

Resumen

Este trabajo constituye un epígrafe del capítulo II de la tesis doctoral defendida ante el tribunal correspondiente en noviembre de 2008. Su objetivo es identificar y explicar algunos principios básicos que constituyan el fundamento teórico y metodológico de una teoría de la legislación que sirva como prisma a través del cual analizar las prácticas legislativas dentro de un determinado ordenamiento político- jurídico. Para alcanzar ese objetivo utiliza instrumentos analíticos desarrollados por la Teoría de la legislación en los últimos treinta años y sus antecedentes en los siglos XVIII y XIX, a lo cual añade otros elementos provenientes de la teoría política y la filosofía del Derecho.

Palabras clave

Teoría de la legislación, práctica legislativa, producción legislativa del Derecho, pluralidad de legisladores, interdisciplinariedad, carácter simbólico de la legislación.

Abstract

This paper constitutes an epigraph of the second chapter of the doctoral thesis defended in November 2008. Its objective is to identify and explain some basic principles that constitute the theoretical and methodological foundation of a theory of the legislation that serves as prism through which we can analyze the practical legislatives inside a certain political- juridical organization. To reach that objective, this paper uses analytic instruments developed by the Theory of the legislation in the last thirty years and its antecedents in the XVIII and XIX centuries, besides other elements coming from the political theory and the philosophy of law.

Key words

Theory of the legislation, legislative practice, legislative production of the Right, plurality of legislators, interdisciplinariedad, symbolic character of the legislation.

Principios para una teoría de la legislación*

(Recibido: Abril 7 de 2009. Aprobado: Mayo 30 de 2009)

DR. C. YOEL CARRILLO GARCÍA.**

I- La Teoría de la legislación en contexto

Las complejas cuestiones relacionadas con la producción del Derecho han llamado la atención de los filósofos, los teóricos del Derecho y la política desde la antigüedad; la atención ha sido más acentuada en la modernidad, cuando el Estado asumió el monopolio exclusivo y excluyente de su producción legislativa. Preguntas como quiénes deben hacer las leyes, cómo deben ser para ser buenas, cuál es el mejor procedimiento para su elaboración y cuál debe ser su relación con la realidad social o con el "derecho natural" han levantado siempre encendidas polémicas cuyos resultados han contribuido a enriquecer lo que hoy suele llamarse "ciencia de la legislación", "teoría de la legislación" o, más recientemente "legisprudencia".

Al margen de la práctica legislativa desarrollada en las organizaciones políticas de la antigüedad y la edad media (algunas de las cuales se encuentran a medio camino entre la historia y el mito) el desarrollo de la Teoría de la legislación comienza de modo impetuoso en la modernidad, cuando algunos escritores comenzaron a interesarse primero por aplicar al estudio de la legislación los métodos empíricos de las ciencias físicas o naturales o de la lógica y luego por adecuar el Derecho positivo al derecho natural; esas dos formas de acercamiento al Derecho, aunque son sustancialmente diferentes, comparten como nota común su aspiración a construir una "ciencia de la legis-

* Este trabajo constituye un epígrafe del capítulo II de la tesis doctoral que con el título "El proceso legislativo en Cuba. Un modelo para su análisis" fue defendida por el autor ante un Tribunal integrado por los siguientes especialistas: Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo (Presidente), Dra. Martha Prieto Valdés (Secretaria), Dra. Danelia Cutié Musterlier, Dra. María Julia Rodríguez Saif, Dr. Humberto Palacios Barrera, Dr. Eduardo Lara Hernández y Dr. Danilo Gómez Céspedes. Como oponentes ejercieron la Dra. Lissette Pérez Hernández y la Dra. Rosa Angulo López y como Director de Tesis el Dr. Rolando Pavó Acosta. Quiero agradecer particularmente por su apoyo y ayuda incondicional al Dr. Fernando D. Cañizares Abeledo, quien me abrió las puertas de varias instituciones y me facilitó numerosos contactos.

** Licenciado en Derecho (2001) y Doctor en Ciencias Jurídicas (2008) por la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, donde es profesor de Teoría del Estado y Teoría del Derecho.

lación" desconectada de la realidad social, deducida de principios *a priori* considerados válidos por sí mismos.

A partir del siglo XVIII es perceptible un sensible viraje en el tratamiento de la legislación como objeto de reflexión cuando Montesquieu, en el *Espíritu de las leyes*, puso las leyes en relación con los elementos naturales, sociales, físicos, geográficos y religiosos para determinar cuáles son las que mejor convienen a una nación: la identificación del *espíritu de las leyes* debía resultar de esa conjunción de factores sabiamente combinada. Otros elementos de significativa importancia fueron aportados por el pensamiento jurídico del siglo XIX, entre los que resultan imprescindibles los contenidos en los *Tratados de legislación civil y penal* de J. Bentham y en la polémica protagonizada en Alemania a principios del siglo por Antón F. J. Thibaut (*Sobre la necesidad de un código civil general para Alemania*) y Friedrich K. v. Savigny (*La vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*).

Ese rápido desarrollo de la Teoría de la legislación, favorecido por circunstancias históricas particularmente propicias, tuvo como resultado principal dos elementos de suma importancia con los que comenzó, paradójicamente, su decadencia. Por un lado- desde un punto de vista político práctico- el proceso de racionalización formal del Derecho basado en la ideología de la codificación y el imperio de la ley y, por otro- desde un punto de vista teórico- el consecuente desplazamiento de los estudios jurídicos desde la producción hacia la aplicación del Derecho y la constitución de una Teoría del Derecho formalista y conceptual cuyo objeto de estudios principal- aunque no exclusivo- lo constituye el Derecho vigente, abordado desde diferentes perspectivas metodológicas, teóricas e ideológicas.

Desde el punto de vista político, el proceso de racionalización formal del Derecho implicó el traslado de los problemas teóricos y prácticos relacionados con su producción legislativa al ámbito de la política- pero no principalmente al de la ciencia o la filosofía política, sino al de la política práctica, donde se decide en consideración a los intereses de los diferentes actores políticos en conflicto, a la conveniencia y oportunidad política o a estrategias que se enmarcan dentro del juego político de acuerdo a los "factores reales de poder".

El renacimiento de la Teoría de la legislación a partir de la década de 1970 estuvo asociado no sólo a las nuevas funciones que asumió el Estado después de la segunda guerra mundial en Europa, sino también a la nostalgia por las grandes codificaciones y la aspiración a revisar la práctica legislativa a la luz del principio de certeza y seguridad jurídicas. En el nuevo contexto fueron desbordados los límites del "Estado legislador" y la legislación pasó de ser un elemento

fundamentalmente garantista y abstencionista a un instrumento de intervención social, de redistribución de la riqueza y de promoción y desarrollo de los derechos y libertades individuales. En las nuevas condiciones la ley ha dejado de ser funcionalmente expresión de la voluntad popular y se ha convertido de plano, también funcionalmente, en un instrumento de la política desarrollada por el Gobierno que es luego convalidada, con modificaciones más o menos relevantes, por el parlamento.

La nueva dinámica destruyó en parte el mito de una legislación general y abstracta, clara, precisa y sin lagunas ni contradicciones y de un legislador circunspecto, parsimonioso y racional, y en su lugar se incrementó excesivamente el recurso a la legislación delegada, la legislación meramente simbólica, los decretos leyes y la atribución de amplias competencias en materia legislativa a diferentes órganos dentro de la estructura estatal.

Las consecuencias prácticas de ese hecho son evidentes no sólo en cuanto a la legislación, sino también en cuanto al órgano legislativo: en relación a las primeras, es un lugar común encontrar las expresiones "dispersión legislativa", "inflación legislativa", "hipertrofia normativa", "contaminación legislativa"... y, en correspondencia con ese diagnóstico, la necesidad de "elevar la calidad técnica en beneficio de la seguridad jurídica", "la homogeneización y normalización de los textos de las disposiciones normativas", la "mejora de la calidad de las leyes", la "evaluación de las leyes" y otras propuestas de alcances y posibilidades de realización diversas pero tendientes todas a un mismo objetivo: elevar la precaria calidad de las leyes, disminuir su cantidad y garantizar la certeza y la seguridad jurídicas.

El parlamento- como institución legislativa- representativa, como concepto jurídico complejo que connota una masa total de poderes, obligaciones, libertades, capacidades, por su parte, ha modificado de forma sustancial las formas en que tradicionalmente ejerció sus funciones clásicas (controlar al Gobierno, legislar y "representar a los ciudadanos") y se ha ido convirtiendo cada vez más en una institución que valida y aprueba (y muy raramente desaprueba) los proyectos del Gobierno (cuando es obligatorio someterlos a su consideración) y menos en una institución en la que se *inician, discuten en profundidad y aprueban* las regulaciones fundamentales que deben organizar la vida social.¹

El "Legislador" se ha convertido en "legitimador" de las políticas del Gobierno cuando coinciden en sus intereses- o en un freno de las políticas de aquél según la correlación de fuerzas políticas existentes.

