.
- COMANDUCCI, Paolo, *Constitución y teoría del derecho*, México, Fontamara, 2007.
- COMANDUCCI, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- COMANDUCCI, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, México, Fontamara, 2004.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1985.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Manual de derecho constitucional comparado*, Madrid, Manuales de la Revista de Occidente, 1957.

- GUIBOURG, Ricardo y MENDONCA, Daniel, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1983.
- LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, trad. de W. Roces, Madrid, Cénit, 1931.
- MARSHALL, Geoffrey, *Teoría constitucional*, trad. y pról. de Ramón García Cotarelo, Madrid, Espasa-Calpe, 1982.
- MIGUEL BÁRCENA, Josu de y TAJADURA TEJADA, Javier, *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Madrid, Guillermo Escolar, 2022.
- MORESO, José Juan, “Sobre la noción de validez normativa”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 30, 2007.
- NEGRETTO, Gabriel, “¿Qué es el decisionismo? Reflexiones en torno a la doctrina política de Carl Schmitt”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, México, vol. 40, núm. 161, 1995.
- NINO, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, México, Fontamara, 1993.
- NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2000.
- OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1999.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1985.
- VANOSSI, Jorge R., *Teoría constitucional*, 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013.
- WHEARE, Kenneth, *Las Constituciones modernas*, Madrid, Labor, 1971.



## ACERCA DE LAS EDITORAS Y AUTORAS

### *Editoras*

#### FEDERICO JOSÉ ARENA

Doctor en Filosofía del Derecho por la Universidad de Génova, Italia.

Investigador adjunto y miembro del Programa Nacional de Ciencia y Justicia del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet), Argentina; profesor de Metodología de la investigación del crimen, en la Universidad Nacional de Córdoba, y profesor asociado de Filosofía y Lógica jurídica, Universidad Blas Pascal, Argentina; ha sido profesor por contrato en la Universidad Bocconi, Italia; la Universidad Alberto Hurtado, Chile y el Instituto Tecnológico Autónomo de México.

Ha dictado capacitaciones para instituciones judiciales de Argentina, Chile y México.

Publicaciones recientes: autor de *Los estereotipos detrás de las normas*, Toledo, Córdoba, 2022; *Doveri giuridici, interpretazione, proiettivismo. Dal convenzionalismo allo scetticismo temperato*, Génova, Genoa University Press, 2019, y *El convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico*, Madrid, Marcial Pons, 2014. Editó, junto a Diego Moreno y Pau Luque, el libro *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas*, Universidad Externado de Colombia, 2021, y es coordinador del *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia*, publicado en 2022 por la Suprema Corte de Justicia de México.

#### EDITH CUAUTLE RODRÍGUEZ

Doctora en Filosofía del Derecho y Bioética Jurídica por la Universidad de Génova, Italia. Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

Desde 2000 es académica de tiempo completo, definitiva, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, y profesora de asignatura en la Facultad de Derecho, UNAM.

Ha impartido asignaturas de doctorado, maestría y licenciatura en diversas universidades e instituciones públicas y privadas en la república mexicana: Argumentación jurídica; Argumentación con perspectiva de género, Justicia constitucional y argumentación, Teoría jurídica contemporánea, Lógica y análisis de las normas y Formación docente,

Publicaciones recientes: coautora del *Atlas constitucional de América, 2022* (en revisión) y “El pensamiento jurídico de Riccardo Guastini: filósofo analítico-iusrealista escéptico”, en Vega, Juan (coord.), *Filosofía jurídica contemporánea*, México, Grañen-Porrúa, 2021. Traductora de diversos artículos y un libro del idioma italiano al español.

#### PABLO E. NAVARRO

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

Investigador Principal del Consejo de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de Argentina (CONICET).

Ha sido merecedor de las siguientes distinciones: John Simon Guggenheim Fellow (2001); Premio Joven Investigador Bernard Houssay (2003); Diploma al mérito en Teoría y Filosofía del Derecho - Fundación Konex (2006).

Publicaciones recientes: “Lagunas en el derecho y casos irrelevantes”, *Doxa*, núm. 43. 2020; “Deontic Logic and the Propositional Nature of Norms”, en McNamara, Paul y Jones, Andrew (eds.), *Agency, Norms, Inquiry, and Artifacts: Essays in Honor of Risto Hilpinen*, Ámsterdam, Springer, 2022; en colaboración con Jorge L. Rodríguez, *Sistemas normativos y lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2022.

#### ALBERTO PUPPO

Discípulo de la escuela genovesa. Profesor e investigador de tiempo completo en el Departamento de Derecho del ITAM (México).

Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Nivel II); Licenciado en Derecho por la Universidad de Genova (Italia) y Doctor en Filosofía Analítica y Teoría General del Derecho por la Universidad de Milán (Italia).

Actualmente es director de la revista *Isonomía*. Entre sus últimas publicaciones puede mencionarse el volumen coeditado con D. Bunikowsky, *Why Religion? Towards a Critical Philosophy of Law, Peace and God* (Springer, 2020).

### *Autoras*

#### SEBASTIÁN AGÜERO-SANJUAN

Licenciado en Derecho por la Universidad Católica de Temuco; Magister en Ciencias Jurídicas y Doctor en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra.

Desde 2012 colabora en el Área de Filosofía del Derecho de la Universitat Pompeu Fabra; en 2016 se convierte en académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, y a partir de 2017 trabaja como colaborador docente para la Escuela Nacional de Jurisprudencia de República Dominicana.

Colaborador permanente del grupo de investigación Law and Philosophy (UPF); recientemente elegido como uno de los directores de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, y miembro de la Asociación Chilena de Filosofía.

Publicaciones recientes: “¿Cómo encontrar normas jurídicas?” (*Isonomía*, 2019, 49); “Tiempo y dinámica de los sistemas jurídicos” (*Análisis e Derecho*, 2/2020), y “Sistema jurídico e identificación del derecho” (*Doxa*, 2022, 45).

#### MAGDALENA INÉS ÁLVAREZ

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales y Magister en Derecho y Argumentación por la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba (UNC); abogada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC; Maestría en Derecho Procesal, Universidad Siglo 21.

Profesora adjunta por concurso de Derecho procesal constitucional y profesora adjunta regular de Derecho constitucional, Facultad de Derecho, UNC; codirectora del Proyecto Secyt-UNC “A” “Derechos sociales y políticas sociales: una revisión constitucional de los instrumentos jurídicos” y del Grupo de Investigación en Derechos Sociales [GIDES], radicado en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS), Facultad de Derecho, UNC; profesora titular de Derecho procesal constitucional, y codirectora del Proyecto “Acceso a la justicia y Consejo de la Magistratura: un estudio sobre el perfil de jueces y juezas desde una perspectiva de derechos económicos, sociales y culturales (DESC)”, Universidad Siglo 21.

Publicaciones recientes: “¿Clara equivocación del legislador? Un análisis a partir del caso ‘Loyola’”, de Magdalena Inés Álvarez y Cecilia Ferniot, *XX Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, UNC, 2022; “La Corte Genaro Carrió: Una nueva mirada sobre la producción de la Corte”, *Discusiones*, vol. 26, núm. 1; “Bahía Blanca. 2021 y el caso ‘Riva-

demar' ”, *La Corte y sus presidencias*, de Laura Clericó y Paula Gaido (dirs.) Editorial Ad-Hoc.

#### MARÍA BEATRIZ ARRIAGADA

Abogada por la Pontificia Universidad Católica de Chile (2005) y Doctora en Derecho por la Universidad de Chile (2013).

Profesora en la Facultad de Derecho y en el Instituto de Filosofía de la Universidad Diego Portales (Chile). Miembro del Directorio de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social.

Autora de numerosas publicaciones en teoría de las normas, de los sistemas jurídicos, de los conceptos jurídicos y de los derechos fundamentales.

#### JORGE BAQUERIZO

Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy por la Università degli Studi di Genova (Italia); Doctor en Derecho (PhD) con mención internacional, Mención Cum Laude y premio extraordinario de Doctorado en Derecho 2020 por la Universitat de Girona (España).

Actualmente es investigador postdoctoral “Margarita Salas” del Área de Filosofía del Dret en la Universitat de Girona y realiza una estancia de investigación posdoctoral en el Dipartimento di Giurisprudenza de la Università degli Studi Roma Tre (Italia).

Publicaciones recientes: *El concepto de “poder constituyente”*. *Un estudio de teoría analítica del derecho*, Marcial Pons, 2021, y “Sobre el ‘sujeto constituyente’. Breve análisis desde la teoría del derecho”, *Isonomía*, núm. 56, 2022.

#### HERNÁN G. BOUVIER

Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; Doctor en Filosofía del Derecho y Bioética por la Università degli Studi di Genova, Italia.

Actualmente se desempeña como profesor adjunto de Filosofía del derecho en la Universidad Nacional de Córdoba y como investigador adjunto, del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Argentina.

#### PEDRO CABALLERO ELBERSCI

Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; Doctor en Filosofía del Derecho por la Universidad de Génova, Italia.

Actualmente se desempeña como profesor visitante de Teoría del derecho en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, México y es investigador del Sistema Nacional de Investigadores de México.

Publicaciones recientes: “Sobre la ontología de las normas jurídicas”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 2022; “Metateoría pragmatista para una teoría de las normas jurídicas”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2023; “The Explanatory Problem of Law’s Normativity: A Proposal Based on Practical Attitudes and Normative Statuses”, *Analisi e Diritto*, 2021.

#### FLAVIA CARBONELL BELLOLIO

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción (2002) y Abogada (Corte Suprema, 2003); es Máster en Derecho Público (2007) y Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (2013).

Fue coordinadora académica del Programa de Doctorado en Derecho (junio 2017-julio 2021); actualmente se desempeña como académica e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (Departamento de Derecho Procesal) y como directora del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Chile; es presidenta del Directorio la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social (2020-2023).

Publicaciones recientes: “Un modelo de decisión judicial justificada para el proceso penal chileno”, *Política Criminal*, vol. 17, núm. 33, 2022; “El lugar del error en el diseño de los procesos judiciales”, en Flavia Carbonell y Jonatan Valenzuela (eds.), *Fundamentos filosóficos del derecho procesal*, Valencia, Tirant Loblanch, 2021; “Presunciones y razonamiento probatorio”, en Jesús Ezurmendia (ed.), *Prueba, proceso y epistemología: ensayos sobre derecho probatorio*, Valencia, Tirant Loblanch, 2021.

#### MARCELA CHAHUÁN ZEDAN

Doctora en Derecho por la Universitat de Girona, España.

Actualmente es académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Sus líneas de investigación son: Teorías del derecho, Teorías de las normas, Teorías de la interpretación jurídica.

Publicaciones recientes: “Sobre las objeciones de Pablo Navarro a la tesis de la inevitabilidad de la interpretación jurídica”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (aceptado para publicación); “Sobre el escepticismo moderado de Riccardo Guastini”, en Agüero, S. y Ratti, G. B. (eds.), *La escuela genovesa en Chile. Su recepción a través de la obra de Riccardo Guastini*, Tirant Lo Blanch (en

prensa); “Commenti critici sul concetto di applicabilità come spiegazione del fenomeno dell’applicazione di norme giuridiche irregolari”, *Analisi e Diritto*, Pisa Edizioni ETS, 2020.

### RODRIGO COLOMA

Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid.

Profesor titular de la Universidad Alberto Hurtado (Chile); investigador responsable de cinco proyectos del Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (Chile). Fue presidente de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social.

