

Política legislativa, técnica legislativa y codificación en los albores del siglo XXI

1. CONCEPTOS HISTÓRICOS Y FORMALES. LA CODIFICACIÓN COMO CONCEPTO HISTÓRICO

A partir de un célebre trabajo de Felipe González Vicén, en el ámbito de la filosofía del Derecho es muy corriente distinguir entre conceptos históricos y conceptos formales, precisamente con el propósito de discutir el carácter, histórico o formal, de la propia filosofía jurídica¹. Histórico es un concepto, no porque haya sido acuñado en un cierto momento histórico o porque experimente cambios a lo largo del tiempo, sino porque sólo cobra sentido en el marco de una realidad determinada y carece de significado o, peor aún, se convierte en fuente de confusión cuando quiere ser aplicado a contextos históricos distintos; Estado, feudalismo o revolución serían ejemplos de conceptos históricos. Los conceptos formales, que a mi juicio también podríamos llamar teóricos, son en cambio el fruto de abstracciones y estipulaciones que pretenden dar vida a estructuras de comprensión capaces de explicar o designar fenómenos más allá de sus concreciones históricas; los conceptos que usa habitualmente la teoría del Derecho son de esta clase.

Pero algunos conceptos pueden operar como históricos o como formales, aunque obviamente su significado difiera en cada caso. El Código se presenta como un concepto formal cuando por tal entendemos, en palabras de la Real

¹ F. GONZÁLEZ VICÉN, «La filosofía del Derecho como concepto histórico» (1969), en *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 207 ss.

Academia, una «recopilación de leyes o estatutos que tratan sobre materias que constituyen una rama de la actividad social»; incluso creo que no deja de ser formal si añadimos alguna exigencia suplementaria, como que tal recopilación se verifique con un propósito de claridad semántica, exhaustividad material, plenitud y coherencia interna. El problema de esta definición formal es que no resulta demasiado interesante porque prácticamente identifica la codificación con una empresa editorial, con una recopilación oficial o académica² o, a lo sumo, con una legislación atenta y cuidadosa. Y siendo poco interesante este concepto de Código, lo es también la pregunta sobre su futuro: la codificación así entendida no pasa de ser una técnica legislativa, con seguridad más clara y ventajosa que su alternativa, el puro desorden normativo, pero en modo alguno recupera el sentido histórico primigenio del movimiento codificador.

La codificación como concepto histórico presenta un significado mucho más denso y profundo. El Código constituye la más acabada expresión jurídico-positiva de todo un proyecto de transformación económica, social y política que bajo el sello de la razón dará vida al mundo contemporáneo. No ya una técnica legislativa, sino una política legislativa. Con toda evidencia, su origen ha de buscarse en aquel Derecho natural racionalista que se sintió capaz de diseñar una *Ethica ordine geometrico demonstrata* (Espinosa, 1677) o un *Ius naturae método científica pertractatum* (Wolff, 1740-1748) y que se resume en la provocativa y tantas veces citada proposición de Grocio: «así como los matemáticos consideran las figuras con abstracción de los cuerpos, así yo, al tratar del Derecho, prescindí de todo hecho particular»; de ahí que, al igual que sucede con los números y las figuras, el Derecho natural existiría «aunque concediésemos, lo que no se puede hacer sin gran delito, que no hay Dios, o que no se cuida de las cosas humanas»³. Como observa D'Entrèves, lo que Grocio había establecido como hipótesis se convertirá luego en una tesis⁴: que los principios de la doctrina del Derecho son también verdades eternas⁵. Y nada más tentador que ordenar en un código tales principios o verdades.

Porque el iusnaturalismo no fue sólo una filosofía especulativa constructiva de su propio objeto, el Derecho natural, sino que sus principios y su método habrían de servir también como «espejo» donde reflejarse el propio Derecho positivo, mitigando así el inevitable voluntarismo en que descansa todo poder político productor del orden jurídico. En otras palabras, el iusnaturalismo no sólo proporcionaba una explicación racional de la comunidad política, sino que, más allá de sus variantes ideológicas, dotaba de una peculiar estructura, también racional, al Estado y al Derecho. En palabras de Goyard-Fabre referidas a la obra de Montesquieu, la razón humana es apta para comprender el mecanismo de las leyes naturales, pero al mismo tiempo encierra una vocación práctica

² Subraya las diferencias entre recopilación y codificación A. RUIZ MIGUEL, *Una filosofía del Derecho en modelos históricos*, Trotta, Madrid, 2002, p. 271 s.

³ H. GROCIO, *Del Derecho de la guerra y de la paz* (1626), trad. de J. Torrubiano, Reus, Madrid, 1925, Prolegómenos §§ 11 y 58, pp. 12 y 39.

⁴ A. P. D'ENTRÈVES, *Derecho natural* (1968), trad. de M. Hurtado, Aguilar, Madrid, 1972, p. 66.

⁵ Así lo declara G. LEIBNIZ, *Los elementos del Derecho natural* (1669-1672), ed. de T. Guillén, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 70 s.

de imponer al Derecho positivo sus principios constitutivos⁶; el príncipe *éclairé*, en el que toma cuerpo la alianza entre el poder y las luces, entre la razón y el Derecho positivo, y más tarde la rousseauiana *volonté générale* habrán de ser los vehículos para hacer realidad esa vocación práctica.

Como es lógico, el instrumento de tamaña transformación ya no podía ser la variable, particularista e insegura costumbre, sino la ley. Desde luego, la legislación no se concibe entonces, al modo de un cierto positivismo, como un desnudo acto de poder, sino al mismo tiempo como una ciencia y como un principio de cambio: como ciencia nos descubre un Derecho natural imprescriptible; como estímulo para el cambio, consiste en un simple proceso de deducción que debe restaurar en la sociedad los principios claros y sencillos de esa ciencia, al parecer ocultos por siglos de oscurantismo. El resultado serán las leyes, las verdaderas leyes, que no son transitorias, caprichosas o dependientes de las costumbres locales, sino unas leyes dotadas de «bondad absoluta» porque se hallan en armonía «con los principios universales de la moral, comunes a todas las naciones»⁷. Esta confusión entre las leyes científicas como «relaciones necesarias» descubiertas por la razón y las leyes jurídicas como casos particulares de las anteriores aparece bien expresada en Montesquieu: ley en general es la razón humana y «las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los casos particulares a los que se aplica la razón humana»⁸.

Esta reivindicación de la ley como forma exclusiva de regulación social constituía, de una parte, la culminación del Estado absoluto en su largo caminar hacia el monopolio del poder, pero también, de otra, el anuncio del Estado liberal empeñado en la garantía de un ámbito de inmunidad a favor de sujetos privados y jurídicamente iguales⁹. Ante la pluralidad y difuminación de los centros de producción jurídica, ante la tupida red de privilegios y excepciones origen de la incertidumbre y falta de uniformidad del Derecho, ante la heterogeneidad e inseguridad de las costumbres, el triunfo del legalismo quiso representar una especie de traslación al orden positivo de los esquemas propios del Derecho natural racionalista: por eso, la ley debe ser *única*, pues «la igualdad de los ciudadanos consiste en estar todos sometidos a las mismas leyes»¹⁰; *sen-*

⁶ S. GOYARD-FABRE, *La Philosophie du Droit de Montesquieu*, Klincksieck, París, 1973, p. 124.

⁷ G. FILANGIERI, *La Ciencia de la Legislación (1780-1785)*, trad. de J. de Rivera, Villalpando, Madrid, 1821, Libro I, p. 64.

⁸ MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las leyes (1748)*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1972, Libro I, Cap. III, p. 54.

⁹ Observa P. SALVADOR CODERCH que el programa codificador de una legislación racional y precisa se relaciona tanto con el absolutismo monárquico deseoso de evitar la interpretación judicial propiciada por los defectos del viejo Derecho, como con el propósito de eliminar la arbitrariedad y la inseguridad jurídica, algo exigido por el desarrollo de la sociedad liberal y mercantil, «El *casus dubius* en los Códigos de la Ilustración germánica», en *La compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 398 ss.

¹⁰ D. DIDEROT, «Observaciones sobre la Instrucción de la emperatriz de Rusia a los diputados respecto a la elaboración de las leyes» (1770), en *Escritos Políticos*, ed. de A. Hermosa Andújar, C.E.C, Madrid, 1989, XX, p. 205.

cilla, pues «las leyes prolijas son calamidades públicas»¹¹; *promulgada* y notoria para todos, no secreta¹²; redactada en *lengua vulgar*, de forma *concluyente* y fácil de entender, «pues no hay cosa más peligrosa que aquel axioma común de que hay que consultar el espíritu de la ley»¹³; y, sobre todo, *abstracta* y *general*, pues la ley sólo puede ser justa cuando la materia que se regula es general, lo mismo que la voluntad que la establece, ya que «el soberano jamás tiene derecho a exigir de un súbdito más que de otro, porque entonces, al tomar el asunto carácter particular» su poder deja de ser competente¹⁴. En resumen, como recomendaba Voltaire, «que los jueces sean los primeros esclavos de la ley y no los árbitros... que las leyes sean uniformes, fáciles de entender por todo el mundo... que lo verdadero y justo en una ciudad no resulta falso e injusto en otra»¹⁵

Pues bien, la filosofía de las leyes uniformes, precisas, abstractas y generales alcanza su cénit en el movimiento codificador que, como diría Wieacker, conduce de la ciencia a la legislación, haciendo de ésta un acto de transformación revolucionaria¹⁶; el legislador del Código es naturalmente el poder político pero incorpora al mismo tiempo un carácter racional y universal, capaz de ofrecer en un cuerpo único y sencillo aquellas reglas que se suponen válidas para todo tiempo y lugar¹⁷. El Código representa de esta manera la expresión más definida y acabada del racionalismo entendido en la triple dimensión que indicaba Gómez Arboleya, esto es, como racionalismo utópico constructivo de la realidad, como racionalismo político edificador del Estado y unificador de la nación y, por último, como racionalismo burgués afirmador de la vida profana, libre e igual¹⁸. Iusnaturalismo y racionalismo, construcción del Estado como organización política con vocación de monopolio, homogeneidad jurídica bajo el imperio de la ley, liberalismo y economía mercantil son, pues, los impulsos que confluyen en la empresa codificadora.

De ahí que el Código no sea reflejo ni simple ordenación de viejas leyes y costumbres, no quiere consagrar lo existente, sino que encarna un diseño de nueva planta que pretende regular las relaciones sociales de modo uniforme,

¹¹ SAINT-JUST, «Instituciones republicanas», en *Discursos. Dialéctica de la revolución*, trad. de J. Fuster, Taber, Barcelona, 1970, p. 311.

¹² Como ha mostrado J. DE LUCAS, la publicación general de las leyes fue una de las aspiraciones más reiteradas en los trabajos preparatorios del *Code*, «Sobre la ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1789», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, 1989, pp. 129 ss.

¹³ C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (1764), ed. de F. Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid, 1974, cap. I, p. 68.

¹⁴ J.J. ROUSSEAU, *Contrato Social*, en *Escritos de combate*, ed. de S. Masó, Alfaguara, Madrid, Libro III, cap. IV, pp. 428 s.

¹⁵ VOLTAIRE, «Fragment des instructions pour le Prince Royal», en *Oeuvres Complètes*, Baudouin Frères, París, 1926, vol. 38, p. 85.

¹⁶ F. WIEACKER, *Historia del Derecho privado de la Edad moderna* (1951), trad. de F. Fernández Jardón, ahora en Comares, Granada, 2000, pp. 303 ss.

¹⁷ Vid. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1979, pp. 69 ss. Hay traducción de R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993.

¹⁸ E. GÓMEZ ARBOLEYA, «El racionalismo jurídico y los Códigos europeos», II, en *Estudios de Teoría de la sociedad y del Estado*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1992, pp. 508 s.

preciso, coherente y claro donde nada pueda quedar al arbitrio del intérprete. Por eso, cabe decir que es en la euforia codificadora cuando la concepción del sistema jurídico se ha visto más ampliamente sometida a los dominios de la razón: creación y aplicación del Derecho aparecen entonces como perfectas operaciones racionales, pues si el Código constituye un monumento de la geometría social y jurídica, la interpretación por su parte debe dejar de ser un catálogo de casos, tópicos y argumentos para construirse a imitación del propio Código, esto es, como un silogismo perfecto. Si puede decirse así, el Código no es una empresa jurisprudencial o de doctores, sino la obra de soberanos filósofos capaces de diseñar un orden jurídico nuevo y acorde con las necesidades económicas y sociales de la época.

Conviene insistir en este último aspecto porque el Código no persigue sólo la racionalidad legislativa, sino también la judicial, como dos caras de una misma moneda. La nueva concepción se ha hecho célebre en un pasaje de Montesquieu: «Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento (*la bouche*) que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes»¹⁹. La racionalidad de la ley se traslada así a la racionalidad de la interpretación que debe convertirse en una operación lógica expresada en forma silogística²⁰. Con independencia del mayor o menor acierto que tuviera como descripción de la actividad interpretativa, este sería el modelo de la codificación que en parte ha llegado a nuestros días, el de un juez pasivo, neutral y sometido únicamente a la ley: «el juez es en tribunal el órgano de la ley y no tiene libertad para separarse de ella... Aplicar el hecho a la ley es el único objeto de su ministerio»²¹.

El ideal codificador no sólo se guía por un criterio de exhaustividad material, sino que presenta también una vocación excluyente. Por eso, el estricto sometimiento del juez a la ley implica recusar asimismo una de las prácticas más arraigadas en la actuación judicial: el respeto a la jurisprudencia o a los precedentes judiciales. Diderot, por ejemplo, propone que se prohíba la edición o impresión de las sentencias, pues «a la larga terminan por conformar una contra-autoridad legal. Los comentaristas de los libros sacros han dado lugar a mil herejías. Los comentaristas de las leyes las han sofocado»; por tanto, prohibir toda cita de una sentencia²². En suma, en el proyecto jurídico de la Ilustración la rigurosa aplicación de la ley pretende eliminar todo posible *decisionismo* judicial, lo cual en parte responde a razones epistemológicas, pero en parte también a un designio ideológico. Por un lado, en efecto, se mantiene una confianza acrítica en que la ley diseñada racionalmente pueda a su vez ser aplicada del mismo modo, según el esquema subsuntivo. Por el otro, se considera que la

¹⁹ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, cit., Libro XI, cap. VI, p. 156.

²⁰ «En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el juez sea constreñido, o cuando quiera hacer aunque sea sólo dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre», C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., p. 76.

²¹ G. FILANGIERI, *Ciencia de la legislación*, cit., Libro III, p. 156.

²² D. DIDEROT, «Observaciones sobre la instrucción...», cit., p. 217.

libertad y la seguridad de los ciudadanos sólo puede resultar limitada desde la ley abstracta y general, no desde la insegura y desigual actividad de los jueces.

La codificación entendida como concepto histórico dista de ser, pues, una mera técnica legislativa. La economía normativa, la estructura cartesiana, el lenguaje preciso, la abstracción y generalidad de los preceptos del Código, la sistematicidad, el estricto sometimiento del juez a la ley y la concepción mecanicista de su labor servían sin duda a la seguridad jurídica y, con ello, a la incipiente economía capitalista y al proceso de concentración del poder en la organización estatal. Pero, como observa Tomás y Valiente, para los ideólogos del Código, éste se presenta además como «un sistema completo y permanente de Derecho justo. La codificación del Derecho es la forma técnica de construir una sociedad dotada de un orden justo e inmutable»²³. Seguramente nunca ha llegado tan lejos la reconciliación entre el Derecho natural y el Derecho positivo o, lo que es lo mismo, la concepción de este último como escenario para la realización del primero. Si la compilación o la recopilación son un homenaje al pasado, cabe decir que los Códigos «son anteproyectos para un futuro mejor»²⁴.

2. ¿QUÉ ES LO QUE HOY QUEDA DEL ESPÍRITU CODIFICADOR?

Desde luego, se mantienen vigentes varios cuerpos legales llamados Códigos y también algunas leyes generales que parecen responder formalmente al espíritu codificador de exhaustividad material, plenitud y coherencia, aunque tanto aquéllos como éstas sean objeto de continuos remiendos y adiciones. Pero me parece que muy poco más. Tal vez la transformación más decisiva se advierte desde hace casi dos siglos y no afecta de modo primario al modo de legislar, sino a la misma concepción del Derecho. Se puede resumir en muy pocas palabras: «hay sin duda pretensiones racionales frente al Derecho, pero no hay un Derecho racional»²⁵. El Derecho es desde el historicismo y el positivismo un fenómeno social, histórico y cambiante y, sobre todo, representa la manifestación de una voluntad, no la cristalización de una razón abstracta e intemporal. Si Von Kirchmann pudo escribir que «tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura»²⁶, era justamente porque tras la ley ya no se vislumbraba más que una voluntad desnuda que podía ser derogada o sustituida por otra voluntad, en ningún caso el fruto racional de un legislador también racional²⁷. La razón objetiva en

²³ F. TOMÁS Y VALIENTE, «La codificación, de utopía a técnica vulgarizada» (1985), en *Códigos y constituciones*, Alianza, Madrid, 1989, p. 116.

²⁴ F. WIEACKER, *Historia del Derecho privado de la Edad moderna*, cit., p. 304.

²⁵ La afirmación corresponde a F. J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, citada por F. GONZÁLEZ VICEN, «Del Derecho natural al positivismo jurídico», en *De Kant a Marx. Estudios de historia de las ideas*, F. Torres, Valencia, 1984, p. 206.

²⁶ J. H. VON KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia* (1847), ed. de A. Truyol Serra, C.E.C., Madrid 1983, p. 29.

²⁷ Y será a partir de este momento cuando a la ciencia del Derecho no le quede más objeto que la interpretación, pues si la ley es fruto de una voluntad, de la ideología del poder o de una

la que pensaban los ilustrados cuando hablaban de las «relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas» ya no es la razón instrumental o funcional que impera en nuestros días y a cuyo amparo «el orden jurídico se fragmenta, se relativiza y, lo que es peor, se distancia de toda meta utópica»²⁸. En el espíritu de la codificación la voluntad política se concebía al servicio de una razón universal y atemporal, pero pronto se invertirán los papeles y será la razón quien asuma una función instrumental al servicio de la siempre mudable voluntad política.

Pero no se trata sólo de un cambio en la concepción general de Derecho. Tampoco se mantiene hoy la concepción liberal de las funciones del Estado que encontró en la técnica codificadora su mejor modo de realización. El Estado ya no se conforma con ser un garante externo de la seguridad jurídica y de la igualdad formal para que sean luego los individuos quienes, a partir del sacrosanto derecho de propiedad y de la no menos sacrosanta autonomía de la voluntad, decidan sus fines propios y den vida así a una sociedad civil perfectamente separada de lo público o estatal. Esta es la imagen que todavía encontramos, por ejemplo, en Ihering²⁹, pero hace mucho tiempo que resulta difícilmente sostenible como descripción de la realidad. El Estado social o intervencionista ha dejado de ser el garante de las reglas de un juego que contempla desde la atalaya de imparcialidad que caracteriza al buen árbitro; es un protagonista del juego mismo, participando decisivamente en la producción y distribución de bienes y servicios, en la definición de las relaciones económicas y laborales, en la educación y la cultura, en fin, prácticamente en todas las esferas de relación social. Y esa participación se realiza de modo permanente a través del Derecho, de una producción normativa cada día más intensa e invasiva que cancela o, cuando menos, relaja considerablemente la antigua separación entre Estado y sociedad. Como denunciaba Ripert hace ya bastantes años, «todo se convierte en Derecho público»³⁰, añorando aquella edad en que las leyes de policía no eran sino la garantía externa del núcleo esencial del Derecho, formado justamente por el Derecho privado donde, desde Domat, se había instalado en lo fundamental el Derecho de naturaleza³¹.

formación espontánea y cosificada, resulta por completo improcedente ensayar una ciencia de la legislación, como había hecho por ejemplo Filangieri de modo expreso. En el marco del positivismo lo que se discutirá es si cabe una interpretación racional del Derecho, descartándose toda reflexión sobre la racionalidad del Derecho mismo.

²⁸ F. TOMÁS Y VALIENTE, «La codificación, de utopía a técnica vulgarizada», cit., p. 121.

²⁹ «El comercio y la industria, la agricultura, la fabricación, el arte y la ciencia, las costumbres domésticas se organizan en lo esencial por sí mismas. El Estado con su Derecho interviene sólo aquí y allá en la medida que es inevitable para asegurar el orden que se han dado esos fines a sí mismos contra la lesión...». R. IHERING, *El fin en el Derecho* (1877), trad. de D. Abad de Santillán, Cagica, México, 1961, p. 83.

³⁰ G. RIPERT, *Le déclin du Droit*, L.G.D.J., París 1949, p. 37.

³¹ Si se codificase el Derecho natural obtendríamos un Código civil, dice G. TARELLO comentando la obra de Domat, *Storia Della cultura giuridica moderna*. Vol. I: *Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bolonia, 1976, p. 170.

Las consecuencias de todo ello son bien conocidas³². Tal vez la que primero salta a la vista es la inflación legislativa³³ que, desmintiendo el ideal ilustrado que recomendaba la mayor economía y claridad en la producción del Derecho, supone no sólo la multiplicación de las normas en las áreas más insospechadas de la vida humana y de las relaciones sociales, sino también su creciente complejidad e imperfección lingüística y sistemática, el desplazamiento de los valores de generalidad y abstracción en beneficio de la intervención singular y en ocasiones hasta irreplicable, el sacrificio del ideal de la estabilidad y perdurabilidad ante lo urgente y lo efímero, y quizás sobre todo el desconocimiento de la igualdad formal en nombre de la diferenciación, de la especialidad, cuando no directamente del privilegio. Más leyes, pero sobre todo peores leyes: la ley que se mimetiza con el reglamento pierde «toda su grandeza de reconocimiento general de derechos y deberes para transformarse en regla técnica al servicio de las *policies* del gobierno»³⁴ No sólo se puede dar por perdida la batalla de la estética, sino que todo parece indicar que del orden cartesiano hemos pasado al Derecho como caos³⁵. Los efectos de esta inflación legislativa son los mismos que los de la inflación monetaria, la *desvalorización*³⁶; en nuestro caso, la pérdida de valor del Derecho, de la certeza y de la propia racionalidad, o sea del ideal codificador.

Por eso, la inflación o hipertrofia legislativa tiene efectos devastadores en el Derecho penal, esa delicada herramienta que debería tener unos fines perfectamente tasados, básicamente la exclusiva protección de bienes jurídicos fundamentales, pero que una y otra vez se usa como un instrumento más de la política ordinaria. Es verdad que en España se ha logrado en la práctica una *reserva de Código*, esto es, una casi total eliminación de las viejas *leyes especiales*. Sin embargo, esa reserva formal de Código no es antídoto suficiente para eliminar otros vicios: la inflación legislativa queda patente en las alrededor de veinticinco reformas que en poco más de quince años ha sufrido el Código de 1995, algunas de notable calado; se sigue legislando de manera coyuntural y a impulsos de mera oportunidad política o de una opinión pública con frecuencia ofuscada por los acontecimientos de última hora, como los sucesos de violencia doméstica o de delincuencia juvenil, cuando no a estímulos de intereses gremiales o profesionales perfectamente identificables; a veces problemas sociales que reclaman otro tipo de respuestas quieren ser exorcizados mediante la tipificación penal; tampoco es raro el recurso a la legislación sólo simbólica, incapaz de producir algún efecto preventivo apreciable pero cuya mera promulgación

³² Un análisis pormenorizado y certero puede verse en G. MARCILLA CÓRDOBA, *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, C.E.P.C, Madrid, 2005, pp. 155 y ss.

³³ De hipertrofia legislativa o *legal pollution* habla A.E. PÉREZ LUÑO, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 115 y ss.

³⁴ F. LAPORTA, «Materiales para una reflexión sobre la racionalidad y crisis de la ley», *Doxa*, 22, 1999, p. 325.

³⁵ F. TOMÁS Y VALIENTE, «La codificación, de utopía a técnica vulgarizada», cit., pp. 119 y s.

³⁶ La comparación del texto corresponde a F. CARNELUTTI y la tomo de G. MARCILLA, *Racionalidad legislativa*, cit., p. 178.

suscita, o se supone que suscita, adhesión y conformidad por parte de algunos grupos sociales; todo ello con el resultado de extender la tutela penal a bienes jurídicos de menor cuantía, o de ampliar el correspondiente reproche a conductas de reducida entidad. En definitiva, la legislación que una y otra vez modifica el Código penal dista de ser aquel diseño racional que, como pensaban los ilustrados, sirviese de puente entre la ciencia y la política. Por mucha mayoría absoluta que requiera la producción de normas penales, la política criminal que éstas revelan sigue siendo más una política circunstancial, efímera y de oportunidad que una política meditada llamada a perdurar.

Sin embargo, la ampliación de las funciones estatales y su intromisión en ámbitos antes reservados a la iniciativa privada no sólo ha provocado una inflación legislativa y, sobre todo, un deterioro en la misma estructura y sistemática de las leyes, sino incluso también un desplazamiento del Estado legislativo, del Estado basado en la ley, al Estado administrativo o reglamentario. Porque en un Estado dotado de fines sus normas parecen adquirir una nueva fisonomía: de un lado, cláusulas muy generales indicadoras de los grandes objetivos y finalidades de la acción política; de otro, reglas mucho más pormenorizadas y singulares, por lo común de vigencia efímera, y que con frecuencia suscitan contradicciones, reiteraciones o zonas de penumbra. Si las primeras, las llamadas directrices o normas programáticas, suelen aparecer en las Constituciones, las segundas, las reglas de detalle, suelen ser patrimonio de los reglamentos: la ley queda, si así puede decirse, *emparedada* entre el poder constituyente y el poder ejecutivo³⁷, limitándose en ocasiones a especificar ligera y superficialmente la orientación constitucional para luego conferir una amplia habilitación a favor del Gobierno. De este modo, los reglamentos no sólo representan las normas más abundantes, «sino también las que mayor incidencia práctica tienen sobre la vida de los ciudadanos»³⁸, pues las nuevas funciones del Estado relacionadas con la gestión de los servicios públicos o con la satisfacción de derechos sociales ya no son tareas del Estado legislativo simplemente ejecutadas por la Administración, sino tareas que suponen una amplia discrecionalidad por parte de ésta: «el principio de legalidad, es decir, la predeterminación legislativa de la actuación administrativa, está fatalmente destinada a retroceder»³⁹.

La ley es desplazada por el reglamento y la propia ley adquiere con frecuencia una apariencia reglamentaria. Pero tanto la primera como el segundo se ven a su vez desplazados por nuevas formas de producción jurídica que suponen la quiebra del Estado unitario basado en la idea de soberanía indivisible, que fuera el marco político de florecimiento de la codificación. Porque, como hemos visto, el Código presenta siempre una vocación de unidad, igualdad y exclusividad: la regulación que ofrece sobre cualquier aspecto aspira a ser la

³⁷ Con razón habla PÉREZ LUÑO de una «hipostenia legislativa», *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, cit., p. 117.

³⁸ F. RUBIO LLORENTE, «El procedimiento legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 16, 1986, p. 106.

³⁹ G. ZAGREBELSKI, *El Derecho dúctil* (1992), trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, p. 35.

única en su ámbito territorial, y por eso es garante de la igualdad entre todos los ciudadanos e instrumento de la unidad política. Esta idea se ve amenazada por dos fenómenos particularmente visibles y creo que no es necesario un examen jurídico de detalle para comprender que el que había sido fundamento del concepto ilustrado de ley y de Código se halla en entredicho: la integración en las instituciones europeas y el Estado de las autonomías representan un proceso de expropiación de la en otro tiempo competencia universal de la ley, y en cierto modo suponen una especie de viaje de vuelta a la Edad Media. Si el Estado moderno se construyó mediante la expropiación de las facultades y representaciones de los poderes universales (la Iglesia y el Imperio) y particulares (feudalismo, autonomías locales, gremiales, etc.)⁴⁰, el momento actual parece caracterizarse por una expropiación de sentido contrario: del Estado a las instituciones supranacionales, y del Estado a unas instituciones «menores» que difícilmente pueden seguir considerándose parte de una entidad política unitaria. Por eso, cabe hablar tanto de una *supraestatalidad* como de una *infraestatalidad normativa*⁴¹.

Finalmente, un fenómeno de consecuencias aparentemente contradictorias es el de la revitalización de las fuentes sociales, que alcanza su máxima expresión en lo que suele llamarse *desregulación*⁴². Y es contradictorio porque, de un lado, parece oponerse al Estado social o intervencionista que, como se ha visto, se halla en la base de la crisis del concepto ilustrado de ley y, por tanto, de los valores de la codificación; pero, de otro, lesiona también los ideales de la unicidad, imparcialidad y perdurabilidad del Derecho. Esa revitalización de las fuentes sociales se manifiesta, no ya a través de la venerable costumbre, sino de otras formas de producción jurídica que discurren al margen de las instituciones estatales, aunque no por ello puedan calificarse de espontáneas o «desinstitucionalizadas»⁴³. Aquí la competencia universal de la ley se ve desplazada por el protagonismo de los agentes sociales o simplemente de los poderes económicos, más favorables a dotarse de reglas pactadas y transitorias, condicionadas a los cambios en la relación de fuerzas, que a someterse a leyes «heterónomas» con vocación de generalidad y permanencia. Es verdad que esos acuerdos tienden a cristalizar en leyes o en otras normas estatales, pero, para entonces, éstas han perdido aquel carácter impersonal, objetivo y de proyecto abstracto de racionalización para convertirse, por así decirlo, en leyes pactadas o contractuales al servicio de intereses particulares o sectoriales⁴⁴. Como observa Irti, esas leyes ya no obtienen la fuerza vinculante de los poderes

⁴⁰ Vid. M. GARCÍA-PELAYO, *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Revista de Occidente, Madrid, 1968, pp. 97 ss.

⁴¹ A. E. PÉREZ LUÑO, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, cit., pp. 86 ss.

⁴² Llama la atención sobre este carácter contradictorio G. MARCILLA, *Racionalidad legislativa*, cit., p. 201.

⁴³ Como escribe M. ATIENZA, «la desregulación no significa acabar con el poder, sino sustituir un poder (el poder del Estado) por otro poder, el que cada parte tiene en un proceso de negociación», beneficiando a aquellos que tienen mayor poder económico, que pueden ejercerlo sin someterse a las normas estatales, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 133 s.

⁴⁴ Vid. G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 38.

constitucionales, sino del previo acuerdo de los grandes grupos organizados, de manera que, curiosamente, si antes decíamos que *el contrato tiene fuerza de ley entre las partes*, en las actuales circunstancias bien podríamos decir que *la ley tiene fuerza de contrato entre las partes*⁴⁵.

¿Qué queda, pues, de la codificación? La verdad es que muy poco. Entendida como concepto histórico, es decir, en su más pleno significado, cabe decir que el mundo y la cultura que fueron su fundamento resultan hoy irreconocibles. Por supuesto, ha desaparecido aquella confianza en que las luces de la razón nos iluminarían las verdades eternas de la ética y del Derecho e incluso, más aún, ha desaparecido la confianza en que la legislación positiva pueda representar un mero proceso de deducción a partir de aquellas premisas racionales. El objetivismo y el cognoscitivismo moral de la Ilustración se ha transformado en otro tipo de racionalidad, más débil, menos aficionada a las verdades concluyentes; la verdad es más efímera o provisional, también más consensual. Y la fe en el Derecho positivo como artificio al servicio del Derecho natural igualmente se ha desvanecido; ya no hay príncipes ilustrados o voluntades generales habitando en el kantiano reino de los fines, sino intereses públicos y privados, universales y particulares, todos entretreídos. Por otra parte, el fundamento político o ideológico de la codificación ha quebrado en no menor medida: la concepción liberal de la economía, de la sociedad y de las instituciones pobladas de sujetos como los que contemplaba el Código civil hace tiempo que ha cedido paso a una concepción muy diferente, que tiende a cancelar la separación entre sociedad y Estado, que propicia por ello el protagonismo de éste en todos los entresijos de la economía, de la cultura, etc y, en suma, que parte de la imagen de un individuo *situado* y no de un individuo *abstracto*.

Pero tampoco el concepto formal o teórico de codificación parece haber cosechado mucha mayor fortuna. Los fenómenos que hemos examinado, la inflación legislativa, la fugacidad y provisionalidad del Derecho, la pérdida de claridad y hasta de elegancia en el modo de legislar, la supraestatalidad y la infraestatalidad normativa, el protagonismo del reglamento y la desregulación, las leyes de objeto múltiple que disciplinan materias heterogéneas y que alcanza niveles casi cómicos en la Ley de acompañamiento a los Presupuestos, y tantos otros fenómenos de deterioro se han asentado en los sistemas jurídicos contemporáneos y representan un rotundo desmentido a los valores de la codificación: leyes únicas y sencillas, exhaustivamente comprensivas de una materia, perdurables, abstractas y generales, dotadas de plenitud y de coherencia interna. De la cartografía social hemos pasado a la geografía borrosa.

Pero entonces, en los albores del siglo XXI, ¿cabe vislumbrar algún futuro para los ideales de la codificación y de la racionalidad legislativa? Tal vez lo más realista fuera abrazar el pesimismo, pero, si hubiese que formular, no un diagnóstico sobre la realidad, sino algún modelo prescriptivo, creo que la respuesta más plausible habría de enderezarse a la recuperación de la razón jurídi-

⁴⁵ N. IRTI, *La edad de la descodificación* (1979), trad. de L. Rojo, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 30 s.

ca no sólo en la esfera que ha sido tradicionalmente cultivada en los dos últimos siglos, la de la interpretación y aplicación del Derecho, sino también en la de la producción normativa; lo que supone un nuevo viaje de regreso, ahora desde la interpretación a la creación del Derecho. Y creo que, al igual que sucedió en el marco cultural de la Ilustración, el modelo de racionalidad no puede ser distinto para cada una de las esferas indicadas: si en el siglo XVIII se postulaba un racionalismo cartesiano y una confianza epistemológica en alcanzar verdades objetivas y eternas, así como interpretaciones verdaderas, hoy, seguramente de modo más modesto, parece que sólo se pueden seguir los itinerarios que nos indica la teoría de la argumentación jurídica. Tal vez otras muchas transformaciones que han determinado el declive del espíritu codificador resultan ya irreversibles, y ni siquiera es seguro que fuera deseable recuperar todo lo que representó el mundo y la cultura de la codificación, pero, al menos, la racionalidad del Derecho expresa un anhelo permanente de civilización ante el desnudo voluntarismo del decisionismo jurídico, siempre presente en el Derecho. A mi juicio, y aunque parezca paradójico, esa recuperación de la racionalidad puede encontrar su punto de partida en el constitucionalismo, o en una cierta versión del constitucionalismo; porque desde la perspectiva de la ley y del Código, también el constitucionalismo ha desempeñado y desempeña funciones distintas y hasta contradictorias.

3. CONSTITUCIONALISMO Y CODIFICACIÓN

Que Códigos y Constituciones presentan bastante más que un simple parecido de familia me parece fuera de toda duda; si, como hemos visto, el Código históricamente es algo más que una recopilación de leyes civiles o penales, la Constitución también es algo más que una recopilación de leyes políticas. Ambos documentos reconocen un común origen liberal, ambos son herederos del iusnaturalismo racionalista, los dos parecen dirigirse a un mismo sujeto, el individuo a veces llamado *abstracto*, es decir, jurídicamente igual a los demás individuos, y, en fin, lo que más interesa ahora, tanto uno como otro configuran «la actividad del jurista como una actividad técnico-cognoscitiva (y no práctico-valorativa)»⁴⁶, esto es, científica y no política. Con razón ha podido decirse que «la codificación se corresponde en el campo del derecho privado a lo que fueron las declaraciones de derechos y las constituciones en el ámbito del derecho público... Del mismo modo que éstas se dirigían a garantizar la libertad política de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado, las codificaciones se orientaban a asegurar la libertad civil del individuo en su vida privada contra las indebidas ingerencias del poder político»⁴⁷. Incluso a propósito del sistema jurídico de nuestros días escribía Tomás y Valiente que sólo la Constitución de 1978 y algunos Estatutos

⁴⁶ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 28.

⁴⁷ El texto corresponde a G. SOLARI, pero lo tomo de G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 25, nota 7.

de Autonomía han sabido conservar algunos de los rasgos del espíritu codificador, siendo «algo más que meros códigos formales, para encerrar la plasmación normativa de aspiraciones, esperanzas, valores y creencias colectivas»⁴⁸.

Por otra parte, aunque la Constitución se postule como ley suprema y, por tanto, superior a unos Códigos que siempre tuvieron la vocación de ser a su vez leyes supremas en sus respectivas materias, lo cierto es que la versión del constitucionalismo que se asentó en Europa hasta la segunda guerra mundial resultó neutral o no conflictiva frente al Código, de manera que Constituciones y Códigos pudieron coexistir pacíficamente. Expresado de modo muy sintético, creo que concurren varias razones para esa neutralidad: de entrada, la siempre discutible fuerza normativa de las Constituciones decimonónicas, concebidas a veces más como proclamas políticas que como textos jurídicos. Asimismo, la frecuente ausencia en las mismas de una tabla de derechos o de un contenido material susceptible de ser invocado por los ciudadanos; aquellas Constituciones presentaban un fuerte carácter formal o de distribución del poder entre los órganos estatales, eran más «fuente de las fuentes» (*norma normarum*) que fuentes ellas mismas. Y, por encima de todo, la rigurosa exclusión de una garantía judicial en defensa de la Constitución, ya fuese difusa o concentrada. En suma, el conflicto entre Constituciones y Códigos resultaba en la práctica inconcebible, ante todo porque hablaban de cosas distintas y, en todo caso, porque los jueces venían obligados a aplicar los segundos, pero tenían prohibido emitir una sentencia *contra legem* basándose en las primeras. El constitucionalismo de la época garantizaba la supremacía de la ley, la autoridad del legislador y la función pasiva del juez, o sea los valores de la codificación.

Un ejemplo sobresaliente de lo que digo puede encontrarse nada menos que en Kelsen, cuya obra por lo demás culmina la historia del *viejo* constitucionalismo europeo. Como es bien conocido, Kelsen diseña por vez primera en Europa un sistema de control de constitucionalidad que se encomienda, no a la justicia ordinaria como en Estados Unidos, sino a un Tribunal de composición y competencias muy peculiares. Ahora bien, como condición del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y del consiguiente sistema de control de las leyes, resulta sumamente llamativo el modelo de Constitución que nos propone el autor austriaco, un modelo que justamente excluye la presencia de principios sustantivos o de derechos que pudieran entrar en conflicto con la futura legislación ordinaria, porque «podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, la moralidad, etc., como directivas relativas al contenido de las leyes. Esta interpretación sería evidentemente equivocada... Y no es imposible que un tribunal constitucional llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley la anule por el motivo de ser injusta... Pero en ese caso el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable»⁴⁹.

⁴⁸ F. TOMÁS Y VALIENTE, «La codificación, de utopía a técnica vulgarizada», cit., p. 122.

⁴⁹ H. KELSEN, «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional) (1928)», en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, ed. de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, p. 142 s.

Este planteamiento es coherente con la tradición del legalismo europeo. Kelsen, que mantenía como *ideal* la concepción «científica» o cognitiva de la interpretación legada precisamente por la Ilustración y por la codificación, pero que estaba persuadido de que *en realidad* la jurisdicción desempeñaba una función creadora de Derecho, propone un modelo de Constitución y de Tribunal Constitucional que resulta fiel a ese *ideal* de absoluto respeto a la ley del Parlamento y que, por tanto, huye todo lo posible de la *realidad* descrita por el entonces pujante *Derecho libre*⁵⁰. En consecuencia, una Constitución formal o procedimental que condicione el modo de hacer las leyes, o sea que distribuya el poder, pero no el contenido de las mismas, una jurisdicción concentrada que en realidad forma parte del legislativo y no del poder judicial, y un control abstracto o de compatibilidad lógica que, excluyendo el conocimiento de hechos, eliminase en la mayor medida posible el momento «creativo» o discrecional de la jurisdicción⁵¹; cabe decir que esta tradición constitucional nació contra el activismo judicial y contra una jurisprudencia valorativa, o lo que es lo mismo, como un modo de fortalecer a la ley y al legislador democrático⁵².

Hay, pues, un constitucionalismo compatible con la codificación y que comparte con ésta un mismo paradigma de racionalidad jurídica, aquel que concibe la interpretación como una labor técnico cognoscitiva y al juez como una boca muda que pronuncia las palabras de la ley. Como vimos, esta es una de las claves de la codificación, diseñar un Derecho capaz de eliminar la discreción judicial y, con ello también, el poder del que los jueces habían gozado en épocas pretéritas: a partir del dogma de la plenitud del sistema jurídico, el juez puede y debe verificar una operación técnica de acuerdo con el modelo silogístico en el que han de estar ausentes elementos valorativos o ideológicos⁵³. Y esta idea es plenamente compatible con la versión comentada del constitucionalismo.

Pero si este *excursus* está justificado es precisamente porque representa el contrapunto a otra versión del constitucionalismo que abre una nueva y grave crisis en la concepción de la ley y de la interpretación que sirvió de impulso a la empresa codificadora. Me refiero precisamente al constitucionalismo de nuestros días, que a veces recibe el nombre de neoconstitucionalismo, y que desde mediados del siglo pasado viene minando la estructura del sistema jurídico continental, sobre todo en lo relativo a las relaciones entre juez y legislador. De

⁵⁰ Por otra parte, KELSEN excluye la legislación del capítulo de la ciencia jurídica: la ley no responde a ninguna «lógica», sino a la voluntad del legislador, y una teoría que pretendiese racionalizar sus fines sería puramente ideológica y engañosa. Vid. J. A. GARCÍA AMADO, «Razón práctica y teoría de la legislación», en *Ensayos de filosofía jurídica*, Temis, Bogotá, 2003, pp. 4 ss.

⁵¹ Vid. M. GASCÓN, «La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 41, 1994, p. 64.

⁵² Sobre los presupuestos teóricos e ideológicos de la jurisdicción constitucional en KELSEN me permito remitir a mi *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 80 ss.

⁵³ Todavía nuestro Código civil (art. 1,7) impone a los jueces «el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido», lo que sólo se explica si se presume que el Derecho ofrece respuesta para cualquier problema práctico.

entrada, las Constituciones de nuestros días ostentan una fuerza jurídica indiscutible: son normas supremas que postulan su aplicación directa por parte de los operadores jurídicos en todo género de conflictos, de manera que el Código ya no encarna el horizonte primero y último de la interpretación y de la aplicación judicial; es sólo una pieza más en el marco normativo a considerar.

En segundo lugar, y esto es decisivo, los modernos documentos constitucionales ya no son simples normas de organización del poder y de las fuentes, sino que presentan un muy denso contenido material formado por valores, principios y derechos que no sólo condicionan sustancialmente la validez de las leyes, sino que pretenden disciplinar directamente el entero sistema jurídico. Tales normas presentan una fisonomía peculiar, constituyen *incondicionales categóricos* que, al carecer de una precisa condición de aplicación, son potencialmente aplicables a un número no determinado de casos, aunque no siempre que resultan aplicables triunfe o se imponga la consecuencia normativa prevista en las mismas; por eso, se dice que son *normas derrotables*. Esta fisonomía se halla en la base del llamado efecto impregnación o irradiación, que puede resumirse en el siguiente lema: no hay problema jurídico que no encuentre respuesta, y con frecuencia más de una respuesta, en el entramado constitucional de principios y derechos; por ejemplo, cabe decir que el Código civil es el código de la propiedad y de la autonomía de la voluntad, que son sin duda valores con respaldo constitucional, pero frente a los que se yergue la «función social» de la propiedad, el derecho a la vivienda, la protección del medio ambiente o las normas de protección de los trabajadores, elementos que *también* han de ser considerados por el juez y que eventualmente pueden triunfar frente a las prescripciones del Código. Lo que quiero indicar, en suma, es que las Constituciones de nuestros días «hablan de lo mismo» que los Códigos; ley y Constitución comparten el mismo campo de juego y es preciso abandonar la concepción «topográfica» que idealmente dividía el mundo jurídico en dos esferas, la esfera de lo que el legislador podía decidir libérrimamente y el juez obedecer puntualmente, y la esfera de lo que no podía hacer en absoluto por representar el «coto vedado» de la decisión constitucional.

¿Qué ocurre cuando la solución que ofrece la Constitución le parece al juez mejor, más justa o adecuada que la que ofrece la ley? En línea de principio, intentar una *interpretación conforme* de la ley y, si no es viable, formular una *cuestión de inconstitucionalidad*. Pero sólo en línea de principio; a veces se recurre a una operación de ingeniería judicial que básicamente comprende los siguientes pasos: primero, obviamente, no poner en duda la constitucionalidad de la ley, algo que obligaría a plantear la cuestión. Segundo, considerar sin embargo que resulta injusta o inadecuada para enjuiciar el caso al implicar (insisto: en el caso) un sacrificio desproporcionado de algún principio o derecho fundamental también relevante en el caso. Tercero, construir un conflicto de principios o derechos; concretamente, un conflicto entre aquellos que están detrás de la ley, que se ven realizados o satisfechos por ésta, y aquellos otros en pugna que aparecen sacrificados. Cuarto, argumentar a partir de las reglas de la ponderación. Y quinto, por último, aplicar directamente el precepto constitucio-

nal triunfante (en el caso) con la consiguiente desaplicación del precepto derrochado y de la ley dictada a su amparo; o bien, alternativamente, buscar una *concordancia práctica* que en puridad no supone el triunfo de ninguno de los elementos en conflicto, sino el diseño de una respuesta intermedia de matriz genuinamente judicial. Cuando se opera de este modo, la ley y los Códigos quedan postergados.

No procede aquí un análisis detallado de lo que acabamos de exponer de forma tan sintética⁵⁴, pero creo que lo dicho es suficiente para comprender que el constitucionalismo de nuestros días abre una brecha profunda en uno de los valores fundamentales de la cultura de la codificación, la supremacía de la ley y el estricto y exclusivo sometimiento del juez a la misma mediante un modelo de interpretación «mecánico» o cognoscitivo. De un lado, en efecto, «el parámetro constitucional...se ha tornado tan omnipresente y operante que las leyes han sido enviadas a un segundo plano y su validez misma ha sido desplazada a un terreno cercano a la incertidumbre», lo que determina que «la ley esté en permanente interinidad y en posición subalterna»⁵⁵. El Derecho y la justicia ya no se reducen a lo que establece una *ley racional* como la que pretendió encarnar en el Código, sino que «la ley expresa, por el contrario, las combinaciones posibles entre los principios constitucionales» y se configura así como «derecho particular y contingente»⁵⁶. De otra parte, el juicio de ponderación dista de ser una operación subsuntiva, sino que presenta un fuerte componente valorativo, y en todo caso implica sustituir la *lógica* de la ley por la *lógica* del juez⁵⁷.

Sea como fuere, parece que el constitucionalismo de nuestros días invita a la construcción de un nuevo Derecho de juristas o de un Derecho fuertemente jurisprudencial donde el papel de la ley se torna secundario. Y esto no tanto porque la propia validez de la ley dependa en última instancia de una decisión judicial, pues al fin y al cabo el Tribunal Constitucional y el procedimiento de inconstitucionalidad pueden verse más cerca de la esfera legislativa que de la judicial, sino sobre todo porque su aplicabilidad ya no depende de un silogismo subsuntivo, sino de una ponderación de naturaleza judicial y valorativa a partir de los no siempre precisos principios y derechos constitucionales. Visto así, el constitucionalismo proporciona nuevos estímulos a la vieja *interpretatio* que justamente pretendió ser desterrada por el *Derecho de la razón* y añadir un motivo más a la crisis del espíritu legislativo y codificador.

Precisamente por eso, porque la epistemología alentada por el Código se muestra claramente insuficiente para dar cuenta de los actuales problemas de interpretación, el nuevo modelo reclama el desarrollo de una depurada argu-

⁵⁴ Intento hacerlo en «El juicio de ponderación constitucional», en *Constitución: problemas filosóficos*, ed. de F. Laporta, C.E.P.C., Madrid, 2003, pp. 221 ss; y más recientemente en «Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, pp. 462 ss.

⁵⁵ F. LAPORTA, *El imperio de la ley*, Trotta, Madrid, 2007, p. 159.

⁵⁶ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 97.

⁵⁷ Se discute bastante sobre el grado de objetividad del juicio de ponderación. Una de las críticas más incisivas en J. A. GARCÍA AMADO, *El Derecho y sus circunstancias*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 207 ss.

mentación jurídica que de algún modo compense el déficit de legitimación democrática del juez: no es casual que la teoría de la argumentación haya conocido una extraordinaria revitalización precisamente en el marco del constitucionalismo contemporáneo⁵⁸. Y tampoco es de extrañar que, si en otro tiempo el racionalismo del Código se quiso proyectar sobre la interpretación y sobre la jurisprudencia, hoy el constitucionalismo y las prácticas jurídicas que alienta puedan verse como un estímulo para la ciencia de la legislación y, por tanto, para el diseño de leyes racionales o más racionales de lo que cabe esperar en un puro «modelo Westminster» de absoluta incondicionalidad de la ley. Primero porque, hoy como ayer, parece que la racionalidad interpretativa o judicial ha de tener como presupuesto algún grado de racionalidad en aquello que constituye su premisa normativa⁵⁹; pero también porque si la misma racionalidad representa hoy una condición de la validez y de la aplicabilidad de las leyes, parece lógico que sus requerimientos se extiendan al propio diseño legislativo⁶⁰. Con todos los márgenes de libertad política que derivan de su legitimidad democrática, la razón práctica no debería quedar en suspenso ante el legislador que actúa sometido a una Constitución basada en derechos. Tampoco debería haber una concepción puramente voluntarista o decisionista de la ley allí donde exigimos una interpretación racional de la misma.

4. UNA NUEVA CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN

La nueva ciencia de la legislación del siglo XXI no puede pretender en mi opinión reproducir las virtudes de la del siglo XVIII, y esto aunque sólo sea porque, como ya se ha visto, parece faltar hoy ese racionalismo utópico y constructivo de la realidad que representó la Ilustración; si puede decirse así, nos falta aquel optimismo histórico a propósito de la razón y del Derecho. Sin embargo, es un hecho constatable que, tras casi dos siglos de silencio en los que la única racionalidad que pareció preocupar a los juristas fue la suya propia, en las últimas décadas se aprecia una notable preocupación por la calidad de las leyes e incluso una revitalización de la ciencia de la legislación. En líneas generales, dicha preocupación toma una doble dirección: la minimalista o de técnica legislativa y la maximalista o de política legislativa⁶¹. La primera orientación persigue una *mejor* producción normativa, con relativa independencia del contenido de las leyes y de los fines del legislador. La segunda, en cambio, no deja de

⁵⁸ Sobre los estímulos que recibe la teoría de la argumentación *vid.* M. ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 15 ss.

⁵⁹ M. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, p. 99.

⁶⁰ Que el constitucionalismo puede contribuir a una mayor racionalidad legislativa es subrayado por G. MARCILLA, *Racionalidad legislativa*, cit., pp. 313 ss; y por A. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 52 ss.

⁶¹ Se puede poner en duda el acierto de estas equivalencias, pero aquí podemos prescindir de la discusión. *Vid.* G. MARCILLA, *Racionalidad legislativa*, cit., pp. 286 ss.

plantearse la posibilidad de *otra* producción normativa, por lo que asume una función crítica no ya frente a la forma de las leyes, sino también frente a su contenido y a los fines que persigue. Desde otra perspectiva, la técnica legislativa se mueve en la esfera de la justicia formal que tiene que ver con la certeza y seguridad jurídica, con la previsibilidad de las acciones, incluso también, si se quiere, con la eficacia y efectividad de las leyes; la política legislativa, en cambio, se instala más bien en la esfera de la justicia material que tiene que ver con las razones justificatorias de aquello que el Derecho manda, prohíbe o permite.

La técnica legislativa presenta, pues, un carácter instrumental, en el sentido de que su objetivo es que la ley obtenga éxito. Sin embargo, ese éxito puede cifrarse en aspectos bastante diferentes. Por lo común, cuando los juristas hablan de técnica legislativa se refieren a los valores del que hemos llamado concepto formal de codificación, es decir a aquellos que aseguran que la norma pueda ser entendida del mejor modo posible por parte de los destinatarios, que tenga éxito como forma de comunicación de un mensaje prescriptivo: claridad, sencillez, no contradicción, etc. Sin embargo, desde una óptica más sociológica, el éxito de las normas puede referirse también a la eficacia de su contenido prescriptivo, bien porque éste sea cumplido por los sujetos obligados, bien porque las instituciones reaccionen adecuadamente en caso de incumplimiento. Y aún cabe hablar de éxito en un tercer sentido que pudiéramos llamar teleológico o relativo a la efectividad de la norma para alcanzar los fines que en cada caso se haya propuesto el legislador⁶². Obviamente, aquí se reúnen exigencias de racionalidad muy diferentes, que podemos llamar lingüística y sistemática, pragmática y teleológica.

En relación con el primer y más tradicional nivel de la técnica legislativa, la racionalidad lingüística postula la claridad y precisión en el uso de las palabras y supone eliminar en la mayor medida posible los problemas de vaguedad y ambigüedad; aunque su total superación resulte inalcanzable porque se trata de características propias de todo lenguaje natural como es el que usa el Derecho. A su vez, la racionalidad sistemática tiene que ver con la inserción de la norma en un conjunto o sistema que se postula como pleno, coherente y no reiterativo. Por lo demás, este es un aspecto que no afecta sólo a la calidad de las leyes, sino también a otras dimensiones propiamente institucionales, como la función creadora de los jueces, la validez o la vigencia. Las lagunas, por ejemplo, implican un llamamiento a los principios generales del Derecho o al argumento analógico, que suponen en todo caso una intromisión del razonamiento jurídico en la producción normativa. Por otra parte, las antinomias se saldan con la pérdida de

⁶² Con una u otra terminología, aproximaciones análogas pueden encontrarse en J. WROBLEWSKY, «Propos final» a la *Science de la législation*, P.U.F., París 1988, pp. 105 ss.; M. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, cit., pp. 87 ss.; J. A. GARCÍA AMADO, «Razón práctica y teoría de la legislación», cit, p. 12 ss.; E. BULYGIN, «Teoría y técnica de la legislación», en C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, C.E.P.C., Madrid, 1991, p. 411 ss.; R. GUASTINI, «Redazione e interpretazione dei documenti normativi», en *Lezioni di tecnica legislativa*, ed. de S. BARTOLE, CEDAM, Padua, 1988, p. 37; V. ZAPATERO, «De la jurisprudencia a la legislación», *Doxa*, 15-16, II, 1994, pp. 787 ss.; G. MARCILLA, *Racionalidad legislativa*, cit., pp. 279 ss.

validez o vigencia de las normas o también, como se ha visto, con su no aplicabilidad. En suma, racionalidad lingüística y sistemática son el fundamento de la certeza del Derecho y, por tanto, de su aplicación uniforme por parte de los operadores jurídicos.

A propósito de la racionalidad pragmática o relativa a la eficacia de las normas, cabe distinguir, siguiendo una propuesta de Ferrajoli⁶³, entre eficacia primaria y secundaria. Una norma es eficaz en vía primaria cuando es cumplida por los sujetos obligados, ya sean poderes públicos o particulares: una norma penal es eficaz cuando resulta espontáneamente obedecida por todos, una norma constitucional relativa a derechos es eficaz cuando los poderes públicos se muestran respetuosos con la misma, etc. En cambio, una norma es eficaz en vía secundaria cuando, ante la ineficacia primaria, se ponen en marcha los mecanismos de anulación de los actos inválidos o de sanción de los actos ilícitos. Tanto la eficacia primaria como secundaria presentan un carácter gradual y dependen de condiciones y circunstancias complejas, que no procede examinar aquí. Pero conviene subrayar que entre ellas existen relaciones tanto de oposición como de interacción: de oposición porque, como bien se comprende, cuanto mayor sea el cumplimiento espontáneo menor será el recurso a los instrumentos que garantizan la eficacia secundaria, y a la inversa, la mayor eficacia secundaria es señal de la ineficacia primaria. De interacción, porque al menos una de las razones que estimulan la obediencia al Derecho es la eficacia (secundaria) del sistema, singularmente la garantía que suponen las sanciones; y, a su vez, la inoperancia de las instituciones de garantía secundaria representa una invitación a la desobediencia en vía primaria.

Finalmente, el último aspecto que cabe incluir en la técnica legislativa, y tal vez el más alejado de la preocupación de los juristas, es el que se expresa en la racionalidad teleológica, relativa al grado de efectividad de las leyes en orden a la consecución de los fines u objetivos asignados en cada caso por el legislador. El aludido descuido puede obedecer quizás al papel de gendarme externo que exhibió el Derecho en el Estado liberal, confiando en que fuera la propia sociedad quien determinase los fines; en ese marco la normatividad jurídica se expresa de ordinario en obligaciones de contenido negativo que se satisfacen con la simple no violación del amplio ámbito de autonomía individual. No ocurre así en el Estado social o intervencionista: de una parte, porque aquí el Derecho sí asume el cumplimiento de fines como la dirección de la economía, la garantía del empleo o la satisfacción de ciertas necesidades; y, de otro, porque las obligaciones que imponen sus normas son con frecuencia de naturaleza positiva, aunque no pocas veces sean normas poco concluyentes que no especifican ni los sujetos obligados ni el preciso contenido obligacional. El Estado social, que está en el origen de la crisis de la ley y de los valores de la codificación, se muestra hoy como un nuevo desafío a la calidad de las leyes.

La ciencia legislativa, incluso en la versión técnica o minimalista que acabamos de enunciar, no deja de ofrecer una dimensión crítica frente al Derecho

⁶³ L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (2007), trad. de P. Andrés y otros, Trotta, Madrid, 2011, vol. I, pp. 659 ss.

positivo: mostrar las imprecisiones del lenguaje normativo, constatar antinomias o lagunas, advertir la ineficacia de las normas, denunciar su ineffectividad o, peor aún, denunciar la divergencia entre los fines declarados y los efectivamente perseguidos por el legislador, como es el caso de la llamada legislación simbólica; son todas tareas que implican la asunción de una función crítica y no meramente descriptiva por parte de la ciencia jurídica. Aunque se trate de una crítica *interna* que no pone en cuestión todavía la justicia o rectitud de las normas, sino su adecuación a la lógica del propio sistema, en la línea sugerida por Ferrajoli para el conjunto de la ciencia del Derecho⁶⁴. El Derecho es un universo artificial y lingüístico que supone una interna racionalidad que a la teoría corresponde hacer explícita y reconstruir como *principia iuris tantum*, es decir, no como principios *del* Derecho, sino *sobre* el Derecho. Tal vez la objeción que cabe formular a este programa es el de un cierto sincretismo o falta de homogeneidad metodológica, pues así como el cultivo de la racionalidad lingüística y sistemática ha sido patrimonio de la ciencia del Derecho, las racionalidades pragmática y teleológica suponen una apertura a investigaciones empíricas y sociológicas, así como a evaluaciones políticas, ajenas a las tradicionales preocupaciones del jurista.

Con todo, la ciencia de la legislación que quedó dibujada en el epígrafe primero no incluía sólo una técnica, sino también una política legislativa y fue esa política la que precisamente imprimió su sello al concepto histórico de codificación como empresa llamada a transformar en Derecho positivo los postulados del Derecho racional, llamada en suma a construir un Derecho justo. ¿Cabe hoy pensar en un modelo de política legislativa que rehabilite ese concepto histórico de codificación? A mi juicio, los problemas para articular una respuesta positiva no sólo provienen del lado del Derecho o del legislador, que obviamente puede rehusar cualquier modelo teórico por muy racional que resulte, sino que ante todo vienen del lado de una teoría ética y jurídica que acaso hoy sea incapaz de construir un modelo equivalente al que alumbró la codificación. Si aún cabe hablar de racionalismo en la moral y en el Derecho, ha de hacerse de un modo muy diferente al que proporcionó fundamento al *Derecho de la razón*.

Recordemos que aquel modelo, ético y jurídico a un tiempo, fue el preparado por el iusnaturalismo racionalista sobre premisas objetivistas y cognoscitivistas que se pensaban aptas para descubrir principios morales universales y eternos, considerando la legislación positiva como un mero proceso de deducción a partir de dichos principios. Justo lo contrario de lo que sostiene buena parte del positivismo jurídico, para quien la idea de justicia es un valor irracional⁶⁵, o para quien proclamar la injusticia de una ley es algo tan emotivo como

⁶⁴ Obra citada en nota anterior, en especial la Introducción, II, vol. I, pp. 19 ss.

⁶⁵ Valga como ejemplo Kelsen: «La justicia absoluta es un valor irracional, o, dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre», *¿Qué es justicia?* (1952), ed. de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1982, p. 59.

dar un puñetazo sobre la mesa⁶⁶. Obviamente, desde el escepticismo no parece posible emprender una ciencia de la legislación en este sentido fuerte que incluye tanto una aproximación crítica a propósito de los fines del legislador como la construcción de un modelo normativo⁶⁷. La política del Derecho de la codificación comprendía una teoría de la justicia inasumible desde un positivismo escéptico en materia ética y fuertemente voluntarista en materia jurídica. Pero ¿hay alternativa?

Ciertamente, entre el objetivismo moral y el escepticismo parece abrirse camino una tercera posibilidad que cuenta con numerosos adeptos y que trata de recuperar la razón práctica, pero de un modo menos solipsista, más comunicativo y consensual, y que desde luego huye de las verdades eternas⁶⁸. Me refiero al constructivismo ético que se halla en la base de dos grandes teorías que hoy dominan buena parte de la reflexión jurídica y política, la teoría de la argumentación jurídica y la teoría de la democracia deliberativa. A la primera ya nos hemos referido: si la interpretación del Derecho pretende responder a las reglas de la argumentación racional parece necesario que parta de premisas racionales, o no irracionales, y por tanto postula una legislación racional. Pero sólo eso, postula y no garantiza. Porque, en realidad, la teoría de la argumentación no parece pensada para gobernar los procesos legislativos, sino la aplicación de las cláusulas materiales de una Constitución que se presume racional precisamente porque cuenta con principios y derechos fundamentales, poniendo así remedio a la insuficiente racionalidad del legislador. La ley es una decisión que se mueve dentro del marco constitucional y, por tanto, se presume también que dentro del marco de la racionalidad, pero donde culmina la argumentación jurídica racional no es en la ley, sino en la interpretación; el centro de gravedad del Derecho ya no es el sistema *estático* expresado en la ley o en el Código, sino el proceso *dinámico* en que consiste la interpretación y que se nutre de la argumentación racional. Por eso, se ha dicho con acierto que la teoría del Derecho hoy dominante, en la que ocupa un lugar de privilegio la teoría de la argumentación jurídica, es menos esencialista y más pragmática, menos general y más particular, menos objetualista y más interpretativa, menos sistemática y más problemática⁶⁹. O sea, justo lo contrario de lo que fue la cultura jurídica de la codificación.

Pero el constructivismo ético no sólo se halla en la base de las teorías de la argumentación llamadas a fundamentar racionalmente la aplicación de principios y derechos constitucionales, sino que se sitúa en el centro mismo de una

⁶⁶ Así lo dice A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia* (1958), Trad. de G. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963, p. 267.

⁶⁷ Vid. G. MARCILLA, *Racionalidad legislativa*, cit., p. 283

⁶⁸ Recordemos que para J. RAWLS, «la idea de aproximarse a la verdad moral no tiene lugar alguno en una doctrina constructivista: las partes en la posición original no reconocen ningún principio de justicia como verdadero o correcto y por ello como previamente dado; su meta es simplemente seleccionar la concepción que para ellos es más racional, dadas las circunstancias», «El constructivismo kantiano en la teoría moral», en *Justicia como equidad*, ed. de M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 1999, p. 213.

⁶⁹ A. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad*, cit., pp. 215 ss.

democracia concebida como fuente conjunta de Derecho y de moralidad, o sea, se sitúa no sólo en la *aplicación*, sino también en la *producción* del orden jurídico. Desde esta perspectiva, la democracia se erige en una fábrica de la racionalidad de la ley porque es justamente su procedimiento de formación una suerte de institucionalización del discurso moral. Nino lo dice expresamente: «la conexión intrínseca que hay entre democracia y moralidad está dada por el valor epistemológico de la primera para determinar los alcances de la última» o, lo que es lo mismo, el procedimiento de formación de la ley es un «sucedáneo» del discurso moral que nos propone la ética comunicativa⁷⁰. La racionalidad de la ley ya no viene dada por el ajuste de ésta a un parámetro externo, como pudo ser en su día el Derecho natural o el programa reformista de la Ilustración, sino que se configura como una cualidad inmanente que deriva de las condiciones de su procedimiento de producción; condiciones que, por lo demás, son las mismas que exhibe una moral que se ha desembarazado de las verdades eternas para ser construida por los propios participantes en el discurso.

No es ocasión de discutir las varias objeciones que pudieran formularse a esta versión fuerte de la teoría de la democracia, entre ellas la no pequeña de que conduce irremediamente a un positivismo ético muy poco atractivo donde el Derecho positivo, bien que democrático, se convierte en juez de su propia racionalidad o justicia. Por lo que aquí interesa, el problema es que este planteamiento proporciona sin duda un modelo de racionalidad de la ley, sólo que un modelo que pudiera considerarse en las antípodas de ese otro modelo de racionalidad al que respondió históricamente la codificación⁷¹. Al menos por un motivo: la racionalidad codificadora presentaba un carácter *estático*, tanto en el sentido (kelseniano) de pretender ser una deducción de ciertos principios sustantivos de moralidad, como en el sentido (temporal) de incorporar un designio de normatividad rígida y perdurable, cuando no eviterna; mientras que la racionalidad procedimental o democrática presenta un carácter *dinámico*, tanto en el sentido (kelseniano) de obtener su validez del acto mismo de su producción, como en el sentido (temporal) de encarnar una decisión mudable y pasajera, tanto como la voluntad que está tras ella, democrática o no.

Así pues, no es que la racionalización del Derecho sea una empresa abandonada; no lo está, desde luego, en la esfera de su aplicación donde las teorías de la argumentación jurídica han venido a colmar una clamorosa laguna del positivismo tradicional; según los más optimistas, tampoco lo está en la esfera de su creación, donde la teoría de la democracia deliberativa parece empeñada en la justificación de las democracias realmente existentes, que tienden a ser concebidas como fábricas de leyes justas y racionales. Pero, en el mejor de los casos, se trata de un modelo de racionalidad que muy poco tiene que ver con el

⁷⁰ C. NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 367 s.

⁷¹ Con acierto distingue GARCÍA AMADO entre teorías material-normativas de la legislación, que establecen límites directos al contenido posible de las leyes, y teorías formal-normativas, que establecen sólo modos, formas o procedimientos, «Razón práctica y teoría de la legislación», cit, pp. 14 s.

que inspiró la política legislativa de la codificación: la racionalidad codificadora pretendió ser la plasmación legislativa de un proyecto utópico, universal y largamente perdurable; la racionalidad que nos proporciona el constructivismo es un *hacerse* día a día a través del procedimiento, proceso de resultados más efímeros y en el que, por otra parte, los jueces cuentan al menos tanto como los legisladores. Si puede decirse así, para la filosofía del Código la razón es el impulso o el punto de partida de un Derecho transformador que debe instaurar en la sociedad los principios firmes de la verdad moral y política; hoy la razón más bien aparece sólo como un posible, discutible e inseguro punto de llegada de un Derecho abandonado a su propio procedimiento. Recordemos de nuevo la opinión de Tomás y Valiente: sólo la Constitución y algunos Estatutos de Autonomía parecen haber conservado, no ya la técnica legislativa, sino el espíritu de la política de la codificación.

Pero, a mi juicio, esto último sólo en parte. Las Constituciones han heredado sin duda ese espíritu transformador y de aspiración colectiva que alentó la empresa codificadora. No han heredado, sin embargo, la estructura normativa propia de los Códigos, una estructura que, por usar una terminología corriente en la teoría del Derecho, es la propia de las reglas. La dimensión sustantiva o material de las Constituciones, aquella que forman los llamados valores superiores, los principios y los derechos fundamentales, adoptan más bien la estructura de principios. Y esta circunstancia tiene una consecuencia sobresaliente para otro de los ideales codificadores: así como las reglas aspiran a la subsunción «mecánica» y preservan la figura del jurista técnico y cognoscitivo, los principios aspiran a la ponderación, un ejercicio argumentativo que, como ya se comentó, reclama la figura de un jurista abierto a valoraciones y a realizar, como censuraría Beccaria, más de un silogismo. En resumen, las leyes pretenden responder hoy a un tipo de racionalidad muy distinto al propio de la codificación; y las Constituciones, que aún podrían reclamar para sí esa racionalidad ilustrada, exhiben en cambio una estructura normativa que justamente se aleja de la que fue postulada por los Códigos. Aunque resulte algo simplificada, cabe decir que las leyes todavía pueden aspirar, siempre que mejoren de modo muy notable, a recoger los ideales de la técnica codificadora, pero difícilmente los valores que estuvieron presentes en la política de la codificación; y la Constitución, que bien puede verse como el último legado de esa política, presenta una fisonomía principialista y conflictiva escasamente acorde con los postulados de la técnica de la codificación.

LUIS PRIETO SANCHÍS