

CREACIÓN JUDICIAL DE DERECHO*

Judicial creation of law

Dr. Pierluigi Chiassoni

Profesor de Filosofía del Derecho
Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto
Universidad de Génova, Italia
Código ORCID: 0000-0003-2762-8319
pierluigi.chiassoni@unige.it

*“One can believe in the omnipotence of
the legislator and in the creative
power of the judge”*

R. SACCO¹

*“The choice of the theoretical construct
is a necessary condition of solving the
problem as to whether judicial decision
is a law-making one, seen from the
descriptive and normative points of view”*

J. WRÓBLEWSKI²

Resumen

La expresión “creación judicial de derecho” es problemática. Por un lado, su significado está lejos de ser unívoco, claro y compartido (problema conceptual). Por el otro, su utilización es contestada por quienes lamentan que sea teóricamente engañosa y favorezca un activismo judicial ilegítimo desde la perspectiva de un

* Versión revisada de una ponencia presentada para la celebración del Centenario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y los veinte años de la Editorial Palestra, Lima, 20 de agosto de 2020.

¹ SACCO, R., “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Instalment II of II)”, *American Journal of Comparative Law*, (39) 2: 343-401, esp. p. 344, 1991.

² WRÓBLEWSKI, J., *The Judicial Application of Law*, p. 320.

Estado constitucional de Derecho (problema de la oportunidad teórica). El escrito se propone abordar los dos problemas, considerando en secuencia cuatro concepciones de la creación judicial de derecho al interior de la filosofía analítica del Derecho contemporánea: la concepción convencionalista, la concepción lógica, la concepción operacional, y la concepción pragmática. El análisis llevará a destacar cinco nociones diferentes de “creación judicial de derecho”.

Palabras clave: Filosofía analítica del derecho, creación judicial de derecho, convencionalismo, concepción lógica, concepción operacional, concepción pragmática.

Abstract

The expression “judicial creation of law” is problematic. For On the other hand, its meaning is far from being univocal, clear and shared (problem conceptual). On the other hand, its use is contested by those who regret that is theoretically misleading and favors illegitimate judicial activism from the perspective of a constitutional rule of law (problem of opportunity theoretical). The paper aims to address the two problems, considering in sequence four conceptions of the judicial creation of law within contemporary analytical philosophy of law: the conception conventionalist conception, the logical conception, the operational conception, and the pragmatic conception. The analysis will highlight five different notions of “judicial creation of law”.

Keywords: Analytical philosophy of law, judicial creation of law, conventionalism, logical conception, operational conception, pragmatic conception.

Sumario

1. Dos problemas acerca de la “creación judicial de derecho”. 2. El problema conceptual en la filosofía analítica contemporánea. 3. La concepción convencionalista. 3.1. Crítica. 4. La concepción lógica. 4.1. Crítica. 5. La concepción operacional. 5.1. Crítica. 6. La concepción pragmática. 6.1. Productos de la “creación judicial de derecho” (¿Qué entidades “crean” los jueces cuando “crean derecho?”). 6.2. Valor institucional de la las normas creadas por los jueces (¿Qué valor pueden tener, en una cultura experiencia u organización jurídica, las normas “creadas” por los jueces?). 6.3. Formas de establecer y medir la novedad de las normas creadas por los jueces mediante ejercicio de discrecionalidad interpretativa (¿En qué maneras es posible establecer y medir la novedad de las normas “creadas” por los jueces ejerciendo su discrecionalidad interpretativa?). 7. Algunas consideraciones finales acerca del problema de la oportunidad teórica. **Referencias bibliográficas.**

1. DOS PROBLEMAS ACERCA DE LA “CREACIÓN JUDICIAL DE DERECHO”

El triunfo del antiformalismo en sus múltiples variantes ha llevado consigo la idea de que, tratando de la actividad jurisdiccional en nuestras experiencias y organizaciones jurídicas, tanto de *civil* como de *common law*, sea teóricamente acertado –y no sea pues disparate ni inconcebible– hablar de “creación judicial de derecho”³

Cabe notar, sin embargo, que a pesar de su difusión en los discursos de los iusfilósofos y de los operadores prácticos del Derecho (juristas, jueces, abogados), la expresión “creación judicial de derecho” se presenta problemática.

Dos problemas, en particular, parecen todavía en busca de una solución teóricamente satisfactoria. Estos son el *problema conceptual* y el *problema de la oportunidad teórica*.

El primer problema, el problema conceptual, surge por el hecho de que la expresión “creación judicial de derecho” sigue siendo enigmática; también, es dable apreciar como efecto del carácter extensivo o incluso figurado,⁴ y en todo caso emotivamente cargado, del término “creación”.⁵ Estamos acostumbrados a usar “creación judicial de derecho” (o expresiones similares) como si ella tuviese un significado claro, unívoco, evidente. Empero, solo un poco de

³ Otro término que también se utiliza de manera intercambiable es “producción judicial de derecho”. En el texto me ocuparé básicamente del término “creación”, considerando su casi constante equivalencia semántica con el término “producción”.

⁴ En sentido propio o literal, “creación” es producción de algo, es hacer así que algo exista, de la nada (*ex nihilo*), lo que solo es posible para seres sobrenaturales (diosas, demonios, etc.). Por extensión, “creación” es toda actividad, llevada a cabo por seres humanos, de ideación, invención y realización de algo a partir de algo que ya está, o bien consistente en establecer o introducir algo por primera vez, como, por ejemplo, una fundación, una institución, un imperio político o comercial. En sentido figurado, en fin, “creación” es toda acción humana que consiste en “hacer nacer” o “darle la vida” a algo abstracto, que propiamente no puede nacer, ni ser dotado de vida, como por ejemplo, una industria, un género literario, un sistema filosófico, un conjunto de derechos individuales.

⁵ La carga emotiva, valorativamente favorable, de “creación”, y por ende de “creación judicial de derecho”, es resaltada en CARRIÓ, G. R., “Los jueces crean derecho (Examen de una polémica jurídica)”, en *id.*, *Notas sobre derecho y lenguaje*, pp. 112-113: “‘Crear’ sugiere, en la mayoría de los contextos, que lo que se hace es importante. Llamar a alguien el ‘creador’ de algo, y a este algo una ‘creación’, traduce, bastante claramente, una actitud de aprobación o reconocimiento”. Siguiendo los pasos de CARRIÓ, se puede apreciar cómo, en cambio, “producción” y “producción de derecho” no poseen una carga valorativa parecida. La producción puede ser una actividad mecánicamente aplicativa de un procedimiento o de un proyecto que el productor no ha inventado y tampoco conoce. Lo mismo pasa aparentemente con la expresión inglesa “lawmaking”.

reflexión es suficiente para revelar que nuestra familiaridad con la expresión es engañosa. Asumimos ser los dueños de ella, presumimos conocer en detalle sus reglas de uso, pero apenas nos paramos a considerar qué es “creación judicial de derecho” nos encontramos ahogando en un mar de dudas. Las dudas conciernen, por empezar, a los usos actuales de la expresión (¿qué quieren decir *exactamente*, aquí y ahora, los que afirman que “los jueces crean derecho”?). Ellas sin embargo se presentan también a la hora de la redefinición, explicación o reconstrucción racional de su sentido (¿qué sería menester entender por “creación judicial de derecho” en aras de una buena o adecuada elucidación teórica del concepto?).

El segundo problema, el problema de la oportunidad teórica, surge por el hecho de que, con buena paz de los antiformalistas, el uso de “creación judicial de derecho”, el hablar de los jueces como agentes que supuestamente “crean o producen derecho”, es cuestión todavía controvertida al interior de la teoría del Derecho contemporánea. Algunos ilustrados teóricos analíticos –Jerzy Wróblewski⁶ y más recién, y con más fuerza, Luigi Ferrajoli⁷– dudan de la utilidad cognoscitiva de seguir hablando de “creación judicial de derecho”, resaltando que la expresión, si se refiere a algo preciso, se refiere al fenómeno de la discrecionalidad interpretativa (ampliamente entendida), es decir, a un fenómeno cuyo alcance es ya bien conocido y para nada misterioso. Sostienen por lo tanto que expresiones tales como “creación judicial de derecho”, “creatividad judicial”, etc., son engañosas, y proponen, en vía de terapia y policía lingüística, que se suprima cualquier uso de ellas al interior de los discursos rigurosamente teóricos, dejándolo para los discursos ideológicos, valorativamente comprometidos a favor o en contra de alguna visión normativa de la función jurisdiccional. Ahora bien, ¿tienen estos teóricos la razón?; ¿realmente sería oportuno abandonar todo discurso “creacionista” en materia de jurisdicción al interior de las genuinas teorías del Derecho, o hay acaso algún espacio para intentar su redención?

Los dos problemas, como se ve, están estrictamente conectados. La clarificación de la noción de “creación judicial de derecho” (tanto en sí misma, como en relación con la noción de “creación legislativa de derecho”, a la cual comúnmente se opone) va a brindar argumentos para solucionar racionalmente, de una o de otra forma, el problema de la oportunidad teórica. Este último

⁶ WRÓBLEWSKI, J., *The Judicial...*, cit., pp. 228-231.

⁷ FERRAJOLI, L., “Contro la giurisprudenza creativa”, en *Questione Giustizia*, pp. 1-22; *Contro il creazionismo giudiziario*, 76 pp.

problema tiene pues que ser abordado después de haber lidiado con el problema conceptual. Me ocuparé de él, por ende, solo en las conclusiones de mi escrito. Antes, y en su parte prevalente, trataré del problema conceptual.

Deseo aclarar, a este propósito, que abordaré los problemas de una manera sumaria y, además, desde una sola de las innumerables perspectivas teóricas que podemos encontrar en la filosofía del Derecho positivo: esto es, desde la perspectiva de la filosofía analítica. El resultado de mi exploración consistirá en destacar cinco conceptos de “creación judicial de derecho”. Cuatro serán identificados tratando del problema conceptual. El quinto será encontrado abordando el problema de la oportunidad teórica.

2. EL PROBLEMA CONCEPTUAL EN LA FILOSOFÍA ANALÍTICA CONTEMPORÁNEA

En la filosofía analítica contemporánea, el problema conceptual ha sido impulso para análisis valiosos. Aprovechando de ellos, destacaré cuatro concepciones analíticas de la creación judicial de derecho: la concepción *convencionalista*, la concepción *lógica*, la concepción *operacional*, y la concepción *pragmática*.

Como veremos, las tres primeras se corresponden con las reflexiones de otros tantos destacados teóricos analíticos del Derecho; en cambio, la cuarta voy a proponerla cual contribución que, por un lado, sigue los pasos de las precedentes, y por el otro, obedece al postulado metafilosófico que requiere someter los aparatos terminológicos y conceptuales actuales, es decir, empleados diariamente por juristas y filósofos, a una obra incesante de clarificación y refinamiento.⁸

3. LA CONCEPCIÓN CONVENCIONALISTA

La concepción convencionalista de la creación judicial de derecho se encuentra ejemplificada en un escrito de Genaro R. CARRIÓ, de 1961, “Los jueces crean

⁸ Sea dicho de paso, la concepción convencionalista y la concepción lógica son *intencionales* o *connotativas*: se caracterizan por poner al centro de sus teorías de la creación judicial de derecho uno o más conceptos de “creación judicial de derecho” definidos de forma *intencional*, es decir, mediante la individuación de un conjunto de propiedades o notas características conjuntamente suficientes e individualmente necesarias, sin poner particular atención a la extensión de los conceptos definidos. En cambio, la concepción operacional y la concepción pragmática son *mixtas*: se caracterizan por poner al centro de sus teorías de la creación judicial de derecho uno o más conceptos de “creación judicial de derecho”, definidos prestando atención tanto a su *intención*, como a su *extensión*, en relación con la cual ofrecen una cuidadosa individuación de un conjunto abierto (no exhaustivo), pero en lo más posible articulado, de operaciones judiciales paradigmáticamente “creadoras”.

derecho (Examen de una polémica jurídica)⁹; que constituye uno de los ensayos fundacionales de la Escuela analítica de Buenos Aires.¹⁰

Llamo a esta concepción *convencionalista*, porque, en línea con la visión analítica de las investigaciones filosóficas, se presenta como el *resultado de una reflexión acerca de los usos lingüísticos corrientes*, en la cultura jurídica del tiempo, de las cuatro palabras que, en palabras de CARRIÓ, forman “el lacónico y explosivo enunciado: ‘Los jueces crean derecho’”.¹¹

Se trata además, cabe advertir, de una concepción que se refiere a la creación judicial de derecho en los sistemas jurídicos de *civil law*, es decir, no connotados por el carácter vinculante del precedente judicial.

Con estas dos precisiones, el núcleo de la teoría de la creación judicial de derecho de CARRIÓ puede reconstruirse como compuesto por seis proposiciones:

1. Los jueces, considerados en su conjunto o como cuerpo, dadas ciertas circunstancias, “crean derecho” cuando *elaboran normas generales* que forman (“establecen”) “la jurisprudencia”, actuando así de “fuente de derecho” al lado de la legislación.¹²
2. Cada juez, actuando individualmente, “crea derecho” todas las veces que en sus sentencias dicta *normas individuales obligatorias para las partes* (“dicta una sentencia”, “impone normas individuales en cuanto detentor de poder público”).¹³
3. Los jueces, actuando ya individualmente, ya como cuerpo, *nunca* “crean derecho” dictando normas de *ley*.¹⁴

⁹ CARRIÓ, G. R., “Los jueces crean derecho...”, *cit.*, pp. 105-114. El ensayo formó parte, desde su primera edición, del merecidamente afortunado libro *Notas sobre derecho y lenguaje* (CARRIÓ, 1965).

¹⁰ Sobre la obra de CARRIÓ, véase los ensayos recogidos en BULYGIN, FARRELL, NINO, RABOSI (eds.), 1983, y en ROLDÁN (ed.), 2017.

¹¹ CARRIÓ, G. R., “Los jueces crean derecho...”, *cit.*, p. 105.

¹² *Ibidem*, pp. 109-110. Esta proposición, precisa CARRIÓ (p. 109), “importa reconocer el carácter de fuente de derecho autónoma pacíficamente asignada a la jurisprudencia”.

¹³ CARRIÓ, G. R., “Los jueces crean derecho...”, *cit.*, p. 109.

¹⁴ *Ibidem*, p. 109.

4. Cada juez, actuando individualmente, *nunca* “crea derecho” dictando *normas generales obligatorias* “para otros jueces”.¹⁵
5. Cada juez, actuando individualmente, “crea derecho” todas las veces que las normas individuales dictadas en sus sentencias *no son* el resultado de una *mera deducción a partir de normas generales preexistentes*.¹⁶
6. Cabe destacar *dos situaciones* en que una norma individual judicial *no es* el resultado de una mera deducción a partir de normas generales preexistentes, y es, por lo tanto, “creada” por el juez.

Primero, la norma general aplicada por el juez es el resultado de un acto de *precisión original* (“adjudicación” original) *del sentido de un término* que se sea revelado *vago* frente a un caso individual *atípico nunca considerado antes por algún juez de aquella jurisdicción* (un *case of first impression*, en la terminología de *common law*).¹⁷

Segundo, la norma general aplicada por el juez es el resultado de una *combinación original* de otras normas preexistentes.¹⁸

3.1. CRÍTICA

La teoría de la creación judicial de derecho de CARRIÓ merece algunos comentarios e induce a algunas consideraciones críticas:

1. Al ser su preocupación la de examinar la polémica entre los que afirman y los que niegan que “los jueces crean derecho”, proporcionando una explicación de su persistencia (y resistencia a toda resolución racional),¹⁹ CARRIÓ,

¹⁵ *Idem*, pp. 109 (“Es falso que los jueces actuando en forma individual dicten normas generales”) y 110 (“una sentencia judicial no constituye [nunca, N. del R.] una norma general obligatoria para otros jueces”).

¹⁶ *Idem*, p. 109.

¹⁷ *Idem*, p. 108, nota 6.

¹⁸ *Idem*, p. 108, nota 6. Cabe notar que CARRIÓ identifica estas dos situaciones en aras de “atribuir a ‘crear’ uno o varios significados descriptivos precisos”, rechazando la noción de “creación de derecho” cual “cambio sustancial”, por la fatal indeterminación de “sustancial”, y observando que la “enorme” dificultad en buscar significados descriptivos precisos tiene que ser considerada “quizás, la raíz de la controversia”.

¹⁹ Explicación que para CARRIÓ consiste en el hecho de que la polémica sería una disputa pseudo-descriptiva, que depende de desacuerdos de actitud, y por ende no factuales, ni verbales, acerca de si los jueces deben o no deben crear (CARRIÓ, G. R., “Los jueces crean derecho...”, *cit.*, pp. 110-114).

después de su cuidadoso análisis lingüístico, *no procede a ofrecer una redefinición esclarecedora* (reconstrucción racional) del concepto convencional de “creación judicial de derecho”.²⁰

2. El análisis de CARRIÓ es no obstante fructuosa. Proporciona, pues, datos muy sugerentes en vista de un tal objetivo, sacando a la luz, aunque sin pararse a enfatizarlo, cómo, en los discursos acerca de sí, y cuando, “los jueces crean derecho”, juristas y filósofos utilizan o presuponen (por lo menos) *dos nociones diferentes* de “creación judicial de derecho”.²¹
3. Si, actuando con el mismo espíritu analítico de CARRIÓ intentamos identificar las dos nociones con alguna precisión, parece menester destacar tres conceptos de “creación judicial de derecho”: un concepto (que voy a llamar) *nomothético fuerte*, un concepto (que voy a llamar) *nomothético débil*, y un concepto (que voy a llamar) *nomopoiético*.
4. Conforme con el concepto nomothético fuerte, “crear derecho” significa *formular normas jurídicamente obligatorias*. Los jueces, actuando individualmente, “crean derecho” en este primer sentido de la expresión, todas veces que en sus sentencias llevan a cabo una operación de *nomothésis* en sentido fuerte: es decir, cuando (*im*)ponen *normas jurídicas*, o bien, en términos menos metafóricos, cuando formulan normas, generales o individuales, que, en fuerza de otra(s) norma(s) del sistema jurídico, deben ser obedecidas, realizadas, cumplidas por sus destinatarios.²²

²⁰ Se considere también la dificultad, ya señalada antes, que CARRIÓ percibe en todo intento de definir “creación de derecho” en términos rigurosamente descriptivos (CARRIÓ, G. R., “Los jueces crean derecho...”, *cit.*, p. 108, nota 6).

²¹ Como veremos, se trata de nociones lógicamente independientes pero contingentemente correferenciales. Véase *infra*, nota 23.

²² Puede ser útil considerar brevemente las relaciones que pasan, o pueden pasar, entre la individualidad o generalidad de una norma judicial (es decir, formulada por un juez al interior de una sentencia) por un lado, y su obligatoriedad, por el otro. Las normas individuales judiciales son siempre y solo *normas individualmente obligatorias*: esto es, son obligatorias solo para destinatarios determinados que coinciden con las partes procesales (y sus sucesores). Gozan, en otros términos, de una obligatoriedad *inter partes*. Las normas generales judiciales, en cambio, pueden ser *normas individual o generalmente obligatorias*: pueden gozar solo de una obligatoriedad *inter partes*, de una obligatoriedad *inter partes* y *erga omnes*, o solo de una obligatoriedad *erga omnes*. Gozan de una obligatoriedad individual (*inter partes*) cuando los que deben obedecerlas coinciden con las partes procesales (y sus sucesores). Se trata, cabe notar, de una obligatoriedad *indirecta* o *mediada*, que se realiza porque los jueces las utilizan como premisas normativas generales, de las cuales derivan normas individuales (directa e inmediatamente) obligatorias. Gozan, en cambio, de una

5. De acuerdo con el concepto nomothético débil, “crear derecho” significa *formular normas generales autoritativas*. Los jueces, actuando sea individualmente, sea de una manera coordinada,²³ “crean derecho” en este segundo sentido de la expresión, todas veces que en sus sentencias llevan a cabo una operación de *nomothésis* en sentido débil: es decir, cuando formulan normas generales que, en fuerza de su contenido (y típicamente de la posición prestigiosa de la cual provienen), representan para los operadores jurídicos patrones frente a los cuales se trata bien de acatar, bien de proporcionar argumentos para (proponer) revisarlos o reemplazarlos. Es en este sentido que en los sistemas de *civil law*, los jueces “crean derecho” formando “jurisprudencia”.
6. Según el concepto nomopoiético, en fin, “crear derecho” significa *formular normas generales nuevas*. Los jueces, actuando individualmente, “crean derecho” en este tercer sentido de la expresión, todas veces que en sus sentencias llevan a cabo una operación de *nomopoiésis*: es decir, cuando *elaboran* (forman, componen, construyen) *normas generales nuevas*, que formulan y utilizan contextualmente para justificar la normas individuales obligatorias.²⁴
7. ¿Cuándo una norma general es *nueva*? ¿Cuándo hay, en una sentencia judicial, una actividad de *nomopoiésis*? CARRIÓ, es dable apreciar, nunca emplea en su escrito la expresión “norma nueva”. Empero, como hemos visto, captura la idea de (la actividad que llamo) nomopoiésis, de la *formulación* (que supone elaboración, formación, construcción, composición) de *normas generales nuevas*, mediante la idea de normas individuales que *no son el resul-*

obligatoriedad *inter partes* y *erga omnes* cuando, en virtud de alguna metanorma sobre la jurisdicción, los que deben obedecerlas son no solo las partes procesales (y sus sucesores), sino todos los que pertenecen a las clases de destinatarios que ellas mismas identifican (parejas, testadores, herederas, comerciantes, arrendadores, acreedores, etc.). Gozan, en fin, solo de una obligatoriedad *erga omnes* cuando sean formuladas, por ejemplo, al interior de sentencias-manifiesto, como los *arrêts de règlement* de los parlamentos franceses del *ancien régime*. Cuando los jueces formulan normas generales generalmente obligatorias (dotadas de fuerza vinculante *erga omnes*), ellos actúan de *fuerza de derecho en sentido estricto o propio*.

²³ La manera coordinada en la cual pienso consiste en el hecho de que, una vez que, pongamos, el juez J ha formulado en la sentencia S una cierta norma general, otros jueces (o también el mismo J), en sentencias sucesivas, van a precisar, ampliar o restringir tal norma, según las exigencias de los casos.

²⁴ Cabe notar cómo esta noción de nomopoiésis sería adecuada para sistemas jurídicos que no contemplan la figura del juez *cadi* (que decide los casos individuales sin aplicar normas generales), sino solo aquella del juez aplicador de normas generales.

tado de una mera deducción a partir de normas generales preexistentes, sino que se deducen a partir de normas generales que son, a sus veces, o bien el resultado de un acto de precisión original de un término vago, o bien el resultado de una combinación original de normas preexistentes.

8. El concepto nomopoiético convencional de creación judicial de derecho, tal como se desprende de los usos lingüísticos registrados por CARRIÓ, no es teóricamente satisfactorio. Tres aspectos problemáticos merecen ser mencionados: primero, la noción de “norma preexistente” resulta indeterminada; segundo, la noción de “combinación original de normas” resulta indeterminada; tercero, cabe dudar de la exhaustividad de las dos situaciones de “creación judicial de derecho” consideradas por CARRIÓ. Vamos a ver muy brevemente:

A. *La noción de “norma preexistente” resulta indeterminada.* ¿Qué es una “norma”?; ¿cuándo una “norma” es “preexistente” a actos de aplicación judicial?; ¿una formulación normativa autoritativa (una “disposición” u “oración del discurso de las fuentes) vigente (emanada por un legislador y no derogada ni anulada) es una “norma preexistente”?; ¿o solo son “normas preexistentes” los enunciados que representan el *significado* disposiciones preexistentes? Pero, en este caso, ¿cuál significado?; ¿todo significado metodológicamente posible?; ¿solo, pongamos, el significado usual, consolidado en la jurisprudencia?; ¿una norma que es el significado de una disposición, así como interpretada por un juez en una sentencia, y nunca utilizada desde entonces, es una “norma preexistente”? La indeterminación de “norma preexistente” hace así que también la noción de “norma nueva” resulte indeterminada, siendo conceptualmente dependiente de la primera. De forma que, si no tenemos un claro concepto de “norma preexistente”, tampoco tenemos un claro concepto de “norma nueva”. Además, en presencia de conceptos alternativos y extensionalmente diferentes de “norma preexistente”, pongamos, NP_1 y NP_2 , una misma norma puede ser “nueva” si empleamos NP_1 , pero no “nueva” si en cambio empleamos NP_2 .