Publicaciones recientes: “Lo súbito como desafío a la imputación penal”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 45, 2022; en coautoría con Juan Luis Modolell, “¿Por qué (a veces) las teorías de la prueba nos parecen inútiles”, *Política Criminal*, vol. 15, núm. 30, diciembre de 2020; “Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos”, *Discusiones*, XVIII (Estándares de prueba 2).

### DIEGO DEI VECCHI

Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; Magíster en Derecho y Argumentación por la misma Universidad; Doctor en Filosofía del Derecho por la Università degli Studi di Genova, Italia; Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

Actualmente es Investigador Juan de la Cierva Incorporación en la Universitat de Girona, España.

Publicaciones recientes: “Prueba sin convicción en su justa medida”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 45, 2022; *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*, Zela, Lima, 2020; “Laudan’s Error: Reasonable Doubt and Acquittals of Guilty People”, *The International Journal of Evidence & Proof*, 2020; *Modos de describir el derecho. Normas jurídicas, proposiciones normativas y enunciados deónticos*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2019.

### SEBASTIÁN FIGUEROA RUBIO

Doctor en Derecho por la Universitat de Girona.

Investigador Ramón y Cajal en la Universidad Autónoma de Madrid, Área de Filosofía del Derecho. Ha realizado una investigación posdoctoral en la Universidad de Chile (2016-2017), becado por Fondecyt con el proyecto

“Responsabilidad, normatividad y pluralismo. Una propuesta dentro de la filosofía analítica”. Ha sido reconocido como Investigador Seal of Excellence en el Istituto Tarello per la Filosofia dei Diritto de la Università degli Studi di Genova con el proyecto “Legal Relations: Agency, Norms, and Time” en 2022. Entre 2018 y 2020 fue investigador responsable del proyecto Fondecyt de “Relaciones jurídicas entre desconocidos desde una teoría social de la acción” y en 2019 publicó la monografía *Adscripción y reacción. Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal*, Madrid, Marcial Pons.

### ALBA LOJO

Investigadora predoctoral (PDI) del Departamento de Derecho en la Universitat Pompeu Fabra; ha recibido los títulos de Master’s Degree in Analytic Philosophy por la Universitat de Barcelona (España) y Master en Cultura Jurídica: Seguridad, Justicia y Derecho por la Universitat de Girona (España) y por la Universidad de Valdivia (Chile).

Ha realizado estancias de investigación en la Università degli Studi di Genova y en la Università di Bologna.

Publicaciones recientes: “Los problemas epistemológicos de las reglas genuinas en «Positivismo jurídico ‘interno’» de María Cristina Redondo”, *Doxa*, núm. 45, 2022, y “Una respuesta a la concepción reduccionista de las reglas constitutivas”, en Vilajosana, J. M. y Ramírez Ludeña, L. (eds.), *Reglas constitutivas y derecho*, Marcial Pons, 2022.

### PAU LUQUE

Doctor en Filosofía del Derecho por la Universidad de Génova.

Actualmente es investigador en el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM.

Publicaciones recientes: “Política y autoridad en Bernard Williams”, *Discusiones*, 2020; “Rule of Law y casos recalcitrantes”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 2020, y junto con Ismael Martínez Torres, “Not Everything is Normativity”, en Fabra-Zamora, Jorge y Villa Rosas, Gonzalo (eds.), *Conceptual Jurisprudence*, Springer, 2021.

### DANIEL MENDONCA

Abogado y Licenciado en Ciencias de la Educación por la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, Paraguay y Doctor en Ciencias jurídicas por la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay.

Es profesor de Teoría del derecho y Teoría constitucional en el Curso de Maestría en Derecho de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”; asimismo, de Teoría general de las normas y de Interpretación de la ley en el Curso de Doctorado en Derecho de la misma Universidad; de 1994 a 2008 fue profesor por contrato de Teoría general y filosofía del derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, España; desde 2009 es profesor de Interpretación constitucional en la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de Medellín, Colombia, y miembro de la Cátedra de Cultura jurídica de la Universidad de Girona, España. Autor de diversos libros y artículos especializados en filosofía y teoría del derecho.

#### DIEGO MORENO CRUZ

Doctor en Filosofía del Derecho por la Universidad de Génova (Italia) y Doctor Europeo en Filosofía del Derecho por la European University Association.

Docente-investigador del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho (CIFD) de la Universidad Externado de Colombia.

Publicaciones recientes: “Acción intencional de interpretación judicial. Casos normales y sorprendidos”, en Arena, Federico; Luque, Pau y Moreno Cruz, Diego (eds.), *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas*, Universidad Externado de Colombia, 2021; “Un análisis psicológico y prospectivo sobre el derecho vigente”, en Ratti, Giovanni B.; Rabanos, Julieta y Redondo, Cristina (coords.), *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea*, Barcelona, Marcial Pons, 2022, vol. II.

#### ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO

Dottore di Ricerca in Filosofia del Diritto e Bioetica Giuridica por la Universidad de Génova, Italia.

Actualmente se desempeña como profesor por contrato en la Universidad de Murcia, España.

Publicaciones recientes: *Teorías e ideologías de la ciencia jurídica*, Lima, Palestra, 2017; “Kelsen en la encrucijada”, *Revista Ius et Praxis*, 2, 2014; “Constitutive Rules of Precedent”, aceptado para la publicación en la revista *Revus*.

#### IVANA PICCARDO

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba; especialista en Argumentación por la Universidad de Alicante (España).



Profesora adjunta de Derecho constitucional y administrativo en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba y de Derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la misma Universidad.

Autora de publicaciones en temas de teoría constitucional, derechos humanos y argumentación jurídica. Recientemente ha publicado *Como fallan los jueces. Mayorías argumentativas versus mayorías resolutivas*, UNC, 2020.

### JULIETA A. RABANOS

Doctora en Derecho (currículum Filosofía del Derecho e Historia de la Cultura Jurídica) por la Universidad de Génova e investigadora posdoctoral en la misma universidad.

Además de su labor académica como investigadora y profesora de grado y posgrado en diversas instituciones de Europa y América Latina, se ha desempeñado como asesora legislativa de tiempo completo de la Presidencia de la Primera Minoría de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación de la República Argentina (2012-2015).

Publicaciones recientes: “*Rule of Law* transnacional, reglas y acción humana”, *Revus*, núm. 47, 2022; “Hobbes, Raz y dos modelos opuestos de autoridad. Consideraciones sobre similitudes, diferencias y (falta de) utilidad práctica”, *Eunomia*, 23, 2022, en prensa, y “Contesto istituzionale, *scorekeeping* e ragionamento giuridico”, *Notizie di Politeia*, núm. 147, 2022, en prensa.

### PABLO A. RAPETTI

Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional del Sur (Argentina); Master Interuniversitario en Sistema de Justicia Penal por la Universitat de Lleida et al (España) y Doctor en Derecho por la Universitat de Girona (España); realizó estudios posdoctorales en la University of Oxford (Reino Unido).

Profesor asociado en el Instituto Tecnológico Autónomo de México; miembro de la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universitat de Girona e investigador del Conacyt (SNI), nivel I.

Su investigación se centra en la teoría del derecho y ha publicado diversos trabajos sobre temas como el positivismo jurídico y la relación entre derecho y moral, la coerción en el derecho, la interpretación jurídica y los paralelismos de la teoría del derecho con otras disciplinas filosóficas, como la metaética.

### RODRIGO E. SÁNCHEZ BRÍGIDO

Abogado y Licenciado en Filosofía por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; Doctor in Philosophy por la Universidad de Oxford, Reino Unido.

Profesor en la Universidad de San Andrés, Buenos Aires, Argentina.

