

El realismo jurídico redefinido *

Riccardo Guastini

Se puede caracterizar el realismo jurídico – o al menos una forma de realismo jurídico – como la conjunción de tres tesis estrechamente relacionadas entre sí: una tesis ontológica, una tesis metodológica y una tesis epistemológica. Debo señalar que llamo así a estas tres tesis en ausencia de una alternativa mejor, aunque dichas etiquetas no sean siempre las más apropiadas¹.

La tesis ontológica versa sobre el derecho, y responde a la siguiente pregunta: “¿Qué tipo de entidad es el derecho?”.

La tesis metodológica tiene por objeto la interpretación, y responde a la siguiente pregunta: “¿Qué tipo de actividad es la actividad interpretativa?”.

La tesis epistemológica, por último, tiene por objeto el conocimiento (la “ciencia”) del derecho, y responde a la siguiente pregunta: “¿En qué consiste el conocimiento científico del derecho?”².

¹ Pierluigi Chiassoni ha leído y comentado una primera versión de este trabajo, realizándome preciosas observaciones.

¹ Una caracterización mucho más compleja del realismo jurídico puede encontrarse en P. Chiassoni, “Il realismo radicale della teoria pura del diritto”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2012, n. 1, pp. 240 ss. Chiassoni presenta de manera analítica una larga serie de asunciones metodológicas y epistemológicas propias del realismo – por decirlo así – “bien entendido”. Entre estas características merece la pena señalar las siguientes: el rechazo del iusnaturalismo, el empirismo y el no-cognitivism ético. Véase también P. Chiassoni, “Dos preguntas, una solución. Sobre el realismo radical de Hans Kelsen”, en J. J. Moreso, J. L. Martí (eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

² A estas tres características se le podría añadir tal vez una cuarta de carácter accesorio: una tesis semántica que responde a la pregunta “¿Cuál es el significado de los términos jurídicos?”. El realismo “semántico”, si así deseamos llamarlo, tiene por objeto el significado de los términos empleados por las autoridades normativas (el “legislador”, entendido por supuesto en sentido material) para formular normas, así como de los términos empleados por los juristas para describirlo. Los términos deónticos – “obligación”, “prohibición”, “permiso”, etc. – así como los términos que denotan situaciones jurídicas subjetivas – “derecho”, “poder”, etc. – carecen de referencia empírica. No denotan ninguna entidad del mundo. Simplemente cumplen una función prescriptiva, directiva o normativa, es decir, sirven para dirigir el comportamiento. Los términos dogmáticos – “propiedad”, “contrato”, etc. – carecen igualmente de referente semántico. Son usados, tanto por el legislador como por los juristas, para representar de manera abreviada la conexión entre fragmentos de normas que determinan algún supuesto de hecho

Parecería natural comenzar por la tesis ontológica. Sin embargo, hay buenas razones – que enseguida aparecerán de manera clara – para posponerla y, en cambio, comenzar por aquella metodológica. La razón es que las tesis realistas en materia de interpretación condicionan todas las demás tesis.

1. Realismo metodológico

El realismo metodológico es, dicho de manera muy simple, una teoría escéptica sobre la interpretación³. En síntesis: la interpretación – es decir, la atribución de significado a los textos normativos – es una actividad no cognitiva sino “decisoria”. En palabras de Kelsen: es acto de voluntad y no de conocimiento⁴. Aquí se habla, por supuesto, de la interpretación jurídica por antonomasia: la interpretación judicial.

Pero, además, constituye (normalmente) actividad decisoria no solo la interpretación realizada por los jueces – o, más en general, por los órganos de aplicación⁵ – sino también aquella realizada por los juristas (la “doctrina” o “dogmática”).

abstracto (por ejemplo, los diferentes modos de adquisición de la propiedad de un bien) y los fragmentos de norma que determinan la relativa consecuencia jurídica (por ejemplo, las diferentes consecuencias jurídicas que se siguen de dicha adquisición). Este modo de ver está presente en las obras de Karl Olivecrona (“Linguaggio giuridico e realtà”, 1962, en U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1966 [trad. esp., *Lenguaje jurídico y realidad*, Fontamara, México, 1991]; Id., *Law as Fact*, II ed., Stevens & Sons, London, 1971 [trad. esp. *El derecho como hecho*, Labor, Barcelona, 1989]) y Alf Ross (“Tû-Tû”, 1951 [Tû-Tû, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976] y “La definizione nel linguaggio giuridico”, 1958, ambos en U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, op. cit.; id. *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London, 1958 [trad. esp. *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1997]).

³ R. Guastini, “Rule-Scepticism Restated”, en L. Green y B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford U.P., Oxford, 2011 [trad. esp. “El escepticismo ante las reglas replanteado”, en *Discusiones*, 12, 2013, en prensa].

⁴ H. Kelsen, “Sulla teoria dell’interpretazione” (1934), en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L’analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989; Id., *The Law of the United Nations*, Stevens & Sons, London, 1950, “Preface. On Interpretation” [trad. esp. “Sobre la interpretación”, en *Eunomía*, 1, 2011]; Id., *Dottrina pura del diritto* (1960), Einaudi, Torino, 1966, cap. VIII [trad. esp. *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 2005].

⁵ No solo los jueces aplican el derecho – como muchas veces sostiene, o parece sostener, el realismo ingenuo – sino también, obviamente, los funcionarios de la Administración pública y, menos obviamente, los supremos órganos constitucionales.

(1) *Interpretación en sentido estricto*. Los textos normativos – el “derecho”, en uno de los sentidos de esta palabra⁶ – padecen una múltiple forma de indeterminación. Por un lado, los enunciados normativos son frecuentemente ambiguos, admitiendo diferentes interpretaciones: no se sabe si el enunciado E expresa la norma N1 o la norma N2. Por el otro lado, todas y cada una de las normas son fatalmente vagas, de modo que admiten varias “concreciones”: dada una norma N (identificada mediante la interpretación textual “en abstracto”) no se sabe si el caso *x* entra o no dentro de su ámbito de aplicación. Es, por tanto, materia de subsunción, o interpretación “en concreto” si se prefiere⁷.

Dicho brevemente: todo texto normativo admite interpretaciones – en abstracto y/o en concreto – que sincrónicamente chocan entre sí y/o que son diacrónicamente cambiantes⁸. Ello implica que muchas (tal vez no todas, pero sí

⁶ Véase *infra* la primera tesis ontológica.

⁷ Es necesario añadir que el conjunto de los enunciados normativos presenta fatalmente lagunas (supuestos de hecho no disciplinados) y antinomias (supuestos de hecho disciplinados en dos maneras incompatibles): unas y otras, en virtud de la prohibición de denegar justicia (vigente en la mayor parte de los ordenamientos occidentales modernos), exigen del juez una solución. No obstante, es necesario señalar que lagunas y antinomias no preceden a la interpretación sino que son posteriores a ella. Dicho de otra manera: *dada una determinada interpretación*, los textos normativos presentan una laguna y/o una antinomia; pero, *bajo una interpretación diferente*, es posible que la laguna y/o la antinomia desaparezcan.

⁸ Este modo de ver se encuentra sobre todo en algunos realistas americanos, en la escuela realista “de Génova”, en algunos realistas franceses, pero también en el propio Kelsen. Cfr. H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, 1934, Einaudi, Torino, 1952, cap. VI [trad. esp. *Teoría pura del derecho [primera edición de 1934]*, Trotta, Madrid, 2011]; id., *Dottrina pura del diritto*, 1960, op. cit., cap. VIII [trad. esp. *Teoría pura del derecho*, op. cit.]. En relación al realismo jurídico americano, pueden verse: G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Giuffré, Milano, 1962; W. W. Fisher III, M. J. Horwitz, T. A. Reed (eds.), *American Legal Realism*, Oxford U.P., New York-Oxford, 1993; S. Castignone, C. Faralli, M. Ripoli (eds.), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Giappichelli, Torino, 2002; B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford U.P., Oxford, 2007 [trad. esp. *Naturalismo y teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2012]. Sobre la “escuela de Génova”: de G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974; id., *L'interpretazione della legge*, Giuffré, Milano, 1980; de R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffré, Milano, 2011; de P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffré, Milano, 1999; id., *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007 [trad. esp. *Técnicas de la interpretación jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2011]; de P. Comanducci, “L'interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale”, in M. Bessone (ed.), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale, I. Regole, metodi, modelli*, Giappichelli, Torino, 1999; id., *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010; de G. B. Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2009; id., *Norme, principi, e logica*, Aracne, Roma, 2009; id., *Diritto, indeterminazione, indecidibilità*, Marcial Pons,

muchas) controversias y, más en general, muchas (tal vez no todas, pero sí muchas) “cuestiones jurídicas” admiten soluciones diferentes en competición⁹.

Estando así las cosas, parece obvio que los enunciados interpretativos – en abstracto (“El enunciado normativo E expresa la norma N”) y en concreto (“El caso x recae en el ámbito de aplicación de la norma N”) – son fruto de elecciones y decisiones, no de conocimiento. Es decir, los enunciados interpretativos tienen carácter ya no descriptivo (o cognitivo) sino adscriptivo y, en cuanto tales, carecen de valores de verdad¹⁰. Los enunciados interpretativos no son diferentes, en este sentido, de las estipulaciones y redefiniciones, respecto de las cuales son completamente análogos¹¹.

Las decisiones interpretativas de los operadores jurídicos están condicionadas, como es natural, por sus intereses prácticos (políticos, económicos, profesionales, etc.), por sus ideas de justicia y por la aceptabilidad de las diferentes decisiones dentro de la cultura jurídica existente¹². Por último, aunque no por ello menos importante, estas decisiones interpretativas de los operadores también están condicionadas por las elaboradas construcciones conceptuales de los juristas teóricos, esto es, de la dogmática jurídica.

(2) Construcción jurídica. Por otra parte, en el lenguaje común de los juristas el

Madrid, 2012; véase también J. Ferrer Beltrán, G. B. Ratti (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Marcial Pons, Madrid, 2011. Sobre el realismo jurídico francés: de M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Paris, 1994 [trad. esp. *Por una teoría jurídica del Estado*, Dykinson, Madrid, 2001]; id., *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, Paris, 2001; id., *Le droit et la nécessité*, PUF, Paris, 2012; de E. Millard, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 2006.

⁹ Ello es todavía más cierto, naturalmente, en presencia de lagunas y antinomias (véase *supra*, nota 6).

¹⁰ Que las definiciones estipulativas (incluidas las redefiniciones) no tienen valores de verdad puede considerarse como cosa probada. Cuanto dicho en el texto no excluye, sin embargo, que la interpretación pueda ser una actividad genuinamente cognoscitiva, análoga a la definición informativa. Tal es la interpretación que se limita a enumerar los diversos significados posibles o admisibles de un texto normativo sin elegir ninguno. Volveré sobre este punto al hablar de la ciencia jurídica (véase *infra*, la segunda tesis epistemológica). Por ejemplo, dado un enunciado normativo E ambiguo – que puede entenderse que expresa alternativamente la norma N1 o la norma N2 – tendrá carácter cognitivo el enunciado interpretativo “E puede significar N1 o N2”; por el contrario, tendrán carácter decisorio tanto el enunciado interpretativo “E significa N1”, como el enunciado interpretativo “E significa N2”. Obviamente, tienen carácter no cognitivo sino decisorio la interpretación judicial así como gran parte de la interpretación doctrinal.

¹¹ R. Guastini, “Interpretive Statements”, en E. Garzón Valdés, W. Krawietz, G. H. von Wright, R. Zimmerling (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997.

¹² Sobre la aceptabilidad de las decisiones interpretativas insiste A. Aarnio *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht, 1987 [trad. esp. *Lo racional como lo razonable*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991].

término “interpretación” es usado de manera bastante opaca para denotar la totalidad de las operaciones intelectuales de los operadores jurídicos.

No obstante, si observamos atentamente, no es difícil darse cuenta de que los operadores jurídicos – y, entre ellos, sobre todo los juristas teóricos – no se limitan a decidir el significado de los documentos normativos sino que también hacen otras cosas. Después de todo, la interpretación entendida en sentido estricto (atribución de significado a un texto) es solamente una parte, y tal vez no la más importante, de su trabajo¹³.

