

## SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS ESTUDIOS ACERCA DE LA LEGISLACIÓN EN EUROPA. DOCE TESIS

Por ULRICH KARPEN\*

1. UNA QUEJA COMÚN: «DEMASIADAS LEYES Y DEMASIADO MALAS».—2. UN DIAGNÓSTICO: EL ESTADO CONSTITUCIONAL SOCIAL Y DEMOCRÁTICO COMO UN ESTADO LEGISLATIVO. *TESIS PRIMERA*: LIBERALIZACIÓN, DESREGULACIÓN Y MÁS COMPETENCIA. *TESIS SEGUNDA*: ¿QUÉ ESPERAMOS DE LA RAMA LEGISLATIVA? *TESIS TERCERA*: LA EXPANSIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO.—3. EL TRATAMIENTO: EL «ESTADO FLACO». *TESIS CUARTA*: ¿CUÁNTAS LEYES NECESITA EL ESTADO? *TESIS QUINTA*: ¿SOBREESTIMA LA RAMA LEGISLATIVA SU PODER? *TESIS SEXTA*: EL CIUDADANO «ACTIVO».—4. SUGERENCIA PARA LA MEJORA DE LA CALIDAD DE LAS LEYES. *TESIS SÉPTIMA*: LA CALIDAD SUSTANTIVA DE LAS LEYES. *TESIS OCTAVA*: ¿PODRÍAN MEJORAR LOS ESTÁNDARES CONSTITUCIONALES LA CALIDAD DE LAS LEYES? *TESIS NOVENA*: SOBRE EL ARTE DE ESCRIBIR LEYES.—5. PROCEDIMIENTOS LEGISLATIVOS Y ESTILO JURÍDICO. *TESIS DÉCIMA*: ¿UNA LEY SOBRE LA LEGISLACIÓN? *TESIS DECIMOPRIMERA*: EL ESTILO DE LA LEY. *TESIS DECIMOSEGUNDA*: DEL PODER Y FALTA DE PODER DE LA RAMA LEGISLATIVA.—6. LA REALIZACIÓN MODESTA: LAS POSIBILIDADES Y LÍMITES DE LOS ESTUDIOS SOBRE LA LEGISLACIÓN.

### 1. UNA QUEJA COMÚN: «DEMASIADAS LEYES Y DEMASIADO MALAS»

La queja de que hay demasiadas leyes y demasiado malas es una tan vieja como extendida y ello en Alemania como en todos los países euro-

---

\* Catedrático de Derecho Constitucional, sucesivamente, en Friburgo de Brisgovia, Berlín y Hamburgo. Entre 1991 y 2001, miembro del Parlamento estatal de Hamburgo y Presidente de la Comisión de Justicia. Presidente de la Sociedad Alemana de Legislación y de la *European Association of Legislation*. Experto en la elaboración de proyectos constitucionales y legales con misiones de la *Konrad Adenauer Stiftung* y del Consejo de Europa en Chile, Guatemala, Costa Rica, Sudáfrica, Albania, Georgia, Ucrania, Bosnia-Herzegovina, Rusia y Camboya.

peos. Franz Schlegelberger, el primer Secretario de Estado (equivalente a un Subsecretario en los Estados Unidos de Norteamérica) del Ministerio alemán de Justicia, escribió en 1959, en el prólogo a la tercera edición de su libro *Zur Rationalisierung der Gesetzgebung*<sup>1</sup> (*Sobre la racionalización de la legislación*), cuya primera edición apareció en 1929: «Cuando, hace treinta años, hice un llamamiento a la racionalización de la legislación, hablaba desde mi propia experiencia diaria. Hoy, veo las cosas desde fuera, alejado de los hechos, rico en experiencia vital. La imagen que la legislación presenta para mí ha seguido siendo la misma. El pueblo está siendo colmado con masas de leyes que no puede en su mayoría entender. La legislación ya no llega al pueblo».

La calidad del Derecho también es muy controvertida. El Derecho con frecuencia es de necesidad no mentalmente comprensible, y no es sistemático ni verdaderamente asimilado. Si el conocimiento jurídico por parte de cada ciudadano ha sido en el pasado una hipótesis aceptable, hoy es pura ficción.

## 2. UN DIAGNÓSTICO: EL ESTADO CONSTITUCIONAL SOCIAL Y DEMOCRÁTICO COMO UN ESTADO LEGISLATIVO

### *TESIS PRIMERA: LIBERALIZACIÓN, DESREGULACIÓN Y MÁS COMPETENCIA*

En todos los países europeos el torrente de leyes es una función del sistema social y económico. La economía de mercado se ha desarrollado de modo creciente como una economía social de mercado. La historia ha adoptado una decisión reguladora en estos años, pues ha habido una determinación del paradigma económico y socio-político de dimensiones verdaderamente históricas. De los sistemas económicos en competencia, la economía dirigida de mercado y la economía social de mercado, sólo esta ha permanecido. En la lucha entre la economía de mercado y la economía planificada, entre el orden básico liberal-democrático [la designación cuasi-oficial del sistema germano(-occidental) de la postguerra] y la democracia dirigida, ha sobrevivido la economía social de mercado establecida democrática y constitucionalmente. Pero, ¿qué significa la «economía social de mercado» en este contexto? En su ensayo de 1979 «Wissenschaft und Sozialismus» («Ciencia y Socialismo»<sup>2</sup>), Friedrich A. Hayek reivindicaba que «social» era una «palabra comadreja». Ese pequeño depredador es conocido por su habilidad para succionar el contenido de un huevo, de modo que sólo quede la cáscara vacía, sin que uno sea capaz, viendo el huevo, que esté vacío. De acuerdo con Hayek, las «palabras comadreja» son pala-

<sup>1</sup> Berlín y Frankfurt, Vahlen, 1959, p. 3.

<sup>2</sup> WALTER EUCKEN INSTITUTE, *Vorträge und Aufsätze*, núm. 71, Tubinga, 1979, p. 16.

bras que, si uno las añade a otra palabra, privan a esta segunda palabra de su contenido y significado. La palabra comadreja *par excellence*, dice, es «social». Nadie sabe hoy lo que significa; todo lo que uno puede decir con certeza es que una economía social de mercado no es una economía de mercado, que un Estado constitucional social no es un Estado constitucional y la justicia social no es justicia. Y él también teme que la democracia social no es democracia. Ciertamente, él ha agudizado su observación para ilustrar su opinión.

La economía de mercado tiene ciertos requisitos previos sociales que son importantes y bien conocidos, y de ellos sólo listamos aquí los siete más importantes:

1. El Estado de Derecho;
2. La estabilidad monetaria;
3. La competencia;
4. La propiedad;
5. La apertura de los mercados;
6. Un sistema de seguridad social; y
7. Relativamente poca intervención estatal en la economía.

La cuestión es si esa es en verdad nuestra realidad jurídica. En la economía de mercado totalmente desarrollada, el Estado actúa como el interfaz entre la igualdad social y de mercado. El Estado de bienestar activa la rama legislativa:

- El Estado constitucional, o el «Estado del Estado de Derecho» es, en su desarrollo histórico, primariamente un «Estado de la seguridad jurídica»; el Estado constitucional social lleva adelante nuevas tareas.
- La intervención estatal en la economía es diversa, y regulada por la rama legislativa. Los subsidios efectúan una adaptación de las empresas a la situación económica o la previenen.
- Hay reglas estrictas para el alcance del Estado de ayuda social.
- Son necesarias reglas procedimentales precisas para la aplicación de la justicia administrada.
- La red de derechos básicos se está haciendo cada vez más ajustada.

Por tanto, la rama legislativa es la clave. La economía de mercado necesita relativamente pocas leyes. Cuanto más emerge la economía social de mercado, más leyes se necesitan. Aparece una rama legislativa mecanizada.

Pero el cambio climático es amenazante. La demanda de desregulación, liberación y más competencia se está haciendo más alta. También se demanda una contribución por la comunidad de estudios legislativos respecto de una explicación de cómo se va a manejar todo esto.

La liberalización significa moverse de una economía estatalmente dirigida a una economía más fuertemente de sector privado. El profesor de Empresariales de Frankfurt Franz Böhm dijo una vez que uno podía decir a partir de la estructura de un tribunal estatal si prevalecía una economía planificada o una economía de mercado. En una economía planificada, un tribunal con cuatro Salas estaría compuesto por tres Salas de justicia criminal y una civil; en una economía de mercado, habría una Sala criminal y tres civiles.

La desregulación significa abolición de las regulaciones estatales. La regulación es la forma tradicional de control estatal de áreas comerciales consideradas como excepcionales en términos de política de competencia: mercados de transportes, mercados de seguros, mercados de vivienda. La regulación pública emplea:

- Control de inversión
- Regulación de precios
- Cantidades fijadas
- Estandarización y
- Regulaciones de calidad.

La desregulación significa la reducción de la intervención estatal en los mercados y los negocios.

La desregulación se dirige a promover la competencia y a abrir los mercados a más jugadores. La liberalización, la desregulación y la competencia son pasos hacia la liberación de los mercados y los negocios del control estatal. Los tres pasos aparecieron claramente en el caso de la transformación de la *Deutsche Telecom*. En primer lugar, vino la liberalización, el Servicio Postal Federal se reconstituyó en tres unidades de negocios desnacionalizadas. Se hicieron empresas públicas, en propiedad del Estado al 100%. Mantuvieron la propiedad de sus recursos y sus funciones empresariales. Los negocios privatizados entraron en el mercado de la competencia, al principio todavía con una posición dominante de mercado. Ello constituía una distorsión de la competencia. El siguiente paso fue la desregulación. El Estado se retiró de Telecom., y vendió sus acciones. Inicialmente, su carácter de monopolio se mantuvo; no se logró una verdadera apertura de mercado hasta 1998. La competencia ha emergido con toda fuerza desde entonces, y ha llevado con ello bajada de precios con un alcance inesperado.

El camino desde la liberalización hasta la administración competitiva, pasando por la desregulación, se supone que desahoga a la rama legislativa. Se deduce que el desarrollo del Estado de bienestar es una causa principal de la sobrecarga de esa rama. Pero no la única. La perfección del Estado constitucional democrático nos proporciona más explicaciones.

*TESIS SEGUNDA: ¿QUÉ ESPERAMOS DE LA RAMA LEGISLATIVA?*

Como en el Estado de bienestar, en el Estado constitucional y en la democracia existen tensiones. En el Estado constitucional, que se ve a sí mismo como liberal, a los ciudadanos les gustaría ser molestados por la rama legislativa lo menos posible. Por otro lado, esperan ayudas sociales legalmente vinculantes del Estado. Les gustaría una garantía jurídica de su capacidad para exigir el cumplimiento de tales ayudas sociales.

La democracia también es rica en tensiones. Los ciudadanos quieren siempre más voz en la toma de decisiones; «participación» es la palabra. Por otro lado, del Parlamento, como el representante de los ciudadanos, se espera que adopte todas las «decisiones esenciales».

En primer lugar, el Estado constitucional: éste, sometido al Estado de Derecho, es vivido por los ciudadanos primariamente como un Estado de leyes. El concepto de Estado de Derecho fue conformado mucho más por Hobbes que por John Stuart Mill. Por ello, hay dos conceptos básicos respecto de la cuestión de por qué es necesario el Derecho: el concepto más estatista de Hobbes y el más liberal de Mill.

Thomas Hobbes ve al Derecho de un modo autoritario, estatista, como el mandato ejecutable del gobernante supremo, quien pretende encarnar el interés público y quien crea un buen orden.

El Derecho, de acuerdo con John Stuart Mill, y con arreglo a la idea de gobierno y economía liberales, significa algo enteramente diferente. La economía y la sociedad se dan a sí mismos ciertas reglas, que eventualmente, una vez que se hace necesario, se hacen Derecho. Para Mill el Derecho es un método de coordinación de la acción social, es Derecho conformado de acuerdo con el principio de equivalencia, últimamente por el principio de intercambio, el principio de compromiso justo. La sociedad y la economía de mercado operan en gran medida en un «reino alegal». Hobbes diría: «¡Dejemos al pueblo sus libertades inocuas!»

La opinión jurídica continental tiende más a seguir a Hobbes. A partir de ahí se ha desarrollado el principio de codificación. La rama legislativa crea estructuras jurídicas de modo tan comprensible como sea posible y plantea asuntos (y el orden social) a través del Derecho. El Derecho y la opinión jurídica anglosajones tienden más a seguir a John Stuart Mill. El Derecho forma islas jurídicas en un mar social de preceptos y costumbres morales.

Obviamente, hay más leyes continentales que anglosajonas.

## TESIS TERCERA: LA EXPANSIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO

Un debate sobre el torrente de leyes en el Estado constitucional democrático exigirá algunos comentarios sobre el desarrollo de la democracia. El torrente de leyes ha sido causado, en una medida considerable, por el concepto de democracia en Europa y, debe añadirse, por el desarrollo de la ciencia de la democracia. Ese desarrollo tuvo lugar desde el concepto del Derecho histórico-convencional hasta el concepto democrático, desde el Estado aristocrático hasta el Estado democrático del siglo XX, pasando por el constitucionalismo del siglo XIX<sup>3</sup>.

En el Estado aristocrático, o el «Estado de los Estados», el Derecho marcó la medida en que la sociedad había sido capaz de apropiarse el Estado para sí misma y logró manejarlo. El «Derecho» marcaba el área de poder de los Estados. El Derecho era una norma generalmente abstracta. Ya que el Parlamento estaba (y está) también implicado en aprobar presupuestos y concluir tratados con Estados extranjeros, emergió la diferenciación entre los conceptos de Derecho formal y material y nos resulta todavía familiar en la ciencia del Derecho del momento presente.

El factor determinante en el siglo XIX en Alemania y en Europa fue el desarrollo de la división de poderes entre el monarca y el Parlamento, y el desarrollo de derechos básicos. Fue la interferencia en la libertad y propiedad lo que determinó el Derecho material.

En el siglo XX, en una democracia totalmente desarrollada, el Derecho se ha convertido en cualquier norma generalmente abstracta. Lo que corresponde a la ley es determinado por la «teoría de lo esencial». Los conceptos formales como «leyes de previsión especial» o «ley de caso singular» han perdido su significado hace mucho. El estudio de la legislación debe abordar todos estos aspectos de la función del Derecho en el Estado de bienestar democrático y constitucional. Esencialmente, hoy pueden identificarse cinco áreas de trabajo para los estudios legislativos<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Cfr. ULRICH KARPEN, «Entwicklung des Gesetzesbegriffs in Deutschland» («Desarrollo del concepto de ley en Alemania»), en *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens (Homenaje a Wolfgang Martens)*, por PETER SEIMER e INGO VON MUNICH (eds.), Berlín, 1987, pp. 137-152, 139 y ss.).

<sup>4</sup> ULRICH KARPEN, «Zum Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland» («Sobre el estado de la doctrina sobre la legislación en la República Federal de Alemania»), en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1956, núm. 1, pp. 5-32 (34 y ss.); GEORG MÜLLER, *Elemente einer Rechtsetzungslehre (Elementos de una teoría de la elaboración normativa)*, Zürich, Schulthess, 1999, pp. 1 y ss., que también contiene una bibliografía actualizada sobre doctrina sobre la legislación (1999), pp. XV-XXII; ULRICH KARPEN (ed.), *Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung in der Bundesrepublik Deutschland. Zehn Jahre. «Deutsche Gesellschaft für Gesetzgebung»/Zehn Jahre «Zeitschrift für Gesetzgebung» (Sobre la situación presente de la legislación en la República Federal de Alemania. Diez años de la «Sociedad alemana de Legislación»/Diez años de la «Revista de Legislación»)*, Heidelberg, C. F. Müller, 1998.

1. La analítica jurídica se preocupa del Derecho como fuente jurídica. El Derecho se entiende que se refiere al Derecho constitucional, a las regulaciones, a las normas administrativas, a las leyes, y también al «Derecho judicial», ya que frecuentemente tiene la «fuerza de ley».
2. La táctica jurídica se interesa por el procedimiento legislativo externo.
3. La metodología jurídica tiene que ver con el procedimiento legislativo interno, el contenido de las previsiones legales.
4. La técnica jurídica se ocupa de las normas formales de la legislación: la cita, la aplicación del lenguaje, la estructura y el sistema del producto legislativo, etc.
5. La investigación de efectividad, que examina la aceptación de las leyes, ha adquirido significación de modo creciente.

La Asociación Alemana de Legislación<sup>5</sup> y la Asociación Europea de Legislación<sup>6</sup> cubren todos estos aspectos de la legislación.

### 3. EL TRATAMIENTO: EL «ESTADO FLACO»

#### *TESIS CUARTA: ¿CUÁNTAS LEYES NECESITA EL ESTADO?*

La tarea de la doctrina sobre la legislación es analizar estas facetas de la legislación y entrar en ellas hasta el fondo teóricamente. Sin embargo, no puede quedarse ahí. También es ciencia social práctica. Crítica, propone y ofrece instrucciones para actuar. Algunas sugerencias prácticas implican el desarrollo del Estado de bienestar, el Estado constitucional y la democracia.

Primero, la doctrina sobre la legislación hace una contribución a la crítica de las tareas del Estado. ¿Cuántas leyes necesita un Estado? Cuantas menos tareas cumpla un Estado, menos leyes debe promulgar. Pero, ¿cuántas tareas puede y debe asumir el Estado? Aquí, por supuesto, es donde las fuerzas políticas que favorecen una política expansiva de definición de tareas se enfrentan con los defensores de una política contractual. Y sin embargo, hay un consenso en que el fin de la era de la euforia planificadora ha llegado, en que la consolidación presupuestaria y la reducción de personal están a la orden del día, en que muchas tareas del Estado deben ser privatizadas: gas, agua, trituradores de basura y aquellos negocios que apo-

<sup>5</sup> ULRICH KARPEN (ed.), *Deutsche Gesellschaft für Gesetzgebung e. V. (DGG)*, Materialien, 62 pp., Hamburgo, 1994.

<sup>6</sup> ULRICH KARPEN (ed.), *The European Association of Legislation. Statutes. Texts. Materials*, 71 pp., Hamburgo, 1995.

yan el aparato del Estado como instalaciones de horticultura, lavanderías, tintorerías, etc.

Hay un núcleo de acero de tareas del Estado, una esfera intrínseca del Estado. Estas incluyen la policía, la judicatura, la administración fiscal, el Derecho laboral y social, el apoyo de la ciencia y la investigación en pro del futuro.

Otras áreas pueden dejarse ir: estas incluyen, además de los ferrocarriles y el servicio postal, posiblemente una parte del sistema escolar (educación privada). Es ahora tiempo de examinar todas las tareas estatales para una posible desburocratización, desregulación y la creación de un «Estado flaco».

Un estándar para este examen es la palabra mágica «subsidiariedad». Hay ciertas modas en los estudios sobre el gobierno. Las grandes unidades estuvieron una vez «dentro», tanto dentro del Estado como dentro de la economía. El eslogan fue «Piensa en grande». La subsidiariedad hoy es un triunfo. Lo pequeño es bonito:

- Presupuestos de suma global para colegios y clínicas.
- Nuevos sistemas de control.
- Descripciones de productos-medios-fines en administración.
- Puntos de referencia de acuerdo a las cifras: estudiantes por curso, duración de la carrera, sobresalientes por cada cien licenciados.

Se exige un fortalecimiento de la competencia entre las unidades políticas:

- Nueva administración pública.
- Administración flaca.
- Administración de total calidad.

Un Estado contractual orientado al mercado tiene que tomar el lugar del Estado burocráticamente jerárquico. Ello conllevaría un alivio significativo de la carga sobre la rama legislativa.

#### *TESIS QUINTA: ¿SOBREESTIMA LA RAMA LEGISLATIVA SU PODER?*

Los estudios sobre la legislación también se enfrentan a la cuestión de si es legítimo, en términos de Estado de Derecho, para la rama legislativa participar en desregulación de la economía y la sociedad. ¿Puede el Estado desregular, es posible una simplificación de la estructura reguladora del Estado?

Debe ser posible. Actualmente, hay aproximadamente 5.000 leyes y reglamentos con unos 60.000 artículos. Tal masa jurídica no puede ser examinada de manera comprensible. La cuestión es, sin embargo, donde pue-

de comenzar la tarea de desregulación. Por ejemplo, ¿cómo ha de simplificar la rama legislativa un mamotreto de Derecho del bienestar social sin prescindir de un trato justo para ciertos casos individuales?

La rama legislativa podría haber determinado sumariamente, por poner otro ejemplo, que las propiedades confiscadas por el régimen de la Alemania oriental tuviesen que devolverse en la medida en que fuera posible. Entonces, sin embargo, se promulgaron excepciones: los derechos de usufructo adquiridos conforme al Derecho germano-oriental se consideran válidos; las inversiones tienen prioridad: «inversión antes que restitución». Sin embargo, tan pronto como la prioridad de la inversión se establece a favor de un grupo y la condición de la adquisición de buena fe a favor de otra, el resultado que de hecho ha surgido es inevitable: una guirnalda de preceptos jurídicos entretejidos de siempre más reformas.

Dañando el torrente de leyes significa dar a la Administración más discrecionalidad para adoptar decisiones particulares. Pero ya que las decisiones administrativas están sujetas a una revisión judicial, los jueces encuentran cada vez más deficiencias de justicia entre las ranuras de las previsiones legales y la exigencia de más regulación legislativa.

Surge la cuestión de si siempre se necesita una ley. ¿Cuál es el rol real de la Ley en el sistema de funciones estatales? Las estipulaciones estatales, desde la Constitución hasta la regulación administrativa o la decisión judicial todo seguido, forman un circuito regulador cibernético. La Ley es un importante mecanismo de control (¡pero sólo uno!), acentuado por su legitimación democrática. La Ley es la Roca de Gibraltar del Estado constitucional democrático. La Ley tiene tareas específicas, pero no todo necesita una regulación por la ley.

La Ley tiene primariamente tres tareas:

- La Ley tiene la función de proveer orden, garantías, y protección.
- Tiene la función de asegurar la transformación y la mejora.
- Por último, tiene una función planificadora y constitucional, integra al Estado.

La Ley tiene una función reguladora, integradora, racionalizadora y anticipadora.

El desarrollo y la aplicación de la Ley en el circuito regulador cibernético es la tarea de la Administración y de la Judicatura. La Administración miniaturiza la Ley y la detalla. Las decisiones clave de los tribunales concretizan las cláusulas generales y los conceptos jurídicos inciertos de la Ley. Los instrumentos reguladores del Estado están interconectados en orden ascendente y descendente.

- La regulación descendente del Estado procede desde la Constitución a través de la Ley hasta la decisión judicial, con un detalle cada vez mayor.

- Las decisiones judiciales clave tienen una función ascendente, concretizando la Ley y frecuentemente llevando a enmiendas.

Es precisamente esta función totalmente penetrante del Derecho la que lleva a un desahogo de exigencias.

- Ninguna forestación más del stock jurídico del Estado, sino bastantes menos detalles; se necesita más adelgazamiento y desregulación.
- La integración en los sistemas jurídicos europeos hace que parezca posible la restricción por parte de las legislaturas nacionales.

#### TESIS SEXTA: EL CIUDADANO «ACTIVO»

Por último, hay una aceleración democrática de la legislación. El ciudadano activo, quien es a la vez dependiente y agresivo, está forzando a la rama legislativa a actuar.

Aquí puede ponerse en uso en el área de la legislación una nueva aproximación en los estudios sobre el gobierno y la administración: el enfoque del agente principal. El ciudadano es el cliente, el «director». Es el «jefe». El Parlamento es el representante («agente») del director. La rama legislativa se centra en el interés público. Los votantes tienen sus intereses, los promueven como miembros de grupos de interés. Los grupos de interés hacen sentir su influencia en la concretización del interés público por el Parlamento.

Los ciudadanos «activos» ejercen presión sobre la rama legislativa. Es simultáneamente dependiente y agresivo. En primer lugar, es dependiente de la rama legislativa. Es más fuertemente dependiente que nunca de la sociedad, de la función social. Los asuntos de la comunidad son más importantes que nunca para el ciudadano.

- El área social ha sido desindividualizado. El individuo no aparece. Lo que cuenta son los grupos.
- La socialización de las necesidades del individuo es la regla. Esa es la cara del individualismo, la disolución de las relaciones en pequeños grupos.
- La sociedad está estructurada corporativamente. Los sindicatos, asociaciones de funcionarios del gobierno y las organizaciones patronales se encargan del individuo. La consideración en Alemania de una «alianza por puestos de trabajo» entre el Gobierno, el negocio y los sindicatos ilumina este desarrollo hacia el corporativismo.
- El Estado y las asociaciones sociales más grandes asumen cada vez más tareas en nombre de los individuos y grupos de intereses.
- Y el Estado y los grupos de interés resultan necesitar precisamente a la rama legislativa para la realización de objetivos sociales.

Al mismo tiempo, el ciudadano activo se subleva contra el desapoderamiento que se desliza y se está haciendo más agresivo. Los esfuerzos en pro de la democracia directa y la participación, la introducción de iniciativas y *referenda* y similares significan, antes que nada, nuevas previsiones legales. Es la época de los movimientos de ciudadanos: la política se está haciendo más voluminosa, y la democracia, de escala más pequeña. Un ejemplo es la autopista del Mar Báltico desde Rostock hasta el Elba pasando por Lübeck cruzando hacia el Oeste de Hamburgo, a la que se oponen movimientos medioambientales y otro ejemplo lo son los esfuerzos por reformar las estructuras municipales de Hamburgo. Estos son asuntos NIMBY\*: solares industriales, sí, pero no aquí, por favor. El riego y los desagües, sí, pero no aquí por favor. El proceso de legislación se está haciendo cada vez más difícil y prolongado. La autopista del Mar Báltico al final sólo podrá completarse por medio de una Ley federal de aceleración del planeamiento. El nuevo puerto de Hamburgo en Altenwerder, también, sólo será autorizado para extenderse por medio de una Ley.

Si somos serios acerca de la exigencia de desregulación y eliminación de detalles en la legislación, si verdaderamente queremos ser un Estado más delgado, serán necesarias tres cosas:

1. Los ciudadanos deben dejar de esperar demasiado bien del Estado (así pues, al final, menos).
2. El Estado debe dejar de cumplir deseos de grupos de presión de derechas y de izquierdas que podrían contradecir el interés de un Estado regulado por partidos que, a su vez, están en deuda con estos grupos de interés.
3. Los ciudadanos deben decir a las partes que llevan los deseos de los ciudadanos a los órganos del Estado que ya no pueden más apelar al Estado respecto a sus expectativas alegadas para justificar estas acciones.

#### 4. SUGERENCIA PARA LA MEJORA DE LA CALIDAD DE LAS LEYES

##### *TESIS SÉPTIMA: LA CALIDAD SUSTANTIVA DE LAS LEYES*

Aparte de las quejas sobre la cantidad excesiva de leyes, hay preocupación sobre la creciente deficiencia de calidad de las leyes producidas. Hay algunas aproximaciones prometedoras en la doctrina sobre la legislación hacia la mejora de la calidad de la Ley. Una sugerencia ciertamente digna de atención es mantener flexible el plazo de validez de las leyes.

\* Probablemente se refiera el autor a la abreviación de «Not in My Backyard» (NIMBY), esto es, «No en mi patio». (*Nota del Traductor*).

- Los productos del proceso legislativo se ven hoy más moderadamente.
- El objetivo es moverse de la consistencia de la justicia hacia el desarrollo dinámico de la realidad.
- No toda Ley merece ser cincelada en piedra, como la Ley de Hammurabi.
- ¿Son las Leyes válidas para siempre o sólo por un período limitado de tiempo?

Antes que nada, el instrumento de Leyes de período de prueba se usa cada vez más. Tradicionalmente, las leyes eran adquisiciones, *quanta* establecidas en el choque social y económico de intereses. La Ley de Horarios de Cierre de Tiendas, que especifica los horarios de cierre a fin de proteger a los pequeños comerciantes, es un ejemplo de ello. Las Leyes deberían tener construido su período de prueba desde el exterior, sin embargo, siendo necesarias revisiones periódicas normalmente. Las Leyes de período de prueba asumen esta sugerencia. La reforma de la Ley de Jueces para probar el adiestramiento jurídico de una sola fase es un buen ejemplo. Ya que el modelo del nuevo adiestramiento no se acreditó a sí mismo en la práctica, fue simplemente borrado de la Ley.