Entre sus publicaciones más recientes se encuentran: “Book Review: Against proportionality and Balancing”, *Jurisprudence*, núm. 11, 2020; “El concepto de derecho como concepto funcional”, *Revus*; “Unjust Combatants, Special Authority, and “Transferred Responsibility” (en coautoría con Luciano Venezia) *Philosophical Studies*, 2021.

### EUGENIO C. SARRABAYROUSE

Doctor en Derecho (Área Penal) por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Tesis galardonada con el “Premio Facultad 2006”.

Profesor emérito de la Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales (UCES-2015); exdirector del Programa de Doctorado, Universidad del Salvador (2018-2021); profesor regular titular de la asignatura Elementos de derecho penal y procesal penal, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Buenos Aires (desde marzo de 2020).

Juez de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (Buenos Aires, Argentina).

Cuenta con cinco libros publicados, varias traducciones del alemán y más de ochenta artículos. Publicaciones recientes: “Pandemie und Strafrecht in Argentinien” (“Pandemia y derecho penal en Argentina”), *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 6/2022, Heidelberg, C. F. Müller; “Testigo único y delitos contra la integridad sexual”, en Arduino, Liliana y Corleto, Julieta di, *Jornadas Justicia Penal, Géneros y Enseñanza del Derecho*, Buenos Aires, INECIP, 2022 (libro digital); traducción del libro *Strafrecht und Risiko*, aparecida como *Derecho penal y riesgo. Investigaciones sobre la crisis del Derecho penal y la política criminal en la sociedad del riesgo* de CorneliusPrittwitz, Madrid, Marcial Pons, 2021.

### NATALIA SCAVUZZO

Abogada y Magister en Derecho y Argumentación Jurídica por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina); Doctora en Derecho, Doctorado Europeo, Currículum de Filosofía del Derecho y Bioética Jurídica, por la Universidad de Génova (Italia).

Docente en diversas universidades de Europa y Latinoamérica; investigadora posdoctoral en Universidad de Génova (Italia); su trabajo de investigación se centra en la argumentación jurídica, el análisis del discurso normativo, el estatuto epistemológico de la ciencia del derecho y en cuestiones de metodología en teoría del derecho.

Integrante de la redacción de las revistas *Analisi e Diritto* y *Discussiones*. Publicaciones recientes: “Hart y el «sentido y propósito» del punto de vista interno”, *Discussiones*, núm. 26, 2021 I; “Positivismo jurídico interno: ¿epistemología o ideología del derecho?”, *Isonomía*, núm. 54, 2021; “Reflexiones sobre la existencia y los límites de las reglas sociales a partir de la Teoría analítica del derecho de Jorge Rodríguez”, *Analisi e Diritto*, vol. 22, 1, 2022.

*El encanto del método. Diálogos latinoamericanos con Paolo Comanducci*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 21 de octubre de 2022 en los talleres de Litográfica Ingramex, S. A. de C. V., Centeno 162-1, Granjas Esmeralda, Iztapalapa, 09810 Ciudad de México, tel. 55 5445 0470, ext. 364. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *holmen book* de 55 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 200 ejemplares (impresión digital).



*E*l encanto del método. Diálogos latinoamericanos con Paolo Comanducci es una colección de ensayos críticos sobre la extensa obra de Paolo Comanducci, que se caracteriza no solo por la rigurosidad metodológica y la claridad analítica, sino también por la forma original y desafiante de abordar problemas, o bien clásicos, o bien persistentes, tanto de la filosofía y de la teoría del derecho como de la teoría política.

Las autoras de cada contribución usan las ideas de Comanducci para explicar cierto fenómeno jurídico, pero también analizan, comentan y critican la obra del profesor italiano.

Los capítulos fueron organizados de manera temática para orientar a la lectora: epistemología jurídica, teoría y metateoría del derecho, razonamiento jurídico, metaética e interpretación constitucional.

