

# ¿Los jueces crean derecho? \*

Do judges create law?

Riccardo Guastini\*\*

Fecha de Recepción: 09 de septiembre de 2025

Fecha de Aprobación: 12 de diciembre de 2025

Fecha de Publicación: 15 de diciembre de 2025

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.63.13733>

## Resumen

En este escrito, Riccardo Guastini examina los diferentes sentidos en que se suele abordar el problema sobre si los jueces crean derecho. Desde un enfoque analítico examina las diversas tesis realistas, sus respuestas y objeciones. Aclara que la producción de derecho es un fenómeno complejo, pues se refiere de manera ambigua tanto a la producción de disposiciones (los textos jurídicos) como de sus significados (las normas propiamente dichas). Debido a que los ordenamientos jurídicos están conformados por disposiciones, normas expresas, y normas inexpresas, muestra algunos eventos en que, con base en éstas últimas, se podría hablar de creación de derecho por parte de ciertos jueces, especialmente, jueces constitucionales.

**Palabras clave:** realismo jurídico; creación de derecho; disposición; norma expresa; norma inexpressa.

## Abstract

In this paper, Riccardo Guastini examines the different ways in which the question of whether judges create law is typically approached. From an analytical perspective, he examines the various realist theses, their responses, and objections. He clarifies that the production of law is a complex phenomenon, as it ambiguously refers both to the production of provisions (legal texts) and to their meanings (the norms themselves). Because legal systems are comprised of provisions, express norms, and implicit norms, he presents some instances in which, based on the latter, one could speak of law creation by certain judges, especially constitutional judges.

**Keywords:** legal realism; law creation; provision; express norm; implicit norm.

Open Access



**Como citar:** Guastini, R. (2025). ¿Los jueces crean derecho?. Revista *Diálogos de Saberes*, 63, 50-61. <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.63.13733>

\* Artículo escrito por Riccardo Guastini y traducido por Fabián Eduardo Mendoza Pulido: abogado y filósofo; especialista en seguridad social y magister en derecho Constitucional. Estudiante de doctorado (PhD Student), Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Università Degli Studi di Genova.

\*\*Profesor del Departamento de Cultura Jurídica “Giovanni Tarello”, Facultad de Jurisprudencia, Universidad de Génova - Italia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2125-8196> Correo electrónico: guastini@unige.it

## 1. Introducción

El presente escrito aborda la pregunta sobre si los jueces crean derecho, no con el ánimo de responderla, sino de disolverla. En la primera sección, se parte de la concepción tradicional del pensamiento jurídico moderno para, posteriormente, describir las tesis realistas en sus diversas variantes, desde las más débiles hasta las fuertes. En la segunda sección se analizan dichas tesis realistas y se evidencian sus presupuestos y aspectos problemáticos.

En la tercera sección se formula una tesis alternativa, en la que se muestra la ambigüedad de la expresión “creación de derecho”. En un primer sentido, esta expresión se utiliza para hacer referencia a la producción, en sentido material, de los textos jurídicos. Sin embargo, los textos sin interpretación tienen potencialmente un carácter plural e indeterminado que da lugar, por vía de interpretación y en otro sentido, a la producción de significados (las normas propiamente dichas). Las diversas normas que se pueden identificar a partir de un texto jurídico constituyen su “marco” de significados, como diría Kelsen.

Finalmente, mediante la distinción entre disposición, norma expresa y norma inexpressa, se analizan ciertos casos en que se podría hablar de creación de derecho por parte de algunos jueces (especialmente constitucionales), en algunos ordenamientos jurídicos, como el italiano.

**Sumario:** I. “Los jueces crean derecho”: cuatro tesis. II. Crítica. III. Una tesis alternativa. IV. Conclusión. V. Referencias.

## 2. “Los jueces crean derecho”: cuatro tesis

¿Los jueces crean derecho? Todo el pensamiento jurídico moderno (esto es: el sucesivo a la Revolución francesa) está obsesionado con esta pregunta.<sup>1</sup> Bueno, quisiera contribuir no a resolver el problema, sino a disolverlo.

Por supuesto, se está hablando de la tesis teórico-general según la cual los jueces crean derecho en cada ordenamiento posible. Una tesis semejante no describe el derecho vigente en un ordenamiento determinado, sino que describe (o pretende describir) la función jurisdiccional en cuanto tal, su estructura profunda, su naturaleza íntima. Que los jueces crean derecho, además, puede ser sostenido también en sede doctrinal o dogmática, con referencia a un ordenamiento específico.

---

<sup>1</sup>Contribuciones fundamentales sobre este tema son Carrió, G.R., “*I giudici creano diritto*”, en Scarpelli, U. (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976; y Bulygin, E., *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*, en Comanducci, P. Guastini, R. (eds.), *L’analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Torino, vol. I, 1987.

- (a) En un sentido, por ejemplo, se puede decir que los jueces crean derecho —son autorizados a hacerlo— en los ordenamientos del *common law*, en virtud de la regla del precedente vinculante.
- (b) En otro sentido se puede decir que, en los sistemas de control concentrado, crean derecho los jueces constitucionales —de nuevo, siendo autorizados a hacerlo— desde el momento en que anulan normas de leyes con efectos *erga omnes*, y la anulación de una ley es un acto “sustancialmente” legislativo.
- (c) En otro sentido también se puede decir que crean derecho los jueces constitucionales —aunque no están autorizados a hacerlo— cuando pronuncian sentencias “aditivas” y “sustitutivas” (Guastini, 1998).

Ahora bien, la tesis —típicamente “realista”— según la cual, sí, los jueces crean derecho conoce al menos cuatro variantes.

- (1) Una primera variante, debilísima (y, en verdad, nada en absoluto realista), es la tesis de que los jueces crean derecho solo ocasionalmente, cuando “manipulan” los textos normativos, alejándose de su significado “natural”.<sup>2</sup>
- (2) Una segunda variante, también debilísima, es la tesis de que los jueces contribuyen a la creación de derecho solo ocasionalmente: en modo “intersticial”, como se suele decir, cuando encuentran o colman lagunas.<sup>3</sup>
- (3) Una tercera variante, débil, es la tesis de que los jueces, concretizando normas generales, crean normas individuales y, por esta vía, contribuyen siempre a la creación del derecho, entendido, precisamente, como conjunto de normas generales e individuales.<sup>4</sup>
- (4) Una cuarta variante, fuerte, es la tesis de que los jueces, decidiendo el significado de los textos normativos, crean todo el derecho, entendido, precisamente, como conjunto (no solo de textos, sino) de significados, de modo que no hay algún derecho preexistente a las decisiones jurisdiccionales: no hay, por decirlo así, otra fuente de derecho que la jurisprudencia.<sup>5</sup>
- Sin embargo, ninguna de estas cuatro tesis<sup>6</sup> es persuasiva.

<sup>2</sup> Este modo de ver es implícito en las difusas doctrinas cognitivistas de la interpretación: la doctrina, esto es, según la cual la interpretación judicial es un acto de conocimiento, no de voluntad.

<sup>3</sup> Cfr. p. ej. la *opinión disidente* del Juez Holmes en *Southern Pacific Co. v. Jensen*, U.S. Supreme Court, 1917 (244 U.S. 205), en Cohen, M. R., Cohen, F.S. (eds.), *Reading in Jurisprudence*, Boston-Toronto, 1951, p. 455: “I recognize without hesitation that judges do and must legislate, but they can do so only interstitially”. Cfr. También Cardozo, B. N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven-London, 1921 (reprinted 1991), 113: “He [the judge] legislates only between gaps. He fills the open spaces in the law”.

<sup>4</sup> Es la tesis de Kelsen: cfr. Kelsen, H., “*Sulla teoria dell’interpretazione*” (1934), en Comanducci, P., Guastini, R. (eds.), *L’analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989; id., *Introduction to the Problem of Legal Theory* (1934), trad. inglesa de Litschewski, B., and Paulson, S. L., Oxford, 1992, cap. VI; *Id.*, *Théorie pure du droit* (1960), trad. francesa de Eisenmann, Ch., Paris, 1962, título VI.

<sup>5</sup> Gray, J. C., *The Nature and Sources of the Law*, Second edition from the author’s notes, by Gray, R., Nueva York, 1948, 102, 125 y 170; Troper, M., *Pour une théorie juridique de l’État*, Paris, 1994, 332 ss.; id., “Una teoría realista dell’interpretazione”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1999; *Id.*, *La théorie du droit, le droit, l’État*, Paris, 2001, cap. V. Cfr. Guastini, R., “Michel Troper sur la fonction juridictionnelle”, in *Droits*, 37, 2003.

<sup>6</sup> Las cuatro tesis enumeradas han sido sostenidas por Alf Ross en obras diversas correspondientes a fases diversas de su pensamiento: respectivamente Ross, A., *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, 1929, rist. Aalen, 1989, y *On Law and Justice*, London, 1958. Cfr. Guastini, R., “Ross sul diritto giurisprudenziale”, en Comanducci, P., Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2004.

### 3. Crítica

(1) La primera tesis asume que los textos normativos están dotados de un significado intrínseco objetivo, y afirma que los jueces crean derecho cuando, desatendiendo tal significado, ofrecen interpretaciones “falsas”. Sorprendente ingenuidad. Desgraciadamente no existe tal cosa como el significado objetivo de los textos normativos. Cada texto normativo es al menos potencialmente y al menos diacrónicamente equivoco<sup>7</sup>: entonces resulta simplemente imposible distinguir entre interpretaciones “verdaderas” e interpretaciones “falsas”. ¿Cuál debería ser el criterio de verdad de las tesis interpretativas?

Privada de su presupuesto, la tesis en examen resulta del todo inconsistente.

(2) La segunda tesis — los jueces crean derecho cuando colman lagunas — es, bien visto, una obviedad. Es obvio, de hecho, que para resolver una laguna es necesario crear derecho: colmar una laguna sólo puede consistir en crear una norma hasta aquel momento “faltante”, y por tanto una norma “nueva”. Sin embargo, la tesis en examen omite precisar que las lagunas no preceden la interpretación, sino que al contrario dependen de ella.<sup>8</sup>

(i) En primer lugar, la interpretación puede *prevenir* una laguna, evitarla: en el sentido que los textos normativos a disposición pueden ser interpretados en modo tal que la laguna ni siquiera se presente.<sup>9</sup>

(ii) En segundo lugar, las interpretaciones, como pueden evitar las lagunas, así también pueden *producirlas*<sup>10</sup>: en el sentido que los textos normativos a disposición pueden ser interpretados en modo tal que una laguna se presente.

Ejemplo paradigmático: si se consideran las posibles interpretaciones del artículo 89, párrafo 1, de la constitución, el cual exige que los actos del Jefe del Estado sean refrendados por los “ministros proponentes”. Si se entiende esta disposición en el sentido que se refiere sólo a aquellos actos que el Jefe del Estado adopta, precisamente, luego de propuesta ministerial, aquí se presenta una laguna: la Constitución no regula en ningún modo los actos que el presidente adopta de su propia iniciativa (en ausencia de propuesta ministerial). Pero, si por el contrario se la interpreta (literalmente) en el sentido que se refiere a todos los

<sup>7</sup> Cfr. Guastini, R., *Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione*, en *Diritto privato*, VII-VIII, 2001-2002.

<sup>8</sup> Cfr. Guastini, R., *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino, 2001, 163 y ss.

<sup>9</sup> Cuando en una *primera interpretación* (o interpretación *prima facie*) ninguna disposición expresa una norma idónea a regular el caso concreto en examen, a menudo la interpretación procede a una *segunda interpretación* (o *re-interpretación*) atribuyendo a una u otra disposición un significado diferente en modo tal que ninguna laguna se presenta. Cfr. Chiassoni, P., “*L'interpretazione delle legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi*”, en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II. *Saggi teorico-giuridico*, Milano, 1990.

<sup>10</sup> Nótese que la creación interpretativa de una laguna, por parte de un juez, no precede a una sentencia de *non liquet*, sino que está pre-ordenada a la construcción de una norma inexpressa idónea a dar solución al caso (en este sentido todas las lagunas son, como dice Diciotti, E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, p. 454, “efímeras”: son creadas solo para ser inmediatamente colmadas). De otra parte, la creación interpretativa de una laguna por parte de un jurista precede a una operación de política del derecho: según los casos, una recomendación *de lege ferenda* o *de sententia ferenda*.

actos presidenciales sin excepciones, la laguna mágicamente se diluye: ya que, desde este punto de vista, simplemente no se dan actos presidenciales que no son producto de propuestas ministeriales.<sup>11</sup>

Estas consideraciones desaconsejan excluir, muy apresuradamente, que los jueces crean derecho en ausencia de lagunas: como si, en ausencia de lagunas, las normas jurídicas fueran integralmente ya dadas al juez antes de cada interpretación.

(3) La tercera tesis —los jueces, concretizando normas generales, crean normas individuales— a pesar de su aparente razonabilidad es, bien vista, falaz (Bulygin, 1995).

La “concretización” de una norma general, es decir la aplicación de una norma general a un caso concreto, consiste banalmente en un razonamiento deductivo del siguiente tipo:

- (i) Los contratos deben ser cumplidos;
  - (ii) x es un contrato;
- por tanto
- (iii) x debe ser cumplido.

El enunciado (i) constituye la norma general aplicada. El enunciado (ii) subsume el caso concreto bajo la norma general. El enunciado (iii) finalmente constituye la norma individual que, precisamente, concretiza la norma general en relación al caso específico.

Evidentemente, la norma individual (iii) es deducida de la norma general (i) en conjunción con el enunciado subsuntivo (ii). Ahora, francamente no parece apropiado llamar “creación” a una simple deducción.<sup>12</sup> No diríamos que constituye un genuino “descubrimiento científico” la inferencia “Sócrates es mortal”, a partir del enunciado “Los hombres son mortales” en conjunción con el enunciado “Sócrates es un hombre”.

En suma, si es que el juez crea algo, esto no será nunca la norma individual (contenida en la parte dispositiva de la sentencia), sino será más bien la norma general (contenida en la motivación) que da fundamento a la decisión. Si la norma individual no fuese deducida de una norma general (en conjunción con un enunciado subsuntivo), la decisión sería arbitraria. En este caso, y solo en este caso (sentencia arbitraria), se podría sensatamente decir que el juez ha “creado” la norma individual contenida en la parte dispositiva.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Cfr. Sorrentino, F., *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, en *Diritto e società*, 1987.

<sup>12</sup> En tal sentido, del resto, se expresa también Kelsen, H., *Théorie pure du droit*, 338. Cfr. Troper, M., *Pour une théorie juridique de l'État*, 77.

<sup>13</sup> Cfr. Bulygin, E., *Norma, validità, sistemi normativi*, 7 ss.

(4) La cuarta tesis se sostiene sobre una asunción indiscutible y sobre una asunción evidentemente falsa.

Es indiscutible que los textos normativos son equívocos, esto es que expresan una pluralidad de significados alternativos, y que por tanto el significado de los textos normativos no preexiste a la interpretación, sino que es —en un sentido— su resultado<sup>14</sup>. Por otra parte, si se conviene que las normas no son los enunciados, sino los significados, entonces deberá también convenirse que las normas son el producto no de la legislación (en sentido “material”), sino de la interpretación.

Pero es falsa la asunción que todos los textos normativos son sujetos de interpretación judicial y que, por tanto, todo el derecho es el producto de la interpretación judicial.

Es ciertamente sostenible que las normas de derecho civil y penal están dirigidas, en última instancia, a los jueces, a pesar de que esto no resulta siempre evidente de sus formulaciones (Ross, 1958). Pero es insostenible que están dirigidas a los jueces, por ejemplo, todas las normas constitucionales, *incluidas aquellas que intituyen los jueces mismos*.<sup>15</sup> Además, no todos los textos normativos están sujetos a aplicación jurisdiccional: en particular, por regla general no son sujetos a aplicación jurisdiccional los textos constitucionales o muchas partes de ellos. A lo sumo se debería decir que no todo el derecho es creado por (solo por) los jueces, sino que todo el derecho es creado por los órganos de aplicación (jurisdiccionales, administrativos, políticos). Pero también esto sería inexacto, porque tendría el grave equivoco de descuidar la contribución a la creación del derecho que está dada por los juristas: no tanto a través de directivas de *sententia ferenda*, sino sobretudo a través de la construcción de conceptos y doctrinas que condicionan el modo de pensar —la forma *mentis* misma— de los jueces y de los operadores jurídicos en general.

Además, la tesis en examen está destinada a perderse en un (bien conocido) círculo vicioso (Ross, 1946). Si todo el derecho es creado por los jueces, el conocimiento del derecho supone la previa identificación de los jueces en cuanto jueces. Pero “juez” es en sí mismo un concepto jurídico. Entonces la identificación de los jueces supone, a su vez, el conocimiento previo del derecho vigente, o al menos de una de sus partes (Twining, 1973). No se ve cómo se puede escapar de este círculo vicioso.

<sup>14</sup>Estas tesis son recurrentes en los trabajos de Tarello, G., (*Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974; *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980).

<sup>15</sup>Y es igualmente insostenible que tales normas, no siendo dirigidas a los jueces sean meras declaraciones morales privadas de cualquier relevancia jurídica (así piensa Ross, A., *On Law and Justice*, 33).

#### 4. Una tesis alternativa

El derecho, se suele decir, es un conjunto de normas. Pero el vocablo “norma”, en el lenguaje de los juristas así como en el lenguaje de las mismas fuentes, está notablemente sujeto a un uso ambiguo (Guastini, 1989). Es usado: o bien, para denotar enunciados del discurso de las fuentes (formales); o bien, para denotar sus significados (y a menudo para denotar indistintamente la una y la otra cosa juntas). Por tanto el vocablo “derecho” puede, a su vez, denotar: o bien, un conjunto de enunciados; o bien, un conjunto de significados (Guastini, 1989).

En consecuencia, la expresión “creación de derecho” también puede ser usada para referirse: o bien, a la producción de enunciados, típica de la legislación (en sentido “material”); o bien, a la producción de significados, que es propia de la interpretación. En otras palabras: en ningún caso se puede decir que los jueces crean derecho *en el mismo sentido* en que decimos que crea derecho la legislación. La expresión ‘creación de derecho’ adquiere dos significados distintos en los dos contextos, ya que producir un texto y atribuirle significado son actividades evidentemente diferentes.

Si se concibe el derecho (no como un conjunto de texto<sup>16</sup>, sino) como un conjunto de significados, bien se puede decir (más bien se debe decir) que el derecho es una variable dependiente de la interpretación. Pero no se puede decir —entendiéndolo literalmente— que el derecho es creado por los interpretes, y *por ellos solos*. Porque no hay interpretación sin un texto por interpretar. Entonces el derecho nace de la combinación de legislación (en sentido “material”) e interpretación.

Bien vista la producción de derecho es un fenómeno un poco complejo. Para describirlo, aunque sea brevemente, es necesario introducir antes que nada tres definiciones preliminares.<sup>17</sup>

- (a) Disposición: un enunciado de las fuentes “formales” del derecho.
- (b) Norma expresa: un enunciado que constituye el significado (o para decirlo mejor: uno de los significados) de una disposición (o de una combinación de disposiciones o de fragmentos de disposición).
- (c) Norma inexpressa: un enunciado normativo, construido por los interpretes, que no constituye el significado de ninguna disposición.<sup>18</sup>

<sup>16</sup>Así lo concibe, p. ej., Hernández Marín, R., *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona, 1989; *Id.*, *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Madrid-Barcelona, 1999.

<sup>17</sup>Nociones más articuladas pueden verse en Chiassoni, P., *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, 261 y ss.

<sup>18</sup>La terminología aquí empleada (“disposición”, “norma”) es de Crisafulli, V., (*Disposizione (e norma)*), en *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964), pero el modo en el cual los conceptos son modelados re-envía más bien a la teoría de la interpretación de Tarello, G., (cfr. En particular *Diritto, enunciati, usi*, parte II).

Ahora bien:

(1) Los legisladores (en sentido “material”) producen disposiciones. La legislación constituye, evidentemente, actividad creativa, pero creativa precisamente de disposiciones, no de normas.

Así dicho, no se quiere decir que las disposiciones producidas por el legislador no expresan alguna norma, están desprovistas de cualquier significado (no comparto esta forma de realismo extremo). Se quiere decir que cada disposición tiene significado equívoco e indeterminado. Por tanto, admite una pluralidad de interpretaciones, es decir expresa potencialmente no ya una sola norma con confines determinados, sino —según la feliz expresión de Kelsen<sup>19</sup>— un “marco” de significados, una multiplicidad de normas alternativas, cada una de contenido indeterminado.

(2) La interpretación cognitiva (o “científica” en el sentido de Kelsen) consiste en determinar —aplicando las diversas técnicas interpretativas en uso— todas las normas expresas, es decir el “marco” de significados potencialmente expresos, de una disposición.

No sería apropiado decir que la interpretación cognitiva constituya “creación” de significados, ni siquiera en un sentido debilísimo de la palabra.

(3) La interpretación decisoria —cuando es realizada por un órgano de aplicación (y es por tanto “auténtica” en el sentido de Kelsen)— consiste en la elección de un significado, y por tanto de una norma expresa, a preferencia de las otras que son potencialmente expresadas por la disposición, de forma tal que se puede utilizar como justificación (eventualmente también tácita) de una decisión.

De esta actividad se puede decir, si se quiere, que constituye “creación” de un significado, pero evidentemente estamos tratando con un sentido algo débil de la palabra.

(4) A veces, los órganos de aplicación atribuyen a una disposición un significado que no cae en el “marco” de los significados posibles, usando luego este significado —esta norma inexpressa— para justificar una decisión.

Tal operación no puede decirse “interpretación” si no en un sentido muy lato de esta palabra. Constituye más bien “creación” —en un sentido fuerte, esta vez— de una norma inexpressa: es una operación, por lo tanto, en todo analoga a la legislación (en sentido “material”), aunque no asuma tal forma, es decir, que no consiste en la formulación “oficial” de una disposición.

<sup>19</sup>Y, antes también, de Verdross, A., “Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung”, en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1914, Cfr. también Merkl, A. J., *Sul problema dell'interpretazione*, (1916), en Merkl, A. J., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, 1987.

(5) A veces, los órganos de aplicación “encuentran” —en realidad construyen ellos mismos (mediante oportunas técnicas argumentativas)— una laguna en el ordenamiento, y se encargan de colmarla elaborando una norma inexpressa que, a diferencia de lo que sucede en el caso del precedente, no intentan siquiera presentar como significado de una disposición.

Una operación así no puede, en algún sentido razonable de la palabra, ser llamada “interpretación”: constituye también “creación” —en un sentido fuerte— de una norma inexpressa.

(6) A veces, finalmente, los órganos de aplicación aplican disposiciones que expresan, como se suele decir, no “reglas”, sino “principios”. La aplicación de un principio normalmente exige dos cosas: (a) la concretización del principio mismo; (b) su ponderación con otros principios conflictivos.

Ahora bien, la concretización de un principio consiste en extraer de él —con una variedad de instrumentos argumentativos no deductivos— normas nuevas (“reglas”), que se pretenden implícitas.

La ponderación de principios, a su vez, consiste en instituir una relación de jerarquía axiológica entre los principios en conflicto.

Ambas operaciones —“interpretativas” sólo en un sentido muy amplio— son altamente creativas: creativas, respectivamente, de normas inexpressas y de relaciones jerárquicas (Guastini, 2006).

Hasta aquí no he definido expresamente la noción de ‘producir derecho’, y he asumido tácitamente que —el derecho siendo un conjunto de disposiciones y/o normas (expresas e inexpressas)— producir derecho consiste en introducir nuevas disposiciones y/o normas al conjunto preexistente. Pero naturalmente esta noción de ‘producción de derecho’ es muy restringida.

Se debe considerar genuina producción de derecho no sólo la adición (la introducción) de nuevas disposiciones y/o de normas al conjunto, sino también la sustracción (la eliminación) de disposiciones y/o normas preexistentes<sup>20</sup>. Adición y sustracción, de hecho, presentan una obvia característica en común: la una y la otra modifican el conjunto —es decir el derecho— existente.

Por otro lado, en muchos ordenamientos, la eliminación de disposiciones y/o normas preexistentes puede ocurrir en al menos dos modos distintos: derogación expresa y anulación (dejo de lado la derogación por incompatibilidad para no sobrecargar aún más el análisis). La derogación expresa es un acto del legislador (todavía en sentido “material”). La anulación es un acto jurisdiccional, que en muchos ordenamientos compete a los jueces constitucionales (y en algunos ordenamientos también al juez administrativo).

---

<sup>20</sup>En cuanto a la sustitución de disposiciones y/o normas preexistentes, esta consiste evidentemente en una combinación de adición y sustracción.

## 5. Conclusión

Por tanto al análisis que precede se debe añadir al menos esto:

(7) Los legisladores crean derecho —a nivel de disposiciones— no solo produciendo (introduciendo) disposiciones nuevas, sino también eliminando disposiciones preexistentes mediante derogación expresa.

(8) Algunos jueces, especialmente los jueces constitucionales (cuando juzgan a posteriori), a veces crean derecho —a nivel de disposiciones— eliminando disposiciones preexistentes, y precisamente decidiendo su invalidez o ilegitimidad, mediante sentencias del tipo de aquellas que en Italia llamamos “de acogimiento” (sin ulterior especificación).

(9) Los mismos jueces constitucionales a veces crean derecho —a nivel de normas— dejando intactas las disposiciones existentes, pero eliminando normas (expresas o inexpresas) preexistentes, de las cuales pronuncian la invalidez o ilegitimidad, mediante sentencias del tipo que en Italia llamamos “interpretativas de acogimiento”.

(10) Y también: en determinados ordenamientos, los jueces constitucionales a veces crean derecho —a nivel de normas— añadiendo al ordenamiento normas inexpresas, es decir sustituyendo normas expresas con normas inexpresas, mediante sentencias del tipo de aquellas que en Italia llamamos, respectivamente, “aditivas” o “sustitutivas”.

## Referencias Bibliográficas

Bulygin, E. (1987). *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*. En P. Comanducci & R. Guastini (Eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti* (Vol. I). Torino.

Bulygin, E. (1995). *Norme, validità, sistemi normativi*. Torino.

Cardozo, B. N. (1991). *The nature of the judicial process*. Yale University Press. (Trabajo original publicado en 1921).

Carrió, G. R. (1976). *I giudici creano diritto*. En U. Scarpelli (Ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*. Milano.

Chiassoni, P. (1990). *L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi*. En *Studi in memoria di Giovanni Tarello* (Vol. II, *Saggi teorico-giuridici*). Milano.

Cohen, M. R., & Cohen, F. S. (Eds.). (1951). *Readings in jurisprudence*. Boston, MA–Toronto.

- Crisafulli, V. (1964). Disposizione (e norma). En *Enciclopedia del diritto* (Vol. XIII). Milano.
- Diciotti, E. (1999). *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Torino.
- Gray, J. C. (1948). *The nature and sources of the law* (2.<sup>a</sup> ed.). New York.
- Guastini, R. (1989). Disposizione vs. norma. *Giurisprudenza costituzionale*.
- Guastini, R. (1998). *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano.
- Guastini, R. (2001a). *Il diritto come linguaggio. Lezioni*. Torino.
- Guastini, R. (2001b). L'ordre juridique. Une critique de quelques idées reçues. En P. Comanducci & R. Guastini (Eds.), *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino.
- Guastini, R. (2003). Michel Troper sur la fonction juridictionnelle. *Droits*, 37.
- Guastini, R. (2004). Ross sul diritto giurisprudenziale. En P. Comanducci & R. Guastini (Eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino.
- Guastini, R. (2006a). Lo scetticismo interpretativo rivisitato. *Materiali per una storia della cultura giuridica*.
- Guastini, R. (2006b). *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*. Torino.
- Hernández Marín, R. (1989). *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*. Barcelona.
- Hernández Marín, R. (1999). *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*. Madrid-Barcelona.
- Kelsen, H. (1962). *Théorie pure du droit* (Ch. Eisenmann, Trad.). Paris. (Trabajo original publicado en 1960).
- Kelsen, H. (1989). Sulla teoria dell'interpretazione. En P. Comanducci & R. Guastini (Eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico* (Vol. II). Torino. (Trabajo original publicado en 1934).

- Kelsen, H. (1992). *Introduction to the problems of legal theory* (B. Litschewski & S. L. Paulson, Trans.). Oxford University Press. (Trabajo original publicado en 1934).
- Merkel, A. J. (1987). Sul problema dell'interpretazione. En A. J. Merkel, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*. Milano. (Trabajo original publicado en 1916).
- Ross, A. (1989). *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*. Aalen. (Trabajo original publicado en 1929).
- Ross, A. (1946). *Towards a realistic jurisprudence: A criticism of the dualism in law*. Copenhagen.
- Ross, A. (1958). *On law and justice*. London.
- Sorrentino, F. (1987). I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto. *Diritto e società*.
- Tarello, G. (1974). *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna.
- Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*. Milano.
- Troper, M. (1994). *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris.
- Troper, M. (1999). Una teoria realista dell'interpretazione. *Materiali per una storia della cultura giuridica*
- Troper, M. (2001). *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris.
- Twining, W. (1973). The bad man revised. *Cornell Law Review*.
- Verdross, A. (1914). Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*.