Los sistemas jurídicos extranjeros han introducido cada vez más cláusulas de revisión. Por ejemplo, las Leyes inglesas incluyen la siguiente exposición final:

«El Ministro llevará a cabo una revisión de la operatividad y efectividad de la Ley tan pronto como se lleve a la práctica después del transcurso de cinco años desde su entrada en vigor y, en el curso de esa revisión, el Ministro considerará y tendrá en cuenta:

- la efectividad
- la necesidad de continuación de las funciones de la Ley
- cualesquiera otras materias que sean relevantes a juicio del Ministro.

El Ministro preparará un informe basado en la revisión y hará que el Informe sea Ley ante el Parlamento tan pronto como sea practicable».

En tercer lugar, hay cláusulas ocaso\* en las Leyes de Gran Bretaña, y también en los Estados Unidos de Norteamérica. Muchas Leyes caducan al final de la Legislatura a menos que sean aprobadas de nuevo.

---

\* Traduciremos la expresión inglesa «sunset clauses» como cláusulas ocaso, pero podrían traducirse también, menos literalmente, como cláusulas de caducidad o cláusulas transitorias. (Nota del Traductor).

Un nuevo método legislativo es la introducción de cláusulas o caso. Ha sido aplicado al proceso de elaboración de la Constitución sudafricana. La Constitución final de la República de Sudáfrica necesitó una larga preparación de varios años, pero el proceso constitucional en varias provincias (por ejemplo, en KwaZulu-Natal) finalizó más rápidamente. Ya que al principio no era todavía completamente cierto hasta donde llegaría el alcance del poder del Estado central, algunas provincias establecieron el área de autoridad que esperaban tener con un largo alcance, pero tomaron en cuenta la posibilidad de restricción de estas áreas de poder por la Constitución nacional. Algunas áreas administrativas y legislativas de poder, por ejemplo en el campo de la seguridad y la economía, han sido inicialmente definidas como áreas de poder provincial, pero con una previsión de una posible restricción por la Constitución nacional. Esto se hace mediante una cláusula de amanecer\*:  
«Cualquier previsión de esta Constitución sujeta a la Subsección Segunda, incluyendo el reparto de poder y funciones que no sea congruente con la Constitución de la República, no tendrá ninguna fuerza ni efecto. El Capítulo permanecerá en vigor hasta el momento en que la Constitución sea reemplazada por una Constitución, como está previsto».

*TESIS OCTAVA: ¿PODRÍAN MEJORAR LOS ESTÁNDARES CONSTITUCIONALES LA CALIDAD DE LAS LEYES?*

En la República Federal de Alemania, y también en otros países, la cuestión está surgiendo en cuanto al alcance con el que la Constitución incluye estándares para el contenido de la legislación. Hay una sospecha de que la Constitución está siendo sobreempleada como estándar para el contenido de la legislación. No es la menor de las razones de esta sobrecarga de la Constitución como estándar para la legislación en Alemania el hecho de que el Tribunal Constitucional Federal ha sido reiteradamente llamado a actuar como una rama legislativa de sustitución. Casos al respecto han incluido sentencias con respecto al artículo 3 de la Constitución, que prohíbe discriminación racial y de género, el artículo 218 del Código Penal, en el que se pidió al Tribunal que regulase el Derecho sobre el aborto y la legislación fiscal en conflicto en la Alemania del Este y el Oeste<sup>7</sup>.

En una serie de sentencias<sup>8</sup>, el Tribunal Constitucional Federal ha deducido de la Constitución la obligación de procedimientos legislativos óptimos:

\* «Sunrise clause». (Nota del Traductor).

<sup>7</sup> ULRICH KARPEN, *Der Richter als Erstatzgesetzgeber (El Juez como un Legislador Sustituto)*, Proceedings of the 14th Conference of the German Association of Legislation e. V., in cooperation with the State Legislature of Hamburg, 2 de mayo de 1994, Hamburgo, 1995.

<sup>8</sup> Cfr. sólo BverfGE 77, 109.

- La obligación de certificar los hechos.
- Una obligación de hacer un pronóstico.
- Una obligación de ponderar los intereses en conflicto.
- Una obligación de observación respecto de los efectos.
- Una obligación de rectificar los errores.

Está surgiendo resistencia frente a esto. Klaus Schlaich ha dicho<sup>9</sup> en su Conferencia de Profesor de Derecho constitucional: «La rama legislativa no debe otra cosa en absoluto que no sea Derecho». Él quiere que cambie la tesis actual de la «metodología óptima de legislación como una obligación constitucional». Se pretende imponer a la rama legislativa una racionalidad verificable en el proceso de adopción de decisiones. Tal deber no puede deducirse de la Constitución. No hay ningún «legislador» *per se* del que pueda decirse que había adquirido pericia, «utilizado los datos empíricos disponibles y la experiencia de una manera seria», adoptado la necesaria ponderación de intereses. Y ese hecho sería todavía verdad, incluso si el propio Parlamento tuviese expresamente que aprobar la razón fundamental para dicha Ley. La legislación no es Administración, el representante elegido por un plazo no es un funcionario: ni en su trabajo, ni en su relación con el Derecho, ni en su responsabilidad. El control de los estándares no puede sujetar al legislador al yugo de un Derecho de procedimiento legislativo-administrativo derivado de la literatura y de las sentencias judiciales<sup>10</sup>.

Respecto de las Sentencias del Tribunal Constitucional sobre el derecho de cogestión, que da a los trabajadores una voz en la administración de la fábrica, y al artículo 218 del Código Penal (Derecho sobre el aborto), Schlaich continúa: «¿Estos dos ejemplos no dan consejo a la rama legislativa, en forma de caricatura, de aconsejar a los representantes que guarden silencio a la vista de los complejos asuntos y elijan una Comisión de Expertos?».

En las estipulaciones de objetivos de Estado respecto de la protección medioambiental, la igualdad de hecho de las mujeres, y en muchas regulaciones de objetivos de Estado en las Constituciones de los nuevos Länder germano-orientales, se contienen nuevos estándares para la rama legislativa.

Los derechos sociales en las Constituciones de los nuevos Länder también se convertirán, una vez que los Tribunales Constitucionales de los Länder los aborden, en mandatos para la nueva legislación. Lo mismo es verdad del «patio mágico», el fundamento cuasi-sagrado de la prosperidad

<sup>9</sup> KLAUS SCHLAICH, «Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen» («La jurisdicción constitucional en el contexto de las funciones estatales»), en *VVDStRL*, núm. 39, 1981, p. 109.

<sup>10</sup> Llega a la misma conclusión, KARL MATTHIAS MEESSSEN, *NJW*, 1979, p. 836.

alemana: pleno empleo, estabilidad de precios, un presupuesto equilibrado y crecimiento estable.

También surge la cuestión de si no habría también barreras para la rama legislativa tales como un techo de deuda, una obligación de equilibrar el presupuesto, o quizás un estándar de reforma fiscal, tal como la introducción de un impuesto plano de una sola cuota.