1 Cfr. SORIANO, Ramón L. "El parlamento demediado ¿controla, legisla, representa?" En *Derecho y Conocimiento*, Vol. I, pp. 177- 189.

El ejemplo más notable, quizá por haber sido siempre el Parlamento de Inglaterra el paradigma de parlamento omnipotente, fue la petición, que luego se convirtió en costumbre, de que durante la segunda guerra mundial en Europa el Parlamento sólo se ocupara de la discusión de las iniciativas presentadas por el Gobierno y no de las suyas propias. De este último un conocedor del tema, Jacques Chastenet, escribió:

“Hasta mediado del siglo XIX las proposiciones hechas por un simple diputado eran cosa corriente. Todavía se aceptaba como principio que el legislar no era normalmente de incumbencia del Gobierno. Pero la tendencia, desde entonces, ha sido restringir cada vez más el tiempo concedido a los proyectos de iniciativa parlamentaria, y alargar el consagrado al examen de los proyectos gubernamentales. En el transcurso de la guerra de 1939-1945, se decidió, incluso, que sólo esos proyectos podían pasar a discusión, y, terminadas las hostilidades, esta práctica ha sido mantenida a petición del Gobierno.”²

De entre la diversidad de cuestiones implicadas en el proceso de producción legislativa del Derecho (tanto en lo que se refiere a sus órganos de producción, principios de organización y funcionamiento, integración y competencias, como al proceso formativo de la ley que debe ir desde la captación de los impulsos sociales hasta su diseño, discusión, implementación y evaluación de los resultados obtenidos) me interesa analizar en este ensayo un punto que en mi opinión no ha sido suficientemente tratado en la literatura jurídica dedicada al estudio de estos temas.

Y es que en los últimos treinta años los estudios de Teoría de la legislación se han centrado principalmente en la Técnica legislativa, en los que ciertamente se pueden constatar avances notables tanto desde el punto de vista teórico como de su implementación práctica con la adopción de disposiciones normativas de carácter nacional e internacional. Sin embargo, las cuestiones relacionadas con los elementos funcionales de la producción legislativa del Derecho y la propia fundamentación teórica y metodológica de la Teoría de la legislación no han tenido un interés similar por parte de la Teoría o la Filosofía del Derecho, aunque también se pueden apreciar notables avances en su desarrollo teórico en las publicaciones más recientes.

El interés se ha centrado principalmente en los aspectos prácticos de la legislación, seguramente porque entre sus cultivadores más importantes se encuentran no sólo “teóricos” de la legislación, sino también funcionarios públicos directamente involucrados en la actividad legislativa. Aún reduciendo los límites de este ensayo a la fundamentación

2 El Parlamento de Inglaterra. Argos, Buenos Aires, 1947. pp. 88 y 132- 135.

teórica y metodológica de la Teoría de la legislación, es preciso insistir en que se trata de fundamentar un complejo entramado de relaciones, procesos y prácticas que son a la vez políticas y jurídicas con un importante trasfondo filosófico e ideológico; a partir de esa hipótesis, trataré de identificar, definir y explicar algunos principios básicos que deberían orientar una teoría de la legislación y la práctica legislativa basada en ellos.

El establecimiento de unos principios para la "Legisprudencia como nueva ciencia de la legislación" fue el objetivo del académico belga Luc J. Wintgens en un trabajo homónimo. Dichos principios son los siguientes: 1- *principio de alternatividad* ("requiere que una limitación externa de la libertad debe estar justificada como una alternativa a la defectuosa interacción social (...) lo que debe ser justificado es que una limitación externa del soberano es preferible a una ausencia total de limitación externa"); 2- *principio de densidad normativa* (se refiere a la densidad del impacto normativo en cuyo extremo se encuentra la aplicación de una sanción; las sanciones "necesitan una justificación especial porque ellas incluyen una doble restricción a la libertad (...) la justificación incluye un argumento del porqué es necesaria la limitación suplementaria de la libertad (...) una sanción es únicamente una opción entre una gran variedad de posibilidades"); 3- *principio de celeridad o temporalidad* ("introduce la dimensión temporal en el sistema jurídico y enfatiza el carácter histórico general de cualquier justificación") y; 4- *principio de coherencia* (es un principio de justificación de las limitaciones externas desde la perspectiva del sistema legal como un todo y se desenvuelve en 4 niveles). Estos principios, más orientados hacia una dimensión filosófica y teórica que hacia una realización práctico política - en tanto giran en torno a la necesidad de *argumentar* la limitación de libertad que toda norma jurídica implica, en línea con los tratados de Bentham- coinciden con algunos de los enunciados en este trabajo, pero orientados hacia una dimensión más práctica que teórica.³

No obstante, antes de identificar los principios de una teoría de la legislación así entendida, es conveniente hacer una digresión terminológica sobre la denominación de los estudios relacionados con la legislación.

3 *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 26/2003, Universidad de Alicante, España, pp. 261- 287.

II- Sobre la denominación de los estudios relacionados con la legislación ¿Arte? ¿Ciencia? ¿Legisprudencia? ¿Teoría?

Refiriéndose al término "Legisprudencia" utilizado por el académico belga Luc Wintgens⁴ para designar genéricamente a los estudios relacionados con la legislación en los que la argumentación (entendida como vía para justificar la limitación de libertad que implica toda regulación jurídica) debe ocupar un lugar central, Luzius Mader escribió:

In my eyes, "legispudence" express in a very appropriated way the character of this new approach: legispudence is based on academic, theoretical elements but takes into account practical concerns as well; it combines science (the "science" of law making) on the one hand, but also "art" (the "art" o law making) on the other hand (...) this new approach or discipline (...) covers various areas of interest.⁵

La propuesta de usar ese término para referirse a los estudios sobre la legislación el académico belga la justifica con dos argumentos:

"Pro pomo-nos utilizar, ao falar da teoria da legislação, o termo "legispudence" pour dous razones (...) [primera] porque através deste termo pretendese estabelecer uma relação com a teoria da desicao judicial, a jurisprudencia. Embora diferentes, os duos termos tem afinidades, dado tratarse, en ambos os casos, de una aproximação científica a una tomada de decisão [segunda] a utilizar este termo "legispudence", pretendemos apuntar para uma aproximação específica da legislação enquanto disciplina com uma identidade própria, por muito vago que ainda seja neste momento"⁶

Legisprudencia, en síntesis, expresa la intención del autor de

"...to investigate whether it is possible, when starting from the relationship between rule application and rule creation, to come to a theoretical perspective on legislation that allows us to articulate criteria of a good legislation"

e implica una teoría del Derecho

4 Cfr. Nota anterior.

5 Esas áreas de interés son: *Legislative methodology, Legislative technique, Legislative drafting, Legislative procedure, Management of legislative projects, Sociology of legislation and Theory of legislation*. Cfr. "Prospective evaluation and regulatory impact analysis: do they make law better?" En *Legislação* (Portugal, INA), no. 42-43/2006, p. 172.

6 "Creação de un banco de dados en materia de Legisprudencia" En *Legislação* (Portugal, INA) No. 8/1993, p. 91.

“...that deals with legislation from a theoretical and a practical perspective”.⁷

El término, que ha tenido una acogida favorable en las publicaciones especializadas tendría, al parecer, la cualidad de reunir bajo una misma denominación a sectores del conocimiento que se diferencian notablemente en cuanto a su particular objeto de interés y los métodos que deben utilizar, sustituyendo el uso de otros más convencionales y más apegados a los usos *científicos* del lenguaje o a la tradición del léxico jurídico como *Ciencia de la legislación* o *Teoría de la legislación*. Con aquella denominación se pretende asimilar la actividad desarrollada por la jurisprudencia (entendida en su sentido clásico como decisión de casos concretos basado en reglas previamente establecidas) a la actividad desarrollada por los protagonistas del proceso de producción legislativa del Derecho.

Lo primero que salta a la vista es que se trata de actividades notablemente diferentes, aunque ambas impliquen la adopción de decisiones basadas en reglas jurídicas; pero mientras que el juez lo hace siguiendo reglas escritas fijadas de antemano y a las cuales, al menos teóricamente, está estrictamente vinculado, el “legislador”, aunque también está sujeto a reglas, tiene unos márgenes de libertad mucho mayores y cuenta incluso, en algunos casos, con la facultad, expresa o tácita, de ampliarlos considerablemente. Por otra parte, denominar a esos estudios “Legisprudencia” sería transmitir al proceso de producción legislativa del Derecho una virtud tradicionalmente asociada al comportamiento moral de las personas y, en el específico ámbito del Derecho, a su aplicación por los tribunales a la que se le ha llamado, a partir de la labor de los jurisconsultos romanos, *jurisprudencia*.

La asimilación puede ser peligrosa, porque en el proceso de producción legislativa del Derecho, más que justicia, prudencia, templanza y fortaleza (las cuatro virtudes cardinales delineadas por Platón, asumidas por la teología medieval y predicables en algún sentido de actividad jurisprudencial) suele haber mucho de utilidad, de intereses contrapuestos, de acuerdos circunstanciales, de pactos y rupturas políticas, de falta de prudencia, en fin.

La favorable acogida del término, por otra parte, quizás puede ser explicada por una cuestión terminológica derivada de dos tradiciones diferentes de pensamiento jurídico y práctica legislativa. En efecto, en español se utiliza el término “jurisprudencia” para designar la aplicación judicial del Derecho o, más concretamente, las reglas de Derecho derivadas de esa actividad, mientras que para designar a los estudios teóricos sobre el Derecho tanto desde un punto de vista general como

7 Legisprudence, Hart Publishing, Londres, 2002, p. 10.

referidos a la "parte general" de determinadas ramas del Derecho positivo estudiadas por la dogmática jurídica tradicional, se utiliza la expresión Teoría del Derecho (o Derecho penal *general*, Derecho Civil *General...*); en inglés, al contrario, para designar las reglas de Derecho derivadas de su aplicación judicial se utiliza la expresión *precedent* (traducida al español como precedente judicial= jurisprudencia), mientras que para designar la Teoría del Derecho se utiliza, al menos en la tradición derivada de J. Austin, la expresión *jurisprudence*, de donde proviene también la distinción entre ciencia del Derecho y ciencia de la legislación.⁸

Si, según estas deducciones de carácter lingüístico, y teniendo en cuenta que el término "Legisprudencia" es utilizado sobre todo en publicaciones de habla inglesa y el propio L. Wittgen lo comenzó a utilizar en ese idioma, se asocian *Jurisprudence* (Teoría del Derecho) y *Legisprudence* (Teoría de la legislación), no habría que traducir al español, como se ha hecho un poco impropriamente, ésta última expresión como *legisprudencia* sino como Teoría de la legislación. De cualquier manera, si en inglés la distinción *Jurisprudence* / *legisprudence* no tiene mayores consecuencias, en español sí porque asocian tendencialmente a ambas actividades las mismas virtudes.

Las diferencias en cuanto a la denominación resulta lógica teniendo en cuenta que se trata de estudios que tienen como objeto una *tradicón*, es decir, una práctica de carácter político y técnico-jurídico que se desarrolló durante mucho tiempo al margen de una teoría interesada en explicarla y fundamentarla; de hecho, algunas de los que hoy se consideran aportes de J. Bentham a los estudios sobre la legislación pueden ser considerados como el resultado de la racionalización de la práctica política, jurídica y legislativa de su tiempo.

Desde un punto de vista histórico, no cabe dudas que lo que hizo "legislador" a Licurgo, por ejemplo, fue precisamente la prudencia y sabiduría adquiridas en los diferentes viajes que realizó por otras ciudades griegas para conocer sus leyes. Sin embargo, las cualidades de muchos otros legisladores individuales de épocas posteriores están asociadas a elementos más estrechamente ligados a su propia personalidad, como sus conocimientos técnico-jurídicos especializados, razón por la cual han sido designados por el "Soberano". El jurista especializado, junto al financista y al militar, según M. Weber, están en el origen de la racionalización del Estado moderno, que se

⁸ Cfr. AUSTIN, Jonh, *Aulas sobre Direito. O campo do Direito determinado* (1832), en C. Morris (Org.). *Os Grandes filósofos do Direito*, Martin Fontes, São Paulo, 2002.

ha desarrollado sobre la base de la especialización y la burocracia profesionalizada.⁹

También en tiempos más recientes algunos autores han considerado que sólo pueden ser verdaderos legisladores los que poseen algún don especial, particularmente un don artístico- al considerar la labor legislativa como un arte más que como una ciencia; en ese sentido, abundan en las obras clásicas y contemporáneas sobre el tema las referencias al "arte de la legislación".¹⁰

Quizás sería más apropiado reservar para ese conjunto saberes teóricos y procedimientos prácticos racionalizados el nombre genérico de "Teoría de la legislación" (y para las concepciones elaboradas por los teóricos desde diferentes perspectivas el de "teorías de la legislación"), con el cual, por una parte, se hace clara referencia a que su objeto de estudios lo constituyen las prácticas legislativas en general y las teorías elaboradas para la descripción, aplicación, explicación y predicción de sus resultados y, por otra, se hace un uso más conveniente del lenguaje en la denominación de las disciplinas científicas y al léxico jurídico.

La Teoría de la legislación comprendería un amplio conjunto de saberes teóricos y procedimientos prácticos racionalizados que pueden ser abordados desde diferentes perspectivas teóricas y metodológicas pero que, aún con sus diferencias, deben contribuir todos a elevar la calidad del proceso de producción legislativa del Derecho, de las disposiciones jurídicas particulares y de la legislación en general; deben contribuir, en síntesis a demostrar cómo la prudencia y la parsimonia guían (o no guían) el proceso de producción legislativa del Derecho y a establecer criterios que permitan establecer y verificar las variables que faciliten un estudio realista de todo el proceso.

9 Economía y Sociedad, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1971 (2 tomos), Tomo 2, pp. 1048 y ss.

10 Véase, por ejemplo, M. Aramburo Machado, Filosofía del Derecho, Instituto de las Españas en EE. UU, 1924, t. I, pp. 37 y ss. La obra de J. Bentham es prolífica en la consideración de la legislación como un arte, particularmente en los *Tratados...* habla frecuentemente de "arte de la legislación", así pp. 27, 53, 428, aunque en muchas otras partes la denomina indistintamente "ciencia de las leyes" (p. 587) "ciencia de la legislación" (p.38 *De la codificación...* cit.). En el siglo XX otros autores lo han considerado un "arte que cae bajo el amparo de personalidades tocadas por una especie de particular gracia divina", "un don, una gracia del destino" o como "una exigencia dirigida a la personalidad más que como teoría científica". Cfr. J. A. García Amado, op. cit. p. 306, nota 13. En todo caso, se trataría de un artista sujeto a muy estrechos límites en su "creación" artística. Para un análisis sobre los márgenes de libertad en la escritura jurídica puede verse Y. Carrillo García. "Sobre la escritura jurídica", Revista de Ciencias Sociales No. 53/2008, Valparaíso, pp. 61-83.

Una teoría de la legislación, en síntesis, debe ser un instrumento del conocimiento que permita acceder con objetividad y sistematicidad a los elementos estructurales y funcionales de la producción legislativa del Derecho y su relación con el ejercicio del poder político, las relaciones sociales y otros saberes teóricos o prácticos que estudien esas mismas relaciones desde otros puntos de vista.

III- Principios básicos de una teoría de la legislación

Las tesis fundamentales que se deben argumentar para identificar, explicar y justificar los *principios básicos* de una teoría de la legislación así entendida son las siguientes:

- 1- La ley es resultado del ejercicio del poder político.
- 2- Pluralidad de "legisladores" en el Estado moderno.
- 3- Limitación de la regulación formal y material del proceso legislativo.
- 4- El carácter simbólico y el poder de seducción de la legislación.
- 5- Los fundamentos sociológicos de la Teoría de la legislación.
- 6- La interdisciplinariedad como actitud metodológica.
- 7- Pluralidad de fuentes materiales de la legislación.
- 8- El carácter parcial y limitado de la legislación.
- 9- "Seguridad jurídica" y dinámica de la legislación.

Las tesis de la 1 a la 4 se refieren al proceso de producción legislativa del Derecho; las de la 5 a la 9 se refieren a la teoría de la legislación cuyo objeto de estudios es aquel proceso.

1- La ley es resultado del ejercicio del poder político. Suele decirse en muchos estudios, sin que se repare excesivamente en fundamentar la afirmación, que la "ley es expresión de la voluntad popular" o que "en el pueblo reside la soberanía, cuya manifestación más elocuente es la creación de las leyes". Sin embargo, si se estudia detenidamente el asunto, se puede constatar que la "voluntad popular" o la "soberanía popular" se manifiesta después que la ley ha sido producida y, generalmente, aprobada y puesta en vigor; entonces se le atribuye a la ley producida de manera especializada y burocrática el halo de legitimidad que proviene de aquellas dos expresiones. Por eso, aquí se parte de considerar que la ley, en general, es expresión de la voluntad política del Gobierno que puede o no estar fundamentada en los resultados de un proceso de racionalización previo; por eso cualquier análisis de la legislación debe partir de una concepción moderadamente escéptica en cuanto a la pretendida racionalidad inmanente del "Legislador" y de la ley. Este principio no implica desconocer la pluralidad de fuentes que pueden eventualmente influir o determinar el contenido o la forma de una decisión

política adoptada en forma de ley, sino simplemente asumir que en el Estado moderno sólo deben tener "fuerza de ley" las disposiciones jurídicas de alcance general aprobadas y puestas en vigor por los órganos o autoridades facultados expresamente por Ley. Ese acto del Gobierno, por otra parte, debe constituir la última opción a la que se acuda para resolver un problema social y debe, por tanto, justificarse desde el punto de vista de su capacidad para conseguirlo; como escribió J. Bentham, "hacer leyes sin señalar razones no es cosa muy difícil, basta para ello con tener el poder".¹¹ Y si se acepta el principio de que sólo es legítimo recurrir al uso de la fuerza (entendida como regulación coactiva, heterónoma y compulsiva de la conducta) cuando los otros medios a través de los que se podrían conseguir los mismos fines han fracasado, entonces puede decirse que el Derecho debe ser el último recurso al que se acuda;¹² por esa razón una teoría de la legislación debe, por un lado, dar cuenta del momento, las circunstancias y el tipo de relaciones sociales en las que al "legislador" le es legítimo intervenir para alcanzar los fines sociales que ha demostrado que no podrían ser conseguidos de otro modo y, por otro, definir los límites del "espacio vacío de Derecho" donde al legislador no le sería legítimo intervenir en ningún caso. Evidentemente, la vinculación voluntad política- Ley no es del tipo de una relación pura de causa efecto, sin mediaciones. El producto final del proceso legislativo debe expresar, en principio y sujeto a un posterior análisis sociológico, los puntos básicos en que han coincidido las diferentes fuerzas políticas interesadas en el ámbito específico de relaciones sociales cubiertos por la ley o, en caso de ausencia de dichas fuerzas- bien porque no existen, porque no les es permitido participar en el juego político o porque no constituyen realmente una "fuerza política"- la autoridad del Gobierno para imponer su voluntad en la regulación de las relaciones sociales. El papel de las luchas políticas es fundamental para comprender las mediaciones que pueden influir en la forma y el contenido específico

11 *De la organización judicial...*p. 16.

12 El Derecho como *última ratio* se refiere, en este contexto, a las disposiciones que prescriben derechos, deberes y obligaciones, de las podrían excluirse perfectamente aquellas disposiciones que tienen carácter organizativo (de un servicio público, de los poderes públicos...) cuya función se agota precisamente al conseguir esa finalidad, sin que por eso se excluya, en relación con esas disposiciones, la posibilidad de evaluarlas desde el punto de vista de su utilidad, su eficacia, eficiencia y los resultados que se obtienen de su observancia o aplicación. Una evaluación con ese objetivo podría arrojar como resultados, por ejemplo, que el servicio público está mal organizado, que es ineficiente; o que los poderes públicos están mal organizados, que no hay la coordinación necesaria entre ellos, que las disposiciones que dictan en el ejercicio legal de sus funciones se contradicen entre sí o que el control popular sobre ellos es puramente formal y, en consecuencia, aportar argumentos relevantes para su reforma.

de la voluntad del Gobierno y, yendo a los extremos, puede variar desde la revolución social violenta hasta la lucha política pacífica siguiendo las reglas del juego político democrático. De hecho, la mayoría de las instituciones políticas y jurídicas contemporáneas son, en una medida considerable, resultado de esas luchas, en las cuales aún falta mucho por alcanzar desde el punto de vista material. Quizás se pueda afirmar, sin que quepa una argumentación refinada en este espacio, que la historia de las instituciones políticas y jurídicas contemporáneas podría ser re-escrita en clave de luchas sociales. En síntesis, a la afirmación tradicional de que el Derecho es "Derecho del Estado" es preciso anteponer esta otra: antes de ser "Derecho del Estado" fue la aspiración de un grupo social, de un partido político, de un individuo, de una facción parlamentaria que se convirtió en proyecto y, al ser aprobado y puesto en vigor como tal, se convirtió en "Ley del Estado". Es preciso para una cabal comprensión de esta última, no limitarse al análisis del producto: conviene también fijarse en el proceso y sus actores- en todo el proceso y todos los actores.

2- Pluralidad de "legisladores" en el Estado moderno. En el Estado contemporáneo el legislador se desdobra en varios "legisladores" diseminados vertical y horizontalmente dentro de la estructura de la organización estatal; ese desdoblamiento incorpora al ordenamiento jurídico disposiciones de diferente origen, jerarquía y finalidad que no siempre pueden ser sometidas a un *test* de racionalidad- ni siquiera en el elemental sentido de racionalidad procedimental. La dispersión de autoridades normativas rompe con la idea de *un* Legislador racional autosuficiente que debe asumir de manera exclusiva y excluyente la función legislativa dentro del Estado; y en el Estado contemporáneo esa diferenciación implica una paradoja estructural para cualquier régimen político que se reclame democrático: aquella que se origina en el hecho de que el legislador en sentido estricto, elegido por los ciudadanos y responsable ante ellos, no es el autor de las disposiciones jurídicas que articulan y hacen viables y, sobre todo dinámicas, las relaciones sociales más importantes, sino sólo de aquellas que organizan estructuralmente los poderes públicos y definen sus relaciones (y sus distancias) con los ciudadanos y las de éstos entre sí. El término "Legislador" podría ser entendido en dos sentidos básicamente diferentes: 1- como el que produce y aprueba la ley (i.e. la elabora efectivamente, la aprueba y la pone en vigor) y; 2- como el que la aprueba (i.e. no la hace materialmente pero está facultado para aprobar la que otros hacen y le presentan para su aprobación). Seguramente el significado primitivo del término, o por lo menos al que estaba más directamente asociado en los orígenes del Estado liberal, es el primero, toda vez que sólo podría ser considerado en aquel contexto como "verdadero legislador" al cuerpo representativo que hace y aprueba *per se* las leyes que deben regir la organización de

la comunidad política; de esa hipótesis se deriva la siguiente: el término legislador y el significado a él asociado ha evolucionado desde 1 hacia 2, porque cada vez menos el parlamento (entendido como institución) elabora y aprueba las leyes y, en consecuencia, es cada vez más frecuente que se limite a aprobar los proyectos de leyes que le son presentadas por el Gobierno (entendido también como institución) y eso solamente en los casos en que este último no puede legislar por sí mismo. No obstante, la coexistencia de ambos significados del término legislador es evidente allí donde, en virtud de la técnica de la ley de bases y, con más frecuencia, las leyes marco y la delegación de competencias, el parlamento transfiere al Gobierno la facultad para elaborar y aprobar disposiciones jurídicas- de alcance general y de contenido diverso- que no necesitan una posterior aprobación del parlamento- o, quizás, sólo de su ratificación. Se trata de un extremo en el cual el parlamento legisla, paradójicamente, para no legislar. La complejidad del ejercicio de la función legislativa en el Estado contemporáneo implica que la Teoría de la legislación no debe limitarse al estudio de las leyes básicas, sino que debe abarcar todo el entramado de disposiciones jurídicas que complementan, desarrollan, estiran, encogen, limitan y transfiguran aquéllas. Las diferencias de nivel entre las Leyes y las "leyes", y entre el Legislador y "los legisladores", implican la necesidad de un análisis más minucioso que los elaborados hasta el presente, que solo toman en cuenta generalmente a las Leyes y al Legislador y pierden de vista todo lo demás, sin reparar en que *todo lo demás*, es probablemente lo más importante.

3- Limitación de la regulación formal y material del proceso legislativo. El proceso de producción legislativa del Derecho debe estar regulado jurídicamente, tanto desde el punto de vista procedimental como desde el punto de vista de los contenidos posibles. Hacia el interior del ordenamiento jurídico deben estar delimitados de manera estricta los diferentes órganos facultados legalmente para ejercer la iniciativa legislativa, adoptar, poner en vigor y modificar disposiciones jurídicas y los procedimientos para ejercer esa facultad y, materialmente, los contenidos posibles a regular de acuerdo a la jerarquía del órgano y la importancia de las relaciones sociales objeto de regulación, de manera que las más importantes sean reguladas por la máxima autoridad dentro del Estado y mediante la disposición jurídica de mayor jerarquía. Asimismo, deben delimitarse las responsabilidades institucionales en cuanto a la evaluación de las cualidades técnico-jurídicas de las disposiciones jurídicas, su adecuación a las necesidades sociales y la medida en que se alcanzan los fines que determinaron su adopción. De la misma forma en que debe estar delimitada estrictamente la competencia material y jerárquica de los diferentes "legisladores", en la estructura de la organización estatal deben establecerse las competencias en cuanto a la facultad para modificar, derogar o abrogar el

Derecho vigente. Podría pensarse que esta última previsión resultaría cuando menos innecesaria, que ella se deduce directamente de la anterior en virtud de los principios de *jerarquía normativa* y *paralelismo de las formas* que, allí donde no han sido establecidos legislativamente, deben presumirse implícitos en la práctica legislativa y ser fundamento ineludible de la producción legislativa. No obstante, la Teoría de la legislación y la Técnica legislativa deben estar atentas a la asunción sin fundamentos de estos principios teóricos de indudable valor hermenéutico, ya que los caracteres esenciales del legislador contemporáneo se compadecen mal con su contenido, y las circunstancias en que éste ejerce sus facultades y las competencias atribuidas rebasan con creces los marcos en que se originaron aquellos principios. Una falta de previsión del constituyente en el establecimiento explícito de esos principios puede conducir a una práctica política anacrónica y, en nombre de la necesaria agilidad que demanda el ejercicio del poder político en la actualidad, contribuir a aumentar la incertidumbre en el Derecho vigente, dejando la regulación de aspectos importantes de las relaciones sociales sujeta a una discrecionalidad más o menos amplia- o la arbitrariedad pura y dura. Las dificultades, aunque pueden ser reducidas considerablemente, no pueden ser eliminadas por completo: y no lo pueden ser particularmente por el recurso constante, en la práctica legislativa, a las cláusulas de derogación tácita. Este tipo de cláusula derogatoria no expresa qué disposiciones vigentes dentro del ordenamiento jurídico se derogan (derogación expresa), sino que genéricamente declara derogadas las que se opongan a lo establecido en (o a la aplicación de) la disposición que la contiene. Las consecuencias negativas de las cláusulas de derogación tácita pueden ser de dos tipos: 1)- las que afectan a la aplicación del Derecho vigente y remiten a la discrecionalidad de la autoridad encargada de aplicarlo determinar si la norma que considera aplicable ha sido o no derogada tácitamente y, 2)- las que remiten a la política del Derecho, que en determinadas circunstancias permite "revivir" normas que, al no haber sido derogadas expresamente, pueden ser consideradas vigentes- o derogadas tácitamente, según el interés político del momento- y "coger de sorpresa a los ciudadanos y suministrar armas peligrosas a la maldad o a la tiranía".¹³

4- El carácter simbólico y el poder de seducción de la legislación. El Derecho producido legislativamente tiene siempre cierto "poder de seducción", en el sentido de que por venir de la autoridad que se presume siempre racional, siempre ilustrada y siempre preocupada por la justicia y el bien común tiende a crear en sus destinatarios cierta propensión a la aceptación acrítica, a la crítica sin fundamentos o a la indiferencia en relación con su contenido estático y las futuras conse-

13 BENTHAM, J, op. Cit. p. 49.

cuencias dinámicas derivadas de su vigencia. Ese poder de seducción es transmitido a sus destinatarios principalmente a través de la propaganda en los medios de comunicación a favor de la nueva legislación, de las ventajas que se esperan de su aplicación, de su bondad ética, de su capacidad de satisfacer a todos los deseos y proteger todos los intereses, de su vinculación a unos valores socialmente compartidos, de sus ventajas en relación con la ley anterior, etc. La propaganda cesa, por factores quizás aún no explicados con profundidad, inmediatamente después que la ley es aprobada y puesta en vigor; a partir de ese momento el interés propagandístico que se le dio desaparece y se convierte en fuente de derechos y obligaciones indiscutibles *prima facie*. Frente a esa tendencia, la Teoría de la legislación debe adoptar una posición crítica y analítica, con el objetivo de deconstruir los discursos en los que esa propaganda se expresa y poner de manifiesto sus posibles debilidades teóricas o epistemológicas y las posibles consecuencias negativas de su asimilación. La manera más refinada de seducción mediante el Derecho es el recurso a la convocatoria de los ciudadanos para que participen en el proceso de discusión de algún proyecto de ley: a través de su participación "el ciudadano se convierte en su propio legislador"; sin embargo, la participación popular en el proceso de producción legislativa del Derecho puede ir desde el ejercicio de la iniciativa legislativa allí donde se le ha atribuido legalmente hasta la discusión de un proyecto previamente elaborado- cuya aprobación podría estar decidida de antemano- o la eventual aprobación mediante referendo de un proyecto de Ley. De los tres supuestos, el más común es el segundo, ya que los requisitos exigidos para el ejercicio de la iniciativa legislativa popular suelen ser prácticamente insalvables, y el referendo es un recurso extremo en el que probablemente quien convoca se siente seguro (en una medida suficiente como para arriesgarse) del apoyo popular.

5- Los fundamentos sociológicos de la Teoría de la legislación. La Teoría de la legislación debe partir de una concepción funcionalista de la sociedad en la que los diferentes elementos (dentro de ellos el Derecho) cumplen una función relativamente determinada.¹⁴ Uno de los aportes básicos de la obra de Carlos Marx para el análisis del Derecho en general, y para la Teoría de la legislación en particular, está expuesto en el *Prólogo* de la *Contribución a la crítica de la economía política* (1859), y consiste en haber puesto de manifiesto que el desarrollo del Derecho está estrechamente vinculado al desarrollo de las fuerzas productivas, los medios de producción, las condiciones materiales de existencia de la sociedad y el modo en que contribuyen

14 ALEXÉEV, S. I., *El socialismo y el Derecho. El derecho en la vida de la sociedad*. Editorial Progreso, Moscú, 1989, *Passim*; en el mismo sentido Paulette Dieterlen, *Marxismo analítico*, UNAM, México, 1995, *Passim*.

a formar el conjunto de representaciones individuales en relación aquellos factores.¹⁵

Esa conclusión exige estudiar el Derecho, tanto en su proceso de elaboración como en su aplicación, en estrecha conexión con el nivel de desarrollo de las relaciones sociales y su representación ideológica en la conciencia colectiva en forma de conciencia de justicia, para determinar el modo en que aquél puede constituir un instrumento eficaz en la organización de estas. Podría pensarse que, dado que la ley expresa la voluntad política del Gobierno mediatizada por diversos factores, la necesidad de ese análisis resulta obvia; no obstante, una autoridad política sin fuerzas sociales que le hagan una oposición real- o una polarización de las existentes en un determinado contexto político- podría darle a las leyes cualquier contenido- ya que los afectados, reales o potenciales, no tienen fuerzas y medios suficientes para expresar y hacer valer sus intereses. Pero los modos de conseguir cierto grado de correspondencia de la ley con las relaciones sociales que se pretenden regular pueden ir más allá de las mutuas interferencias de los participantes o directamente interesados en los resultados del proceso, exigiendo la realización de un riguroso análisis previo de la situación a regular en cuanto a los antecedentes y las futuras consecuencias de la aplicación de las regulaciones aprobadas. Pero al afirmar que entre el Derecho y los demás elementos de la sociedad se dan necesariamente relaciones de interdependencia no se avanza mucho si, en lugar de detenerse en la afirmación general (que precisamente por ser general es aceptable *prima facie*), no se desciende de las normas generales y los casos típicos a las relaciones sociales concretas y la influencia inmediata del Derecho en su configuración: es preciso descender de la prescripción a la descripción para comprender cómo esa interdependencia se da (o no se da) en la práctica social. La determinación real de las influencias mutuas entre las prescripciones jurídicas y las relaciones sociales debe pasar por la aplicación de métodos analíticos de investigación contrastados por los resultados obtenidos de la ejecución de investigaciones empíricas para confirmar o negar sus aseveraciones teóricas. Un estudio analítico de esa naturaleza presupone: a)- la aclaración de los vínculos genéticos y la interacción decisiva del Derecho con otros sistemas sociales (causas que determinan la protección jurídica de determinadas relaciones sociales, influencias de aquel sobre éstas, impulsos legislativos, ejercicio de la iniciativa legislativa, cultura jurídica de los ciudadanos, posibilidades reales de influir en el

15 Editora Política, La Habana, 1966, p. 12, en el mismo sentido pueden verse Crítica del Programa de Gotha (1875) y F. Engels, Carta a K. Schmidt (27/10/1890) ambos en C. Marx / F. Engels. Obras Escogidas en dos tomos (T. II), Moscú, s/f, pp. 16- 17 y 523- 529, respectivamente.

contenido y la forma de las leyes...); b)- el tratamiento del Derecho como parte de un sistema normativo más amplio (posibles alternativas a la regulación jurídica de las relaciones sociales, promoción de conductas positivas en lugar de prohibición de conductas negativas, autorregulación de las relaciones sociales por los sujetos que intervienen, mayor grado de autonomía individual y de las organizaciones sociales en el proceso de regulación de la conducta individual y social...); c)- un enfoque integral del Derecho, (el Derecho como medio de control social, de represión de las conductas socialmente indeseables, de promoción de conductas positivas, como producto histórico y cultural, como universo complejo que incluye productores, aplicadores y destinatarios de las disposiciones jurídicas con diferentes grados de autoridad, autonomía y relación con el ordenamiento jurídico, vinculados por un conjunto de principios políticos, filosóficos ideológicos y funcionales de orígenes y contenidos diversos...) d)- un análisis de los componentes del Derecho como sistema desde el ángulo de la dependencia de sus características específicas y la función desarrollada por cada elemento y por todo el sistema (las funciones específicas de los funcionarios del sistema- "legisladores", jueces, abogados, sistema penitenciario, ciudadanos, normas jurídicas, ideología judicial... y su contribución a la formación de la cultura jurídica y la interacción entre las autoridades productoras de normas y sus destinatarios...). El método implica, en síntesis, un enfoque integral, estructural y funcional aplicado al estudio del proceso de producción, aplicación y cumplimiento del Derecho, y un análisis en relación con su influencia positiva o negativa en la configuración de las relaciones sociales y las conductas individuales de sus destinatarios. Otra forma de conseguir la correspondencia aproximada entre lo que establece prescriptivamente el Derecho y lo que acontece en las relaciones sociales sometidas a su regulación consiste en establecer dentro del propio ordenamiento jurídico la obligación de revisar periódicamente las leyes básicas para adecuarlas a las circunstancias sociales siempre cambiantes, lo cual no sólo es posible en relación con las leyes que regulan relaciones sociales que tienden a reproducir sus características y consecuencias durante largos períodos de tiempo, a perdurar con una misma estructura esencial, sino también de aquellas que establecen relaciones sociales sujetas a variaciones impredecibles que no pueden ser controladas por la propia disposición jurídica.

6- La interdisciplinariedad como actitud metodológica. La Teoría de la legislación debe asumir críticamente los resultados parciales obtenidos por las diferentes concepciones del Derecho y otras ciencias sociales afines, incorporándolos como variables para evaluar el proceso legislativo en general y, particularmente, las disposiciones jurídicas vigentes o en proceso de elaboración desde el punto de vista de sus cualidades técnico jurídicas (estructura interna, cohe-

rencia con el Derecho vigente, particularmente con la Constitución, relación autoridad emisora-tipo de disposición- contenido regulado, estilo, lenguaje, etc.), sus cualidades socio- jurídicas (adecuación medio- fines, posibilidades reales de conseguir éstos, efectos colaterales, grado de satisfacción de las expectativas institucionales y sociales, etc.) y sus cualidades axiológicas (valores incorporados, valores que promueve, valores que afecta, justicia de la norma, de la actuación de los agentes encargados de aplicarla y los resultados obtenidos, etc.). El Derecho producido legislativamente, desde esta perspectiva, no podría ser reducido exclusivamente a sus puras manifestaciones formales expresadas a través de un texto codificado: lo que sea el Derecho (o un *buen Derecho*) no depende sólo de que tenga la *forma jurídica*, sino además de que esa forma jurídica *sirva para algo*, que sea un medio adecuado para conseguir fines sociales considerados valiosos desde el punto de vista de sus destinatarios, y que su contenido se corresponda con el nivel de desarrollo general de la sociedad y las características de las relaciones sociales en su desenvolvimiento a nivel individual. En consecuencia, deben rechazarse afirmaciones unilaterales del tipo "una ley que se viola frecuentemente –aunque se aplique la sanción correspondiente- tiene un defecto de diseño" o "una ley muy excelsa éticamente pero que no se cumple no es una buena ley",¹⁶ porque la bondad de una ley no depende únicamente de que esté bien diseñada o que sea éticamente impecable, sino de una combinación de múltiples factores concurrentes que es preciso ponderar adecuadamente. Por otra parte, teniendo en cuenta que la legislación contemporánea es producto de un número cada vez más creciente de autoridades normativas de origen no democrático y sin vínculos directos o indirectos con los ciudadanos (i.e. funcionarios y autoridades designados por otros funcionarios y/o autoridades de origen democrático) la legitimidad de origen atribuida *ipso facto* a la legislación "producida democráticamente" en sede parlamentaria no puede ser extendida a la legislación producida por otras autoridades y procedimientos (aún tratándose de legislación producida por delegación de competencias) porque en principio ésta carece de legitimidad de origen y, en consecuencia, debe ser evaluada y legitimada a partir de otras variables como sus objetivos, su contenido, la intensidad de su regulación, su relación con el resto del ordenamiento jurídico, con los valores socialmente compartidos, los resultados positivos y negativos que se consiguen con su cumplimiento/aplicación, su impacto en las relaciones sociales... La convergencia de los diferentes saberes y prácticas sociales en la producción y aplicación del Derecho serían

16 CALSAMIGLIA, Albert, "¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?" En *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho* No. 13/1993, Universidad de Alicante, España pp. 172- 173.

una garantía de su adecuación a las relaciones sociales, su influencia positiva en las conductas individuales y la pluralidad de opciones posibles ante un conjunto de relaciones sociales sometidas a regulación jurídica. No debe perderse de vista que lo que excluyó el estudio de los problemas relacionados con la producción legislativa del Derecho del ámbito de las ciencias jurídicas fue precisamente el aspecto reduccionista y dogmático adoptado por las concepciones teóricas sobre el Derecho dominantes en los dos últimos siglos.

7- Pluralidad de fuentes materiales de la legislación. La Teoría de la legislación debe asumir que sólo una parte, si bien la más importante, del Derecho vigente en una sociedad corresponde al Derecho producido por los mecanismos formalmente establecidos en el proceso legislativo y las autoridades legalmente facultadas y, aún dentro de este, el contenido incorporado a las disposiciones jurídicas estatales no podría ser nunca arbitrario ya que, si realmente se quieren conseguir fines sociales valiosos o simplemente utilitarios, dicho contenido vendrá determinado, en una medida significativa, por las condiciones reales y la tendencia en que se desarrollan las relaciones sociales objeto de regulación. La terminología empleada en este ensayo permite establecer una distinción importante que a veces pasa desapercibida y facilita la confusión lingüística y, *a fortiori*, la oscuridad en los resultados del análisis de la realidad a que esa terminología se aplica. En este principio, que se refiere particularmente a las fuentes del Derecho, la precisión terminológica y la consecuente depuración conceptual puede resultar sumamente esclarecedora. Para la Teoría de la legislación la expresión "fuentes del Derecho" tiene un significado más restringido que para la Teoría del Derecho; aquélla se debe ocupar, de preferencia, del Derecho producido legislativamente por los órganos facultados y mediante los procedimientos legalmente establecidos, pero no prejuzga acerca de la existencia de otras posibles fuentes que den origen al Derecho efectivamente observado o aplicado en los diferentes espacios en que esa actividad tiene lugar. Dicho de otro modo: el proceso de producción legislativa del Derecho debe constituir el centro de atención de la Teoría de la legislación, pero ese análisis debe estar necesariamente precedido de un estudio riguroso de las diferentes variables que influyen de hecho en la configuración del contenido y la forma específica de manifestarse el Derecho producido legislativamente, las cuales provienen no sólo de "la espontaneidad mayestática, el privilegio científico o la determinación irreflexiva de la muchedumbre" como decía despectivamente Mariano Aramburo,¹⁷

17 "El método experimental en legislación", Discurso pronunciado en la Asociación Escolar de Madrid, el día 8 de abril de 1897 en Monógrafos y oratorios, Imprenta y Estereotipia de Ricardo Fe, Madrid, 1906, p. 137.

sino también de los resultados de la paciente labor de la doctrina, de la dinámica actividad de la jurisprudencia y de los resultados de otras disciplinas que estudian la sociedad desde diferentes perspectivas. Una evaluación de la "distancia" entre las disposiciones jurídicas y su aplicación, entre el legislador y los jueces, y entre ambos y las relaciones sociales concretas permiten dar cuenta de hasta qué punto éstas constituyen la materia prima sobre la que trabajan aquéllos y qué lugar ocupan en su razonamiento y en su acción las disposiciones jurídicas vigentes. Hay que tener en cuenta, por otra parte, la influencia del discurso político y las decisiones políticas no canalizadas a través del Derecho; no se trata aquí de cómo se elabora el "Derecho" a través de procedimientos y prácticas no formalizadas, sino de cómo el contenido de aquél discurso y aquellas decisiones influye en la producción y aplicación del Derecho vigente. Ciertamente ninguna de las dos formas de expresión de la política produce Derecho en sentido técnico- jurídico, pero suelen tener una importancia decisiva en la aplicación del Derecho vigente o en la configuración de futuras regulaciones jurídicas; por esa razón, aquél discurso y aquellas decisiones deben ser tomadas en cuenta seriamente para comprender un aspecto importante de la Teoría de la legislación y la práctica legislativa del que no encuentro referencias suficientes en la reciente literatura especializada: la política legislativa del Gobierno, que se define a partir de la identificación de los principios, las concepciones, la forma procesal, la autoridad correspondiente, el momento, el tipo, la jerarquía y el alcance de la disposición jurídica mediante la que deben ser reguladas las relaciones sociales; la política legislativa de un Gobierno estará determinada, en primer lugar, por el lugar que ocupa el Derecho en el conjunto de medios a través de los cuales pretende asegurar el ejercicio del poder político y, en segundo lugar, por la manera en que deben ser reguladas las relaciones sociales según su programa de Gobierno. La política legislativa, que se expresa a través del discurso público (oral o escrito), precede, por una parte, a la labor legislativa y, por otra, influye en la aplicación del Derecho vigente.

8- El carácter parcial y limitado de la legislación. La Teoría de la legislación debe asumir que la legislación satisface sólo en parte las aspiraciones, intereses y necesidades de los sujetos de las relaciones sociales objeto de regulación. Una de las causas principales de esa parcialidad es la siguiente: una disposición jurídica debe (al menos en la tradición clásica de la ley en sentido formal y material) ser siempre general y abstracta (o, dicho negativamente, no debe ser individual y concreta), pero la sociedad está compuesta por individuos concretos con deseos, intereses y aspiraciones diferentes (y a veces incompatibles) que se dan en situaciones concretas y pretenden prevalecer por encima de los demás en su aspiración a maximizarlos; por eso siem-

pre habrá en cualquier disposición normativa intereses individuales (y/o sociales) afectados, lesionados, satisfechos o indiferentes. Esa constatación no debe conducir siempre y en todos los casos a atribuir a una disposición jurídica la cualidad de representar un punto medio entre las diversas posibilidades extremas; antes bien, debe conducir a evaluar qué particularidades de las relaciones sociales quedan expresadas y resueltas y cuáles quedan ocultas, deformadas o desconocidas en una disposición jurídica particular. Por otra parte, este principio está directamente relacionado con la función ideológica que cumple el Derecho, consistente en presentar las disposiciones jurídicas dictadas por el Gobierno (convertidas en el "Derecho del Estado") como legítimas, derivadas de consideraciones basadas en la conveniencia, oportunidad e intereses de toda la sociedad. Desde esa perspectiva cabría calificar como ideológico no sólo al Derecho positivo, sino también al positivismo jurídico formalista: a aquél, porque con el establecimiento de regulaciones iguales para individuos diferentes, que se encuentran también en situaciones diferentes en cuanto al acceso a los medios para satisfacer sus necesidades básicas y realizar los derechos y libertades que le son reconocidos, encubre esa realidad; ésta, porque pretende desligar al Derecho de sus condicionamientos sociales y estudiarlo en su estado "puro". Ese carácter ideológico del Derecho constituye, para algunos autores marxistas, una de las garantías del cumplimiento de la legalidad socialista.¹⁸ Mas, aún concediendo que una disposición jurídica representa el punto medio entre los intereses que afecta, protege o promueve, habría que aceptar que precisamente por constituir un punto medio, los que están hacia arriba de la "línea divisoria" obtienen lo que quizás no necesitan, en tanto los que están hacia abajo obtienen menos de lo que realmente necesitan para satisfacer no ya sus intereses, sino incluso sus necesidades básicas. Otro aspecto que debe ser tenido en cuenta es el siguiente: la idea de que tanto el Derecho en general como una ley en particular representan *prima facie* un punto medio en la protección/promoción/afectación de los derechos y libertades de los ciudadanos ha conducido a la creación de medios a través de los cuales se pueda alcanzar un acercamiento entre los diferentes intereses en pugna a propósito de una ley particular y dotarla de cierta legitimidad. Entre esos medios se encuentra en primer lugar la teoría de la representación política que está en la base de los regímenes políticos contemporáneos, pero resulta que los "representantes" muy

18 ALEXANDROV, N. G., Teoría del Estado y del Derecho. Editorial Grijalbo, México, D. F., 1962, p. 230; CAÑIZARES, F., op. cit. p. 404; L. S. Jawistch, Teoría General del Derecho, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1988, p. 215. Sobre la polémica acerca de la "naturaleza ideológica del derecho" en los primeros años de la Rusia soviética cfr. E. Pashukanis, Teoría General del Derecho y marxismo [1924], trad. y presentación de V. Zapatero, Editorial Labor, 1976, pp. 60 y ss.

rara vez son los autores materiales de las leyes y su participación en el proceso real de traducción de una decisión política en disposición jurídica es discutible, ya que ambas actividades son realizadas por funcionarios especializados que carecen de legitimidad democrática pero *poseen* los conocimientos necesarios para su ejecución. Los "representantes", en su mayoría, solo intervienen directamente en el proceso cuando se hace público, cuando el producto ya está elaborado y solo queda aprobarlo, desaprobarlo o hacerle algunos retoques de última hora. Pero esa posibilidad, con ser muy importante, se limita a las leyes en sentido formal y material (i.e. que deben ser aprobadas por el órgano legislativo del Estado y regular las relaciones sociales más importantes) y no cubre las disposiciones jurídicas infralegales que, ellas sí, parten de la iniciativa gubernamental, son elaboradas por sus funcionarios, son aprobadas y puestas en vigor por ellos y, finalmente, su aplicación también les corresponde. Esa legislación burocrática (y el "proceso burocratizado" del que resulta) constituyen el ingrediente más importante del Derecho contemporáneo y parece destinada a desplazar cualquier otra forma de manifestación formal del Derecho. Si la hipótesis manejada hasta aquí fuera cierta, la Teoría de la legislación tendría ante sí un reto de proporciones extremas: tendría que analizar no sólo la legislación pasada y presente y producir modelos de racionalización para la futura, sino también ir directamente al centro de la cuestión: allí donde comienza el proceso de elaboración de las disposiciones jurídicas, en la génesis de la decisión de "legislar" o no "legislar", en la preparación profesional de los funcionarios que las redactan, su ideología, sus filias y fobias, los lugares por donde pasan, las consultas y coordinaciones que se hacen (o no se hacen), el análisis de los medios y condiciones necesarias para su implementación, los objetivos que se persiguen y los resultados que se esperan, la manera de evaluar el grado en que son alcanzados... Pero los teóricos de la legislación (en tanto que teóricos y no, por ejemplo, en tanto funcionarios que teorizan sobre eso) tendrán ante sí siempre unas fronteras bien nítidas: no parece que se pueda ir más allá del análisis de lo que resulta público (y publicado) de todo el proceso, toda vez que no es de esperar que sea posible acceder a todos los documentos y/o prácticas legislativas que se siguen hacia el interior de la administración pública, una actividad tan sensible por "razones de Estado" y tan tradicionalmente sustraída a la escrutadora mirada del investigador.

9- "Seguridad jurídica" y dinámica de la legislación. La Teoría de la legislación debe partir de una concepción dinámica de la legislación. Este principio colisiona con otro de no menor importancia: el principio de seguridad jurídica; por esa razón, aunque es preciso adaptar la legislación a la cambiante realidad social para que pueda alcanzar adecuadamente sus objetivos, se impone siempre la necesidad de va-

lorar otros medios posibles a través de los cuales se podría conseguir esa finalidad sin necesidad de modificar el Derecho vigente o de dictar nuevas disposiciones jurídicas. Habrá que ponderar siempre, en el límite, entre una legislación anacrónica pero segura y una seguridad jurídica precaria pero adecuada a las circunstancias. De seguridad jurídica se ha escrito con profusión, considerándola generalmente como uno de los fines principales que debe garantizar (o hacia el que tender) el Derecho; singularmente esta noción ocupa un lugar central en dos obras de indudable valor en la ciencia política y jurídica modernas, aunque parten de premisas contrarias: por un lado, Thomas Hobbes, quien en el *Leviatán*, desde una visión iusnaturalista y contractualista, asigna al Estado la responsabilidad de garantizar en la sociedad política la seguridad que resulta imposible en el estado de naturaleza;¹⁹ por otro lado, los diversos trabajos dedicados por J. Bentham a fundamentar la necesidad de reducir todo el Derecho a Derecho escrito en nombre de la seguridad jurídica, que sólo es posible alcanzar mediante éste.²⁰ No obstante, la noción de seguridad jurídica con que operan la Teoría de la legislación y la Técnica legislativa no es esta de carácter político –filosófico (e ideológico) sino aquella otra a la que se refería Gustav Radbruch- “el último gran teórico de la seguridad jurídica”- que exige cuatro condiciones básicas: 1- que el Derecho sea positivo, que se halle estatuido; 2- que sea un Derecho seguro, un Derecho basado en hechos y que no remita a los juicios de valor del juez en torno al caso concreto, mediante criterios generales como del de la “buena fe” o el de las “buenas costumbres”; 3- que los hechos en que se basa el Derecho puedan ser establecidos con el menor margen posible de error, que sean “practicables”; 4- finalmente, el Derecho positivo- si se quiere garantizar la seguridad jurídica- no debe hallarse expuesto a cambios demasiados frecuentes, no debe hallarse a merced de una legislación incidental, que de todo género de facilidades para troquear cada caso concreto en forma de ley: los *check and balances* de la teoría de la división de poderes y la morosidad del aparato parlamentario son, desde este punto de vista, una garantía de la seguridad jurídica.²¹ Es una noción compleja de seguridad jurídica que se refiere

19 En una situación de inseguridad “no existe oportunidad para la industria, ya que su fruto es incierto; por consiguiente, no hay cultivo de la tierra, ni navegación (...) ni artes ni letras ni sociedad, y lo que es peor de todo, existe continuo temor y peligro de muerte violenta; y la vida del hombre es solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve.” HOBBS, T. *Leviatán*, Cap. XIII, en *Del ciudadano y Leviatán*, traducción de E. Tierno Galván y M. Sánchez Sarto, Editorial Tecnos, 2002, p. 125.

20 BENTHAM J., “Idea general de un cuerpo completo de legislación”. En: *Tratados...* p. 530.

21 Introducción a la Filosofía del Derecho, trad. de W. Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 1955, pp.40- 41. En el mismo sentido cfr. “El fin del derecho”. En L. Le Fur, J. T. Delos y G. Radbruch. *Los fines del Derecho. Bien común, justicia y seguridad*, trabajos presentados en el Tercer Congreso del Instituto de Filosofía

a dos cuestiones diferentes, aunque íntimamente conectadas: 1)- a las formas particulares por las que legalmente deben ser *establecidas, modificadas* o *eliminadas* las disposiciones jurídicas y 2)- a la certeza de su contenido. Cada una se conecta directamente con dos temas de primera importancia en los estudios sobre la legislación: 1)- el proceso de producción legislativa del Derecho y su derogación y 2)- la publicidad de las disposiciones jurídicas a través de medios, vías y formas que garanticen el acceso a su contenido y el posible conocimiento real y efectivo de los sujetos potencialmente afectados por sus normas. Para garantizar la seguridad jurídica a través de ellas es preciso que estén reguladas jurídicamente de manera inequívoca, que su regulación sea públicamente accesible en todos sus puntos. No obstante, la seguridad que se pueda garantizar a través del Derecho es siempre una seguridad "insegura", porque aunque se consiguiera en el ámbito de la producción legislativa del Derecho, en su aplicación judicial y/o administrativa aquella precaria seguridad queda reducida a límites aún más estrechos, porque la resolución final depende de la interpretación que hagan los individuos que integran aquellos órganos y de las directivas políticas emitidas eventualmente sobre su forma e intensidad de aplicación.

IV- ¿Cómo debe ser la teoría de la legislación que asuma estos puntos de partida? Los principios anteriores conducen directamente a asumir que la Teoría de la legislación debe constituirse en un saber crítico despojado de ideas preconcebidas y de conceptos abstractos –al menos en la medida en que éstos no permitan acceder a la realidad que se pretende estudiar-, cuyas funciones básicas consisten, por un lado, en evaluar continuamente el proceso de producción legislativa del Derecho con el objetivo de identificar sus cualidades, sus insuficiencias y sus limitaciones y, en consecuencia, proponer medidas que contribuyan a su perfeccionamiento y, por otro, evaluar el Derecho vigente desde diferentes perspectivas para determinar en qué medida es un medio apto para conseguir sus fines sociales y recabar los elementos necesarios para su futura reforma. Cumpliría así la Teoría de la legislación las funciones básicas que suelen atribuirse a cualquier teoría en el ámbito de las ciencias: 1- constituir un esquema de unificación sistemática de diferentes contenidos; 2- ofrecer un conjunto de medios de representación conceptual y simbólico de los datos de la observación; 3- constituir un conjunto de reglas de inferencia que permita la previsión de los datos de hecho.

La Teoría de la legislación debe ser capaz de describir y explicar los hechos conocidos en su ámbito de estudios, explicarlos en sus relaciones recíprocas y en base a ello "predecir", a partir de los hechos y las

del Derecho celebrado en Roma (1937- 1938), trad. de D. Kuri Peña, Editorial JUS, México, 1944, p. 83.

prácticas presentes y su tendencia de desarrollo, los hechos futuros que permitan adoptar las medidas necesarias para que sus consecuencias, si no pueden ser eliminadas completamente, al menos puedan ser mitigadas y previstas.

Una teoría de la legislación, en fin, a partir de la que se pueda rasgar el velo tras el cual se oculta el ejercicio del poder político a través de las leyes como una de sus principales formas de legitimación y permita, en consecuencia, una mayor comprensión del Derecho como fenómeno político, social, ideológico y cultural que, paradójicamente, en su manifestación más característica (la ley) puede ser creado, modificado o derogado por voluntad de los individuos que actúan detrás de ficciones como el "Gobierno", el "legislador", los "representantes" o los "funcionarios públicos".

Bibliografía

ARAMBURO MACHADO, Mariano. Filosofía del Derecho, Instituto de las Españas en EE. UU, 1924, Tomo I.

----- Monógrafos y Oratorios, Imprenta y Estereotipia de Ricardo Fe. Madrid, 1906.

ALEXANDROV, N. G. Teoría del Estado y del Derecho. Editorial Grijalbo. México, D. F, 1962.

ALEXÉEV, S. I. El socialismo y el Derecho. El derecho en la vida de la sociedad. Editorial Progreso. Moscú, 1989.

ATIENZA, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación”, Revista *Doxa*, No. 6/1989, pp. 385- 403.

AUSTIN, Jonh. *Aulas sobre Direito. O campo do Direito determinado* (1832), en C. Morris (Org.). *Os Grandes filósofos do Direito*, Martin Fontes, São Paulo, 2002.

CALSAMIGLIA, Albert. “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?” En *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho* No. 13/1993, Universidad de Alicante, España pp. 172- 173.

CARBONELL, Manuel, *et. al.* Elementos de Técnica legislativa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2000.

CARRILLO GARCÍA, Yoel. “Sobre la escritura jurídica”, *Revista de Ciencias Sociales* No. 53/2008, Valparaíso, pp. 61- 83.

----- “Diez tesis sobre la racionalidad legislativa (a propósito de un artículo de Jürgen Habermas)” *Revista de Ciencias Sociales* No. 52/2007, Edeval, Valparaíso, Chile pp. 627- 654.

CHASTENET, Jacques. *El Parlamento de Inglaterra*, Argos, Buenos Aires, 1947.

DIETERLEN, Paulette. *Marxismo analítico*, UNAM, México, 1995.

GARCÍA AMADO, Juan A. “Razón práctica y legislación”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, No. 9/2000, pp. 299- 318.

GRETEL. *Curso de técnica legislativa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

GRETEL. *La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa*, Grupo Editorial Bosch, Barcelona, 1986.

HOBBS, T. *Leviatán*, Cap. XIII, en *Del ciudadano y Leviatán*, traducción de E. Tierno Galván y M. Sánchez Sarto, Editorial Tecnos, 2002.

JAWISTCH, L. S. *Teoría General del Derecho*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1988.

MADER, Luzius. "Prospective evaluation and regulatory impact analysis: do they make law better?" En *Legislação* (Portugal, INA), no. 42- 43/2006.

MARX, Carlos. *Prólogo de la Contribución a la crítica de la economía política* (1859), Editora Política, La Habana, 1966.

SORIANO, Ramón L. "El parlamento demediado ¿controla, legisla, representa?" En *Derecho y Conocimiento*, Vol. I, pp. 177- 189.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1971 (2 tomos).

PASHUKANIS, E. *Teoría General del Derecho y marxismo* [1924], trad. y presentación de V. Zapatero, Editorial Labor, 1976.

RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. de W. Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 1955.

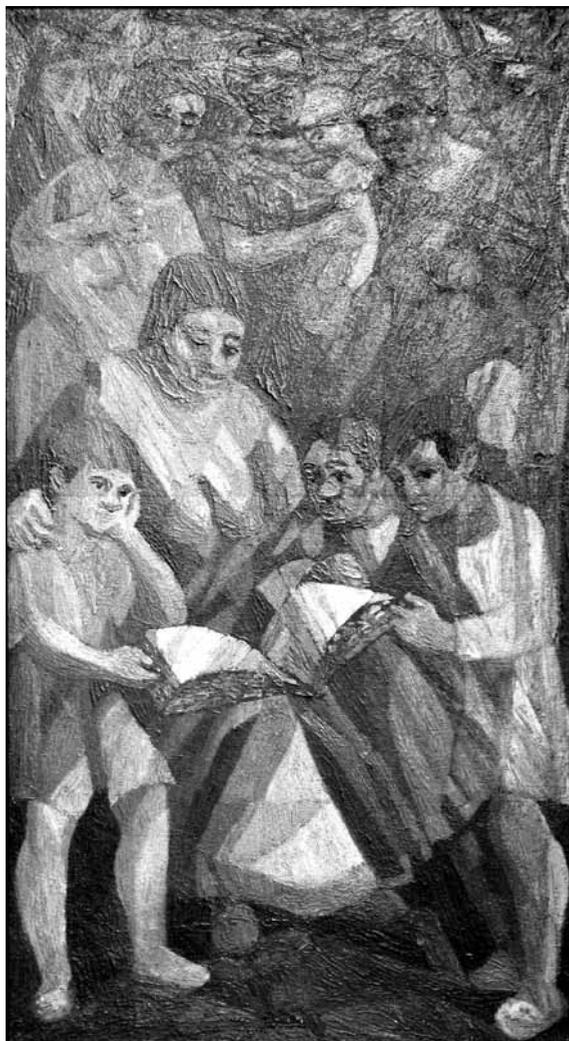
SPENCER, Herbert. *Demasiadas leyes*, traducción de Rosendo DIÉGUEZ, Editorial TOR, Buenos Aires, Argentina, 1943.

WITGENS, Luc. "Legisprudencia como nueva ciencia de la legislación", *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 26/2003, Universidad de Alicante, España, pp. 261- 287.

WITGENS, Luic. "Creação de un banco de dados en materia de Legisprudencia" En *Legislação* (Portugal, INA) No. 8/1993, p. 91.

WITGENS, Luic. *Legisprudence*, Hart Publishing, 2002.

ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. "De la jurisprudencia a la legislación", En *Revista Doxa* No. 15-16/1994.



Cuentera

El hombre honrado es el que mide un derecho por su deber.

Herni Dominique Lacordaire