B. *La idea de “norma general que resulta de una combinación original de otras normas generales preexistentes” resulta indeterminada.* ¿Qué es una “combinación original de otras normas”? ¿Se trata solamente de la forma de razonamiento que los juristas suelen llamar “combinado dispuesto” o, en cambio, la locución pretende abarcar *todas* las formas de razonamiento por medio de las cuales juristas y jueces *llenan las lagunas del derecho*

(razonamiento por analogía, *a contrario*, *a fortiori*, a partir de la naturaleza de las cosas, a partir de los principios del derecho, etc.)?

C. *Dudas de exhaustividad*. En fin, aun entendiendo la locución “combinación original de otras normas” en un sentido amplio, que abarque todas las técnicas de integración del derecho, una norma sería *nueva* si (y toda vez que) resulta *bien* de un acto de precisión original, *bien* de un acto original de integración de lagunas. ¿Debemos considerar las *dos formas de novedad* de una norma como *exhaustivas*, o hay también *otros casos de normas nuevas*? ¿Y en la afirmativa, cuáles serían estos casos?

9. Con las precisiones y los desarrollos que he propuesto antes, la concepción convencionalista sugiere una primera solución al problema conceptual que nos ocupa aquí.

La solución apunta a la necesidad de que una teoría de la creación judicial de derecho destaque (por lo menos) tres conceptos: el concepto nomothético fuerte, el concepto nomothético débil y el concepto nomopoiético.²⁵

Sugiere también una solución al problema de la oportunidad teórica, que podemos formular así: una vez precisado el significado de los términos que componen el “lacónico y explosivo enunciado ‘Los jueces crean derecho’”, la idea de “creación judicial de derecho” puede aceptarse como teóricamente acertada.²⁶

²⁵ Los conceptos nomothéticos y nomopoiético de creación judicial de derecho son lógicamente independientes, pero contingentemente correferenciales. Identifican clases de objetos entre los cuales se dan las relaciones siguientes. En primer lugar, puede darse nomopoiésis (formulación de una norma general nueva) sin darse nomothésis (formulación de una norma general, bien obligatoria, bien autoritativa). En segundo lugar, puede darse nomothésis (formulación de una norma individual obligatoria) sin darse nomopoiésis: es decir, sin que la norma general aplicada sea una norma nueva. En tercer lugar, por efecto de rasgos estructurales de nuestras experiencias jurídicas, la nomopoiésis se acompaña típicamente no solo de una nomothésis individual (formulación de una norma individual obligatoria), sino también de una nomothésis, cual formulación de una norma general indirecta o mediatamente obligatoria *inter partes*. En cuarto lugar, y en fin, siempre por efecto de rasgos estructurales, la nomothésis, cual formulación de una norma general obligatoria o autoritativa, se acompaña típicamente de una nomopoiésis.

²⁶ Esta conclusión, sin embargo, no vale para el enunciado “los jueces crean derecho” y su negación. Se trata, pues, según CARRIÓ, de enunciados no-descriptivos, pseudo-descriptivos, mediante los cuales quienes los usan manifiestan su actitudes a favor o de oposición a la creación judicial de derecho, cual creación, en particular, de normas generales. Véase CARRIÓ, G. R., “Los jueces crean derecho...”, *cit.*, pp. 110-114.

Desafortunadamente, como he intentado resaltar, la concepción convencionalista no proporciona elementos suficientes para una elucidación (reconstrucción racional) adecuada del concepto nomopoiético de “creación judicial de derecho”.

La concepción lógica, que voy a considerar a continuación, puede verse como un esfuerzo desarrollado para afinar la concepción convencionalista allí donde ella aparece defectuosa. Si sea un esfuerzo exitoso, es lo que vamos a considerar ahora.

4. LA CONCEPCIÓN LÓGICA

La concepción lógica de la creación judicial de derecho se encuentra ejemplificada en un escrito de Eugenio BULYGIN de 1966, *Sentencia judicial y creación de derecho*.²⁷

Se trata de un ensayo filosóficamente ejemplar, donde BULYGIN, siguiendo los pasos analíticos de CARRIÓ, se propone defender tesis (entonces) heterodoxas: desde la confutación de la idea, de origen kelseniana, de que los jueces crean derecho dictando “sentencias” (es decir, normas individuales), hasta la defensa de la afirmación de que los jueces son fuente de derecho en la medida en que crean normas generales “vigentes” y definiciones “vigentes”.²⁸

Del ensayo, solo consideraré la parte que atañe a la elucidación del concepto de “creación judicial de derecho”. Tres precisiones son preliminarmente oportunas:

Primero, desde el punto de vista de la distinción, que he trazado antes, entre conceptos nomothéticos y el concepto nomopoiético de “creación judicial de derecho”, el análisis de BULYGIN se centra en el concepto nomopoiético el cual – nota BULYGIN – es paradójicamente pasado por alto por los filósofos del Derecho no obstante su importancia.²⁹ La reflexión de BULYGIN se propone, pues, ofrecer

²⁷ BULYGIN, E., “Sentencia judicial y creación de derecho”, en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, pp. 355-369.

²⁸ *Ibidem*, pp. 355, 368-369.

²⁹ “Volviendo a la creación de normas: ¿Qué quiere decir la vaga expresión ‘crear’ una norma? Los filósofos del derecho no han dedicado demasiados esfuerzos al análisis de la misma, como si su elucidación no presentara problema alguno”. Véase BULYGIN, E., “Sentencia judicial...”, *cit.*, p. 359.

una elucidación de la noción de “creación judicial de derecho” como (en mi terminología) *formulación* (que supone elaboración, formación, construcción, composición) *de normas nuevas*.

Segundo, la concepción de la creación judicial de derecho de BULYGIN ejemplifica una concepción (que llamo) *lógica*. BULYGIN se propone pues elucidar el concepto nomopoiético de “creación de derecho”, y por ende de “creación judicial de derecho”, utilizando nociones sacadas del aparato terminológico y conceptual de la lógica contemporánea, como “identidad”, “deducibilidad” y “consecuencia lógica”.

Tercero, la concepción de la creación judicial de derecho de BULYGIN se refiere, como la de CARRIÓ, a los sistemas jurídicos de *civil law*.

Con estas precisiones, el núcleo de la concepción lógica consta aparentemente de las tesis siguientes:

1. Por “creación de derecho” es teóricamente oportuno entender, por vía de estipulación, la formulación, por una autoridad normativa, de una norma tal que su contenido *no sea idéntico* al de alguna otra norma perteneciente al mismo orden jurídico, *ni consecuencia lógica* (deducible) de otras normas.³⁰ BULYGIN pone pues *dos condiciones negativas, disjuntamente necesarias y conjuntamente suficientes*, para que una norma, formulada por una autoridad normativa, pueda calificarse de “creada” por aquella autoridad: la condición de *no identidad* y la condición de *no deducibilidad*.³¹
2. Si miramos a la actividad jurisdiccional, tal como se presenta en nuestras experiencias jurídicas, aplicando aquel concepto de *creación de derecho*, es menester llegar a las conclusiones siguientes:
 - 2.1. Afuera de los casos de sentencias arbitrarias (que solo contienen una parte dispositiva, siendo la motivación ausente o irrelevante), los jue-

³⁰ “... estipularemos que para que una norma formulada por una autoridad normativa sea considerada *creada* por ella, el contenido de esta norma no ha de ser idéntico al de alguna otra, perteneciente al mismo orden jurídico, ni consecuencia lógica (deducible) de otras normas”. Véase BULYGIN, E., “Sentencia judicial...”, *cit.*, p. 360.

³¹ BULYGIN no define “norma” en alguna parte de su ensayo. Sin embargo, a la luz de los ejemplos que proporciona y de la contraposición que utiliza entre normas y definiciones, norma es cualquier enunciado normativo (deóntico, prescriptivo) que permite, prohíbe u obliga hacer algo.

ces *nunca crean normas individuales*. Esto es así porque las normas individuales que encontramos en la parte dispositiva de las sentencias son habitualmente el resultado de una inferencia lógicamente válida a partir de un conjunto de premisas que abarca una norma general fundante, (por lo menos) una premisa factual o cualificatoria (que proporciona una “descripción de los hechos”) y, algunas veces, una o más premisas definitorias (“las definiciones en juego”).³² Aparte de las sentencias arbitrarias, en suma, las normas individuales, sí satisfacen la condición de no identidad, pero nunca satisfacen, ni pueden satisfacer, la condición de no deducibilidad de otras normas del orden jurídico.

2.2. Los jueces *algunas veces crean normas generales*. Esto ocurre cada vez que ellos formulan *normas para casos no regulados* por alguna norma ya perteneciente al sistema (casos de laguna), utilizando formas de razonamiento *lógicamente inválidos*, como, por ejemplo, el razonamiento analógico.³³

2.3. Los jueces *algunas veces crean derecho* no solo formulando normas nuevas, sino también *formulando definiciones nuevas* de conceptos jurídicos.³⁴ Esto ocurre, sostiene BULYGIN, cada vez que los jueces ofrecen definiciones nuevas de términos contenidos en normas existentes, cuyo efecto consiste no ya simplemente en *precisar* el contenido de las normas en relación con casos atípicos o de penumbra, sino en *modificarlo*.³⁵ En estos casos, podría hablarse, en aras de presentar a la

³² BULYGIN, E., “Sentencia judicial...”, *cit.*, pp. 360-361.

³³ *Ibidem*, pp. 361-362 (“pueden darse casos no previstos por el orden jurídico, es decir, casos para los cuales no existe una norma general aplicable. En tales situaciones el juez puede estar autorizado a crear una norma general que permita fundamentar su decisión. El más corriente de los procedimientos que los jueces usan para crear normas nuevas es el razonamiento analógico. Dado que el razonamiento por analogía no es lógicamente válido (pues, para ser tal requiere premisas adicionales), la norma obtenida por analogía es creada por el juez en el sentido que hemos dado a este término”).

³⁴ *Idem*, pp. 355, 359, texto y nota 7; p. 369.

³⁵ *Idem*, p. 359, texto y nota 7: “Interés especial ofrecen los casos atípicos (llamados también casos de penumbra) que son precisamente los que obligan al juez a decidir su inclusión en el campo de aplicación de un concepto o su exclusión del mismo [...] también mediante la definición de los conceptos puede llegarse a modificar una norma. Cuando los jueces, en virtud de sucesivas definiciones, incluyeron entre los ‘objetos de uso indispensable’ al aparato de radio y a la heladera eléctrica, ¿no fue acaso modificada la norma que declara inembargables tales objetos? Los límites entre la definición que tiende a precisar el contenido de una norma y la que lo modifica (creando eventualmente una norma nueva) son, de hecho, borrosos, lo que no impide distinguir conceptualmente entre ambas actividades”).

concepción lógica en su mejor luz, de una creación judicial *indirecta* de normas generales nuevas, por vía de definiciones nuevas de carácter modificativo.

3. Las normas y definiciones nuevas *no son obligatorias*, pero pueden adquirir *vigencia*, y así venir a formar parte de un orden jurídico.³⁶
4. Las normas y definiciones nuevas *no (todavía) vigentes* pueden, no obstante, considerarse como *pertenecientes* a un orden jurídico, desempeñando ellas la función de premisas de razonamientos judiciales lógicamente correctos, cuyas conclusiones son normas individuales obligatorias.³⁷ Pueden considerarse *pertenecientes* a un orden jurídico, en otros términos, por efecto de su *función justificativa* de normas individuales obligatorias.

4.1. CRÍTICA

La concepción lógica tiene muchas virtudes. Es sencilla, elegante, original, abarca no solo la creación de normas, sino también la creación de definiciones, y se pregunta además por el valor institucional del derecho creado por los jueces, que explica, como hemos visto, no solo en términos de obligatoriedad, sino también en términos de función justificativa y de vigencia.

Se revela sin embargo problemática. Presenta, según me parece, no menos de tres diferentes defectos de construcción. Cabe dudar, en particular: *primero*, si las normas justificadas mediante un razonamiento analógico (u otro razonamiento en función integradora de lagunas) *realmente* satisfagan la condición de no deducibilidad; *segundo*, si la distinción entre *precisión* y *modificación* de normas sea teóricamente acertada; *tercero*, y por último, si las definiciones modificativas *realmente* puedan contribuir a la creación de normas.

1. *¿Satisfacen realmente las normas justificadas mediante un razonamiento analógico (u otro razonamiento en función integradora de lagunas) la condición de no deducibilidad?* BULYGIN sostiene que hay *creación* judicial de normas generales (formulación de normas generales nuevas) cada vez que un juez formula una norma general para un caso de laguna razonando, por ejemplo, por analogía. En tales casos, afirma BULYGIN, la norma formulada por el juez

³⁶ *Idem*, pp. 364 (“Una norma es vigente si, y solo si, hay buenas razones para afirmar que sería aplicada en caso en que se dieran las condiciones para su aplicación”); pp. 366-367, 368-369.