#### TESIS NOVENA: SOBRE EL ARTE DE ESCRIBIR LEYES

Se ha dicho mucho en las últimas décadas sobre el arte de escribir leyes. En casi todos los países de Europa, hay hoy material de ayuda en el campo de la legislación, «libros de cocina», directrices y listas, desde Austria a Suiza, desde Alemania a Suecia. La guía suiza para la elaboración de Decretos federales, publicada en 1995 por el Ministerio Federal de Justicia, tiene más de quinientas páginas. El Grupo de Trabajo Koopmann de la Unión Europea ha elaborado directrices para la Comisión, para el Consejo de Ministros y para el Parlamento Europeo. Estas directrices prevén una evaluación independiente de los Proyectos.

También se ha escrito mucho sobre el lenguaje jurídico. El lenguaje técnico, que no está dirigido al público a la larga, como en las Leyes nucleares, es muy elaborado. La terminología coloquial se elige para leyes más próximas a los ciudadanos, tales como las Leyes de Familia. Se ha discutido la cuestión de si debería publicarse una Ley en dos lenguas, en una versión técnica para el personal jurídico y en una versión popular, un «código para el pueblo», por así decirlo. Hay reservas. En Gran Bretaña, hay un Departamento de Proyectos de Ley, la Oficina de Proyectistas Parlamentarios. Sir William Dale<sup>11</sup> ha explicado cómo funciona esta Oficina con referencia al Derecho británico de copyright.

<sup>11</sup> Sir WILLIAM DALE, *Legislative Drafting. A New Approach. A Comparative Study of Methods in France, Germany, Sweden and the United Kingdom*, Londres, 1977, pp. 11 y ss.; cfr. También id., «The Drafting of the Norm», en ULRICH KARPEN y PAUL DELNOY (eds.), *Contributions to the Methodology of the Creation of Written Law, Proceedings of the First Congress of the European Association of Legislation in Liège, Bélgica*, 9 a 11 de septiembre, 1993, EAL Publication No. 2, Baden-Baden 1996, pp. 35 y ss.; RODOLFO PAGANO, «Legislative Drafting Directives . Towards a Common Model of Legislative Techniques?», en ULRICH KARPEN y EDGAR MICHAEL WENZ (eds.), *National Legislation in the European Framework, Proceedings of the Second Congress of the European Association of Legislation (EAL) in Rome*, 24 a 29 de marzo, 1995, EAL Publication No. 4, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 203 y ss.; HORST RISSE, «The Bundesrat in the Legislative Process of the Federal Republic of Germany», en ULRICH KARPEN (ed.), *Role and Function of the Second Chamber, Proceedings of Third Congress of the European Association of Legislation (EAL) en Múnich*, 9 y 10 de octubre, 1997, EAL Publication No. 5, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 115 y ss.; ROBERT BERGERON (ed.), *Rules of Legislative Drafting, Letters to Ukrainian Drafters*, Ottawa, 1999.

En Alemania, se está tomando en consideración una Agencia para examen de los estándares. Revisaría los proyectos de ley de los ministros en cuanto a su utilidad para ser aprobados por el Consejo de Ministros y ser introducidos como legislación. Sería ciertamente difícil encajar dicha Oficina en la estructura constitucional actual, ya que su trabajo significaría una restricción del artículo 65, 2 de la Constitución, de acuerdo con el cual cada Ministro Federal es responsable de su propio Departamento dentro de las directrices establecidas por el Canciller Federal.

Una sugerencia propone imponer una carga de justificación sobre la rama legislativa si pretende establecer nuevas tareas estatales. Tendría que valorar las consecuencias de su actuación<sup>12</sup>. Además, no sería suficiente con observar en la cubierta del Proyecto, como se hace con frecuencia: «Gastos: ninguno». Es sabido que los costes sociales de la legislación son elevados —pero ello no es ampliamente conocido. En Hamburgo, se ha determinado que las empresas medianas deben dedicar hasta el 30% a gastos burocráticos a fin de cumplir las leyes empresariales, desde la recepción de autorizaciones, el cumplimiento de obligaciones de información, y la aplicación de fondos y subsidios estatales. La Comisión Independiente para la Simplificación del Derecho y la Administración (la Waffenschmidt Commission) publicó en 1994 una llamada a la cooperación titulada Examen de las Obligaciones Administrativas de las Empresas, que buscaba respuesta a estas cuestiones:

- ¿Qué obligaciones jurídicas existen para las empresas: obligaciones de notificación pública, obligaciones de retención de grabaciones, obligaciones de registro?
- ¿Cuál es el gasto actual en tiempo, esfuerzo y coste que necesita el cumplimiento de estas obligaciones?
- ¿Cuáles serían las consecuencias de eximir de estas obligaciones?
- ¿Hay alternativas más simples con las que pueda lograrse el mismo propósito?
- ¿Hay posibilidades de simplificación por medio de la armonización de varias obligaciones?

## 5. PROCEDIMIENTOS LEGISLATIVOS Y ESTILO JURÍDICO

### *TESIS DÉCIMA: ¿UNA LEY SOBRE LA LEGISLACIÓN?*

Algunos países han adoptado, o están adoptando, propuestas de reunir todas estas cuestiones complejas del contenido y el procedimiento de la

<sup>12</sup> ULRICH KARPEN, nota al pie 4; íd., «Gesetzesfolgenabschätzung in der Europäischen Union» («Valoración del impacto legislativo en la Unión Europea»), *AöR*, 124 (1999), pp. 400-422.

legislación en una «Ley sobre la Legislación». Un ejemplo es la Ley de Actos Normativos de Bulgaria, de 1973. Esta Ley tiene el objetivo de perfeccionar la elaboración, promulgación y aplicación de actos normativos. En primer lugar, se especifica qué actos en la jerarquía de preceptos están sujetos a esta ley: leyes, ordenanzas, reglamentos de desarrollo. Luego hay reglas sobre cuándo los actos tienen efectos y caducan, sobre la repercusión, sobre los proyectos de leyes, sobre su elaboración y proclamación, y finalmente, directrices para la interpretación por el Consejo de Estado, una ley de exposición a los tribunales, etc.

En Polonia, un Proyecto de Ley sobre Legislación se ha debatido desde 1975. Cubre la elaboración, comparación, proclamación y control de Leyes, Decretos, Ordenanzas y reglamentos administrativos. El proyecto ha sido reiteradamente rechazado y luego reanudado; en la actualidad, está en curso un primer proyecto. La *Camera dei Deputati* en Roma ha previsto específicamente un Comité para el Control de los Actos Legislativos, *Comitato per la Legislazione*. La base legal de su trabajo es un reglamento parlamentario, no una ley formal.

Se establecen los objetivos de la legislación: «Los principios de justicia social y de igualdad ante la ley son los fundamentos los proyectos de actos normativos de la República de Polonia». Además, se listan los principios de Derecho constitucional, y la reserva y prioridad de la Ley. El artículo 12 del Proyecto contiene una regulación de necesidad: «Un Proyecto de Ley sólo puede ejecutarse si las previsiones legales actuales son insuficientes, y si hay razón para presumir que la nueva previsión logrará el efecto pretendido por la sociedad».

Una regulación fundamental debe estar implicada: «Un Proyecto de Ley debe particularmente llevarse a término si hay razones para presumir que la previsión será el método adecuado para tener un efecto jurídico sobre la vida de la sociedad por un período extenso. Además, debería regular tan exhaustivamente como sea posible, el entero ámbito de las tareas de cierto área de la vida de la sociedad».

Entonces, los principios están contenidos por la formulación de leyes:

- Sujeto jurídico.
- Derechos y obligaciones.
- Trivialidad.
- Definición.
- Participación en leyes.
- Principio y objetivos subsidiarios, etc.

Las cuestiones de la interrelación entre los actos jurídicos también están regulados; por ejemplo, el poder del procurador, la delegación, y la promulgación de reglamentos administrativos; también los principios de validez jurídica, repercusión y reglas de interpretación.

Finalmente, los pasos individuales del procedimiento de elaboración legal son regulados separadamente. Por ejemplo, las regla de proclamación son establecidas con muchos detalles en diecisiete del total de setenta y seis artículos.

#### TESIS DECIMOPRIMERA: EL ESTILO DE LA LEY

La *European Association of Legislation (EAL)* está financiando actualmente un proyecto para examinar la asunción de las Directivas de la Unión Europea en el Derecho nacional de los Estados miembros. El Derecho común era originalmente *case law*: Derecho judicial casuístico, con el desarrollo de *stare decisis* (jurisprudencia permanente) como precedente. Las leyes son más o menos esporádicas leyes de oportunidad; hay Derecho de segundo orden. Hay que interpretar consecuentemente las excepciones estrechamente y en detalle, de acuerdo con los estándares de interpretación oral.

En los países de Derecho civil, los estándares del Derecho romano prevalecen. Es un Derecho dogmático. Se enfatiza mucho la terminología, el principio de codificación proporciona el fundamento, una libertad relativa de interpretación prevalece con métodos hermenéuticos teleológicos y analogías.

El académico especializado en Legislación inglesa, Sir William Dale<sup>13</sup>, ha comparado el Derecho inglés y el británico. Señala:

- Las leyes inglesas son largas y oscuras.
- Hay frases y párrafos largos.
- Hay muchos detalles, pocos principios.
- El órgano legislativo pretende un acercamiento indirecto al objeto.
- Aplica el método de sustracción: «sujeto a ...», «siempre que ...».
- Hay una cierta cautela frente a la adopción de decisiones. El órgano legislativo actúa de modo centrífugo. Fluye desde la regulación central hacia la regulación por definición e interpretación. La Ley está caracterizada por una escasa preparación de materiales.
- Hubo demasiados catálogos y demasiado largos.
- Hay una prevalencia de citas.
- Muchas Leyes copian a las Directivas europeas (copiazo).

En el continente europeo, por contraste, hay:

- Una formulación clara del Derecho.
- Un método de regulación basado en principios.

<sup>13</sup> Nota al pie 11; cfr. también los 25 informes nacionales en ULRICH KARPEN (ed.), *Legislation in European Countries, European Association of Legislation (EAL)*, Publication No. 1, Baden-Baden, 1996.

- Un enfoque amplio, un pensamiento conceptual.
- Un concepto claro a primera vista de un término.

Visto país por país, Dale considera que el Derecho francés es claro en principio y explícito en la forma y la expresión. El Derecho se caracteriza por un desarrollo lógico, la economía de la expresión y la brevedad. Como dijo una vez Mitterrand, el francés quiere las cosas dichas y hechas claramente, sobre la base de un concepto comprensivo.

Las leyes suecas sobresalen por su lenguaje, que es fácilmente comprensible para un lego. Aparecen conceptos técnicos en los materiales y en el preámbulo, no en el texto de la Ley. En general, la «política de la Ley» es regulada en un lenguaje comprensible; se deja los detalles a los tribunales especiales en el campo social correspondiente, por ejemplo, tribunales laborales y sociales.

La Legislación alemana, de acuerdo con Dale, ubica los principios en primer lugar, y luego regula los detalles con gran precisión. Las Leyes son frecuentemente largas, pero sistemáticas. Sin embargo, frecuentemente contienen frases muy largas, llenas de cláusulas subordinadas. Las Leyes son muy elaboradas; con frecuencia, regulan asuntos que en Gran Bretaña estarían cubiertas por una ordenanza o una regulación administrativa.

En cuanto a la comparación de los estilos francés y alemán de legislación, puede ser útil una cita de Heinrich Heine. En Lutezia (1854), su colección satírica y caricaturesca de correspondencia extranjera, escribió «que la claridad y facilidad con la que el francés logra y maneja sus pensamientos surge de una árida parcialidad y una mecánica limitación que es mucho más desagradable que la condenada confusión y torpe exceso del periodista alemán». Dejemos a otros juzgar si esta máxima es aplicable y si ha sido transferida a la escritura jurídica. En cualquier caso, la legislación debería esforzarse poderosamente tanto en emular la claridad y facilidad francesas como también en evitar la condenada confusión y torpe exceso de las leyes alemanas.

Más allá de esto, hay una convergencia de estilos de legislación. En Gran Bretaña, es observable un desahogo de la rama legislativa por el poder judicial.

Está abierto a cuestión al menos, especialmente si uno ve las nuevas versiones de dos artículos de la Constitución [europea], si Alemania puede todavía alegar que persigue una clara construcción y una agudeza de concepto. El artículo 23, tras una breve declaración anticipando el acceso de los *Länder* germano-orientales a la República Federal, es ahora una profesión prolija de la pertenencia a la Unión Europea, mientras que el artículo 16, que tras decir simplemente que «los perseguidos tienen un derecho de asilo», ahora añade un párrafo entero de restricciones. En Suecia, también, la diferenciación entre lenguaje técnico y cotidiano es creciente. Los problemas de la energía nuclear y la protección medio-ambiental no han

dejado indemne al Derecho sueco. Para el desarrollo de la ciencia jurídica europea, la cuestión que tuvo que ser abordada por los nuevos *Länder* germano-orientales en sus legislaciones se enfrentará ahora a muchos nuevos países de la ampliación. ¿Qué procedimiento deberían elegir para la legislación?

1. ¿El procedimiento de «recepción» de las leyes de los antiguos Estados occidentales? Con respecto a la legislación del servicio civil, muchos de los nuevos Estados usaban esta forma de elaboración del Derecho.
2. ¿Debería uno «reinventar la rueda»? Algunos Estados han hecho así en su legislación medio-ambiental.
3. O, ¿debería proceder uno de acuerdo al «método de la cantera» (examinar la legislación de todos los Estados y seleccionar la mejor)? Este procedimiento fue elegido para la legislación universitaria del *Land* Mecklenburgo Pomerania Oeste.

En cuanto a la elaboración jurídica europea, hay varios procedimientos:

1. El principio del «mínimo común denominador». La directiva transitoria de cañerías de gas fue proyectada en 1990 de acuerdo con este método.
2. El método de «imitación esclava» de la legislación nacional. La Legislación para prevenir la competencia desleal usó este procedimiento.
3. El método «carga de caballería». La Directiva de responsabilidad por productos prescinde libremente de toda experiencia nacional.

