

Riccardo Guastini*

Realistični pogled na pravo in na (s)poznavanje prava

Avtor oriše eno od oblik analitičnega pravnega realizma kot stičišče treh osnovnih tez. Po prvi tezi so razlagalne izjave v pravnem govoru pripisovalne izjave brez spoznavne vloge. Po drugi tezi je pravo skupek vplivnih norm, tj. tistih norm, ki so bile dejansko uporabljene (pri razreševanju zadev) v preteklosti in jih bodo v prihodnosti verjetno uporabila pristojna telesa. Po tretji tezi se pravne znanosti kot spoznavne dejavnosti ne sme zamenjevati s pravno stroko. Čeprav se pravna stroka udeleži tudi v spoznavnih dejavnostih, njeno delo sestavljajo predvsem nespoznave dejavnosti, kakršni sta pravno razlaganje in pravotvorje. | Starejša različica tega članka je bila objavljena v *Revus* (2013) 19 v italijanščini, francoščini in hrvaščini.

Ključne besede: pravni realizem, razlagalni skepticizem, pravna ontologija, pravna stroka, pravna znanost

Pravni realizem – ali, pravilneje, eno od oblik analitičnega pravnega realizma¹ – lahko opredelimo s priredjem treh tesno povezanih tez: ontološko tezo, razlagalno tezo in spoznavoslovno tezo.

Ontološka teza opredeljuje samo pravo; odgovarja na vprašanje, kakšna vrsta (ali skupek) danosti je pravo.

Razlagalna teza se nanaša, kot pove že ime samo, na pravno razlaganje; odgovarja na vprašanje, kakšna dejavnost je razlaganje pravnih besedil.

Spoznavoslovna teza se nanaša na pravno znanje (ali »pravno znanost«, kot se temu reče v pravoslovnem izročilu celinske Evrope); odgovarja na vprašanje, kaj tvori znanstveno vedenje o pravu.

Začel bom z obravnavo razlagalne teze, saj ima ta po logiki stvari prednost pred preostalima.

* guastini@unige.it | Tarellov inštitut za filozofijo prava, Univerza v Genovi.

1 Tu orisana oblika pravnega realizma ima nekaj skupnih značilnosti z drugimi oblikami realizma (posebej z ameriškim in skandinavskim), a nobeni od njih ni enaka.

1 RAZLAGALNI REALIZEM

V izhodišču je treba vzpostaviti naslednje razlikovanje.² V pravnih okvirih imenujemo z razlaganjem (vsaj) dve različni dejavnosti, in sicer:

- a) *spoznavno* razlaganje, ki z obravnavo besedila razkriva njegove mogoče (smiselne) pomene,³ in
- b) *razsodbeno* razlaganje, s katerim pravnim besedilom pripišemo določene pomene (izključujoč preostale).

Razlagalni realizem je skeptični, tj. dvomeči nauk o razsodbenem razlaganju. Po tem nauku je dejavnost pripisovanja pomena normativnim besedilom nespoznavna dejavnost – saj z razsodbenim razlaganjem ne tvorimo spoznanja, ampak tvorimo odločitve.⁴

Povedano velja tako za sodno razlaganje (to je običajna, ožja tema obstoječih nauk o razlaganju)⁵ kot za dogmatično razlaganje, ki ga izvaja pravna stroka.

Ob tem je treba razločiti še razlaganje v pravem pomenu besede in pravo-tvorje.

1.1 Razlaganje v pravem pomenu besede

Na razlaganje pravnih besedil vplivata dve obliki nedoločnosti.

Po eni strani so normativne ubeseditve pogosto večpomenske. Z razlaganjem *in abstracto* – tj. z razlaganjem, osredinjenim na besedila – je tem mogoče pripisati več izključujočih se pomenov: normativni stavek S je mogoče razlagati tako, da izraža normo N1 ali pa normo N2.

Po drugi strani je vsaka norma ohlapna in dopušča različno razlaganje *in concreto* – tj. na dejstva osredinjeno razlaganje: glede na vsako normo se je mogoče vprašati, ali je posamični primer P znotraj ali zunaj njenega polja uporabe.⁶

Zato so razlagalne izjave – tako tiste *in abstracto* (»Normativni stavek S izraža normo N1«) kot takšne *in concreto* (»Primer P spada v polje uporabe norme

2 To je podobno Kelsnovemu razlikovanju med razlago kot a) spoznavnim dejanjem na eni strani in b) voljnim dejanjem na drugi. Glej Kelsen 1992: 82 in nasl. Ter Kelsen 1950 : Uvod.

3 »Smiselni« so tisti pomeni, ki jih je mogoče pripisati s prepričljivimi argumenti in ki jih je v dani pravni kulturi in v okvirih družbene dejanskosti mogoče sprejeti.

4 Guastini 2011b. Ta pogled dolgujem Tarellovemu nauku o razlaganju. Glej Tarello 1974 in 1980.

5 Pomembni izjemi sta Kelsnov in Tarellov nauk.

6 Moralo bi biti jasno, da so druge (in morda celo pomembnejše) oblike nedoločnosti povezane s pravnimi prazninami in z normativnimi nasprotji. Vendar se praznine in nasprotja ne porajajo pred razlaganjem, ampak iz njega šele izhajajo. V večini primerov se praznine in/ali nasprotja pokažejo z določeno razlago pravnih besedil, pri čemer lahko ob drugačni razlagi taisti praznine in/ali nasprotja izginejo.

N1«) – *pripisovalne* izjave, in ne spoznavne ali opisne izjave.⁷ Tako kot stipulativna opredelitev tudi razlagalna izjava ni opis enega in edinega že obstoječega pomena. Nasprotno, razlagalna izjava tvori odločitev o izbiri enega izmed izključujočih se pomenov,⁸ zato pa tudi ni resničnostno zaznamovana.

Naj mimogrede dodam, da so razlagalne odločitve pravnikov, med njimi pa odvetnikov in sodnikov, seveda odvisne od njihovih praktičnih (tj. političnih, ekonomskih, poklicnih itd.) zanimanj, predstav o pravičnem in, ne nazadnje, pojmovnih pravnodogmatičnih tvorb.

Poleg tega so pravniki, med njimi pa seveda odvetniki in sodniki, pogosto sami vir nedoločnosti pravnih besedil – kadar nedoločnost »porodijo« v besedilih, ki v običajnem sporočanju ne bi povzročala nobenih razlagalnih težav.

1.2 Pravotvorje

V splošnem pravnem jeziku navadno uporabljano izraz »razlaga« za vsa miselna opravila razlagalcev (sodnikov, odvetnikov, pravnikov na splošno itd.).

Kljub temu je mogoče hitro ugotoviti, da se pravni razlagalci – med njimi pa še posebej pravna stroka – ne ustavijo pri odločitvah o izbiri enega od izključujočih se pomenov normativnih besedil. Pomembnejše je njihovo udejstvovanje v tem, kar predlagam, da z izrazom, izposojenim pri Rudolfu von Jheringu, poimenujemo pravotvorje. S tem se nanašam na množico miselnih opravil, ki med drugimi vključuje naslednja opravila:

- a) ustvarjanje normativnih in vrednostnih praznin,⁹
- b) ustvarjanje vrednostnih hierarhij med normami,
- c) specificiranje načel,
- č) vzpostavljanje ravnesja med nasprotnimi načeli, predvsem pa
- d) tvorjenje neizraženih (tako imenovanih implicitnih) norm.¹⁰

7 Tu ne govorim o razlagalnih izjavah, s katerimi se zgolj poroča ali obvešča o nedoločnosti dakega pravnega besedila (»Pravno besedilo B je mogoče razumeti v smislih S1 ali S2«), ampak o takšnih razlagalnih izjavah, ki problem nedoločnosti razrešijo (»Pravno besedilo B vsekakor pomeni S1«). Takšne izjave so podobni Austinovim performativom, ki ničesar ne »opisujejo«, o ničemer ne »poročajo« in niso »resnične ali neresnične« (J. L. Austin 1962: 5); te izjave opravljajo razlago kot govorno dejanje pripisovanja pomena.

8 Guastini 1997.

9 Na neki način vse praznine ustvarijo razlagalci, saj prepozna praznine predpostavlja razlaganje: npr. po razlagi A neka pravna določila *urejajo* predmetni primer, medtem ko ga po razlagi B *ne urejajo*. Razlaga B torej ustvarja praznino, medtem ko jo razlaga A preprečuje. Ob tem je treba dodati, da so vrednostne praznine še posebej odvisne od razlagalčevih vrednostnih sodb.

10 Vsi takšni pojmi so celovito obravnavani v Guastini 2011a. Njihove značilnosti pa so, na kratko, te: a) normativna praznina pomeni odsotnost pravne ureditve nekega primera; b) vrednostna praznina pomeni odsotnost zadovoljive (in obstoj nezadovoljive) ureditve; c) vrednostna hierarhija med dvema normama je vrednostno razmerje, ki ga razlagalec ustvari s primerjalno

Ta opravila so na več načinov povezana med seboj. Tvorjenje neizraženih norm je na primer namenjeno zapolnitvi praznin in specificiranju načel. Vrednostne hierarhije so namenjene vzpostavljanju ravnovesja med nasprotnimi načeli. In tako dalje.

Če torej že razlaganje v pravem pomenu besede samo ni spoznavna dejavnost, potem še toliko bolj velja za pravotvorje, da to ni stvar spoznanja, ampak je stvar odločitve. Pravzaprav je pravotvorje pristno pravniško in/ali sodno ustvarjanje prava.¹¹

2 ONTOLOŠKI REALIZEM

Pravni realizem privzema empiristično ontologijo prava. Pravo po njej ni skupek abstraktnih danosti (kakršne so norme, vrednote, pravice ali obveznosti ipd.).¹² Pravo je, nasprotno, le skupek dejstev. A kakšnih dejstev? To vprašanje zahteva razčlenjen odgovor.

2.1 Pravo kot skupek normativnih besedil

Na prvi pogled (ob površni obravnavi) se beseda pravo preprosto nanaša na normativna besedila (zakone, zakonike, ustave, podzakonske predpise), ki jih sprejmejo pravodajna telesa: tj. normativne oblasti v obliki zakonodajnih teles, ustavodajnih skupščin itd. Z drugimi besedami, pravo je skupek normativnih (predpisovalnih, usmerjevalnih) ubeseditvev ali stavkov in torej neka vrsta dejstev ali, natančneje, jezikovnih danosti.

Tak pojem prava – jasno je prisoten v številnih sodobnih izrazih, npr. v izrazu razlaganje prava – je lahko, četudi se zdi nekoliko neizpopolnjen, koristen pri razjasnitvi osnovne pravne ontologije in same tvorbe pravnih norm, in sicer iz dveh razlogov:

- a) prvič, ker so norme jezikovne tvorbe, in
- b) drugič, ker se norme lahko porodijo le z »zakonodajnim« dejanjem (razumljenim v splošnem, vsebinskem smislu »zakona«); »Ni velelnika brez poveljevalca, ni ukaza brez ukazovalca«.¹³

vrednostno sodbo; č) specificiranje načela pomeni, da se iz njega izvede neizraženo pravilo; d) vzpostavljanje ravnovesja med nasprotnimi načeli pomeni vzpostavitev vrednostne hierarhije med njimi; e) neizražena norma je norma, ki nima nobene uradne ubeseditve v pravnih virih, tj. norma, ki ni smiselni pomen nobenega posamičnega normativnega določila.

11 Glej Guastini 2013.

12 Mimogrede je treba dodati, da so po značilno realistični tezi deontični pojmi (kot sta obveznost, prepoved itd.) in tudi tako imenovani temeljni pravni pojmi (kot sta pravica, oblast itd.) brez vsakršnega pomenskega ozira. Glej npr. Ross (2008 in 1958a) in Olivecrona (1971).

13 Glej Kelsen 1973: 237 in 1991: 3 (kjer odzvanjajo stališča Walterja Dubislava).

Kljub temu pa normativna besedila potrebujejo razlaganje. Normativnih ubeseditvev ne smemo zamenjevati z normami v pravem pomenu besede, tj. ne smemo jih zamenjevati z njihovo pomensko vsebino.¹⁴ A kako odgovoriti na vprašanje, kaj je pravo, kadar se normativni stavek S lahko razlaga tako, da izraža bodisi normo N1 ali pa normo N2? Je pravo N1 ali N2?

Ob povedanem moramo zaključiti, da pravo niso pravna besedila; ta so, ne nazadnje, samo pravni vir.¹⁵ Pravo ni skupek normativnih stavkov, ampak je skupek normativnih pomenov (tj. norm v ožjem pomenu besede), ki jih razlagalci dejansko pripišejo pravnim besedilom, bodisi z razlaganjem v pravem pomenu besede ali pa pri pravotvorju.¹⁶

2.2 Pravo kot skupek norm

Besede pravo ob globlji obravnavi ne smemo uporabljati za normativna besedila, ampak za normativne pomene: tj. skupek norm, ki jih razlagalci dejansko »izpeljejo« ali »ustvarijo« iz normativnih ubeseditvev.

Tak skupek vključuje izražene norme (tj. pomene, ki jih lahko smiselno pripišemo obstoječim normativnim ubeseditvam) in neizražene norme (tj. tiste, ki jih ustvarijo razlagalci).

V tem je pravo odvisno od prepleta dveh različnih dejavnosti: a) oblikovanja normativnih besedil in b) pravnega razlaganja in pravotvorja. Pravo ne obstaja brez besedil, ki potrebujejo razlago (prva ontološka teza), poleg tega pa pravo ne obstaja niti brez razlaganja (druga ontološka teza). V nekem smislu je torej pravo skupek razlagalnih praks.

Ob tem izražajo pravna stroka in sodniki vsaj skozi čas nasprotna stališča: številne normativne ubeseditve so predmet izključujočih se razlag; že sam po sebi je sporen obstoj vsake neizražene norme (v danem pravnem sistemu), saj takšne norme nimajo nobene uradne ubeseditve. Različne razlage in tvorbe

14 Prav zaradi tega smo rekli, da ima po logiki stvari razlagalni realizem prednost pred ontološkim realizmom.

15 Glej Gray (1948: 124 in nasl. in 170): »Konec koncev zakonodajalec izgovarja le besede; sodiščem pa pritiče, da povejo, kaj te besede pomenijo; tj. ona morajo razlagati zakonske akte. [...] In to je razlog, da zakonske akte, zakone, obravnavamo kot vir Prava, ne pa kot del Prava samega. [...] Sodišča mrtvim besedam zakona dajejo življenje.«; »Lahko bi pozivali, da če je Pravo neke družbe skupek zakonov, ki jih sodišča uporabljajo, potem bi zakone morali razumeti kot del prava samega in ne zgolj kot Pravni vir; da jih morajo sodišča uporabljati neposredno, ne pa da jih obravnavajo kot vodnjak, iz katerega sodišča sama pridobivajo svoja pravila. [...] In če bi se zakoni razlagali sami, bi to držalo; vendar se zakoni ne razlagajo sami; njihov pomen razglašajo sodišča in *ravno s tistim pomenom, ki ga razglasijo sodišča, ne pa s katerim drugim pomenom, se jih družbi naloži kot Pravo.*«

16 Glede ontologije pomenov bom rekel le, da je pomen nekega stavka drugi, domnevno sopomenski stavek. V tem pogledu so tudi pomeni jezikovne danosti.

privedejo do različnih skupkov norm, s tem pa do (deloma) različnih pravnih sistemov.

Ena od usmeritev v sodni praksi na primer kaže, da pravni sistem vključuje izražene norme N1, N2, N3 in neizražene norme N4 in N5. Druga usmeritev v sodni praksi medtem kaže, da pravni sistem vključuje izražene norme N1 in N2 (ne pa N3), neizražene norme N4 in N5, dodatno pa še neizraženo normo N6. V takem primeru imamo pred sabo dva različna pravna sistema: {N1, N2, N3, N4, N5} in {N1, N2, N4, N5, N6}.

Na mestu sta torej naslednji vprašanji: Kaj je v teh okoliščinah pravo? Kateri od teh dveh sistemov je pravo? Da bi dobili odgovor, se moramo spustiti na naj-globljo raven obravnave, ki sovпада s tretjim pojmom prava.

Preden se mu posvetimo, naj poudarim, da je drugi pojem prava – čeprav nas ne zadovoljuje – zaslužen za prikaz, da prava ne ustvarja le zakonodajalec. V pravni praksi najdemo ob pravodajnih oblasteh tudi razlagalce, pravo pa se v nekem smislu torej porodi kot plod zakonodaje in razlaganja. Prava si ni mogoče predstavljati brez razlagalcev (tj. pravnikov), tako kot si religije ni mogoče predstavljati brez duhovnikov ali teologov.

2.3 Pravo kot skupek vplivnih norm

Na tretji, najgloblji ravni obravnave se beseda pravo nanaša na skupek vplivnih norm, tj. norm, ki so bile dejansko uporabljene (pri razreševanju zadev) v preteklosti in jih bodo v prihodnosti verjetno uporabila pristojna telesa – sodniki, upravni uradi, pa tudi najvišji ustavni organi (vsaj kar zadeva ustavne norme).¹⁷

Z drugimi besedami: kljub temu, da obstajajo različne pravne razlage in tvorbe, je mogoče (skoraj) vedno najti nekaj sočasnih vodilnih razlag oz. tvorb, ki so kot splošno sprejete udejanjano pravo (angl. *law in action*).

Tu se lahko vrnemo k prejšnjemu (abstraktnemu) primeru. Po prvi usmeritvi v sodni praksi je pravni sistem sestavljen takole: {N1, N2, N3, N4, N5}; po drugi usmeritvi v sodni praksi pa je tak: {N1, N2, N4, N5, N6}. Da bi ugotovili, katere norme so dejansko pravo, moramo preveriti, katere od teh norm imajo resnično vpliv. Precej mogoče je, da se ob empirični obravnavi vodilnih usmeritev v sodni praksi izkaže, da imajo vpliv npr. norme N1, N2, N4, N5 in N7, normi N3 in N6 pa ne.

Skratka, besedo pravo je mogoče razumeti na tri različne načine:

- (i) kot skupek normativnih *besedil*, ki so jih sprejele pravodajne oblasti,
- (ii) kot skupek (izraženih in neizraženih) *norm*, ki jih oblikujejo razlagalci,
- (iii) kot skupek (izraženih in neizraženih) *norm z dejanskim vplivom*.

To nas vodi k spoznavoslovni tezi.

17 Očitni sklic je Ross 1958a. Glej pa tudi Bulygin 1991.

3 SPOZNAVOSLOVNI REALIZEM

Na mestu je še eno uvodno razlikovanje. V pravoslovju celinske Evrope se navadno delo pravnikov imenuje pravna znanost, pravna doktrina ali pravna dogmatika. Vendar je vse te izraze mogoče razumeti, kot da se nanašajo na (vsaj) dve vrsti miselnega udejstvovanja, ki ju je treba razlikovati:

(i) na eni strani je to *pravna znanost* v pravem pomenu besede – tj. »pravoslovna znanost« (J. Austin),¹⁸ »znanost o pravu« (Kelsen)¹⁹ – kot znanstveni (nepristranski, nevrednotenjski) opis tistega prava, ki ima dejansko vpliv;

(ii) na drugi strani imamo *pravno stroko* (doktrino oz. dogmatiko), tj. običajno učeno obravnavo prava, še posebej tistih normativnih besedil, ki jih štejemo za uradne pravne vire.

Zaradi tega vključuje spoznavoslovni realizem dve različni tezi – prva je opisna teza o dejanski pravni stroki, druga pa predpisovalna teza o znanstvenem (s)poznavanju prava.

3.1 Pravna stroka

Glede na vse povedano dejanske prakse pravnikov ne moremo šteti za pristno znanstveno udejstvovanje, saj njihove izjave (povečini) niso spoznavne izjave in niso resničnostno zaznamovane. Razlagalne izjave namreč niso opisne izjave, ampak so pripisovalne izjave; tiste izjave, ki ubesedujejo neizražene norme, pa so skrivoma predpisovalne.²⁰ Pravna stroka torej prava ne opisuje, ampak sodeluje pri njegovem ustvarjanju.

Po klasičnem pogledu analitične filozofije prava je pravna stroka plod meta-jezikovnega udejstvovanja, katerega predmet je jezik pravodajalcev.²¹ Čeprav privlačna, je takšna slika o pravni stroki nekoliko zavajajoča. Jezik pravodajalcev in jezik razlagalcev sta dejansko v stalnem osmotskem procesu. Ni mogoče reči, da se jezik pravnikov zgolj »nanaša« na jezik pravodajalcev. Pravniki, nasprotno, oblikujejo in bogatijo predmet svojega raziskovanja, tako kot kak violinist, ki v skladbo, ki jo izvaja, vključuje apokrifne note.

Razlaganje in pravotvorje nista enaka pravnemu (s)poznavanju, ampak sta del pravne politike.²² Dejansko tvorita enega od (bistvenih) delov samega predmeta pravnega (s)poznavanja v pravem pomenu te besede.

18 Austin 1995: 14, 112 in nasl.

19 Kelsen 1992: 7 in 1966: 3. pogl.

20 Pravim »skrivoma«, ker se take izjave navadno predstavljajo kot izjave o obstoju norm – »Neizražena norma N pripada pravnemu sistemu S (oz. v njem obstaja)« –, čeprav gre za pristne *normativne* ubeseditve, tj. ubeseditve povsem »novih« norm.

21 Bobbio 2011.

22 Glej Kelsen 1992: 82 in Ross 1958: 46.

Kot bomo videli v nadaljevanju pa pravniki kljub temu prispevajo tudi k (s)poznavanju prava.

3.2 Pravna znanost

V skladu s tukaj orisano obliko analitičnega pravnega pozitivizma pri pravni znanosti ne gre za opisovanje abstraktnih danosti, kakršne so obveznosti, pravice in/ali deontične zaznamovanosti ravnanj (»Obvezno je p «, »Prepovedano je q «) in podobno. Zato tudi izjave pravne znanosti ne morejo biti deontične izjave, ki – kakor odmev²³ – ponavljajo norme, na katere se nanašajo.²⁴

Pravna znanost v pravem pomenu besede lahko privzame tri različne oblike, ustrezne trem pojmom prava, ki smo jih predstavili v enem od prejšnjih razdelkov.

(i) *Spoznavno razlaganje*. Ko sem prej govoril o razlaganju, sem obravnaval razsodbeno razlaganje – pripisovanje izbranega pomena določenemu pravnemu besedilu. Seveda je razsodbeno razlaganje običajno in najpomembnejše opravilo pravne stroke. Vseeno pa ta opravlja tudi druga opravila, med katerimi je predvsem spoznavno razlaganje, s katerim prepoznavamo vse mogoče pomen nekega normativnega besedila – tj. pomene, ki jih je temu dopustno pripisati v skladu z deljenimi jezikovnimi (sintaktičnimi, semantičnimi in pragmatičnimi) pravili, sprejetimi metodami pravnega razlaganja in obstoječimi pravnimi pogledi – ne da bi pri tem izbrali katerega koli od mogočih pomenov (»Besedilo B je mogoče razlagati v smislu S1 ali S2«).

Spoznavno razlaganje prispeva k poznavanju prava kot skupka normativnih besedil, saj razkriva večpomenskost normativnih ubeseditvev in ohlapnost norm.²⁵

(ii) *Poustvarjanje usmeritev v sodni praksi*. Če pravo razumemo (ne kot skupek normativnih besedil, ampak) kot skupek izraženih in neizraženih norm, potem obravnava, poustvarjanje in opis razlagalnih in pravotvornih usmeritev med sodniki in pravniki očitno prispevajo k poznavanju prava.

Tudi to je v pravni stroki običajna praksa, ki prispeva k poznavanju prava, saj gre za neizogiben prvi korak pri prepoznavanju vodilnih usmeritev v sodni praksi, kar pa je hkrati neizogiben prvi korak pri prepoznavanju tistega prava, ki ima dejansko vpliv.

(iii) *Opisovanje vplivnih norm*. Če pravo razumemo kot skupek norm z resničnim vplivom, potem spoznavanje in opisovanje prava zahtevata prepoznavo

²³ Scarpelli 1967.

²⁴ To je v nasprotju s Kelsnovim pogledom. Glej npr. Bulygin 1982.

²⁵ Spoznavne razlagalne izjave je, mimogrede, mogoče razumeti bodisi kot napovedi prihodnjih razlagalnih odločitev pristojnih teles ali pa kot razlagalne usmeritve, ki naj takšne prihodnje odločitve vodijo z oženjem kroga dopustnih pomenov predmetnega besedila.

tistih norm, ki jih sodniki in druga telesa dejansko uporabljajo.²⁶ (Jasno je, da lahko pravna znanost ob odsotnosti vplivne norme za predmetni primer zgolj opozori na obstoj nasprotij v sodni praksi.)

Mogoče se je strinjati s prevladujočim mnenjem, da pravna znanost podaja izjave o normah, tj. resnične ali neresnične izjave, katerih predmet so norme.²⁷ Ob tem pa je vendarle treba dodati dve pojasnili: prvo se nanaša na logično obliko takšnih izjav, drugo pa na njihove pogoje resničnosti.

(a) Kot sem že trdil drugje, izjave o normah niso deontične izjave, ki normativno zaznamujejo ravnanja.²⁸ Gre za izjave o obstoju (vplivnih) norm. »Pravni« obstoj neke norme pomeni, da ta pripada določenemu pravnemu sistemu. Zato so izjave o normah ne glede na njihovo dejansko skladenjsko obliko izjave, ki zatrjujejo pripadnost (vplivnih) norm določenemu pravnemu sistemu: »Norma N pripada pravnemu sistemu S«.

(b) Izjava o normi je resnična, če in samo če bo ta norma verjetno uporabljena v prihodnjih odločitvah. Zato je izjave o normah mogoče razumeti kot izjave o bodočih negotovih dejstvih, tj. kot napovedi prihodnje uporabe norm, na katere se izjave nanašajo.

—*Zahvala.*— Zelo sem hvaležen Miku Karlssonu in Stanleyju Paulsonu za komentarje na prvi osnutek tega članka. Zahvaljujem se tudi anonimnim ocenjevalcem.

*Iz angleščine prevedla
Tilen Čuk in Andrej Kristan.*

26 Glej še enkrat Ross 1958a: 2. pogl. In Bulygin 1991.

27 Glej npr. Bulygin 1982.

28 Guastini 2000.

Bibliografija

- John AUSTIN, 1995: *The Province of Jurisprudence Determined* (1832). Ed. W. E. Rumble. Cambridge: Cambridge U.P.
- John L. AUSTIN, 1962: *How to Do Things with Words*. Oxford: Clarendon Press.
- Norberto BOBBIO, 2011: *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950). Norberto Bobbio, *Saggi sulla scienza giuridica*. Torino: Giappichelli.
- Eugenio BULYGIN, 1982: Norms, Normative Propositions and Legal Statements. *Contemporary Philosophy. A New Survey*. Vol. 3. Ed. G. Fløistad. Dordrecht: Kluwer.
- 1991: El concepto de vigencia en Alf Ross (1963). C. E. Alchourrón & E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- John C. GRAY, 1948: *The Nature and Sources of the Law*. 2nd edition from the author's notes. New York: Columbia U.P.
- Riccardo GUASTINI, 1997: Interpretive Statements, in *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*. Eds. E. Garzón Valdés et al. Berlin: Duncker & Humblot.
- 2000: Sollesätze. An Exercise in Hard Legal Positivism. *Rechtstheorie* 31 (2000) 2.
- 2011a: *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffré.
- 2011b: Rule-Scepticism Restated. *Oxford Studies in Philosophy of Law*. Vol. 1. Eds. L. Green & B. Leiter. Oxford: Oxford U.P.
- 2013: Juristenrecht. Inventing Rights, Obligations, and Powers. *Neutrality and Theory of Law*. Eds. J. Ferrer Beltrán et al. Dordrecht: Springer.
- Hans Kelsen, 1950: *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. London: Stevens & Sons.
- 1967: *Pure theory of Law* (1960). Trans. M. Knight. Berkeley: University of California Press.
- 1973: *Law and Logic* (1965). *Essays in Legal and Moral Philosophy*. Ed. O. Weinberger. Trans. P. Heath. Dordrecht: Reidel.
- 1991: *General Theory of Norms* (1979). Trans. M. Hartney. Oxford: Clarendon.
- 1992: *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1934). Trans. B. Litschewski Paulson & S. L. Paulson. Oxford: Clarendon.
- Karl OLIVECRONA, 1971: *Law as Fact*. 2nd ed. London: Stevens & Sons.
- Alf ROSS, 1958a: *On Law and Justice* (1953). London: Stevens & Sons.
- 1958b: Definition in Legal Language. *Logique et analyse* (1958) 3-4.
- , 2008: Tü-tü. *Revus* (2008) 7: 86-100. Za angleško besedilo glej Tü-tü. *Harvard Law Review* 70 (1957) 5.
- Uberto SCARPELLI, 1967: Le 'proposizioni giuridiche' come precetti reiterati. *Rivista internazionale di filosofia del diritto* (1967) 44.
- Giovanni TARELLO, 1974: *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino.
- 1980: *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffré.

Riccardo Guastini*

A Realistic View on Law and Legal Cognition

The author outlines one form of analytical legal realism as the junction of three main theses. According to its first main thesis, interpretive sentences in legal discourse are ascriptive sentences with no cognitive function. According to the second thesis, the law is the set of norms in force, i.e. the norms actually applied (that is, used in deciding cases) in the past and predictably applied in the future by law-applying agencies. The third thesis is that legal science as a cognitive activity must not be confused with legal scholarship. Although legal scholars do engage in cognitive activities, their work mainly consists in non-cognitive activities such as interpretation and legal construction. | An earlier version of this statement was published in *Revus* (2013) 19 in Italian, French, and Croatian.

Key words: legal realism, interpretive scepticism, ontology of law, legal scholarship, legal science

Legal realism – or, better, one form of analytical legal realism¹ – can be characterized as the conjunction of three strictly connected theses: ontological, interpretive, and epistemological.

The ontological thesis is about the law itself – it answers the question “What kind of entity (or set of entities) is the law?”.

The interpretive thesis, as the name suggests, is about legal interpretation – it answers the question “What kind of activity is interpreting legal texts?”.

The epistemological thesis is about legal knowledge (or “legal science”, as it is usually labelled in continental jurisprudence) – it answers the question “In what does the scientific knowledge of law consist?”.

I shall begin by discussing the interpretive thesis since it is logically prior to the others.

* guastini@unige.it | Professor in Legal Philosophy, Tarello Institute for Legal Philosophy, Department of Law, University of Genoa.

1 The form of legal realism I am going to sketch shares some tenets with other forms of realism (the American and the Scandinavian, in particular), but does not coincide with any of them.

1 INTERPRETIVE REALISM

A preliminary distinction is necessary.² In the legal domain, “interpretation” is the name of (at least) two different activities, that is:

- (a) “cognitive” interpretation, which amounts to the analysis of a text in view of clarifying its possible (plausible) meanings,³ and
- (b) “adjudicative” interpretation which consists in ascribing a definite meaning to a text (rejecting the others).

Interpretive realism is a sceptical theory of adjudicative interpretation. It asserts that ascribing meaning to normative texts is a non-cognitive activity – not a matter of cognition, but rather a matter of decision⁴

This holds for judicial interpretation (which is the usual, limited, subject of current theories of interpretation⁵) as well as for “dogmatic” interpretation, that is, the interpretation put forward by legal scholars.

Moreover, a further distinction between interpretation strictly so called and legal construction is in order.

1.1 Interpretation strictly so called

Legal texts are affected by a double form of indeterminacy.

On the one hand, normative formulations are often ambiguous. Therefore they admit different competing interpretations “in abstracto” (or text-oriented): the normative sentence *S* can be interpreted as expressing either a norm *N1* or a norm *N2*.

On the other hand, each norm is vague, admitting of different competing interpretations “in concreto” (or fact-oriented): given any norm, we may ask whether the individual case *C* is included or excluded from its scope.⁶

This is why interpretive sentences – “in abstracto” (“The normative sentence *S* expresses the norm *N1*”) as well as “in concreto” (“The case *C* falls within the

2 The following distinction echoes Kelsen’s distinction between interpretation understood as (a) an act of cognition and (b) an act of will, respectively. See Kelsen 1992: 82 f. & Kelsen 1950: Preface.

3 A “plausible” meaning is a meaning that can be maintained with persuasive arguments and, as a matter of sociological fact, can be accepted within a given legal culture.

4 Guastini 2011b. This view is indebted to Tarello’s theory of interpretation. See Tarello 1974 & 1980.

5 Kelsen’s and Tarello’s theories are two remarkable exceptions.

6 There should be no need to say that further (and maybe even more important) forms of indeterminacy depend on legal gaps and normative conflicts. Gaps and conflicts, however, do not forerun interpretation – they follow it. In most cases legal texts disclose gaps and/or conflicts in the light of certain interpretations, while a different interpretation might make the gaps and/or the conflicts disappear.

scope of the norm N1”) – are not cognitive or descriptive, but *ascriptive* sentences.⁷ Just like stipulative definitions, they are not descriptions of the one and only preexisting meaning, but decisions about competing meanings.⁸ Therefore, they have no truth-value.

By the way, it is a matter of course that interpretive decisions of jurists, lawyers, and judges are conditioned by their practical (for instance, political, economic, professional, etc.) interests and ideas of justice, as well as – last not least – the conceptual constructions of legal dogmatics.

Moreover, jurists, lawyers, and judges often are the very source of the indeterminacy of legal texts, in the sense that they “put” indeterminacy in texts that would not raise any interpretive problems at all in ordinary conversation.

1.2 Legal construction

In juristic common parlance the term “interpretation” usually applies to the bulk of the intellectual operations accomplished by interpreters (judges, lawyers, jurists, etc.).

Nevertheless, it is quite easy to realize that interpreters – and above all legal scholars – do not confine themselves to deciding the meanings of normative texts. Most importantly, they engage in what, borrowing an expression from Rudolf von Jhering, I propose to call “legal construction”. By this phrase I mean a set of intellectual operations which include (*inter alia*):

- (a) the creation of normative and axiological gaps;⁹
- (b) the creation of axiological hierarchies among norms;
- (c) the specification of principles;
- (d) the balancing of conflicting principles; and
- (e) most of all, the construction of unexpressed (so-called “implicit”) norms.¹⁰

7 I refer to those interpretive sentences that do not simply report or take notice of the indeterminacy of a given legal text (“The legal text T may be understood in the senses S1 or S2”), but resolve it (“The legal text T definitely means S1”). Such sentences resemble J. L. Austin’s performatives, that ‘do not “describe” or “report” or constare anything at all, are not “true or false” (J. L. Austin 1962: 5) – they perform the linguistic act of meaning-ascriptio, i.e., interpretation.

8 Guastini 1997.

9 All gaps, in a sense, are “created” by interpreters since the identification of a gap presupposes interpretation: e.g., according to interpretation A the case at hand *is* regulated by some legal provision, while according to interpretation B the same case *is not*. So, interpretation B “creates” a gap, while interpretation A prevents it. By the way, axiological gaps, in particular, entirely depend on interpreters’ value-judgments.

10 All such concepts are fully analyzed in Guastini 2011a. But a short characterization runs as follows: (a) a normative gap is the lack of any legal regulation of a case; (b) an axiological gap

Various connections exist among such different operations. For instance, the construction of unexpressed norms is aimed at filling gaps and specifying principles. Axiological hierarchies are aimed at balancing conflicting principles. And so forth.

Now, if interpretation properly understood is not a cognitive activity, legal construction is *a fortiori* the output not of cognition, but of decision. In fact, legal construction amounts to genuine juristic and/or judicial law-creation.¹¹

2 ONTOLOGICAL REALISM

Legal realism endorses an empiricist ontology of law. Law is not a set of abstract entities (such as norms, values, rights and obligations, or the like).¹² Rather, it is merely a set of facts. What kind of facts, however? This question requires an articulate answer.

2.1 Law as a set of normative texts

At a first glance (at a surface level of analysis) the word “law” simply refers to the normative texts (statutes, codes, constitutions, regulations) enacted by law-giving agencies: such normative authorities as the legislators, the framers of the constitution, and so on. In other words, “law” denotes a set of normative (prescriptive, directive) formulations or sentences, hence facts of a certain kind – namely, language-entities.

Such a concept of law – well reflected in many current expressions, such as “interpreting the law” – although somewhat unsophisticated may be useful in view of clarifying both the basic ontology and the very genesis of legal norms, since:

- (a) in the first place, norms are but language-entities; and
- (b) in the second place, norms can only come into the world by means of acts of “legislation” (in the generic, material, sense of “legislating”) – ‘No imperative without an imperator, no command without a commander’.¹³

is the lack of a satisfactory regulation (and the presence of an unsatisfactory one); (c) an axiological hierarchy between two norms is a value-relationship created by interpreters by means of a comparative value-judgement; (d) specifying a principle amounts to deriving from it an unexpressed rule; (e) balancing conflicting principles consists in establishing an axiological hierarchy between them; (f) an unexpressed norm is a norm which lacks any official formulation in the sources of law, not being a plausible meaning of any particular normative sentence.

11 See Guastini 2013.

12 By the way, according to a distinctive realistic thesis, deontic concepts (such as obligation, prohibition, etc.) as well as so-called “fundamental legal concepts” (such as right, power, etc.) are deprived of any semantic reference. See, e.g., Ross 1957 & 1958b and Olivecrona 1971.

13 See Kelsen 1973, 237 & 1991: 3 (echoing a thesis of Walter Dubislav).

Nonetheless, normative texts obviously require interpretation. Normative formulations must not be confused with norms properly understood, that is, their meaning contents.¹⁴ If the normative sentence S can be interpreted as expressing either the norm N1 or the norm N2, what is the law? N1 or N2?

Thus we are obliged to say that legal texts are not “the law”: after all, they are but sources of law.¹⁵ Law is not a set of normative sentences, but the set of normative meanings (that is, norms strictly understood) which are actually ascribed to legal texts by interpreters, either by means of interpretation in the strict sense or by means of legal construction.¹⁶

2.2 Law as a set of norms

This is why, at a deeper level of analysis, we have to use the term “law” to denote not normative texts, but rather normative meanings: the set of norms which interpreters actually “extract” or “construe” from normative formulations.

Such a set includes both the class of expressed norms (that is, the norms which are meanings plausibly assignable to the existing normative formulations) and the class of unexpressed norms (that is, the norms construed by interpreters).

From this standpoint, law depends on the combination of two different activities: (a) the formulation of normative texts, and (b) the interpretation and construction of such texts. There is no law without texts to be interpreted (first ontological thesis), but moreover there is no law without interpretation (second ontological thesis). In a sense, law is a set of interpretive practices.

However, legal scholars and judges – at least diachronically – often disagree: many normative formulations are subject to competing interpretations; the existence (in the legal system) of any unexpressed norm is intrinsically controversial, since such a norm lacks any official formulation. Different interpretations

14 This is the reason why interpretive realism is logically prior to ontological realism.

15 See Gray (1948: 124 s & 170): ‘After all, it is only words that the legislature utters; it is for the courts to say what these words mean; that is it is for them to interpret legislative acts. /.../ And this is the reason why legislative acts, statutes, are to be dealt with as sources of Law, and not as a part of the Law itself. /.../ The courts put life into the dead words of the statute»; «It may be urged that if the Law of a society be the body of rules applied by its courts, then statutes should be considered as being part of the Law itself, and not merely as being a source of the Law; that they are rules to be applied by the courts directly, and should not be regarded as fountains from which the courts derive their own rules. /.../ And if statutes interpreted themselves, this would be true; but statutes do not interpret themselves; their meaning is declared by the courts, and it is with the meaning declared by the courts, and with no other meaning, that they are imposed upon the community as Law’.

16 As to the ontology of meanings, I shall confine myself to say that the meaning of a sentence is nothing but another sentence assumed to be synonymous with the first one. From this point of view, meanings too are linguistic entities.

and constructions bring forward different sets of norms, hence (partially) different legal systems.

For example, according to a certain jurisprudential trend, the legal system includes, say, the expressed norms N1, N2, N3, and the unexpressed norms N4 and N5. Whereas, according to a different jurisprudential trend, the same system includes the expressed norms N1, N2 (not N3), and the unexpressed norms N4, N5, but also N6. Thus, we are facing to two distinct legal systems: {N1, N2, N3, N4, N5}, {N1, N2, N4, N5, N6}.

Therefore we should ask: what is the law in such circumstances? Which of these two systems is the law? To answer such a question one must climb down to the deepest level of analysis, corresponding to a third concept of law.

Nonetheless, this second concept of law – although still unsatisfactory – has the merit of accounting for the fact that the law is not produced by “legislators” only. In legal practice, side by side with law-giving authorities, one finds interpreters too, and the law in a sense arises from the interaction of legislators and interpreters. One cannot even imagine the law without interpreters (namely, jurists) as well as one cannot imagine a religion without priests or theologians.

2.3 Law as a set of norms in force

At the third, deepest, level of analysis, the term “law” refers to the set of norms in force, that is, the norms actually applied (that is, used in deciding cases) in the past and predictably applied in the future by law-applying agencies – judges, administrative agencies, as well as supreme constitutional organs (as far as constitutional norms are concerned).¹⁷

In other words, notwithstanding the existing different interpretations and constructions, one can (almost) always find a number of synchronically leading interpretations and constructions generally accepted – the “law in action”, as we may call it.

Let us go back to the preceding (abstract) example. According to the first jurisprudential trend the content of the legal system is {N1, N2, N3, N4, N5}; according to the second it is {N1, N2, N4, N5, N6}. To identify what the law is in fact, we have to ascertain which of the norms in question is in force. And it is quite possible that the empirical analysis of the leading jurisprudential trends shows, for example, that N1, N2, N4, N5 as well as N7 are in force, while N3 and N6 are not.

Summing up, by the word “law” one can understand three different things:

- (i) the set of the normative *texts* enacted by the lawgiving authorities;

¹⁷ The obvious reference is to Ross 1958a. See however Bulygin 1991.

- (ii) the set of (expressed and unexpressed) *norms* formulated by interpreters;
- (iii) the set of (expressed and unexpressed) norms actually *in force*.

This leads us to the epistemological thesis.

3 EPISTEMOLOGICAL REALISM

A preliminary distinction is in order.

In the common usage of continental jurisprudence, the ordinary juristic work is frequently labelled as “legal science”, “legal doctrine”, or “legal dogmatics”. But all such phrases can be understood as pointing to (at least) two quite different intellectual enterprises which ought to be distinguished:

(i) on the one hand, *legal science* properly so called – the “science of jurisprudence” (J. Austin¹⁸), the “science of law” (Kelsen¹⁹) – that is, the scientific (neutral, value-free) description of the law in force;

(ii) on the other hand, what I shall call *legal scholarship*, that is, the usual academic investigation into the law, namely into those normative texts which are regarded as the official sources of law.

For this reason epistemological realism includes two distinct theses – the first one being a descriptive thesis concerning actual legal scholarship, and the second one being a prescriptive thesis bearing upon the scientific knowledge of the law.

3.1 Legal scholarship

Given what we have said, the actual practice of jurists cannot be considered as a genuine scientific enterprise, since juristic sentences (or the greater part of them) are neither true nor false, and hence non-cognitive. Interpretive sentences are not descriptive, but ascriptive, and the sentences which formulate unexpressed norms are secretly prescriptive.²⁰ Legal scholars do not describe the law – they contribute to making it.

According to a classical view of analytical legal philosophy, legal scholarship is a meta-linguistic enterprise that takes the language of the lawgivers as its object-language.²¹ Unfortunately, that picture of legal scholarship is, although seductive, somehow misleading. The language of lawgivers and the language of

¹⁸ J. Austin 1995: 14, 112 s.

¹⁹ Kelsen 1992: 7 & 1966: ch. III.

²⁰ “Secretly”, since such sentences usually claim to be existential propositions about norms – “The unexpressed norm N belongs to (exists in) the legal system S” – although they are genuine *normative* formulations, i.e., formulations of brand “new” norms.

²¹ Bobbio 2011.

interpreters are actually subject to a continuous osmotic process. Juristic language does not simply “bear upon” lawgivers’ language. Rather, jurists shape and enrich the object of their study, like a violinist interpolating apocryphal notes in the composition he or she is executing.

Interpretation and construction are not legal cognition – rather, they are pieces of legal policy²² In fact, they are part (an essential part) of the very object of legal cognition properly understood.

Nevertheless, jurists do contribute to the cognition of law, too, in the ways we are going to see.

3.2 Legal science

From the standpoint of the form of legal realism outlined in this paper, legal science cannot consist in describing such abstract entities as obligations or rights and/or the deontic properties of behaviour (“It is obligatory that *p*”, “It is prohibited that *q*”), and the like. And, as a consequence, its sentences cannot be deontic sentences repeating – iterating, like an echo²³ – the norms they refer to.²⁴

Legal science properly understood can assume three different forms, corresponding to the three concepts of law developed in the previous section.

(i) *Cognitive interpretation*. Talking about interpretation, I dealt with “adjudicative” interpretation – the ascription of a definite meaning to a given legal text. And adjudicative interpretation is the usual and most important job of legal scholars. Nonetheless, they also accomplish a different task, namely, “cognitive” interpretation which consists in identifying the various possible meanings of a normative text – the meanings admissible on the basis of shared linguistic (syntactic, semantic, and pragmatic) rules, accepted methods of legal interpretation, and existing juristic theories – without choosing anyone of them (“The text *T* can be interpreted in the senses *S*1 or *S*2”).

Cognitive interpretation contributes to the knowledge of law understood as a set of normative texts, since it reveals the ambiguity of normative formulations and the vagueness of norms.²⁵

(ii) *Reconstruction of jurisprudential trends*. Understanding the law (not as a set of normative formulations, but) as a set of expressed and unexpressed

²² See Kelsen 1992: 82; Ross 1958: 46.

²³ Scarpelli 1967.

²⁴ Contrary to Kelsen’s view. See e.g. Bulygin 1982.

²⁵ By the way, cognitive interpretive sentences can be understood: either as predictions of future interpretive decisions of law-applying agencies; or as interpretive directives aiming at guiding such future decisions, namely, by circumscribing the range of admissible meanings of the text concerned.

norms, the analysis, reconstruction, and description of the interpretive and constructive trends of judges and jurists constitute obvious contributions to the knowledge of law.

And this, too, is a common practice among legal scholars, which contributes to legal knowledge, since it is a necessary preliminary to ascertaining the prevailing jurisprudential trends, which, in turn, is a necessary preliminary to identifying the law in force.

(iii) *Description of the law in force.* Understanding the law as a set of norms in force, the cognition and description of the law requires the identification of the norms actually applied by judges and other law-applying agencies.²⁶ (No need to say that, where no definite norm regarding a certain matter is in force, legal science can only take note of the existing jurisprudential conflicts.)

One may agree with the prevailing view according to which legal science consists in a set of “normative propositions”, that is, true or false sentences concerning norms.²⁷ However, two clarifications are in order: the first one pertains to the logical form of normative propositions, and the second to their conditions of truth.

(a) As I already said, normative propositions are not deontic sentences about the normative qualification of behaviour.²⁸ Rather, they are existential sentences about norms (in force). The “legal” existence of a norm is simply its membership in a definite legal system. Hence, normative propositions, whatever their actual syntactic form may be, are sentences which state the membership of norms (in force) within a definite legal system: “The norm N belongs to the legal system S”.

(b) A normative proposition is true if, and only if, the norm which it refers to will be predictably applied in future decisions. Therefore, normative propositions can be understood as propositions on contingent futures: predictions concerning the future application of the norms they refer to.

—*Acknowledgment.*— I am highly indebted to Mike Karlsson and Stanley Paulson, who read and discussed a first version of this paper. I also thank two anonymous referees.

²⁶ See once more Ross 1958a: ch. 2 and Bulygin 1991.

²⁷ See, e.g., Bulygin 1982.

²⁸ Guastini 2000.

Bibliography

- John AUSTIN, 1995: *The Province of Jurisprudence Determined* (1832). Ed. W.E. Rumble. Cambridge: Cambridge U. P.
- John L. AUSTIN, 1962: *How to Do Things with Words*. Oxford: Clarendon Press.
- Norberto BOBBIO, 2011: Scienza del diritto e analisi del linguaggio (1950). In Norberto Bobbio, *Saggi sulla scienza giuridica*. Torino: Giappichelli.
- Eugenio BULYGIN, 1982: Norms, Normative Propositions and Legal Statements, in *Contemporary Philosophy. A New Survey*. Vol. 3. Ed. G. Fløistad. Dordrecht: Kluwer.
- , 1991: El concepto de vigencia en Alf Ross (1963), in C. E. Alchourrón & E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- John C. GRAY, 1948: *The Nature and Sources of the Law*. 2nd edition from the author's notes. New York: Columbia U. P.
- Riccardo GUASTINI, 1997: Interpretive Statements. In *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*. Eds. E. Garzón Valdés et al. Berlin: Duncker & Humblot.
- , 2000: Sollsätze. An Exercise in Hard Legal Positivism. *Rechtstheorie* 31 (2000) 2.
- , 2011a: *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffré.
- , 2011b: Rule-Scepticism Restated. In *Oxford Studies in Philosophy of Law*. Vol. 1. Eds. L. Green & B. Leiter. Oxford: Oxford U.P.
- , 2013: Juristenrecht. Inventing Rights, Obligations, and Powers. In *Neutrality and Theory of Law*. Eds. J. Ferrer Beltrán et al. Dordrecht: Springer.
- Hans KELSEN, 1950: *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. London: Stevens & Sons.
- , 1967: *Pure theory of Law* (1960). Trans. M. Knight. Berkeley: University of California Press.
- , 1973: Law and Logic (1965). In *Essays in Legal and Moral Philosophy*. Ed. O. Weinberger. Trans. P. Heath. Dordrecht: Reide.
- , 1991: *General Theory of Norms* (1979). Trans. M. Hartney. Oxford: Clarendon.
- , 1992: *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1934). Trans. B. Litschewski Paulson & S. L. Paulson. Oxford: Clarendon.
- Karl OLIVECRONA, 1971: *Law as Fact*. 2nd ed. London: Stevens & Sons.
- Alf ROSS, 1957: Tù-Tù. *Harvard Law Review* 70 (1957) 5.
- , 1958a: *On Law and Justice* (1953). London: Stevens & Sons.
- , 1958b: Definition in Legal Language. *Logique et analyse* (1958) 3–4.
- Uberto SCARPELLI, 1967: Le 'proposizioni giuridiche' come precetti reiterati. *Rivista internazionale di filosofia del diritto* (1967) 44.
- Giovanni TARELLO, 1974: *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino.
- , 1980: *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffré.

Riccardo Guastini*

Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico

El autor esboza una forma del iusrealismo analítico como una conjunción de tres tesis principales. Según su primera tesis principal, los enunciados interpretativos en el discurso jurídico son enunciados adscriptivos sin ninguna función cognitiva. De acuerdo con la segunda tesis, el derecho es un conjunto de normas vigentes, eso es, las normas efectivamente aplicadas (en la motivación de las decisiones) en el pasado y previsiblemente aplicadas en el futuro. La tercera tesis constata que la ciencia jurídica como actividad cognitiva no debe confundirse con la dogmática. Aunque los juristas dogmáticos realizan actividades cognitivas, su trabajo consiste mayormente en actividades no cognitivas como la interpretación y la construcción jurídica. | Una versión previa de esta posición fue publicada en *Revus* (2013) 19 en italiano, francés y croata.

Palabras clave: realismo jurídico, escepticismo interpretativo, ontología del derecho, dogmática jurídica, ciencia del derecho

Se puede caracterizar al realismo jurídico – o, mejor, a una forma del iusrealismo analítico¹ – como la conjunción de tres tesis estrechamente relacionadas entre sí: una tesis ontológica, una tesis interpretativa y una tesis epistemológica.

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

La tesis interpretativa tiene por objeto, como lo dice su nombre, la interpretación jurídica, y responde a la siguiente pregunta: “¿Qué tipo de actividad es la interpretación de textos jurídicos?”.

La tesis epistemológica, por último, tiene por objeto el conocimiento del derecho (o la “ciencia del derecho”, como se suele decir en la filosofía jurídica continental), y responde a la siguiente pregunta: “¿En qué consiste el conocimiento científico del derecho?”.

* guastini@unige.it | Profesor de filosofía del derecho. Instituto Tarello para la filosofía del derecho, Universidad de Génova.

1 La forma del realismo jurídico que voy a esbozar comparte algunas de sus características con otras formas de realismo (en concreto, el americano y el escandinavo), pero no coincide con ninguna de ellas.

Empezaré aquí con la tesis interpretativa, en cuanto tiene una prioridad lógica sobre las otras dos.

1 REALISMO INTERPRETATIVO

En primer lugar hay que introducir una distinción preliminar.² En el ámbito jurídico, “interpretación” denota (al menos) dos actividades distintas:

- (a) interpretación “cognitiva”, que consiste en el análisis de un texto con el objetivo de aclarar sus posibles significados (plausibles),³ y
- (b) interpretación “decisoria” que consiste en atribuir a un texto un determinado significado (rechazando los demás).

El realismo interpretativo es una teoría escéptica sobre la interpretación decisoria. El mismo sostiene que la atribución de significado a los textos normativos no es una actividad cognitiva sino volitiva.⁴

Esto vale tanto para la interpretación judicial (la cual es el sujeto usual, delimitado de las corrientes teorías de la interpretación)⁵ como para la interpretación “dogmática” realizada por los juristas académicos.

Dicho esto, es necesario distinguir ulteriormente entre la interpretación en sentido estricto y la construcción jurídica.

1.1 Interpretación en sentido estricto

Los textos del derecho padecen de dos formas de indeterminación.

Por un lado, los enunciados normativos frecuentemente son ambiguos, admitiendo diferentes interpretaciones “en abstracto” (u orientadas a los textos): no se sabe si el enunciado E expresa la norma N1 o la norma N2.

Por otro lado, todas y cada una de las normas son vagas, de modo que admiten varias interpretaciones “en concreto” (u orientadas a los hechos): dada una norma no se sabe si el caso C entra o no en su ámbito de aplicación.⁶

2 La siguiente distinción hace eco a la que Kelsen realizó entre interpretación entendida como (a) un acto de conocimiento y (b) un acto de voluntad. Véase Kelsen 1992: 82 y Kelsen 1950: Prefacio.

3 Es “plausible” un significado que puede defenderse con argumentos persuasivos y, dependiendo de la realidad social, puede aceptarse por la cultura jurídica en cuestión.

4 Guastini 2011b. Esta opinión es propia de la teoría de la interpretación de Giovanni Tarello (1974 y 1980).

5 Las teorías de Kelsen y Tarello son dos excepciones destacables.

6 Otras (y quizás aún más importantes) formas de indeterminación dependen, obviamente, de lagunas y antinomias. No obstante, las lagunas y las antinomias no preceden a la interpretación sino que son posteriores a ella. En la mayoría de los casos, los textos jurídicos presentan

Así parece obvio que los enunciados interpretativos – en abstracto (“El enunciado normativo E expresa la norma N1”) y en concreto (“El caso C recae en el ámbito de aplicación de la norma N1”) – no tienen carácter descriptivo (o cognitivo) sino *adscriptivo*.⁷ Tal como las definiciones estipulativas, los mismos no son descripciones de un único significado preexistente, sino decisiones acerca de los significados en competición.⁸ En consecuencia, los enunciados interpretativos carecen de valor de verdad.

Añadimos, además, que las decisiones interpretativas de los operadores jurídicos (juristas, abogados y jueces), están condicionadas, evidentemente, por sus intereses prácticos (políticos, económicos, profesionales, etc.), sus ideas de justicia y por último, aunque no por ello menos importante, por las elaboradas construcciones conceptuales de la dogmática jurídica.

Los operadores jurídicos en el sentido que ellos introducen son también frecuentemente ellos mismos la fuente de la indeterminación de los textos jurídicos, en el sentido que ellos introducen indeterminación en textos que en el discurso ordinario no presentarían problema interpretativo alguno.

1.2 Construcción jurídica

En el lenguaje común de los juristas el término “interpretación” es habitualmente utilizado para denotar la totalidad de las operaciones intelectuales llevadas a cabo por los intérpretes (jueces, abogados, otros juristas, etc.).

No obstante, no es difícil darse cuenta que los intérpretes – y, sobre todo, entre ellos, los dogmáticos – no se limitan a decidir el significado de los textos normativos. La parte más importante de su trabajo es lo que, tomando una expresión de Rudolf von Jhering, propongo llamar “construcción jurídica”. Con esta expresión me refiero a un conjunto de operaciones intelectuales entre las que destacan las siguientes:

- (a) la creación de lagunas normativas y axiológicas;⁹
- (b) la creación de jerarquías axiológicas entre normas;

una laguna y/o una antinomia bajo una determinada interpretación; pero, bajo una interpretación diferente, las mismas lagunas y/o antinomias pueden desaparecer.

7 Aquí me refiero a los enunciados interpretativos que no son meras descripciones de la indeterminación de un texto jurídico (“El texto jurídico T puede entenderse en el sentido S1 o S2”), sino que la resuelven (“El texto jurídico T significa S1”). Tales enunciados se parecen a los performativos de J. L. Austin, que no “describen” o “constatan” nada – no son verdaderos ni falsos (J. L. Austin 1962: 5) – sino que realizan un acto de habla adscriptivo de significado, o sea, una interpretación.

8 Guastini 1997.

9 Todas las lagunas son, en un sentido, “creadas” por los interpretes puesto que la identificación de una laguna presupone interpretación: por ejemplo, según la interpretación A, el caso en cuestión *sí está* regulado por una determinada disposición normativa, mientras que según la interpretación B aquel caso *no está* regulado por la misma disposición. La interpretación B

- (c) la concreción de principios;
- (d) la ponderación de principios en conflicto; y
- (e) sobre todo, la elaboración de normas no explícitas (o sea, así llamadas normas “implícitas”).¹⁰

Estas operaciones están mutuamente conectadas entre sí de diferentes maneras. La elaboración de normas implícitas, por ejemplo, sirve para colmar lagunas y concretar principios. Las jerarquías axiológicas son instrumentos útiles para resolver los conflictos entre principios. Etc.

Ahora bien, si la interpretación en sentido estricto no es una actividad cognitiva, entonces a mayor razón tampoco lo es la construcción jurídica. La construcción jurídica es una actividad decisoria. De hecho, ella consiste en una genuina creación del derecho doctrinal y/o judicial.¹¹

2 REALISMO ONTOLÓGICO

El realismo jurídico adopta una ontología empirista del derecho. Según esta, el derecho no es un conjunto de entidades abstractas (como normas, valores, obligaciones, derechos o cosas parecidas).¹² Más bien, se trata meramente de un conjunto de hechos. Pero, ¿qué tipo de hechos? La pregunta planteada requiere una respuesta articulada.

2.1 El derecho como conjunto de textos normativos

En un primer nivel (superficial) de análisis, la palabra “derecho” denota nada más que los textos normativos (leyes, códigos, constituciones, reglamentos) promulgados por los órganos creadores del derecho, o sea, las autoridades nor-

“crea” entonces una laguna, mientras que la interpretación A la evita. Dicho tan sólo de paso, las lagunas axiológicas dependen totalmente de los juicios de valor de los interpretes.

10 Todos estos conceptos están plenamente analizados en Guastini 2011a. Su breve caracterización es la siguiente: (a) una laguna normativa es la ausencia de disciplina jurídica para un determinado supuesto de hecho; (b) una laguna axiológica es la ausencia de una disciplina satisfactoria (y la presencia, por el contrario, de una disciplina insatisfactoria); (c) una jerarquía axiológica es una relación de valor entre normas instituida por los intérpretes mediante un juicio de valor comparativo; (d) concretizar un principio significa obtener de aquél una norma implícita mediante argumentación; (e) la ponderación de principios en conflicto consiste en establecer entre ellos una jerarquía axiológica; (f) una norma implícita es una norma que no está oficialmente formulada en las fuentes del derecho, o sea que no constituye el significado plausible de ninguna concreta disposición normativa.

11 Véase Guastini 2013.

12 Según una tesis característica del realismo, los conceptos deónticos (obligación, prohibición, etc.) y los así llamados “conceptos jurídicos básicos” (como derecho subjetivo, poder, etc.) carecen de referencia semántica. Véase, por ejemplo Ross (1957 y 1958a) y Olivecrona (1971).

mativas tales como los legisladores, los constituyentes, etc. En otras palabras, “derecho” denota un conjunto de formulaciones normativas (prescriptivas o directivas), y por ende hechos de un tipo especial: entidades lingüísticas.

Este concepto de derecho, aunque es bastante ingenuo, se manifiesta en numerosas expresiones corrientes tales como “interpretar el derecho”, y sirve para aclarar la ontología fundamental y la génesis de las normas jurídicas, ya que:

- (a) en primer lugar, las normas no son otra cosa que entidades lingüísticas; y
- (b) en segundo lugar, ellas nacen de actos de “legislación” (en el sentido genérico, material de esta palabra) – “No hay imperativo sin un *imperator*.”¹³

No obstante, los textos normativos requieren evidentemente de interpretación. Las formulaciones normativas no deben confundirse con las normas en sentido estricto, eso es, con sus contenidos de significado.¹⁴ Si una determinada formulación normativa F puede ser entendida, por ejemplo, tanto en el sentido N1 como en el sentido N2, ¿cuál es entonces el derecho: N1 o N2?

Diremos por tanto que el derecho no es propiamente un conjunto de textos normativos; estos no son nada más que las fuentes del derecho.¹⁵ El derecho no es un conjunto de formulaciones normativas, sino el conjunto de los significados normativos – es decir, de las normas en sentido estricto – que los intérpretes atribuyen a los textos jurídicos mediante interpretación (en sentido estricto) o mediante construcción jurídica.¹⁶

13 Véase Kelsen 1973: 237 y 1991: 3 (haciendo eco de una tesis de Walter Dubislav).

14 Esta es la razón por la cual el realismo interpretativo tiene una prioridad lógica sobre el realismo ontológico.

15 Véase Gray (1948: 124 s y 170): “Después de todo, son solo palabras las que pronuncia el legislador; son los tribunales los que tienen que decir qué significan esas palabras; es decir, son ellos quienes interpretan los actos legislativos [...] Esta es la razón por la que los actos legislativos, las leyes, deben ser consideradas fuentes del derecho, y no partes del derecho mismo [...] Los tribunales dan vida a las palabras muertas de la ley”; “Debería ser evidente que si el derecho de una sociedad es el conjunto de normas aplicadas por sus tribunales, entonces las leyes no deberían ser consideradas meras fuentes del derecho, sino parte del propio derecho; que las leyes son normas que deben ser directamente aplicadas por los tribunales, y que no deberían ser consideradas como recursos a partir de los cuales los tribunales derivan sus propias normas [...] Si las leyes se interpretaran a sí mismas, esto sería verdad. Pero las leyes no se interpretan a sí mismas. Su significado es establecido por los tribunales. Y *es con este significado establecido por los tribunales, y con ningún otro significado, que las leyes son impuestas a la comunidad como Derecho*”.

16 En cuanto a la ontología de los significados, diría tan sólo que el significado de un enunciado es otro enunciado que se considera sinónimo al primero. Desde este punto de vista, los significados también son entidades lingüísticas.

2.2 El derecho como conjunto de normas

Por esta razón, pasando a un nivel de análisis más profundo, conviene utilizar la palabra “derecho” para denotar no un conjunto de disposiciones normativas, sino más bien un conjunto de significados normativos: eso es, el conjunto de normas que los intérpretes “extraen de” o “construyen con” las disposiciones normativas.

Tal conjunto incluye tanto la clase de normas expresas (eso es, las que constituyen significados plausibles de formulaciones normativas preexistentes) como la clase de normas implícitas (normas construidas por los intérpretes).

Desde este punto de vista, el derecho depende de la combinación de dos actividades distintas: (a) la formulación de los textos normativos y (b) su interpretación y manipulación constructiva. No hay derecho sin textos que interpretar (primera tesis ontológica), pero tampoco hay derecho sin interpretación (segunda tesis ontológica). Por lo tanto, el derecho es, en un sentido, un conjunto de prácticas interpretativas.

Dicho esto, los dogmáticos y los jueces frecuentemente discrepan (visto al menos diacrónicamente): muchas formulaciones normativas son objeto de interpretaciones distintas en competición entre sí. La existencia (dentro del sistema jurídico) de una norma implícita es una cuestión intrínsecamente discutible debido, precisamente, a que se trata de una norma “producen” que no encuentra formulación oficial alguna. Interpretaciones y construcciones jurídicas distintas conjuntos de normas diferentes y, por lo tanto, sistemas jurídicos (parcialmente) diferentes.

Según una corriente jurisprudencial, por ejemplo, el sistema incluye las normas expresas N1, N2, N3 y las normas implícitas N4 y N5; según otra corriente jurisprudencial, el sistema incluye las normas expresas N1 y N2 (pero no N3), y las normas implícitas N4 y N5, pero también la norma implícita N6. Estamos, por tanto, frente a dos sistemas diferentes: {N1, N2, N3, N4, N5} y {N1, N2, N4, N5, N6}.

En tal caso debemos preguntarnos: ¿cuál es el derecho en estas circunstancias? ¿cuál de los dos sistemas es el derecho? Para responder a esta pregunta es necesario proseguir hasta un tercer nivel de análisis, más profundo, que se corresponde con un tercer concepto del derecho.

Antes de darle paso, podemos observar que el segundo concepto – aunque resulta todavía insatisfactorio – tiene el mérito de llamar la atención sobre el hecho de que el derecho no es el producto unilateral de los “legisladores”. En la práctica jurídica, los legisladores se encuentran acompañados también por los intérpretes, y el derecho, al menos en un sentido, nace precisamente de las interacciones entre legisladores e intérpretes. No es posible imaginarse un derecho

sin intérpretes (en concreto, los juristas), como tampoco una religión sin curas o teólogos.

2.3 El derecho como conjunto de normas vigentes

En un tercer nivel de análisis (más profundo), la palabra “derecho” denota el conjunto de las normas vigentes. Es decir, el conjunto de normas efectivamente aplicadas (usadas para motivar las decisiones) en el pasado, y previsiblemente aplicables en el futuro, por los órganos aplicadores de formulaciones normativas: los jueces, la administración pública y los supremos órganos constitucionales (en cuanto concierne las normas constitucionales).¹⁷

Dicho con otras palabras: aunque existan diferentes interpretaciones y diferentes construcciones, uno (casi) siempre encuentra sincrónicamente varias interpretaciones y construcciones jurídicas generalmente aceptadas y dominantes – el “derecho en acción” como suele decirse.

Retomemos el ejemplo anterior: según una primera corriente jurisprudencial, el contenido del sistema jurídico consiste en {N1, N2, N3, N4, N5}; según la otra corriente, ese consiste en {N1, N2, N4, N5, N6}. Para identificar lo que de hecho dispone el derecho, debemos saber cuáles de esas normas están vigentes. Es perfectamente posible, por ejemplo, que del análisis empírico de las corrientes jurisprudenciales dominantes resulten vigentes las normas N1, N2, N4, N5, y quizás también una ulterior norma N7, pero no las normas N3 ni N6.

Resumiendo, por derecho se pueden entender al menos tres cosas diferentes:

- (i) un conjunto de *textos* normativos promulgados por los órganos legislativos;
- (ii) un conjunto de *normas* (expresas e implícitas) formuladas por los intérpretes;
- (iii) un conjunto de normas (expresas e implícitas) efectivamente *vigentes*.

3 REALISMO EPISTEMOLÓGICO

Aquí es necesario introducir otra distinción preliminar. En el lenguaje común de los juristas continentales, el trabajo habitual de los propios juristas suele llamarse “ciencia jurídica”, “doctrina” o “dogmática”. Sin embargo, estas expresiones pueden denotar (al menos) dos empresas intelectuales diferentes que uno debería distinguir:

¹⁷ Me refiero por supuesto a Ross 1958a. Véase, sin embargo, Bulygin 1991.

- (i) por un lado, la *ciencia jurídica* en sentido estricto – la “science of jurisprudence” (J. Austin¹⁸), la “ciencia del derecho” (Kelsen¹⁹) – eso es, la descripción científica (neutral, avalorativa) del derecho vigente;
- (ii) por otro lado, la *doctrina o dogmática*, o sea, la investigación académica del derecho y, en concreto, de aquellos textos normativos que se consideran como fuentes oficiales del derecho.

Por esta razón, el realismo epistemológico consiste en dos tesis diferentes. La primera es una tesis descriptiva relativa a la doctrina o dogmática tal y como ésta de hecho se desarrolla. La segunda es una tesis prescriptiva relativa al conocimiento científico del derecho.

3.1 Dogmática jurídica

Por las razones que ya hemos visto, la práctica efectiva de los juristas no puede ser considerada como una empresa genuinamente científica, dado que sus enunciados (o la mayor parte de ellos) no son verdaderos ni falsos, o sea, no tienen carácter cognitivo. Los enunciados interpretativos no son descriptivos, sino adscriptivos, y los enunciados que formulan normas implícitas, por su parte, son (subrepticamente) prescriptivos.²⁰ Los dogmáticos no describen el derecho – ellos participan en su creación.

Según un punto de vista característico de la filosofía analítica del derecho, la dogmática es un metalenguaje que tiene por objeto el lenguaje del “legislador”.²¹ Esta configuración de la dogmática es muy atractiva pero, por desgracia, es engañosa. El lenguaje del legislador y el lenguaje de los intérpretes son ambos objeto de un continuo proceso osmótico. El discurso de los juristas no “tiene por objeto” meramente el discurso de las autoridades normativas. Por el contrario, los juristas más bien modelan y enriquecen continuamente su objeto de estudio, como un violinista que intercala anotaciones apócrifas en la partitura que está ejecutando.

La interpretación y la construcción jurídica no son actividades jurídicas cognitivas – por lo contrario, ellas forman parte de la política del derecho²² y son, por tanto, parte (una parte esencial) del objeto mismo de estudio de la ciencia jurídica entendida en sentido estricto.

18 J. Austin 1995: 14, 112 s.

19 Kelsen 1992: 7 y 1966: cap. III.

20 Digo “subrepticamente” porque se presentan normalmente como enunciados existenciales que versan sobre normas – “La norma implícita N pertenece al (o existe en el) sistema jurídico S” – aunque sean genuinos enunciados que formulan normas, eso es, formulaciones de normas perfectamente “nuevas”.

21 Bobbio 2011.

22 Véase Kelsen 1992: 82. Ross 1958: 46.

Sin embargo, los juristas también contribuyen al conocimiento del derecho como veremos a continuación.

3.2 Ciencia jurídica

Desde el punto de vista de la forma del realismo jurídico esbozada en este artículo, la ciencia jurídica no puede consistir en la descripción de entidades abstractas tales como obligaciones o derechos y/o calificaciones deónticas de la conducta (“Es obligatorio que *p*”, “Está prohibido que *q*”), etc. Por lo tanto, sus enunciados no pueden ser enunciados deónticos que repiten (reiteran, como un eco²³) las normas a las que se refieren.²⁴

La ciencia jurídica entendida en sentido estricto puede asumir tres formas diferentes, conectadas con los tres conceptos de derecho presentados anteriormente.

(i) *Interpretación cognitiva*. Antes me refería a la interpretación “decisoria” (la adscripción de un determinado significado a un texto jurídico). En la práctica común de los dogmáticos, la interpretación decisoria es la tarea más importante. Sin embargo, ellos también realizan otras tareas, como la de la interpretación “cognitiva” que consiste en identificar varios significados posibles de un texto normativo sin privilegiar ninguno (“El texto T puede interpretarse en los sentidos S1 y S2”); se trata de identificar los significados admisibles de acuerdo con las reglas lingüísticas – sintácticas, semánticas, y pragmáticas – comparadas, los métodos de interpretación jurídica aceptados, y las teorías jurídicas existentes.

La interpretación cognitiva constituye una contribución al conocimiento del derecho entendido como conjunto de textos normativos, ya que pone en evidencia la ambigüedad de las formulaciones normativas y la vaguedad de las normas.²⁵

(ii) *Reconstrucción de corrientes jurisprudenciales*. Entendiendo el derecho como un conjunto – no de formulaciones normativas sino – de normas (expresas e implícitas), el análisis, la reconstrucción y la descripción de las corrientes (interpretativas y constructivas respectivamente) presentes en la cultura jurídica (en la dogmática y en la jurisprudencia) constituye una obvia contribución al conocimiento del derecho.

23 Scarpelli 1967.

24 Contrariamente a lo que piensa Kelsen. Véase por ejemplo Bulygin 1982.

25 Obsérvese como, además, los enunciados de la interpretación cognitiva pueden entenderse o bien como previsiones sobre las futuras decisiones interpretativas de los órganos de aplicación o bien como directivas interpretativas orientadas a guiar tales decisiones mediante la circunscripción del área de los significados admisibles del texto en cuestión.

Esto también forma parte de la práctica habitual de los dogmáticos y contribuye al conocimiento del derecho en cuanto paso preliminar necesario a la identificación de las corrientes dominantes. Y el conocimiento de las corrientes dominantes es, a su vez, preliminar a la identificación del derecho vigente.

(iii) *Descripción del derecho vigente*. Entendiendo el derecho como un conjunto de normas vigentes, el conocimiento y la descripción del derecho exige la identificación de las normas efectivamente aplicadas por los jueces y por otros órganos de aplicación.²⁶ (Es inútil añadir que donde no hay una norma vigente relativa al caso en cuestión, la ciencia jurídica solamente puede hacerse eco de los desacuerdos que existen en la jurisprudencia.)

Es posible afirmar, en consonancia con la opinión más difundida sobre el tema, que la ciencia jurídica consiste en un conjunto de “proposiciones normativas”.²⁷ No obstante, es necesario introducir dos ulteriores precisiones: la primera relativa a la forma lógica de las proposiciones normativas; la segunda a sus condiciones de verdad.

(a) Las proposiciones normativas, como ya se ha dicho, no son enunciados deónticos relativos a la calificación normativa del comportamiento.²⁸ Son, más bien, enunciados existenciales acerca de normas (vigentes). La existencia “jurídica” de una norma no es nada distinto de su pertenencia a un sistema jurídico. Las proposiciones normativas son por tanto enunciados que (independientemente de su forma sintáctica) afirman la pertenencia de normas (vigentes) a un sistema jurídico: “La norma N pertenece al sistema S”.

(b) Una proposición normativa es verdadera si y sólo si es previsible que la norma a la que se refiere será aplicada en el futuro. Por lo tanto, las proposiciones normativas pueden ser entendidas como proposiciones sobre contingentes futuros: esto es, como previsiones sobre la futura aplicación de las normas a las que se refieren.

—*Agradecimiento*.— Estoy muy agradecido a Mike Karlsson y a Stanley Paulson quienes leyeron y comentaron una primera versión de este artículo. También agradezco a dos evaluadores anónimos.

26 Véase nuevamente Ross 1958a: cap. 2, y Bulyigin 1991.

27 Véase, por ejemplo, Bulyigin 1982.

28 Guastini 2000.

Bibliografía

- John AUSTIN, 1995: *The Province of Jurisprudence Determined* (1832). Ed. W. E. Rumble. Cambridge: Cambridge U.P.
- John L. AUSTIN, 1962: *How to Do Things with Words*. Oxford: Clarendon Press.
- Norberto BOBBIO, 2011: *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), in Norberto Bobbio, *Saggi sulla scienza giuridica*. Torino: Giappichelli.
- Eugenio BULYGIN, 1982: Norms, Normative Propositions and Legal Statements, in *Contemporary Philosophy. A New Survey*. Vol. 3. Ed. G. Fløistad. Dordrecht: Kluwer.
- 1991: El concepto de vigencia en Alf Ross (1963), in C. E. Alchourrón & E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- John C. GRAY, 1948: *The Nature and Sources of the Law*. 2nd edition from the author's notes. New York: Columbia U. P.
- Riccardo GUASTINI, 1997: Interpretive Statements, in *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*. Eds. E. Garzón Valdés et al. Berlin: Duncker & Humblot.
- 2000: *Sollsätze*. An Exercise in Hard Legal Positivism, *Rechtstheorie* 31 (2000) 2.
- 2011a: *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè.
- 2011b: Rule-Scepticism Restated, in *Oxford Studies in Philosophy of Law*. Vol. 1. Eds. L. Green & B. Leiter. Oxford: Oxford U. P.
- 2013: Juristenrecht. Inventing Rights, Obligations, and Powers, in *Neutrality and Theory of Law*. Eds. J. Ferrer Beltrán et al. Dordrecht: Springer.
- Hans KELSEN, 1950: *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. London: Stevens & Sons.
- 1967: *Pure theory of Law* (1960). Trans. M. Knight. Berkeley: University of California Press.
- 1973: Law and Logic (1965), in *Essays in Legal and Moral Philosophy*. Ed. O. Weinberger. Trans. P. Heath. Dordrecht: Reidel.
- 1991: *General Theory of Norms* (1979). Trans. M. Hartney. Oxford: Clarendon.
- 1992: *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1934). Trans. B. Litschewski Paulson & S.L. Paulson. Oxford: Clarendon.
- Karl OLIVECRONA, 1971: *Law as Fact*. 2nd ed. London: Stevens & Sons.
- Alf ROSS, 1957: Tü-Tü, *Harvard Law Review* 70 (1957) 5.
- 1958a: *On Law and Justice* (1953). London: Stevens & Sons.
- 1958b: Definition in Legal Language, *Logique et analyse* (1958) 3-4.
- Uberto SCARPELLI, 1967: Le 'proposizioni giuridiche' come precetti reiterati, *Rivista internazionale di filosofia del diritto* (1967) 44.
- Giovanni TARELLO, 1974: *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino.
- 1980: *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè.