

De la ciencia de la legislación hacia la técnica legislativa

Por MARIO RUIZ SANZ

Universitat Rovira i Virgili

«Conviene que las leyes sean las menos posibles, que sean justísimas, dirigidas al bien común, conocidas al detalle por el pueblo, por lo que los antiguos las exhibían públicamente escritas sobre un tablero blanco (el llamado “álbum”), para que fuesen vistas por todos. Es feo que algunos hagan uso de las leyes como si fuesen trampas para enredar en ellas al mayor número posible, no como quien vela por el interés de la república, sino como quien captura una presa. Finalmente, redáctense las leyes con palabras claras y sin ambigüedad alguna, para que no haya necesidad de ese costosísimo linaje de hombres que se llaman jurisconsultos y abogados. Esta profesión en otro tiempo estuvo reservada a los hombres más excelentes, gozaba de gran dignidad y no buscaba en absoluto el lucro, pero en la actualidad el afán de ganancias, que todo lo vicia, la ha corrompido.»

(ERASMO DE ROTTERDAM, *Institutio Principis Christiani*, 1516)

I. INTRODUCCIÓN

El paso de la tradicional ciencia de la legislación a un modelo de teoría y técnica legislativa no es cuestión de mera veleidad conceptual, vacía de contenido, sino que obedece a dos maneras bien diferentes de entender la función de la ley en un Estado de Derecho. Pero antes de entrar sobre ello, cabría hacer algunas observaciones iniciales. Así, el texto que

acaba de ser reproducido en el encabezamiento es una buena muestra del mínimo común denominador al que debe aspirar cualquier producto legislativo: el «buen hacer» de las leyes. Es más, algunos de los comentaristas del humanista europeo, basados fundamentalmente en *Las Leyes* de Platón¹, incitan a meditar sobre el carácter común y universal que presenta la tarea de elaboración legislativa, especialmente orientada a la búsqueda del mayor nivel posible de perfectibilidad jurídica según las condiciones sociales de cada tiempo y lugar. En este sentido, resulta sintomático el recuerdo del mundo clásico y del proceso de elaboración «técnica» de las leyes² que era llevado a cabo por los *iuris prudentes*, conocedores prácticos del Derecho, en la república romana³.

Aquellos fundamentos legislativos serán recordados y utilizados con cierta regularidad desde la recepción del Derecho romano concebido como método general de sistematización de la dispersa realidad jurídica, a través de la utilización de reglas técnicas para la elaboración de las leyes. Uno de los ejemplos más significativos al respecto es el concepto de técnica legislativa que aporta Jhering, quien la concibe como una rama del «arte» jurídico cuyo objeto es la perfección formal del Derecho, además del conjunto de procedimientos mediante los cuales pretende alcanzarse un fin propuesto. Así, no deja de ser cierto que las funciones básicas de la técnica aplicada al Derecho no han sufrido grandes cambios en su esencia a lo largo de la historia cuando se ha tenido que elaborar un Derecho legislado. Este mismo autor se refiere a dos tareas principales: simplificar los materiales jurídicos, así como asegurar y facilitar la aplicación de las normas en abstracto a los casos concretos⁴.

¹ Cfr. ERASMO DE ROTTERDAM, *Educación del príncipe cristiano*, trad. de P. Jiménez Guisado y A. Martín, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 125 ss. Por ejemplo, una de las frases más ilustrativas que recoge Erasmo de Platón en esta obra citada es la siguiente: «Las leyes no son otra cosa que telas de araña que las aves mayores rompen fácilmente, mientras las moscas quedan enredadas en ellas».

² Frente al mundo griego, el ambiente jurídico romano, dentro de un marco de cierta ficción literaria, comprendía que el estilo legal requería de un aspecto técnico; como ha sido señalado: «la principal diferencia con la lengua corriente resulta de un uso frecuente del imperativo futuro y del empleo ocasional de algunas grafías perimidas». Vid. LABROUSSE, R., *Introducción a Las Leyes de Marco Tulio Cicerón*, ed. Universidad de Puerto Rico, Revista de Occidente, Madrid, 1956, p. C.

³ En la república, el equilibrio de poderes entre los magistrados, el pueblo y el senado exigía la distinción entre la *lex* y el *ius*. La primera surgía de las decisiones del *populus romanus* reunido en las asambleas comiciales, mientras que el *ius* era aquello que se consideraba «justo» según la autoridad de los prudentes (*iuris consulti*). Así, existía una neta distinción entre la *lex publica* y el *ius privatum*. No obstante, al observar los mismos prudentes, únicos técnicos del Derecho, las decisiones legales del pueblo frente a los *magistratus* (hombres políticos) que las sancionaban, el *iudex* (hombre particular) y el *advocatus* (orador y político influyente), la *lex publica* acabó por considerarse fuente del *ius civile*. Sobre estas cuestiones, puede verse Ducos, M., *Les romans et la loi. Recherches sur les rapports de la philosophie grecque et de la tradition romaine à la fin de la République*, Les Belles Lettres, París, 1984.

⁴ En este sentido, Jhering entiende que la simplificación del Derecho tiene un aspecto cuantitativo, que obedece a la «ley de la economía» (las leyes deben ser las menos posibles), y otro cualitativo referido a un «orden interno» o «armónico» que une a las partes en el proceso. Por otro lado, especifica que las operaciones fundamentales de la técnica jurídica son el análi-

Esta idea básica que pretende mostrar el carácter afín de algunos parámetros en el proceso técnico de elaboración de las leyes, se encuentra reflejada con extraordinaria plasticidad por Montesquieu, para quien el estilo de su redacción debe ser sencillo, directo, no redundante, carente de vaguedades, sin sutilezas, con cierto candor, ya que «hechas para castigar la maldad de los hombres, deben comportar la máxima inocencia»⁵. De esta manera, la ley trasciende a la mera materia y forma, pues también tiene un «espíritu» propio. En el mismo sentido, Bentham opinaba que la ley significa algo más que la mera elaboración y aprobación de un texto normativo, ya que por ley debe entenderse «el todo lógico, ideal, intelectual, no el todo físico: la ley (*law*) y no la disposición (*statute*) [...] el objeto ideal, del cual la parte, el todo, o el múltiplo, o un conjunto de partes, todos y múltiples conjuntamente, es expresado por una disposición; no la disposición que lo expresa»⁶.

Pero no es el aspecto histórico de las leyes, ni siquiera la discusión sobre su naturaleza, el tema principal objeto de estas páginas, sino que más bien cabe detenerse en el sentido actual que tiene la legislación, sobre todo desde la perspectiva de su evolución contemporánea a partir de la construcción de un modelo de legislador que se encuentra hoy en día puesto en entredicho. Desde luego, la escisión establecida por Austin entre ciencia de la legislación y jurisprudencia parece que no responde a un modelo de Estado social y democrático de Derecho, en cuanto que la actividad legislativa no debe ser objeto exclusivo de los políticos, ni la tradicional ciencia del Derecho o dogmática jurídica es feudo neutral y aséptico de los juristas⁷.

II. LA LEY EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

No cabe duda que las sociedades occidentales se encuentran en un momento de transición hacia nuevos modelos de organización política y social. La fórmula del Estado de Derecho que surgió tras las proclamas de los revolucionarios franceses ha evolucionado con una palmaria notoriedad a lo largo de sus dos siglos de existencia. Así, el Derecho ha

sis, la concentración lógica y la construcción jurídica. Cfr. JHERING, R., *El Espíritu del Derecho Romano*, versión española de E. Príncipe y Satorres, tomo III, Carlos Bailly-Bailliere, librero ed., Madrid, 1891, pp. 22 ss.

⁵ Cfr. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, introd. por E. Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 399 ss.

⁶ Cfr. BENTHAM, J., *An introduction to the principles of moral and legislation*, The Athlone Press-University, London, 1970, p. 301. Existe traducción al castellano de la parte final del libro citado (*Concluding Note*), en CASANOVAS, P., y MORESO, J. J., *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Madrid, 1994, pp. 132 ss.

⁷ AUSTIN, J., *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981. Cfr. CALSAMIGLIA, A., «Ciencia jurídica», en VV.AA., *El derecho y la justicia* (Garzón Valdés, E., Laporta, F., eds.), Trotta, Madrid, 1996, pp. 17 ss.

servido de instrumento ideológico que ha permitido legitimar una estructura de tres poderes divididos o separados, aunque en íntima colaboración con el fin de obtener un funcionamiento democrático efectivo. Tal distinción no ha eliminado –ni siquiera diluido– las tensiones permanentes entre el ejecutivo, el legislativo y el judicial, que incluso han contribuido y siguen contribuyendo en buena medida a caracterizar el modelo real de relación político-jurídica existente en cada organización estatal.

De esta manera, dos tipos básicos de Estado de Derecho –con sus variantes en cada contexto– han diseñado la estructura política de la modernidad durante los siglos XIX y XX: los estados liberal y social. En ellos, la característica definitoria por excelencia ha sido la primacía de la ley, y de ahí ha derivado el sometimiento de la actividad ejecutiva, administrativa y jurisdiccional al poder legislativo. Esta separación de funciones estatales ha traído como consecuencia una progresiva especialización de los órganos y operadores jurídicos. Respecto a esta última cuestión, la tipología socio-jurídica weberiana diseñada sobre la base del desarrollo histórico resulta de obligado recuerdo: el Derecho altamente formalizado y racionalizado que caracteriza al Estado «moderno», con su finalidad de monopolizar el Derecho y la Administración de justicia, ha llevado ínsita la diversificación y la continua aparición de nuevas profesiones jurídicas en tareas tanto legislativas como de ejecución y jurisdicción⁸.

No obstante, las peculiaridades del modelo actual de Estado social obligan a replantearse algunos de los postulados y presupuestos de la organización triádica de poderes. En primer lugar, por el cambio de prioridades en las relaciones sociales afectadas desde los ámbitos del Derecho público y privado, ya que en el contexto del Estado social se ha producido la inversión respecto al Estado liberal, tanto de forma cuantitativa como cualitativa: el Derecho público ha impuesto su hegemonía mediante la proliferación desmesurada de normas jurídicas de desarrollo y de aplicación emanadas del ejecutivo y de la administración, alterando de esta manera el sistema de fuentes tradicional. A ello cabría añadir la progresiva importancia que viene adquiriendo el Derecho administrativo frente a otras ramas o disciplinas con una mayor tradición jurídica (civil, penal, mercantil, etc.). Como consecuencia de lo anterior, puede decirse que las políticas intervencionistas de los Estados han creado una situación calificable de «hipertrofia», «inflación» o «contaminación» legislativa y reglamentaria que resulta hoy en día difícil de sostener. Una de las causas que ha contribuido a extender la llamada «crisis del Estado del bienestar» ha sido precisamente la desmesurada proliferación de normativas y regulaciones de todo tipo que llevan

⁸ Cfr. WEBER, M., *Economía y Sociedad*, vol. I, trad. de J. Medina y otros, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 648 ss.

a la paradójica y dramática *ignorantia iuris non excusat* hasta extremos ciertamente preocupantes⁹. A lo anterior habría que añadir la gran cantidad de normas en vigor que son *de facto* ineficaces, e incluso inaplicables.

De esta manera, el Estado actual aparece como un «gigante torpe y pesado», proclive al crecimiento desproporcionado. En ausencia de un modelo alternativo claro, el dinamismo de la sociedad comienza a imponer su lógica y protagonismo. Surgen así tendencias desreguladoras e incluso privatizadoras, puesto que los poderes públicos se ven en la necesidad de apoyarse en fórmulas de colaboración con la economía privada y otro tipo de agentes económicos del mercado. Esta situación de considerable confusión requiere de la transformación cualitativa del Estado, ya que existe una cada vez más creciente y acusada dificultad para definir lo que es de «interés público» y lo que no lo es. En este sentido, comienza a hablarse de un «sistema policéntrico» de producción, definición y realización del Derecho en el que surgen una «pluralidad de intereses públicos» –esto es, diversas perspectivas del interés general objetivo entre las propias administraciones públicas– no necesariamente coincidentes. Así, el interés público ha dejado de ser una categoría tajantemente separada del interés privado, lo que ha producido la intercambiabilidad de formas de acción jurídico-públicas con jurídico-privadas¹⁰.

Todos estos rasgos característicos del Estado social de Derecho parece que anuncian un nuevo modelo legislativo que debe contribuir a la superación de esa idea tan difundida de que la ley es la «voluntad del legislador», restando así importancia a su carácter de mero otorgamiento, dogma convertido en tópico que forma parte de nuestra idiosincrasia ciudadana. Desde bastantes círculos jurídicos todavía se mantiene, al menos en cumplida teoría, el ritual sacralizado de adoración al legislador universal, ente imaginario cuya ficción ideológica se proyecta sobre una tarea formal y unívocamente «racionalizadora»¹¹. No cabe duda que cierta querencia codificadora se deja sentir en gran medida desde la apelación a la seguridad y, en concreto, a su aspecto más anhelado, la certeza jurídica, quizás en un mundo en el que la ley –al menos en su versión decimonónica de norma jurídica general y abstracta– ya no se muestra como el instrumento jurídico más adecuado

⁹ Cfr. FROSINI, V., *La letra y el espíritu de la ley*, trad. de C. Alarcón y F. LLano, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 42 ss.

¹⁰ Este fenómeno ha sido bautizado por la doctrina alemana como «ejecución o aplicación selectivas», o con otra terminología, «uso estratégico del Derecho». Cfr. PAREJO, L., *Crisis y renovación en el Derecho público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 17-29.

¹¹ Sobre la idea del legislador como una ficción jurídico-política puede verse, entre otros, CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986; PRIETO, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987; CALVO, M., *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Tecnos, Madrid, 1994.

para resolver los conflictos que se producen en algunos ámbitos del Derecho¹².

A tal construcción modélica se contraponen hoy en día el fenómeno del pluralismo jurídico, puesto que el Derecho y el Estado se presentan como un complejo diverso y policéntrico de titulares con poder para tomar decisiones, con interacciones mutuas entre ellos. Por este motivo, hay que reconocer que la ley no es el único cauce de producción normativa existente. La función ejecutiva, administrativa y judicial también participan de ese proceso como «órganos productores de normas jurídicas». Ello no quiere decir que se renuncie a contemplar la ley como manifestación primordial de creación normativa, sino que conviene perfilar el contorno de acción del poder legislativo. Su carácter de creador originario y supremo de normas no se pone en duda –al menos en los ordenamientos de tradición codificadora– frente al carácter subordinado de los actos reglamentarios, los actos administrativos y las sentencias judiciales, laudos arbitrales, mediaciones o conciliaciones de los diversos operadores jurídicos.

Asimismo, la reconversión de la función orientadora y reguladora del Estado social hacia lo que se denomina «programación» o «conducción», sobre todo en el ámbito del Derecho público, no sólo ha producido más normas abstractas y generales (leyes en su sentido habitual), sino que a su vez ha tenido lugar un aumento considerable de normas individuales y concretas, orientadas a cumplir objetivos también concretos, pero sin la característica de su permanencia y estabilidad; o dicho de otro modo, se ha producido la conversión de normas jurídicas en normas técnicas.

Este cambio de perspectiva resulta viable debido a la búsqueda de una racionalidad práctica en la actividad legislativa. Ésta es otra de las características que posibilita el cambio de paradigma de racionalidad del Estado liberal al Estado social: frente al modelo de racionalidad formal se van abriendo camino otras vías procedimentales y materiales de entender la toma de decisiones públicas. Esto supone para la legislación que hayan de ser tenidos en cuenta los objetivos y las metas a alcanzar. El ideal decimonónico propicio a fingir una racionalidad formal mediante la cual pudiera ser creado un derecho perfecto, lógico y sistemático, ha sido sustituido por una nueva racionalidad práctica, en la que los criterios directores son la facticidad, la utilidad, la especialidad y la adecuación a la realidad. La ley, en un Estado social y democrático,

¹² Sobre los conceptos de seguridad y certeza jurídica, puede verse DE LUCAS, J., «Sobre la Ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1789. El modelo del Code Napoléon», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI (2.ª ép.), 1989, pp. 129 ss.; PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991; PECES-BARBA, G., *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 261 ss.

necesita del consenso desde el momento de su gestación, en aras de su eficacia. Así, ya existen propuestas actuales que se refieren a distintos niveles de racionalidad en la actividad legislativa, concebida como una serie de interacciones entre diversos elementos que participan de la misma¹³.

Una de las consecuencias más notables del modelo de racionalidad práctica es que en él cobra fuerza la idea de satisfacción de las necesidades como objetivo prioritario del legislador. En este sentido, no sólo se trata de dotar a la sociedad de unas condiciones estructurales que garanticen procesos reflexivos y autorregulados a través del Derecho¹⁴, sino que además debe asegurarse la realización efectiva de los derechos sociales a través de todos los niveles posibles de racionalidad. La razón de ser de los derechos sociales es la satisfacción de necesidades humanas básicas; por lo tanto, no cabe duda que la legislación es el lugar más adecuado para establecer las propuestas procedimentales y materiales de cara a conseguirlos¹⁵.

En definitiva, el problema fundamental se encuentra en conjugar los criterios de esa predicada racionalidad práctica, la mejora en la calidad de las leyes y el máximo grado de comprensión de las normas por parte de sus destinatarios, ya sean profesionales del Derecho o ciudadanos legos. Por ello, un Estado de «bienestar» real requiere de técnicas de creación normativa que conecten la eficiencia con el tratamiento más adecuado de los conflictos sociales¹⁶. En este sentido, la renovación de los estudios sobre legislación también puede contribuir a reforzar el prin-

¹³ Atienza propone cinco niveles de racionalidad desde los cuales puede concebirse la actividad legislativa: «una racionalidad lingüística (R1), en cuanto que el emisor (edictor) debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje (la ley) al receptor (el destinatario); una racionalidad jurídico-formal (R2), pues la nueva ley debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico; una racionalidad pragmática (R3), pues la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a lo prescrito en la ley; una racionalidad teleológica (R4), pues la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos; y una racionalidad ética (R5), pues las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética». Los cuatro primeros niveles responden a una noción de racionalidad instrumental-estratégica, que intenta determinar los medios que son adecuados para obtener ciertos fines, mientras que el quinto nivel de racionalidad trataría de establecer qué medios y qué fines se encuentran éticamente justificados. Cfr. ATIENZA, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 27 ss.

¹⁴ Tal y como afirma TEUBNER, G., «Sustantive and Reflexive Elements in Modern Law», *Law and Social Review*, vol. 17, pp. 239 ss; «After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law», *Dilemas of Law in the Welfare State*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 299-326.

¹⁵ Si se tienen en cuenta los modelos de racionalidad en el proceso de producción de normas jurídicas formulados por Atienza, los principios y reglas que articulan la determinación y satisfacción de necesidades encontrarían su lugar en los niveles de racionalidad teleológica y de racionalidad ética. Sobre estas cuestiones, véase DE LUCAS, J., ANÓN, M.^a J., «Necesidades, razones, derechos», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 7, 1990, pp. 55 ss.; así como ANÓN, M.^a J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 308 ss.

¹⁶ Cfr. CALSAMIGLIA, A., *Racionalidad y eficiencia del Derecho*, Fontamara, México, 1993, pp. 29 ss.

cipio democrático, facilitar la interpretación de las normas y mejorar la formación de los juristas¹⁷.

III. LA TÉCNICA LEGISLATIVA

La progresiva tendencia al crecimiento de materias reguladas por el Estado y otras instituciones públicas o privadas ha contribuido a una mayor especialización y burocratización del aparato jurídico¹⁸. Una de estas nuevas profesiones jurídicas es la figura del *draftman* o redactor de normas, técnico cuya función básica es la elaboración y perfeccionamiento de los mensajes normativos a través del recurso a la llamada técnica legislativa.

La técnica legislativa es el conjunto de procedimientos y métodos utilizados para explicar el proceso de creación de las normas jurídicas. Esta disciplina autónoma tiene aspectos que la diferencian de la clásica ciencia de la legislación, así como de la tradicional dogmática jurídica. La función básica de la técnica legislativa consiste en buscar la optimización de la actividad del legislador, y por lo tanto servir de apoyo a una teoría de la legislación —cuya pretensión básica es la comprensión del fenómeno legislativo— mediante su apertura a otros saberes como la lógica, la informática, la economía, la ética, la sociología, etc.; es decir, a disciplinas que no son propiamente jurídicas, pero que sirven de auxilio al Derecho. Cabe señalar al respecto que tanto la técnica legislativa como la dogmática jurídica son técnicas propiamente dichas, si bien referidas a momentos diferenciados del proceso de decisión jurídica: la primera afecta a la creación y va dirigida a los políticos y técnicos de las administraciones públicas, mientras que la segunda concierne a los órganos aplicadores del Derecho, principalmente a los jueces. No obstante, la separación de funciones y destinatarios no debe ser absoluta, ya que existe cierta fluidez y continuidad entre ambas, especialmente respecto a la interpretación normativa, objeto también de la actividad del legislador¹⁹. Además, la comprensión del Derecho en general más como una técnica que como una ciencia, contribuye en buena medida a concebir ambas disciplinas como tecnologías, esto es, técnicas que se auxilian de conocimientos científicos²⁰.

¹⁷ Cfr. ZAPATERO, V., «De la jurisprudencia a la legislación», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 15-16, 1994, pp. 769 ss.

¹⁸ Al respecto, Rehbinder ha señalado con razón que «querer detener esta explosión jurídica significaría hacer retroceder al estado social o desconocer las dificultades de un control de la sociedad industrial de masas. La tesis de la desaparición del derecho o defender la exigencia de proximidad al pueblo y de la sencillez del derecho, con la que en la actualidad se ha puesto en duda el “llamamiento a la legislación”, es un privilegio de los socialrománticos». Vid. REHBINDER, M., *Sociología del Derecho*, trad. de G. Robles, Pirámide, Madrid, 1981, pp. 145-146.

¹⁹ Cfr. FROSINI, V., *op. cit.*, pp. 95 ss.

²⁰ Cfr. ATIENZA, M., *op. cit.*, pp. 15 ss.

Las propuestas sobre técnica legislativa en nuestro país son más bien escasas. Sin embargo, las existentes ya han puesto de manifiesto algunos de sus aspectos y de sus urgencias. Así, por ejemplo, la necesidad de codificar los criterios de creación normativa en forma de catálogos de directrices en los borradores, anteproyectos, proyectos de leyes y otras disposiciones jurídicas. También, la puesta en práctica de formularios o cuestionarios para evitar defectos en la elaboración de las leyes. Y sobre todo, reivindicar el carácter auxiliar, instrumental, metodológico y multidisciplinar de la técnica legislativa con independencia del contenido de cada disposición en concreto. Es decir, la técnica legislativa posee un «efecto multiplicador», ya que no sólo precisa de un consenso político, sino que a veces lo genera²¹. Otro aspecto que también cabe destacar es el de su extensión y generalización aplicativa a cualquier centro productor de normas jurídicas, como sucede con los órganos administrativos y jurisdiccionales, que pueden hacer uso de la misma²².

IV. TÉCNICAS Y POLÍTICAS LEGISLATIVAS

No cabe desconocer que las leyes, en su proceso de gestación, son fruto de una determinada opción o consenso político. Esta primigenia naturaleza política, vinculada a los mecanismos de dominación de cada sociedad en concreto, parece fuera de toda duda; sin embargo, conviene señalar algunos de los problemas que acompañan a la creación legislativa en las sociedades actuales. En concreto, dos de los más visibles e importantes, que ya han sido advertidos con anterioridad, son la extraordinaria complejidad de las leyes –y del Derecho en general– en los sistemas jurídicos contemporáneos, así como la proliferación manifiesta de órganos o centros de producción normativa, de los cuales puede predicarse su dimensión plural y descentralizada con respecto al Estado.

En primer lugar, si entendemos la Ley en un sentido amplio (como disposición emanada de los órganos con poder para dictar normas), el fenómeno que se muestra con mayor relieve hoy en día es el de la masi-

²¹ A ello se refiere P. SALVADOR CODERCH en «Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa», VV.AA.-GRETEL, *Curso de Técnica legislativa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 11 ss. A su vez, puede verse VV.AA.-GRETEL, *La forma de las leyes. Diez estudios de técnica legislativa*, Bosch, Barcelona, 1986; así como MONTORO, M.^ª J., *Adecuación al ordenamiento y facticidad: presupuestos de calidad de las normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

²² En este sentido, resulta sintomático el contenido del libro colectivo *La técnica legislativa a debate* (Corona, J. M., Pau, F., y Tudela, coords.), Tecnos, Madrid, 1994, en el cual se recogen diversas opiniones acerca de la técnica legislativa desde una perspectiva doctrinal, del poder ejecutivo, del poder legislativo y del poder judicial.

ficación o proliferación exacerbada de leyes. La progresiva expansión de las tareas estatales ha producido la juridificación de muchas situaciones o materias que con anterioridad quedaban fuera del campo de dominio del Derecho. Esto hace que las leyes sean enunciados jurídicos con cualquier contenido, que si bien es su característica básica –la reserva material–, también constituye un potencial y hasta peligroso instrumento político de control cuando una ley se crea con la finalidad de modificar situaciones específicas y delimitadas en el tiempo o en el espacio. Así sucede, por ejemplo, con las leyes anuales de presupuestos generales del Estado, dentro de las cuales puede ser regulado casi todo lo que afecta a la economía del país. Unas leyes que no dejan de tener corta vigencia, y que sin embargo permiten poner en entredicho –incluso contradecir, según ha tenido oportunidad de advertir en algunas de sus sentencias el propio Tribunal Constitucional– pilares normativos básicos sobre los que se sustenta nuestro ordenamiento jurídico. Es lo que sucede con las leyes marco, leyes programáticas, o las llamadas «leyes de acompañamiento» a los presupuestos (medidas de política económica, administrativas y de orden social), que incluyen temas relativos a la fiscalidad estatal y local, la regulación de precios públicos, los valores catastrales, el sistema de seguridad social, el régimen de funcionarios, el régimen de los transportes, aguas, defensa nacional, suelo, educación, etc.

La existencia de disposiciones de este cariz constituye, con toda probabilidad, una de las peculiaridades definitorias del Estado social de nuestro tiempo. El Derecho actual, masificado y altamente tecnificado, ha roto los moldes del Derecho tradicional sostenido sobre los ideales de previsión y certeza jurídica, tanto por su especialización como por otro fenómeno de signo contrario que obedece a un proceso de mayor generalización, esto es, la proliferación de las llamadas «leyes de principios» características del modelo de Estado constitucional²³.

Especialmente significativo es el fenómeno de la aparición de leyes de carácter individual y concreto. La incapacidad del Derecho codificado para dar respuesta a las nuevas necesidades sociales ha puesto en entredicho la tradicional concepción de las leyes como normas generales y abstractas. Respecto a ello, lo más relevante es la progresiva especialización temática del Derecho, que viene produciendo un, cada vez más acusado, vacío de contenido de los códigos mediante la extracción –e incluso suplantación– de amplios campos de regulación jurídica. De esta manera, se construyen «microsistemas de normas, con lógicas propias y autónomas», una de cuyas consecuencias más importantes es «la inversión del proceso histórico que ha llevado del *status* al contrato»; es decir, las nuevas leyes especiales que se extienden dentro de cada sector social

²³ Cfr. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, epílogo de G. Peces-Barba, Trotta, Madrid, 1995, pp. 111 ss.

definido por su particular dinámica y contenido, nacen del acuerdo entre los grupos sociales y los poderes públicos²⁴.

Por otro lado, existe una opinión cada vez más asentada sobre la existencia de una pluralidad de centros de producción normativa, esto es, de considerar como órganos creadores de normas no sólo a los legisladores, sino también a todos aquellos operadores jurídicos que actúan en la sociedad a través del Derecho, es decir, mediante diferentes instrumentos jurídicos: técnicos de la administración, jueces y magistrados, u otros actores sociales que desarrollan tareas de mediación, arbitraje, conciliación, etc. El Derecho actual es policéntrico, resultado del juego de fuerzas sociales que muestran una «dialéctica permanente entre lo político y lo jurídico»²⁵.

No obstante, esta tensión permanente y por otro lado inevitable, no supone la absoluta identificación ni confusión entre lo político y lo jurídico. En la creación normativa existe una labor política y una labor técnica que es posible diferenciar. Al trabajo parlamentario de toma de decisiones políticas cabe añadir una labor jurídica previa en la creación y definición de las reglas técnicas encaminadas a clarificar y optimizar los resultados de la tarea discursiva de los políticos. Estas reglas técnicas o «leyes sobre leyes», como también han sido denominadas, actúan como un procedimiento de descarga con respecto al legislativo, eliminando textos de extensión desproporcionada, vocablos ambiguos, expresiones oscuras, contradicciones y repeticiones innecesarias, etc., lo que facilita sobremanera la labor de las asambleas parlamentarias y de sus comisiones²⁶.

En el *iter* legislativo hay, por lo tanto, dos tareas bien distintas y que es posible diferenciar: la técnica y la política. Mientras que los problemas técnicos afectan a cuestiones lingüísticas (ambigüedad y vaguedad del lenguaje jurídico) así como lógicas o conceptuales (contradicciones, lagunas, redundancias en el sistema normativo, cuestiones sobre derogación, etc.), los problemas políticos son de carácter axiológico ya que se trata de confrontar y ponderar los intereses sociales en juego, y dar preferencia a unos sobre otros en función de determinada escala valorativa, lo cual supone una opción política²⁷.

²⁴ Tal y como afirma Irti: «la ley asume ahora las características de concreción y de individualidad, que eran propias del negocio privado: no más cánones abstractos y generales de acciones, sino respuestas a específicos y determinados problemas. Irrumpen así en el lenguaje legislativo, por un lado, indicaciones de programas y resultados deseables para el bien común y la utilidad social; y por el otro, terminologías científicas, económicas, industriales, conexas a los problemas de la edad contemporánea. Las leyes se multiplican no tan sólo en el número, sino en las modalidades expresivas y sintácticas, cada una adaptándose al léxico particular o a la simple jerga de la materia regulada». Vid. IRTI, N., *La edad de la descodificación*, trad. de L. Rojo, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 26 ss.

²⁵ Cfr. ARNAUD, A. J., «Le droit comme produit. Présentation du dossier sur la production de la norme juridique», *Droit et Société*, núm. 27, pp. 293-301.

²⁶ Cfr. FROSINI, V., *op. cit.*, pp. 41-42.

²⁷ Cfr. BULYGIN, E., «Teoría y técnica de la legislación», en Alchourron, C.E., y Bulygin, E., *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 409 ss.

Pero hay que advertir que estas tareas por sí mismas no resultan suficientes para que las leyes sean efectivas. La política legislativa requiere como paso previo de la técnica legislativa, pero también de una posterior proyección social que haga eficaz a la nueva regulación, lo que supone una especie de «efecto *boomerang*» que cubre todo el proceso de actividad legislativa. Durante el mismo pueden ser diferenciadas varias fases, que van desde la planificación normativa, la redacción del proyecto, la validación gubernamental, la aprobación parlamentaria, hasta la evaluación del impacto (eficacia y efectividad social de las normas)²⁸. A lo largo del complejo proceso que transcurre desde una fase prelegislativa, a otra legislativa y aún a la postlegislativa en la que entra en vigor la ley²⁹, intervienen diversos actores sociales (ciudadanos, grupos de presión o interés, medios de comunicación, partidos políticos, órganos jurisdiccionales, etc.) junto a los técnicos o expertos legislativos y los políticos; sobre todo, cabría destacar que la necesidad de intervención de los agentes sociales en general se hace más patente en la primera y en la última de estas fases, y no tanto en el momento que va desde la propuesta definitiva de una solución legislativa hasta su promulgación.

Además, hay que tener en cuenta que el Derecho se utiliza como instrumento para la consecución de objetivos políticos muy diversos, y así los cauces efectivos para la producción de normas jurídicas no se limitan al procedimiento parlamentario común y característico de las democracias occidentales. No sólo existe un procedimiento discursivo parlamentario que afecta a la toma de decisiones políticas. Otros tipos de procedimiento, de carácter estratégico e instrumental, ya sean manifiestos o encubiertos, se usan cada vez con mayor frecuencia y de forma más acusada. Por ejemplo, los procedimientos estratégicos de creación normativa provienen del compromiso entre el Estado y los grupos sociales que recogen intereses particulares, mientras que en los procedimientos instrumentales la toma de decisiones se basa en un modelo teleológico de relación entre medios y fines, en el cual los fines se derivan de las necesidades funcionales «objetivas» de cada actividad o sector social en cuestión. Así sucede en los supuestos de negociación colectiva o en el caso de leyes de delegación, en los cuales cobran extraordinaria importancia los procedimientos estratégicos e instrumentales. En especial, el modelo finalístico es el tipo ideal de toma de decisiones dentro del aparato administrativo cuando no implica una representación de intereses³⁰.

En cualquier caso, una vez creada la norma, el legislador ha de tener en cuenta a los sujetos sociales a los que va dirigida, que son los que acaban por determinar su eficacia. De ahí la extrema importancia del proceso

²⁸ Cfr. ZAPATERO, V., *op. cit.*, pp. 786-787.

²⁹ Cfr. ATIENZA, M., *op. cit.*, pp. 64 ss.

³⁰ Cfr. TUORI, K., «Ética discursiva y legitimidad del Derecho», trad. de J. Aguiló, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 5, 1989, pp. 47 ss.

de transmisión del mensaje normativo, que puede ser alterado por muy diversos factores. Entre la codificación del mensaje jurídico (por parte del técnico legislativo y el político) y la descodificación del mismo (por parte de los destinatarios de la norma en cuestión), las alteraciones que pueden producirse condicionan su efectividad. En este sentido, el juicio de eficacia resulta básico para el diseño de las políticas y técnicas jurídicas, pues mediante un cálculo de utilidad racional pueden ser alcanzados los mejores resultados con los menores sacrificios, o la relación más adecuada y conveniente entre medios disponibles y fines u objetivos a conseguir.

Resulta evidente que durante el proceso de creación de normas jurídicas pueden aparecer una serie de cuestiones y problemas de cierta relevancia, entre las que cabe destacar, sin ánimo exhaustivo, las siguientes:

- a) Si la nueva norma responde a una exigencia del orden jurídico, es decir, si el conflicto no es resoluble con las normas vigentes.
- b) Si existen previsiones en el programa de gobierno sobre ello.
- c) Cuáles son los objetivos básicos que se pretende conseguir, así como los medios disponibles para alcanzarlos.
- d) Y sobre todo, las repercusiones institucionales y sociales que produciría la norma en cuestión, con carácter prioritario los efectos sociales y económicos de su puesta en vigor, entre los que se encontrarían:

d.1) La capacidad por parte de los poderes públicos de poner los medios eficaces para hacer cumplir la norma y vigilar su efectividad; puede darse el supuesto de la inclusión de normas inviables o cuyo cumplimiento resulta imposible de exigir a sus potenciales destinatarios.

d.2) Los problemas de descodificación del mensaje normativo; se trataría de evitar las normas confusas o que adolezcan de falta de claridad semántica, así como reducir la utilización de conceptos ambiguos o indeterminados, ya que puede darse el caso que existan normas teñidas por la sospecha de que quien las dicta pretende algo distinto de lo que dice pretender, o bien que no quede del todo claro cual es el objetivo a alcanzar.

d.3) Prever la posible existencia de normas que habitualmente se incumplen a pesar de aplicarse sanciones, o incluso que sea más viable para el sujeto su incumplimiento porque el perjuicio que supone la sanción es inferior al beneficio que se sigue de su violación.

La transformación cualitativa de la legislación es una exigencia que demanda la sociedad actual. Al respecto, los estudios sobre teoría de la legislación y técnica legislativa tienen todavía bastante camino por recorrer y renovar. Sólo desde una meticulosa y cuidada atención al procedimiento de elaboración de las leyes que tenga en cuenta, entre otros, los factores que acaban de ser enumerados, quizás pueda superarse cierta tendencia actual dirigida a desvirtuar –o mejor, desacreditar– a la legisla-

ción desde parámetros próximos al judicialismo. No cabe duda que el proceso de decisión jurídica comienza por la creación normativa y acaba con la aplicación de las normas; por este motivo y en aras de esa necesaria continuidad frente a una peligrosa fragmentación, no puede pensarse más que en la búsqueda del equilibrio real de poderes entre el legislador y el juez. Ante la herencia quimérica de la modernidad y el intemperado protagonismo de los jueces, no debe haber «señores» del Derecho, sino juristas preparados para desempeñar sus tareas de forma correcta.