Junto a la interpretación entendida en sentido estricto, y profundamente vinculada con ella, los operadores jurídicos realizan también actividades de “construcción jurídica”¹⁴. Con esta expresión me refiero a un conjunto indeterminado de operaciones intelectuales entre las que destacan las siguientes:

- (i) La creación de lagunas normativas y, sobre todo, axiológicas.
- (ii) La creación de jerarquías axiológicas entre normas.
- (iii) La concreción de principios.
- (iv) La ponderación de principios en conflicto.
- (v) La creación y, en ocasiones, la resolución de antinomias.

(vi) Por último, y sobre todo, la elaboración de normas no explícitas que son consideradas (por quienes las proponen) normas implícitas del ordenamiento, si bien normalmente no son en absoluto implicaciones en sentido estricto – es decir, implicaciones en sentido lógico – de otras normas explícitas¹⁵.

Estas operaciones están mutuamente conectadas entre sí de diferentes

¹³ R. Guastini, “Juristenrecht. Inventando derechos, obligaciones, y poderes”, en J. Ferrer Beltrán, J. J. Moreso y D. M. Papayannis (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

¹⁴ La expresión es obviamente tomada de R. von Jhering. Véase a este respecto G. Lazzaro, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Giappichelli, Torino, 1965; M. G. Losano, “Introduzione”, en R. von Jhering, *Lo scopo nel diritto* (1877), Einaudi, Torino, 1972 [trad. esp. *El fin del derecho*, Comares, Granada, 2011]; id., *Sistema e struttura nel diritto. I. Dalle origini alla Scuola storica*, Giappichelli, Torino, 1968, spec. parte seconda, cap. VIII.

¹⁵ Brevemente: (i) una laguna normativa es la ausencia de disciplina jurídica para un determinado supuesto de hecho, mientras una laguna axiológica es la ausencia de una disciplina satisfactoria (y la presencia, por el contrario, de una disciplina insatisfactoria); (ii) una jerarquía axiológica es una relación de valor entre normas instituida por los intérpretes mediante un juicio de valor comparativo; (iii) concretizar un principio significa obtener de aquél una norma implícita mediante argumentación; (iv) la ponderación de dos principios en conflicto consiste en establecer entre ellos una jerarquía axiológica; (v) la creación de una antinomia precede a la abrogación, a la invalidación, o a la derogación de una de las normas implicadas (además, no todas las antinomias pueden ser resueltas sobre la base de criterios preconstituidos: por ejemplo, no aquellas entre principios constitucionales); (vi) una norma implícita es una norma que no constituye el significado plausible de ninguna concreta disposición normativa.

maneras. La elaboración de normas implícitas sirve obviamente para colmar lagunas normativas (verdaderas o aparentes). La creación de una laguna axiológica es el prelude de la construcción de una norma implícita idónea a colmar dicha laguna. La concreción de principios consiste en una peculiar forma de elaboración de normas implícitas. Los conflictos entre principios son antinomias de un tipo especial que no pueden ser resueltas si no a través de la construcción jurídica. Las jerarquías axiológicas, además de para orientar las elecciones interpretativas, son instrumentos útiles para resolver precisamente los conflictos entre principios. Y estos son solo algunos ejemplos.

Si la interpretación en sentido estricto no es una actividad cognitiva sino decisoria, entonces a mayor razón también es actividad decisoria la construcción jurídica. En realidad, la construcción jurídica es una actividad nomopoiética de jueces y juristas: legislación “intersticial” (*interstitial legislation*), como se la llama frecuentemente.

2. Realismo ontológico

Es característica del realismo una ontología empirista del derecho. Esto es, el derecho sería no ya un conjunto de entidades abstractas – como normas, valores, obligaciones, derechos o cosas parecidas – sino un conjunto de hechos: hechos sociales de un determinado tipo. Pero, ¿cuáles son concretamente los hechos de los que está constituido el derecho? Esta pregunta requiere una respuesta articulada.

(1) *El derecho como conjunto de textos normativos*. En un primer nivel (superficial) de análisis – común, por lo demás, al punto de vista más frecuente entre los juristas – la palabra “derecho” denota nada más que los textos normativos promulgados por las autoridades normativas: el legislador en sentido material¹⁶, el “soberano”. Es decir, denota un conjunto de *formulaciones normativas*¹⁷. Las formulaciones (o disposiciones) normativas son evidentemente hechos, aunque sea de un tipo especial: entidades del lenguaje,

¹⁶ Por “legislador” en sentido genérico o material se entiende cualquier autoridad normativa (el término se refiere por tanto no solo al legislador propiamente dicho sino también a los padres constituyentes y a las autoridades con capacidad para promulgar reglamentos). Del mismo modo, por “ley” en sentido genérico o material se entiende cualquier texto que expresa normas (y, por tanto, no solo la ley en sentido formal sino también la constitución y los reglamentos).

¹⁷ Cfr. R. Hernández Marín, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

producto de actos lingüísticos.

Este concepto de derecho, aunque es bastante ingenuo (como veremos enseguida), no carece de utilidad heurística. Sirve para aclarar la génesis y también la ontología fundamental del derecho.

En primer lugar (ontología), las normas jurídicas no son otra cosa que entidades lingüísticas ¹⁸.

En segundo lugar (génesis), las normas nacen de actos de “legislación”, es decir, no existe derecho “en la naturaleza” o “en las cosas” ¹⁹: no hay derecho sin legisladores. Por decirlo con las incisivas palabras de Walter Dubislav: “Kein Imperativ ohne Imperator” (“No hay imperativo sin un *imperator*”) ²⁰.

No obstante, los textos normativos requieren de interpretación. Esto equivale a decir que es una ingenuidad y una indebida simplificación identificar sin más el derecho con los textos normativos ²¹. Si una determinada formulación normativa puede ser entendida, por ejemplo, tanto en el sentido N1 (su significado literal *prima facie*) como en el sentido N2 (correspondiente a una supuesta intención de la autoridad normativa), ¿cuál es el derecho: N1 o N2?

Diremos por tanto que el derecho no es propiamente un conjunto de textos normativos sino más bien el conjunto de los significados – es decir, de las normas – que se desprenden de los textos normativos mediante la interpretación. Pero también, como ya sabemos, mediante la construcción jurídica. En este sentido, los textos normativos no son propiamente “derecho”. Antes bien, son, más modestamente, “fuentes del derecho”.

Esta idea ha sido expresada, mejor que por ningún otro, por John Chipman Gray, uno de los padres fundadores del realismo jurídico (americano): «After all, it is only words that the legislature utters; it is for the courts to say what these words mean; that is it is for them to interpret legislative acts. [...] And this is the reason why legislative acts, statutes, are to be dealt with as sources of Law, and not as a part of the Law itself. [...] The courts put life into the dead words of the statute»; «It may be urged that if the Law of a society be the body of rules applied by its courts, then statutes should be considered as being part of the Law itself, and not merely as being a source of the Law; that they are

¹⁸ Y no misteriosos habitantes del mundo del “Sollen”.

¹⁹ Contrariamente de lo que piensan algunos iusnaturalistas. Véase, de entre este poblado grupo de autores, M. Villey, “Le droit dans les choses”, en P. Amselek, Ch. Grzegorzczak (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, Paris, 1989.

²⁰ El lema de Dubislav es citado por Kelsen en un famoso ensayo: H. Kelsen, “Diritto e logica” (1965), en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, op. cit. [trad. esp. “Derecho y lógica”, en *Cuadernos de crítica*, 6, UNAM, México, 1978, p. 19].

²¹ Así, entre muchos otros, R. Hernández Marín, *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

rules to be applied by the courts directly, and should not be regarded as fountains from which the courts derive their own rules. [...] And if statutes interpreted themselves, this would be true; but statutes do not interpret themselves; their meaning is declared by the courts, and *it is with the meaning declared by the courts, and with no other meaning, that they are imposed upon the community as Law*»²².

(2) *El derecho como conjunto de normas*. Por esta razón, pasando a un segundo nivel de análisis (intermedio), conviene usar la palabra “derecho” para denotar no exactamente el conjunto de formulaciones normativas promulgadas por las autoridades, sino más bien el conjunto de las *normas* que se extraen de dichas disposiciones mediante la interpretación (entendida esta última en sentido amplio).

Este conjunto es heterogéneo desde un punto de vista importante. En efecto, no todas las normas que utilizan los operadores jurídicos pueden ser consideradas como significados (plausibles) de formulaciones normativas preexistentes. Como se dijo más atrás, muchas normas (innumerables) son el resultado de actividades no “interpretativas” en sentido estricto sino, por el contrario, el producto de actividades “constructivas”.

El conjunto de normas incluye por tanto dos subconjuntos:

(i) Las normas que constituyen el contenido de significado – uno de los significados plausibles – de las formulaciones normativas promulgadas por el “legislador”, y que son el resultado de la actividad interpretativa entendida en sentido estricto.

(ii) Las normas que no pueden ser imputadas a ninguna formulación normativa específica como su significado y que, por el contrario, constituyen el fruto de diferentes actividades de construcción jurídica realizadas por los

²² “Después de todo, son solo palabras lo que pronuncia el legislador; son los tribunales los que tienen que decir qué significan esas palabras; es decir, son ellos quienes interpretan los actos legislativos [...] Esta es la razón por la que los actos legislativos, las leyes, deben ser consideradas fuentes del derecho, y no partes del derecho mismo [...] Los tribunales dan vida a las palabras muertas de la ley”; “Debería ser evidente que si el derecho de una sociedad es el conjunto de normas aplicadas por sus tribunales, entonces las leyes no deberían ser consideradas meras fuentes del derecho, sino parte del propio derecho; que las leyes son normas que deben ser directamente aplicadas por los tribunales, y que no deberían ser consideradas como recursos a partir de los cuales los tribunales derivan sus propias normas [...] Si las leyes se interpretaran así mismas, esto sería verdad. Pero las leyes no se interpretan así mismas. Su significado es establecido por los tribunales. Y *es con este significado establecido por los tribunales, y con ningún otro significado, que las leyes son impuestas a la comunidad como Derecho*”. Cfr. J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, Second edition from the author’s notes, by R. Gray, New York, 1948, pp. 124 s., 170.

juristas, los jueces y los operadores jurídicos en general.

Es preciso subrayar que las normas de ambos tipos dependen de las actividades intelectuales (o discursivas) de los operadores jurídicos: unas dependen de la interpretación; las otras de aquella (oculta) forma de *nomopoiésis* que hemos llamado “construcción jurídica”.

Desde este punto de vista, el derecho se muestra como el resultado no solo de los actos lingüísticos de promulgación de formulaciones normativas. Antes bien, es también el resultado de actos (también estos lingüísticos) de interpretación, reelaboración y manipulación creativa de tales formulaciones, realizados por los operadores jurídicos.

Se puede decir que, entendido de esta manera, el derecho depende de la combinación de dos elementos distintos: (a) la formulación de los textos normativos y (b) su interpretación y manipulación. No hay derecho sin textos que interpretar (primera tesis ontológica), pero tampoco hay derecho (segunda tesis ontológica) sin interpretación y manipulación de tales textos.

Sin embargo, sucede que doctrina y jurisprudencia (al menos diacrónicamente) están de hecho divididas por desacuerdos, como es por otro lado natural. Muchas formulaciones normativas son objeto de interpretaciones distintas en competición entre sí. La existencia dentro del ordenamiento de una norma implícita es una cuestión intrínsecamente discutible debido, precisamente, a que se trata de una norma implícita. Interpretaciones y construcciones jurídicas distintas dan preferencia a normas diferentes²³ y, por tanto, a ordenamientos jurídicos parcialmente diferentes.

Según una primera hipotética doctrina y/o determinada corriente jurisprudencial (D1), el ordenamiento incluye – por ejemplo – las normas expresas N1, N2, N3 y las normas implícitas N4 y N5; por el contrario, para una segunda hipotética doctrina (D2), el ordenamiento incluye las normas expresas N1 y N2 (pero no N3), y las normas implícitas N4 y N5, pero también la norma implícita N6. Estamos, por tanto, frente a dos ordenamientos diferentes.

Es por tanto necesario realizarse ahora la siguiente pregunta: ¿cuál es el derecho en estas circunstancias? ¿Cuál de los dos ordenamientos es el derecho? Para responder a esta pregunta es necesario proseguir hasta un tercer nivel de análisis, que se corresponde con un tercer concepto de derecho.

Como es fácilmente observable, también este segundo concepto de derecho resulta insatisfactorio: genera más problemas de aquellos que resuelve. No obstante, tiene el mérito de llamar la atención sobre el hecho de que – desde un punto de vista riguroso – no es posible decir que el derecho sea el producto

²³ O, en cualquier caso, a diferentes posibles soluciones de un mismo caso.

unilateral de los “legisladores”, como piensa el positivismo jurídico ingenuo²⁴. En la práctica jurídica no hay únicamente “legisladores” sino también intérpretes. Y el derecho, al menos en uno de los sentidos de la palabra “derecho”, nace precisamente de las interacciones entre ellos. No es posible pensar un derecho sin intérpretes (en concreto, los juristas), como tampoco una religión sin curas.

(3) *El derecho como conjunto de normas vigentes*. En un tercer nivel de análisis (profundo), la palabra “derecho” denota el conjunto de las normas vigentes. Es decir, el conjunto de normas efectivamente aplicadas (usadas para motivar las decisiones) en el pasado, y previsiblemente aplicables en el futuro, por los órganos que, precisamente, “aplican” las formulaciones normativas²⁵: los jueces, pero obviamente también la Administración pública y los supremos órganos constitucionales²⁶.

Dicho con otras palabras: aunque existan diferentes interpretaciones de las formulaciones normativas – del mismo modo que diferentes construcciones de normas implícitas – siempre (bueno, tal vez casi siempre) existen sincrónicamente interpretaciones y construcciones jurídicas generalmente aceptadas y dominantes. Utilizando la expresión del Tribunal constitucional italiano: el “derecho viviente”²⁷.

Retomemos el ejemplo anterior: según la doctrina D1, el ordenamiento incluye las normas (expresas e implícitas) N1, N2, N3, N4, N5; por el contrario, según la doctrina D2, el ordenamiento incluye las normas (expresas e implícitas) N1, N2, N4, N5, N6. Para saber cuál es el ordenamiento vigente es necesario determinar cuáles de estas normas están vigentes y cuáles no. Es perfectamente posible que del análisis empírico de la jurisprudencia (en sentido

²⁴ Y como pretendería la primera tesis ontológica. “Ingenuo”, en este sentido, es, por ejemplo, el positivismo jurídico de John Austin.

²⁵ Tal vez sea oportuna una pequeña aclaración sobre el concepto de “aplicación del derecho”. El vocablo “aplicación” adquiere significados diferentes según se refiera a disposiciones (formulaciones normativas), reglas, o principios. Aplicar una disposición significa banalmente interpretarla y, se sobrentiende, usarla en la motivación de una decisión. Aplicar una regla (expresa o implícita) significa inferir de ella deductivamente una prescripción individual. Aplicar un principio significa concretizarlo, es decir, derivar de aquél argumentativamente reglas implícitas. Cfr. G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010.

²⁶ E. Bulygin, “El concepto de vigencia en Alf Ross” (1963), en C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991.

²⁷ Sobre este punto véase A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*. *Genesis, uso, implicazioni*, Giuffrè, Milano, 1994.

amplio²⁸) resulten vigentes las normas N1, N2, N4, N5, y quizás también una ulterior norma N7, pero no las normas N3 ni N6.

Es importante insistir en que, normalmente, la corriente o tendencia dominante es el producto no solo de la jurisprudencia (todavía en sentido amplio) – como piensan algunos realistas ingenuos – sino también (y tal vez sobre todo) de la doctrina. Los juristas siempre contribuyen a la creación del derecho vigente (el “derecho” en este tercer sentido de la palabra).

También es importante insistir – dado que no es en absoluto obvio – en el hecho de que una gran parte del derecho vigente está constituido por normas formuladas *extra ordinem*, que no provienen de las autoridades normativas sino de los jueces y (quizás sobre todo) de los juristas teóricos. Normas, alguien podría decir, “formalmente inválidas” dado que ni los jueces ni los juristas (en muchos ordenamientos jurídicos) están autorizados a crear normas²⁹. Por tanto, normas inválidas, pero que, pese a ello, son normas de hecho vigentes; esto es, normas aplicadas en pasado y que previsiblemente serán aplicadas en el futuro.

Resumiendo, por derecho se pueden entender al menos tres cosas muy diferentes: (1) un conjunto de textos normativos; (2) un conjunto de normas producto de la interpretación y manipulación “creativa” de tales textos; (3) un conjunto de normas vigentes³⁰. Con ello llegamos a la tesis epistemológica.

3. Realismo epistemológico

Para exponer la (doble) tesis epistemológica del realismo jurídico es necesario introducir una distinción previa³¹.

²⁸ Me refiero a las decisiones de *todos* los órganos de aplicación, y no solo a los jurisdiccionales.

²⁹ Así lo entiende, por ejemplo, Ulises Schmill, en un trabajo (todavía) inédito, quien de esto deriva la consecuencia de que las tesis dogmáticas (las normas implícitas formuladas por la doctrina) *no* son parte del derecho.

³⁰ Que es un subconjunto del conjunto precedente.

³¹ P. Chiassoni, “Il realismo radicale della teoria pura del diritto”, op. cit., pp. 248 s.: «Talvolta “scienza giuridica” è niente altro che il calco delle locuzioni latine “scientia iuris” e “iuris scientia”», sicché «designa lo studio dottrinale del diritto, o dottrina o dogmatica giuridica. [...] Talvolta, ma più raramente, la locuzione “scienza giuridica” designa la conoscenza scientifica del diritto positivo», que «non equivale allo studio dottrinale del diritto, così come tradizionalmente concepito e praticato nelle culture occidentali. Può anzi essere intesa come un’attività radicalmente diversa». («En ocasiones “ciencia jurídica” no es otra cosa que un calco de las expresiones latinas “scientia iuris” y “iuris scientia”» de modo que “designa el estudio doctrinal del derecho, o doctrina, o dogmática jurídica [...] En otras ocasiones, pero

En el lenguaje de los juristas, la expresión “ciencia jurídica” denota sencillamente el trabajo de los propios juristas (aquí me refiero a los juristas académicos): la “doctrina” o “dogmática”, según se prefiera. Obviamente, los juristas – utilizando de este modo la expresión – intentan presentar su propio trabajo como una empresa científica. Es decir, a la luz de la concepción moderna de la ciencia, como una tarea puramente descriptiva: ni valorativa ni prescriptiva³².

No obstante, en el lenguaje de la teoría general del derecho la misma expresión suele asumir un sentido diferente: normalmente denota ya no tanto la práctica efectiva de los juristas sino un modelo (un ideal) de conocimiento, de descripción avalorativa del derecho, que se corresponde solo parcialmente con la dogmática realmente existente³³.

más raramente, la expresión “ciencia jurídica” designa el conocimiento científico del derecho positivo», que «no equivale al estudio doctrinal del derecho como tradicionalmente concebido y practicado en las culturas jurídicas occidentales. Puede incluso ser entendida como una actividad radicalmente diferente»). J. Wróblewski, “La normatività della scienza giuridica” (1966), en U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, op. cit., p. 335: «Alla scienza giuridica, come ad ogni altra scienza, ci si può accostare da due punti di vista radicalmente diversi. Il primo accostamento è quello descrittivo che si ha quando ci si interessa alla scienza giuridica, così come essa viene praticata da un gruppo di persone in un momento determinato. Il secondo è l'accostamento di chi formula un programma per la “vera”, “radicalmente scientifica”, etc. scienza giuridica, con il fine di migliorare la scienza giuridica esistente». («A la ciencia jurídica, como a cualquier otra ciencia, se puede aproximar uno desde dos puntos de vista radicalmente diferentes. La primera aproximación es aquella descriptiva que se adopta cuando uno está interesado en la ciencia jurídica tal y como aquella es efectivamente practicada por un grupo de personas en un momento determinado. La segunda es la aproximación de quien formula una programa de “verdadera”, “radicalmente científica”, etc. ciencia del derecho con el fin de mejorar la ciencia jurídica existente»).

³² Existen en realidad algunas corrientes teóricas que conciben la ciencia jurídica como una ciencia práctica: un discurso no descriptivo sino, por el contrario, prescriptivo. Basten dos ejemplos: G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992 [trad. esp. *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995]; L. Ferrajoli, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007 [trad. esp. *Principia Iuris*, Trotta, Madrid, 2011]. Por supuesto, Zagrebelsky y Ferrajoli tienen ideas muy diferentes al respecto. *Grosso modo*, y simplificando mucho: Zagrebelsky – como en general todos los juristas de orientación “hermenéutica” – piensa que la tarea de la ciencia jurídica es elaborar la solución (justa) para cada caso concreto; Ferrajoli piensa por el contrario que la tarea de la ciencia jurídica es orientar al legislador, denunciando las lagunas y las antinomias presentes en el ordenamiento (en particular, las lagunas que derivan de la falta de actuación de la constitución, y las antinomias que derivan de leyes ordinarias inconstitucionales).

³³ J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. by J.H. Burns and H.L.A. Hart, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 293 ss.; J. Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, 4ª ed., R. Campbell (ed.), John Murray, London, 1879, pp. 33, 176 s., 220; A. Ross, *On Law and Justice*, op. cit. [trad. esp. *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit.]; A.

Por esta razón, en el realismo epistemológico se combinan dos tesis diferentes. La primera es una tesis descriptiva relativa a la doctrina o dogmática tal y como ésta de hecho se desarrolla. La segunda es una tesis prescriptiva relativa al conocimiento científico del derecho, es decir, sobre cómo debería desarrollarse la ciencia jurídica propiamente dicha.

(1) *Doctrina*. Desde el punto de vista del realismo jurídico, como ya se ha señalado, y por las razones que ya hemos visto, la práctica efectiva de los juristas académicos no puede ser considerada como una “ciencia” propiamente dicha.

Por supuesto, los estudiosos del derecho (casi) siempre contribuyen, efectivamente, al conocimiento del derecho, de la manera que especificaremos a continuación. Sin embargo, visto de manera fría y desencantada, se muestra de manera muy clara que sus discursos no son en absoluto puramente descriptivos, al menos no en todas sus partes. Muchos enunciados doctrinales – aquellos que, en definitiva, caracterizan la práctica doctrinal – carecen de valores de verdad. Los enunciados interpretativos (decisorios), como ya hemos visto, tienen más bien naturaleza adscriptiva (adscriben significado). Los enunciados que formulan normas implícitas son (subrepticamente) prescriptivos; de manera “subrepticia” porque se presentan normalmente no como enunciados que formulan normas sino como enunciados existenciales que versan sobre normas del tipo: “La norma (implícita) N pertenece al ordenamiento”³⁴.

Según un punto de vista característico de la filosofía analítica del derecho, la doctrina es un metalenguaje que tiene por objeto el lenguaje del “legislador”³⁵.

Ross, “Il concetto di diritto secondo Hart” (1962), in S. Castignone, R. Guastini (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, II ed., ECIG, Genova, 1990 [trad. esp. “Hart sobre el concepto de derecho”, en P. Casanovas y J.J. Moreso (eds.) *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994]; H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, op. cit. [trad. esp. *Teoría pura del derecho*, op. cit.] A los anteriores habría que añadir los escritos metodológicos de M. Weber, recogidos en el volumen *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Einaudi, Torino, 1958.

³⁴ De manera más extendida: “La norma expresa N1 pertenece al ordenamiento. La norma N2 está implícita en la norma N1. Por tanto, también N2 pertenece al ordenamiento”. Hay que señalar que la relación entre una norma expresa y la norma implícita que de ésta se deriva es raramente una relación de implicación lógica.

³⁵ Ejemplar en este sentido es el artículo de N. Bobbio, “Scienza del diritto e analisi del linguaggio” (1950), ahora también en N. Bobbio, *Saggi sulla scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2012, [trad. esp. “Ciencia del derecho y análisis del lenguaje”, en *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres, Valencia, 1980], el cual, por otra parte, analiza de manera realista las operaciones intelectuales características de la doctrina. Según el análisis de Bobbio, los juristas no se limitan a hablar de su lenguaje-objeto (el discurso del legislador), sino que lo

Esta configuración de la doctrina es muy atractiva pero, por desgracia, es engañosa.

Podemos decirlo así: no hay ninguna posible confusión entre una patología cardíaca y la ciencia médica que la describe ya que las patologías del corazón – al contrario que la ciencia médica – no son entidades lingüísticas. Cuando, al contrario, se trata de las relaciones entre el derecho y la doctrina jurídica, una confusión de este tipo es posible y de hecho se produce. Ello porque tanto las “leyes” (en sentido material) como la dogmática no son nada más que lenguajes (discursos).

Dicho con otras palabras: es imposible – o sencillamente poco realista – trazar una distinción neta entre el lenguaje del “legislador” y el lenguaje de los juristas. Antes bien, ambos son objeto de un continuo proceso osmótico. El discurso de los juristas, si es observado con atención, no “tiene por objeto” el discurso de las autoridades normativas al nivel de un metalenguaje, o al menos no siempre³⁶. Por el contrario, los juristas más bien modelan y enriquecen continuamente su objeto de estudio, como un violinista que intercala anotaciones apócrifas en la partitura que está ejecutando.

Esto quiere decir que la interpretación y la construcción jurídica no son ya la “ciencia” del derecho – como normalmente pretenden los juristas – sino parte del derecho mismo y, por tanto, parte del objeto de estudio de la ciencia jurídica entendida en sentido estricto. En definitiva, la descripción del derecho vigente exige que se considere a la doctrina como parte integrante del propio derecho³⁷. La doctrina no es conocimiento científico del derecho sino una parte del propio derecho.

Finalmente, desde el punto de vista pragmático, el discurso interpretativo y constructivo de la doctrina puede ser presentado como un conjunto de directivas dirigidas a los órganos de aplicación, especialmente a los jueces. Es decir, directivas *de sententia ferenda*³⁸.

“transforman” de diferentes maneras, como un procedimiento técnico transforma una materia prima. Véase también N. Bobbio, “Sul ragionamento dei giuristi” (1954), ahora también en N. Bobbio, *Saggi sulla scienza giuridica*, op. cit.

³⁶ En rigor, son metalingüísticos los enunciados interpretativos, pero no son metalingüísticos los enunciados que formulan normas “apócrifas”, implícitas.

³⁷ Siempre que, claro está, las normas (apócrifas) formuladas por la doctrina se conviertan en normas vigentes a través de las decisiones de los órganos de aplicación.

³⁸ A. Ross, *On Law and Justice*, op. cit., cap. II [trad. esp. *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit.]. Con ello no se quiere decir que los discursos de los juristas (especialmente cuando escriben manuales) no incorporen también enunciados genuinamente cognoscitivos como, por ejemplo, la enumeración de los diferentes significados admisibles de un determinado texto normativo, como también la descripción de las tendencias jurisprudenciales y, más en general, del derecho vigente. Diremos algo más a este respecto inmediateamente.

(2) *Ciencia jurídica*. Desde el punto de vista del realismo jurídico, la ciencia jurídica entendida en sentido estricto – el conocimiento científico del derecho, en los tres sentidos que hemos atribuido a la palabra “derecho” – puede asumir tres formas diferentes³⁹. Estas tres formas de ciencia jurídica (especialmente la segunda y la tercera) se integran perfectamente entre ellas. En un cierto sentido, constituyen el anverso y el revés de una misma medalla.

No pasará inadvertido que ninguna de estas tres formas de ciencia jurídica consiste en la descripción de “obligaciones”, “derechos” u otras entidades similares. Contrariamente a lo que piensan muchos, aquélla no consiste en enunciados acerca de la calificación normativa de la conducta (“Es obligatorio que *p*”, “Está prohibido que *q*”, etc.).

Esta última idea tiene la no banal consecuencia de que los enunciados de la ciencia jurídica – contrariamente a lo que piensa Kelsen (y, como él, muchos otros) – no son en absoluto enunciados deónticos que repiten (reiteran⁴⁰), como un eco, las normas a las que se refieren⁴¹.

(i) *Interpretación cognitiva*. Normalmente los juristas – salvo quizás cuando escriben manuales universitarios – se dedican principalmente a la interpretación “decisoria”. Es decir, aquellos adscriben a los diferentes textos normativos determinados significados, descartando el resto de significados igualmente plausibles, y tratan de acreditar aquél como “el” (único) significado correcto. Sin embargo, la interpretación decisoria presupone lógicamente (no psicológicamente) la interpretación “cognitiva”, es decir, la identificación de los significados admisibles del texto en cuestión.

Pues bien, la interpretación cognitiva (“La disposición D puede expresar la norma N1 o la norma N2”) es una práctica común para los juristas, y constituye una contribución – aunque sea modesta – al conocimiento del derecho

³⁹ A las tres, como se verá en un momento, contribuye de manera relevante la propia doctrina que, por tanto, incorpora también discursos puramente cognitivos.

⁴⁰ U. Scarpelli, “Le ‘proposizioni giuridiche’ come precetti reiterati”, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1967; H. L. A. Hart, “Kelsen Visited” (1963), ahora en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford. U. P., Oxford, 1983 [trad. esp. “Una visita a Kelsen”, en *Cuadernos de crítica*, 4, 1977].

⁴¹ R. Guastini, “Sollsätze. An Exercise in Hard Legal Positivism”, en P. Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*, Giappichelli, Torino, 2001. La idea, aquí rechazada, es que no hay otro modo de describir una norma – por ejemplo, “Los asesinos deben ser castigados” – sino iterándola, es decir, repitiendo como un eco “Los asesinos deben ser castigados”. Obsérvese que *no* son de ningún modo deónticos los enunciados del tipo “Según el derecho, los asesinos deben ser castigados”, que tienen carácter evidentemente metalingüístico, y en los cuales las expresiones deónticas no son usadas sino mencionadas (entre comillas).

entendido como conjunto de textos normativos. La interpretación cognitiva pone en evidencia la ambigüedad (en sentido lato) de las formulaciones normativas y la vaguedad de las normas.

Obsérvese como, además, los enunciados característicos de la interpretación cognitiva admiten, a su vez, dos posibles interpretaciones. Esto es, pueden ser entendidos alternativamente de las siguientes maneras:

(a) Como previsiones sobre las futuras orientaciones interpretativas (sobre todo de los órganos de aplicación): “La disposición D será probablemente interpretada en el sentido N1 o en el sentido N2”;

(b) Como directivas interpretativas (dirigidas a los órganos de aplicación) que circunscriben el área de los significados “correctos”: “La disposición D admite las interpretaciones N1 y N2, y ninguna otra” (en el sentido de que estas dos interpretaciones son correctas, mientras que cualquier otra sería incorrecta)⁴².

En su segunda interpretación, los enunciados en cuestión tienen evidentemente naturaleza prescriptiva, no descriptiva.

(ii) *Metajurisprudencia*⁴³ (*descriptiva*). Entendiendo el derecho como un conjunto – no de formulaciones normativas sino – de normas (expresas e implícitas), la descripción o reconstrucción de las corrientes (interpretativas y constructivas respectivamente) presentes en la cultura jurídica⁴⁴ (en la doctrina y en la jurisprudencia) constituye una obvia contribución al conocimiento del derecho.

También la descripción de dichas corrientes doctrinales y jurisprudenciales es práctica habitual entre los juristas, y también contribuye – de manera no marginal – al conocimiento del derecho. De manera no marginal ya que la identificación de las tendencias presentes en la comunidad jurídica es preliminar a la identificación de las tendencias prevalecientes o dominantes. Y el conocimiento de las tendencias prevalecientes o dominantes es, a su vez, preliminar a la identificación del derecho vigente.

(iii) *Descripción del derecho vigente*. Entendiendo el derecho como un conjunto de normas vigentes, la descripción del derecho exige un pormenorizado reconocimiento de las normas efectivamente aplicadas por los órganos

⁴² Quien formula directivas como ésta se dispone evidentemente a valorar las interpretaciones (sobre todo judiciales) futuras.

⁴³ Este término es tomado de N. Bobbio, “Essere e dover essere nella scienza giuridica” (1967), ahora en N. Bobbio, *Saggi sulla scienza giuridica*, op. cit. [trad. esp. “Ser y deber ser en la ciencia jurídica”, en *Contribución a la teoría del derecho*, op. cit.]

⁴⁴ En un momento y lugar dados, por supuesto.

jurisdiccionales y, más en general, por todos los órganos de aplicación⁴⁵.

Pero esto solo allí donde haya normas vigentes. Donde no haya tales normas vigentes, la ciencia jurídica solamente puede hacerse eco de los desacuerdos, de las áreas de incertidumbre, etc.

Es posible afirmar, en consonancia con la opinión más difundida sobre el tema, que la descripción del derecho vigente consiste en proposiciones normativas⁴⁶. “Proposiciones”, es decir, enunciados dotados de valores de verdad; y “normativas”, esto es, relativas a normas. No obstante, es necesario introducir tres ulteriores precisiones: la primera relativa a la forma lógica de las proposiciones normativas; la segunda a sus condiciones de verdad; y la tercera a su dimensión pragmática.

(a) Las proposiciones normativas, como ya se ha indicado más atrás, no son enunciados deónticos relativos a la calificación normativa del comportamiento. Son, más bien, enunciados existenciales acerca de normas (vigentes)⁴⁷.

La “existencia” jurídica de una norma⁴⁸ no es nada distinto de su pertenencia a un ordenamiento normativo. Las proposiciones normativas son por tanto enunciados que afirman la pertenencia de normas (vigentes) a un ordenamiento normativo: “La norma N pertenece al ordenamiento O”⁴⁹.

(b) Una proposición normativa es verdadera si y solo si es previsible que la norma a la que se refiere será aplicada en el futuro. Normalmente, aunque no necesariamente, una norma será previsiblemente aplicada en futuro cuando haya sido efectivamente aplicada en el pasado⁵⁰.

⁴⁵ Con la advertencia, no obstante, de que en muchas materias los órganos jurisdiccionales – y especialmente aquellos de última instancia – tienen en cualquier caso la última palabra en capítulo.

⁴⁶ E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995, capp. IV e VI [trad. esp. “Enunciados jurídicos y positivismo”, y “Normas, proposiciones normas y enunciados jurídicos”, ambos en *Análisis lógico y derecho*, op. cit.].

⁴⁷ A. Ross, *On Law and Justice*, op. cit., cap. II [trad. esp. *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit.]. Ross, en realidad, habla aquí de la descripción del derecho “válido” (*valid*). Pero él mismo ha aclarado que se trata de una infeliz traducción de un término danés que significa precisamente “vigente”: una afirmación acerca de la vigencia de una norma es «una afirmación factual que se refiere a un conjunto de hechos sociales» (A. Ross, “Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo”, 1962, en A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 152 [trad. esp. “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, México, 2006]).

⁴⁸ Es preciso no confundir la existencia con la validez: no todas las normas válidas son derecho vigente, y no todas las normas vigentes son válidas.

⁴⁹ De manera consciente, aquí estoy reduciendo la existencia jurídica a la “vigencia” (en el sentido definido en el texto).

⁵⁰ El conocimiento de las tendencias jurisprudenciales dominantes (“la ideología de las

(c) Desde el punto de vista pragmático, las proposiciones normativas – pese a que no sea ésta su forma lógica – pueden ser entendidas como proposiciones sobre contingentes futuros. Esto es, como previsiones sobre la futura aplicación de las normas a las que se refieren. Por esta razón, es lícito defender, después de todo, que son – pese a su apariencia – ya no proposiciones sobre normas sino ordinarias proposiciones sobre hechos.

fuentes”, en los no demasiado felices términos de Ross) permite – hasta cierto punto – prever la aplicación de normas “nuevas” todavía no aplicadas. Cfr. una vez más E. Bulygin, “El concepto de vigencia en Alf Ross”, op. cit.