Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/2mr9p29f

TEORÍA Y METATEORÍA DEL DERECHO

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/2mr9p29f

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. *Lineamientos de una teoría de las normas*. IV. *Tres pormenores de la teoría comanducciana 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.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/2mr9p29f

mejor manera de valorar a alguien consista en tomar sus ideas y discutirlas 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.[1]

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.[2]

[1] 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.

[2] Comanducci, Paolo, "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", *Isonomía*, México, núm. 16, 2002, p. 105.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/2mr9p29f

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.[3]

De ahí la posibilidad de exigir *pureza* de la teoría, pero no al derecho, porque este último pueda tener diversas conexiones con la moral.[4] 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.[5] Por consiguiente, quien niegue la gran distinción entre ser y deber ser necesariamente descarta al positivismo metodológico.[6]

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).[7]

---

[3] 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.

[4] Comanducci, Paolo, "Principios jurídicos…", *cit.*, pp. 99.

[5] Comanducci, Paolo, "On Aarnio and Peczenik's...", *cit.*, pp. 190.

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

[7] Comanducci, Paolo, "Las conexiones…", *cit.*, pp. 23-25.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/2mr9p29f

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.[8]

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.[9]

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 libremen-

[8] *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.

[9] Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 1999, p. 36.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/2mr9p29f

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

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.[11]

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.[12]

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.[13]

La analiticidad de la propuesta unificadora recién trascrita 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

[10] *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.

[11] Comanducci, Paolo, *Razonamiento…*, *cit.*, p. 8.

[12] *Ibidem*, p. 10.

[13] *Ibidem*, p. 29.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/2mr9p29f

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.[14]

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.[15]

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,[16] y también, frente al avance de una epistemología jurídica constructivista en el contexto de la pregunta por la objetividad del conocimiento jurídico.[17] 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

[14] *Ibidem*, p. 34.

[15] *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.

[16] 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.

[17] Comanducci, Paolo, *Estudios sobre constitución y derechos fundamentales*, México, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, 2016, pp. 13-25.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/2mr9p29f

homenajeado. 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 metadiscurso 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).[18]

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.[19]

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.[20]

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

[18] 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.

[19] Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico*…, *cit.*, pp. 15 y 16.

[20] *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.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/2mr9p29f

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.[21]

Disposición y norma. Siguiendo la tradición tarelliana[22] y su revisión guastiniana,[23] 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.[24]

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).[25]

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.[26]

---

[21] *Ibidem*, pp. 25-27.

[22] Tarello, Giovanni, *Diritto, enunciati, usi*, Boloña, Il Mulino, 1974.

[23] Guastini, Riccardo, *Dalle fonti alle norme*, 2a. ed., Turín, Giappichelli, 1992.

[24] Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico…*, *cit.*, pp. 29 y 30.

[25] *Ibidem*, p. 31.

[26] *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.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/2mr9p29f

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.[27]

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*.[28]

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.[29]

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.[30]

---

[27] *Ibidem*, p. 14.

[28] Comanducci, Paolo, "Principios jurídicos…, *cit.*, p. 91.

[29] *Ibidem*, pp. 92-96.

[30] *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.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/2mr9p29f

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.[31]

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.[32]

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).[33]

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.[34]

---

[31] Comanducci, Paolo, "On Aarnio and Peczenik's…", *cit.*, p. 191.

[32] 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.

[33] *Ibidem*, p. 29.

[34] *Ibidem*, pp. 28 y 29.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/2mr9p29f

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.[35]

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.[36] 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.[37]

---

[35] 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.

[36] 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.

[37] Comanducci, Paolo, *Estudios sobre constitución..., cit.*, pp. 18-22.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/2mr9p29f

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.[38]

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.[39] 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).[40]

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-

[38] *Ibidem*, pp. 24 y 25.

[39] Una revisión a la concepción estándar en Recanati, François, "Content, Mood, and Force", *Philosophy Compass* (7/8), 2013, pp. 622-632.

[40] Searle, John, *Actos de habla,* Barcelona, Planeta DeAgostini, 1994, pp. 35-41.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/2mr9p29f

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

Si esto es correcto, y el carácter normativo o descriptivo de un enunciado deriva del tipo de acto que está realizando el emisor, en palabas 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.[42]

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.[43]

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

[41] 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.

[42] 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.

[43] 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.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/2mr9p29f

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.[44]

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.

[44] 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.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/2mr9p29f

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.[45]

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.[46]

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.[47]

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-

[45] 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.

[46] Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sobre la existencia…*, *cit.*, pp. 17 y 55.

[47] 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*, Ámsterdam, D. Reidel Publishing Company, 1981, pp. 96 y 97.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/2mr9p29f

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.[48]

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.[49] 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.

---

[48] 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#ftn13*.

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

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/2mr9p29f

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.[50] 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

[50] También podrían integrar este conjunto de ejemplos algunos de los pormenores indicados en relación con la disposición.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/2mr9p29f

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.[51]

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).[52] 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.[53]

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

[51] 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.

[52] 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.

[53] Mallozzi, Antonella; Vaidya, Anand y Wallne, Michael, "The Epistemology…", *cit.*

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/2mr9p29f

una modalidad (hecho modal) y, por ello (dada mi afición por la metafísica) he decido 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?".[54]

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.

[54] Comanducci, Paolo, "La irrelevancia moral de la diversidad cultural", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 30, 2007, p. 93.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/2mr9p29f

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*, Ámsterdam, 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 metateórico", *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.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/2mr9p29f

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 filosofía 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.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas