



Revus

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

29 | 2016

**Models of Legislative Authority, Interpretation,
Realism, and Defeasibility**

Para una teoría realmente realista del derecho

Mauro Barberis

Traductor: Jorge Baquerizo Minuche



Edición electrónica

URL: <http://revus.revues.org/3561>

DOI: 10.4000/revus.3561

ISSN: 1855-7112

Editor

Klub Revus

Edición impresa

Fecha de publicación: 10 octubre 2016

Paginación: 15-23

ISSN: 1581-7652

Referencia electrónica

Mauro Barberis, « Para una teoría realmente realista del derecho », *Revus* [Online], 29 | 2016, Online since 12 October 2016, connection on 10 June 2017. URL : <http://revus.revues.org/3561> ; DOI : 10.4000/revus.3561

All rights reserved

Carta a los Directores

Para una teoría realmente realista del derecho

Una doctrina realista de las fuentes del derecho se apoya en la experiencia, pero reconoce que no todo el derecho es derecho positivo en el sentido de "formalmente establecido".

(Ross 1963: 98)

Andrej Kristan me ha hecho notar que en algunos de mis recientes trabajos se advierte una inversión de la relación comúnmente instituida entre la legislación y la adjudicación.¹

En efecto, la teoría *mainstream* –un mix de positivismo y de realismo jurídico– tiende a reducir el derecho a la legislación y la adjudicación a la interpretación de la ley. En los trabajos antes referidos, en cambio, la relación se invierte: la función principal del derecho es la adjudicación, mientras la legislación deviene mayormente en un modo de controlar y limitar a aquella.²

Andrej me ha pedido delinear, en pocas páginas, los contornos de esta inversión que, auto-irónicamente, etiqueto *teoría realmente realista del derecho*. Pero no espere el lector de *Revus* una teoría, ni bosquejada ni plenamente desarrollada; en lo que sigue me esforzaré solamente de mostrar tal posibilidad.

1 TEORIA DEL DERECHO

Ante todo, hay que preguntarse ¿qué es una teoría del derecho? (*general jurisprudence, allgemeine Rechtslehre*), o mejor: ¿qué hacen realmente los teóricos del derecho? Mi respuesta es que ellos hacen esencialmente dos cosas, que no

1 Véase Barberis 2015 y Barberis 2016. Agradezco a Andrej por esta observación, de la que asumo toda la responsabilidad, y más aún por la invitación a colaborar en *Revus*.

2 Una inversión similar se encuentra notoriamente en Gray, 1909: 78-79: las decisiones de los jueces constituyen *the law*, mientras la legislación es sólo la principal *legal source*. Véase también Guastini (2015: 45): «the law is the set of norms in force [...] applied [...] by law-applying agencies» [«el derecho es un conjunto de normas vigentes [...] aplicadas [...] por los órganos de aplicación jurídica» (*Nota del traductor*)].

son recíprocamente excluyentes y que se encuentran en cada teoría; la medida de la una y de la otra es determinada sobre todo por la organización curricular en las universidades en las que el teórico opera.

Quien cultiva la teoría del derecho como parte general del derecho privado, o penal, o constitucional, tiende a concebirla como una continuación de la dogmática jurídica en un nivel de abstracción más alto: como un análisis del lenguaje utilizado por los juristas para estudiar e interpretar el derecho. Este primer tipo de teoría tiene evidentes ventajas, particularmente si se la confronta con la filosofía del derecho especulativa. Pero tiende a sobrevalorar el papel de la dogmática jurídica, central en la cultura jurídica continental, y a hacer suyo el horizonte cognoscitivo. Por ejemplo, adopta el etnocentrismo: la tendencia a considerar, como universales, los conceptos manejados por la dogmática jurídica continental.

Quien cultiva la teoría del derecho como materia en sí misma, en cambio, tiende a concebirla como un estudio histórico y comparativo del derecho y de los fenómenos que desempeñan las mismas funciones en las distintas épocas y culturas. A los instrumentos de la lógica y de la lingüística, indispensables en cualquier investigación, este segundo tipo de teoría agrega aquellos de las ciencias sociales como la historia, la sociología, la ciencia política, la economía, como también sus respectivas epistemologías. En comparación con el primer modelo teórico, el segundo es más general porque busca dar cuenta de más fenómenos; pero menos abstracto, porque distingue mejor sus especificidades históricas y culturales.

Una teoría realmente realista es predominantemente una teoría del segundo tipo. Es más general precisamente porque está centrada en la adjudicación: el modo de componer las controversias más general de la legislación.³ Pero a su vez es menos abstracta porque distingue diversas formas y aspectos de la adjudicación, de los cuales la interpretación de las leyes es sólo una de tantas. Como veremos seguidamente, esta teoría se presenta como una ulterior extensión, en el sentido realista y evolucionista, del positivismo jurídico.

2 POSITIVISMO, REALISMO, EVOLUCIONISMO

La teoría del derecho dominante, se ha dicho, es hoy en día una extensión (en sentido realista) de la tradición de estudios teóricos denominada positivis-

3 Véase Raz (1985: 138): «La existencia de instituciones creadoras de normas, aunque características de los sistemas jurídicos modernos, no son un rasgo necesario de todos los sistemas jurídicos; pero la existencia de cierto tipo de instituciones aplicadoras de normas sí lo es».

mo jurídico.⁴ Una teoría realmente realista es una ulterior extensión en sentido realista y también evolucionista de la tradición dominante. Pero *positivista, realista y evolucionista* ¿en qué sentido?

Por *positivismo jurídico* me refiero a la teoría del derecho positivo, social, efectivo, distinto de la moral crítica predominantemente ejercida por la milenaria tradición iusnaturalista. Para los teóricos iuspositivistas (aquellos que comenzaron a operar después de la codificación continental del derecho), derecho positivo y moral positiva, pero también costumbre y religión, son fenómenos distintos aunque conectados en modo diverso según la época y la cultura. En la antigüedad, y en las culturas no occidentales, a menudo ni siquiera existen los nombres para distinguirlos; en Occidente y después de la codificación, en cambio, distinguirlos se ha convertido en algo esencial.

El *realismo jurídico* es la forma de positivismo que privilegia la adjudicación respecto a la legislación. Hoy en día no hay teoría que no reconozca la creación judicial del derecho, especialmente bajo la forma de interpretación, a menudo considerada como legislación judicial. Pero una teoría del derecho radicalmente realista, en cambio, considera a la adjudicación –esto es, la composición de las controversias, la administración de justicia– como una función más general y esencial de la legislación (que deviene sobre todo en un mecanismo para controlar a la primera).

El *evolucionismo jurídico*, por último, es la ulterior extensión de las tradiciones positivista y realista que critica el creacionismo: la tendencia a atribuir los fenómenos a la voluntad y al diseño de uno o varios creadores. También la evolución biológica, después de todo, puede depender de actos humanos: piénsese en los cruces de razas realizados por los ganaderos, o en los proyectos de los ingenieros genéticos. Pero nadie diría que los ganaderos o los ingenieros genéticos crean vida: se dice más bien que el mundo fue creado por Dios, o que el derecho es creado por el legislador o por los mismos jueces.

Ciertamente, comparado con la biología, el derecho depende más de actos de producción humana. Sin embargo, no es posible reducirlo a la mera suma o a los diferentes efectos de cada uno de esos actos. Ni legisladores ni jueces pueden tener la pretensión de crear derecho, sino tan sólo de contribuir a su producción participando en aquello que los teóricos norteamericanos llaman el *legal process*. El derecho mismo no es un mero conjunto de normas, sino su sistema u orden. Y como todos los sistemas, también el derecho tiene propiedades *emergentes* (véase § 5), propiedades adicionales a las de sus partes, determinadas por la evolución de las relaciones entre ellas.⁵

4 Cfr. paradigmáticamente Leiter 2007. Una tradición de investigación conecta teorías o doctrinas ligadas por conexiones que son más históricas que conceptuales.

5 La idea, pero no el término, se remonta al *System of Logic* (1843) de John Stuart Mill. Para una aplicación del concepto al derecho europeo, cfr. Ferrera 2016: 94.

3 DOCTRINA DE LAS FUENTES

Mientras que los teóricos del segundo modelo distinguido en el apartado § 1 se ocupan de las fuentes sociales del derecho, aunque en un sentido más amplio de lo teorizado por Joseph Raz, los del primer tipo se ocupan especialmente de las fuentes formales estudiadas por la dogmática jurídica continental. Después de la Revolución Francesa, en particular, este tipo de teoría ha hecho suya la narración de los orígenes del derecho así como la doctrina de las fuentes, típica de la dogmática jurídica continental.

Según esta doctrina, todo derecho tendría origen político: nacería de un acto creador del poder constituyente, atribuido al pueblo, que instituiría el poder legislativo y, a través de este, a todos los demás poderes constituidos. Todo el derecho, pues, sería producido por fuentes formales de tipo legislativo –constitución, leyes, reglamentos– jerarquizados según el poder que lo produce. Otras fuentes del derecho –costumbre, doctrina, la misma jurisprudencia del *civil law*– serían no formales, sino “culturales”: útiles solo para integrar, comentar o aplicar las fuentes formales.

Pero esta doctrina también pretende la generalidad: el *common law*, en efecto, también ha sido caracterizado así por los positivistas jurídicos ingleses. Los conquistadores normandos de Inglaterra, especie de poder constituyente *avant la lettre*, en lugar de legislar directamente habrían instituido cortes regias, que han producido el *common law*. Esto, a su vez, ha sido concebido por los mismos positivistas ingleses, a partir de Thomas Hobbes, como una especie de legislación judicial, aunque de hecho anterior a la legislación del Parlamento.

Una teoría del derecho realmente realista relata una historia diferente y extrae consecuencias diferentes. Siempre ha habido, en Occidente, órganos de composición de controversias, llamados a administrar justicia entre las partes, denominados árbitros, jueces o tribunales. Los monarcas ingleses, como los continentales, sólo instituyeron nuevos órganos que prevalecieron sobre los demás en un proceso de selección institucional. Estos eran más eficientes porque, de hecho, eran apoyados por el poder central, y en el caso inglés emulaban también la justicia local, otorgando un papel decisivo a la judicatura.

En esta otra narración, la legislación ha prevalecido sobre otras fuentes del derecho porque primero fue aplicada por las cortes regias, porque después fue codificada y, por último, porque fue legitimada a través de la ideología democrática del poder constituyente. Una auténtica *teoría* (cognoscitiva) de las fuentes, por otra parte, no debe necesariamente reproducir la doctrina (normativa) continental. Ella está obligada no sólo a explicar el rol penetrante que ha jugado la legislación en los sistemas del *common law*, sino también a dar cuenta de otras fuentes jurídicas efectivamente utilizadas por los tribunales. La mejor aproximación a esta teoría de las fuentes se encuentra en Alf Ross.

4 TEORÍA DE LAS FUENTES

La doctrina de las fuentes construida sobre el poder constituyente pretende que toda norma, para poder decir que es jurídica, haya sido producida por una autoridad normativa habilitada por una norma superior para producirla. Obviamente este requisito no puede valer, sin desencadenar un recurso al infinito, para el mismo poder constituyente (concebido como hecho originario, acto revolucionario, fuente *extra ordinem*, y similares expresiones). Pero este requisito, de hecho, no explica la aplicación judicial de fuentes jurídicas adicionales: costumbre, doctrina, jurisprudencia, normas implícitas, normas extranjeras que no son objeto de reenvío, etc.

De hecho, la teoría esbozada por Ross en el tercer capítulo de *On Law and Justice* (1952; 1958) enumera cuatro principales fuentes del derecho, de las cuales al menos tres *no son* producidas por autoridades normativas habilitadas por una norma superior (y diferentes, por tanto, del derecho legislativo). Lo declara *apertis verbis* el mismo Ross: «A realistic doctrine of the sources builds on experience, but recognises that not all law is positive, in the sense of “formally established”».⁶

A continuación transcribiré el listado de Ross en orden inverso al suyo –esto es, de la razón o tradición a la legislación, pasando por costumbre y precedente– enfatizando los rasgos realistas del listado y señalando los residuos creacionistas. El principal rasgo realista es la caracterización de las fuentes como simples materiales usados por los jueces en la adjudicación. El residuo creacionista, por otro lado, consiste en metáforas aplicadas por Ross a tales materiales: la asimilación de la razón y la tradición como materias primas, de la costumbre y del precedente como productos semi-elaborados, y de la legislación como producto acabado.⁷

El *primer* tipo de fuente es la razón, o más bien la tradición: fuente “libre” o simple materia prima que el juez puede modelar como quiera. Pero es dudoso que la razón o la tradición puedan etiquetarse como fuentes en cuanto tales: a menudo han sido solo requisitos de la legalidad de otras fuentes, como la costumbre. Aunque bien es cierto que, durante largos siglos, los tribunales o juzgados, especialmente ingleses, produjeron un derecho “libre” de este tipo, que fue

6 Véase Ross (1963: 98). Poco antes, en efecto, se lee: «La palabra “positivismo” es ambigua. Puede significar tanto “lo apoyado en la experiencia” como “lo que está formalmente establecido”».

7 Véase Ross (1963: 75): «hablando metafóricamente, podemos quizá decir que la legislación entrega un producto terminado, listo para ser utilizado, mientras el precedente y la costumbre solo entregan productos semi-manufacturados que tienen que ser terminados por el propio juez, y la “razón” solo produce ciertas materias primas a partir de las cuales el propio juez tiene que elaborar las reglas que necesita».

considerado razonable, tradicional y no arbitrario al haber sido producido por unos pocos Jueces Reales unidos por una cultura compartida.

El *segundo* tipo de fuente es la costumbre jurídica, distinguida con dificultades de la costumbre no jurídica. Los principales criterios distintivos adoptados han sido sustanciales, entre los cuales está la conformidad con la razón y la tradición, o puramente formales, como la aplicación por parte de los jueces. Ross combina los dos tipos de criterios considerando como jurídicas a las costumbres formadas en ámbitos regulados por el derecho, de tipo judicial.

El *tercer* tipo de fuente, originado por los dos primeros, es el precedente judicial, que se distinguió de aquellos cuando la *House of Lords* se declaró vinculada a sus propios precedentes, del mismo modo que los jueces continentales estaban subordinados a los códigos. Actualmente, también en los países del *common law*, tal vez no haya materia que no esté regulada por las leyes; sin embargo, esto no reduce el papel del precedente. También la aplicación de la ley, en efecto, produce precedentes vinculantes para los jueces posteriores.

El *cuarto* y último tipo de fuente es la misma legislación: forma de derecho tan paradigmática que vuelve casi inconcebibles a las otras, y sin embargo tan altamente difusa que necesita ser dividida, al menos, en legislación constitucional, parlamentaria y administrativa (o reglamentaria).

Por lo demás, para una teoría realmente realista de las fuentes del derecho es indispensable aportar una corrección, una crítica y una actualización con respecto al texto de Ross, que data de hace casi sesenta años.

La *corrección* subraya que ni siquiera la legislación es un producto acabado en absoluto. Como muestra el mismo Ross en el cuarto capítulo de *On Law and Justice* (sobre la interpretación), la legislación es solo un producto *más* acabado que la costumbre y el precedente, pero también sujeto a interpretación judicial. Esto no significa que la aplicación de la ley sea siempre más previsible que la del precedente. Su previsibilidad depende de muchos factores ulteriores a la elaboración de las leyes: organización de la magistratura, contexto político, grado de pluralismo social, etc.

La *crítica* observa que la primacía de la legislación sobre la adjudicación no puede depender de la “dignidad” democrática de la primera, sin correr el riesgo de oscurecerse. Ya en el siglo XIX, después de todo, el principal tipo de legislación no era la ley parlamentaria sino el código, fuente “aristocrática” producida por juristas. Y hoy en día la legislación de iniciativa parlamentaria es netamente minoritaria en comparación con la legislación de iniciativa del gobierno: el derecho, así, es más tecnocrático y autocrático antes que democrático. No en vano, el control sobre él está garantizado menos en los parlamentos democráticos, a menudo controlados por el ejecutivo, que en los Tribunales Supremos o Constitucionales, legitimados sólo para la tutela de los derechos.

La *actualización*, por último, destaca que la legislación parlamentaria no es la fuente suprema del derecho. En los estados nacionales estará supeditada a la Constitución: considerada auténtico derecho y no moral positiva, como pensaba John Austin, precisamente porque también es aplicada por los jueces, constitucionales y ordinarios. En muchos estados y especialmente en la Unión Europea, además, la legislación interna está sujeta a las limitaciones del derecho internacional. Y también la juridicidad de este depende menos de criterios formales cuanto de su efectiva ejecución por parte de los jueces, tanto internos como internacionales.

5 LA “CRISIS” DE LAS FUENTES

La inversión de roles entre legislación y adjudicación, que caracteriza a la teoría realmente realista, está documentada por un último fenómeno: la llamada “crisis” (de la doctrina) de las fuentes. Producida por la Revolución francesa, y legitimada por la ideología democrática del poder constituyente, dicha doctrina establecía qué fuentes debían aplicarse por los jueces y cuáles no. Tras el fracaso de experimentos como el *référé législatif*, no se pudo impedir que se interpreten o integren las fuentes; pero se estableció que los jueces debían aplicar las fuentes establecidas, de las cuales fue excluida la misma jurisprudencia.

La teoría del derecho *mainstream* todavía se basa en este compromiso: los jueces sólo pueden interpretar las fuentes establecidas por el constituyente o por el legislador. Pero la crisis (de la doctrina) de las fuentes pone en entredicho este compromiso. En efecto, los grandes tribunales supremos, constitucionales e internacionales, se auto-atribuyen también el poder de elegir las fuentes. En particular, estos elevan, al rango de fuentes supremas, a materiales normativos antes no considerados formalmente jurídicos, y re-determinan las relaciones jerárquicas entre éstos y las fuentes formales.⁸

Ello ha ocurrido muchas veces, desde *Marbury vs. Madison* (1804) en adelante, y en casos mucho más dudosos de la constitución federal estadounidense. Tratados europeos han sido interpretados como documentos instituyentes de la Comunidad Europea; preámbulos de constituciones han sido asimilados al *bloc de constitutionnalité* francés; *leyes fundamentales* han sido utilizadas como constitución de Israel, etc. Los efectos de tales decisiones –que constituyen ejemplos de las propiedades emergentes de los sistemas jurídicos (cfr. § 2 *in fine*)– son todavía etiquetados a veces como crisis de las fuentes; pero, en su conjunto, la dogmática constitucional ya ha tomado nota del fenómeno.

Sobre la crisis (de la doctrina) de las fuentes, precisamente el realismo jurídico más radical, representado por teóricos del derecho continentales como

8 Esta es la tesis de fondo de Pino 2011.

Michel Troper y Riccardo Guastini, manifiesta una curiosa ambivalencia. Por un lado, ellos han estado entre los primeros en señalar el fenómeno, y a menudo extraen las mismas consecuencias que podría extraer una teoría realmente realista, como veremos enseguida. Pero, por otro lado, argumentan que estas decisiones a menudo están poco o nada justificadas, y cuando a veces lo están, Troper las acusa de incurrir en la *constitutionalist fallacy*.⁹

Hay, en esta resistencia, un residuo de formalismo continental; como teóricos del derecho del primer tipo, en la estela de Hans Kelsen, quizás ambos intercambian la doctrina continental de las fuentes por una auténtica teoría general de las fuentes. Sin embargo, Guastini extrae de la llamada crisis de las fuentes –en realidad, mera evolución de sus relaciones– la misma conclusión que extraería una teoría realmente realista. Evidentemente, las fuentes supremas, y su jerarquía, se fijarán en última instancia por la adjudicación constitucional.¹⁰

Para concluir, diré una última cosa acerca del temor que provocaría que una teoría realmente realista del derecho, a pesar de su carácter cognoscitivo, legitime oblicuamente el llamado gobierno de los jueces. “Gobierno de los jueces” es una contradicción de términos. La adjudicación es estructuralmente distinta del gobierno, precisamente porque puede ejercitarse sólo en negativo, a iniciativa de terceros; por consiguiente, puede controlar al máximo el gobierno ajeno, pero no puede ejercerlo en primera persona.

Pero además, y sobre todo, la jurisprudencia de los tribunales funciona un poco como las teorías epistemológicas de Willard Quine. En los márgenes o, si se quiere, en las altas esferas del derecho constitucional e internacional, se dan a veces cambios espectaculares, determinados por una sola “gran decisión”. Pero en el gran cuerpo de la práctica judicial, en los pisos inferiores del derecho civil, penal y administrativo, los cambios regulativos requieren de muchas más decisiones para “hacer jurisprudencia”, y son mucho más lentos, graduales e intersticiales.

Mauro Barberis

*Professor of Legal Philosophy at the
University of Trieste (Italy)*

*Traducido al español por
Jorge Baquerizo Minuche*

9 Véase Troper 2005.

10 Véase Guastini 2008: 124-125.

References

- Mauro BARBERIS, 2015: Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44: 67-101.
- Mauro BARBERIS, 2016: Pragmatics of Adjudication. In the Footsteps of Alf Ross, in A. Capone and F. Poggi (eds.), *Pragmatics and the Law*, Berlin: Springer, 2016.
- Maurizio FERRARA, 2016: *Rotta di collisione: euro contro welfare?* Roma-Bari: Laterza.
- John GRAY, 1997: *The Nature and the Sources of the Law* (1909; 1921). Aldershot: Ashgate/Darhmouth.
- Riccardo GUASTINI, 2008: *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè.
- Riccardo GUASTINI, 2015: A Realistic View on Law and Legal Cognition. *Revus*, 27: 45-54. DOI : 10.4000/revus.3463
- Brian LEITER, 2007: *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- Giorgio PINO, 2011: Costruzione, decostruzione, ricostruzione. *Ars Interpretandi*, 16: 19-56.
- Joseph RAZ, 1985: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. Trad. por Rolando Tamayo y Salmorán. México: UNAM.
- Alf ROSS, 1963: *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. por Genaro R. Carrió. Buenos Aires: EUDEBA.
- Michel TROPER, 2005: Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist Fallacy, *I•Con. International Journal of Constitutional Law*. 3/1: 24-38.