#### TESIS DECIMOSEGUNDA: DEL PODER Y FALTA DE PODER DE LA RAMA LEGISLATIVA

La mejor Ley, perfecta en forma y contenido, aprobada de una manera ordenada, no es de ninguna utilidad si no es obedecida, pues entonces no se hace efectiva en absoluto. Por tanto, la cuestión de la aceptación de las previsiones y su examen (por decirlo en términos pasados de moda, el examen de la obediencia al Derecho) ha llevado crecientemente a primer plano a la doctrina sobre la legislación. Johannes von Kirchmann dijo una vez: «La Ciencia del Derecho tiene que ver, como cualquier otra ciencia, con un objeto que existe libre, autónoma e independientemente, en y de sí mismo. Ese objeto es la Ley, como vive entre el pueblo y es desarrollada por cada individuo en su ámbito»<sup>14</sup>. El Derecho debe en realidad ser Dere-

<sup>14</sup> Compruébese en JOHANNES W. PICHLER y KARIN J. GUSE, *Rechtsakzeptanz, Schriften zur Rechtspolitik (Aceptación del Derecho. Escritos de Política del Derecho)*, vol. 6, Viena, Colonia, 1993, p. 13.

cho vivido, Derecho en acción, en el sentido de conducta jurídica externamente perceptible por aquellos a los que se dirige. El Derecho en su dimensión social es un componente de la realidad objetiva. La cuantificación de esta realidad empírica es una de las tareas del comercio de encuestas.

La investigación en efecto no está tan interesada en por qué la gente obedece cuanto, más bien, en si lo hacen, cómo y con qué alcance lo hacen. Cumplen la Ley si en líneas generales hacen caso de las previsiones legales. No la observan si leemos reportajes sobre escándalos de corrupción, ocupaciones de edificios, bloqueos de rutas transitadas de desperdicios nucleares, desprecio de las Leyes de drogas, protesta violenta contra una nueva pista de aterrizaje en el Aeropuerto de Frankfurt, etc.

Las razones y motivos para el cumplimiento de la Ley (a micro-nivel) incluyen:

- Una actitud básica de legalidad.
- Un sentimiento fundamental y ética de legalidad.
- Una conciencia de fe en la Ley.
- Un sentimiento de seguridad de legalidad, un sentido de la justicia.
- Una conciencia y moralidad de legalidad.

Razones para la no observancia (predominantemente en el macro-nivel) incluyen:

- Problemas de legitimación.
- Problemas de los efectos externos.
- Problemas de internalización.
- Problemas de desarrollo.
- Problemas de comunicación.
- Eficiencia jurídica de los problemas.

Algunas reglas básicas para la valoración de la obediencia al Derecho deberían ser aprendidas de nuevo:

1. Una Ley sólo debe ser obedecida si es justa y garantiza la seguridad jurídica.
2. La imposibilidad de un examen comprensible del cuerpo de una Ley daña tanto a la Ley misma como a su obediencia.
3. Una «mecanización» de la rama legislativa daña la seguridad jurídica.
4. Las pruebas, los juegos de escenario, etc, prueban la aceptación anticipadamente.

Cada vez más, uno debe dejar un ojo puesto en la efectividad del Derecho, esto es, la exploración de su aceptación. A este fin, los informes son

necesarios no sólo desde los Ministerios de Justicia, sino sobre todo desde los tribunales y los abogados.

Alguna de la «falta de poder de la rama legislativa» debe ser aprendida de nuevo. La rama legislativa daña la efectividad jurídica misma, si deja de observar ciertas barreras importantes:

1. «El mercado no hace caso del Derecho». Los ejemplos son contrabando, sea whisky o cigarrillos contrabandeados. O trabajo a tiempo parcial y horas extraordinarias: un mercado barato invalida el Derecho caro. Otros ejemplos: las medidas criminales contra el trabajo fuera de los libros de contabilidad y contra las horas extraordinarias se acreditarán precisamente tan efectivas como lo fue la prohibición contra cocer y vender panecillos de desayuno los domingos por la mañana.
  2. «La moral social hace caso omiso del Derecho». Un ejemplo de eso es el artículo 218, la Ley del Aborto. Otro ejemplo es la circunstancia de que los crímenes contra la propiedad y los crímenes corporativos están en aumento, con la educación pública de las últimas décadas no siendo la menor de las razones para ello.
  3. El Derecho contra la naturaleza humana no puede ejecutarse. El socialismo fue un error social y económico. Ese es un argumento a favor de una Ley Natural humana. El ser humano siempre entusiasta, servicial, altruista, no existe. Un impuesto confiscador no será pagado. El ciudadano reacciona a los impuestos estrangulantes con lucha a muerte. Un ser humano no permitirá ser explotado. La legislación que promueve el bienestar demasiado cerca de los niveles salariales conduce a abuso del Estado de bienestar. El ser humano es perezoso por naturaleza.
6. LA REALIZACIÓN MODESTA: LAS POSIBILIDADES Y LÍMITES DE LOS ESTUDIOS SOBRE LA LEGISLACIÓN
1. La doctrina sobre la legislación es indispensable<sup>15</sup>. Será y debe ser regulada más. La idea de la «simple Ley» es un sueño. No hay ninguna «retirada». Una reducción de la multiplicidad de leyes y reformas, mejora de la calidad de la Ley y recuperación de la «distancia prescriptiva» llevará a una consolidación más fuerte del Estado constitucional. La investigación sobre la legislación puede contribuir a eso.
  2. El objetivo de los estudios sobre la legislación es la mejora de las leyes y su efecto. Este objetivo no se ha alcanzado todavía. Al

<sup>15</sup> ULRICH KARPEN, nota al pie 4, título primero, p. 32.

menos, la tecnología ha alcanzado un buen punto, y en la metodología, la síntesis del control previo ya existente de los proyectos de ley y la post-investigación científico-administrativa del efecto de las leyes anuncia un prometedor desarrollo ulterior orientado a la práctica de los estudios sobre la legislación.

3. Sin embargo, uno debe seguir siendo consciente del hecho de que los estudios sobre la legislación tienen necesariamente sus límites. La doctrina sobre la legislación no puede alcanzar una racionalidad completa; eso es imposible de acuerdo con la teoría de la ciencia. La política no puede ser abolida; ni todos los factores efectivos de las Leyes son predecibles; y el ser humano nunca observará un plan comprensible. Los estudios sobre la legislación *no deberían alcanzar* una racionalidad completa en cualquier caso: el control completo de los factores efectivos de la legislación, el diseño integrado y el control de la vida social por las Leyes significaría una restricción de la libertad y por tanto una totalidad inconstitucional del control gubernamental.
4. Sin embargo, una mejora de la legislación es posible a través de los estudios sobre la legislación. La producción de Leyes «absolutamente buenas y efectivas» no es posible, pero la aproximación al objetivo de «Leyes mejores, relativamente buenas» pueden en realidad justificarse y no es desesperada. Una doctrina sobre la legislación que también reflexiona precisamente sobre sus límites de hecho y prescriptivos es la tarea del futuro.

(Traducción del inglés de JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO\*).

---

\* Doctor Europeo en Derecho (UCM). Departamento de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid.