

# DERECHO JURISPRUDENCIAL Y DERECHO LEGISLATIVO\*

ALESSANDRO PIZZORUSSO

Catedrático de Derecho Constitucional  
en la Universidad de Pisa (Italia).

La contraposición entre “derecho jurisprudencial” y “derecho legislativo” es la más importante entre aquellas que pueden ser utilizadas para clasificar las formas de producción normativa que se han sucedido en el transcurso de varios ordenamientos jurídicos, y que todavía deben ser tenidos en cuenta para quien quiera analizar los problemas de las “fuentes del Derecho” desde una perspectiva comparada. Por cuanto existan formas de producción normativa que no son reconducibles a estos dos grupos (como es el caso del derecho fundado en la costumbre y aquél otro nacido en el acuerdo entre las partes), no deja de ofrecer dudas que sean estas dos categorías las que canalicen la mayor parte de las formas de producción normativa conocidas y, en particular, aquellas que aparecen como más importantes, sea en la perspectiva histórica como en la comparada.

En la noción del derecho jurisprudencial tiene cabida, además del derecho de origen judicial -que tiene su forma principal en el “precedente”, todavía reconocido como fuente legal de primera importancia en el ámbito de los ordenamientos del *common law*, y del derecho basado en la “doctrina”, como es el caso, fundamentalmente, del derecho romano-, toda otra forma de derecho que instaura su autoridad sobre la racionalidad de los principios o de las reglas que propone observar como derecho, de manera que, por ejemplo, puedan reconducirse al derecho jurisprudencial también los casos en los cuales un ordenamiento jurídico es aplicado en áreas diferentes de aquellas para las que fue concebido originariamente, pero para las que ha adquirido eficacia vinculante, en virtud de haberse extendido la convicción de su capacidad de resolver racionalmente los problemas prácticos (como se verifica, a manera de ejemplo, en los casos en los cuales se habla de derecho “transnacional”).

En la noción de derecho legislativo vuelven a ingresar, por el contrario, todas aquellas formas de producción normativa que esbozan su origen en la autoridad que una persona ejerce cuando actúa como órgano de una comunidad, y que involucra justamente la potestad de dictar principios y reglas; sea en virtud de un ordenamiento conferido a través de tales principios y reglas; sea en virtud de un poder tiránico conquistado y ejercitado en un modo u otro; sea en virtud de la capacidad de revelar la voluntad de una divinidad, a su vez reconocida en el ámbito de la religión profesada por una determinada comunidad, sobre la base de las revelaciones de los profetas o de las declaraciones de pontífices o sacerdotes. En la época moderna, sobre todo en Occidente, han adquirido particular autoridad los poderes ejercidos sobre la base del método democrático, esto es, resultantes de formas de investidura fundadas sobre la “representación política”

ca” (o a veces directamente sobre la “democracia directa”), incluso si el funcionamiento de estos sistemas resulta a veces más bien carente de sus presupuestos teóricos.

El control de constitucionalidad de las leyes, por otra parte, constituye uno de los institutos que más claramente muestran como ambas formas de producción normativa, no siendo necesariamente independientes, pueden encontrar puntos de conexión. Cuando ello ocurre, en efecto, podemos tener sentencias (tendencialmente idóneas para producir derecho jurisprudencial) que influyen sobre los efectos de actos producidos por el derecho legislativo, en tanto que algunas veces aquellas vienen sometidas a exigencias de publicidad del tipo propio de los actos legislativos. El problema radicaría, entonces, en si deben ser ellas consideradas como tipos de derecho legislativo.

Caso intermedio es también el que se da cuando la función de fuente del derecho viene desarrollada, en el campo de los derechos religiosos, por un “texto sacro”. En efecto, en cuanto fruto de revelaciones (situación similar a una promulgación), éste desempeña un rol similar a aquél propio de una fuente legislativa (con una formulación estilística muy parecida). Sin embargo, más que por la letra del texto sacro por la interpretación que de éste viene dada, el producto final del derecho religioso en cuestión asume muchas semejanzas con aquellas generalmente propias del derecho jurisprudencial.

Por otro lado, quisiera señalar sobre todo aquí la diferencia estructural que existe entre derecho jurisprudencial y derecho legislativo, y que tiene un rol fundamental para la organización de cualquier análisis del sistema de las fuentes del derecho. El derecho legislativo, como todos saben, se realiza a través de la creación de “leyes”, es decir, de actos normativos -cuyo ejemplo más refinado son los “códigos”- adoptados por una autoridad que ocupa una posición política en el ámbito del ordenamiento constitucional, y que ostenta la titularidad de la función legislativa. En este sentido, entonces, tanto las “constituciones” modernas como los “reglamentos” del ejecutivo – y otras fuentes de análoga estructura- son derecho legislativo como lo son las leyes.

Se podrían individualizar muchas otras particularidades propias de éstos, pero la connotación esencial de este tipo de producción normativa es aquella que deriva del hecho que los actos normativos son adoptados por una autoridad de tipo político. A partir de cierta fase histórica, se entiende que tal autoridad deba tener una investidura democrática, es decir, que el ejercicio de la función legislativa deba ser inspirada por el pueblo, por el conjunto de ciudadanos. Las modalidades a través de las cuales la investidura sobreviene pueden ser muy diversas, y no es del todo excluido que algunas veces esta relación de investidura pueda atenuarse en algún grado, si no absolutamente perderse del todo. Aquello, sin embargo, asume relieve sólo donde se quiera valorar cuánto, en un determinado ordenamiento constitucional, los principios democráticos son respetados. Desde el punto de vista técnico-jurídico, en efecto, una

**Nota de los editores:** El presente artículo tiene como título original *Diritto giurisprudenziale e diritto legislativo*. La traducción que ofrecemos a continuación ha sido realizada por M. Christian Ojeda Zaga, miembro de la Asociación Civil Foro Académico.

ley es tal en tanto sea adoptada por una autoridad que tiene el poder de originarla, cualquiera que sea el fundamento de esta autoridad. En sentido estrictamente técnico, también las leyes de Hitler eran leyes, lo que no excluye, naturalmente, que sus otros planes se puedan valorar bien de otra forma que como leyes.

El derecho legislativo se articula en constituciones, leyes, reglamentos y otras fuentes variadamente símiles a éstas; y, según el principio democrático, las leyes deberán en línea máxima ser obra de una asamblea representativa, es decir, electa y capaz de representar a los electores (los criterios con los cuales esta representación se realiza no son evidentemente rigurosos como los de la representación del derecho privado, pero existe de todas maneras una tradición ya consolidada de lo que debe entenderse por representación política). Algunas veces, sin embargo, se admite que el poder legislativo pueda ser delegado a sujetos que no están investidos para esta función: esto ocurre, por ejemplo, en muchos países en virtud de la delegación legislativa de los parlamentos a los gobiernos. En algunos casos, pues, se admite también que, en virtud de una ley o de una norma constitucional de habilitación, poderes normativos sean ejercidos también por una autoridad privada de investidura democrática, incluso sin una delegación por parte de la autoridad que sí tenía.

Pero dejamos todas éstas variantes y limitémonos a considerar la idea más general del derecho legislativo, es decir aquel derecho que resulta de actos normativos formados basándose en un cierto tipo de "procedimiento" ( que se llama precisamente "procedimiento legislativo" y se contrapone al "procedimiento administrativo" y al "proceso jurisdiccional"), y que tiene la estructura normalmente propia de los actos normativos, divididos en artículos, por ejemplo, y proposiciones que enuncian principios o reglas según un estilo característico, quizás literariamente poco apreciable, pero esencial para que las personas que usen estos textos puedan hacerlo sin demasiadas complicaciones.

En los países del *common law*, en los cuales el derecho jurisprudencial es todavía oficialmente reconocido como fuente de derecho (Gran Bretaña, Estados Unidos de Norteamérica, Australia, Canadá, etc.) esto resulta esencialmente por los "precedentes" judiciales, que son las afirmaciones en cuestión de derecho adoptadas por los jueces como *rationes decidendi* de pronunciamientos concretos. Por lo tanto, el derecho de este tipo no es el resultado de los juzgados, sino de los presupuestos de derecho de los pronunciamientos que allí se determinan, y estos presupuestos constituyen la motivación en materia de derecho de la resolución que a sido adoptada por el juez para decidir un caso concreto. Cada vez, frente a un caso concreto, el juez, sobre la base de toda una serie de consideraciones, llega a la conclusión de que debe aplicarse cierta regla: se establece, de ese modo, un precedente; y es la *ratio decidendi* del pronunciamiento adoptado (y no la condena, la absolución, etc., en ella contenida) la que constituye derecho jurisprudencial, sobre la base del principio del *stare decisis*.

El derecho jurisprudencial de origen judicial se compone por lo tanto de las *rationes decidendi* individuales de los jueces, en el curso de los siglos, para decidir los casos que son presentados ante ellos. Por lo tanto, cuando en un país del *common law* se presenta un problema práctico a resolver por un juez, los abogados de las partes van a ver, primero, si por casualidad existe ya un caso similar ya debatido delante de un juez. Y si ello es así, analizan la sentencia del juez anterior para observar cual ha sido la *ratio decidendi* de ésta. Es decir, cual a sido la norma de derecho que el juez ha puesto en la base

de su pronunciación. En Inglaterra, si existe identidad entre el caso actual y aquél verificado anteriormente, aún cuando haya ocurrido hace muchos siglos, el juez del nuevo caso debe equipararse al precedente, a menos que recurra a algunas hipótesis que no son el caso ilustrar aquí. Y por tal razón se dice que en Inglaterra el precedente tiene carácter vinculante (*binding*). El deber del abogado al cual se opone un precedente será, por lo tanto, demostrar que el hecho con referencia al cual fue establecida la *ratio decidendi* desfavorable a su cliente, es disímil de aquel actualmente en estudio y que, por tanto, es "distinto" de éste, con la consiguiente inaplicabilidad de la *ratio* invocada.

En los Estados Unidos de Norteamérica y en la mayor parte de los países del *Common law*, en cambio, el precedente no tiene carácter estrictamente vinculante, pero es "persuasivo" (*persuasive*), y aquello significa que el nuevo juez está fuertemente sugerido de seguir la regla que ha sido utilizada por su predecesor, pudiendo no obstante apartarse en los casos en que sostenga tener buenas razones para ello. Eso hace que, en el lenguaje jurídico americano ordinario, pueda hablarse de "malos precedentes" para indicar *rationes* que, por cualquier causa, no resultan muy convincentes: porque, por ejemplo, se considera que el juez que había decidido en su tiempo había fallado, o también simplemente porque se entiende que la regla adoptada no es la más adecuada para la situación actual. Naturalmente esto no impide que también en los países que no atribuyen al precedente una eficacia absolutamente vinculante, ésta sea algunas veces muy fuerte. Pero la medida de tal eficacia depende de la relevancia del juez que ha pronunciado la sentencia, más que de los motivos de orden formal.

Si cree generalmente que existe una radical diferencia entre los ordenamientos que siguen la regla del *stare decisis* y aquellos que oficialmente no lo hacen (como el ordenamiento italiano y, en general, los ordenamientos de los países de la Europa continental y los demás que tienen inmediata influencia político cultural de ésta). En realidad, la diferencia es mucho menos profunda de lo que parece. Si se prescindiera del modelo inglés, donde en determinados casos, al menos, el precedente tiene carácter vinculante —que además para ciertas situaciones aparece en fase recesiva—, será fácil darse cuenta confrontando el caso americano (que es el más importante) con el caso italiano, francés o alemán: sabemos todos que si un abogado italiano debe dar un parecer a un cliente sobre la oportunidad de encaminar un juicio o de afrontarse a él, no se limitará a establecer cuál sea la ley que regule el caso, sino normalmente y, sobre todo, en ciertas materias, buscará también establecer cuáles son los precedentes jurisprudenciales y, en particular, "que cosa dice la casación", de modo tal que termine buscando también la existencia de un derecho jurisprudencial

Si bien el precedente establecido por las "máximas" (como se dice en Italia) de las sentencias de la Corte de Casación ciertamente no son vinculantes y oficialmente ni siquiera persuasivos, algunas disposiciones del Código de Procedimientos Civiles y de la Ley del Ordenamiento Judicial demuestran como éstos no son del todo irrelevantes. El artículo 65º del ordenamiento legal afirma, como ejemplo, que compete a la Corte de Casación asegurar "la uniforme interpretación de la ley" y "la unidad del derecho objetivo nacional", y el artículo 68º de mismo texto establece que cerca de la Corte de Casación existe una oficina que tiene la función de redactar las máximas de las sentencias de la Corte. Sin extenderme mas allá sobre este punto, me parece claro como todo esto demuestra que los precedentes judiciales, aun en sistemas como el italiano, francés o alemán, algún peso tienen.

Evidentemente en Italia hay disfunciones, que hacen así que la regla del precedente, incluso así pensada, funcione escasamente: la Corte de Casación italiana está compuesta por algunos centenares de magistrados (para cincuenta y siete millones de habitantes) y es por tanto difícil que éstos respeten el precedente; frecuentemente no están en grado ni siquiera de conocerlo, por que tal vez dos salas de la Corte deciden simultáneamente un mismo problema no conociendo una de la otra. En los Estados Unidos de Norteamérica, en cambio, la Corte Suprema es una sola: está compuesta de sólo nueve jueces, respecto de una población de doscientos setenta millones de habitantes.

Llegamos ahora a otro punto de fundamental importancia: el derecho jurisprudencial se forma a través de decisiones tomadas considerando exclusivamente el pasado; el juez se pronuncia sobre un caso, basándose en precedentes que podrían directamente remontarse a muchos siglos atrás (puede ser ésta una hipótesis sólo teórica, pero de cualquier modo no excluida *a priori*). El derecho legislativo, al contrario, mira fundamentalmente al futuro: cuando un parlamento hace una ley, aun teniendo en cuenta las experiencias pasadas, sabe que ésta tendrá normalmente efecto para el futuro. Se habla de reglas que establecen que la ley, en ciertos casos al menos, no dispone más que en vista hacia el futuro, mientras que las leyes "retroactivas" tienen un carácter excepcional.

El artículo 28º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que precedió el texto de la Constitución aprobada en Francia el 24 de junio de 1793 (pero que jamás entró en vigor), afirmó que "una generación no puede someter a las propias leyes a las generaciones futuras", de manera que el pueblo puede siempre modificar la Constitución (y con mayor razón, cualquier otra ley). Thomas Jefferson llega a calcular la duración que una Constitución o una ley debería tener sobre la base de este principio, y afirmó que las leyes y las constituciones deberían perder eficacia por sí solas al vencimiento del decimonoveno año de su entrada en vigor. Más recientemente se ha hablado de *sunset laws*, es decir, de leyes pasibles de ser renovadas eventualmente a su vencimiento, pero que perderían de otro modo eficacia llegadas a ese momento<sup>1</sup>.

En la práctica, todos los ordenamientos jurídicos confieren eficacia indeterminada en el tiempo a las disposiciones normativas, y a las normas que no se pueden abolir, si una nueva fuente no interviene para abrogarlas, explícitamente o implícitamente. Más bien, justamente para evitar que las constituciones sean modificadas muy fácilmente, sobre todo en la segunda mitad del siglo XX (incluso en Europa donde ha sido siempre más frecuentemente atribuido el carácter de "rigidez"

de las cartas constitucionales), ha sido instituido el control de constitucionalidad de las leyes. Es rígida una constitución que puede ser modificada sólo a través de un procedimiento "agravado", y las constituciones rígidas no deberían poder ser modificadas tácitamente, como ocurrió, por ejemplo, con el Estatuto Albertino vigente en Italia en la época de la unificación nacional (1861), que fue ampliamente modificado de modo tácito, a fin de alcanzar una forma de régimen parlamentario no estrictamente prevista por el Estatuto y, sucesivamente, con el objetivo de sustituirlo por el régimen fascista. En virtud del control de la constitucionalidad de las leyes, incluso, las leyes ordinarias contrarias a los principios y las reglas establecidas por la Constitución deberán ser declaradas inconstitucionales y por consiguiente perder eficacia.

Para concluir, conviene detenerse un momento sobre las diferencias que permiten contraponer las dos formas de producción normativa: legislación y jurisprudencia. Es interesante notar, a este propósito, que el derecho legislativo se funda sobre la idea de que el legislador crea el derecho, partiendo de un programa político con el cual se propone actuar e imponer, mientras que el derecho jurisprudencial se basa en la noción de que el juez (o el jurista en general) *encuentra* el derecho, a través de una búsqueda esencialmente racional. Los juristas alemanes explican muy eficazmente este concepto contraponiendo la *Rechtsetzung* del legislador a la *Rechtsfindung* del jurista o del juez, mientras los juristas anglo-americanos han puesto en evidencia cómo la búsqueda del derecho fundada en los precedentes judiciales se desarrolla con el *método inductivo*, es decir, partiendo de la confrontación entre el hecho por juzgar y aquello juzgado en el pasado; mientras aquella desarrollada por los juristas continentales se basa en el *método deductivo*, que consiste en la elaboración, por parte del legislador, de un conjunto de principios y reglas a aplicar al caso en examen.

Se trata de una distinción muy relevante entre dos modos de pensar teóricamente incompatibles entre sí y que, no obstante, en la historia del derecho siempre han coexistido. Hasta la edad del Iluminismo, las fuentes que se basaban sobre la idea de que el derecho debe ser buscado prevalecieron (por lo menos en Europa). Al contrario el legislador moderno, legitimado por la investidura popular, considera tener el poder de decidir qué cosa deberá ser el derecho, de establecer qué cosa los ciudadanos deben hacer o no hacer. Parece casi que hasta cierto punto la humanidad ha creído asumir plenamente la responsabilidad de sus propias acciones. Tal perspectiva despierta además algunas preocupaciones, que no son, sin embargo, del caso afrontar aquí.

<sup>1</sup> CALABRESI, G. A common Law for the Age of Statutes. 1982, pp. 59 y ss.