

LEGISLACIÓN Y NEOCONSTITUCIONALISMO *

Legislation and Neoconstitutionalism

Alfonso GARCÍA FIGUEROA

Universidad de Castilla-La Mancha
alfonsoj.figueroa@uclm.es

Fecha de recepción: 16/03/2015

Fecha de aceptación: 18/06/2015

RESUMEN

Este artículo explora las mutuas relaciones entre teoría del Derecho y teoría de la legislación en la actualidad. A partir de la constatación de tres exigencias recurrentes —mayor atención a la legislación por parte de una teoría del Derecho tradicionalmente centrada en la adjudicación, desarrollo de una teoría de la argumentación específica para el ámbito de la legislación y mayor relevancia del control ético de la legislación— se subrayarán los presupuestos positivistas que inspiran la teoría de la legislación desde los escritos de Bentham y se sugerirá la necesidad de adaptar la teoría de la legislación a los planteamientos del llamado neoconstitucionalismo.

Palabras clave: Neoconstitucionalismo, positivismo jurídico, teoría del Derecho, teoría de la legislación, teoría de la argumentación jurídica, Bentham.

ABSTRACT

This article aims to explore the current relationship between legal theory and theory of legislation. Three widespread claims emerge from the current debate: the need for legal theory to focus not only in adjudication, but also on legislation, the need of a specifically legislation-centered theory of legal argumentation and the need of ethics assessment of legislation. These claims need to be implemented by leaving behind the positivistic pre-suppositions, which embedded the traditional legal thinking since Bentham's writings on

* Expongo aquí de manera más sistemática y completa algunos de los argumentos que sostuve en las Jornadas Parlamentarias que, bajo el título "Algunos problemas actuales de técnica legislativa", se celebraron los días 29 y 30 de enero de 2015 en el Parlamento de Andalucía. Agradezco a Enrique Benítez, máximo impulsor y promotor de sus jornadas, y a Estanislao Arana, su inspirador y director académico, la invitación a participar en ese encuentro. Mi agradecimiento se extiende a Marina Gascón, Gema Marcilla y Luis Prieto, cuya lectura crítica del borrador ha servido para mejorar el texto final. Obviamente los errores son de mi exclusiva responsabilidad.

legislation. It will be suggested instead, that it is time for theory of legislation to account for the main tenets of the so-called 'neoconstitutionalism'.

Key words: Neoconstitutionalism, legal positivism, legal theory, theory of legislation, theory of legal argumentation, Bentham.

1. NOSTALGIA DE LA LEY Y AUGE DE LA CONSTITUCIÓN

Tras una prolongada crisis de la Ley, hoy se extiende entre algunos filósofos del Derecho un cierto sentimiento de nostalgia, que se ha reflejado en iniciativas dirigidas a la rehabilitación de la Ley y la promoción de la ciencia de la legislación. En nuestro país pocos habrán expresado con más franqueza y rotundidad que Francisco Laporta ese sentimiento de nostalgia de la Ley¹, del mismo modo que pocos habrán defendido con más ardor la necesidad de prestar más atención a la ciencia de la legislación que Virgilio Zapatero², quien desde luego no ha estado solo en esa empresa, si reparamos en las contribuciones de otros filósofos y filósofas del Derecho como Manuel Atienza³ o, más recientemente, Ángeles Galiana⁴ y Gema Marcilla⁵. Vivimos, así pues, un buen momento para revisar las relaciones entre filosofía del Derecho y ciencia de la legislación en nuestro país.

Mis siguientes reflexiones tienen dos propósitos fundamentales. El primero consiste en subrayar los presupuestos formalistas, positivistas y aún imperativistas subyacentes a la ciencia de la legislación. Esos presupuestos han sobrevivido casi incólumes al paso de los siglos entre muchos juristas y quizá dificulten el diálogo con la teoría del Derecho actual. Por ello, en segundo lugar, sostendré que los profundos cambios experimentados por el Derecho (en particular, los ocasionados por el fuerte impacto de las Constituciones *rematerializadas* en los ordenamientos jurídicos actuales) aconsejan que la ciencia de la legislación revise radicalmente aquellos presupuestos formalistas y positivistas de sus orígenes benthamianos y se adapte a los nuevos tiempos. Y a mi juicio, nada mejor para alcanzar este objetivo que atender a la teoría del Derecho más armónica con las exigencias del Estado constitucional, el neoconstitucionalismo⁶. A pesar del nivel de abstracción de las siguientes reflexiones, creo que sus consecuencias prácticas son relevantes, pues hoy en día ni la argumentación, ni la justificación pueden ser consideradas actividades ajenas a la labor legislativa y el empleo de términos valorativos y morales

1. F. Laporta, *El imperio de la Ley*, Trotta, Madrid, 2007.

2. Vid. en especial V. Zapatero, *El Arte de Legislar*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

3. M. Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997.

4. Á. Galiana, *La Ley: Entre la razón y la experimentación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

5. G. Marcilla, *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, CEPC, Madrid, 2005.

6. Me permito remitirme a mi libro *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009.

no debería ser contemplado con el recelo que despierta la retórica vacua, sino con la atención y el respeto que merecen los valores y principios constitucionales.

2. TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN Y TEORÍA DEL DERECHO

Como acabo de indicar, aquí desearía concentrarme en el papel que la teoría del Derecho puede desempeñar en relación con la teoría de la legislación. Esto exige delimitar brevemente los dominios de la teoría del Derecho y de la ciencia de la legislación. Comencemos por esta última. La ciencia de la legislación trata de suministrar una teoría descriptiva y prescriptiva de la legislación en un sentido amplio. Esta última precisión es importante porque llamamos “legislación” tanto a la actividad de legislar como a su resultado. Por tanto, la ciencia de la legislación asume la ambigüedad del término “legislación” y describe tanto el *proceso* —una secuencia de actos institucionales y no institucionales— como el *producto* de esa actividad —el texto legal— y, sobre todo, prescribe críticamente cómo deberían ser ambos, proceso y producto, y ello de acuerdo con ciertos criterios, entre los que han primado los de naturaleza “eficientista”⁷, instrumental o utilitarista.

Si atendemos a lo que suele evocar el sintagma “ciencia de la legislación”, todo parece indicar que “ciencia” alude aquí a una metodología descriptiva y neutral (“científica”), aunque ello no tendría por qué ser necesariamente así. “Ciencia” en “ciencia del Derecho” o en “*scientia juris*” debería concebirse en un sentido muy amplio⁸ y libre de sus connotaciones galileanas o newtonianas. Después de todo, el sintagma “*scientia juris*” goza de más antigüedad que la propia “ciencia” tal y como se ha concebido en las llamadas “ciencias de la naturaleza” (*Naturwissenschaften*)⁹.

Por otra parte, si el sintagma “técnica de la legislación” subraya no solo su dimensión instrumental, sino también el desapego valorativo e ideológico de la propia empresa en sí; en cambio el sintagma “arte de la legislación”, con su indefinición —tenía arte Miguel Ángel para pintar la capilla sixtina, pero también lo tiene mi vecino para envolver regalos— parece reforzar los elementos hermenéuticos de la actividad legislativa a más de cubrir los aspectos tanto formales como sustantivos, tanto técnicos como éticos, de la actividad y el producto de la legislación. Dada su amplitud, esta expresión quizá resulte de utilidad porque no cercena *a priori* nuestra visión de la legislación, aunque yo voy a inclinarme aquí

7. Pablo Salvador Coderch califica así la ideología básica que respalda las ciencias de la legislación, aunque él lo hace con el ánimo de subrayar que no atienden a la dimensión simbólica, ritual, cohesionador de las leyes (“Introducción” a GRETEL, *La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 25).

8. Vid. e.g. M. Atienza, *Contribución a la teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 15 ss.

9. Vid. de G. H. von Wright, *Explicación y comprensión*, trad. P. Vega, Alianza, Madrid, 1987, cap. 1.

por la expresión quizá más general y menos comprometida entre todas: “teoría de la legislación”.

Por otra parte, es de todos sabido que la filosofía del Derecho es una disciplina cuyos contornos no siempre han sido pacíficos¹⁰, aunque hoy existe cierto acuerdo en asignar a una de sus disciplinas, la teoría del Derecho¹¹, la tarea de suministrar un concepto de Derecho, tomando como eje un problema central, a saber: Si existan relaciones conceptuales necesarias entre Derecho y moral. En otras palabras, si alguna medida de justicia sea condición necesaria para la validez jurídica. Pues bien, es precisamente la interacción de la teoría del Derecho con la teoría de la legislación en el Estado constitucional, lo que desearía explorar a continuación, pues la realidad es que tanto la teoría del Derecho como la teoría de la legislación salen transformadas de ese reencuentro. En este sentido, a los teóricos del Derecho¹² se deben al menos tres propuestas que resultan particularmente relevantes hoy en día, a saber: 2.1) Desjudicializar la teoría del Derecho; 2.2) Desarrollar una teoría de la argumentación legislativa; 2.3) Dotar a la teoría de la legislación de un enfoque maximalista.

Las dos primeras suponen una revisión de la propia teoría del Derecho a la luz de la legislación, pues vienen a sugerir tanto a la teoría del Derecho como a la teoría de la argumentación que dejen de adoptar exclusivamente la perspectiva del juez. La tercera supone una revisión de la teoría de la legislación a la luz de la teoría del Derecho actual de corte antipositivista para que no se limite a evaluar los aspectos formales y funcionales de la legislación y entre a evaluar además la corrección ética de las Leyes.

2.1. Primera iniciativa: Desjudicializar la teoría del Derecho

La primera iniciativa surge de una suerte de examen de conciencia que ha llevado a los teóricos del Derecho a inculparse por una cierta falta de atención a la legislación. Si no del todo justificable, quizá esa apatía tenga al menos una explicación, como la que apunta Ilmar Tammelo: “Puesto que sus servicios [los de los teóricos del Derecho] raramente han sido requeridos [por el Legislador], tampoco el interés de ellos por la legislación ha sido gran cosa”¹³ y, yendo algo

10. Y aquí me remito a algunas consideraciones que expuse en “Un punto de vista más sobre la filosofía del Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2002, pp. 333-356.

11. N. Bobbio, “Naturaleza y función de la filosofía del Derecho”, en *Contribución a la teoría del Derecho*, trad. A. Ruiz Miguel, Debate, 1990, Madrid, pp. 91-101, p. 91.

12. Entiéndase en todo el texto su uso como masculino genérico, incluyendo por supuesto a todas las mujeres y hombres que participan de la Teoría del Derecho.

13. Así de libremente traduzco: “Da ihre Dienste [der Rechtstheoretiker] selten in Anspruch genommen wurde, war auch ihr Interesse an der Gesetzgebung nicht allzu groß” (I. Tammelo, “Rechtserneuerung und Friede aus Rechtstheoretischer Sicht”, en I. Tammelo/E. Mock, *Rechtstheorie und Gesetzgebung. Festschrift für Robert Weimar*, Peter Lang, Fráncfort del Meno, 1986, pp. 3-14; aquí p. 3).

más allá de las excusas, Virgilio Zapatero se pregunta retóricamente: “¿Hasta qué punto está dispuesto un legislador a «dejarse aconsejar»?”¹⁴

No es nuestra misión entrar en los detalles más íntimos de este desencuentro, pero no cabe duda de que cuando el teórico del Derecho entona este *mea culpa*, tiene la intención de enmendar su propio modelo de Derecho y de compensar así las distorsiones de una visión del Derecho que, en efecto, puede haber sido demasiado “court-centered”¹⁵ y puede haber primado excesivamente el punto de vista del juez; dando así lugar a dos errores: uno, objetivo, porque desenfoca el objeto de la teoría, y otro, subjetivo, porque afecta a los sujetos que la desarrollan. En suma, la teoría del Derecho objetivamente habría incurrido en una infrarrepresentación de la legislación a la hora de describir el Derecho y, subjetivamente, sus cultivadores habrían adoptado una actitud de indiferencia hacia los problemas legislativos.

Es natural que este diagnóstico causara alarma y —quizá llevado por ella— hace algunos años Elías Díaz le sugería a su discípulo, Manuel Atienza, que “[había] que desjudicializar la teoría del Derecho”; a lo que Atienza concedía —y no es tan frecuente que lo haga así de francamente: “Elías tenía razón”¹⁶. Por mi parte, creo que esta desatención por parte de la teoría del Derecho quizá se haya exagerado y, por lo demás, la receptividad de la teoría del Derecho a la ciencia de la legislación depende esencialmente del tipo de teoría del Derecho que desarrollemos, aunque ello no habrá de ser relevante aquí.

Sea como fuere, creo que una gran parte de lo que ha hecho tradicionalmente el teórico del Derecho en el ejercicio de su competencia puede ser interpretado como un notable esfuerzo por asesorar al Legislador. Y no sólo porque el jusnaturalismo racionalista y la Ilustración diseñaran modelos ideales del Derecho que habrían de iluminar a los gobernantes¹⁷. Desde luego, el caso de Bentham es quizá el más llamativo y explícito, pero toda la filosofía del Derecho en su conjunto puede ser interpretada como una contribución más o menos mediata y feliz para alcanzar un Derecho mejor. Quizá la prueba más palpable de ello sea que ciertas secciones de los propios manuales de redacción legislativa representan lo que podríamos denominar una *teoría del Derecho aplicada* (a la legislación) y que, por su parte, muchas de las mejores contribuciones de teoría del Derecho permiten ser contempladas como consejos de técnica legislativa útiles para el legislador.

En efecto, es habitual hallar en los manuales de técnica legislativa (*legal drafting*) referencias al lenguaje jurídico que resultan familiares al teórico del Derecho (al judicializado inclusive). Referencias tanto a sus virtudes (claridad, precisión, orden) como a sus problemas (ambigüedad, vaguedad, carga emotiva). También

14. V. Zapatero, *El Arte de Legislar*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 23.

15. A. Seidman, R. B. Seidman, N. Abeysekere, *Legislative Drafting for Democratic Social Change. A Manual for Drafters*, Kluwer, Londres, 2001, p. 31

16. M. Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación*, cit., p. 11.

17. Vid. G. Marcilla, “Sobre la necesidad de una nueva ciencia de la legislación”, en M. Carbonell y S.Th. Pedroza de la Llave (coords.), *Elementos de técnica legislativa*, UNAM, México, 2000, pp. 92-115; p. 94.

valdrían como recomendaciones al Legislador las consideraciones teóricas sobre redundancias, antinomias y lagunas; problemas todos ellos tematizados por los clásicos de la teoría del Derecho¹⁸; por no hablar —ya en concreto— del esclarecido alegato que, contra la indeterminación lógica creada por las derogaciones tácitas, ofrecen los trabajos de Alchourrón y Bulygin¹⁹ y que el Legislador creo haría bien en atender²⁰.

Con todo, el teórico del Derecho que históricamente más ha hecho por la ciencia de la legislación de manera explícita y detallada ha sido sin duda Jeremy Bentham y sobre su teoría y éxito desearía detenerme más adelante para expresarle algunos reparos. Exagerada o no, creo que la falta de atención suficiente a la legislación por parte de la teoría del Derecho se debe, en lo que tenga de justa apreciación, al menos a cuatro causas. De ellas, quizá resulten las dos primeras plausibles, la tercera no del todo obvia y la cuarta discutible.

i) La primera causa consiste en la primacía de la concepción de la legislación como producto y no como actividad. En efecto, aunque llamemos ambiguamente “legislación” tanto a la actividad de elaboración del texto legal como al texto legal en sí mismo, el teórico del Derecho se inclina naturalmente por prescindir del proceso de elaboración de las leyes para concentrarse en el producto final, la disposición legal. Actuando así, el teórico del Derecho hace suya una importante distinción de la filosofía de la ciencia, importada al mundo jurídico por la filosofía de orientación analítica: la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación²¹.

Cuando nos situamos en el contexto de descubrimiento, tratamos de explicar las causas y para ello describimos un proceso no necesariamente racional que sirve para saber cómo se llegó a un resultado, a un producto racional. Por ejemplo, situado en el contexto de descubrimiento de la ley de la gravitación universal, William Stukeley nos informaba de que a Newton se le había ocurrido cuando una manzana se le cayó en la cabeza²². Pues bien, pudiera ser que en esa famosa escena se hallara la explicación psicológica del *proceso* de nacimiento o descubrimiento de esa idea; pero ello es irrelevante en el contexto de justificación, donde solo nos interesa el producto final —*i.e.* la ley de la gravitación universal— y su validez

18. Vid. e.g. E. Bulygin, “Teoría y técnica de la legislación”, en C.E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, CEPC, Madrid, 1991, pp. 409-425.

19. C. E. Alchourrón y E. Bulygin, “Sobre el concepto de orden jurídico” en Id. *Análisis lógico y Derecho*, cit., pp. 393-407, en especial, pp. 402 ss.

20. Alchourrón y Bulygin subrayan *ibid.*, en la nota 10 de p. 403, que las Directivas para la legislación de la cancillería austriaca recomendaran evitar derogaciones tácitas, más sin aducir el fundamento de esta exigencia.

21. Para una introducción elemental quizá valga mi contribución “Contexto de descubrimiento y contexto de justificación” al manual, *Argumentación jurídica* (coord. M. Gascón), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 137 ss.

22. W. Stukeley, *Memoirs of Sir Isaac Newton's Life*, p. 15: <http://tpp.royalsociety.org/tpp/ttp.html?id=1807da00-909a-4abf-b9c1-0279a08e4bf2&type=book>.

—i. e. si está o no justificada. Análogamente, al teórico del Derecho no le han interesado particularmente los detalles del proceso legislativo —que bien pudiera ser irracional en su dimensión política— y sí su resultado final: el texto de la Ley, cuya validez comienza precisamente al término de la labor del Parlamento.

ii) La segunda causa consiste en que el resultado del proceso legislativo es un texto y eso significa que su interpretación siempre es necesaria y su reformulación es legítima siempre que se respeten sus contenidos. Desde este punto de vista, la dogmática jurídica pretende jugar un papel neutral mostrándose a sí misma como una actividad cognoscitiva que pretende meramente reformular los enunciados del Legislador sin alterar su contenido. Que esa actividad reformulatoria sea libre y legítima sin el concurso del Legislador refuerza una clara división de roles y ámbitos²³. Mientras que la actividad legislativa corresponde al ejercicio de la actividad parlamentaria, donde prevalece *prima facie* la dimensión voluntarista (i.e. democrática) sobre la racionalista (i.e. argumentativa) —*sic voleo, sic jubeo*— el producto, un documento legal, es susceptible de una interpretación, que abre el paso a una argumentación racional y la ciencia sólo parece posible —recordemos a Kelsen— allí donde su objeto es susceptible de análisis racional.

Estas dos primeras causas se sustancian, así pues, en momentos sucesivos: en el primero, la actividad legislativa ha sido considerada irrelevante para la teoría del Derecho que se ocupaba del producto de esa actividad —situaba su trabajo en el llamado contexto de justificación— y, en segundo lugar, cuando la teoría del Derecho atiende al producto, el hecho de que éste fuera susceptible de interpretación (y ulterior reformulación) también venía a reducir la importancia de su deficiente formulación, una deficiencia técnica que siempre podía ser enmendada y refinada por la dogmática. No es de extrañar entonces que la teoría del Derecho tomara a menudo como interlocutora natural a la dogmática jurídica y no al Legislador. No es de extrañar, en fin, que la teoría del Derecho muchas veces se haya concebido a sí misma como una meta-dogmática que debería servir para depurar el lenguaje de la dogmática, la cual a su vez habría depurado previamente el de las disposiciones legales del Legislador. Por decirlo brevemente, pareciera que la interposición de la dogmática hubiera alejado la teoría del Derecho de la teoría de la legislación.

iii) La tercera causa de la perspectiva judicialista en la teoría del Derecho (o al menos de su reforzamiento) es la hegemonía en el plano internacional de la jurisprudencia inglesa y estadounidense, cuyo Derecho de referencia —huelga recordarlo— no es de base legal, sino jurisprudencial, *case Law*. Singularmente, la tradición dominante de la teoría del Derecho del último siglo, el positivismo analítico anglófono, es una teoría que toma como eje de reconstrucción conceptual del Derecho la actividad de los jueces. Basta con contrastar la regla de reconoci-

23. Significativamente, Sabino Cassese atribuye precisamente la falta de atención de la ciencia del Derecho al momento de la legislación a la hegemonía combinada del principio de la soberanía del Parlamento con la del positivismo jurídico en “Introduzione allo Studio della normazione”, en *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 2 (1992), pp. 307 ss., un punto de vista citado y suscrito por V. Zapatero, “De la jurisprudencia a la legislación”, en *Doxa*, n.º 15/16 (1994), pp. 769-789, p. 771.

miento de Hart con la norma fundamental de Kelsen para darse cuenta del sesgo judicialista de la teoría del Derecho anglófono. Significativamente, mientras el instrumento kelseniano de identificación del Derecho es la *Grundnorm*, esto es, un “presupuesto lógico-trascendental”²⁴ —lo que es Derecho lo define una idea—, el hartiano es la regla de reconocimiento, una regla secundaria en uso entre los llamados *officials* —lo que es Derecho lo define un uso, en particular un *uso judicial*²⁵. Por otra parte, quizá una de las muestras más expresivas de que la suerte de la ciencia de la legislación y de la perspectiva legislativa está vinculada a la cultura jurídica continental legicéntrica sea que el mayor defensor británico de la ciencia de la legislación fue también el crítico más mordaz del *Common Law*, al que llamó “Derecho del perro”²⁶.

iv) La cuarta posible causa es de naturaleza ideológica y me parece la más discutible, pues alude a un sesgo antidemocrático en los teóricos del Derecho, presuntas víctimas de un prejuicio contramayoritario, al incompatibilizar racionalidad y Legislación. Desde este punto de vista, el dominio de la teoría del Derecho sería la razón y el del Legislador la voluntad. Este planteamiento se basa en premisas probablemente demasiado simplistas en nuestros días²⁷, pero los prejuicios suelen serlo y, en última instancia, se trataría de un prejuicio totalitario que contribuiría a erosionar el principio de mayorías²⁸. Sin embargo, esta conclusión me parece exagerada y se presta a retorsión.

Es cierto que —siquiera sea por sus respectivos roles y procedimientos— cualquier profesor universitario tenderá a identificarse más con los jueces que con el Parlamento. Y no sólo porque la *Razón* —así, con mayúscula— se haya visto a sí misma como un *Tribunal*, singularmente en la muy juricista filosofía de Kant²⁹. En realidad, la Razón en su esencial función crítica no puede renunciar a una vocación contramayoritaria, que debe servirnos para cuestionar aquello que el poder decida, incluso cuando sea por mayoría. Con todo, imputar por ello totalitarismo o incluso altivez antidemocrática a la teoría del Derecho como una

24. H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 208 ss.

25. Vid. e.g. H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho*, trad. G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, cap. 6. La cursiva es mía

26. “Cuando tu perro hace algo que tú no quieres que haga, esperas que lo haga y entonces lo golpeas. Esta es la forma de hacer leyes para tu perro: y este es el modo en que los jueces hacen la ley para ti y para mí. Ellos no te dirán antes qué es lo que no se debe hacer... callarán hasta que hagas algo que dijeron que no debía haberse hecho, y entonces te encarcelarán por ello” (J. Bentham, “Truth versus Ashhurst”, en *The Works of Jeremy Bentham, 1838-43*, ed. de J. Borwing, Tait, Edimburgo, 1843, vol. 5, p. 235. Tomo la traducción de L. M. Cruz recoge en su libro *Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham* —EUNSA, Pamplona, 2000, p. 180).

27. Vid. e.g. B. Pendás, “División de poderes y formas de gobierno. Una perspectiva contemporánea”, en *Fundamentos 5* (2009), pp. 207-239; aquí pp. 227 ss.

28. V. Zapatero, *El Arte de Legislar*, cit., p. 43.

29. Permítaseme una remisión a mi trabajo “Kant y Alexy: reglas, principios y unidad del discurso práctico. Una lectura actual de la filosofía jurídica kantiana”, en A. Castro, F. Contreras, F. Llano, J. M. Panea (eds.), *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos del bicentenario de su muerte*, Innovación Lagares, Sevilla, 2003, pp. 191-210.

tendencia general parece injustificable. Quizá sea excesivo —y más en los tiempos que corren— pedirle al teórico del Derecho que se guarde su recelo frente al poder, simplemente porque cuente con legitimidad democrática.

Por otra parte, la acusación más o menos velada de elitismo y aristocraticismo a la teoría del Derecho quizá pudiera volverse retorsivamente contra quien la lanza. Si nos fijamos en los prejuicios, quizá sean más acusados y evidentes los que padecieron —y siguen padeciendo— los nomófilos. El propio Virgilio Zapatero —quien emplea más o menos sutilmente el argumento de que la teoría y la filosofía del Derecho han sido antidemocráticas por poco nomófilas— tras describir embelesado las reuniones del llamado club de los nomófilos en la capilla de Santa María del barrio de Saint-Antoine de París —“apasionados por la ley, que era también como decir de los amantes del Parlamento”³⁰— añade, en lo que se antoja confesión de parte, que “aquella nomofilia ilustrada suponía *tanto confianza en el legislador como recelo hacia los jueces*”³¹ (cursivas mías). Zapatero concluye nostálgicamente así: “[L]o que hoy llamaríamos filosofía del derecho terminó por expresar este clima intelectual convirtiéndose, en buena parte, en filosofía de la legislación, en reflexión sobre el mejor método para hacer buenas leyes; en suma, en arte de legislar”³². ¿Quiere insinuar Zapatero que está bien desconfiar de los jueces, mas no del maltratado Legislador? No sería el primer autor que muestra esta falta de equidad con los jueces y con los juristas en general. Los orígenes antijudicialistas de la tradición nomófila se hacen patentes en la vehemencia con que, en su defensa de la legitimidad del Parlamento, el príncipe de los nomófilos, Jeremy Bentham, culpaba de dolosa falta de claridad a los juristas en general:

Hasta tal punto ha tenido éxito el trabajo y habilidad del jurista en su *actividad siniestra*, que ha logrado mantener en un estado de abatimiento por debajo de la condición de barbarismo, por no decir de salvajismo, los vehículos de comunicación entre las personas que han tenido el *infortunio de caer en sus manos*³³ (cursivas mías).

Más adelante nos ofrece un ejemplo concreto de la mala influencia de los juristas, responsables de redundancias en las leyes:

“El alegato que comúnmente se esgrime a favor de la redundancia en toda la variedad de formas examinadas —esto es, a favor de la *acumulación de materia excrementicia en todas su formas, con todos los efectos pestilentes que no puede dejar de producir su enorme carga de basura literaria* [...] consistiría en afirmar que aquella es necesaria para dar precisión [...] certeza”³⁴ (cursivas mías).

30. V. Zapatero, “El arte ilustrado de legislar”, estudio preliminar a J. Bentham, *Nomografía o el arte de redactar leyes*, trad. C. Pabón, CEPC, Madrid, 2004, p. XVII.

31. *Ibid.*

32. *Ibid.*

33. J. Bentham, *Nomografía*, cit., p. 42.

34. J. Bentham, *Nomografía*, cit., p. 62.

Bentham insiste en este argumento a lo largo de la *Nomografía*³⁵, pero termina de poner al Parlamento contra los juristas en la arenga final de su obra, cuando advierte contra el ejercicio de cierta discreción o discernimiento en la aplicación del Derecho por parte de los juristas:

“¡Cuánto más grande es la estupidez de un Parlamento al abandonar en manos de los jurados, jueces y escribanos la facultad de frustrar sus propias decisiones!”³⁶

En cualquier caso y con independencia de que sus causas sean más o menos procedentes y justas, parece claro que con su propósito de “desjudicializarse”, la teoría del Derecho debería tratar de que se operase un cambio de perspectiva, de tal manera que la teoría del Derecho dejara de subrogarse en la perspectiva del intérprete y el aplicador del Derecho a la hora de estudiar el ordenamiento jurídico.

2.2. Segunda iniciativa: Desarrollar una teoría de la argumentación legislativa

Algunos autores han reclamado que del mismo modo que existe una teoría de la argumentación jurídica dirigida a los jueces³⁷, debería existir una teoría de la argumentación jurídica específicamente dirigida a los legisladores³⁸. Me parece que esta opinión se basa en presupuestos discutibles. Por un lado, parece presuponer que la teoría de la argumentación jurídica es exclusivamente una teoría de la argumentación judicial; pero ello no tiene por qué ser entendido así, aunque ciertamente se haya entendido así a menudo. La teoría de la argumentación jurídica tiene unos propósitos ambiciosos y a veces hasta imperialistas³⁹. De hecho tiende a dejar de contemplar el Derecho como un sistema de normas para contemplarlo como un sistema de argumentos —“el Derecho como argumentación” es uno de los lemas predilectos de la teoría de la argumentación jurídica⁴⁰— y en consecuencia suele contemplar el Derecho como un conjunto integrado de procedimientos discursivos, que incluía ya en los primeros escritos de Robert Alexy el

35. Vuelve a referirse a la “materia excrementicia” en forma de leyes superfluas, redundantes e innecesarias más adelante (p. 71) e insiste sobre “el siniestro interés de la profesión legal” en p. 72. de J. Bentham, *Nomografía*, cit., pp. 71 s.

36. J. Bentham, *Nomografía*, cit., p. 120.

37. Para una caracterización general me remito aquí a manera de introducción a lo que indico en “La teoría de la argumentación jurídica. Funciones, fines y expectativas”, cap. 3 de M. Gascón (coord.), *Argumentación jurídica*, cit., pp. 75 ss.

38. Vid. e.g. G. Marcilla, *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, cit, tercera parte; Á. Galiana Saura, *La Ley: Entre la razón y la experimentación*, cit., pp. 101 ss.

39. En sentido crítico, vid. M. Barberis, “Imperialismo de la argumentación. Comentarios al Curso de argumentación jurídica de Manuel Atienza”, en *Doxa* 37 (2014), pp. 325-335.

40. M. Atienza lo toma como título de uno de sus libros: *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

procedimiento legislativo⁴¹. Desde este punto de vista, no debería haber inconveniente alguno en considerar la argumentación del Parlamento como un caso más de argumentación, de tal manera que también quedaría sometido a las exigencias de la razón práctica general⁴².

Por consiguiente y en lo esencial, la argumentación jurídico-política del Parlamento no tendría por qué entenderse exiliada de la teoría de la argumentación. Las cosas son muy distintas cuando interpretamos las reivindicaciones de una teoría de la argumentación jurídica para el discurso legislativo como una demanda de técnicas para la redacción de leyes (*drafting*). En tal caso, simplemente se estaría pidiendo algo que no tiene su paralelo en la teoría de la argumentación jurídica al uso dirigida a jueces y abogados, dado que ésta no le dice al juez cómo redactar Sentencias, Autos o Providencias, ni al abogado como mejorar la forma de escribir una demanda o su contestación. Dejando a un lado la profunda relevancia de la cultura jurídica de referencia en estas cuestiones⁴³, generalmente de ellas se han ocupado juristas prácticos y dogmáticos con sus clásicos formularios y, verdaderamente, en muchos casos no parece que ello presente una enjundia teórica que justifique poner a su servicio a la vieja filosofía jurídica. Es más: Mi impresión es que ciertos manuales de *legal drafting* guardan a veces un peligroso parecido con los manuales de autoayuda y quizá sea eso lo que algunos pretendan vender a editores poco refinados. En el mejor de los casos, dicen cosas aparentemente correctas al precio de ser obvias o de puro sentido común. En el peor, descubrimos tras la aparente obviedad, que sus presupuestos en sí son falsos.

En efecto, a veces sus consejos son obviedades sin importancia o exhortaciones de sentido común, como, por ejemplo, que se debe escribir con claridad, precisión y orden. Y en ocasiones ello se lleva a extremos discutibles. Por ejemplo, cuando se hace del empleo de una lengua sin tecnicismos el centro de todas las reivindicaciones. En lengua inglesa es particularmente llamativo el movimiento

41. Vid. R. Alexy, "Die Idee einer proceduralen Theorie der juristischen Argumentation", en *Rechtstheorie*, 1981, cuaderno 2, pp. 177-188 (reeditado en R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, pp. 94-108). Existe traducción española: R. Alexy, "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica", trad. C. de Santiago, en E. Garzón Valdés (comp.), *Derecho y filosofía*, Alfa, Barcelona, 1985, pp. 43-57.

42. Con todo y como oportunamente me indicó Gema Marcilla durante la discusión del borrador de este trabajo, específicamente la teoría de la argumentación no se compromete con la racionalidad ética de las Leyes en el grado en que cabría esperar del conjunto de la teoría de Alexy. En este punto la teoría de Alexy subraya el aspecto democrático de la legislación y parece relativizar su sometimiento a la ética discursiva, quizá porque en el fondo el discurso constitucional tiene una fuerte disposición a asimilarse a un ejercicio de ética discursiva. Sobre esta cuestión, *vid.* específicamente G. Marcilla, *Racionalidad legislativa*, cit., pp. 325 ss. Entrar en esta cuestión nos llevaría muy lejos, pues el debate acerca de la oportunidad de un control ético de la legislación supone afrontar problemas metaéticos (¿qué son los enunciados éticos?, ¿qué significa bueno?) y ellos exceden los límites de un trabajo de esta naturaleza.

43. Vid. e.g. F. Lanchester, "*Drafting*" e *procedimento legislativo in Gran Bretagna e negli Stati Uniti*, Bulzoni, Roma, 1990.

a favor del uso del *plain English*⁴⁴, que tiene antecedentes directos en obras del XIX como la de Coode⁴⁵. Y por cierto, se trata de que sea comprensible no solo para los destinatarios de las normas, sino también para quienes la aprueban en el Parlamento. Ese inglés ha sido alguna vez llamado jocosamente “*legalese*” (quizá traducible como “legalés”):

“Frenchmen write in French. Chinese write in Chinese. Lawyers, regrettably, tend to write in a patois of their own: ‘legalese’. Non-lawyers rarely understand that peculiar tribal dialect. Lawyer-drafters in particular must take care to write in a vocabulary that legislators understand”⁴⁶.

A modo de ejemplo, una de las múltiples organizaciones consagradas a ese fin establecía en el primer número de su publicación periódica las siguientes consignas⁴⁷:

1. Evitar un lenguaje arcaico, oscuro y artificioso (*over-elaborate*) en la práctica legal.
2. Redactar documentos jurídicos en un inglés certero en cuanto al significado y fácilmente comprensible.
3. Ejercer una influencia firme pero responsable en el estilo del inglés jurídico, con la esperanza de conseguir un cambio de los usos.

Y por su parte, Butt y Castle nos indican dos “reglas de oro” para la redacción de documentos legales (privados y públicos)⁴⁸:

1. Acudir al sentido ordinario de las palabras⁴⁹.
2. Mantener una terminología coherente (i.e. “nunca cambiar el lenguaje cuando no se desea cambiar de significado y siempre cambiar el lenguaje cuando se desee cambiar de significado”⁵⁰ o, dicho más claramente, aunque con redundancia —que por concisión no quede: “Que las palabras diferentes sean tomadas para referir cosas diferentes y que las mismas palabras lo sean para las mismas cosas”⁵¹).

44. *Vid.* especialmente P. Butt & R. Castle, *Modern Legal Drafting. A Guide to Using Clearer Language*, Cambridge University Press, 2006, especialmente capítulo 3.

45. De lo que nos informa G. C. Thornton, *Legislative Drafting*, Butterworth, 1987 (3.ª ed.), pp. 17 ss. La obra de George Coode es *On Legislative Expression*, reimpresa en E. A. Driedger, *The Composition of Legislation* (2.ª ed.), pp. 317 ss.

46. A. Seidman, R. B. Seidman, N. Abeysekere, *Legislative Drafting for Democratic Social Change*, cit., p. 188.

47. *Clarity Newsletter. A movement for the simplification of legal English*, núm. 1 (agosto 1983), p. 1 (<http://clarity-international.net/journals/lc.pdf>).

48. P. Butt & R. Castle, *Modern Legal Drafting*, cit., p. 61.

49. *Ibid.*

50. *Ibid.*

51. *Op. cit.*, p. 62.

Desde luego, no son objetivos desdeñables, pero no debemos olvidar al menos dos límites a estas propuestas y una consideración metodológica ligada a los fines de la teoría del Derecho. El primer límite al lenguaje llano y al afán de claridad queda patente en esta experiencia de Lon L. Fuller:

“Durante una visita a Polonia en mayo de 1961 mantuve una conversación con el anterior Ministro de Justicia, que aquí resulta relevante. Me dijo que en los primeros días del régimen comunista se llevaron a cabo esfuerzos serios y sostenidos para redactar leyes tan claras que fueran inteligibles para el trabajador y el campesino (...) Se descubrió (...) que la elaboración de leyes inmediatamente comprensibles para el ciudadano comportaba un coste oculto en el hecho de que hizo su aplicación por los Tribunales más caprichosa y menos predecible”⁵².

El segundo límite puede surgir del conflicto de racionalidades que provoca la legislación simbólica y que Atienza expresa así:

“Lo que hace que R1 [racionalidad lingüística] pueda entrar en conflicto con R3 [racionalidad pragmática] y/o R4 [racionalidad teleológica] es la existencia de legislación simbólica, esto es, de leyes hechas para no ser cumplidas, o bien para no producir los efectos declarados. En estos supuestos, las leyes acostumbran a ser intencionalmente oscuras e imprecisas, lo que significa que la racionalidad lingüística se subordina a la racionalidad pragmática y a la teleológica: las oscuridades lingüísticas (es decir, la irracionalidad lingüística) puede ser un medio para lograr la racionalidad pragmática o teleológica”⁵³.

Es decir, el afán de claridad puede volverse contra los propósitos de la propia norma en los casos de legislación simbólica. Por todo ello, la claridad, la precisión, el rigor, la coherencia en el uso de los términos, el recurso a términos del lenguaje ordinario, etc. no son en sí mismos valores absolutos. En realidad, se trata de virtudes en la medida en que se administren sabiamente para alcanzar un fin superior, cual es la *inteligibilidad* por parte de los distintos actores⁵⁴ y, por cierto, no tanto para calmar el recelo que despierten los jueces.

La consideración metodológica es la siguiente. Una teoría del Derecho puede concebirse a sí misma como una terapia conceptual en su orientación analítica en el sentido wittgensteiniano, pero no puede aspirar a convertirse en una *filología*, por así decir.

52. Fuller, L., *The Morality of Law*, Yale University Press, Fredericksburg (Virginia), 1969, p. 45.

53. M. Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación*, cit., p. 59.

54. G. C. Thornton, *Legislative Drafting*, cit., p. 48.

2.3. Tercera iniciativa: Promover un enfoque maximalista de la teoría de la legislación

Reafirmémonos por un momento —aunque sólo sea a modo de hipótesis— en la denuncia al judicialismo que habría lastrado a la teoría del Derecho tradicional y concentrémonos en la interpretación del Derecho sin pensar en el momento de su creación por parte del Legislador: ¿Qué racionalidad debe guiar la actividad interpretadora y aplicativa de las normas? Como es bien sabido, los clásicos métodos de la interpretación son recogidos en el artículo 3.1 de nuestro código civil:

“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

Si lo pensamos bien, estos métodos de la interpretación presuponen cierta racionalidad por parte del Legislador, pues el del legislador racional es otro presupuesto de la interpretación del Derecho. ¿Y qué racionalidad le es exigible entonces al legislador para hacer posible el tipo de interpretación que afrontan los juristas? Atienza⁵⁵ distingue cinco tipos de racionalidad exigibles al Legislador, que cabe poner en relación con la racionalidad que presuponen los métodos de interpretación clásicos indicados por nuestro código civil:

1. Racionalidad lingüística (R1), que nos permite confiar en la literalidad del texto legal.
2. Racionalidad jurídico-formal (R2), que presupone a su vez la consistencia y coherencia del sistema y nos permite confiar en el *co-texto* y el contexto —esto incluye la referencia a antecedentes históricos y legislativos.
3. Racionalidad pragmática (R3), pues se deberá atender a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.
4. Racionalidad teleológica (R4), pues a la ley se le presupone una finalidad.
5. Racionalidad ética (R5), pues a la ley se le presuponen valores —que, a su vez, se le presumen en su espíritu a toda norma.

Estas consideraciones merecen dos puntualizaciones. Primera: La presunta desidia de la teoría del Derecho en relación con la legislación a causa de su concentración en el momento de la interpretación y la aplicación no parece del todo proporcional, porque no podemos separar creación y aplicación de manera tajante y de ahí la armonía nada casual entre los criterios de racionalidad exigibles respectivamente de la interpretación del Derecho y de la legislación. Es difícil no hablar implícitamente de racionalidad legislativa cuando se habla de racionalidad interpretativa. No en vano, como subrayaba Kelsen, todo acto de creación de Derecho

55. M. Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación*, cit., pp. 27 ss.

presupone alguna forma de aplicación de otras normas en su célebre “estructura en gradas”⁵⁶. En la medida en que la teoría del Derecho se haya ocupado de los problemas de interpretación en relación con las normas, habrá brindado directrices al Legislador para mejorar su actividad.

Segunda: El papel de la racionalidad ética (R5) marca una diferencia de relieve sobre la plausibilidad de dos posibles enfoques de la ciencia de la legislación que Jerzy Wróblewski denominó respectivamente: enfoque minimalista —que excluye la evaluación de R5— y enfoque maximalista —que sí la incluye⁵⁷. Esta dicotomía, que ha hecho fortuna, tiende a yuxtaponerse naturalmente a la de enfoques positivistas y antipositivistas respectivamente, pues presuponer racionalidad ética al Derecho sólo puede hacerse plenamente si somos no positivistas; es decir, si afirmamos que existe una conexión necesaria entre Derecho y moral. De lo contrario, R5 no es algo que se predique del Derecho, sino más bien de la justicia, entendida como un ideal externo al propio Derecho. Dicho aún de otro modo: Para el enfoque minimalista, la deficiencia en relación con R5 constituye un defecto accidental del Derecho, mientras que en el enfoque maximalista parece ser más bien un defecto que tiende a ser esencial. Desde este punto de vista, al positivista los defectos morales de la Ley le parecen solo un accidente, mientras que para el no-positivista pueden llegar a constituir un defecto esencial que prive de validez a las normas en casos extremos⁵⁸.

Estas dos conclusiones parciales van en contra de la ciencia y la técnica de la legislación tal y como han sido habitualmente concebidas en la tradición positivista clásica, que excluía del Derecho valores y consideraciones morales, por cuanto no representaban factores necesarios del Derecho, sino meramente accidentales. Como la tradición positivista ha sido hegemónica durante los siglos XIX y XX —significativamente durante el primado de la Ley en términos generales—, también la concepción de la legislación ha sido positivista o ha presupuesto una visión positivista del Derecho. Yo desearía aquí atacar esta visión estrecha de la ciencia de la legislación y subrayar a cambio la necesidad de que la racionalidad ética (R5) sea parte esencial de la ciencia de la legislación. La justificación profunda de este aserto no puede hacerse ahora⁵⁹, pero básicamente la estrategia consiste en considerar el discurso del Legislador como un caso especial del discurso práctico general. Dicho de forma muy simple: No es posible ningún discurso práctico desprovisto de una pretensión de corrección y ello supone que también el discurso del Legislador está sometido a exigencias de corrección.

56. Vid. H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 353 ss.

57. G. Marcilla, *Racionalidad legislativa*, cit., pp. 275 ss.

58. Sobre esta cuestión —ciertamente mucho más compleja de lo que pudiera sugerir mi planteamiento aquí— me permito una remisión a mi trabajo “Injusticia extrema y validez del Derecho. Variaciones sobre un tema de Radbruch”, en P.L. Blasco (ed. y coord.), *La justicia entre la moral y el Derecho*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 21-47.

59. Vid. e.g. G. Marcilla, *Racionalidad legislativa*, cit., p. 315 ss.

A cambio de no entrar en esta fundamentación analítica⁶⁰, me concentraré en lo que sigue en mostrar los presupuestos positivistas sobre los que se ha edificado la ciencia de la legislación y que aún forman parte de los presupuestos de muchos juristas formados en el positivismo jurídico y lo haré a la luz del paradigma de teoría del Derecho más ampliamente extendido en Italia, España e Iberoamérica⁶¹ bajo el nombre de neoconstitucionalismo.

3. UNA TEORÍA MOMIFICADA DE LA LEGISLACIÓN: JEREMY BENTHAM

Los nomófilos adoran la figura de Bentham. Nostálgicamente se ha llegado a hablar de “la era de Bentham”⁶² para referir la primera mitad del siglo XIX como continuación nada menos que del Siglo de las Luces. Sin embargo, de entre todos los autores positivistas, nadie mejor que Jeremy Bentham encarna una concepción del arte de la legislación que creo ha quedado totalmente desfasada en el Estado de Derecho constitucional y en el actual estado de la teoría del Derecho, marcada por un movimiento que se postula superador tanto del positivismo jurídico como del jusnaturalismo y que algunos tratamos de impulsar bajo el nombre —también contestado, por cierto⁶³— de neoconstitucionalismo.

¿Queda algo de la ciencia de la legislación benthamiana en un contexto como el actual? Desde luego que sí, pero a condición de que reconozca sus límites arriba señalados; de que renuncie a ciertos prejuicios políticos, gremiales e ideológicos y de que se adapte, en definitiva, a los nuevos tiempos que exigen un mayor compromiso de la legislación con la ética (enfoque maximalista de la ciencia de la legislación). Y digo todo esto porque, sin esos matices, es difícil hallar un conjunto de tesis más contrarias al signo de los tiempos que las que defendió en su día el paladín de la ciencia de la legislación, el furibundo y atrabiliario Jeremy Bentham. Basta repasar brevemente los rasgos fundamentales de su pensamiento para comprender su falta de actualidad:

60. Para una introducción elemental, me remito a mi contribución “¿Hacen los jueces justicia? Sobre principios y reglas” en M. Gascón (coord.), *Argumentación jurídica*, cit., pp.191-220, en especial pp. 212 ss.

61. Más allá del incomprensible desprecio que por las aportaciones no escritas por anglófonos demuestran una parte considerable de los juristas del norte de Europa y del norte de América, creo que hay motivos suficientes para hablar de una cultura jurídica latina (en el sentido amplísimo de la que se expresa en lenguas provenientes del Lacio) En este sentido, me parece una iniciativa muy oportuna la que nos propone M. Atienza en su trabajo “Una filosofía del Derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”, en *Doxa*, 7 (2014), pp. 299-318.

62. V. Zapatero, “El arte ilustrado de legislar”, en J. Bentham, *Nomografía o el arte de redactar leyes*, p. LV.

63. Particularmente crítico se muestra M. Atienza, cuya aversión al término no comparto, aunque no es el momento de entrar en esta cuestión puramente nominalista. *Vid. e.g.*: M. Atienza, Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: Una defensa del constitucionalismo postpositivista, en <http://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091>.

i) A pesar de su moderado pesimismo antropológico, Bentham era un reformista que confiaba en la idea de progreso. Hoy vivimos en sociedades líquidas, postmodernas y tardocapitalistas y el ideal reformista ha quedado seriamente tocado. No sólo la globalización ha dado lugar a una concepción de la soberanía “nueva, supraestatal, difusa y policéntrica”⁶⁴, una verdadera “post-soberanía”⁶⁵, que ha “desbordado” el sistema de fuentes⁶⁶. En nuestras sociedades marcadas por el riesgo⁶⁷, la propia idea de planificar la sociedad desde el poder ha sido puesta en tela de juicio. El legislador tiende más bien a asemejarse a un “aprendiz de brujo”⁶⁸ que dicta sus normas sin apenas poder imaginar sus consecuencias. Las leyes de hoy en día se asemejan a los “disparos en la oscuridad”⁶⁹ de un Leviatán desconcertado⁷⁰.

ii) En relación con el Derecho, Bentham no sólo fue positivista. En realidad representa una de las cimas del pensamiento juspositivista anglófono. A pesar del tardío reconocimiento de su teoría del Derecho⁷¹, su imperativismo ha sido considerado más matizado y superior al que desarrollaría John Austin después. Y quizá valga como indicio de su importancia —que es tentador calificar de *axial*—, que H.L.A. Hart⁷² eligiera la publicación de *El fragmento sobre el Gobierno*⁷³ de Bentham en 1776 como el hito que inaugura el bicentenario de hegemonía positivista. Hoy, en cambio, hay que reconocer que la jusfilosofía positivista “se bate en retirada”⁷⁴ y su declive, por cierto, habría comenzado, a juicio de Hart, con la

64. J.-R. Capella, “La globalización ante una encrucijada político-jurídica”, en M. Escamilla y M. Saavedra (eds.), *Derecho y justicia en una sociedad global*, Sesiones plenarias, *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, pp. 13-23, p. 20.

65. N. MacCormick, “Ethical Positivism and the Practical Force of Rules”, en T. Campbell y J. Goldsworthy (eds.), *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, Ashgate, Aldershot, 2000, pp. 37-57; p. 44.

66. El profesor Antonio-Enrique Pérez Luño aborda algunas de las consecuencias jurídicas en *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.

67. Obviamente, tengo en mente a U. Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. J. Navarro & al., Paidós, Barcelona, 2006.

68. La expresión es de A. Calsamiglia, “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?”, en *Doxa*, n.º 13 (1993), pp. 161-178, p. 167 s.).

69. “Schuß ins Dunkle” dice Th. Öhlinger, “Das Gesetz als Instrument gesellschaftlicher Problemlösung und seine Alternativen”, en Th. Öhlinger (ed.), *Methodik der Gesetzgebung. Legistische Richtlinien in Theorie und Praxis*, Springer, Viena, 1982, cit., pp. 15-49, aquí p. 26.

70. Vid. J. Esteve Pardo, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

71. José Juan Moreso recuerda que *Of Laws in General* de Bentham no ve la luz hasta 1970 y a partir de ahí Moreso argumenta a favor de la superioridad teórica de Bentham sobre Austin en J.J. Moreso, “Cinco diferencias entre Bentham y Austin”, en *Anuario de Filosofía del Derecho* (1989), pp. 351-376; aquí p. 351.

72. Vid. H. L. A. Hart, “Law in the Perspective of Philosophy: 1776-1976”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, OUP, Oxford, 1988, pp. 145-158.

73. J. Bentham, *Fragmento sobre el Gobierno* (1776), trad. J. Larios Ramos, Aguilar, Madrid, 1973.

74. L. Prieto, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997, p. 8.

publicación de *Los derechos en serio* por Ronald Dworkin en 1976, quien, por lo demás, se ha ganado a pulso el título de “anti-Bentham”⁷⁵.

iii) En política, Bentham fue un liberal, aunque extremadamente escéptico sobre los derechos humanos, a los que consideró —como es sabido— “absurdidades de alto coturno”⁷⁶ (o “disparates sobre zancos”), pero también “sonidos sin significados”, “cuerpos incorpóreos” y “círculos cuadrados”⁷⁷. En el universo de Bentham, así como había enunciados jurídicos cuyo significado podía descubrirse mediante una reformulación (paráfrasis), los enunciados sobre derechos humanos tenían un carácter irremediamente fantástico⁷⁸. Hoy la filosofía de los derechos humanos constituye la pieza clave de las Constituciones de la mayor parte de los ordenamientos jurídicos y desde luego son un instrumento teórico irrenunciable del orden internacional.

iv) Bentham fue el fundador del utilitarismo. Hoy han sido sus adversarios, singularmente los representantes del constructivismo kantiano de autores tales como Rawls⁷⁹, Habermas⁸⁰, Nino⁸¹ o el propio Alexy⁸², quienes más influencia han ejercido sobre la teoría del Derecho y sobre nuestra concepción del Estado constitucional.

v) Bentham fue antijudicialista y criticó duramente el *Common Law*. Hoy los ordenamientos jurídicos no angloparlantes atribuyen a órganos jurisdiccionales como el Tribunal Constitucional la labor de ser los custodios últimos de la legalidad o constitucionalidad y en general han tendido a atenuar su propia base legal para reforzar la labor de los jueces⁸³.

vi) Bentham, en fin, criticó sin piedad a los juristas como origen de los males de las leyes, como hemos visto más arriba. Hoy —si puedo decirlo así— no hay más que juristas por todas partes y lo peor es que parece que los necesitamos; si

75. A. Calsamiglia, “Ensayo sobre Dworkin”, en R. Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, p. 7.

76. Que así de barroco se ha llegado a traducir al castellano “nonsense upon stilts” en J. Bentham, “Examen crítico de la declaración de derechos”, en *Antología* a cargo de J. M. Colomer y trad. de G. Hernández Ortega y M. Vancells, Península, Barcelona, 1991, p. 118.

77. Metáforas estas últimas de Bentham que refiere J. J. Moreso como manifestaciones de la epistemología empirista y la ontología nominalista que dominaba la base de su filosofía moral (J.J. Moreso, “Jeremy Bentham: Luces y sombras”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 47 (2013), pp. 221-248; aquí p. 226; *vid.* del mismo, “Las ficciones en Jeremy Bentham. El método de la paráfrasis”, en *Doxa* 3 (1986), pp. 129-139).

78. *Vid.* J. J. Moreso, “Las ficciones en Jeremy Bentham”, *cit.*

79. *Vid.* e.g. J. Rawls, “Kantian Constructivism in Moral Theory”, en J. Rawls, *Collected Papers* (ed. Samuel Freeman), Harvard University Press, Cambridge, 1999, pp. 303-358.

80. *Vid.* e.g. J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.

81. *Vid.* C. S. Nino, *El constructivismo ético*, C.E.C., Madrid, 1989, p. 67.

82. *Vid.* e.g. R. Alexy, “Diskurstheorie und Menschenrechte”, en Id. *Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Francfort del Meno, 1995, pp. 127-164.

83. *Vid.* e.g. M. Losano, *Los grandes sistemas jurídicos*, trad. A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1982, p. 185.

bien quizá su formación necesitaría revisarse —cuestión ésta sobre la que no es posible detenerse ahora⁸⁴.

En suma y sin entrar a evaluar su estilo atrabiliario y gruñón, es tentador pensar que, dada la evolución del mundo en que vivimos, ahora deberíamos hacer todo lo contrario de lo que Bentham sugirió para poder afrontar los retos de hoy en día. Pero vayamos concretamente a la cuestionable actualidad de su visión del Derecho.

Bentham llamaba *pannomium* al conjunto de normas vigentes en un país:

“Por Pannomium, entiéndase toda la materia jurídica que en un país, es decir en el Estado político en cuestión, tiene fuerza de ley. Una materia que, cuando se le da el alcance que puede y debe tener, comprende en sí todo el campo del Derecho y la legislación y cubre, por así decirlo, toda su superficie”⁸⁵.

Pues bien, las virtudes del *pannomium* en tiempos de Bentham no sólo no parecen haber resistido el paso del tiempo —con la consiguiente pérdida de vigencia. En realidad, se diría que durante estos dos siglos ha tenido lugar más bien una transmutación de los valores benthamianos, que ha convertido las virtudes del ordenamiento en vicios y sus vicios en virtudes. Para dar cuenta de esta transmutación quizá fuera bueno examinar algunas imperfecciones del *pannomium* que Bentham lamentó y que ahora celebramos como virtudes del Derecho.

Recordemos que tres eran las imperfecciones principales del *pannomium* para Bentham: ambigüedad, oscuridad y voluminosidad⁸⁶. La ambigüedad aludía a la pluralidad de significados de una expresión (que la norma pueda decir muchas cosas). La oscuridad a la ausencia de algún significado que refleje la voluntad del legislador (que la norma no diga nada, o bien que diga tantas, que nada acaba por decir). La voluminosidad aludía, en fin, a la acumulación tal de normas que impida “que pueda retenerse constante y efectivamente por todos los que tienen interés en amoldar su conducta al mismo [volumen de normas]”⁸⁷. Aparentemente para Bentham era muy importante que cualquier persona pudiera disponer al menos de un subsistema de normas en la cabeza para resolver sus problemas legales. Hoy con más razón que entonces, nos quejamos del “decretinismo”⁸⁸ y de la consecuente

84. Quizá sea la llamada a subvertir el currículo tradicional que refuerza el Derecho privado y arrincona las disciplinas críticas una de las aportaciones más valiosas de los representantes de los *Critical Legal Studies* (vid. J. A. Pérez Lledó, *El movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 124 ss.). En España, es bien significativo el énfasis sobre esta cuestión de algunos trabajos de J. R. Capella como *El aprendizaje del aprendizaje. Una introducción al estudio del derecho*, Trotta, Madrid, 1995.

85. J. Bentham, *Nomografía*, cit., p. 8.

86. J. Bentham, *Nomografía*, cit., pp. 18 ss.

87. J. Bentham, *Nomografía*, cit., pp. 18 s.

88. La jocosa expresión es de Karl Renner (“Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale”, Il Mulino, Bolonia, 1981, p. 207; citado por V. Zapatero, “El arte ilustrado de legislar”, cit., p. LXIV.

“anegación legislativa” (*Gesetzesflut*⁸⁹) o “contaminación legislativa”⁹⁰ que dificulta reconstruir un sistema parcial manejable, pero en todo caso ya nadie puede aspirar a retener en su cabeza todo el Derecho, así que el haber perdido siquiera la aspiración de ese ideal ya condicione severamente las consideraciones del propio Bentham. Sin embargo, yo desearía referirme ahora solo a otros dos detalles.

El primero es que la coherencia ya no es un ideal absoluto del ordenamiento. Desde luego, la incoherencia, la imprecisión y las lagunas eran y son consideradas habitualmente como vicios del sistema jurídico. Entre las imperfecciones del Derecho descritas por Bentham —bien es cierto que como de segundo orden— se hallaba “el embrollo”, que tiene lugar “cuando se fuerza a proposiciones incompatibles a estar juntas en una oración gramatical y se las mantiene así en todo el curso de la misma”⁹¹. Desde luego, en relación con ciertas reglas, las antinomias son un defecto del sistema, pero resulta demasiado superficial hoy día quedarse en esa constatación⁹².

Para comprenderlo, invocaré la autoridad —por lo demás, tan poco sospechosa de antipositivismo— de Luigi Ferrajoli, quien nos ha llamado la atención oportunamente sobre esta curiosa trasmutación de los valores tradicionales operada en el Estado constitucional, donde, a su juicio, la presencia de imprecisiones lingüísticas, incoherencias y lagunas debe ser saludada como medios para reforzar la dimensión moral o sustancial de los ordenamientos jurídicos constitucionalizados. En otras palabras, es bueno que el Derecho sea impreciso, incompleto e incoherente, en la medida en que ello sea una consecuencia de la moralización del Derecho⁹³. Si no hubiera incoherencia entre normas, si no hubiera *tensiones* entre principios iusfundamentales; entonces no habría conflicto de valores y ello implicaría que nuestro Derecho carecería de ellos. Carecería, en otras palabras, de ese “vínculo sustancial” —como lo denomina Bruno Celano⁹⁴— por el que apreciamos especialmente nuestros actuales sistemas jurídico-políticos. No debemos olvidar que, de carecer de ese vínculo sustancial, sería un mero *Ordnungsstaat* y no un *Verfassungsstaat*. Y como sabemos, una de las características más relevantes de los actuales ordenamientos jurídicos consiste en la rematerialización que expresa el

89. Vid. e.g. Th. Öhlinger, “Das Gesetz als Instrument gesellschaftlicher Problemlösung und seine Alternativen”, cit., p. 21.

90. Esta expresión, que Aguiló toma de Antonio Martino, subraya que los problemas que provoca el exceso de normas no son solo cuantitativos, sino también cualitativos (J. Aguiló, “Técnica legislativa y documentación automática de legislación”, en M. Carbonell y S. Th. Pedroza de la Llave, *Elementos de técnica legislativa*, cit., p. 244).

91. J. Bentham, *Nomografía*, cit., p. 20.

92. Para una visión integral de este problema hoy en día, vid. M. Ruiz, *La construcción coherente del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2009.

93. L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2001, p. 24.

94. Vid. B. Celano, “Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione”, en *Diritto e questioni pubbliche*, 2005, pp. 1-15, p. 3.

tránsito del Estado liberal clásico al *Sozialstaat, Leistungsstaat, Wirtschaftsstaat...*⁹⁵ al “Estado social y democrático de Derecho” en nuestro caso.

En segundo lugar, otra imperfección del *pannomium* benthamiano —bien es cierto que asimismo de segundo orden para Bentham— era la prolijidad, que él definía así:

“Se produce cuando nos encontramos con un fragmento legal, cuyos elementos están conectados entre sí de tal forma que para comprender completa y correctamente alguna parte la mente necesita abarcar la totalidad: en este supuesto el texto se alarga hasta tal punto que supera la facultad retentiva de la mente a la que se impone la obligación de conocerla”⁹⁶.

Bentham especificaba esta exigencia más adelante:

“Para ser perfectamente clara respecto de la idea, el juicio y la memoria, toda proposición distinguible debe presentarse aisladamente, sin conexión con otras. Salvo excepciones, no puede examinarse más de un objeto al mismo tiempo”⁹⁷.

Sin embargo, el Derecho actual es esencialmente prolijo en el sentido en que ello disgustaba a Bentham. Hoy en día ninguna norma del ordenamiento puede ser contemplada aisladamente. El único modo de atribuir significado a cualquier norma del ordenamiento consiste en vincularla a la Constitución. Desde este punto de vista, cabría contraponer dos concepciones del Derecho: la *concepción atomista*, según la cual es posible, al menos idealmente, comprender el significado de cada norma sin atención al resto del ordenamiento, y la —llamémosla así— *concepción holista*⁹⁸, que se inclina a contemplar el Derecho como una red⁹⁹ de normas, cuyos significados respectivos dependen a su vez del que recíprocamente se den las demás.

Pues bien, el Derecho actual es intrínsecamente holista porque en un Estado constitucional cada norma del ordenamiento responde a principios constitucionales. La concepción holista del ordenamiento se refleja en lo que la jurisprudencia cons-

95. Nos lo recuerda Th. Öhlinger, “Das Gesetz als Instrument gesellschaftlicher Problemlösung und seine Alternativen”, en Th. Öhlinger (ed.), *Methodik der Gesetzgebung*, cit., p. 18.

96. J. Bentham, *Nomografía*, cit., p. 20.

97. *Ibid.* p. 76.

98. Para la distinción entre concepciones atomistas y holistas del Derecho, me remito al capítulo 2 de mis *Criaturas de la moralidad*, cit.

99. El título del libro de Michel van der Kerchove y François Ost, *De la Pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, (Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruselas, 2002) refleja bien esta intuición y la ilustra bellamente contraponiendo dos imágenes: La del grabado del Leviathan que aparece en la primera portada de la obra de Hobbes, como una pirámide, y las figuras imposibles de Escher, una red de elementos incoherentes entre sí, pero integrados en un mismo sistema.

titucional alemana ha denominado “efecto de irradiación¹⁰⁰” (*Ausstrahlungswirkung*) y también se ha denominado efecto de impregnación¹⁰¹.

Todos los indicios apuntan en la misma dirección: Si los presupuestos sobre los que se asentó la nomofilia benthamiana han quedado completamente desfigurados bajo el Estado constitucional, todo parece indicar que la teoría de la legislación inspirada por ella deberían revisarse profundamente.

100. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, p. 507 ss.

101. R. Guastini, “La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 49.