³⁷ *Idem*, p. 367.

es *creada* por el juez, siendo al mismo tiempo: *no idéntica* a otras normas preexistentes, puesto que, en hipótesis, *no hay* otras normas para el caso en cuestión; y *no deducible* de otras normas preexistentes, pues el razonamiento analógico y, en general, todas las formas de razonamientos de que los jueces se sirven para llenar lagunas, son formas *lógicamente inválidas* de razonamiento.

Para sostener esta tesis, BULYGIN utiliza un ejemplo sacado del Derecho argentino:

“Se planteó la cuestión de saber si un abogado puede actuar como letrado patrocinante de su madre en un juicio de divorcio contra el padre. En el derecho argentino no existía, a la sazón, norma alguna que contemplara expresamente este caso. La Cámara Civil [de Buenos Aires, N. del R.] resolvió prohibir el patrocinio en estas circunstancias, basándose en la aplicación analógica del art. 186 del Cód. de Proced. [...] ‘Por analogía con lo dispuesto por el art. 186 [afirma la Cámara Civil, N. del R.] no es posible admitir que el hijo de los cónyuges que tramitan su juicio de divorcio asuma, en su carácter de abogado, la defensa de uno de ellos, pues ya sea como testigo o como letrado patrocinante de una de las partes interesadas, la posibilidad de lesionar el principio que la ley resguarda el la misma’ [...] la *norma* que justifica la resolución (‘no es posible admitir que el hijo de los cónyuges que tramitan su juicio de divorcio asuma [...] la defensa de uno de ellos’) [...] es una norma *general* [...] Esta norma no existía antes del fallo que comentamos y tampoco es consecuencia lógica de las normas preexistentes, pues no se deduce del art. 186 que habla de ‘*testigos contra una de las partes*’, mientras que la norma [formulada por la Cámara Civil, N. del R.] se refiere al *letrado* de una de las partes’.”³⁸

Ahora bien, podemos traer a colación dos consideraciones que ponen en tela de juicio la afirmación de BULYGIN de que una norma general identificada razonando por analogía es *creada* (es *nueva*) porque satisface no solo la condición de no identidad, sino también la de no deducibilidad.

Primera consideración. El razonamiento por analogía –y, en general, *todo* razonamiento utilizado por los jueces en aras de integrar lagunas– *puede ser construido y presentado como una forma de razonamiento lógicamente válida.*

³⁸ Véase BULYGIN, E., “Sentencia judicial...”, *cit.*, pp. 361-362. El art. 186, citado en el pasaje en el texto, dice: “No podrán ser presentados como testigos contra una de las partes sus consanguíneos o aïnes en línea directa, ni el cónyuge aunque esté separado legalmente”.

Se puede notar que hay maneras diferentes de reconstruir la estructura del razonamiento analógico en la causa decidida por la Cámara Civil bonaerense a la cual alude BULYGIN, dándole la forma de un razonamiento lógicamente válido. Por ejemplo, puede reconstruirse así:

1. Los casos no regulados que sean semejantes a los casos regulados deben ser regulados de la misma manera de los regulados (principio de *analogia legis*, identificado por interpretación del art. 16 del Código civil argentino).
2. El caso del hijo que quiere actuar de letrado patrocinante en la causa de divorcio entre los padres no es regulado.
3. El caso del hijo que quiere actuar de testigo en la causa de divorcio entre los padres es regulado, en el sentido de que el hijo no puede ser admitido como testigo en la causa de divorcio entre los padres (premisa cualificatoria fundada en una interpretación literal del art. 186 del Código de procedimiento).
4. El caso del hijo que quiere actuar de letrado patrocinante en la causa de divorcio entre los padres es semejante al caso del hijo que quiere actuar de testigo en la causa de divorcio entre los padres (juicio de semejanza relevante).
5. Luego, el caso del hijo que quiere actuar de letrado patrocinante en la causa de divorcio entre los padres debe ser regulado de la misma manera del caso del hijo que quiere actuar de testigo en la causa de divorcio entre los padres, esto es, el hijo no puede ser admitido como letrado patrocinante en la causa de divorcio entre los padres.³⁹

³⁹ La estructura lógicamente válida del razonamiento analógico puede ser reconstruida también utilizando el lenguaje de dos diferentes lógicas simbólicas y, además, en formas que presentan de una manera más evidente la nueva norma como deducible de normas pre-existentes. En la simbología de la lógica de las relaciones (ALCHOURRÓN, C. E., "Los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari*", pp. 19-23), la estructura del razonamiento de la Corte argentina podría reconstruirse así: 1. $\neg Px$ [no está permitido el testimonio del hijo en la causa de divorcio entre los padres]; 2. $y - S - x$ [y es semejante a x : el patrocinio letrado del hijo en la causa de divorcio entre los padres es semejante al testimonio del hijo en la causa de divorcio entre los padres] 3. Her. ($\neg P, S$) [la propiedad $\neg P$ se hereda al poseer la propiedad S : la propiedad no permitido se hereda al poseer la propiedad de ser semejante]; 4. Luego, $\neg Py$ [no está permitido el patrocinio letrado del hijo en la causa de divorcio entre los padres]). En la simbología de la lógica de predicados de primer orden, en cambio, la estructura de dicho razonamiento podría reconstruirse de la forma siguiente: 1. $(x) (TJCDPx \rightarrow \neg PAx)$ [para cualquier x vale que, si x es testimonio por un hijo en la causa de divorcio entre los padres,

Segunda consideración. El mismo BULYGIN, en un paso de su ensayo, admite que el razonamiento por analogía no es lógicamente válido “pues, para ser tal *requiere premisas adicionales*”.⁴⁰

Esta afirmación, nótese, pone en luz que BULYGIN, en aras de sostener su tesis, solo toma en cuenta los razonamientos analógicos así como habitual y contingentemente son llevados a cabo por (la mayoría de) los jueces en sus sentencias. *Estos* razonamientos, sí son a menudo lógicamente inválidos, y precisamente entimemáticos. Sin embargo, como sabemos, ellos pueden ser *transformados* en razonamientos válidos añadiendo algunas premisas implícitas en la motivación de las sentencias.

Estando así las cosas, cabe observar que las normas que los jueces formulan para los casos de laguna razonando analógicamente (o en otra forma integradora) son, *al mismo tiempo, no deducibles* de otras normas, y por ende normas *creadas*, si nos ponemos en el punto de vista de los defectuosos (incompletos) razonamientos analógicos, en efecto llevados a cabo a menudo en las sentencias, y *deducibles* de otras normas, y por ende *no creadas*, si nos ponemos en cambio en el punto de vista de los razonamientos analógicos lógicamente válidos que jueces equipados con elementales conocimientos de lógica podrían llevar a cabo.

Por supuesto, no hay *un* concepto teóricamente correcto de creación judicial de normas que se trate de descubrir. Todos los conceptos teóricos tienen necesariamente carácter de estipulación. Sin embargo, no todas las estipulaciones son teóricamente equivalentes: para las estipulaciones genuinamente teóricas, no vale el principio *Anything goes*. Ahora bien, la estipulación de BULYGIN se revela teóricamente sospechosa. La condición negativa de no deducibilidad que él pone es demasiado débil; solo se da, como hemos visto, adoptando el punto de vista de los razonamientos judiciales *entimemáticos*, pero se evapora tan pronto como consideramos la posibilidad de razonamientos judiciales no entimemáticos. Esto nos lleva a la conclusión siguiente: si miramos a un concepto

entonces x no puede ser admitido]; 2. (x) (SimTJCDPx \rightarrow \neg PAx) [para cualquier x vale que, si x es semejante al testimonio por un hijo en la causa de divorcio entre los padres, entonces x no puede ser admitido]; 3. (x) (PLJCDPx \rightarrow SimTJCDPx) [para cualquier x vale que, si x es patrocinio letrado por un hijo en la causa de divorcio entre los padres, entonces x es semejante al testimonio por un hijo en la causa de divorcio entre los padres]; 4. (x) (PLJCDPx \rightarrow \neg PAx) [para cualquier x vale que, si x es patrocinio letrado por un hijo en la causa de divorcio entre los padres, entonces x no puede ser admitido].

⁴⁰ Véase BULYGIN, E., “Sentencia judicial...”, *cit.*, p. 361.

teóricamente bien construido de creación judicial nomopoiética de normas generales, la condición de no deducibilidad tiene que ser abandonada.

2. *¿Es la distinción entre precisión y modificación de normas teóricamente acertada?* BULYGIN sostiene, como hemos visto, que no siempre las definiciones judiciales concurren a la creación de normas. Sostiene, en particular, que es necesario destacar los casos en que las definiciones judiciales sirven para *precisar el significado* de términos normativos que sean revelados vagos frente a casos atípicos, por un lado, de los casos en que las definiciones judiciales sirven para *modificar el significado* de las normas, por el otro. BULYGIN asume, por lo tanto, que precisión y modificación sean conceptos lógicamente distintos. Cabe dudar, sin embargo, que sea teóricamente acertado destacar precisión y modificación en relación con la elaboración de un concepto teóricamente acertado de creación nomopoiética de normas generales. Consideramos las palabras con las cuales BULYGIN traza la distinción:

“Interés especial ofrecen los casos atípicos (llamados también casos de penumbra) que son precisamente los que obligan al juez a decidir su inclusión en el campo de aplicación de un concepto o su exclusión del mismo [...] también mediante la definición de los conceptos puede llegarse a modificar una norma. Cuando los jueces, en virtud de sucesivas definiciones, incluyeron entre los ‘objetos de uso indispensable’ al aparato de radio y a la heladera eléctrica, ¿no fue acaso modificada la norma que declara inembargables tales objetos? Los límites entre la definición que tiende a precisar el contenido de una norma y la que lo modifica (creando eventualmente una norma nueva) son, de hecho, borrosos, lo que no impide distinguir conceptualmente entre ambas actividades”.

Supongamos que un juez tenga que aplicar la norma según la cual “Se prohíbe el ingreso de vehículos en el Parque Comunal”. Supongamos, además, que el área de referencia acertada y positiva (“zona de luz”) del significado de “vehículo” incluye carros, camiones y motocicletas, mientras que el área de referencia acertada y negativa (“zona de oscuridad”) incluye violines, butifarras, y trabucos. Supongamos, en fin, que el caso que el juez tiene que decidir concierna a una mujer que sea entrada en el Parque Comunal montada en una bicicleta eléctrica. El juez, considerando el caso perteneciente al área de referencia borrosa (“zona de penumbra”), asume deber decidir si incluir las bicicletas eléctricas en la zona de luz o, alternativamente, en la zona de oscuridad de “vehículo”. Si el juez decide por incluir las bicicletas eléctricas en la zona de oscuridad de “vehículo”, la norma sigue prohibiendo la entrada en el Parque Comunal

de carros, camiones y motocicletas, pero su zona de obscuridad ha cambiado. Ahora abarca cuatro clases de objetos: violines, butifarras, trabucos y bicicletas eléctricas. En cambio, si el juez decide por incluir las bicicletas eléctricas en la zona de luz de “vehículo”, la norma ha cambiado. Ahora la norma prohíbe la entrada en el Parque Comunal de carros, camiones, motocicletas y bicicletas eléctricas, mientras que su zona de obscuridad sigue siendo la misma.

BULYGIN, como hemos visto, considera un claro ejemplo de “modificación” de una norma el caso en que los jueces, mediante definiciones de “objeto de uso indispensable”, añadieron a mesas, sillas, ropas y camas, los aparatos de radio y la heladera eléctrica.

Cabe notar, sin embargo, que la instancia de “modificación” de una norma tomada como ejemplo por BULYGIN no difiere *estructuralmente* de la instancia de “precisión” de una norma por ampliación del alcance de su zona de luz (lo que podríamos llamar *precisión incluyente*). Esta consideración sugiere que la precisión del significado de una norma no sea en efecto otra cosa sino una forma, aunque débil, de modificación de una norma. De manera que la distinción que aparece preferible emplear, desde un punto de vista teórico, pasa no ya entre precisión y modificación, sino entre *formas*, y *grados, diferentes de modificación* de normas por vía de definiciones: de la forma mínima, que radica en la precisión que solo modifica el alcance de la zona de oscuridad del significado de un término (lo que podríamos llamar *precisión excluyente*), a formas más invasoras, que consisten en adiciones, elisiones, sustituciones o multiplicaciones en relación con el sentido de términos contenidos en “normas” objeto de interpretación.

3. *¿Pueden las definiciones modificativas realmente contribuir a la creación de normas?* BULYGIN sostiene, como hemos visto, que algunas veces las definiciones contribuyen a la creación de normas. Sin embargo, esta afirmación parece dudosa, paradójicamente, tan pronto como utilizamos el concepto de creación judicial de normas que el mismo BULYGIN adopta. En efecto, en la pretendida creación de una norma por vía de una definición modificativa, la norma supuestamente creada, si satisface la condición de no identidad, no satisface, nuevamente, la condición de no deducibilidad. Considere el ejemplo siguiente de razonamiento judicial (que retoma el ejemplo de BULYGIN):

1. Los objetos de uso indispensable son inembargables (norma preexistente).
2. Los aparatos de radio y las heladeras eléctricas son objetos de uso indispensable (premisa definitoria supuestamente innovadora).

3. Luego, los aparatos de radio y las heladeras eléctricas son inembargables (norma supuestamente nueva).

La norma supuestamente nueva, “los aparatos de radio y las heladeras eléctricas son inembargables” (3), nótese, es deducible de la combinación de la norma preexistente (1) con una premisa definitoria innovadora (2).

Las consideraciones críticas que acabo de formular nos llevan a algunas conclusiones no ociosas:

1. El concepto de creación judicial de derecho que BULYGIN propone en “Sentencia judicial y creación de derecho” tiene que ser, si no abandonado, por lo menos modificado.
2. Su defecto capital está en la condición de no deducibilidad. Esta condición se ha revelado problemática. Por un lado resulta teóricamente inoportuno incluir en la definición de un concepto tan importante una condición cuya satisfacción depende del hecho en absoluto contingente de la “mala educación” argumentativa de los jueces. Por otro lado, una vez que se considere que cada razonamiento jurídico puede ser (re)formulado como inferencia lógicamente válida, la condición de no deducibilidad pierde toda su capacidad de discriminación y, como hemos visto, lleva a concluir que las normas que los jueces formulan para integrar lagunas razonando por analogía o sobre la base de definiciones innovadoras *no son normas creadas, no son normas nuevas*. Lo que choca con lo que jueces y juristas (y el mismo BULYGIN) consideran casos paradigmáticos de creación judicial de derecho.
3. La modificación requiere, pues, abandonar la condición de no deducibilidad. Una vez que la abandonamos, tenemos que proponer otra elucidación del concepto de “norma (judicial) nueva” o “norma general creada por los jueces” y, por ende, del concepto nomopoiético de creación judicial de normas.

Ahora bien, la crítica antes desarrollada sugiere adoptar una estipulación que combine la propiedad de *no identidad* con la propiedad de *deducibilidad*; por ejemplo, en la manera siguiente:

“Norma judicial nueva” (“norma general creada por los jueces”) es toda norma general, formulada al interior de una sentencia, tal que:

(a) *no sea idéntica* a otras normas preexistentes en el orden jurídico, es decir, no tenga *exactamente* el mismo sujeto, objeto, carácter deóntico, circunstancias, etc., de normas que ya pertenecen al orden jurídico;⁴¹ y *además*,

(b) *sea deducible* (consecuencia lógica):

(b1) de la combinación de una norma general preexistente con una premisa definitoria nueva, es decir, no idéntica a otras premisas definitorias preexistentes (por ejemplo, por ser formuladas en sentencias precedentes); o *alternativamente*,

(b2) de la combinación de una norma general preexistente con una premisa normativa de integración (que refleja la adopción de una regla, un método o un principio de integración de lagunas) y las demás premisas necesarias del punto de vista de la regla (método, principio) de integración adoptada.⁴²

5. LA CONCEPCIÓN OPERACIONAL

La concepción operacional de la creación judicial del derecho se encuentra ejemplificada en un ensayo de Riccardo GUASTINI de 2006, *Se i giudici creino diritto*.⁴³

Cuatro precisiones son preliminarmente oportunas:

En primer lugar, GUASTINI examina y critica a la vez cuatro teorías de la creación judicial de derecho, que en su opinión representarían las principales contribuciones

⁴¹ La noción de “pertenencia” de una norma a un sistema jurídico puede ser definida de maneras diferentes. Por ejemplo, se puede considerar “ya perteneciente” al o “preexistente en el sistema jurídico, toda norma ya formulada en el discurso legislativo (y por lo tanto, ser isomorfa a una disposición), y/o ya formulada en el discurso judicial, es decir, al interior de sentencias pronunciadas anteriormente, y/o ya formulada al interior de ensayos doctrinales, etc. En todo caso, lo que hace falta resaltar es que la no identidad de una norma frente a las normas preexistentes puede medirse de maneras diferentes, según las diferentes clases de normas preexistentes que se decida tomar en consideración. Sobre este punto, me permito reenviar a CHIASSONI, P., *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, pp. 300-306.

⁴² Llamo “regla” (o “principio”) “de integración” a toda regla (o principio) que identifica una manera de integrar las lagunas del Derecho, como por ejemplo, las reglas (los principios) de la analogía, del razonamiento *a contrario*, del razonamiento *a fortiori* (en las variantes *a maiori ad minus* y *a minori ad maius*), de apelar a la naturaleza de las cosas, de apelar a principios jurídicos (generales, fundamentales, constitucionales).

⁴³ GUASTINI, R., *Se i giudici creino diritto*, pp. 169-180. Véase también “Interpretazione giudiziale e creazione di diritto”, en R. Guastini, *Filosofía del diritto positivo. Lezioni*, pp. 383-393, que representa una traducción parcial del escrito más antiguo.

sobre el tema, y luego propone una teoría alternativa, con la intención declarada no ya de “resolver” el problema “si los jueces creen derecho”, sino de “disolverlo” por medio de un aparato terminológico y conceptual más fino del aparato habitualmente empleado para abordarlo.⁴⁴

En segundo lugar, el escrito ejemplifica una concepción *mixta* y, específicamente, *operacional* de la creación judicial de derecho. Como veremos pronto, GUASTINI cuida *tanto* la propuesta de una definición intencional teóricamente adecuada de “crear derecho” (o “producir derecho”), *como* la identificación, en lo posible, de las distintas (clases o tipos de) *operaciones* que pertenecen a la extensión de “creación judicial de derecho”.

En tercer lugar, la concepción operacional representa un (otro) intento de elucidación del *concepto nomopoietico* de “creación judicial de derecho” con respecto a los sistemas de *civil law*.

En cuarto lugar, y en fin, la definición de “creación” o “producción de derecho” proporcionada por GUASTINI presupone una *concepción lingüística* del derecho. Asume que el Derecho –todo Derecho positivo, todo orden jurídico positivo– coincida (casi enteramente) con la combinación de componentes lingüísticos de tres tipos diferentes: disposiciones, normas expresas y normas implícitas. Las *disposiciones* son los enunciados de las “fuentes formales” del Derecho, formulados por “actos de legislación” en sentido amplio o “material”. Las *normas expresas* son enunciados que representan los significados atribuidos a las disposiciones mediante interpretación. Las *normas implícitas*, por último, son los

⁴⁴ Se trata en particular (1) de la teoría según la cual los jueces “crean derecho” cada vez que atribuyen a una disposición un significado que se aparta de “su significado natural”; (2) de la teoría según la cual los jueces “crean derecho” en presencia de lagunas, cuando tienen que actuar de “legisladores” incidentales e “intersticiales”; (3) de la teoría según la cual los jueces “crean derecho” cada vez que dictan normas individuales; (4) de la teoría según la cual los jueces “crean derecho” cada vez que interpretan textos normativos (disposiciones constitucionales, leyes, etc.), pues el “derecho” coincide con el conjunto de las normas que son el producto de interpretaciones judiciales. GUASTINI rechaza la primera teoría, por presuponer equivocadamente que las disposiciones tengan un significado “objetivo” que el intérprete puede simplemente descubrir. Rechaza la segunda teoría por sugerir, equivocadamente, que hay “creación judicial de derecho” solo en presencia de lagunas, es decir, de situaciones cuya existencia sería un dato que precede, y es independiente de, la interpretación. Rechaza la tercera teoría trayendo a colación el mismo argumento empleado por BULYGIN (véase antes, § 4). Rechaza, en fin, la cuarta teoría, porque no toda interpretación de textos jurídicos es interpretación judicial y, además, por enredarse en un (bien conocido) círculo vicioso (GUASTINI, R., *Se i giudici creino diritto*, cit., pp. 169-174; “Interpretazione...”, cit., pp. 383-388).

enunciados normativos, construidos por los intérpretes, que no son el significado de alguna disposición.⁴⁵

Con estas precisiones, el núcleo de la concepción operacional puede reconstruirse así.

1. En aras de *disolver* el problema “si los jueces creen derecho”, por “crear derecho” o “producir derecho” es menester entender:
 - b. La *adición* (introducción) de *nuevas disposiciones, nuevas normas expresas o nuevas normas implícitas* al conjunto preexistente de disposiciones, normas expresas o normas implícitas;
 - c. la *sustracción* (eliminación) de *disposiciones, normas expresas o normas implícitas* del conjunto preexistente de disposiciones, normas expresas o normas implícitas del conjunto preexistente;
 - d. la *sustitución* de *disposiciones, normas expresas o normas implícitas* al interior del conjunto preexistente de disposiciones, normas expresas o normas implícitas, que equivale a la combinación de sustracción y adición.⁴⁶
5. Los legisladores –en el sentido “material” de la expresión– “crean” o “producen derecho” en dos maneras. Por un lado, cada vez que *introducen nuevas disposiciones*, añadiéndolas al conjunto de las disposiciones preexistentes. Por otro, cada vez que *eliminan disposiciones*, sustrayéndolas al conjunto de las disposiciones preexistentes.⁴⁷
6. Los jueces, en cambio, “crean” o “producen derecho” en una pluralidad de maneras diferentes.

Del inventario trazado por GUASTINI, podemos destacar nueve:

1. Mediante *interpretación decisoria*, es decir, cada vez que deciden atribuir a una disposición un cierto significado escogiéndolo *al interior del marco* de

⁴⁵ GUASTINI, R., *Se i giudici...*, cit., p. 175.

⁴⁶ GUASTINI, R., *Se i giudici...*, cit., p. 177, texto y nota 27; “Interpretazione...”, cit., p. 392, texto y nota 27.

⁴⁷ GUASTINI, R., *Se i giudici...*, cit., pp. 176, 179; “Interpretazione...”, cit., pp. 390, 392.

sus significados metodológicamente posibles, “creando” así una *norma expresa* “en un sentido bastante débil” de “crear”;⁴⁸

2. mediante *interpretación creadora*, es decir, cada vez que deciden atribuir a una disposición un significado que se pone *fuera del marco* de sus significados metodológicamente posibles, “creando” así –en un “sentido fuerte” de la expresión– una *norma implícita* que sin embargo intentan presentar como si fuese expresa;⁴⁹
3. mediante *identificación e integración de lagunas*, es decir, cada vez que interpretan las disposiciones en juego de una manera tal que un caso resulte no regulado por alguna norma expresa, y luego proceden a llenar la laguna elaborando una norma implícita;⁵⁰
4. mediante *concreción de principios*, o sea, cada vez que derivan de principios “normas nuevas (‘reglas’)” a través “de una pluralidad de herramientas argumentativas no deductivas”, *creando* así –en sentido propio y fuerte– *normas implícitas*;⁵¹
5. mediante *ponderación de principios*, es decir, cada vez que establecen cuál, entre dos principios en conflicto, pese más, *creando* así –en sentido propio y fuerte– *relaciones jerárquicas entre normas*;⁵²

⁴⁸ GUASTINI, R., *Se i giudici...*, cit., p. 176; “Interpretazione...”, cit., p. 391. El marco de los significados metodológicamente posibles es identificado mediante interpretación “cognitiva” o “conjetural”. Consiste en conjeturar los significados en que una disposición puede ser traducida, interpretándola según las diferentes reglas (técnicas, cánones, métodos) de traducción que forman parte del equipaje metodológico de los operadores del Derecho en un cierto tiempo y lugar.

⁴⁹ GUASTINI, R., *Se i giudici...*, cit., pp. 176-177; “Interpretazione...”, cit., p. 391. Hace falta precisar que la denominación “interpretación creadora” no comparece en el ensayo de 2006, sino en otras obras de GUASTINI (véase, por ejemplo, Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, p. 46: “otras veces –interpretación creadora, o interpretación-creación– la decisión interpretativa consiste en atribuir a un texto un significado ‘nuevo’, no comprendido entre aquellos identificables en el ámbito de la interpretación cognitiva”).

⁵⁰ GUASTINI, R., *Se i giudici...*, cit., p. 177; “Interpretazione...”, cit., pp. 391-392.

⁵¹ GUASTINI, R., *Se i giudici...*, cit., p. 177. Cabe dudar de que la concreción de un principio se resista a ser presentada en forma de razonamiento deductivo válido. Concretar un principio quiere decir derivar de ello una norma menos genérica, o más específica, de él. Si el principio reza que “Es obligatorio proteger la salud de los ciudadanos”, y “ofrecer vacaciones gratuitas” es una forma de “proteger la salud”, entonces se puede derivar del principio la regla “Es obligatorio ofrecer vacaciones gratuitas a los ciudadanos”. Como comenté tratando de la concepción lógica (*supra*, § 4), operaciones de “creación de derecho” pueden ser llevadas a cabo mediante razonamientos lógicamente impecables.

⁵² GUASTINI, R., *Se i giudici...*, cit., p. 177.

6. mediante *eliminación de disposiciones*, es decir, cada vez que un juez, habitualmente un tribunal constitucional, sustrae disposiciones preexistentes, pronunciándolas inválidas o ilegítimas al interior de sentencias “de aceptación”;⁵³
7. mediante la *eliminación de normas expresas*, o sea, cada vez que un juez, habitualmente un tribunal constitucional, sustrae normas expresas preexistentes, pronunciándolas inválidas o ilegítimas al interior de sentencias “interpretativas de aceptación”;⁵⁴
8. mediante *adición de normas implícitas*, es decir, cada vez que el tribunal constitucional, en ciertos ordenamientos jurídicos (por ejemplo, el italiano), declara, por medio de una sentencia “manipulativa aditiva”, la ilegitimidad constitucional de una disposición *en la parte en que ella no dispone algo*, añadiendo así una nueva norma implícita;⁵⁵
9. mediante *sustitución de normas expresas por normas implícitas*, es decir, cada vez que el tribunal constitucional, en ciertos ordenamientos jurídicos (por ejemplo, el italiano), declara, por medio de una sentencia “manipulativa sustitutiva”, la ilegitimidad constitucional de una disposición en la parte en que dispone x, en lugar de disponer y, sustituyendo así la norma implícita que contempla y a la norma expresa que contempla x.⁵⁶

Cabe advertir que el inventario ahora trazado, aunque amplio, es sin embargo incompleto. El mismo GUASTINI reconoce que la lista de operaciones judiciales de “creación de derecho” podría ser más amplia.⁵⁷ Por ejemplo, si consideramos

⁵³ GUASTINI, R., *Se i giudici...*, cit., p. 178; “Interpretazione...”, cit., p. 392.

⁵⁴ GUASTINI, R., *Se i giudici...*, cit., p. 178; “Interpretazione...”, cit., pp. 392-393.

⁵⁵ GUASTINI, R., *Se i giudici...*, cit., p. 178; “Interpretazione...”, cit., p. 393. Podría preguntarse: ¿Esta forma de “creación judicial de derecho” no es acaso del mismo tipo de la considerada bajo el rótulo de la “identificación e integración de lagunas”? La pregunta merece una respuesta negativa. Las dos formas conciernen, en efecto, dos tipos diferentes de lagunas. La primera tiene que ver con las lagunas normativas (ausencia de regulación expresa). La segunda tiene que ver, en cambio, con las lagunas axiológicas (ausencia de regulación jurídicamente correcta). En el primer caso, se trata de añadir una norma implícita. En el segundo caso, aunque del texto de GUASTINI esto no se entienda claramente, se trata de eliminar una norma “incorrecta”, sustituyéndola por la norma “correcta” (sobre este punto me permito reenviar a CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, cap. III).

⁵⁶ GUASTINI, R., *Se i giudici...*, cit., p. 178; “Interpretazione...”, cit., p. 393.

⁵⁷ GUASTINI, R., *Se i giudici...*, cit., p. 178.

el instituto de la abrogación, los jueces “crean” o “producen derecho” también en estos dos otros casos:

10. cada vez que *eliminan una disposición*, declarando su *abrogación* tanto por incompatibilidad con las normas expresadas por disposiciones posteriores, como porque las disposiciones posteriores ofrecen una “nueva disciplina” integral de la misma materia;
11. cada vez que *eliminan normas expresas o implícitas*, declarando su abrogación por incompatibilidad con las normas expresadas por disposiciones posteriores.⁵⁸

5.1. CRÍTICA

La concepción operacional de la creación judicial de derecho ofrece una visión amplia, precisa y desencantada de las actividades de “creación de derecho” y, en particular, de “creación judicial de derecho”.

En aras de la presente exploración, presenta sin embargo tres aspectos problemáticos que merecen la pena considerar, aunque brevemente. Primero, el análisis de GUASTINI no proporciona alguna definición de “disposición nueva”. Segundo, ofrece, sin formularla expresamente, una definición de “norma nueva” que, como veremos, se destaca de la de BULYGIN (y de CARRIÓ), y sugiere desdoblar el concepto nomopoiético de creación judicial de normas. Tercero, no desarrolla su aparato terminológico y conceptual en forma tal que este pueda abarcar de una manera clara y distinta también algunas operaciones de “creación judicial de derecho”, que meritoriamente GUASTINI considera, y que sin embargo *no* consisten en la creación (adición) de *normas*.

A. La noción de disposición nueva resulta no definida. ¿Qué es una disposición nueva? ¿Cuándo una disposición es nueva?

En aras de solucionar el problema, parece útil destacar dos nociones formales (la una *débil* y la otra *fuerte*) y una noción sustancial de “disposición nueva”.

Según la noción formal débil, una disposición nueva es todo enunciado formulado por un legislador al interior de un documento normativo, en cuanto enun-

⁵⁸ En el derecho italiano, estos casos de creación judicial de derecho por sustracción son sugeridos por el art. 15 de la Disp. Prel. del Código civil.

ciado-instancia que es (ontológicamente) distinto de cualquier otro enunciado al interior del mismo u otro documento normativo, aunque presente la misma forma gramatical (misma estructura sintáctica y mismos términos). De acuerdo con esta noción, nótese una disposición idéntica a otra ya formulada en el mismo u otro documento normativo precedente, y por lo tanto totalmente redundante, es sin embargo una disposición nueva.

Según la *noción formal fuerte*, una *disposición nueva* es todo enunciado formulado por un legislador al interior de un documento normativo, cuya forma gramatical (estructura sintáctica y términos) sea diferente de, no coincida exactamente con, no sea idéntica a, la forma gramatical de cualquier otro enunciado formulado, bien al interior del mismo documento normativo, bien al interior de otro documento normativo precedente del mismo u otro legislador.

Según la *noción sustancial*, por último, una *disposición nueva* es todo enunciado formulado por un legislador al interior de un documento normativo, que sea apto para expresar normas diferentes (no idénticas) de las normas que pueden ser expresadas por otras disposiciones ya pertenecientes al orden jurídico.

La noción formal débil no discrimina entre disposiciones redundantes y no-redundantes. Sirve sin embargo para dar cuenta del fenómeno de la redundancia: sea entre disposiciones de un mismo nivel jerárquico, sea entre las que pertenecen a niveles diferentes.

La noción formal fuerte, en cambio, discrimina. Según esta noción, más rigurosa, solo hay una *disposición nueva* (en sentido fuerte) en presencia de un enunciado normativo dotado de una forma gramatical no idéntica a la de cualquier otro enunciado ya formulado.

La noción sustancial, en fin, hace depender la novedad de una disposición no ya de su forma gramatical, sino de su *forma lógica*, es decir, de su *interpretación*.⁵⁹ La noción sustancial es conceptualmente dependiente de la interpretación. Conforme con ella, una disposición es nueva si, y solo si, expresa una norma nueva.

⁵⁹ La forma lógica de un enunciado es la forma que, en hipótesis, reproduce exactamente el significado del enunciado. Su identificación depende, pues, de la interpretación del enunciado. La forma lógica puede coincidir, como no coincidir, con la forma gramatical del enunciado.

Si adoptamos la concepción sustancial de “disposición nueva”, la producción legislativa de derecho viene a depender de la interpretación: un legislador produce una disposición nueva, si, y solo si, los intérpretes la interpretan para expresar una norma nueva. La “producción de disposiciones nuevas” deviene, así, una variable dependiente de la interpretación (judicial y doctrinal).

Por lo tanto, en aras de precisar la teoría de la producción de derecho de GUASTINI, parece oportuno adoptar las *nociones formales* de “producción de disposiciones nuevas”, rechazando la noción sustancial. Solo de esta forma, en efecto, la creación legislativa de derecho se mantiene distinta de la creación judicial: no colapsa en la creación de derecho por los jueces y otros órganos dotados de poder interpretativo.

B. Una noción más de norma nueva y el desdoblamiento del concepto nomopoiético.

Por un lado, GUASTINI destaca la interpretación creadora de la interpretación decisoria, pues la primera consistiría en atribuir a una disposición un *significado nuevo*, es decir, *no idéntico* a ninguno de los significados que ya formarían parte del *marco metodológico* de las normas en que la disposición puede ser traducida empleando los métodos interpretativos utilizables.⁶⁰

Por otro lado, al considerar la creación de normas implícitas que ocurre cuando los jueces integran lagunas o proceden a la concreción de principios, GUASTINI no se preocupa por la no identidad de la norma implícita producida en relación con otras normas implícitas preexistentes. Esta, cabe observar, podría ser *no idéntica* a ninguna de las normas metodológicamente expresables por las disposiciones relevantes, lo que, empero, no excluye que podría ser *idéntica* a otras normas implícitas ya formuladas, pongamos, al interior de otras sentencias precedentes.

En suma, GUASTINI parece adoptar una noción de *norma nueva* sobre cuya base solo se consideran nuevas las normas generales *implícitas* y, además, se mide su *novedad* solo al interior de la sentencias en que fueron formuladas y en relación con los materiales jurídicos (disposiciones, normas expresas, normas implícitas) allí considerados.

La concepción operacional resulta, pues, sí encaminada hacia una elucidación del *concepto nomopoiético* de “creación judicial de normas”, pero abogando

⁶⁰ GUASTINI, R., *Se i giudici...*, cit., pp. 176-177; “Interpretazione...”, cit., pp. 385, 391-392.

por una *elucidación diferente* de la elucidación propuesta por BULYGIN (antes, § 4), que recupera aspectos del concepto convencional que he sacado a la luz tratando del ensayo de CARRIÓ (antes, § 3).

Parece por lo tanto necesario enriquecer nuestro aparato conceptual, distinguiendo *dos conceptos nomopoiéticos* de “creación judicial de normas”: un concepto más exigente (*nomopoiesis en sentido fuerte*) y un concepto menos exigente (*nomopoiesis en sentido débil*).

De acuerdo con el concepto, más exigente, de *nomopoiesis en sentido fuerte*, “creación judicial de normas generales” es toda formulación, al interior de una sentencia, de una norma general que es *nueva* por *no ser idéntica* a otras normas preexistentes, aunque derive de algunas de ellas en combinación con premisas definitorias nuevas o premisas correspondientes a reglas de integración.

Según el concepto, menos exigente, de *nomopoiesis en sentido débil*, en cambio, “creación judicial de normas (generales)” es toda formulación, al interior de una sentencia, de una norma general que es *nueva* por ser el producto de un *ejercicio de discrecionalidad interpretativa* o de *discrecionalidad integradora*, resultando, por ejemplo, de operaciones de *integración* de lagunas (mediante concreción de principios u otras vías) o de *ampliación del marco* de los significados metodológicamente posibles de una disposición.

El concepto *nomopoiético débil* de creación judicial de derecho no requiere que la norma formulada *no sea idéntica* a otras normas ya pertenecientes al Derecho. Puede pasar, por ejemplo, que la misma operación de integración de laguna ya fue llevada a cabo en otra sentencia precedente. Puede pasar, en otras palabras, que la norma producto de una operación de *nomopoiésis en sentido débil* no sea al mismo tiempo producto de una *nomopoiésis en sentido fuerte*. Por esta razón, el concepto *nomopoiético débil* es más amplio del concepto *nomopoiético fuerte*: ambos se refieren a operaciones judiciales discrecionales, pero solo el segundo requiere la no identidad de la norma “creada” con normas ya existentes.

C. El aparato terminológico y conceptual es inadecuado.

GUASTINI, como hemos visto, sostiene que el derecho está compuesto por disposiciones, normas expresas y normas implícitas. Sin embargo, al identificar operaciones de “creación judicial de derecho” considera también componentes de otros tipos. En particular, los enunciados que establecen la existencia

de una laguna y los enunciados que establecen la existencia de una relación jerárquica entre dos normas (principios) no son “normas”. Ahora bien, podríamos llamar los primeros *enunciados identificativos de lagunas*, los segundos *enunciados identificativos de jerarquías normativas*, y considerar las instancias de ambos tipos como posibles resultados de operaciones nomopoiéticas en sentido débil.

Además, como hemos observado, GUASTINI resalta que la creación judicial de derecho puede consistir también en la eliminación (o sustracción) de disposiciones o normas (expresas o implícitas).

Al respecto, es dable advertir, sin embargo, que cada vez que los jueces *eliminan (sustraen)* disposiciones o *eliminan (sustraen)* normas, estas operaciones involucran (y dependen de) la *formulación de enunciados*: de la *adición* de enunciados (nuevos) al discurso del derecho; en particular, de *enunciados declarativos de la ilegitimidad constitucional* de una disposición o de una norma, y además de *enunciados declarativos de la abrogación* de disposiciones o normas. Se trata, por supuesto, de enunciados estrictamente instrumentales en relación con la eliminación de una disposición o de una norma del conjunto de las disposiciones o de las normas preexistentes. Sin embargo, parece oportuno que una teoría de la creación judicial de derecho los tenga en cuenta.

6. LA CONCEPCIÓN PRAGMÁTICA

Hemos llegado a la última etapa de mi recorrido por las concepciones analíticas de la “creación judicial de derecho”. La etapa está dedicada, como recordarán, a la concepción pragmática.

Tres precisiones son preliminarmente oportunas:

Primero, llamo a esta concepción *pragmática* porque, como veremos a continuación, en aras de ofrecer una explicación algo pormenorizada de algunas operaciones judiciales de “creación de derecho” voy a utilizar ideas de la pragmática lingüística acerca de la interpretación conversacional (es decir, de la interpretación de las oraciones en un lenguaje natural en contextos comunicativos ordinarios).

Segundo, la concepción pragmática es parasitaria en relación con las concepciones antes consideradas. Intenta aprovecharse de ellas –tanto de sus logros, como de sus defectos– en aras de elaborar un aparato terminológico y concep-

tual más fino: compuesto por más nociones (más articulado) y más precisas, que permita capturar (identificar, destacar y entender) aspectos teóricamente relevantes de la compleja realidad social a la cual nos referimos bajo el rótulo de “creación judicial de derecho”.

Tercero, el aparato de la concepción pragmática es (re)construido, en fin, poniendo atención a tres preguntas (por supuesto, no agotadoras de la entera problemática) que toda teoría de la creación judicial de derecho tendría que abordar. Las preguntas atañen, respectivamente:

1. A los *productos* de la creación judicial de derecho (*¿qué entidades “crean” los jueces cuando “crean derecho”?*);
2. al *valor institucional* de las normas creadas por los jueces (*¿qué valor pueden tener, en una cultura, experiencia o organización jurídica, las normas “creadas” por los jueces?*);
3. a las *formas de establecer y medir la novedad* de las normas creadas por los jueces mediante ejercicio de discrecionalidad interpretativa (*¿en qué maneras es posible establecer y medir la novedad de las normas “creadas” por los jueces ejerciendo su discrecionalidad interpretativa?*).

6.1. PRODUCTOS DE LA “CREACIÓN JUDICIAL DE DERECHO” (¿QUÉ ENTIDADES “CREAN” LOS JUECES CUANDO “CREAN DERECHO”?)

Quien esté interesado en entender algo en materia de “creación judicial de derecho”, tiene antes que todo que considerar que “creación judicial de derecho” abarca la creación judicial *de normas*, pero *no se agota* en ella.

Parece pues teóricamente acertado asumir que toda vez que los jueces “crean derecho”, lo hacen a través de *enunciados que pueden ser tanto normativos* (es decir, que expresan normas, aunque en un sentido amplio de la palabra), como *no normativos* (es decir, que no expresan normas). Los jueces, en particular, “crean derecho” *formulando –y así introduciendo* en el discurso jurídico, *añadiendo* al discurso jurídico– *enunciados normativos o no normativos*, que tienen el efecto de *modificar o contribuir a modificar el derecho vigente*, aunque limitadamente al caso individual que se trate de decidir, añadiendo, eliminando o sustituyendo algo.

Esta afirmación no choca con la idea de que, algunas veces, la creación judicial de derecho consiste en la “eliminación” o “sustracción” de disposiciones o de

normas del conjunto de disposiciones o normas preexistentes. Esto es tan así porque, como hemos visto, comentando la concepción operacional, *siempre* la eliminación de una disposición o de una norma necesita la formulación (adición) de algún enunciado normativo judicial.

Con estas precisiones, y teniendo en cuenta los análisis que preceden, es posible destacar *no menos de cinco tipos diferentes* de enunciados judiciales, que se corresponden con otros tantos tipos de entidades jurídicas “creadas” por los jueces.

Un primer tipo se compone de los enunciados normativos judiciales que expresan *normas individuales de conducta* (por ejemplo: “Fulano debe restituir a Mengano el inmueble situado en Calle Borges 17”; “Mengano tiene el derecho al permiso parental por adopción de menor de edad”).

Un segundo tipo consta de los enunciados normativos judiciales que expresan *normas generales de conducta* (por ejemplo: “Los poseedores de mala fe deben restituir las cosas a sus propietarios”; “los padres profesionales tienen derecho al permiso parental por adopción de menor de edad”).

Un tercer tipo está integrado por los enunciados normativos judiciales que expresan *normas de segundo nivel* o *metanormas* (en un sentido amplio que abarca tanto las disposiciones como las normas). Las metanormas judiciales, cabe notar, pueden consistir, por ejemplo, en: (a) *metanormas individuales (constitutivas) de abrogación* (por ejemplo: “La disposición D1 es/cuenta como/abrogada”; “la norma N1 es/cuenta como/abrogada”, etc.); (b) *metanormas generales (prescriptivas) de ponderación* (por ejemplo: “Si dos principios están en conflicto y un principio pesa más que el otro, el principio que pesa más debe ser preferido al principio que pesa menos”); (c) *metanormas individuales (prescriptivas) de ponderación* (por ejemplo: “El principio P1 debe ser preferido al principio P2 en los casos C”); (d) *metanormas individuales (constitutivas) de invalidación* (por ejemplo: “La disposición D / la norma N es/es declarada/cuenta como/ constitucionalmente ilegítima”).

Un cuarto tipo está constituido por los *enunciados no normativos* judiciales que expresan *definiciones* o *fragmentos de definiciones de términos jurídicos* (por ejemplo: “Las patinetas son vehículos”; “las heladeras eléctricas son objetos de uso indispensable”; “la unión entre personas del mismo sexo es matrimonio”).

Un quinto tipo, por último, se compone de los *enunciados no normativos* judiciales que expresan *enunciados cualificatorios metanormativos*. Pertenecen

a este grupo, por ejemplo: (a) los enunciados judiciales que *establecen la ausencia de normas expresas* para un caso genérico (enunciados identificativos de lagunas textuales: "El caso C es/cuenta como/ caso no regulado por alguna norma explícita de SN₁"); (b) los enunciados judiciales que *establecen la incompatibilidad entre dos normas* previamente identificadas (enunciados identificativos de antinomias: "La norma N1 es /cuenta como/ norma incompatible con la norma N2"); (c) los enunciados judiciales que *establecen el mayor peso o valor* de una norma en relación con otra norma (enunciados ponderativos: "El principio P1 pesa/vale más del principio P2 en los casos C").

6.2. VALOR INSTITUCIONAL DE LAS LAS NORMAS CREADAS POR LOS JUECES (¿QUÉ VALOR PUEDEN TENER, EN UNA CULTURA EXPERIENCIA U ORGANIZACIÓN JURÍDICA, LAS NORMAS "CREADAS" POR LOS JUECES?)

Si nos preguntamos por el *valor institucional* de la "creación judicial de normas", es decir, por el *valor* que las normas "creadas" por los jueces tienen o pueden tener al interior de una cultura, experiencia u organización jurídica, y por ende por el *papel* que desempeñan o pueden desempeñar en ella conforme con sus normas sobre la jurisdicción, parece útil destacar cuatro conceptos que ya hemos encontrado: esto es, un *concepto nomothético fuerte*, un *concepto nomothético débil*, un *concepto nomopoiético fuerte* y un *concepto nomopoiético débil*.

Conforme con el concepto de creación judicial de normas como *nomothésis en sentido fuerte*, la "creación judicial de normas" radica en la *formulación*, al interior de las sentencias, de *normas* individuales o generales *obligatorias*.

De acuerdo con el concepto de creación judicial de normas como *nomothésis en sentido débil*, la "creación judicial de normas" reside en la *formulación*, al interior de las sentencias, de *normas* generales *autoritativas*.

Según el concepto de creación judicial de normas como *nomopoiésis en sentido fuerte*, la "creación judicial de normas" está en la *formulación*, al interior de las sentencias, de *normas generales nuevas*, por ser *el producto del ejercicio de discrecionalidad metodológica* (interpretativa o integradora) y *no idénticas* a normas preexistentes. En estos casos, las normas creadas son *nuevas en sentido fuerte*.

Conforme, por último, con el concepto de creación judicial de normas como *nomopoiésis en sentido débil*, la "creación judicial de normas" consiste en la *formulación*, al interior de las sentencias, de *normas generales nuevas* por ser *el*

producto del ejercicio de discrecionalidad metodológica. En estos casos, las normas creadas son *nuevas en sentido débil*.

La creación judicial de normas como *nomopoiésis* no puede definirse satisfactoriamente apelando a la propiedad de no deducibilidad de la norma nueva (véase antes, § 4.1), pero siempre involucra el ejercicio de discrecionalidad metodológica (interpretativa o integradora), como ejercicio del poder, expresa o implícitamente atribuido al juez, de elegir entre dos o más soluciones alternativas a problemas de interpretación o de integración que se trate de resolver en aras de decidir una controversia.

Los conceptos nomothéticos y los conceptos nomopoiéticos de “creación judicial de normas” son lógicamente independientes. En particular, operaciones de *nomothésis* no involucran necesariamente operaciones de *nomopoiésis*, y viceversa; aunque sean a menudo coextensivas.

6.3. FORMAS DE ESTABLECER Y MEDIR LA NOVEDAD DE LAS NORMAS CREADAS POR LOS JUECES MEDIANTE EJERCICIO DE DISCRECIONALIDAD INTERPRETATIVA (¿EN QUÉ MANERAS ES POSIBLE ESTABLECER Y MEDIR LA NOVEDAD DE LAS NORMAS “CREADAS” POR LOS JUECES EJERCIENDO SU DISCRECIONALIDAD INTERPRETATIVA?)

Supongamos adoptar la noción de creación judicial de normas como *nomopoiésis en sentido débil*. Supongamos, además, que nos interese establecer y medir la novedad de una norma que es el *resultado* de la *interpretación de una disposición*. ¿Cómo proceder? La teoría pragmática de la interpretación conversacional puede ayudarnos.

Según la teoría pragmática, en muchísimos casos los intérpretes de un enunciado cualquiera, en un lenguaje natural percibido al interior de una conversación ordinaria se encuentran en la situación de tomar una parte activa en la determinación de su significado. Esta parte activa puede consistir, en particular, en hacer obra de *desambiguación* (si el enunciado tolera dos o más significados alternativos), *precisión* (si el enunciado contiene términos que se sean revelados vagos frente a hechos o estados de cosas), *enriquecimiento* (si el enunciado se presenta incompleto a la luz de su contexto de utilización), *sustitución* (si el enunciado contiene expresiones figurativas, metafóricas, etc.) y, no por último, *identificación de las partes implícitas* de la comunicación (las llamadas implicaturas conversacionales).⁶¹

⁶¹ Sobre este punto, me permito reenviar a CHIASSONI, P., *El problema del significado jurídico*, caps. II, III, y V.

Análogamente, podemos pensar que los jueces, cuando interpretan disposiciones, “crean derecho” cada vez que tomen una parte activa en la determinación de su significado: cada vez, en otras palabras, que no se limiten a *confirmar* su significado lingüístico adoptándolo y presentándolo como significado jurídicamente correcto.⁶² Ellos también, en particular, llevan a cabo operaciones de *desambiguación*, de *precisión* y de *corrección* del significado lingüístico o usual de las disposiciones (la corrección se corresponde, aunque en parte, a las operaciones pragmáticas de enriquecimiento y sustitución). ¿Cómo podemos identificarlas?

Una manera de hacerlo reside en prestar atención a la relación que, al interior de una sentencia, pasa entre la disposición interpretada, en cuanto enunciado del discurso de las fuentes, por un lado, y la norma expresa que el juez presenta e defiende como su significado jurídicamente correcto, en cuanto enunciado del discurso judicial, por el otro.

Ahora bien, esta relación puede ser, para empezar, bien de *isomorfía*, bien de *heteromorfía semánticamente equivalente*. En el primer caso, la norma expresa es un enunciado *idéntico* a (el enunciado de) la disposición. En el segundo caso, la norma expresa es un enunciado *diferente* de (el enunciado de) la disposición; pero la diferencia resulta bien de adiciones sintácticamente o semánticamente justificadas, bien de sustituciones semánticamente justificadas, es decir, tales que la norma expresa es un enunciado *semánticamente equivalente* a (el enunciado de) la disposición. En tales casos, la *nomopoiésis* interpretativa judicial parece próxima del grado cero.⁶³

Sin embargo, se dan también casos en los cuales la norma expresa es heteromorfa y la heteromorfía refleja operaciones que van más allá de las adiciones o sustituciones sintáctica o semánticamente justificadas. En estos casos, por

⁶² Una disposición puede también ser aplicada a menudo en un significado *usual* diferente de su significado lingüístico. En tal caso, un juez que tenga que utilizar la disposición tiene que decidir si adoptar dicho significado usual al adjudicar un caso, o en cambio modificarlo. No voy a ocuparme aquí de este problema.

⁶³ Algunos ejemplos deberían esclarecer el punto. En relación con la disposición, “No puede ser extraditado ni privado de la ciudadanía por razones políticas”, la norma expresa “No puede ser extraditado ni privado de la ciudadanía por razones políticas” es norma *isomorfa*; en cambio, la norma expresa “Ningún ciudadano puede ser extraditado ni puede ser privado de la ciudadanía por razones políticas” es norma *heteromorfa semánticamente equivalente*, resultando de sustituciones (de “ningún ciudadano” a “no”) y adiciones (de “puede ser” después del “ni”), que se presentan como semántica y sintácticamente justificadas. Cfr. CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica...*, cit., cap. II.

ejemplo, el juez añade o sustituye palabras en la disposición con el efecto de restringir, ampliar e incluso multiplicar su significado estrictamente semántico.⁶⁴ En estos casos, la *nomopoiésis* interpretativa judicial se presenta en grados que, medidos en relación con la norma expresa semánticamente equivalente, pueden ser también muy elevados.

En conclusión, podemos precisar la noción de “creación interpretativa de normas” o “creación de normas mediante interpretación” de la manera siguiente: hay creación interpretativa de normas toda vez que la norma expresa que el intérprete presenta como significado jurídicamente correcto de una disposición es un enunciado *heteromorfo* en relación con la disposición, y su heteromorfía consiste en representar una *forma lógica* de la disposición, que es *diferente de su forma gramatical* y no es *semánticamente* equivalente a ella.

7. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES ACERCA PROBLEMA DE LA OPORTUNIDAD TEÓRICA

Para terminar, volvemos brevemente al segundo problema concerniente a la “creación judicial de derecho”: el problema de la oportunidad teórica.

He mencionado al comienzo la postura de Luigi FERRAJOLI, el cual sostiene que hablar de “creación judicial de derecho”, insistir sobre la “creatividad de la jurisdicción”, es operación censurable por ser teóricamente engañosa y prácticamente nociva.

El daño práctico consistiría, según FERRAJOLI, en favorecer, aunque por efecto del carácter “performativo” de las teorías jurídicas, la creación judicial de derecho: es decir, conductas judiciales *ilegítimas* para un Estado constitucional, chocando con los principios de legalidad de la jurisdicción, de sujeción de los jueces a la ley y de separación de poderes.⁶⁵

⁶⁴ Ciertos ejemplos deberían aclarar el punto. En relación con la disposición “El ciudadano tiene el derecho a no ser extraditado por razones políticas”, las normas expresas “El ciudadano *patriótico* tiene el derecho a no ser extraditado por razones políticas”; “*Sólo* el ciudadano tiene el derecho a no ser extraditado por razones políticas”; “*Todas mujeres y todos hombres tienen* el derecho a no ser extraditados por razones políticas”; “*Todo ser humano es titular de una pretensión negativa y una inmunidad en relación a su extradición por razones políticas*”, son otras tantas normas heteromorfas no semánticamente equivalentes, resultando de adiciones, sustituciones o multiplicaciones pragmáticamente justificadas, es decir, justificadas desde consideraciones de corrección jurídica, que llevan al intérprete a rechazar una lectura estrictamente lingüística de la disposición. Cfr. CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica...*, cap. II., *cit.*

⁶⁵ Véase FERRAJOLI, L., *Contro il creazionismo...*, *cit.*, p. 22.

El engaño teórico radicaría, en cambio, en un uso no apropiado, inoportuno, mistificador de la expresión “creatividad”. Por las razones siguientes:

La expresión “creatividad”, cuando es empleada en relación con la jurisdicción, tiene dos sentidos distintos.

En *sentido propio o fuerte*, por “creatividad de la jurisdicción” (o “jurisdicción como fuente”) se entiende “el poder del juez de crear nuevo derecho, [yendo] más allá de la ley e incluso en contra de la ley”.⁶⁶ Se trata, más precisamente, del poder del juez de crear “nuevas normas jurídicas” eligiendo “significados normativos no asociables a los enunciados normativos aplicados y vigentes”.⁶⁷

En *sentido impropio o débil*, en cambio, por “creatividad de la jurisdicción” (o “jurisdicción como fuente”) se entiende el legítimo ejercicio de “a amplia discrecionalidad interpretativa, y pues argumentativa, inevitablemente conectada a la aplicación de la ley”.⁶⁸ Se trata, más precisamente, de “la elección de la interpretación judicial más plausible al interior del amplio marco de los significados posibles racionalmente asociables al enunciado interpretado sobre la base de las reglas del lenguaje empleado, de las técnicas interpretativas acreditadas y de las precedentes interpretaciones jurisprudenciales”.⁶⁹

Ahora bien, concluye FERRAJOLI, los teóricos que hablan de “creatividad de la jurisdicción” se refieren casi siempre al fenómeno de la fatal y amplia discrecionalidad interpretativa de los jueces. Hablan de *creación*, pero a lo que se refieren no es otra cosa sino *interpretación*.⁷⁰

El razonamiento de FERRAJOLI merecería muchos comentarios.⁷¹ Aquí me limitaré, sin embargo, a formular dos.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 22.

⁶⁷ FERRAJOLI, L., “Contro il creazionismo giurisprudenziale...”, *cit.*, p. 25.

⁶⁸ FERRAJOLI, L., *Contro il creazionismo...*, *cit.*, p. 22.

⁶⁹ FERRAJOLI, L., “Contro il creazionismo giurisprudenziale...”, *cit.*, p. 25.

⁷⁰ FERRAJOLI, L., *Contro il creazionismo...*, *cit.*, pp. 22-25; “Contro il creazionismo giurisprudenziale...”, *cit.*, pp. 25-26.

⁷¹ Véase, por ejemplo, GUASTINI, R., “Creazionismo giudiziario?”, en *Ragion Pratica*, No. 55, pp. 391-400.

Primero, la distinción de FERRAJOLI entre los dos sentidos de “creatividad jurisdiccional” está lejos de ser teóricamente satisfactoria. Por las razones siguientes:

1. La definición de “creatividad en sentido propio o fuerte” es, aunque en parte, circular: el término por definir (*definiendum*) se encuentra en el discurso definitorio (*definiens*);
2. FERRAJOLI utiliza una noción tan amplia de *interpretación* (y *discrecionalidad interpretativa*) que cabe dudar si *quede en efecto algún espacio* para la “creación judicial de normas nuevas” fuera de los casos patológicos, y estadísticamente raros, de las sentencias evidentemente arbitrarias;
3. se suele pensar que en los Estados constitucionales los jueces estén *autorizados a crear normas* yendo “más allá de la ley” (*praeter legem*), allí donde, en hipótesis, no hay ley, sino lagunas de la ley;
4. la noción de creación de normas “en contra de la ley” (*contra legem*) pertenece al discurso de las disputas metodológicas (*Methodenstreiten*). Se presta, por ende, a ser entendida de maneras diferentes, e incluso incompatibles, según la ideología de la interpretación adoptada por cada disputante.

Segundo, la distinción trazada por FERRAJOLI, aunque teóricamente no satisfactoria por las razones apenas vistas, sugiere añadir un *quinto concepto* de “creación judicial de derecho” a los cuatro que he identificado y definido antes. Se trata, en particular, de un tercer concepto nomopoiético de creación judicial de normas que llamaré *concepto nomopoiético fuertísimo*. Según este concepto, hay creación judicial nomopoiética de normas *en sentido fuertísimo* toda vez en que los jueces *formulan*, al interior de las sentencias, *normas generales nuevas e ilegítimas*, por ser el resultado de operaciones argumentativas que se colocan *fuera del marco* de la discrecionalidad *metodológica* (interpretativa o integradora), violando así los principios fundamentales de legalidad de la jurisdicción y separación entre poder legislativo y judicial.

Cabe notar que, a diferencia de los cuatro conceptos antes considerados, el concepto nomopoiético fuertísimo es un concepto *no descriptivo* (*empírico*), sino *normativo*. Su aplicación como herramienta de calificación de lo que los jueces hacen en las sentencias depende, pues, de valoraciones acerca de la manera correcta de entender el marco de la discrecionalidad metodológica o del valor institucional de las normas generales formuladas.

Con estos comentarios volvemos a la propuesta de FERRAJOLI: ¿tenemos, pues, que rechazar todo discurso “creacionista” en relación con la jurisdicción, así como él propone?

No necesariamente. Mucho depende del aparato terminológico y conceptual del cual disponemos. El aparato de la concepción pragmática, por ejemplo, proporciona a cada operador del Derecho un conjunto de términos y conceptos que permiten usar “creación judicial de derecho” y “creación judicial de normas” de una manera informada. De esta forma, además, hace posible elegir enteradamente si perseverar en el uso de tales expresiones, por razones de brevedad expresiva, o eliminarlas totalmente, por ser oscuras y metafóricas, sustituyéndolas con las expresiones más precisas que el mismo enfoque pragmático propone.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCHOURRÓN, C. E. (1961), “Los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari*”, en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, pp. 3-24.
- ALCHOURRÓN, C. E. y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- BULYGIN, E. (1966), “Sentencia judicial y creación de derecho”, en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*.
- CARRIÓ, G. R. (1961a), “Los jueces crean derecho (Examen de una polémica jurídica)”, en G. R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 1986, pp. 99-114.
- _____ (1961b), “Sentencia arbitraria”, en G. R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 1986, pp. 281-299.
- _____, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 3ª edición aumentada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.
- CHIASSONI, P., *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 1999.
- _____, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2011.
- _____, *El problema del significado jurídico*, Fontamara, México, 2019.
- _____, *Interpretation without Truth. A Realistic Enquiry*, Cham, Springer, 2019.
- FERRAJOLI, L., “Contro la giurisprudenza creativa”, en *Questione Giustizia*, 2016.

- _____, "Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale", in *Ars interpretandi*, (5) 2: 23-43, 2016.
- _____, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena, 2018, 76 pp.
- GUASTINI, R., "Produzione di norme a mezzo di norme", en L. Gianformaggio, E. Le-caldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Roma-Bari, 1984, pp. 173-201.
- _____, *Se i giudici creino diritto*, en "Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de In-vestigaciones Jurídicas de la UNAM", 2006, disponible en www.juridicas.unam.mx, pp. 169-180.
- _____, *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.
- _____, "Interpretazione giudiziale e creazione di diritto", en R. Guastini, *Filosofia del diritto positivo. Lezioni*, 2017.
- _____, *Filosofia del diritto positivo. Lezioni*, a cura di V. Velluzzi, Giappichelli, Torino, 2017.
- _____, "Creazionismo giudiziario?", en *Ragion Pratica*, No. 55, 2020.
- SACCO, R., "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Instalment II of II)", en *American Journal of Comparative Law*, (39) 2, 1991.
- WRÓBLEWSKI, J., *The Judicial Application of Law*, edited by N. MacCormick and Z. Bankowski, Springer, 1992.

Recibido: 10 de diciembre de 2020
Aprobado: 29 de enero de 2021