

Los límites de los legisladores en la Democracia constitucional

Una aproximación al estudio teórico de la legislación.

TESIS QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA: **FRANCISCO MARTÍNEZ CRUZ**

ASESOR: **DR. JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO**

CIUDAD DE MÉXICO
2014





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas

Tesis Digitales

Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

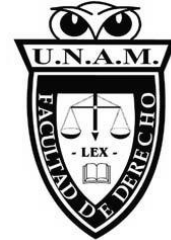
Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO



Los límites de los legisladores en la Democracia constitucional

Una aproximación al estudio teórico de la legislación

TESIS

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA

FRANCISCO MARTÍNEZ CRUZ

DIRECTOR DE TESIS:

DR. JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO

CIUDAD DE MÉXICO, 2014

*Esta tesis va dedicada con todo mi corazón
a María de Jesús y Francisco, mis padres;
y a Carito y Gerardo, mis hermanos.*



*A las y los asesores parlamentarios
que se esfuerzan todos los días
por hacer de lo irracional,
una actividad racional.*

AGRADECIMIENTOS

Todo lo que este trabajo significa para mí es inmensurable y lo que merece mi gratitud a causa de ello es infinito. Sea este momento en el cual concluye una etapa importantísima de mi vida, una parada para expresar mi reconocimiento a todas aquellas personas que han confiado en mí.

Agradezco a mis padres, María de Jesús y Francisco. Dos pilares de los más principales que me han sostenido, y quienes con amor me han dado a beber su propia vida. Por su dilecto sacrificio diario y empeño de su alma, por confiar indubitadamente en mí, por su ejemplo de amor, porque si algo valgo se debe a ellos. A ellos van mis mejores afectos y gratitudes.

A mis queridos hermanos, Carolina y Gerardo, por sus silencios cuando mi distraída mente así los requería para estudiar. Por sus risas, su apoyo y sus pleitos, porque al tiempo en que conservaban en el mundo su ley inalterable—según Heráclito—, en mí mantenían un estimulante equilibrio para no desistir ante ningún advenedizo obstáculo por muy amargas que fueren las circunstancias. Ellos saben, junto con mis padres, lo que es arrojarse a la vida en un mundo tan salvaje.

A la doctora Socorro Apreza Salgado, Directora del Seminario de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la UNAM, mi entrañable maestra y generosa amiga, una de las mujeres más admirables y ejemplares que he conocido por su preparación, entrega, desempeño profesional y calidez humana.

Gracias por confortarme y tenderme la mano y el corazón entero cuando así lo he necesitado. Por sus enseñanzas vitales y reconocimiento, por creer tanto en mí.

Al doctor Juan Antonio Cruz Parceró, investigador del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, reconocidísimo iusfilósofo, gran persona y quien aceptó dirigir esta tesis. Porque ha visto en mi trabajo luces que han confirmado para mis adentros, que no he errado mi camino y que puedo aportar algo a la filosofía jurídica. Agradezco su tiempo y su responsabilidad, todas las valiosísimas lecturas que me aproximaron con rigor teórico a los temas de mi interés, así como sus atinados comentarios y observaciones a la totalidad de esta investigación.

A la doctora Ma. Elena Mansilla y Mejía, Directora del Seminario de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la UNAM y muy distinguida maestra mía. Le agradezco el cúmulo de conocimientos que me transmitió en las aulas universitarias, la severidad en el estudio, el ejemplo de su temple y el respeto que siempre ha mostrado a mis ideas.

Al profesor Jaime Guadalupe Martínez Rivera, por haberme inculcado una ética de servicio.

A las maestras Aída Ostria Baltazar, Sara Morales Flores, y a la doctora Aurelia Vargas Valencia, Directora del Instituto de Investigaciones Filológicas. Gracias por su confianza y complicidad en mi gusto por la lengua latina (en especial agradezco a la profesora Aída por iniciarme en el fabuloso mundo de la filología clásica). Sus enseñanzas se extienden a lo largo y ancho de mi formación y se aprecian en todas las dimensiones de mi escritura.

Además de los ya mencionados, extendo mi gratitud a los profesores Miguel Alejandro Sánchez Hernández, Francisco Dorantes Díaz, José Dávalos Morales, Mauricio Humberto Mendoza Sánchez y Pedro Salazar Ugarte. Estoy en deuda con todos ellos porque en mi paso por la Universidad no se limitaron a transmitir sus conocimientos, sino que sembraron en mí el amor y la pasión por la investigación y el cuestionamiento constante del fascinante mundo del derecho, la filosofía jurídica y la teoría política; así como por la docencia universitaria de calidad humana que tanto requieren los abogados de hoy para ser fieles

servidores de la sociedad en un tiempo de represión, tedio, jerarquías, autoritarismos anquilosados y justas rebeldías. Por mantener viva la intención quijotesca de *desfacer entuertos y castigar agravios*.

Así también agradezco a los muy amables y brillantes doctores Adrián Rentería Díaz, Jorge Luis Fabra Zamora y René González de la Vega, por sus muy pertinentes comentarios, sugerencias bibliográficas, así como por allegarme material que desconocía y que fue de gran importancia para el desarrollo de esta investigación.

A mis sumamente queridas amigas y amigos Daniela García González, Hugo Galván Rodríguez, Thalía García Tejeda, Andrea Enríquez Marín, Mario Jiménez Flores, Nabila Delgado Jiménez, Armando Pedraza Niño, Nancy Pedraza, Carolina Hernández Nieto, Francisco Martínez Herrera, Fernando Guerrero Benítez , Jorge Chávez Abraján y Jorge Pérez. Sin su fidelidad, alegría, constancia, complicidad, paciencia, atención, apoyo incondicional, reconocimiento, respeto y cariño, la universidad no habría tenido mucho sentido. En palabras de Cicerón, si me subiera a los cielos y estudiase la naturaleza del mundo y la hermosura de los astros, o a la cima de los estudios y de la vida entera, no me sería dulce esa contemplación sin un amigo, sin ellos. En especial, agradezco a Daniela por nunca apartarse de mí, permanecer como gran piedra angular, compartir tantas vivencias, crecer y aprender a su lado; a Hugo, por su valiosa presencia, apoyo, aliento e incalculable cariño que con frecuencia me ha recordado lo que soy y lo que soy capaz de ser; a Thalía, por su ejemplo de lucha, madurez y fortaleza; a Andrea, por su comprensión, determinación y reconocimiento, así como por sus sumamente importantes consejos y observaciones a esta investigación; y a Nabila, por ser una gratísima amiga, por animarme y procurarme tanto, por las charlas en que hemos soñado con arreglar el mundo.

A Piero Mattei Gentili, a su lado entendí lo que significa la fortaleza del ánimo y la lealtad en situaciones que nos fueron inesperadamente adversas e injustas.

A Sergio Tapia Argüello y César Ramírez de la Torre, les debo sus consejos y sus importantes observaciones en la realización de esta tesis.

A *El Extranjero*, porque entre acaloradas discusiones y sinceras carcajadas, con el equipo editorial comencé a aprender una actividad que hoy me apasiona: escribir. Pero aún más, porque dentro de sus paredes virtuales, hice a grandes amigos de carne y hueso.

A la *Fundación Lorena Alejandra Gallardo*, I. de A. P., gracias a su apoyo tanto económico como humano, me fue posible terminar mis estudios y hacer más llevadera mi vida como estudiante. En particular, agradezco a su directora, Julianne Gallardo Thurlow, gran persona que me ha brindado su calidez y me ha recordado la vocación de ayudar a los demás sin esperar ninguna retribución a cambio.

A la Universidad Nacional Autónoma de México le quedo eternamente agradecido por las oportunidades, los estudios, los profesores y grandes amistades que me dio.

A la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, testigo, motivo y espacio de mis reflexiones; sin sus carencias no habría tenido motivación suficiente para la elaboración de este trabajo.

Al pueblo de México, pues desde que tengo uso de razón, a él debo toda mi preparación escolar. Para él espero que estas reflexiones resulten de alguna utilidad.

Ciudad de México, junio de 2014.



**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO**

OFICIO NO. SFD/28/VII/2014

ASUNTO: Aprobación de tesis

**DR. ISIDRO AVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA UNAM
P R E S E N T E**

Distinguido Señor Director:

Me permito informar que la tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, elaborada en este seminario por el pasante en Derecho, **Francisco Martínez Cruz**, con número de cuenta 305198293, bajo la dirección del Dr. Juan Antonio Cruz Parcero denominada **“Los límites de los legisladores en la democracia constitucional. Una aproximación al estudio teórico de la legislación”**, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con fundamento en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE
“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Ciudad Universitaria, D. F., a 28 de julio de 2014

**DRA. SOCORRO APREZA SALGADO
DIRECTORA**



SAS*

...Pero si el legislador no pertenece a una especie superior a la del hombre, ¿por qué desdeñaría motivar sus mandatos? Al hablar a unos seres racionales, estando sujeto él mismo al error, ¿no está obligado a convencer racionalmente a quienes deben obedecer y aprovecharse de sus luces?

L'Abbé de Mably, *De la législation ou principes des lois*, 1795.

ÍNDICE

ÍNDICE	I
PREÁMBULO	V
INTRODUCCIÓN	VIII
CAPÍTULO I. EL LEGISLADOR EN EL DESARROLLO DEL ESTADO MODERNO	1
1.1. Apuntes sobre la legislación en la Antigüedad y en el Medioevo en el mundo occidental.....	1
1.2. El Estado de derecho	10
1.3. El Estado liberal de derecho	12
1.4. El Estado constitucional	14
1.5. El Estado democrático-constitucional	20
1.5.1. El constitucionalismo contemporáneo	20
1.5.2. La democracia contemporánea. Democracia formal y democracia sustancial.....	22
1.5.3. La democracia constitucional.....	25
1.5.3.1. Igualdad de los miembros de la comunidad política asegurada mediante el sufragio universal	26
1.5.3.2. El reconocimiento y salvaguarda de algunos derechos sociales como derechos fundamentales de rasgo constitucional.....	28
1.5.3.3. La plena constitucionalización del ordenamiento jurídico que conlleva la existencia de mecanismos de control de constitucionalidad	30
1.6. Algunas conclusiones	32

CAPÍTULO II. EL LEGISLADOR DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL..... 35

2.1. El derecho de la democracia constitucional	36
2.2. El deterioro del derecho legislado	48
2.2.1. La tradicional caracterización de la ley	46
2.2.1.1 Características formales internas	48
2.2.1.2 Características formales externas	50
2.2.2. La crisis de la ley	51
2.2.3. ¿La crisis de la ley?	55
2.3. El deterioro de la representación política	58
2.3.1. Autogobierno y democracia representativa	59
2.3.2. El diseño institucional de la democracia moderna	64
2.3.3. La democracia constitucional, los órganos legislativos y la representación política	68
2.4. Conclusiones	70

CAPÍTULO III. LA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN Y LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL..... 74

3.1. La legitimidad de los legisladores	75
3.2. La necesidad de una Teoría de la legislación	78
3.3. La Teoría de la legislación y la Filosofía del derecho	82
3.4. Tres modelos de legisladores	86
3.4.1. El legislador racional.....	87
3.4.2. El legislador irracional.....	89
3.4.3. El legislador operativamente racional	91
3.5. Teorías de la legislación	91
3.5.1. La racionalidad legislativa.....	91
3.5.2. Los niveles de la racionalidad legislativa	97
3.5.3. Tipos de teorías	98
3.5.3.1. Teorías no normativas.....	99
3.5.3.2. Teorías normativas	100

3.6. Una Teoría de la legislación de la democracia constitucional 102

CONCLUSIONES	140
BIBLIOGRAFÍA	153

PREÁMBULO

Un día, de repente y como quien dice ‘ay’, me hallé trabajando en el mundo de la legislación y de los señores diputados; finalizaba el año 2011, también el séptimo semestre de la licenciatura. Con ello se daba por cumplido, sin querer, un augurio lanzado a modo de atajo, también sin querer, cuando concluía la preparatoria. Y es que preguntándome mis padres acerca de mis estudios futuros, por aquel tiempo les confirmé lo que desde mi infancia sabían: estudiaría derecho. Mas al inquirir en concreto la especialidad que cultivaría, por obvias razones evité decir que filosofía del derecho y para dejarlos tranquilos les contesté con certidumbre, pero con dudas en mis adentros, que derecho constitucional —ya desde entonces habían puesto en duda la trascendencia práctica de la filosofía—. No contentos con tales datos, preguntaron más, esta vez sobre el ámbito laboral. Ahí fue cuando me condené, porque para que ellos ahora me dejaran tranquilo, les dije que podría ser asesor de algún diputado. Sin haberme imaginado que así sucedería, de esa manera anuncié con prontitud exagerada lo que se convertiría en mi primer empleo.

Como quiera que hubiera sido, lo cierto es que entre los legisladores fui a dar —no como legislador, claro está—. Yo ya comenzaba a interesarme con mayor intensidad en la teoría jurídica y, al irme adentrando en el trabajo parlamentario, me llevé una gran sorpresa porque encontré poco práctico el conocimiento teórico que supuestamente había adquirido y que supuestamente me habría tenido que ayudar. ¿Cómo se suponía que un estudiante de derecho interesado en la filosofía jurídica se debía desempeñar como asesor

parlamentario? Los problemas principales que encontraba tenían que ver con el incomprensible e incomprendido dictamen legislativo, el cual adoptó la forma y el método que yo iba formulando sin preparación específica y previa para tal tarea. En contra de mi voluntad y de lo que consideraba racionalmente correcto, en diversas ocasiones mis respuestas jurídicas resultaban casi siempre superadas (¿?) por tornadizos, inexplicables, inconsistentes y por demás irracionales ‘argumentos políticos’, todos los cuales se orientaban por la misteriosa y triangulobermudesca brújula de ‘lo política o convenientemente correcto’.

Asimismo, verdaderamente me asombraban la ignorancia de la labor (y de su español, dicho sea de paso) y frivolidad con la que gran parte de los diputados y sus asesores se conducían. Su cargo era una escalada más en el ahora denostado y cínico *cursus onorum* (de *ὄνος*, que significa ‘asno’), en otro tiempo añorado y distinguido *cursus honorum* (de *honor*, que significa ‘cargo público’ y que implicaba una alta distinción ante la cual había que guardar un religioso respeto). El despilfarro neroniano y el poco interés en el cumplimiento de su deber, desalentaban mi creencia en que eso no era lo común, sino la patética y terminal agonía de un sistema político desvencijado y de una sociedad al límite y ajena a su gobierno. Con razón, pensaba, la mayoría de los filósofos helenos y latinos habían considerado la democracia como un gobierno que era *de armas tomar*.

Una opinión de esta naturaleza, *tout court*, me desincentivó en un primer momento de esforzarme por ir más allá de lo que estrictamente se me encomendaba. Es cierto que ante un objeto tan policéfalo y amorfo como es el ámbito legislativo era necesario —para hacer una labor más o menos decente— valirme tanto de lo que prácticamente iba aprendiendo como de lo que ya sabía con la finalidad de bosquejar algún método en mis actividades que fuera racionalmente aceptable, al menos para mí; también es cierto que cuando podía, no dejaba de oponerme a aspectos que consideraba incorrectos conforme a lo que conocía. Y puesto que mi mirada había quedado capturada por el entonces expansivo y electrizante concepto de los derechos fundamentales, así como por la fascinante teoría política, había visto mi empleo como un paso más en mi desarrollo profesional, al igual que aquellos señores con quienes trabajaba. Por lo

demás, la literatura jurídica especializada en lo legislativo que encontré era realmente insuficiente para lo que yo requería. En pocas palabras, no encontraba incentivos y menos aún resultaba de mi agrado un ambiente pletórico de oropeles, retóricas, apariencias y pedanterías.

Este *modus operandi*, sin embargo, no dejaba de ser inconsecuente. Por un lado pensaba y estudiaba en una dimensión ideal y, por el otro, tenía que tolerar el medio asumiendo mi papel de asesor en la tragicomedia legislativa. Así fue que la bipolaridad en que me mantenía no tuvo más que enfrentarme conmigo mismo, con lo cual me di cuenta que era posible hacer de la legislación un trabajo con mayor seriedad. Por interpelación de mi conciencia y en parte también a que he continuado desempeñándome en tales tareas, pronto tuve que mudar mi opinión y así comencé a tratar de entender y explicar en términos más certeros y claros, la actividad de los legisladores. No me parecía posible que la legislación fuera una actividad donde la filosofía jurídica no tuviera nada que decir. Pero esta determinación quedó fija una vez que entendí la legislación como un cúmulo de elementos que desde hacía tiempo me interesaban. En efecto, mientras leía acerca de los derechos fundamentales, la cuestión que en todo momento me parecía interesante era cómo surgían y se configuraban tales derechos. El proceso, sin duda, tenía lugar en un puente político entre dos dimensiones, la social y la jurídica. Ese puente constituía una verdadera encrucijada porque ni era completamente explicado en términos jurídicos ni menos aún en términos políticos o sociológicos, sino que era una combinación de todos ellos y de muchos más. Este puente era sobre el cual trabajaba y respecto del cual tenía que hacer algo.

Y al pensar en estos asuntos, comprometí a la legislación como tema de este trabajo de investigación, al cual he dedicado más de un año. El trabajo presentado es tan solo un preludio; la legislación es un ámbito que ha sido muy poco examinado. Espero testarudamente que este estudio dirigido principalmente a las y los legisladores y a sus asesores, sirva para hacerles tomar consciencia de su deber, no obstante que la realidad con paciencia me señale que «predicar en estas tierras..., es como hacer cruces en el agua», según hace decir Reinaldo Arenas al intrépido fray Servando Teresa de Mier (El mundo alucinante, 1966).

INTRODUCCIÓN

I

Los órganos legislativos se han ganado, a pulso, una de las peores reputaciones entre las instituciones que integran los gobiernos de las democracias modernas. No es exageración decir que en nuestro tiempo, tales órganos atraviesan por una severa crisis, como todo. En nuestro país, desafortunado ejemplo, los indicadores de tan mala fama lo constituyen leyes que constantemente son elaboradas ‘al vapor’, sin técnica legislativa, violadoras de derechos, emitidas al margen de los procedimientos parlamentarios, y votadas sin que anteceda un debate que las enriquezca. Ni hablar de la corrupción y el despilfarro. Más aún, los grupos de cabildeo y los asesores parlamentarios que en los hechos redactan la ley, al no ser responsables por sus creaciones y sin tener la preparación adecuada, son capaces de hacer cualquier cosa que los legisladores les encarguen o que les encomienden entidades privadas. Porque aquí, en México, se pagan fortunas por cometer ruindades.

Sin apelar a la imaginación de la o el lector, para ilustrar lo anterior piénsese en la serie de reformas a la Constitución mexicana realizadas en el año 2013, en particular las que tienen que ver con la materia energética. Originadas por un ilegítimo sustituto de la Carta Magna, *alias* ‘Pacto por México’, las reformas se llevaron a cabo con una celeridad asombrosa y sin observar absolutamente los procedimientos exigidos tanto por la Constitución como por las leyes y reglamentos internos. Por ejemplo, la minuta enviada por el Senado a la Cámara de Diputados ni siquiera fue turnada a las comisiones competentes para su dictamen a pesar de que así lo ordenan los artículos 66, 67 y 68 del Reglamento

de la Cámara de Diputados; y sin mayor reparo, fue sometida a discusión ante el pleno.

Tampoco se quiso entender la finalidad del debate parlamentario ni hubo intención de analizar las propuestas de las minorías. El Congreso de la Unión y los de los estados, dieron muestra de que eran completas máquinas irracionales que lisa y llanamente daban resultados por tener una aplastante mayoría muy presta y subyugada. Cinco días habían sido suficientes para el Congreso y tan solo tres días para que diecisiete legislaturas locales hubiesen analizado, discutido y aprobado semejantes cambios constitucionales. La premura, la falta de apego a las normas jurídicas procedimentales y la ausencia de debate público¹, son factores que, respecto de reformas de este calado, hacen pensar indubitadamente en la falta de prudencia y el exiguo análisis, estudio y comprensión que prestaron los legisladores². Asimismo, generan una presunción de ilegalidad y un absoluto parecer entre la población acerca de la ilegitimidad de las reformas. Los legisladores mexicanos, al parecer, no entendían que con tal desempeño se granjeaban una terrible fama y una pésima idea ante la opinión pública.

Por si fuera poco, ante el terrible comportamiento de los órganos legislativos, los órganos jurisdiccionales han emergido como efectivas instituciones para defender a las personas de los excesos de cualquier ejercicio del poder. De modo que, al juzgar, van haciendo lo que los legisladores no pudieron o no

¹ Naturalmente hubieron honrosas y raras excepciones, como el senador panista Javier Corral, quien en una muy razonada intervención en la discusión del 10 de diciembre, trató de apelar a la desconocida dignidad de la institución donde se desempeña, al argumentar su rechazo de la reforma del siguiente modo: «La suma de mis prevenciones tiene un solo nombre: prudencia, que según la tradición tomista es la virtud política por excelencia. Por eso vuelvo a pedir, a los integrantes del Senado, que nos liberemos del marcador presidencial y le demos a nuestros trabajos legislativos el tiempo y la dignidad necesarios para acompasar la comunicación con la sociedad... No cometan el error de tratar de atajar con manipulaciones, amenazas, chantajes o intolerancias, las visiones diferentes. No den pie a los radicalismos que se vuelven violencia cuando el Estado toma decisiones a espaldas de la Nación».

² Otro ejemplo, bastante picaresco por no decir cínico, es narrado por Sabina Berman. Según la periodista, el senador Gamboa Patrón, coordinador de la bancada del Partido Revolucionario Institucional, destacó por su notable sinceridad: «—Sincerémonos —dijo—. El texto de la reforma nos llegó 24 horas antes de la votación. Algunos legisladores acabaron de leerla en sus camas, mientras otros encontraron en sus camas cosas de mayor interés qué hacer. Así que una mayoría eligió votar en un acto de fe en el Presidente. Un acto de fe sólo equiparable al del mismo Presidente en sus asesores, los redactores de la reforma». “El Congreso se independiza del pueblo”, en *Proceso*, 10 de enero de 2014, <http://www.proceso.com.mx/?p=362019>

quisieron. Por ser supuestamente más racionales y sensatos, los juristas han volteado hacia los jueces y han visto en su actividad la manera de hacer que el derecho sea realmente una herramienta de justicia. De ahí que los estudios jurídicos se hayan enfocado en la operación del derecho positivo, ya hecho e impuesto y que en cierta medida, se deba también a eso que los juristas hayan descuidado todo el proceso antecedente que corresponde a la legislación. Como si se pudiera construir algo racional a partir de algo que a todas luces es irracional.

Pero si tan mal se encuentra el órgano legislativo, ¿por qué lo seguimos tolerando? Y si tan bien nos está yendo con los jueces ¿por qué no les procuramos mayor poder? Pues porque detrás de todo esto se encuentran ideas sumamente importantes que imposibilitan una medida tan tajante y que pareciera ser tan fácil. Esas ideas que nos obligan a pensar otra solución se engloban bajo el concepto de la *democracia constitucional equilibrada*.

II

¿Qué es la democracia constitucional equilibrada? A partir del término de la Segunda Guerra Mundial, el esquema de organización adoptado por los Estados paulatinamente, ha sido el que en la actualidad diversos teóricos denominan *democracia constitucional*³. Esta denominación, en sí misma, es muy compleja porque contiene dos conceptos fundamentales con gran trayectoria dentro de la teoría política, a saber, la democracia y el constitucionalismo. A causa de sus múltiples matices, conjugan un vasto espectro de versiones. Según sea el concepto hacia el que se inclinen, unas versiones pueden favorecer ya sea la existencia y respeto de límites infranqueables para las decisiones mayoritarias —tal y como lo sugiere el constitucionalismo— o bien, pueden preferir la decisión mayoritaria incluso acerca de los bienes más valiosos como los derechos fundamentales —uno de los rasgos que frecuentemente caracteriza a la

³ Así la llaman, por citar algunos autores, Luigi Ferrajoli y Pedro Salazar. Remito a la o el lector a la bibliografía citada de ambos autores que viene al final de este trabajo. Cabe aclarar que es el libro de Salazar intitulado “La democracia constitucional: Una radiografía teórica”, el cual tomo como punto de partida para analizar dicho tema.

democracia—. Por ello, una configuración estatal de la democracia constitucional puede oscilar, *grosso modo*, entre dos polos: asignar mayores facultades o a los órganos jurisdiccionales o a los órganos legislativos.

Tanto en la teoría como en la práctica, el modelo imperante ha favorecido la institucionalización de tribunales constitucionales, el control de las leyes y, de manera particular, una muy marcada atención de los estudios jurídicos en la labor judicial; con toda certeza, este resultado ha derivado del auge de los derechos humanos, la consecuente exigencia de su protección y el deplorable trabajo que al respecto han realizado los representantes popularmente electos. El interés en estos elementos ha sido relevante para las teorías englobadas bajo el epíteto del «neoconstitucionalismo» y, en consecuencia, esas teorías han tenido un poderoso influjo al tiempo en que han relegado a un segundo plano la importancia de los legisladores, en otra época señores del derecho, ahora limitados por las restricciones constitucionales y el control judicial de su principal producto, que es la ley.

Aunque en la práctica así suceda, no me parece que así deba ser; pero tampoco me parecería que se deba tratar de alcanzar el extremo otra vez, como en los viejos Estados legislativos europeos. Una opción más o menos equidistante de la democracia y el constitucionalismo tiene que moderar sus extremos y ser entendida como una *democracia constitucional equilibrada* (un concepto empleado por Pedro Salazar y que uso no sin importantes diferencias⁴). Si en este entramado teórico específico legisladores y jueces se encuentran en cierta paridad, y de algún modo difiere del pasado y de aquel donde se han encumbrado los jueces, ¿tiene este modelo algún impacto en el entendimiento de la institución legislativa? Si esto es así, entonces ¿cuál es el rol que en tales estados ahora corresponde a los órganos legislativos?

El problema puede ser planteado de la siguiente manera. Los legisladores, cuentan con la legitimidad democrática de origen, y los jueces constitucionales, al no contar con esta o ser de segundo grado (no son electos por el pueblo pero sí

⁴ Cfr. SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional: Una radiografía teórica*, México, FCE, 2011, p. 181.

por un órgano que cuenta con legitimidad democrática de origen), adquieren su legitimidad a partir de las funciones que desempeñan. A grandes rasgos, las decisiones de los legisladores son válidas, en principio, porque deciden representando al pueblo que los eligió. Pero las decisiones de los jueces son válidas porque respetan las reglas que el legislador determinó y porque, para subsanar su falta de legitimidad de origen, se formulan racionalmente. Esta particular forma de decidir de los jueces ha hecho posible que sean ellos quienes declaren la invalidez de las leyes, no las apliquen por ser inválidas o incluso obliguen al legislador a que legisle sobre determinada materia.

Que los jueces estén en posición de hacer todo esto, parece que ha provocado que los legisladores actúen sin responsabilidad para garantizar la validez material de sus actos. La 'legitimidad de origen', es decir, que hayan sido electos directamente por el pueblo, no parece ser en los hechos una causa lo suficientemente fuerte para que a partir de ese dato los legisladores realicen acciones sustancialmente legitimadas *ipso facto*, es decir, acciones que sean congruentes con las normas constitucionales. Así tenemos que los legisladores gozan de legitimidad de origen y los jueces no; pero mientras que los legisladores no gozan de legitimidad en su actuar, los jueces sí la tienen (o por lo menos procuran tenerla).

Esta relación me parece que no es congruente con la democracia constitucional equilibrada porque tal diseño no puede aceptar que a los legisladores les baste con la simple legitimidad de origen, sino que su importancia requiere que también cuenten con legitimidad en su labor. ¿De qué manera sería posible proporcionar a los legisladores este tipo de legitimidad?

A lo largo del trabajo sostendré que en efecto, esa versión de la democracia constitucional reestructura, en primer lugar, la manera tradicional en que el derecho ha sido elaborado y entendido, y ello, influye notablemente en el entendimiento del órgano legislativo y su manera de actuar. Dado lo anterior, del modelo normativo de la democracia constitucional se desprenden lineamientos que deben ser observados por los legisladores, todo lo cual habrá de requerir para materializarse, de un especial interés por parte de los estudios jurídicos, muy en particular desde

la Teoría y la Filosofía del derecho. Dada una democracia constitucional equilibrada, se requiere que la actividad legislativa sea una actividad racional para lo cual se precisan de herramientas que suministre una particular teoría de la legislación y que permita proporcionar mayor legitimidad sustancial.

III

La preocupación que en el ámbito de la filosofía jurídica ha tenido el tema de la legislación no ha sido constante y desde los siglos XVIII-XIX, el interés ha resurgido de nuevo hacia fines de la centuria pasada. Su desarrollo, en Hispanoamérica, ha sido muy precario; en México, casi nulo. Si se realiza una investigación de los materiales disponibles al respecto se verá que son escasos, pese a encontrarnos desde hace tiempo, ante democracias constitucionales. Aun cuando desde las últimas décadas han surgido estudios sobre la Teoría de la legislación principalmente en Europa y en los países anglosajones (con autores como Manuel Atienza, Luc Wintgens, Jeremy Waldron o Richard Ekins), la discusión que al respecto se ha llevado a cabo en América Latina y particularmente en México, ha sido poca o más bien nula (no se pueden dejar desapercibidos los estudios realizados por Cecilia Mora Donatto). Entre las tesis de licenciatura de la Facultad de Derecho de la UNAM, por lo demás, no se cuentan con trabajos relativos a dicho tema. Así, la presente investigación pretende ofrecer, desde los estudios jurídicos, alguna aproximación teórica a la legislación.

Muy probablemente el hecho de que los juristas hayan descuidado el estudio de la legislación sea una totalmente intencionada decisión de no perder el tiempo con quienes al parecer no tienen remedio. Pero desde mi perspectiva, el problema latente de la crisis de los legisladores y el desinterés tanto de estos como de los estudiosos del derecho, inciden de manera negativa en el funcionamiento institucional por el cual se materializa la *democracia constitucional equilibrada*.

Si por un lado se abona en el desprestigio de la institución legislativa, entonces por el otro se incrementa la legitimación de la actividad de los jueces, los cuales terminan por hacer, justificar y dar a entender, lo que el legislador no pudo o no quiso. Qué legislar, cómo hacerlo, para qué y dentro de qué marco normativo es preciso hacerlo, son preguntas cuyas respuestas los estudios jurídicos han dejado en manos de la política. Si bien la política no puede ser extirpada de lo legislativo, la democracia constitucional equilibrada determina que los legisladores deban estar sujetos a un determinado marco de actuación conforme al cual se evalúe su desempeño, si es que se pretende que los órganos legislativos sigan teniendo relevancia constitucional.

Nótese, entonces, que esta investigación es relevante en la medida en que me hago cargo de un tópico que en la literatura jurídica no ha sido estudiado con gran asiduidad. Si los elementos de las democracias constitucionales han propiciado un gran desarrollo en torno a la actividad de los jueces como garantes de la constitucionalidad y se han preocupado por idear herramientas que les permitan cumplir con tal función, como contraparte, el estudio de la legislación ha quedado sin ser igualmente analizado no obstante que también la democracia constitucional exige el mismo interés en dicha actividad.

El impacto que originaría lo anterior sería de lo más diverso y fructífero. En primer lugar, se podrían sentar algunos elementos a considerar como parte de una teoría de la legislación preocupada no solo por cuestiones técnicas relativas a la redacción, sistematización y eficacia de las leyes, sino también por cuestiones de contenidos referidas a qué legislar. En segundo lugar, permitiría también aproximar algunas consideraciones relativas a la argumentación legislativa, los procedimientos parlamentarios o la deontología legislativa. En tercer lugar, se podría incluso pensar en nuevos esquemas de organización de los Estados al sugerir un papel mucho más responsable de los órganos legislativos en la configuración del Derecho y, por ello, una colaboración o diálogo institucional mucho más sustancial con los órganos jurisdiccionales o administrativos.

En la presente investigación mi objetivo consiste en analizar la importancia de la legislación y la manera racional de producirla dentro del esquema teórico de la democracia constitucional equilibrada. Por legislación me referiré a la actividad principal de los órganos colegiados y electos popularmente que consiste en la creación de normas de manera deliberada; por lo que dejaré a un lado todas las demás funciones que les son atribuidas a los parlamentos⁵. Asimismo, únicamente me referiré a los órganos legislativos constituidos y no constituyentes, aunque no por ello dejaré de hacer algunas consideraciones cuando así lo amerite. También, aunque constantemente haré referencia a la situación nacional, este trabajo es aplicable, guardando las proporciones, a todo Estado que haga suyos los postulados de la democracia constitucional equilibrada.

Las teorías que se emplearán a lo largo de la investigación serán, en primer lugar, las teorías de la democracia moderna, del liberalismo político y del constitucionalismo —tanto clásico (*i.e.*, la que surgió a partir de las Revoluciones francesa y norteamericana durante el siglo XVIII) como contemporáneo (desarrollada a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial)—, puesto que proporcionan los argumentos para explicar, comprender y, en su caso, criticar los fundamentos de toda concepción de la democracia constitucional.

El modelo teórico de la democracia constitucional equilibrada será caracterizado fundamentalmente con ciertas ideas desarrolladas a partir de la primera mitad del siglo XX, y en particular partiré de los planteamientos de Pedro

⁵ Las y los estudiosos del Derecho parlamentario no se han puesto de acuerdo (como es costumbre dentro de las ciencias sociales) en cuáles son las funciones que cumplen los órganos legislativos. Diré tan solo que aquí centraré mi atención principalmente en la función de creación normativa, y no trataré otras como la función presupuestaria, de control del gobierno, de oposición al gobierno, jurisdiccional o administrativa, por mencionar algunas. Las distintas clasificaciones de los tipos de funciones parlamentarias analizadas a partir de las normas parlamentarias del órgano legislativo mexicano pueden encontrarse en las siguientes publicaciones: ESCOBEDO, Juan Francisco, “Introducción al estudio del derecho parlamentario local”, en NAVA GOMAR, Salvador O. (coord.), *Manual de Técnica Legislativa*, México, ANOMAC- Konrad Adenauer Stiftung-Universidad Anáhuac del Sur, D&P Consultores S.C., The State University of New York-USAID, s.f., Tomo II, pp. 12-28; PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía, *El Congreso General Mexicano. Análisis sobre su evolución y funcionamiento* México, Porrúa, 2003, 269-308; FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Poder Legislativo*, 3ª ed., México, Porrúa, 2010, pp. 201-202; y ERAÑA SÁNCHEZ, Miguel, *Derecho parlamentario orgánico*, México, Porrúa, 2013, pp. 195-210.

Salazar Ugarte. Según este autor, los elementos que caracterizan a una democracia constitucional son los siguientes: a) la igualdad de los miembros de la comunidad política asegurada mediante el sufragio universal; b) el reconocimiento y salvaguarda de algunos derechos sociales como derechos fundamentales de rasgo constitucional; y c) la plena constitucionalización del ordenamiento jurídico que conlleva la existencia de mecanismos de control de constitucionalidad⁶.

Para exponer la manera en que se ha explicado el fenómeno jurídico aparejado al desarrollo de las democracias constitucionales, emplearé las teorías neoconstitucionalistas (bajo las que se engloban los planteamientos de Ronald Dworkin o Gustavo Zagrebelsky) y la garantista (de Luigi Ferrajoli). Asimismo, para analizar la crisis del legislador como un conjunto de problemas que deben atenderse, usaré el positivismo ético de Francisco Laporta y los argumentos acerca de la crisis de la representación política que ha formulado Roberto Gargarella.

Lo anterior me permitirá plantear un esquema que conjunte, por un lado, un modelo normativo (la democracia constitucional equilibrada) y, por el otro, una serie de problemas que deben atenderse. A partir del modelo normativo se determinará la necesidad de señalar límites a la legislación que permitan hacer de esta una actividad coherente con dicho modelo. Para construir dicha idea atenderé a los planteamientos de Peter Häberle y Manuel Medina Guerrero, contenidos en las obras que de dichos autores se citan en la Bibliografía.

Por último, para señalar la importancia de los estudios jurídicos acerca de la legislación, me valdré principalmente de los planteamientos y propuestas de Jeremy Waldron, y de los estudios sobre Teoría de la legislación de Manuel Atienza, Juan Antonio García Amado y de Luc J. Wintgens.

V

Esta investigación está estructurada de la siguiente forma. En el Capítulo I, luego de realizar algunas notas acerca de la legislación en la Antigüedad y en la Edad

⁶ Cfr. SALAZAR UGARTE, Pedro, *op. cit.*, p. 181.

Media, hago un recuento del desarrollo teórico del Estado moderno para señalar el lugar que en tal proceso le corresponde a los órganos legislativos. De esta forma, parto desde la conceptualización del Estado de derecho pasando por sus especies: el Estado liberal, el Estado constitucional y así llego al Estado democrático constitucional. Dentro de este último, señalo una subespecie, que es la democracia constitucional equilibrada, la cual, en virtud de sus postulados, considero el tipo ideal más acabado y complejo del Estado de derecho.

En el Capítulo II me detengo a analizar la crisis por la que atraviesa el órgano legislativo ante el modelo teórico de la democracia constitucional equilibrada. Por ello, primero analizo la manera en cómo se forma el Derecho propio de este nuevo esquema de organización política, porque de esta manera se podrá comprender cómo ahora interviene el órgano legislativo con el ejercicio de la soberanía popular. Enseguida, indago acerca del lugar que ocupa dentro del Derecho el producto por excelencia de los legisladores que es la ley, y respecto del cual desde principios del siglo pasado ya se había indicado que se encontraba en crisis. Por último, en este apartado me referiré a la crisis en la representación popular de los legisladores.

Señalado el modelo normativo donde deben situarse los órganos legislativos y las circunstancias sociales y políticas a las que deben enfrentarse, en el Capítulo III me detengo a analizar el tipo de estudios que desde lo jurídico cabe producir al respecto. Así, en este apartado hago un estudio de la Teoría de la legislación o Legisprudencia y brindo un panorama para una mejor comprensión de la misma dentro de la filosofía jurídica. Para lograr lo anterior, señalo primeramente, por qué la Teoría de la legislación es parte de los estudios jurídicos y en particular de la Filosofía jurídica; en segundo lugar, hago referencia a ciertos elementos para considerar una Teoría de la legislación acorde con la democracia constitucional; y en tercer lugar, indico alguna propuesta de Teoría de la legislación que me sea útil para la formulación del capítulo final.

Por último, en el Capítulo IV señalo que a partir del modelo teórico de la democracia constitucional, en tanto que se trata de un modelo normativo, se pueden desprender diversos lineamientos genéricos y específicos relativos tanto a

la conformación y funcionamiento de las instituciones del Estado como al modo de operar de estas. Los lineamientos referidos al modo de operar de las instituciones, en específico los órganos legislativos, son aquellos criterios que se pueden deducir de tal modelo normativo y a partir de los cuales se dota de contenido a una teoría de la legislación. Así, en este apartado me propongo determinar esos criterios que las legislaturas no pueden dejar de considerar al encontrarse dentro de una democracia constitucional, todos los cuales bosquejan un marco de actuación racional de los legisladores. Esos criterios son los que denominaré 'límites de los legisladores'.

VI

Para concluir esta introducción, debo mencionar que esta tesis tuvo su origen en las ideas que inicialmente expuse en el II Congreso Internacional de Filosofía del Derecho celebrado en la Facultad de Derecho de la UNAM el 11 de febrero de 2013. La ponencia en ese entonces la intitulé «La emergencia de la democracia constitucional y sus consecuencias en la formación del derecho: necesidad de una legisprudencia». Aunque la idea central ha permanecido, luego de un año de estudio he replanteado, corregido y profundizado en temas y perspectivas que en ese momento no había considerado o respecto de los cuales no tenía conocimiento alguno. Los resultados de esas reflexiones que de ninguna manera aún son definitivamente concluyentes, se ordenan en la investigación que viene en las siguientes páginas.

No espero que la Teoría de la legislación sea el gran remedio que venga a solucionar los problemas que hoy acosan a la institución legislativa, pero sí espero que contribuya a paliarlos en la medida de sus posibilidades. Muy modestamente, espero que en algo tan específico como lo es la racionalidad legislativa, contribuya esta investigación.

Como casi todos los grandes desafíos de las sociedades y de los gobiernos y más cuando de controlar el poder se trata, ninguna dificultad trascendente es vencida por el simple estudio de alguna disciplina. Cuando los problemas rebasan

las fronteras de los estudios y sus garras se aferran en la maraña tan compleja de la cultura de una sociedad concreta, no bastan las letras ni las reflexiones. Una vez más se confirma que la democracia y los derechos humanos requieren, para su defensa y desarrollo, de una sociedad civil mayor de edad que complete el sistema jurídico al exigir al legislador lo que tanta falta le hace: responsabilidad y racionalidad.

CAPÍTULO I

EL LEGISLADOR EN EL DESARROLLO DEL ESTADO MODERNO

1.1. Apuntes sobre la legislación en la Antigüedad y en el Medioevo en el mundo occidental

El derecho legislado, *i.e.* aquellas normas elaboradas deliberadamente e impuestas por órganos colegiados, es una invención bastante antigua, pero las características que lo han distinguido dentro del transcurso del Estado moderno han hecho que su estudio e interés en el proceso que lo produce, hayan carecido de una continuidad. En la Antigüedad y durante la Edad Media se pueden encontrar órganos con funciones muy parecidas a las actuales legislaturas o parlamentos; incluso, también es posible localizar reflexiones bastante elaboradas sobre la figura del legislador, la función de elaborar las leyes o las características que estas deben contener para cumplir con ciertos criterios de justicia. No obstante, todo ello tuvo un desarrollo de ninguna manera constante y si se compara esa antigua legislación con la que tiene lugar en los Estados modernos se advertirán diferencias relevantes para situar en estos últimos el punto de partida de esta investigación.

En efecto, si se observa con cuidado, tanto los órganos que pueden ser identificados como antecedentes de las legislaturas, como los estudios que al respecto fueron elaborados, convergen en lo siguiente: en que se trata de estudios que hoy podríamos situar en la filosofía política acerca de una de las características que tiene un 'soberano' encarnado en una persona o un grupo de personas enmarcado por un contexto religioso y apegado a la costumbre; no se trata, por el contrario, de estudios en particular de un órgano diferenciado encargado de hacer leyes en un contexto secularizado y laico⁷.

Creo que es posible afirmar que el 'soberano' de aquellas reflexiones, por decirlo en términos muy generales, disponía una ley que debía coincidir con la ley natural (o la tradición) conforme a la cual el mundo entero estaba ordenado y que permanecía inmanente al desarrollo de la vida misma. Al legislador de esos tiempos no le estaba asignada una tarea creativa o deliberada, sino más bien de descubrimiento del derecho que era y de su conservación libre de corrupciones⁸. En este orden de ideas, al soberano le correspondía descubrir ese orden natural, respetar incluso la tradición de los antiguos y establecer las leyes que con ello armonizaran, por lo que la ley 'impuesta', i.e. 'positiva', manifestaría el grado de su justicia en la medida en que se adecuara con lo anterior. Ese derecho inmanente constituía un *marco legitimador superior* indisponible e indispensable.

Sin pretender ser exhaustivo, hay varias muestras que pueden probar estas afirmaciones por lo menos en el desarrollo de Occidente. Acerca de las polis griegas del periodo clásico, por ejemplo, Robin Osborne opina que «la vida cotidiana de las ciudades-estado estaba basada tanto en los cultos religiosos

⁷ En ese mismo sentido, señala Virgilio Zapatero que, antes de la Ilustración, a pesar de encontrar una impresionante literatura que se ocupó sobre el problema de mejorar las leyes como *Las Leyes* de Platón, la *Política* de Aristóteles o la *Suma Teológica* de Santo Tomás, se trató de “una literatura para otro universo cultural, para otro contexto diferente del nuestro. Faltaban, cuando menos, algunos elementos esenciales y propios de la modernidad sin los cuales es difícil que surgiera un arte de legislar: el Estado legislador, la crisis de certeza que se produjo a finales del XVII y la expansión del racionalismo a la política. Y estas condiciones no se dieron plenamente sino hasta bien entrado el siglo XVIII”. ZAPATERO, Virgilio, “El Club de los Nomófilos”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 3, enero-abril de 1998, pp. 62 y 63.

⁸ Cfr. HAYEK, F. A., *Law, legislation and liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, vol. 1, Londres, Routledge, 1998, p. 81.

como en las instituciones políticas como la Asamblea y el Consejo»⁹. Este dueto inseparable, religión-política, traía como consecuencia que las normas que se impusieran para regular la vida tuviesen, de cierto modo, raíces en la religión.

Por estos motivos, en la literatura helénica que nos ha llegado, constantemente se observan decisiones políticas y leyes en las que de alguna manera la apelación a la divinidad tuvo injerencia. De esta manera, es emblemática la tragedia de Sófocles, «Antígona», donde la protagonista, a pesar de tenerlo prohibido, brinda las honras fúnebres al cuerpo de su hermano porque así se lo ordenaba un deber religioso. Asimismo, según una de las versiones que Herodoto cuenta, Licurgo dio leyes a los lacedemonios porque «habiendo ido hasta Delfos para el oráculo,... algunos afirman que... la Pythia le indicó la organización actualmente establecida para los espartanos»¹⁰.

La excepción a lo mencionado en el mundo clásico griego, parece ser Atenas. Esta polis, como es sabido, se hizo famosa, entre otras razones, a causa de su gobierno democrático por el cual, a decir de F. A. Hayek, se desarrolló por primera vez la concepción de que el derecho, o al menos cierta clase del mismo, era el producto de la voluntad humana deliberada¹¹. Esto de inmediato propició el enfrentamiento de la soberanía de su pueblo con la tradición de su derecho, pero al mismo tiempo la llevó también a enfrentarse con las dificultades en la producción jurídica que tal gobierno traía consigo tales como la inconsistencia de las leyes entre sí y la proliferación legislativa¹². Así las cosas, Atenas se vio ante la

⁹ OSBORNE, Robin, *Classical Greece: 500-323 BC*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 74.

¹⁰ HERODOTO, *Historias I*, trad. de Arturo Ramírez Trejo, 3ª ed., México, UNAM, 2008, (Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana), I, 65.

¹¹ Cfr., HAYEK, F. A., *op. cit.*, p. 82

¹² En el siglo V a.C., a causa de las reformas de Efialtes en 462, la Asamblea tuvo más poder para legislar con lo que el sentido de prioridad de la ley pronto se entendió como la prioridad del pueblo en la Asamblea para imponer la ley. El resultado fue la desmesura en la producción legislativa y la confusión respecto de cuál era el derecho vigente pues las leyes que lo contenían se encontraban dispersas. Por ello, en 410, a propuesta de Tisámeno, la Asamblea decidió compilar las leyes en un solo código y, llevando a cabo esta tarea, los encargados denominados *ἀνα-γραφείς* (*anagrapheis*), se dieron cuenta de la oscuridad e inconsistencias de las mismas, con lo que procedieron a reformarlas (véase al respecto MACDOWELL, Douglas M., *The Law in Classical Athens*, New York, Cornell University Press, 1986, p. 47; y HANSEN, Mogens Herman, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes. Structure, principles, and ideology*, trad. de J. A. Crook, Oklahoma, University of Oklahoma Press, 1999, pp. 162 y 163).

necesidad de desarrollar procedimientos y órganos específicos para la producción del único derecho válido —el cual tomaba la forma de νόμος (ley) o de ψήφισμα (decreto)¹³— y para la verificación de la validez de este¹⁴. Uno de esos órganos estaba integrado por los νομοθέται¹⁵, legisladores o personas que hacían la ley.

Los νομοθέται constituyeron históricamente el primer órgano más o menos especializado compuesto por personas que tenían la función de revisar y reformar las leyes (únicamente νόμοι) que hubieren sido aprobadas por la Asamblea. Aunque su resolución era determinante para que una ley entrara o no en vigor, la información suministrada por las fuentes indica que esta clase de legisladores no desarrolló un complejo entramado teórico para realizar su labor, sobre qué legislar o cómo hacerlo; sino que, integrados con quinientos o más ciudadanos, los νομοθέται llevaban a cabo el examen de la ley a modo de juicio y su votación se hacía levantando la mano¹⁶.

¹³ Hay que recordar que no hubo distinción entre νόμος y ψήφισμα hasta los últimos años del siglo V (MACDOWELL, Douglas M., *op. cit.* p. 45; CANEVARO, Mirko, “*Nomothesia in classical Athens: what sources should we believe?*”, *The Classical Quarterly*, vol. 63, mayo de 2013, p. 139).

¹⁴ Uno se llamaba γραφή παρανόμων (*graphe paranómon*), acción por ilegalidad, que solo después del 403 a. C. pudo ser entendida, según Hansen como “acción por una propuesta inconstitucional de un decreto”, y el otro, γραφή νόμον μή επιτηδειον θείναι (*graphe nomon me epitedeion theinai*), acción por haber propuesto una ley inválida). Antes de que en el 403 estuviera bien delimitado lo que era un decreto y una ley, la acción seguida era la primera. Si el demandado era culpable, la sanción era una multa, si reincidía tres veces, se le retiraba el derecho a votar (ἀτιμία, *atimia* que significa deshonor, desprecio, privación o disminución de los derechos de ciudadanía como pena infamante). Una vez que se estableció la distinción entre ley y decreto, la primera de las acciones mencionadas se ejercitaba contra el decreto y su proponente, y la segunda, contra la ley y su proponente. En este caso, aunque no se tienen muchos datos, puede decirse que se tenía un año para ejercitar la acción en contra de la persona, pero en contra de la ley podía ser en cualquier tiempo. Las acciones, vale decir, se llevaban ante los dicasterios, jurados que tenían la última palabra para determinar la validez del derecho y para fincar responsabilidades (véase MACDOWELL, Douglas M., *op. cit.*, p. 50; HANSEN, Mogens Herman, *op. cit.*, p. 166; y POMEROY, Sarah B., *et al.*, *A brief history of Ancient Greece: politics, society, and culture*, New York, Oxford University Press, 2004, p. 235 y 236).

¹⁵ Son dos discursos de Demóstenes, *Contra Leptines* y *Contra Timócrates*, las principales fuentes acerca de lo que se sabe sobre la *nomothesia* y los *nomothetas*. Véase DEMÓSTENES, “Contra Leptines”, *Discursos Políticos*, II, trad. de A. López Eire, Madrid, Gredos, 1985, pp. 216-219; “Contra Timócrates”, *Discursos Políticos*, III, trad. de A. López Eire, Madrid, Gredos, 1985, pp. 149-151.

¹⁶ Cfr. HANSEN, Mogens Herman, *op. cit.*, pp. 167-169.

Con ello, la democracia ateniense entendió el beneficio de la certidumbre que prestaba la codificación a la igualdad entre los ciudadanos¹⁷ y la trascendencia política que representaba el derecho legislado y en consecuencia se prohibió toda aquella norma que no tuviera ese carácter. Empero, los oradores no dejaron de invocar reglas o principios no escritos¹⁸; tampoco lo dejaron de hacer los jueces, quienes de no encontrar una ley aplicable al caso concreto, debían decidir conforme a su más justo criterio¹⁹.

Atenas se enfrentó con las complicaciones legislativas de una democracia como las que hoy acosan a las actuales. Mas probablemente a causa de la uniformidad de la cosmovisión y las costumbres de su pueblo, unificadas con la política mediante la religión, la apelación a principios y reglas no escritos que integraban el marco de legitimación de las decisiones políticas no implicó obstáculos insuperables. De cualquier manera, la influencia que pudo haber tenido esta excepción en las comunidades políticas posteriores fue sumamente limitada²⁰.

Por otra parte, en Roma sucedería algo muy similar. Según Pomponio, el pueblo romano (en la época de Rómulo) «determinó primero vivir sin ley cierta, sin derecho cierto, y todo se gobernaba con la fuerza por los reyes»²¹. Pero el crecimiento demográfico y geográfico propició que, durante la época monárquica, se promulgaran leyes, todas las cuales se denominaron *ius civile Papirianum*, a causa de que se reunieron en un libro de Sexto Papirio. Finalizada la Monarquía

¹⁷ Esa igualdad era, según los historiadores, una igualdad meramente política que se desarrollaba en los principios de *isonomía* (igualdad en derechos políticos), *isegoría* (igual derecho a participar en la Asamblea), *isogonía* (igualdad de nacimiento) e *isocracia* (igualdad de poder) (véase HANSEN, Mogens Herman, *op. cit.*, p. 81).

¹⁸ Cfr. MACDOWELL, Douglas M., *op. cit.*, p. 46.

¹⁹ Esto era parte del juramento Heliástico que los jueces pronunciaban al inicio de cada año, según se lee en el discurso de Demóstenes “Contra Timócrates”, *op. cit.*, pp. 189-191.

²⁰ Cfr. HAYEK, F. A., *op. cit.*, p. 82.

²¹ Digesto I, II, 2.1. Dice Mommsen sobre esa época que “toda jurisdicción recaía en la comunidad, o en otras palabras, en el Rey, quien administraba justicia o mandataba... No encontramos huellas de ninguna jurisdicción que perteneciera a las *gentes* como tal, o de alguna judicatura que de manera absoluta no derivase su autoridad del rey” MOMMSEN, Theodor, *The history of Rome*, Vol. I, trad. De William P. Dickson, New York, Cambridge University Press, 2009, (Cambridge Library Collection) pp. 157 y 158 (la traducción es mía).

—sigue diciendo Pomponio—, cayeron en desuso todas esas leyes «y comenzó otra vez el pueblo Romano a regirse más bien por un derecho incierto y por la costumbre, que por ley alguna promulgada; y toleró esto casi veinte años»²². Luego de ello, diez personas recopilaron leyes griegas mismas que, con las respectivas modificaciones de las que posteriormente fueron objeto, hoy conocemos como las Doce Tablas.

Como sucede en todas las sociedades que crecen y se desarrollan, las leyes requirieron ser interpretadas para conservar su vigencia e incluso debieron promulgarse otras más; para ello, la labor de los jurisconsultos denominada *iurisprudentia*, fue sumamente relevante porque al analizar el derecho escrito vigente y al argumentar en los casos que defendían en el foro, daban cuenta de lo que el derecho era o debía ser. Sin embargo, esta actividad consistente en la reforma o introducción de nuevas normas ya fuera mediante la promulgación o la interpretación, no se hacía libremente, sino que debía ser consistente con la idea del *ius naturale*²³, un derecho que se pensaba fundado tanto en la religión como en la tradición. De esta manera, si el derecho natural era siempre equitativo y bueno²⁴, el derecho escrito también lo tenía que ser en la medida en que correspondiese con él. Así, la *iurisprudentia* se erigió como el conocimiento de las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y de lo injusto²⁵.

Baste con lo mencionado para concluir que también en la producción jurídica romana se volvería a afirmar la fuerza de la tradición y de la religión como criterios de legitimidad de las leyes. Hayek ultima: «el derecho romano clásico, sobre el cual está basada la compilación final de Justiniano, es casi totalmente el

²² Digesto I, II, 2.3.

²³ Dice Ulpiano: «*ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nam ius istud non humani generis proprium, sed omni animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est*». Digesto I, I, 1.3.

²⁴ Paulo señala: «*ius pluribus modis dicitur. Uno modo, quum id, quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur, ut est ius naturale...* » Digesto I, I, 11.

²⁵ Ulpiano la define de la siguiente manera: «*iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*». Digesto I, I, 10.2.

producto del descubrimiento del derecho por parte de juristas y solo en una muy pequeña parte el producto de la legislación»²⁶.

Asimismo, ya desde el tardío imperio Romano, Walter Ullmann señala que el *princeps* revistió todo el poder²⁷, por lo que ‘el legislador’ no era más que una de las facetas de un sujeto omnipotente y era representado como tal, como un sujeto único que tenía el ‘*imperium*’, i.e. la suma total del poder para determinar y formular reglas obligatorias con la calidad de ‘derecho’. No obstante, esto era una correspondencia tan solo teórica sin la cual no se comprendería la teoría de la monarquía medieval, pero en los hechos el derecho se concebía como algo que todos teníamos en común y por lo cual emanaba de aquellos que estaban sujetos a este desde abajo, y de ningún modo era concebido como si fuera impuesto por alguien desde arriba²⁸. Por esta razón, en la Alta Edad Media (siglos IX-XIII), el derecho no fue concebido como una invención, como creación del soberano; antes al contrario, se trataba de un derecho que tenía tanto un fundamento sacro como consuetudinario, de modo que el establecimiento de las normas no era sino un acto de *iurisdictio*, de descubrimiento del derecho en el orden jurídico immanente de la comunidad²⁹. Aunque las decisiones de dicho soberano traducidas en leyes eran estudiadas por los juristas, el soberano en sí mismo y el proceso de la toma de sus decisiones fueron tópicos que estaban insertos dentro de un orden presidido por un Dios e insertos en una comunidad. Tal situación me parece resumida con gran acierto por Jean-Jacques Rousseau:

He aquí lo que obligó en todos los tiempos a los padres de las naciones a recurrir a la intervención del cielo y atribuir a los dioses su propia sabiduría, a fin de que los pueblos, sometidos a las leyes del Estado como a las de la Naturaleza y reconociendo el mismo

²⁶ HAYEK, F. A., *op. cit.*, p. 83.

²⁷ Cfr. ULLMANN, Walter, *Law and politics in the Middle Ages. An introduction to the sources of medieval political ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975, p. 56.

²⁸ Véase WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 69-81.

²⁹ Cfr. ZAPATERO, Virgilio, “El Club de los Nomófilos”, *op. cit.*, p. 63.

poder en la formación del hombre y en la de la ciudad, obedezcan con libertad y lleven dócilmente el yugo de la felicidad pública³⁰.

Sería en la Baja Edad Media, ya en los albores de la conformación del Estado moderno, para que frente a la idea medieval del descubrimiento del derecho aún por el soberano, se afirmase con toda propiedad, el carácter artificial del derecho que este imponía³¹. Estas circunstancias comenzarían a acentuarse más desde que la separación del gobierno civil del de la Iglesia se volvió toda una realidad. Tal situación, entonces, trajo aparejadas nuevas complicaciones.

Jurgen Häbermas señala, al explicar el nacimiento del derecho positivo, que en las sociedades modernas no pudiéndose asegurar el fundamento sacro del derecho ni la vigencia de un derecho consuetudinario no escrito, el poder político del príncipe quedó completamente emancipado de estos y tornóse soberano³². De ahí que:

A él [al príncipe] le compete la tarea de llenar por su propia fuerza mediante una producción política de normas el vacío que deja tras de sí ese derecho natural administrado por teólogos. Finalmente todo derecho habrá de tener su fuente en la voluntad soberana del legislador político. Producción, ejecución y aplicación de las leyes se convierten en tres momentos dentro de un proceso circular único, regulado y controlado políticamente; y lo siguen siendo, aún después de diferenciarse institucionalmente y constituirse en poderes del Estado³³.

Si ya la fe de un particular clero no podía constituir el marco legitimador de las decisiones políticas, entonces el *quid* de los estudiosos fue tratar de justificar al soberano y sus decisiones ante un pueblo cuyas creencias no eran uniformes. En ese sentido, el fundamento tuvo que ser encontrado no ya en una entidad divina, sino en algo que pudiera predicarse de todo ser humano: la razón. Esta demanda

³⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social o principios de derecho político*, trad. de Leticia Halperín Donghi, México, Losada-Océano, p. 68 (Libro Segundo, VII).

³¹ Cfr. ZAPATERO, Virgilio, "El Club de los Nomófilos", *op. cit.*, p. 63.

³² Cfr. HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2005, pp. 572-573.

³³ *Ibidem*, pp. 573.

de justificación racional y secular del soberano me parece que es de suma importancia porque combinada con las ideas individualistas que emergieron con el humanismo renacentista, dio como resultado un interés específico de los filósofos por teorizar el tema del poder político a partir de estas premisas.

Así, en el Estado moderno comenzó a hallarse, de manera más específica y asignada a un órgano en particular, la función de elaborar leyes que fuera además congruente con diversos principios que le iban suministrando las ideas filosófico-políticas de la época³⁴. Sin embargo, aunque el derecho sacro y el derecho consuetudinario dejaron de integrar el marco de legitimidad al que se ha hecho referencia, tal marco de legitimidad no desapareció y, por el contrario, ha obligado a buscar los fundamentos del mismo en elementos ‘profanos’, por decirlo con Habermas, como la razón.

En virtud de lo mencionado, me parece que esta investigación tiene que situarse en el concreto desarrollo del Estado moderno, porque las circunstancias en las que sus diversas etapas se han sucedido agregan elementos que exigen explicaciones desde la filosofía jurídica acerca de la labor legislativa que en otras épocas no fueron necesarias. Indica Virgilio Zapatero que «el arte de la legislación [como él lo denomina], en efecto, presupone en primer lugar un Estado legislador; y con anterioridad no es fácil, incluso, que podamos hablar de Estado: este es un concepto histórico muy concreto que surgió a la vez que la idea y la práctica de la soberanía»³⁵. Para comprender lo anterior, es preciso hacer un recuento del Estado moderno y cómo ha sido que en su teorización y práctica la legislación ha venido a ser entendida. Esto me permitirá llegar a la etapa de la democracia

³⁴ No debe olvidarse que la legislación por órganos colegiados o ratificada por ellos siempre fue algo constante, pero la justificación de los mismos dependió en gran medida de las concepciones filosóficas, políticas y jurídicas de la época. Que la legislación por asamblea enarbole eminentemente un principio democrático, no es del todo cierto. Si bien coincide con la forma de gobierno contemporánea, « [d]a la casualidad que la preferencia por las grandes asambleas legislativas es mucho más antigua que la propia democracia, por lo menos mucho más antigua que las formas de democracia que nos resultan más familiares... en una concepción más antigua... se asociaba la creación legislativa a un proceso que ponía en relación una propuesta legislativa con la complejidad y la multiplicidad de personas, regiones, relaciones y circunstancias a las que la ley propuesta debía ser aplicada». WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, op. cit., p. 68.

³⁵ ZAPATERO, Virgilio, “El Club de los Nomófilos”, op. cit., p. 63.

constitucional y entonces hacer ver que, en todo Estado organizado conforme a sus postulados, se precisa comprender la importancia de la legislación.

1.2. El Estado de derecho

Siguiendo a Herman Heller, durante la Edad Media, casi todas las funciones que el Estado moderno posteriormente reclamaría para sí, estaban repartidas entre diversos depositarios como la Iglesia, el noble propietario de tierras, los caballeros, las ciudades y otros privilegiados, por lo que el soberano monárquico únicamente tenía muy pocos derechos inmediatos de dominación³⁶. Ante la poliarquía de las organizaciones políticas medievales, hacia el final del Medioevo se contrapuso la aparición monista y soberana del poder estatal. Como señala Antonio Truyol, «bajo formas distintas, históricamente condicionadas, el proceso (patente desde el siglo XIII) de concentración, racionalización y secularización del poder, unido a su personalización, apoyada en un aparato burocrático impersonal y neutral, se fue generalizando»³⁷. Estas circunstancias precisaron de la autoridad política una mayor organización, el mantenimiento de la seguridad pública y, sobre todo, la concentración de un poder suficientemente fuerte capaz de garantizar el orden interno y la seguridad exterior³⁸. Este rasgo sería el principal distintivo que separaría tajantemente la organización política moderna de la medieval, de tal suerte que el Estado moderno, en palabras de Max Weber, sería definido como «aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio..., reclama (con éxito) para sí el monopolio de la *violencia física legítima*»³⁹.

Ahora bien, si se centra la atención en la manera en que se fueron desarrollando diversos modos de organizar esa fuerza legítima dentro de la

³⁶ Cfr. HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, 2ª ed., trad. de Luis Tobío, México, FCE, 2011, p. 166.

³⁷ TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y el Estado. 2. Del Renacimiento a Kant*, 14ª ed., Madrid, Alianza, 2004, Tomo II, p. 114

³⁸ Cfr. SALAZAR, Pedro, "El Estado Moderno en México", en Fix-Zamudio, Héctor y Diego Valadés (Coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México- El Colegio Nacional, 2010 (Serie Estudios Jurídicos, 164), p. 372.

³⁹ WEBER, Max, *El político y el científico*, Alianza Editorial, trad. de Francisco Rubio Llorente, 5ª ed., Madrid, 1979 (El Libro de Bolsillo), p. 83 (las cursivas son del original).

comunidad política, es posible entender la caracterización y sucesión de las etapas históricas del Estado moderno. Estas etapas son identificadas en sus tipos ideales, según Gustavo Zagrebelsky⁴⁰, con el Estado Absoluto (el Estado bajo el régimen de la fuerza), el Estado del Despotismo Ilustrado (el Estado bajo el régimen de policía destinado a la felicidad de los súbditos) y el Estado de derecho (el Estado bajo el imperio del derecho).

Se trata de tipos ideales porque muy difícilmente es posible encontrarlos en la historia de manera totalmente nítida y sí, por el contrario, más bien frecuentemente combinados. De los tres, el último es el que resulta de mayor importancia para la presente investigación, porque a partir del énfasis que en dicho modelo se hace del imperio del derecho, es que tiene importancia la figura del legislador. El modelo sin más adjetivos, no obstante, representa un concepto sumamente vacío porque al referirse a una comunidad política en la que se excluye la eventual arbitrariedad pública y privada en virtud de la existencia de un derecho, entonces cualesquier ideología política que respete estas reglas podría caber en él⁴¹. Como quiera que sea la versión del Estado de derecho que se plantee, al menos en el desarrollo de la teoría política, siempre significa la sumisión a la ley de todas las demás fuentes del derecho y la existencia de un 'legislador' (como quiera que sea su organización) capaz de decisión soberana el cual determina la 'ley'⁴². Naturalmente, en los hechos, el modelo mencionado no se presentó de manera tan general, sino que encontró ideologías específicas que le dieron una notable sustancia. De esta manera, son tres especies identificables sustancialmente del Estado de derecho que deben destacarse: el Estado liberal, el Estado constitucional y el Estado democrático constitucional. A continuación haré referencia a cada una de ellas.

⁴⁰ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2006, p. 21.

⁴¹ *Ibidem*, p. 22.

⁴² *Ibid.*, 24.

1.3. El Estado liberal de derecho

El genérico Estado de derecho fue matizado con el advenimiento de la ideología liberal y la formación del '*Estado liberal de derecho*'. John Locke, en contraposición con las ideas de Thomas Hobbes, al suponer que la institución del estado civil es necesaria para garantizar los derechos naturales individuales, concluyó que solo en la medida en que estos se garantizaran se hallaría justificada la existencia del Estado. Para proteger los derechos —y así garantizar la libertad—, por lo tanto, el Estado debe ser limitado, lo cual puede hacerse de dos maneras, ya sea limitando sus poderes o bien, limitando sus funciones. En el primer caso estamos ante el liberalismo político, en el segundo, ante el liberalismo económico⁴³. El tipo de liberalismo que aquí me interesa destacar es el político, porque su propósito es defender la esfera privada sin que esta sea invadida por la esfera pública.

Ahora bien, a partir de la limitación de los poderes del Estado según Locke y de cierta observación de la constitución inglesa, Montesquieu derivaría un principio rígido de la 'separación de poderes' tal y como hoy sigue siendo estudiado (aunque con las salvedades de que en la práctica contemporánea ya no es acertado). Según este autor, los tres tipos de poderes que hay en cada Estado, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, deben estar separados entre sí. Al primero le corresponde hacer las leyes, corregirlas o abrogarlas. Al segundo, hacer la paz o la guerra, enviar y recibir las embajadas, establecer la seguridad, prevenir las invasiones. Al tercero, le corresponde punir los crímenes o juzgar las diferencias entre los particulares. En esta rígida división, como opina Truyol y Serra, el

⁴³ Norberto Bobbio que la expresión 'Estado limitado' o 'límites del Estado' comprende dos aspectos «que no siempre se distinguen con precisión: a) los límites de los *poderes*, b) y de las *funciones* del Estado. Ambos son abarcados por la doctrina liberal, aunque pueden ser tratados separadamente. El liberalismo es una doctrina del Estado limitado tanto con respecto a sus poderes como a sus funciones. La noción común que sirve para representar al primero es el *estado de derecho*; la noción común para representar al segundo es el *estado mínimo*». A lo anterior, agrega Pedro Salazar « [p]odemos denominar al liberalismo del 'Estado de derecho' como un 'liberalismo político' y al liberalismo del 'Estado mínimo' como 'liberalismo económico'». Véase al respecto BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, FCE, 2006, (Breviarios, 476), p. 17; SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional: Una radiografía teórica*, México, FCE, 2011, p. 81.

legislativo tiene un mayor alcance político y el judicial, por su parte, uno menor⁴⁴. «Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de principales, de nobles o del pueblo, ejercieran estos tres poderes»⁴⁵.

Es necesario precisar que aquí no se ignora la crítica que señala que la concepción de la separación de poderes de Montesquieu fue errada en tanto que se derivó de una interpretación incorrecta de la realidad política británica. Antes bien, a decir de F. A. Hayek, Montesquieu tomó el modelo para delinear tal teoría a partir de la común opinión de los mismos teóricos ingleses que poco a poco iba creciendo acerca de que únicamente a una legislatura le correspondía hacer las leyes. Esta interpretación sería radicalizada cuando primero Jeremy Bentham y después James Mill, concibieran al parlamento británico —y en general a toda asamblea popular— como el órgano máximo no solo de producción de leyes, sino incluso de control del propio gobierno⁴⁶.

El principio de separación de poderes con la finalidad de defender las libertades fundamentales, sentaría las bases del Estado liberal de derecho, una tipología que, como señala Zagrebelsky, tiene una connotación sustantiva: el Estado tiene sentido solo en la medida en que la autoridad del Estado se halle condicionada a la protección y promoción de la libertad de la sociedad en el marco de equilibrio recíproco de la ley⁴⁷. El constitucionalismo posterior haría suyo este principio, pero, como más adelante se observará, la manera de balancear *les puissances* del Estado será muy diferente en los dos paradigmas posteriormente

⁴⁴ Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *op. cit.*, p. 297.

⁴⁵ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Paris, Garnier Frères, 1875, Libro XI, Cap. VI (la traducción es mía).

⁴⁶ Cfr. HAYEK, F. A., *op. cit.*, pp. 128 y 129. En específico, el autor citado explica: «La creencia que uno frecuentemente encuentra de que la teoría surgió de una interpretación errónea por Montesquieu de la constitución británica de su tiempo es ciertamente incorrecta. Aunque es cierto que la real constitución de Bretaña entonces no era conforme con tal principio, no puede haber ninguna duda de que ello era entonces la opinión política general en Inglaterra y fue gradualmente ganando aceptación en los grandes debates del siglo pasado» (la traducción es mía).

⁴⁷ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 23. Al respecto, hay que señalar que para Zagrebelsky el «Estado [liberal] de derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva...», sin embargo, este rasgo es propiamente democrático, mientras que el pensamiento liberal que sustenta a esta variante del Estado de derecho es totalmente independiente de quién sea el titular del poder político. Véase SALAZAR, Pedro, *La democracia constitucional...*, *cit.*, p. 83.

desarrollados, a saber, el norteamericano y el francés, siendo en este último donde se exaltó en gran medida la figura del legislador.

1.4. El Estado constitucional

Si por Estado constitucional se entiende a una organización política dotada de un ordenamiento estatal, entonces los Estados constitucionales no son tan recientes; sin embargo, esto cambia si se señalan determinadas características a los ordenamientos estatales. Por ello, el constitucionalismo al que aquí referiré se trata del nutrido por el pensamiento liberal. Esta combinación dio como resultado que las doctrinas englobadas bajo este epíteto hicieran énfasis en el aspecto del límite y de la garantía⁴⁸. Este constitucionalismo, por tanto, puede ser identificado como «un movimiento político, filosófico y cultural referido a la conquista de documentos constitucionales marcados por principios liberales o liberal-democráticos»⁴⁹. Así las cosas, aunque comúnmente suele situarse el surgimiento del constitucionalismo con el nacimiento de la reciente monarquía constitucional británica iniciada en la Gloriosa Revolución de 1688⁵⁰, el constitucionalismo cobró mayor fuerza desde que aparecieron las declaraciones de derechos del siglo XVIII, con lo cual se dio apertura a las grandes cartas constitucionales y con ello, al advenimiento del Estado constitucional.

Según se aprecia, en realidad un Estado constitucional no agrega nada novedoso al Estado de derecho si la constitución es entendida como un documento integrado por ciertas normas conforme a las cuales se debe ajustar el actuar del poder público. Empero, la especie de constitución remarcada en el siglo XVIII, sería aquella que incorporaba la ideología liberal, de ahí que el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 hubiera

⁴⁸ FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2011, p. 85.

⁴⁹ BARBERA, Augusto, “Le basi filosofiche del costituzionalismo”, <http://w3.uniroma1.it/ceccanti/dispense/barbera.pdf>, p. 3.

⁵⁰ Cfr. RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Constitucionalismo y democracia”, *Isonomía*, núm. 21, octubre de 2004, p. 51.

señalado que «[u]na sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni reconocida la división de poderes, no tiene Constitución». Por estas razones, el Estado Constitucional así entendido, sería una versión más acabada que el Estado liberal de derecho y mucho más que el simple Estado de derecho.

Ahora bien, el incipiente constitucionalismo que originó las declaraciones de derechos se diversificó en al menos dos grandes tendencias, una que derivó de la Revolución Americana de 1776 inspirado en los principios liberales (menos democrático) y otra originada en la Revolución Francesa de 1789 inspirado en principios democráticos (menos liberal)⁵¹.

Por lo que se refiere al constitucionalismo de inspiración francesa, lo que primero debe señalarse es que su desarrollo implicó una completa ruptura con el pasado absolutista. La naciente república se consideró una e indivisible y, a los ciudadanos que la integraban, como sujetos con derechos iguales. La política se tornó el factor de transformación de la sociedad y al buscar la unidad del cuerpo social, se tendió hacia un centralismo político con el consecuente centralismo administrativo. La influencia del pensamiento de Jean-Jacques Rousseau fue determinante al hacer radicar la soberanía, ya no más en el Rey, sino en el pueblo del que el legislador y la Asamblea que integraba, era representante y médium de la voluntad general. En ese sentido, la voluntad del soberano expresada en la ley, tenía que ser respetada tanto por el juez (*bouche de la loi*), cuanto por la administración de tal manera que su actuar debía ser de conformidad con ella.

Si se observa con detenimiento el esquema planteado por el constitucionalismo francés, en realidad puede concluirse que la limitación del poder consistió esencialmente en trasladar la soberanía de un príncipe a la de un cuerpo colegiado denominado pueblo que en los hechos estaba identificado con la Asamblea. Si la soberanía del monarca se había concebido como un poder absoluto, ilimitado e inagotable, las mismas características ahora las tendría esa Asamblea; pero mientras el monarca, un sujeto malicioso e incompetente había abusado del mismo, el legislador, representante del pueblo, no tendría ese

⁵¹ En la exposición de estas dos vertientes seguiré los apuntes de Augusto Barbera. Cfr. BARBERA, Augusto, *op. cit.*, p.5.

problema al ser iluminado por la razón⁵². Había entonces, al menos dos argumentos que santificaron al legislador, uno derivado de su legitimidad democrática y otro fundamentado en la creencia en su racionalidad.

El primero de ellos derivaba particularmente de las ideas de Rousseau. Según este autor, cuando todo el pueblo estatuye sobre todo el pueblo entonces emite su voluntad general y para que sea tal, no puede ser injusta, porque lo sería para con todo el pueblo, así que *volenti non fit iniuria*. Los ciudadanos, en ese sentido, deben obedecer las leyes como si fueran expresión de la voluntad general. Pero esta ficción por sí misma no hubiera sido suficiente si además no se hubiese engarzado con el segundo argumento. El iusnaturalismo de corte racional, ya triunfante en las declaraciones de derechos e impulsado por las ideas ilustradas, exigió del derecho la certeza y, por eso, vio en el legislador el traductor del derecho natural en el derecho positivo y ahí, paradójicamente, agotó su existencia y permitió el posterior desarrollo imperante del positivismo⁵³. De esta manera, Guido Fasso resume el proceso de estos dos argumentos:

[S]e inició con la convicción de que la voluntad del legislador es racional, o, como en el caso bastante más importante de la codificación francesa y de las que tomaron a esta como modelo, porque en los Estados democráticos se presupone tácitamente que todo lo que es querido por el pueblo o por sus representantes posee intrínsecamente valor de racionalidad⁵⁴.

De esa manera, la Asamblea se convirtió en la productora indudable, directa y exclusiva del derecho que comprendía toda la actividad de la organización política. Por ello, se entiende lo que dice Maurizio Fioravanti cuando afirma que el objetivo de la Revolución de 1789 fue «construir un legislador virtuoso, necesariamente

⁵² Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, "Constitución y Parlamento", *Parlamento y Constitución*, Cortes de Castilla-La Mancha, Universidad de Castilla-La Mancha, Anuario, núm. 5, 2001, p. 13.

⁵³ Cfr. FASSO, Guido, *Historia de la filosofía del derecho. 3. Siglos XIX y XX*, trad. de José F. Lorca Navarrete, 3ª ed., Madrid, Ediciones Pirámide, 1996, 15-18. Véase también WIEACKER, Franz, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. de Francisco Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957, pp. 292-295.

⁵⁴ FASSO, Guido, *op. cit.*, p. 27.

respetuoso de los derechos de los individuos en cuanto expresión necesaria de la voluntad general»⁵⁵.

Esta composición, que tuvo su mayor expresión en la Constitución jacobina de 1793, a pesar de no haber entrado en vigor nunca, fue sumamente influyente en las constituciones europeas y aún en las naciones del resto del mundo. Pero la inestabilidad provocada por las instituciones contenidas pronto propició que las doctrinas del Estado de finales del siglo XIX y de principios del XX, concibieran al Estado como una persona jurídica dotada de órganos propios y de voluntad autónoma. De todas maneras, la importancia del órgano democráticamente electo encargado de elaborar las leyes sería fundamental en el desarrollo posterior del Estado moderno.

Por otra parte, la vertiente constitucionalista de inspiración norteamericana, no dejaría de considerar su experiencia histórica ligada a Inglaterra. Debido a su influencia anglosajona, y sobre todo a que había sido el Parlamento británico el que con su omnipotencia había contrariado derechos históricos, y por eso, el origen de todas las dificultades⁵⁶, esta vertiente tuvo mayor confianza en la capacidad de autorregulación de la sociedad y menos en la intervención de una minoría iluminada como una asamblea de representantes o incluso un monarca. Esto fue así porque el esquema que planteó implicaba el juego de diversos sectores y grupos que no venían eclipsados por la imagen de la voluntad general, pero que a pesar de ello reconocía en las cartas constitucionales a una sociedad política en virtud de un contrato entre voluntades iguales y libres. Asimismo, las libertades venían entendidas no solo como derechos sino como principios concretos que informaban la organización de todo el ordenamiento estatal, de ahí

⁵⁵ FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 6ª ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 73. Cabe hacer algunas anotaciones a lo mencionado. Idealmente, Rousseau había pensado, según lo interpreta Virgilio Zapatero, en un 'legislador Hércules', un legislador perfecto que, merced a su racionalidad, diera leyes a los hombres. La facultad de aprobarlas, correspondería únicamente al pueblo. Legisladores y políticos eran personajes diferentes, por lo que «[e]l pueblo soberano, asistido por el filósofo, combinaba así razón y poder, entendimiento y voluntad» (ZAPATERO, Virgilio, "El Club de los Nomófilos", *op. cit.*, p. 87). Error, por ello, parece haber sido una extraña simplificación y confusión de estas ideas que terminó por identificar a los legisladores con los políticos, y eclipsar la razón de los primeros con la voluntad de los segundos.

⁵⁶ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, "Constitución y Parlamento", *op. cit.*, pp. 24-25.

que los instrumentos institucionales tuvieran por objetivo su garantía, pero además, el aseguramiento del libre concurso de las energías sociales, todo lo cual se encuentra netamente ligado al pensamiento liberal. Con lo anterior, se observa que el principio de la limitación del poder, no solo se concretiza en la división de poderes, sino incluso en una estructura de pesos y contrapesos. En ese sentido, el federalismo no es más que consecuencia de esas garantías.

Asimismo, otro aspecto sumamente importante lo constituye el lugar de los jueces dentro del ordenamiento constitucional, pues a diferencia del francés, estos son partes activas y fuentes esenciales de la producción del derecho. De esta manera, en la experiencia norteamericana el control de la constitucionalidad de las leyes fue atraído por el aparato jurisdiccional según quedaría asentado fundamentalmente en el caso *Marbury vs. Madison*. Este tipo de control sería una de las mayores aportaciones del constitucionalismo norteamericano y en nuestro tiempo se confrontará con las instituciones del órgano legislativo democráticamente electo.

Hasta aquí, puede concluirse que el Estado constitucional de derecho, cualquiera que haya sido su vertiente, significó una gran transformación del Estado liberal de derecho. El contractualismo, al encontrar tierra fecunda en las cartas constitucionales, añadió inevitablemente rasgos democráticos que se resolvieron de manera diversa en los dos hilos culturales mencionados debido a las circunstancias sociales, históricas y políticas que los enmarcaron. Lo anterior no significa forzosamente en esta etapa que el constitucionalismo haya sido netamente compatible con la democracia.

En esa tesitura, cabe identificar una de las principales diferencias entre los dos constitucionalismos. Mientras que en el americano la constitución obtuvo pronto valor jurídico, en el francés la constitución obtuvo valor político⁵⁷. En el primer caso, al ser la constitución un documento jurídico, se hizo necesaria la

⁵⁷ Cfr. RUIZ MIGUEL, Alfonso, *op. cit.*, p. 52.

garantía del mismo, es decir, la existencia de un órgano encargado de hacer cumplir dicho texto. Por esta razón, el constitucionalismo americano se caracterizó por la *judicial review*, es decir, un control jurisdiccional de la constitucionalidad.

En el caso del segundo caso, *i.e.* el constitucionalismo francés, al tener la constitución valor político y no jurídico, lo que se exigía no era el cumplimiento de la constitución, sino de la ley; por ello fue fácil situar a la segunda en lugar de la primera como la más importante fuente del derecho. Esto, además, se debió a que Europa continental reconoció en las cartas constitucionales a un símbolo de inestabilidad (hace falta agregar referencia de cuándo se consideró la Declaración de los derechos como vinculante). El corolario de lo anterior fue la conservación del legado de la institución legislativa, lo cual explica la importancia que llegó a tener del derecho legislado y el gran desarrollo que tuvieron las doctrinas del derecho positivo durante el siglo XIX. Incluso, estas doctrinas no dejarían de influir en el resurgimiento del constitucionalismo a tal grado que el control de constitucionalidad que posteriormente conocería Europa, se modeló bajo la preeminencia del positivismo Kelseniano.

La constitución, en ese sentido y en el mejor de los casos, permaneció simplemente como un documento orientador del actuar del poder público, por lo que el incipiente Estado constitucional derivado de la Revolución Francesa expandido por toda Europa, pronto derivó en un Estado legislativo. Por ello, más bien parece que es adecuado afirmar que, siguiendo a Paolo Grossi, se trató de un *protoconstitucionalismo*⁵⁸ que resurgiría con mayor fuerza y totalmente renovado en el siglo XX.

El empoderamiento del órgano legislativo que resultó del constitucionalismo francés y el empoderamiento del órgano jurisdiccional que derivó del constitucionalismo americano, constituirán dos instituciones fundamentales en el orden estatal que se desarrollaría a nivel mundial a partir del término de la Segunda Guerra Mundial, y que por su propia naturaleza entrarán en conflicto al

⁵⁸ Cfr. GROSSI, Paolo, *A history of European Law*, trad. de Laurence Hopper, Malaysia, Wiley-Blackwell, 2010, p. 74.

tratar de mantenerlos dentro de una misma organización política, que es la de la democracia constitucional.

1.5. El Estado democrático-constitucional

A partir del término de la Segunda Guerra Mundial, el esquema de gobierno de los Estados ha tendido a configurarse de acuerdo con las características de la 'democracia constitucional'. Esta tendencia que indica una creciente aproximación del constitucionalismo hacia los ideales democráticos, constituye en sí mismo un concepto que identifica una de las tipologías más acabadas del Estado de derecho y en general del Estado moderno, en la que convergen diversas tradiciones y corrientes filosófico-políticas, pero que entrelaza fundamentalmente la forma de gobierno democrática con la forma de Estado constitucional, dos términos cuya vinculación es tensa y problemática a causa de las características intrínsecas a cada uno, pero que no es de ninguna manera imposible. Mientras que un constitucionalismo individualmente entendido muy bien podría sostenerse y de igual modo una concepción puramente formal de la democracia, lo que este tipo de estado modela es un conjunto de estructuras que eviten los excesos que tanto la suma limitación del Estado cuanto la suma libertad de las mayorías podría ocasionar.

1.5.1. El constitucionalismo contemporáneo

Por una parte, la forma de Estado constitucional nutrida por un constitucionalismo contemporáneo resurgió no solo para los estados europeos, sino en general para el mundo entero. Si bien los Estados constitucionales ya se habían arraigado desde que surgieron las primeras cartas constitucionales, una nueva forma de comprender dichos textos es la que ha determinado un cambio vertiginoso que el *protoconstitucionalismo* no había originado⁵⁹. A partir de la época de la posguerra

⁵⁹ Aquí me parece hacer hincapié en que, como señala Francisco Laporta, no ha sido el diseño de los textos constitucionales, sino la manera de entenderlos la que ha propiciado esa transformación, i.e. la propia teoría constitucional. Cfr. ATIENZA, Manuel, "Imperio de la ley y constitucionalismo. Un

y con fundamento en gran medida en las ideas que ya arriba han quedado descritas, la constitución que se ha ideado implica la existencia de una esfera de derechos de las personas cuya protección se encuentra asegurada y resguardada no solo mediante la división del poder político, sino también mediante la tutela jurisdiccional de tales derechos y la garantía de que las leyes emanadas sean conformes con la Constitución. De lo anterior⁶⁰, se pueden observar tres elementos importantísimos comúnmente aceptados y que forman parte del constitucionalismo contemporáneo: la sujeción del legislador a límites materiales que por antonomasia son los derechos fundamentales, y dos elementos relativos al modo de salvaguardarlos, a saber, la rigidez constitucional y el control externo de constitucionalidad de las leyes.

Respecto de los límites materiales, desde su origen el constitucionalismo significó el límite al uso omnímodo del poder político. En ese sentido, los derechos fundamentales que en la actualidad no solo comprenden a los derechos de libertad, sino también los de igualdad, seguridad y los polémicos derechos sociales, constituirían esos límites que el poder político debe respetar. La amplia gama de estos derechos, las dificultades que comportan para ser satisfechos y el vasto ámbito de acción que requieren, hacen de estos no ya límites, sino pesadas cadenas que restringen, obligan y califican la labor del legislador.

En cuanto a la rigidez de la constitución, se refiere a la «la prohibición de reformar todo o parte de la constitución o a la previsión de condiciones jurídicas que dificulten su reforma en comparación con las de las leyes ordinarias»⁶¹. En la medida en que los mecanismos ideados sean más complicados para lograr modificaciones a los preceptos constitucionales es que la rigidez puede ser mayor o menor. En contraposición a las constituciones rígidas, se encuentran las así

diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, *Isonomía*, núm. 31, octubre de 2009, pp. 218-220.

⁶⁰ Sigo aquí la caracterización de Juan Carlos Bayón y de Alfonso Ruiz Miguel. Cabe señalar que dentro de los rasgos que Ruiz Miguel señala, no se encuentra el de la existencia de una esfera de derechos porque esta condición la da por sentada. *Cfr.* BAYÓN, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bayon-democracia.pdf, pp. 3-5; RUIZ MIGUEL, Alfonso, *op. cit.*, pp. 58 y ss.

⁶¹ RUIZ MIGUEL, Alfonso, *op. cit.*, p. 58.

llamadas 'flexibles', de mínima rigidez, cuyas reformas no implican un procedimiento agravado o especial diferente al que se requiere para la modificación de cualquier ley.

El control externo de la constitucionalidad de las leyes, por su parte, deriva de la consideración del documento constitucional en el máximo lugar dentro de la jerarquía normativa, de tal forma que todo el ordenamiento jurídico viene supeditado inmediatamente a él. Así, quienes enarbolan la bandera del constitucionalismo contemporáneo parece que aceptan de común acuerdo que para que una Constitución sea suprema, es preciso que haya un órgano encargado del control judicial de la misma, es decir, que revise si una ley es conforme con los preceptos constitucionales, y con ello, «asegurar una auténtica superioridad jurídica —y no meramente política—, de la constitución sobre la ley»⁶². Si la existencia de un control de esta naturaleza es o no un presupuesto lógico de la supremacía⁶³, o si la organización y las características del órgano encargado deben ser de una u otra manera, siempre han suscitado polémica. Pero en los hechos, desde que Hans Kelsen diseñara en su texto «la Garantía Jurisdiccional de la Constitución» la primera aproximación a un tribunal constitucional, tal modelo ha sido revisado y combinado con el que se ha desarrollado en los Estados Unidos de América, hasta tener los actuales tribunales constitucionales.

1.5.2. La democracia contemporánea. Democracia formal y democracia sustancial

La democracia constituye una forma de gobierno de raíces antiquísimas referida a quién debe gobernar, pero a diferencia de la Antigüedad, donde la democracia se refería al 'gobierno del pueblo', de la masa considerada en una unidad, en la actualidad tal concepto se refiere al gobierno de las personas individualmente consideradas. En este sentido, Norberto Bobbio afirma que el proceso de

⁶² BAYÓN, Juan Carlos, "Democracia y derechos...", *op. cit.*, p. 4.

⁶³ Al respecto, me parece muy interesante el análisis que al respecto hace Juan Carlos Bayón en el punto 3 del Apéndice a su trabajo "Democracia y derechos...", ya citado.

liberación del individuo de la organización estamental medieval, significó el derecho de elegir a sus representantes, mismos que representarían a todos los individuos en su conjunto y no solo a sus electores, por lo que al liberar al representante de la nación del individuo representado y de sus intereses particulares:

...[L]a democracia moderna presupone la atomización de la nación y su recomposición en un nivel más alto y restringido como lo es la asamblea parlamentaria. Pero este proceso de atomización es el mismo proceso del que nació la concepción del Estado liberal, cuyo fundamento debe buscarse, como se ha dicho, en la afirmación de los derechos naturales e inviolables del individuo⁶⁴.

Hay que hacer algunas precisiones al respecto. Al centrarse en el individuo, la democracia contemporánea puede aludir a la mera forma de gobernar mediante la elección popular de los gobernantes por cuanto este procedimiento asegura la autonomía del individuo; pero también la democracia puede referirse a un contenido del propio gobierno democrático en la medida en que asegure condiciones sustanciales que permita al individuo realmente autogobernarse.

Adviértanse los dos sentidos en que es empleada la palabra democracia, uno totalmente formal y el otro totalmente sustancial. Esta doble acepción coincide más o menos con la distinción de Norberto Bobbio⁶⁵. Según este autor, la democracia formal se refiere a las 'reglas del juego' que aseguran que el poder político sea distribuido entre la mayor parte de los ciudadanos; de esta manera ahí donde los gobernantes son electos lisa y llanamente por la mayoría del pueblo, hay democracia formal. Por democracia sustancial, se hace referencia al ideal conforme al cual el gobierno debería estar inspirado que es la igualdad. De los dos tipos de democracia, decía Bobbio, solo la democracia formal es compatible con el liberalismo y, en ese sentido, con la idea de los derechos que dicha corriente ha arropado. No sucede lo mismo con la democracia sustancial, pues al impulsar principalmente la igualdad, fácilmente se contrapone con la libertad.

⁶⁴ BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, op. cit., p. 38.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 39 y 40.

No obstante, una democracia puramente formal que busque tan solo que las decisiones producidas sean expresión directa o indirecta de la voluntad popular, es insuficiente. Luigi Ferrajoli ha sostenido cuatro argumentos contra la democracia formal⁶⁶. En primer lugar, la democracia formal es incapaz de dar cuenta del desarrollo de las democracias constitucionales, y con ello, ignora o reniega del paradigma del Estado de derecho, al no reconocer nada por encima de la voluntad popular, ni siquiera una constitución. En segundo lugar, la simple democracia formal no puede sobrevivir por sí misma pues al respetar las reglas procedimentales, el pueblo podría incluso anularla. En tercero, si la democracia formal conlleva derechos de libertad para que de manera autónoma los ciudadanos deliberen y tomen decisiones, ello resultaría imposible si materialmente no se garantizaran las condiciones para tales efectos. En cuarto y último lugar, la democracia formal al hacer suyo el procedimiento de la decisión mayoritaria mediante el cual el pueblo decide, otorga un poder absoluto que ignora la pluralidad de intereses, opiniones y conflictos de un pueblo que de ningún modo es unitario.

Por lo anterior, Ferrajoli postula una democracia sustancial que sin descuidar los aspectos formales, comprende los elementos que subyacen a los cambios reales verificados con el influjo del constitucionalismo que ha sometido también a los órganos legislativos⁶⁷.

Comprendido lo anterior, a la democracia sustancial señalada por Bobbio, es posible señalar como otra versión una que comprende una relación mucho más estrecha entre la libertad y la igualdad. Así, cabe hablar de democracia sustancial cuando se está haciendo referencia a todo un conjunto de características que hacen de la democracia formal una democracia sustancialmente o cualitativamente mejor. Esto sucede al utilizar como punto de referencia la garantía de derechos básicos, pues según esta idea, el aseguramiento de la esfera privada de las personas produce una igualdad sustancial de las mismas

⁶⁶ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, "Le garanzie costituzionali dei diritti fondamentali", http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada3/4_FERRAJOLIitaliano.pdf, pp. 2 y 3.

⁶⁷ Cfr. RENTERÍA DÍAZ, Adrián, "Constitución y democracia. ¿Límites y vínculos?", *CONfines*, agosto-diciembre, 2007, p. 16.

que a su vez propicia una mejor participación política en la toma de las decisiones; no solo son iguales ante la ley, sino que su igualdad sustantiva les permite estar en igualdad de circunstancias para participar en la vida pública.

Algo que se debe enfatizar es que el constitucionalismo impone esos derechos como límites y vínculos a los legisladores. Esto significa que además del respeto de las normas procedimentales referidas al *quién* y al *cómo* legislar, se exige también respeto al *qué* legislar. Y en este último rubro, se estipula una esfera de lo indecible *que*, expresado en derechos de libertad, y de lo indecible *que no*, referida a los derechos sociales⁶⁸. En el apartado que sigue, se analiza con mayor detalle, esta democracia sustancial que va implícita en la democracia constitucional.

1.5.3. La democracia constitucional

La confluencia de los dos conceptos, el de democracia y el de constitucionalismo, no aparecería claramente como 'democracia constitucional' sino a partir de los cambios políticos de la primera mitad del siglo XX. Como ya se ha señalado, las constituciones dieciochescas se habían diluido en sus propias aguas revolucionarias, por lo que su resurgimiento debía estar forzosamente acompañado de rasgos y circunstancias que definitivamente la impulsaran como el más acabado tipo del Estado moderno. Las peculiaridades de la Constitución de Weimar, la superación de los regímenes totalitarios, el retorno a los regímenes democráticos dotados de diversas maneras de un sentido social y por supuesto la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, fueron los elementos que, según Fioravanti, precisaron que la constitución tuviera que representar grandes rupturas y situarse como fundamento de nuevos regímenes políticos recurriendo a legitimarlos decisivamente:

La constitución tenía necesidad de contener en sí las grandes decisiones del *poder constituyente*, enunciándolas con otras igualmente grandes normas de principio, sobre todo

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi, "Derechos fundamentales" en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2009, p. 53.

en materia de derechos fundamentales y de igualdad. La constitución, en cierto sentido, ha vuelto así a poseer... un contenido *político* que está directamente ligado a la voluntad constituyente del pueblo soberano y que es un contenido *democrático*⁶⁹.

De esta manera, la democracia constitucional ha resurgido y propagado porque parece ser el óptimo conjunto en la dimensión pública para proteger al ser humano. La conjugación entre ambos conceptos puede dar diversas combinaciones, en las que pueden predominar las características de uno sobre el otro —y más aún si se considera la distinción entre democracia formal y sustancial—, pero en el entendido de que no es mi pretensión hacer un análisis exhaustivo de las diferentes variantes, asumiré con no pocos matices, los elementos que señala Pedro Salazar. Según este autor, la democracia constitucional solo existe cuando se materializan, entre otros, los siguientes elementos: a) la igualdad de los miembros de la comunidad política asegurada mediante el sufragio universal; b) el reconocimiento y salvaguarda de algunos derechos sociales como derechos fundamentales de rasgo constitucional; y c) la plena constitucionalización del ordenamiento jurídico que conlleva la existencia de mecanismos de control de constitucionalidad⁷⁰. En ese orden se analizan dichos rasgos brevemente.

1.5.3.1. Igualdad de los miembros de la comunidad política asegurada mediante el sufragio universal

Este elemento hace énfasis, en principio, en una democracia formal. Como ya quedó dicho, el valor que para nuestra época tiene esta forma de gobierno radica no en la versión antigua en la cual se contemplaba al pueblo (*δῆμος*) como titular del gobierno (*κράτος*), sino en la versión modelada por el individualismo ético, es decir, en los *miembros* de ese pueblo individualmente considerados como titulares

⁶⁹ FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución...*, op. cit., p. 149.

⁷⁰ Cfr. SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional...*, op. cit., p. 181. Esta versión me parece coincidente con la de Juan Carlos Bayón, véase BAYÓN, Juan Carlos, "Derechos, democracia y constitución", en *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, No. 1, 2000, pp. 89 y 90.

del gobierno. Una democracia así entendida conduce a asumir primero el fundamento ético y prescriptivo de que todos los individuos tienen la misma dignidad y que son seres autónomos⁷¹ y por ese motivo, que cada miembro tiene igual derecho en la titularidad del gobierno, en la participación política, y en la elaboración de esas normas a las que sujetarán sus acciones y las del poder político institucionalizado.

Pero esta versión de la democracia que subyace al rasgo mencionado, por las características sustantivas que comporta, no puede limitarse a una concepción meramente formal o procedimental, *i.e.* en la que únicamente se resalte el requisito de la voluntad de la mayoría para la toma de las decisiones políticas, pues de lo contrario siempre se correría el riesgo de que cumpliendo con esta necesidad, a la larga, como señala Luigi Ferrajoli, pueda resultar una no-democracia (*no-democrazia*)⁷², porque mediante el procedimiento democrático este mismo podría ser destruido. Por ello, la concepción que debe ser asumida debe garantizar la protección tanto de los elementos sustanciales que le dan valor a la democracia moderna como de aquellos que constituyen la esfera de derechos del individuo y por las cuales pugna el constitucionalismo.

En ese tenor, puede concluirse que este rasgo de la democracia constitucional significa el gobierno del pueblo individualmente considerado, donde reside la soberanía y cuya voluntad se expresa mediante el ejercicio del sufragio. Esta voluntad no podría ser auténtica si no se pudiera expresar libremente y dicha libertad solo puede ser asegurada mediante la garantía no solo de los derechos políticos, sino también de los derechos de libertad y de los derechos sociales⁷³.

⁷¹ Cfr. LAPORTA, Francisco J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 18-34.

⁷² Cfr. FERRAJOLI, Luigi, "Le garanzie costituzionali dei diritti fondamentali", *op. cit.*, p. 2.

⁷³ Cfr. *Ibid.*, p. 4.

1.5.3.2. El reconocimiento y salvaguarda de algunos derechos sociales como derechos fundamentales de rasgo constitucional

Lo que primero debe advertirse con esta afirmación es que cuando se dice que este rasgo es propio de la democracia constitucional no se está diciendo que se trata de una exclusión de otro tipo de derechos fundamentales como los derechos de libertad, los de igualdad, los de seguridad jurídica, o incluso los llamados derechos colectivos, sino que dicho tipo de Estado requiere por lo menos la garantía de 'ciertos' derechos sociales que significan, además de la aportación de la cultura político-social de nuestra época, la conclusión de que son precondiciones para su realización.

Los derechos sociales tienen sus raíces esencialmente en las aportaciones de raíz socialista. En reacción a las libertades que suscitaron un egoísmo muy agudizado, sobre todo tratándose de las respaldadas por el liberalismo económico, puede decirse que el resultado de las demandas socialistas fue la lucha por una igualdad material que permitiera proporcionar a los más desaventajados los elementos necesarios para que estuvieran en igualdad de condiciones de ejercer realmente los derechos que los hacían iguales ante la ley. Estos derechos han suscitado polémica desde su consideración tanto de ser derechos como de ser fundamentales y en el cuestionamiento de esta naturaleza radica toda su problemática porque tienen elementos que los separan de las conceptualizaciones más tradicionalistas.

Así, las discusiones que han generado se refieren a cuáles son tales derechos, en qué sentido lo son, cuál es la justificación que los respalda o de qué forma pueden ser garantizados y justiciados⁷⁴. No obstante, a pesar de las objeciones que han resultado del debate, y en las que no profundizaré, se puede considerar a los derechos sociales como fundamentales cuya garantía es posible y necesaria. Son fundamentales porque ellos permiten el adecuado ejercicio de los demás derechos como las libertades y los de índole política. En ese sentido, se

⁷⁴ Cfr. CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007, p. 72.

vuelven precondiciones de los demás derechos, pues aunque de forma separada pueden sostenerse (tal y como se mantuvieron hasta que se incorporaron al ordenamiento constitucional los derechos sociales), la garantía de tales precondiciones agrega una muy notable calificación al ejercicio de los demás derechos al repercutir en el ejercicio de la ciudadanía y por ende, en la dinámica de la sociedad civil y en general de la calidad de la democracia.

Pero además de estas consecuencias políticas, desde una fundamentación moral de los derechos, como la teorizada por Gregorio Peces-Barba, permite entender que el valor de la solidaridad que se encuentra en la base de estos derechos, tenga como objetivo «la creación de una sociedad en la que todos se consideren miembros de la misma, y resuelvan en su seno las necesidades básicas, en la que no haya saltos cualitativos en los grupos en los que los hombres desarrollan su vida y su actividad, en definitiva, en la que todos puedan realizar su vocación moral, como seres autónomos y libres»⁷⁵. Sin embargo, de seguir este argumento, los derechos sociales que la democracia constitucional debiera asegurar serían en realidad todos, al contrario de lo que considera Pedro Salazar, para quien solo el derecho a la subsistencia y el derecho a la educación serían propiamente las precondiciones de los demás derechos y por tanto, los que forzosamente deben ser garantizados. Pero si se examina esto con cuidado, tan solo al analizar el 'derecho a la subsistencia', su contenido resulta sumamente amplio puesto que el derecho a la salud o el derecho al trabajo podrían tener cabida y a pesar de ello, estos derechos no son considerados como parte de este requisito de la democracia constitucional.

De cualquier manera, no es posible dejar de observar que derechos sociales como el *derecho a la Internet* podrían ser derechos cuya salvaguarda no redundaría necesariamente en la garantía de una precondición de la democracia, sino que en realidad potencializaría de alguna manera al resto de los derechos como el derecho a la información o la libertad de expresión. Muy posiblemente, además, este discernimiento podría tener lugar al analizar casos concretos. Por

⁷⁵ PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999, p. 280.

esta razón, sin detenerme a analizar cuáles derechos son precondiciones y cuáles no, solo conservaré la idea de que en realidad hay ciertos derechos sociales (además de los derechos de libertad e igualdad) que por sus características, deben ser salvaguardados por la democracia constitucional⁷⁶.

1.5.3.3. La plena constitucionalización del ordenamiento jurídico que conlleva la existencia de mecanismos de control de constitucionalidad

Por 'constitucionalización del ordenamiento jurídico' se entiende por lo general aquella peculiaridad de los ordenamientos jurídicos de estar completamente impregnados por los preceptos constitucionales, de tal forma que la Constitución se vuelve «extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales»⁷⁷. Este rasgo integra fundamentalmente las características con las que ha resurgido el constitucionalismo y que ya han sido descritas con antelación, pero en un entendimiento más cabal, tales elementos (rigidez de la constitución, control externo de la constitucionalidad y supremacía constitucional) precisan de otros más.

Siguiendo a Riccardo Guastini, a partir de siete características se puede decir de un ordenamiento jurídico que está constitucionalizado; hay que advertir, no obstante, que se trata de características que admiten un cumplimiento gradual, y que por ello se cumplen en mayor o en menor medida. La primera es relativa a la rigidez constitucional y la segunda al control externo y por haber sido ya analizadas no me detendré más en ellas (hay que advertir que en esta lista la supremacía constitucional no viene expresamente mencionada porque en realidad

⁷⁶ En el mismo sentido me parece que se encuentra Luigi Ferrajoli «...[p]or otra parte, los derechos de libertad, a su vez, son efectivos en la medida en que estén respaldados por la garantía de los derechos sociales a prestaciones positivas: del derecho a la subsistencia y a la salud y, por supuesto, del derecho a la instrucción y a la información. Sin la satisfacción de estos derechos, no solo los derechos políticos sino también los derechos de libertad están destinados a permanecer sobre la carta: porque no hay participación en la vida pública sin garantías de los mínimos vitales, es decir, de los derechos a la sobrevivencia, ni hay formación de voluntad consciente sin instrucción e información». FERRAJOLI, Luigi, "Le garanzie costituzionali dei diritti fondamentali", *op. cit.*, pp. 2-3 (la traducción es mía).

⁷⁷ GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2007, p. 147.

se encuentra implícita en todas las características). La tercera consiste en la fuerza vinculante de la Constitución y se refiere a que «toda norma constitucional... es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos»⁷⁸. La cuarta es denominada como ‘sobreinterpretación de la constitución’, presupone la consideración de la Constitución como jurídicamente vinculante, y consiste en que la Constitución puede ser interpretada y aún más, sobreinterpretada con la finalidad de extraer «innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política»⁷⁹, con lo que todo espacio queda cubierto por los preceptos constitucionales y no queda, de esa manera, espacio libre para la discrecionalidad legislativa.

La quinta característica radica en la aplicación directa de las normas constitucionales. Esta condición hace de tales normas no solo preceptos aplicables a la organización del Estado o a las relaciones entre este y los particulares, sino incluso a las relaciones entre estos últimos «siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas, o porque la ley sí ofrece una solución pero tal solución parece injusta»⁸⁰.

La sexta se refiere a la interpretación conforme de las leyes y consiste en que, al momento de interpretar los preceptos legales sean armonizados con los constitucionales evitando contradicciones entre aquéllos y estos. Por último, la séptima condición es entendida como la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, es decir, que los preceptos constitucionales sean empleados para resolver los conflictos de competencia entre los órganos constitucionales así como para controlar la discrecionalidad política de los parlamentos o bien, sean usados en general en la argumentación política de los órganos constitucionales y de los actores políticos para justificar sus acciones.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 152.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 153.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 155.

La consecuencia de asumir la constitucionalización del ordenamiento jurídico como un rasgo propio de la democracia constitucional implica necesariamente instituir mecanismos que controlen su realización. Es por ello que en los diversos países donde se va asumiendo el tipo de estado estudiado, se han diseñado de forma diversa órganos en particular y procedimientos que cumplen con dicha función.

1.6. Algunas conclusiones

Entendidos así los rasgos que identifican al Estado democrático-constitucional como una nueva tipología y la más acabada del Estado moderno, lo que primero debe concluirse es que se trata de una caracterización teórica que no se presenta exhaustivamente en todo Estado actual que asume tanto la democracia como el constitucionalismo.

Por otra parte, estos dos conceptos comportan, respectivamente, la idea de que las personas tienen el derecho a participar en las decisiones públicas, y la idea del respeto de los derechos que integran y garantizan la autonomía individual, la cual, a su vez, potencializa y mejora la participación política. Pero estas dos ideas, aunque igualmente esenciales e irrenunciables para la democracia constitucional, no necesariamente dejan de tener tensiones entrambas.

Estas tensiones oscilan entre el constitucionalismo y los polos de la democracia formal y de la democracia sustancial. Con tal de conservar una democracia formal, los derechos por los que propugna el constitucionalismo tendrían que ser decididos por órganos elegidos por la mayoría, *i.e.* legitimados democráticamente; la validez de sus decisiones deviene de su origen: representan al pueblo soberano. Con tal de conservar una democracia sustancial, los mismos derechos podrían ser decididos por órganos que no necesariamente deban ser electos por la mayoría; la legitimidad de estos órganos no deviene de su origen, sino de la actividad que realizan, *i.e.* salvaguardar los derechos de las personas. En tanto que inclinado hacia un lado o hacia el otro puede degenerar en excesos y abusos, el diseño institucional de las democracias constitucionales no puede

decantarse tan solo por una de las dos opciones y pretender sobrevivir por separado; problemas teóricos y prácticos hacen inviable tan solo elegir uno de ellos.

Si se parte desde la democracia formal, la idea de la autonomía de las personas nos debería llevar a concluir que es necesario el autogobierno, es decir, la elaboración de normas en las que participen todos los ciudadanos en igualdad de oportunidades. Esto implicaría dudar de que exista un ‘coto vedado’ —según la famosa expresión de Ernesto Garzón Valdés⁸¹— o al menos del tamaño tan grande protegido en varias constituciones, acerca del cual las personas no pudiesen deliberar y en el que tampoco pudiesen tener injerencia alguna. Más aún, tal y como lo ha recordado Jeremy Waldron, si en la sociedad existe una pluralidad de ideas y lo que abunda es más bien el desacuerdo, entonces todo asunto que afecte a esas personas en su libertad, en su autonomía, necesariamente tendría que quedar dentro de la política y no fuera de ella. En ese orden de ideas, si la consideración de ciertos derechos implica una teoría de la justicia que termina por restringir la libertad, entonces también requiere ser discutida por los ciudadanos. Y aquí aparece otra dificultad: ¿cuál debe ser el procedimiento para producir las decisiones colectivas?

El problema incrementa en su complejidad porque la concepción de la democracia constitucional —incluso en su versión equilibrada— da por buena la existencia de ciertos derechos, aunque sean mínimos, atrincherados en la Constitución. Aquí surgen las diferencias con el tercer rasgo anotado de la democracia constitucional: el control judicial, porque según se dice, la protección de los derechos justifica un cierto diseño institucional en el cual quienes determinan en última instancia si hay o no una restricción de derechos, si esta es admisible o incluso cuáles son sus límites, es un órgano judicial.

Visto así el panorama, que haya un ‘coto vedado’ es, según Juan Carlos Bayón, totalmente falso, porque es «imposible que los derechos estén sustraídos ‘a cualquier poder de decisión’, así que el constitucionalismo no es más que un

⁸¹ El término aparece por primera vez en GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Representación y democracia”, *Doxa*, núm. 6, 1989, pp. 143-163. Tal expresión fue tomada del libro del escritor Juan Goytisolo, del mismo nombre según RUIZ MIGUEL, Alfonso, *op. cit.*, p. 65.

diseño institucional que los encomienda a poderes de decisión distintos del de la mayoría»⁸². Esta afirmación, sin embargo, no es precisa. Es cierto que el coto vedado por sí mismo no es insuperable ni viene a resolver lo que mecanismos enteros no han podido garantizar; su simple enunciación de que X no puede violar el derecho Y, no es suficiente para lograr que en efecto X no viole Y. Como tal, el coto vedado es un elemento más que si entra en una adecuada dinámica con otros límites y órganos encargados de controlar la desmesura del poder, tiene un resultado deseable; de lo contrario, el coto vedado subyace como un enunciado constitucional que se vuelve inoperante, porque no hay nada que lo garantice en los hechos. Lo que sí es cierto es que la tendencia seguida para la garantía del coto vedado, ha sido la de empoderar a tribunales constitucionales, fundando su legitimidad en la actividad que realizan, *i.e.* en la democracia sustancial.

Este resultado aunque teóricamente no es necesario, sí lo ha sido empíricamente. Los tribunales constitucionales que se han afianzado en el nuevo orden mundial han tenido muy prolijos resultados que van desde la consolidación de las libertades y los derechos políticos junto con sus garantías hasta el desarrollo e implementación mediante la vía jurisprudencial de los derechos sociales, sin dejar de considerar que se han convertido en custodias alertas que en notables casos han sido esenciales para frenar las decisiones de los regímenes autoritarios⁸³.

Si las peculiaridades de los órganos jurisdiccionales brindan una razonable confianza para efectuar esa tarea, ello se hace en una clara reducción de la importancia que los órganos legislativos llegaron a tener en los así llamados 'Estados Legislativos', y en esa medida, en una reducción del poder de los ciudadanos para autogobernarse. Esto es importante porque como ya se ha visto al analizar el desenlace del constitucionalismo francés donde el soberano que era el pueblo se expresaba mediante el legislador quien detentaba la principal fuente del derecho que era la ley, por lo que solo él (y en ese sentido el pueblo) era quien

⁸² BAYÓN, Juan Carlos, "Democracia y derechos...", *op. cit.*, p. 30.

⁸³ Cfr. RODRÍGUEZ GARAVITO, César, *La globalización del Estado de derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2009, (Colección Estudios CIJUS), pp. 38 y 39.

en realidad ejercía la soberanía, en la democracia constitucional se estaría operando una lógica similar porque si ahora los detentadores de la principal fuente del derecho son los jueces al decir en última instancia lo que es o no conforme a la Constitución y por ello lo que es derecho, entonces ellos serían los que en realidad estarían ejerciendo la soberanía. Pero esto no puede ser aceptado porque el marco teórico de la democracia constitucional tal y como lo he planteado requiere que la soberanía siga radicando en el pueblo.

En virtud de lo mencionado, una democracia constitucional equilibrada exige que tanto la democracia formal como sustancial se articulen de tal forma que no sea posible una organización tal en la cual se deje tanto poder a los jueces ni, por el contrario, se vuelva a restituir a los legisladores el tremendo poder que llegaron a detentar como medios de expresión de la voluntad general. Puesto que en la presente investigación me propongo analizar la institución legislativa, el problema será determinar de qué manera esta puede comprometerse con la democracia sustancial sin por ello reducir la legitimidad democrática de su origen.

CAPÍTULO II

EL LEGISLADOR Y LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Con la emergencia del modelo teórico del Estado democrático-constitucional, todas las instituciones hoy sobrevivientes a los cambios del Estado deben ser revisadas. Una desequilibrada adopción de los rasgos de este modelo ha producido un activismo sobresaliente de los jueces constitucionales; de la mano de lo anterior, la filosofía jurídica le ha prestado una atención profusa. No obstante, me parece que el modelo teórico estatal equilibrado aquí defendido requiere que no quede desatendido ninguno de sus elementos principales como en los hechos sí lo ha sido el órgano legislativo. Del lado de la filosofía jurídica, se necesita que también de este se haga cargo.

Si incluso en una democracia constitucional hay motivos para seguir sosteniendo un órgano electo democráticamente que representa a un pueblo donde radica la soberanía, es entonces preciso determinar de qué manera ello puede ser viable y congruente en un contexto donde hay derechos que son límites para toda entidad pública; que por ello constituyen límites a la soberanía (o que más bien significa un replanteamiento de la soberanía popular), y en donde hay

órganos que gozan de legitimidad democrática sustancial para determinar lo que es o no el derecho.

En otras palabras, conforme a lo que he expuesto, se observa que el órgano legislativo goza fundamentalmente de una legitimidad democrática formal y el judicial de una legitimidad democrática sustancial. Esto de ninguna manera es excluyente, aunque en los hechos reales pareciera que sí lo es; es decir, el legislativo puede también tener legitimidad democrática sustancial cuando en las discusiones parlamentarias se manifiesta un diálogo constructivo nutrido de argumentos; asimismo, la puede tener cuando las leyes o todo el conjunto de decisiones de los órganos legislativos se encuentran sustentados en estudios profundos y en estricto apego a las normas que rigen su actuar. En el caso del judicial, puede tener algún grado de legitimidad democrática formal cuando no es el pueblo sino los representantes quienes determinan la integración de los tribunales; esta es precisamente la denominada legitimidad de segundo grado de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de nuestro país.

En virtud de lo anterior, lo que me preocupa es determinar si es posible agregar o robustecer la legitimidad democrática sustancial de los órganos legislativos. Para lograrlo, es preciso primero detenerme a analizar una serie de elementos que permitirán ofrecer un panorama acerca de la crisis de la institución legislativa. Si se comprende que el Estado democrático constitucional no ha dejado de ser Estado de derecho, y el órgano de donde tal derecho emana sigue indicando el lugar donde radica la soberanía —por decirlo de alguna manera—, me parece preciso analizar tres tópicos:

1) *La manera en cómo se forma el Derecho propio de este nuevo esquema de organización política*, porque de esta manera se podrá comprender cómo ahora interviene el órgano legislativo con el ejercicio de la soberanía popular.

2) *El lugar que ocupa dentro del Derecho el producto por excelencia de los legisladores que es la ley*, porque si se piensa ahora que el documento constitucional constituye la mayor fuente del derecho, entonces se concluye que la ley ha sido reducida en jerarquía y que ya no es más la principal fuente del derecho. Si esto es así, y además se hace énfasis en que la constitución impone

más que antes tanto límites como obligaciones y deberes al órgano productor de la Ley, se infiere que el lugar de este dentro de la formación del derecho ya no es ni puede ser tan preponderante como el que alcanzó en el pasado jacobino.

3) *La crisis en la representación popular de los legisladores*, porque si la importancia de estos ha disminuido en la producción del derecho, si las leyes que ellos emiten no tienen la capacidad de incidir en la sociedad y si la actividad de los jueces ha resultado con mayor aceptación merced a su legitimidad democrática sustancial, entonces se advierte una clara crisis en su labor. Esta crisis es doble, por cuanto se remite a su legitimidad democrática formal, es decir, su dificultad para expresar la voluntad popular; y por cuanto se refiere a su legitimidad democrática sustancial, *i.e.* el contenido de sus decisiones es sumamente deficiente al no asegurar y menos respetar los derechos fundamentales.

Explicar estas razones es la tarea que en este apartado me propongo.

2.1. El derecho de la democracia constitucional

Sin pretender hacer un exhaustivo análisis de teoría jurídica, lo que aquí me interesa responder es si las circunstancias de la democracia constitucional han determinado una manera particular de producir y de entender el derecho de tal manera que pueda decirse que hay una clara ruptura con las teorías jurídicas de antaño.

Para tratar de analizar lo anterior, creo preciso partir de la asunción de que el derecho se integra por un gran complejo de normas, que cumplen diferentes funciones pero cuyo fundamento último de validez jurídica lo otorga un conjunto de criterios identificados por H.L.A. Hart como 'la regla de reconocimiento'⁸⁴. En virtud de su origen (*i.e.* atendiendo a las instancias que las producen en la realidad social⁸⁵), es posible brindar una clasificación de las mismas. Es en este sentido

⁸⁴ Véase HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, México, Editora Nacional, 1980, pp. 125 y ss.

⁸⁵ Cfr. RECASÉNS SICHES, Luis, *Filosofía del derecho*, 20ª ed., México, Porrúa, 2010, p. 284.

que se puede hablar de las *fuentes del derecho*. Carlos Santiago Nino⁸⁶, jurista argentino, señala que hay dos modalidades genéricas de creación de derecho, una es deliberada y la otra es espontánea. La primera se refiere al proceso en el cual las normas se producen por los órganos o personas a los que se encomienda tal función, *i.e.* esos órganos o personas producen normas con la intención de crear derecho; la segunda se refiere al proceso en el que las normas se generan en ciertas condiciones, a partir de actos que no tienen la intención de producirlas⁸⁷.

Estas dos categorías, aunque con otras denominaciones, tienen un origen sumamente antiguo y su comprensión aparece ya en el derecho romano. Si bien ambas fuentes gozaron de un notable auge en aquel tiempo y durante el Medioevo a tal grado que se concebía su igual jerarquía en la producción del derecho⁸⁸, el Estado moderno comenzó con la pretensión de concentrar el poder y hacer al príncipe el detentador del mismo, el origen de toda norma que estuviese *super omnia*. Así, al *ius positum* del príncipe se le atribuyó una mayor importancia y la misma conservó al aparecer el Estado liberal y el incipiente Estado constitucional.

Dentro de la modalidad deliberada de la creación del derecho se pueden encontrar diversas fuentes que han sido jerarquizadas de acuerdo a su importancia y a su vez jerarquizan, dentro del ordenamiento jurídico, las normas que producen, *v.gr.* los reglamentos, las circulares, la jurisprudencia o la doctrina. Como el actuar tanto del poder político como de los ciudadanos debe estar sometido al derecho, este debe ser generado por el soberano, por lo que en la medida en que participe de su creación, se comprende la 'importancia' en función de la cual se asigna a las normas su respectivo grado jerárquico. Hay normas, por tanto, que son primarias y en virtud de las cuales se califica la validez de todas las normas que se producen.

⁸⁶ Cfr. NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 148.

⁸⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 150.

⁸⁸ Cfr. HIERRO, Liborio L., *La eficacia de las normas jurídicas*, México, Fontamara, 2010, pp. 32-35.

Como ya se explicó, el derecho propio del Estado legislativo tiene su origen directamente en el desarrollo del constitucionalismo francés. El principio de la división de poderes sostenido por el liberalismo para limitar la concentración del poder político y evitar el abuso del mismo y que albergaron desde entonces los Estados, dio lugar a la conformación de tres órganos con funciones rígidamente delimitadas: el legislativo, el administrativo y el jurisdiccional. Este orden en el que se mencionan además de manifestar una *inveterata consuetudo* en la doctrina de asignar al legislativo la primacía, también denota el principio de la soberanía popular, porque quienes integran tal órgano, al ser representantes electos por el pueblo, manifiestan la voluntad soberana de este mediante la producción del derecho, que debe ser respetado por los demás órganos. Así pues, en esta relación se afirma el gobierno democrático. Por eso, en un ordenamiento de esta índole, la primera fuente del derecho que siempre se menciona es la ley, *i.e.* el derecho legislado, mismo que queda situado por encima de otras fuentes como los reglamentos, la jurisprudencia o la doctrina.

A partir de estas consideraciones, la pregunta inicial tendría que ser reformulada en los siguientes términos: ¿Cuál es la fuente de derecho con mayor jerarquía en una democracia constitucional? La respuesta sería sencilla: la Constitución⁸⁹. Y si esta es la más importante de todas, es en función de ella que es posible determinar la jerarquía normativa. La ley, en ese sentido, parece que viene a ocupar el lugar inmediato y por debajo de la Constitución, porque si la democracia constitucional requiere la protección de un cierto núcleo de derechos que incluso no puede ser modificado por el legislador, entonces este se encuentra sujeto a las normas constitucionales.

Pero si se comprende que es la Constitución el pacto fundacional que en un determinado momento el pueblo soberano resuelve celebrar, entonces es innegable considerar que la Constitución al ser la primerísima y gran obra

⁸⁹ Es preciso anotar que en México la reforma a la Constitución en materia de derechos humanos de 2011 planteó un escenario en el cual las normas internacionales de derechos humanos pueden ubicarse en la más alta jerarquía, aunque como posteriormente lo determinó la Suprema Corte de Justicia, deberán considerarse los límites expresos que señale el texto constitucional, pero de cualquier modo, se estará al caso en particular. Sin embargo, para los efectos de este trabajo, no me detendré a analizar las implicaciones que tales reformas tienen en la jerarquía normativa.

emanada del pueblo soberano, goza de la legitimidad necesaria para convertirla en la más alta fuente del derecho. De conformidad con este razonamiento, la Constitución no dejaría de diferir mucho de la ley, es más, podría decirse que se trata de una ley que se diferencia del resto a causa de que el procedimiento para su reforma es agravado (es la rigidez ya mencionada). Luis Prieto Sanchís puntualmente anota esa similitud o parecido de las constituciones con las leyes:

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... tanto uno como otro configuran «la actividad del jurista como una actividad técnico-cognoscitiva (y no práctico-valorativa)», esto es, científica y no política...⁹⁰

Así pues, al menos como fuente del derecho, una Constitución no dista tanto de una ley, por lo que este rasgo no sería propiamente el que plantea las dificultades al conciliar dicho documento con un ordenamiento jurídico emanado de un pueblo soberano; de hecho, el constitucionalismo que impulsa esta Constitución —nos dice Rolando Tamayo—, «es una doctrina sobre la correcta sumisión del gobierno al ‘derecho’. Su único objetivo es el establecimiento del ‘Estado de derecho’»⁹¹. El punto álgido más bien tiene que ver con la manera en que se opera la Constitución.

Una Constitución no es por sí misma aplicable ni igualmente entendible por todos. La forma en que está redactada y el tipo de normas que la integran la hacen sumamente abierta de tal suerte que, al darle valor jurídico, se precisa de alguien que la sepa interpretar y entonces, aplicar. Pero esto ya desde antes se había podido apreciar en las leyes, lo que sucede es que la teoría desde la cual

⁹⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Técnica y política de la codificación”, en PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 187-188.

⁹¹ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Fontamara, 2006, (Doctrina Jurídica Contemporánea, 3), p. 94.

ahora se aprecia la Constitución pretende ver en esas normas abiertas y ambiguas un pretexto para que las tareas de interpretar y aplicar el derecho se encomienden a un poder diferente del de la mayoría⁹²; mas no solo eso, sino incluso de invalidar las leyes en razón de lo que ese poder dice que *dice* la Constitución. Esas tareas se han atribuido a órganos jurisdiccionales, en particular tribunales constitucionales cuya elección no es popular y por ende, se aparta por mucho de su legitimidad democrática formal, misma que es tan solo de segundo grado puesto que o bien únicamente les viene dada al ser creados por la Constitución que el pueblo se dio a sí mismo mediante sus representantes, o porque para su integración requieren de la participación de los órganos constituidos. Y a pesar de su legitimidad democrática formal de segundo grado, tienen en sus manos la operación de la mayor fuente del derecho.

Dentro de la reflexión jurídica, en el contexto de la emergencia de la democracia constitucional, se ha producido, a partir de la crítica que realizó Ronald Dworkin al positivismo jurídico con su libro *Taking rights seriously*, un conjunto de teorías jurídicas identificadas recientemente bajo el nombre de 'neoconstitucionalismo' que se han dado a la tarea de explicar el derecho resultante de este nuevo orden político. Según Dworkin, la tradicional teoría del positivismo jurídico es insuficiente para entender los derechos porque estos no solo son creados a partir de decisiones políticas explícitas, sino también hay otra fuente que subyace a las mismas y que es la moral⁹³. Así, «el derecho no se distingue necesaria o conceptualmente de la moral, en cuanto incorpora principios comunes a ambos»⁹⁴. En ese sentido, los principios de Dworkin han sido identificados con los principios constitucionales, entendidos en el sentido de «ser incorporados en el documento llamado constitución», o bien, como «fundamentos del orden jurídico»⁹⁵.

⁹² Cfr. ATIENZA, Manuel, "Imperio de la ley y constitucionalismo...", *op. cit.*, pp. 218- 220.

⁹³ Cfr. DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, pp. XI y XII.

⁹⁴ BARBERIS, Mauricio, "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral", trad. de Santiago Sastre Ariza, *Jurídica*, 2001, p. 326

⁹⁵ *Idem*.

Tales principios constituyen elementos fundamentales que debe contener el ordenamiento jurídico, lo irradian en su totalidad y están por encima y más allá de cualquier decisión colectiva. Este engrose de la sustancia de los textos constitucionales precisa, como ya se ha mencionado, de órganos encargados de dilucidar su sentido, con lo que los jueces han tenido que inventar y acomodar su actuar conforme a un método que por mucho ha superado al positivismo metodológico defendido por Bobbio⁹⁶, y que dan muestra de la complejidad en la que se ha tornado el razonamiento judicial y, por tanto, del desarrollo de un nuevo paradigma⁹⁷. De esto dan testimonio las nuevas técnicas interpretativas como «la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos [...], el principio *pro personae*, etcétera»⁹⁸. Como la implementación de tales técnicas en casos específicos precisa dotar los principios constitucionales de contenidos normativos concretos, observa Miguel Carbonell, no es posible para el juez constitucional «disfrazar como decisión del poder constituyente, lo que en realidad es una decisión más o menos libre del propio juzgador»⁹⁹.

Pese a esta dificultad que comúnmente es identificada como parte de la objeción contramayoritaria, los defensores de las tesis del neoconstitucionalismo consideran que los polémicos principios están contenidos en una constitución 'democrática', que adquiere esa característica en razón de que mediante la salvaguarda de los preceptos que contiene, se posibilita la democracia¹⁰⁰. Por eso es importante la actividad jurisdiccional, porque cuando los jueces intervienen para corregir el derecho legislado, intervienen con la intención de salvaguardar la

⁹⁶ Cfr. BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2007, pp. 46-48.

⁹⁷ Cfr. SALAZAR, Pedro, "Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente", en VÁZQUEZ, Rodolfo (Ed.), *Normas, razones y derechos. Filosofía jurídica contemporánea en México*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 265 y 266.

⁹⁸ CARBONELL, Miguel, "El neoconstitucionalismo en su laberinto", CARBONELL, Miguel (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta-Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 10

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ Cfr. SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional...*, *op. cit.*, p. 201.

voluntad popular que ha quedado manifiesta en la Constitución. Pero más allá, el mismo Ronald Dworkin ha renovado la legitimidad democrática de los jueces y ha dicho que el control de constitucionalidad tiene su legitimidad democrática no en la «premisa mayoritaria», sino en una «concepción constitucional de la democracia», misma que defiende «que las decisiones colectivas sean hechas mediante instituciones que traten a todos los miembros de la comunidad, en cuanto individuos, con igual consideración y respeto»¹⁰¹. Esta legitimidad, como ya se ha mencionado, corresponde con la legitimidad democrática sustancial explicada en páginas anteriores.

La adopción de los rasgos neoconstitucionales nos ha dado la formación de tribunales constitucionales sumamente activistas que han sido capaces de instrumentar incluso lo que los órganos democráticamente integrados no han querido hacer. Ejemplo de esto es la sentencia T-025 de 2004 dictada por la Corte Constitucional de Colombia, una verdadera *macrosentencia* que da muestra del poder que un órgano judicial puede tener para garantizar los derechos sociales en «Estados fragmentados y burocracias con capacidad (y voluntad) limitadas para aplicar esos derechos»¹⁰². Por esto no nos sorprende que en la actualidad los estudios jurídicos versen de forma más intensa sobre todas las decisiones de tales tribunales.

No obstante, acudiendo a un acto de sinceridad debería admitirse que, a pesar de lo anterior, un órgano de esta naturaleza no deja de estar integrado por un pequeño grupo de personas especializadas en cuyo poder se encuentran los ‘principios constitucionales’ y por lo tanto, el control de decir lo que es o no derecho, y que al asumir un papel tan activo o progresista hoy, no elimina el riesgo de actuar de una manera totalmente contraria el día de mañana. Y ni siquiera es preciso esperar a un acontecimiento con esas características; a la fecha ya hay análisis en los cuales se demuestra el alto grado de incertidumbre y extralimitación producido por los tribunales constitucionales que de ninguna manera tienen

¹⁰¹ Cit. por RUIZ MIGUEL, Alfonso, *op. cit.*, p. 74.

¹⁰² RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, *Cortes y Cambio Social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010, p. 14.

relación con el progresismo y la justicia pero sí con el retorno al gobierno humano¹⁰³.

Adicionalmente, siguiendo las ideas de Jeremy Waldron, creer que las cortes constitucionales son valiosas porque a diferencia de los órganos democráticamente electos, aquellas toman sus decisiones dando razones de fondo, es creer una mentira, porque incluso sus miembros, en última instancia, terminan haciendo uso de la votación al resolver un caso:

¿La tiranía de una decisión política está agravada por el hecho de que es impuesta por una mayoría? Dejo a un lado el punto de que una corte puede también tomar su decisión mediante el voto mayoritario. ¿La tiranía de una mayoría (e.g. una mayoría de representantes electos, cada uno sostenido por una mayoría de sus electores) es particularmente una forma de tiranía? Yo no veo cómo eso puede ser. O decimos que la tiranía es tiranía irrespetuosa del cómo (y entre los cuales) la decisión tiránica es tomada, o decimos —y este es mi punto de vista— que el aspecto mayoritario de hecho mitiga la tiranía, porque indica que hubo al menos una cosa no tiránica sobre la decisión: no fue hecha en una manera que tiránicamente excluyera a ciertas personas de la participación como iguales¹⁰⁴.

Ante estas consecuencias deben ser contestadas las objeciones que se formulan desde la democracia. ¿Qué caso tiene entonces la labor de un órgano legislativo? ¿Se convierte de ese modo en vez de un hacedor de leyes en un mero desarrollador legislativo cuyas leyes son meros borradores? ¿No es así la democracia una mera ficción que tiene únicamente lugar en el mítico momento del

¹⁰³ Un análisis de ese tipo se encuentra en SALAZAR UGARTE, Pedro *et al.*, *Garantismo espurio*, México, Fontamara, 2011 (Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 8). En dicha obra, tanto Pedro Salazar como Miguel Ángel Presno Linera, dan ejemplos en los cuales se ilustra el alto grado de arbitrariedad y falta de seguridad jurídica de las sentencias de cortes constitucionales como la mexicana y la española, las cuales, usando un lenguaje muy acorde con el neoconstitucionalismo y el garantismo, hacen pasar por válidas sus inaceptables decisiones.

¹⁰⁴ WALDRON, Jeremy, "The core of the case against judicial review", *The Yale Law Journal*, 2006, p. 1395 (la traducción es mía). Este es un argumento que el mismo autor desarrolla en WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, *op cit.*, p. 110. Cabe recordar que según Waldron, el método de la votación y de la mayoría son razonables en las circunstancias de la política; esto es, una comunidad necesita llegar a un curso de acción común, pero es imposible que los desacuerdos sean eliminados, por lo cual se precisa del voto mayoritario. Estos medios permiten considerar a cada persona con igual respeto (*Ibidem*, pp. 131-140).

Poder Constituyente? ¿No es un mito también la consideración individual de las personas como capaces de autogobernarse?

Sin dejar de observar las nuevas circunstancias que han potencializado las nuevas teorías que se enmarcan dentro del neoconstitucionalismo y sin pretender restar el mérito debido a los jueces, muy en particular a los jueces constitucionales, para articular un mecanismo institucional creador de derecho congruente con el nuevo esquema político, las fuentes del derecho y las normas que producen tienen que seguir jerarquizándose a partir del documento que cuenta con mayor legitimidad democrática: la Constitución. Pero para salvar lo anterior, todos los órganos encargados de hacerla operable deben, independientemente del grado de legitimidad democrática de origen que tengan, actuar de tal forma que sostengan su legitimidad democrática sustancial al defender y respetar los derechos fundamentales. Interesa aquí saber de qué manera el órgano legislativo puede hacerse de una legitimidad democrática sustancial que fortalezca su papel dentro de la democracia constitucional y reduzca, con ello, el activismo judicial.

Como garantes del 'coto vedado' que precisa el constitucionalismo, los tribunales constitucionales deben tener un margen bien definido y limitado de acción, dedicarse únicamente al estricto control de la constitucionalidad. En todo caso la soberanía limitada por los derechos, debe seguir residiendo en los ciudadanos y en el órgano que de este emana y que actúa en su representación: el legislativo¹⁰⁵. Y para ello, hay que decirlo, es necesario idear herramientas que a este permitan cumplir con sus funciones dentro de la democracia constitucional con la finalidad de que los jueces no se extralimiten.

2.2. El deterioro del derecho legislado

Ya se ha mencionado que no ha sido el sitio jerárquico de la Constitución sino la teoría la cual ha sugerido un cambio sustancial dentro del orden jurídico. En efecto, sucede más bien que, al diseñar la forma de operar ese nuevo orden, la

¹⁰⁵ Cfr. SALAZAR, Pedro, *La democracia constitucional...*, op. cit., pp. 264-272.

teoría ha querido ver a los textos constitucionales con mejores ojos que al derecho legislado, de tal suerte que hoy se postula, pese a todo no sin buenas razones, la «muerte de la ley»¹⁰⁶. Pero esta crisis no es en realidad del todo reciente y al menos ya desde principios del siglo pasado Francesco Carnelutti había dado testimonio de ella¹⁰⁷. Me parece que es preciso detenerme a analizar este tópico. Sin embargo, antes de andar más este camino, debo recordar que por ley se ha entendido prácticamente cualquier disposición jurídica positiva independientemente del órgano que la ha creado. No obstante, sin necesidad de entrar en una discusión acerca del concepto de la 'ley', desde ahora solamente me referiré a la misma como aquel vehículo de normas jurídicas que emana del órgano legislativo¹⁰⁸.

En la primera parte de este trabajo, siguiendo las ideas de Zagrebelsky, hice un recuento de las etapas históricas del Estado moderno y, entre otras cosas, señalé que el Estado moderno siempre ha sido un Estado de derecho. A diferencia del Estado medieval, el Estado moderno concentró el poder en las manos de un soberano —cualquiera que este hubiera sido—, hecho que se manifestó al concentrar la fuente de producción del derecho. Con el Estado liberal de derecho el poder estatal fue limitado y con ello también la producción del derecho, misma que solo tendría razón de ser en tanto que garantizara y protegiera una esfera de derechos de las personas. El Estado constitucional —al menos en su versión francesa—, como también ya se ha dicho, depositó la fuente del derecho en manos de una Asamblea que representaba al pueblo, pero al incorporar el ideal liberal, entonces el derecho producido tenía que cumplir con dos requisitos: uno de carácter ético referido a que protegiera los derechos de las personas y otro de naturaleza política que precisaba que ese derecho emanara de esas mismas personas, *i.e.*, del pueblo a través de sus representantes. Y este derecho

¹⁰⁶ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 4ª ed., México, Fontamara, 2011 (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 60), p. 17. Véase también LAPORTA, Francisco, *op. cit.*, p. 151.

¹⁰⁷ CARNELUTTI, Francesco, "La crisi della legge", *Discorsi intorno al diritto*, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM) 1937, pp. 167-182.

¹⁰⁸ Esta definición está inspirada en la que da Francisco Laporta.

resultante por antonomasia, no ha sido otra cosa más que la ley, cuyos dos elementos la encumbraron como principal fuente del derecho.

A partir de estos dos postulados, se puede determinar que la Constitución también comparte dichos elementos y que, tal y como ya se había adelantado, no la hacen tan diferente de la ley. Empero, la ley fue caracterizada formalmente con varios elementos más. Sin la pretensión de hacer un estudio exhaustivo de estos, a continuación traeré a cuento tan solo aquellos desde cuya perspectiva se advierte la crisis de la ley y que denomino características formales internas y externas. Debe observarse que a partir de tal clasificación se podría también pensar en características materiales de la ley, pero estas aquí no son de mi interés toda vez que aluden al contenido, a la correspondencia de la ley con ciertos criterios de justicia extraídos del ideal liberal y que podrían indicar qué sí y qué no legislar, y como esta correspondencia se daba por hecha, de tal suerte que por mucho tiempo no hubo autoridad por encima de los parlamentos que hiciera ese control, no había necesidad de caracterizar materialmente a la ley. Por supuesto, esta obviedad ocasionó su olvido y una consecuente degeneración.

2.2.1. La tradicional caracterización de la ley

2.2.1.1. Características formales internas

Por características formales internas me refiero a aquellos rasgos que la doctrina alemana distinguió como 'ley en sentido material' debido a que, con toda certeza, los teóricos se dieron cuenta que había disposiciones jurídicas que sin ser emitidas por el órgano legislativo (ley formal), tenían dos elementos que las equiparaban a las disposiciones que este emitía y que son la generalidad y la abstracción. Las califico 'formales internas' para enfatizar que a pesar de que indudablemente inciden en la manera de construir las disposiciones jurídicas, en realidad tienen que ver con la forma y no determinan el contenido de los preceptos en sí mismos.

Que la generalidad sea distintiva de la ley, es una opinión mantenida desde la Antigüedad; en sus primeros balbuceos, nos dice Laporta, tan solo significó que el emperador, como titular de la *potestas legislativa*, tenía competencia sobre todos sus súbditos¹⁰⁹. No obstante, este elemento vino a ser reforzado principalmente por el ideal que subyacía a la Revolución Francesa. El Artículo 3 de la Declaración Francesa del Hombre y del Ciudadano señala que «Todos los hombres son iguales por naturaleza y ante la ley» y esa igualdad tenía que ser mantenida por la ley. Por esa razón, si de hecho ya en el pasado se había entendido la generalidad como característica de la ley, ahora esta exigencia era consecuencia de la igualdad, de la consideración idéntica de cada uno de los ciudadanos dentro del todo. Entonces sobresalen aquí las ideas de Rousseau, porque el pueblo únicamente estatuye sobre el pueblo normas que se dirigen a todos y que tienen por objeto únicamente materias que son de interés general. Así, nos dice el filósofo ginebrino, «[c]uando digo que el objeto de las leyes es siempre general, quiero decir que la ley considera a los súbditos colectivamente y a las acciones en abstracto, nunca toma a un hombre como individuo, ni una acción particular»¹¹⁰.

Con lo anterior puede decirse, por tanto, que con la generalidad como aspecto definidor de las leyes, se está haciendo referencia a dos cosas: a la generalidad en sentido estricto, *i.e.* que las leyes fueran concebidas sin hacer referencia a personas en particular sino destinadas a aplicarse a todos los que estén comprendidos en las condiciones previstas en el texto legal; y a que sean abstractas, *i.e.* que las leyes contengan preceptos formulados *in abstracto* para alcanzar todos los casos de la misma naturaleza que puedan presentarse en el futuro¹¹¹. Estos dos aspectos, al menos como definidores de la ley, fueron criticados, pero para los efectos de esta investigación, baste con decir que:

¹⁰⁹ LAPORTA, Francisco, *op. cit.*, p. 155

¹¹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques, p. 63 (Libro Segundo, VI).

¹¹¹ Cfr. CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría general del Estado*, trad. de José Lión Depetre, 2ª ed., México, FCE, 1998, p. 275. Véase también DUGUIT, Léon, *Manuel de droit constitutionnel. (Théorie générale de l'État. Le Droit et l'État. Les Libertés publiques. Organisation politique)*, 3ª ed., Paris, Librairie des Écoles Françaises d'Athènes et de Rome de l'Institut Français d'Archéologie Orientale du Caire et du Collège de France, 1918, pp. 89-92.

En términos generales, y con cierto grado de imprecisión conceptual, la idea que se quiere transmitir a lo largo del siglo XIX con las nociones de generalidad y abstracción es que las leyes no son normas de cualquier tipo, sino que tienen como condición esencial la de ser “reglas” y no normas particulares, tanto por lo que a sus destinatarios respecta como por lo que respecta a las acciones que han de regular¹¹².

2.2.1.2. Características formales externas

Bajo este rubro se engloban los rasgos que caracterizan el lugar de la ley dentro de las fuentes jurídicas y en general dentro del orden jurídico. Debo advertir que todas ellas derivan de la consideración de la ley dentro del modelo liberal de Estado y, en gran medida, correspondiente al que prevaleció dentro de los Estados legislativos. Estas características indican que la ley es única, originaria, suprema e incondicional de creación del derecho:

Unicidad. Según esta característica, toda ley tiene la misma legitimación y la misma fuerza normativa¹¹³, en virtud de que procede de un órgano electo democráticamente y por medio del cual se expresa la voluntad general. Esto no es otra cosa más que la ‘fuerza de ley’ que Francisco Rubio Llorente caracteriza con dos distintivos, a saber, uno consistente en «la capacidad exclusiva de la ley para modificar cualquier punto del orden jurídico preexistente» y, el otro, en la «resistencia específica de la ley para no ser modificada ni derogada si no es por otra ley», con lo que solo la ley tenía esa fuerza, «sólo había una especie de ley, la que emanaba de la potestad legislativa del Estado»¹¹⁴.

Popularmente originadas. Las leyes se originan en la voluntad que reside en los miembros del cuerpo social, de ahí que, además, en ello les valga su

¹¹² LAPORTA, Francisco, *op. cit.*, p. 155.

¹¹³ HIERRO, Liborio L., *Estado de derecho: Problemas actuales*, México, Fontamara, 2009 (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 69), p. 21.

¹¹⁴ RUBIO LLORENTE, Francisco, “Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núms. 100-102, enero-diciembre de 1983, p. 422.

fuerza¹¹⁵. Esto corresponde a una completa ficción que hace ver en los órganos legislativos la representación del pueblo.

Supremacía. También identificada como «primariedad de la ley»¹¹⁶ o «rango de ley»¹¹⁷, consiste en que la ley es «la máxima potencia creadora de derecho y, por ello, la fuente *suprema* de creación de normas en un ordenamiento jurídico a la que se encuentran sometidas cualesquiera otras fuentes como las costumbres, los principios o las decisiones judiciales»¹¹⁸. Es decir, se trata del lugar que ocupa la ley dentro de la estructura del ordenamiento jurídico y que es el superior en razón, además, de las dos características antes mencionadas.

Incondicionalidad. Esto significa que la ley no depende de un marco superior de legitimación o de criterios superiores para ser válida; antes que la ley, no hay nada. Como norma derivada del soberano, es decir, del pueblo, es autolimitación del mismo¹¹⁹. Su capacidad para regular la vida social de manera jurídica no está condicionada por sus fines.

2.2.2. La crisis de la ley

Si se observa con atención, en nuestro tiempo ninguno de los anteriores aspectos permanecen incólumes. Si de hecho ya los teóricos del siglo pasado advertían una falta de correspondencia de dichos elementos con la ley real, hoy los postulados de la teoría constitucional los dan por bastante criticables.

En primer lugar, las características formales internas en el pasado podían ser en cierta medida cumplidas porque, según Gustavo Zagrebelsky, la

¹¹⁵ Véase HIERRO, Liborio, *Estado de derecho...*, *op. cit.*, p. 21. Este autor utiliza el término “potencia normativa originaria”, pero debido a que me parece un tanto vago, he preferido usar el término “popularmente originado”.

¹¹⁶ Díez-PICAZO, Luis María, “Concepto de ley y tipos de leyes (¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?)”, Madrid, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 24, septiembre-diciembre de 1988, pp. 47-93, p. 71.

¹¹⁷ RUBIO LLORENTE, Francisco, *op. cit.*, pp. 419-421.

¹¹⁸ HIERRO, Liborio, septiembre-diciembre de 1988, pp. 47-93, p. 71.

¹¹⁸ RUBIO LLORENTE *Estado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 21 y 22.

¹¹⁹ *Cfr. Ibid.*, p. 22.

composición homogénea de los representantes que integraban a los órganos legislativos se asumía del pueblo entero, por eso se podía pensar que las leyes fueran generales y abstractas¹²⁰. Si las fuerzas políticas integrantes del órgano legislativo estaban homogeneizadas y vinculadas a un contexto político-social e ideal definido y homogéneo que daba sustancia al Estado, se infería entonces que su producto, es decir, la ley, sería coherente con dicho contexto y podría sostener sus características de generalidad y abstracción. El código habría sido el modelo de ley.

Sin embargo, esta reducción de la realidad social que se ocultó en la ley en la actualidad contrasta con las circunstancias¹²¹. Hoy tenemos una «pulverización del derecho legislativo» a causa de su reducida generalidad y abstracción. Esto es así porque nuestra sociedad no es homogénea, sino totalmente plural. Como observa Paolo Grossi, el redescubrimiento de la complejidad del derecho se ocasionó desde que los jueces y los abogados encontraron necesario suplir las lagunas de la ley, por lo que un número de leyes especiales se incorporaba al código, y más aún, se dieron cuenta que este carecía de una vitalidad y que se separaba de las necesidades actuales¹²². Si esta situación ya se observaba a mediados del siglo pasado de tal suerte que primero se atestiguó un crecimiento de las ramas del derecho, con la creciente vitalidad de los grupos sociales y su vigor para impulsar sus demandas, han crecido también los intereses corporativos sobre el legislador. Las leyes resultantes parecen 'medidas' que se toman para paliar un suceso en un momento determinado, en lugar de leyes que regulen determinados supuestos genéricos que habrán de repetirse indefinidamente hacia el futuro. De esta manera, como señala Zagrebelsky, «se reduce notablemente la aspiración de la ley a convertirse en factor de ordenación. Más bien expresa un desorden al que intenta, a lo sumo, poner remedio *ex post factum*»¹²³.

¹²⁰ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 31.

¹²¹ Cfr. GROSSI, Paolo, *op. cit.*, p. 139.

¹²² Cfr. *Ibid.*, p. 140.

¹²³ ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 37.

Pero además de este problema, la ley se ha vuelto heterogénea a causa de la gran cantidad de intereses y valores que en ella se contienen. La ley es una negociación en la que se sostiene el principio de *pacta sunt servanda*, pero *rebus sic stantibus*. Es decir, la ley solo se mantiene en tanto que la composición de los órganos legislativos no cambie en su composición. Por ello, sostener la ficción rousseauiana de que la ley emanada de la voluntad general no es injusta porque «nadie es injusto con respecto a sí mismo»¹²⁴, sería hoy absurdo, pues siendo reconocida en nuestros días la pluralidad política del pueblo, difícilmente se llegan a tomar decisiones con total consenso; por lo demás, debido a ese encuentro de las diferencias, es frecuente que cualquier ley o reforma sea tildada de injusta, al menos por alguna minoría.

Por lo que se refiere a las características formales externas, en cuanto al criterio de *unicidad*, la fuerza de ley ha sido expandida a otro tipo de disposiciones jurídicas aún sin proceder de un órgano que cuente con legitimidad democrática de origen o bien, si la tiene, es en segundo grado (como la Suprema Corte de Justicia de la Nación). Pero también puede darse el caso que, aunque procedan las leyes de órganos con ese tipo de legitimidad, hay una serie de disposiciones jurídicas que derivan de dos tipos de competencias; esto es una realidad en los estados federados, los cuales se rigen tanto por normas emitidas por la federación como por normas emitidas por los estados regionales, dando con esto un conjunto abigarrado de normas jurídicas de orígenes diversos.

Aun cuando un órgano legislativo con legitimidad democrática de origen produjera una norma que ordenase la observancia de normas que él no ha producido y por tanto, que no ha deliberado, es imposible dejar de afirmar que, detrás de esta figura, en los hechos hay normas que teniendo «fuerza de ley», son formadas en principio por organismos ajenos al pueblo y al conjunto de representantes electos para legislar. En resumen, hay un conjunto de normas bastante numeroso cuyo autor no es el pueblo, ni siquiera sus representantes; no es posible, por tanto, sostener que las leyes tengan su *origen en el pueblo*.

¹²⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *op. cit.*, p. 64 (Libro Segundo, VI).

Peor es el caso de la *supremacía*, porque ya no es el derecho legislado sino la Constitución (y en determinados casos las normas internacionales sobre derechos humanos) quien preside la jerarquía normativa junto con lo que los jueces dicen que dispone la Constitución. Esto ha venido a romper la clásica estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, pues son las normas constitucionales, ya sean reglas o principios, a la luz de los cuales se evalúa la validez de las leyes. Lo anterior habría sido una locura en el pasado, pues los criterios de validez —como lo indiqué en páginas anteriores cuando traté el desarrollo del constitucionalismo francés—, venían prácticamente implícitos en el propio sentir del legislador. De la mano de la creencia en un legislador virtuoso y racional, la neutralidad de la jurisprudencia que se desarrolló tenía una función inmediata de justicia que completaba el ordenamiento jurídico:

La neutralidad de una jurisprudencia científica y ella misma responsable tiene una función inmediata de justicia. Al vincular al juez a unos preceptos doctrinales estables, aprobados por la opinión pública y comprobables, aleja del espacio de la jurisprudencia los contradictorios intereses egoístas políticos, sociales y económicos de una sociedad libre, cuyo principio fundamental es la lucha regulada, la concurrencia.¹²⁵

Era el ideal liberal que se creía arraigado en la consciencia jurídica y política. Pero como sucede con las obligaciones morales que pronto caen en el olvido si no hay algo que recuerde e insista en su cumplimiento, así pasó con el ideal liberal. Por ello la *incondicionalidad* no venía entendida tan radicalmente sin límites, sino claramente matizada; empero, la pronta degeneración de la ley al parecer entendió una *incondicionalidad* sin mayor objeción. Naturalmente, la Constitución ahora representa los criterios sustanciales de validez, verdaderos criterios de justicia que comprometen el actuar de los legisladores y, por tanto, el contenido de las leyes.

¹²⁵ WIEACKER, Franz, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. de Francisco Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957, pp. 384-385.

2.2.3. ¿La crisis de la ley?

De conformidad con lo expuesto, todo apunta a afirmar que si bien la ley ya no posee las características anotadas, ello no es óbice para trasladar tales rasgos a una entidad mayor que es, por supuesto, la Constitución y que, dando por sentada la insuficiencia y superación de la ley, sea dicho instrumento el que irremediablemente ocupe su lugar. Entendedor de la crisis de la ley, Gustavo Zagrebelsky arguye que la manera de superarlas consiste en prever un derecho más alto inserto en las Constituciones. Y, para que esto sea operado con éxito, señala la necesidad del «restablecimiento de una noción de derecho más profunda que aquélla a la que el positivismo legislativo lo ha reducido»¹²⁶, con lo cual ve la oportunidad para que tales documentos sean cifrados en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores (entre ellos los derechos humanos) que, teniendo una aceptación amplia, permitan «mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales»¹²⁷. Y de esta manera, ve en los jueces a los garantes de tal derecho.

Claro está que Zagrebelsky propugna por una democracia constitucional más constitucional que democrática y un diseño institucional de la misma en la que los órganos jurisdiccionales se convierten si no en los señores del derecho, al menos sí en un órgano avasallador del legislativo. El carácter normativo de los preceptos constitucionales formulados en principios y valores, traen a cuento un orden jurídico de mayor complicación porque la forma sumamente dúctil y abierta de los mismos implica novedosas técnicas de interpretación y mayores esfuerzos racionales para determinarlos. Pero si bien parece que en los hechos han sido de mucha utilidad y que la interpretación de las Cortes ha provocado una muy interesante labor de justicia, no hay razón suficiente para concluir que dada la crisis del derecho legislado, necesariamente tenga que ser desplazado o marginado. Al contrario, creo que las circunstancias de la democracia constitucional requieren una novedosa concepción de la ley.

¹²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 39.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 40.

Francisco Laporta ha sido uno de los teóricos que ha hecho un notable esfuerzo al respecto mediante la elaboración de una construcción ética sobre la cual se pueda fundamentar (y continuar sin crisis) el imperio de las leyes contenedoras, esencialmente, de normas jurídicas formuladas como reglas (al menos en principio). Para lo anterior, postula la idea de la autonomía personal que comprende la libertad negativa para realizar acciones, el control racional de la satisfacción de preferencias de acuerdo con su jerarquía estratificada, la proyección de las decisiones reflexivas en el tiempo y la conformación de planes generales y abstractos interrelacionados¹²⁸. Como el ser humano se encuentra inmerso en una vida social, irremediablemente y en mayor o en menor medida, es influenciado por su entorno. Pero además, en tanto que la realización de los planes se efectúa en una interrelación, y toda vez que estos se sustentan en «una cierta anticipación de cómo van a reaccionar los ingredientes del entorno a lo largo del tiempo»¹²⁹, la libertad de unos ejercida sin límites, podría frustrar los planes de otros. Entonces, esta incertidumbre acerca del comportamiento de los demás se presenta como un claro y principal obstáculo a la autonomía personal. Y tal problema se soluciona mediante la creación de normas que establezcan el marco dentro del cual habrá de ejercerse la propia libertad y en el que la autonomía es posible.

Esta solución merece dos precisiones. En primer lugar, la creación de tales normas no puede encargarse a cualquier persona u órgano. La idea de la autonomía personal lleva a concluir que las propias personas se dan a sí mismas las normas bajo las que habrán de gobernarse y ello exclusivamente es posible mediante un procedimiento en el que todos deban participar, *i.e.* democrático. En segundo lugar, esas normas no pueden tener una estructura indistinta, sino que deben ser reglas —no principios— que deben cumplir con determinados requisitos según sean de conducta o de competencia,¹³⁰ para que las personas y los

¹²⁸ Cfr. LAPORTA, Francisco, *op. cit.*, pp. 23-31.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 45.

¹³⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 85-103.

órganos del Estado estén ciertos sobre lo que pueden o no hacer, de qué manera y las consecuencias derivadas en caso de violar esas normas.

En ese orden de ideas y siendo totalmente consciente de los argumentos que sostienen la crisis de la ley, en lugar de resolverla mediante la preferencia de un «derecho superior» y a base de principios, Laporta señala que, a partir de la idea de la autonomía personal, se puede encontrar un fundamento ético y político que viene a justificar de manera renovada, la necesidad de la ley. Concluye:

*...no podemos aceptar que la ley como vehículo normativo idóneo para la satisfacción de nuestras demandas éticas sea arrastrada por esa llamada crisis de la ley y sea ignorada y degradada... Sólo estaríamos en condiciones de ceder a ello si realmente, y no sólo retóricamente..., encontráramos otra disposición o fuente del derecho que pudiera cumplir con esas tareas morales.*¹³¹

Ahora bien, me parece que Gustavo Zagrebelsky y Francisco Laporta, aunque ambos propugnan por el imperio del derecho y la protección del individuo, eligen caminos diferentes: el primero se decanta por los principios y el derecho jurisprudencial y el segundo por las reglas y el derecho legislado. Sin embargo, no es que Laporta vea con desdén los principios, de hecho la propia idea de autonomía personal constituye en sí un principio que sostiene las reglas y conforme al cual es posible determinar la validez de las mismas, sino lo que sucede es que dicho principio exige que las reglas sean determinadas *ex ante* y no *ex post*. Si *ex ante* solo hay principios, la regla que los determina únicamente se conocerá luego que el caso concreto sea sometido para su resolución ante un órgano judicial. Y ello, definitivamente, nos conduce por el camino de la incertidumbre.

Habría que matizar lo anterior. Un sistema jurídico no está ni completamente sostenido por principios ni tan solo por reglas; en realidad hay un poco de cada cosa. Que la Constitución, como entramado de principios pueda ser omnipotente y suficiente, es decir ya demasiado, porque si bien puede contener criterios que den unidad al sistema jurídico y que desarrollen en principio —valga

¹³¹ *Ibid.*, p. 167 (las cursivas son del original).

la redundancia— la autonomía personal, la variedad y complejidad de los ámbitos de la vida que deben ser regidos por el derecho, precisan más que las facultades de los jueces; por lo demás, los jueces carecen del tiempo, experiencia e información que son requeridos para deliberar y escoger el contenido del derecho¹³². Y entonces la mirada debe centrarse en los legisladores, porque deben ser ellos quienes en primer lugar, al elaborar las leyes deben ser capaces de determinar su contenido en reglas, así como evaluar en todo momento su correspondencia con el fundamento ético que según Laporta se identifica como la autonomía personal y el cual, según la versión de democracia constitucional que he asumido, la integran esencialmente los derechos fundamentales.

2.3. El deterioro de la representación política

Como ya anteriormente mencionaba, Francesco Carnelutti había dado testimonio de la crisis de la ley desde 1930. En *La crisi della legge*, el célebre jurista italiano se había percatado que uno de los factores causantes del resquebrajamiento del derecho legislado guardaba relación con el problema de la idoneidad de los hombres llamados a construirlo. Este interés en lo que correspondía la antesala del derecho positivo —es decir, el proceso de creación de una norma—, era natural que no fuera advertido ni despertara preocupación por los abogados, destinados a trabajar con leyes ya hechas, ya vigentes. Escribía Carnelutti:

Estamos habituados a considerar en la formación de las leyes solamente la última fase del proceso... No sé por qué su preparación no se cuenta... La experiencia enseña que la idea, la cual viene a constituir el núcleo de la ley, es hecha no tanto por aquellos órganos del poder legislativo o ejecutivo a los que la constitución atribuye el oficio o el poder, sino por otros hombres. Detrás del legislador oficial, está el legislador de oficio. En derecho no cuenta nada, pero en los hechos la ley es suya...¹³³

¹³² Véase EKINS, Richard, *The nature of legislative intent*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 122.

¹³³ CARNELUTTI, “La crisi della legge”, *op. cit.*, pp. 173-174 (la traducción es mía).

Pues bien, ese proceso de preparación de la ley observado y enjuiciado hace más de ochenta años, ya en aprietos desde entonces (y a pesar de ello poco atendido en las décadas subsecuentes), debe ser seriamente considerado. Si en los apartados previos me he referido a las transformaciones del derecho de la democracia constitucional y a las dificultades que enfrenta el tradicional derecho legislado, todos ellos vistos desde el punto de vista de lo jurídico, ahora es necesario analizar el problema desde el punto de vista político en el contexto del modelo teórico estatal mencionado. De esta manera, la crisis antes mencionada la identifiqué principalmente como el deterioro de la representación política, la cual influye notablemente en el entendimiento y en el deterioro de los dos tópicos ya estudiados.

En los apartados siguientes, pretendo analizar las condiciones del medio político en el que se trata de instaurar el modelo teórico de la democracia constitucional. Según explicaré, esta realidad, en lugar de abonar a la credibilidad en los representantes populares que integran los órganos legislativos, reduce significativamente la 'dignidad' de su labor.

2.3.1. Autogobierno y democracia representativa

La idea del imperio de la ley tal y como se ha explicado, implica, entre otras cosas, el autogobierno y esto significa, en términos muy simples, que las personas se rijan por reglas que ellas mismas se impongan. Por esa razón, cuando un individuo se guía por sus propias determinaciones, se dice que es autónomo. Esta simpleza, llevada a un cuerpo compuesto por varios individuos, parece que pondría en peligro la autonomía de cada uno de ellos, puesto que su convivencia, en la realidad, requeriría la obediencia a ciertas reglas con las que no todos estarían de acuerdo. No obstante, este peligro sería aparente; una democracia vendría a garantizar un procedimiento en el que todos participasen en pie de igualdad. En ese sentido, incluso la minoría disidente tendría el deber de obedecer las decisiones adoptadas porque habrían sido tomadas conforme a la regla con la cual ella estuvo de acuerdo. Con esto, según parece, el autogobierno permanece.

Como el crecimiento de las sociedades haría prácticamente imposible la celebración de asambleas en las que todos interviniesen, se ha aceptado la regla inicial de elegir a representantes y que estos decidan las reglas que posteriormente se habrán de imponer¹³⁴. Aquí aparece diáfana la necesidad de la ficción consistente en que los representantes¹³⁵ deciden *como si fueran* el pueblo entero, porque son electos con un doble propósito, para reafirmar que quien los elige es el soberano (el pueblo) y para integrar un órgano de representantes plural, que haga patente la diversa composición de la comunidad y sean tomadas las decisiones considerando esas diferencias. Pero esta suposición se desbarata con facilidad.

En efecto, en el momento en que a pesar de seguirse la regla democrática (reducida a la regla de la mayoría sin matiz) se extiende un abismo entre los electores y los elegidos, la ficción se derrumba, porque el pueblo pierde su interés o es marginado de los asuntos públicos que dirigen a su antojo los representantes. Por estos motivos, Hans Kelsen, al manifestar un sentir de «agonía» por parte de los parlamentos, indicaba con rotundidad que era falsa y poco sostenible la idea de legitimarlos bajo la idea de ser representantes de la soberanía del pueblo,¹³⁶ pues era imposible formar la voluntad de este con un órgano como aquel. Lo anterior cambiaba si, por el contrario, se fundamentaba su legitimidad en la idea de procurar la libertad política y en la necesidad de las sociedades modernas de diferenciar el trabajo. Pero necesariamente, en tanto que la idea política que estaba detrás de estos órganos colegiados era la democracia, era posible y aún más preciso que sin acudir a la ficción de la representación, se superase la agonía

¹³⁴ Aunque aquí se presenta la democracia representativa como una consecuencia lógica del número de habitantes, no es posible dejar de observar que este haya sido su principal argumento. Como señala Félix Ovejero, lo que se esgrimía en un principio era la mayor competencia de los elegidos. Cfr. OVEJERO, Félix, *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo*, Madrid, Katz Editores, 2008, p. 39

¹³⁵ Hay que precisar que los 'representantes' no son únicamente los 'legisladores', sino en realidad cualquier persona elegida para tomar parte en las principales deliberaciones políticas, ya sea un órgano legislativo, un presidente o incluso un juez, no obstante, aquí lo estaré constantemente refiriendo al primer caso en virtud del objeto de esta investigación. Tomo esta precisión de BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, 3ª ed., trad. de José Fernández Santillán, México, FCE, 2005, pp. 51 y 52.

¹³⁶ Cfr. KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, 2ª ed., trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, México, Colofón, 2005, pp. 52 y 53.

mediante la reforma del parlamento con la finalidad de intensificar sus elementos democráticos, creando instrumentos que permitiesen la participación del pueblo.¹³⁷

Coincido con esta reforma del parlamento, pero considero que este planteamiento de desechar la ficción de la representación no es correcto. Si las ideas, los modelos teóricos, están limitados por la realidad social donde se desean implantar, hace falta concluir que la idea de la plena libertad política de cada miembro del pueblo es una idea también sujeta a ser mermada por la realidad social. La idea de la representación popular procede a pasar por el mismo filtro; y en este sentido, no creo que Kelsen, en el fondo, la hubiera rechazado. Él mismo señala que, no obstante la voluntad no sea representable, «hace falta interpretar que la voluntad de los elegidos traduce la de los electores».¹³⁸ Y esta necesidad, si bien no procede de una consecuencia lógica, parece que sí la deriva de una consecuencia social. Kelsen parece expresarse con mayor precisión cuando afirma: «la conciencia de que la ley que uno tiene que acatar ha sido formada por sus elegidos, y que se ha llegado a ella con su asentimiento, o siquiera con su participación, más o menos influyente, crea cierta *predisposición a la obediencia*».¹³⁹ Así las cosas, creo que la ficción de la representación popular debe seguir siendo uno de los elementos principales que sustenten la legitimidad de los órganos legislativos.

Si aún es posible conservar esta ficción, ¿qué debe hacerse para evitar la apertura de un abismo entre los electores y sus elegidos? Para evitar el distanciamiento, dos han sido las teorías que han tenido por objeto determinar el tipo de representación con la que los legisladores cuentan. La primera de ellas es la del mandato directo o imperativo, según la cual los representantes son verdaderos mandatarios avocados a hacer lo que sus electores les ordenan y les permiten. La segunda es la del mandato libre, en la cual los representantes no quedan sujetos a las determinaciones de sus electores sino que permanecen independientes y libres de ellos.

¹³⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 64.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 117.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 95.

De las dos, es la teoría del mandato libre la cual distingue, según Ernesto Garzón Valdés, al parlamento moderno de las antiguas representaciones estamentales¹⁴⁰; de hecho, la totalidad de las constituciones liberales la asumen. Y posiblemente se vea en esta falta de sujeción de los legisladores, la causa de los males de ilegitimidad que padecen; pero esto no es del todo exacto.

Si se sigue la lógica que hay detrás del autogobierno, lo más congruente sería sostener el mandato imperativo, porque si el Estado se justifica por el consentimiento de las personas, los representantes estarían obligados a hacer cuanto deseen sus representados¹⁴¹. No obstante, este razonamiento estaría dando por sentado que todos los ciudadanos, tanto representantes como representados, cuentan con la competencia básica (conocimiento de datos relevantes) para tomar decisiones. Sin embargo, la profesionalización de la política ha dado lugar a que sean, en principio, ciertas personas quienes, se supone que merced a su preparación, tienen la competencia básica para ser representantes y para tomar decisiones. Conforme a este argumento, los legisladores tienen el deber de actuar en interés de todos sus representados y no ya en función de los deseos de los mismos, pues los deseos de unos no necesariamente implican la respuesta adecuada a un determinado problema que afecta a la comunidad; los legisladores, por ello, representarían los intereses generales y no los particulares. De este modo, no es el mandato imperativo, sino libre, el que ellos deben ostentar.

Me parece que este argumento, aunque se apega a la realidad (no todas las personas cuentan con la información necesaria para tomar decisiones, a muchos no les interesa la política, el conocimiento de las cuestiones públicas es irregular entre el grueso de la población y por tanto sus deseos no pueden vincular a sus representantes puesto que ellos sí tienen —o se supone deberían tener— un mayor conocimiento de las circunstancias), tiende a fomentar un paternalismo legislativo; es decir, se propicia la consideración de los legisladores como personas más competentes para determinar lo que es mejor para una ciudadanía integrada por personas que son incompetentes para la toma de esas decisiones.

¹⁴⁰ Cfr. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Representación y democracia...*, op. cit., p. 149.

¹⁴¹ Cfr. *Ibid.*, p. 155.

Pero que los legisladores sean los competentes básicos, no deja de ser una suposición bastante ingenua. Pensar que ellos gozan de lucidez y racionalidad y que por eso están en mejores condiciones que el resto de la población para la toma de decisiones, es algo muy discutible y nada más alejado de la realidad. Al menos en nuestro país, para ser legisladores no se exige contar con algún título profesional; tampoco se exige que las personas que los asesoran tengan la capacidad para brindarles la información de la cual carecen.

Asimismo, piénsese que en los hechos parece que no son los legisladores sino otro tipo de actores los que gozan de esa competencia básica. Así, por ejemplo, la constante labor de cabildeo ya sea de organizaciones de la sociedad civil o de grupos económicos muy influyentes, dan muestra que en una diversidad de ámbitos, los representados están más informados que los representantes.

De la mano de lo anterior, el mandato libre encuentra dificultades porque además de los intereses de los electores, los representantes se enfrentan con los de su partido, con lo cual tal especie de mandato tiende a debilitarse. Bobbio afirmaba que « [j]amás una norma constitucional ha sido tan violada como la prohibición de mandato imperativo; jamás un principio ha sido tan menospreciado como el de la representación política»¹⁴², y esto lo decía porque los representantes, ya no obedeciendo a sus electores, ahora lo hacían (y lo hacen) representando los intereses del partido, la corporación o sector que los impulsa. La existencia de los grupos parlamentarios y las penalizaciones y prohibiciones de quienes luego de ser electos cambian de partido o renuncian al mismo (prácticas todas que se conocen como «transfuguismo político»), parece que tratan de decir que aunque prohibida, es necesaria o inevitable la representación de intereses.

Nótese que, después de todo lo señalado, no es posible afirmar la entera competencia de los legisladores para tomar decisiones, ni mucho menos es posible afirmar la entera incompetencia de los ciudadanos para participar en ellas. Por lo anterior, una forma de evitar las consecuencias nocivas de uno y otro tipo de mandatos ha sido la de incluir en los procedimientos legislativos, mecanismos de democracia directa como las consultas, los plebiscitos o los referenda, los

¹⁴² BOBBIO, Norberto, *El futuro...*, op. cit., p. 31.

cuales propician (o tendrían que propiciar) que la brecha entre representantes y representados se aminore. Asimismo, se señalan como requisitos de la democracia, el derecho a la información y las obligaciones de transparencia por parte de las entidades públicas. Con esto, el debate que tiene lugar en los órganos legislativos se enriquece; de ahí que, además, sea necesario que la ciudadanía tenga a su disposición información con la finalidad de que los interesados —y que se encuentren en condiciones de interpretarla como los expertos en ciertas materias— puedan aportar sus conclusiones¹⁴³.

Pero me parece que se puede plantear otra solución adicional ante el simple mandato libre con la también simple esperanza de que los legisladores actúen como los competentes básicos para dirigir los negocios públicos. Creo posible que tal mandato debe ser acompañado de un complejo diseño institucional que permita mantener ceñidos a los representantes no con el cinturón de los deseos de sus representados, sino con el de los deberes determinados por la Constitución. Pero de esto me ocuparé más adelante.

2.3.2. El diseño institucional de la democracia moderna

Si a la falta de representatividad se añaden los problemas de corrupción y el precario funcionamiento de las instituciones públicas que arrojan resultados positivos para los poderosos, el resultado es fatal. Y es que esto no es ninguna sorpresa. Desde siempre el empleo, la seguridad y la educación, por mencionar algunos, han sido notables indicadores de la salud de cualquier pueblo y la calidad del quehacer político, pues la satisfacción de las necesidades básicas permite a las personas interesarse por los negocios públicos, toda vez que no les parece un desperdicio destinar tiempo a aquello que de manera inmediata tal vez no les resultará totalmente beneficioso, solidarizarse con causas ajenas, organizarse para impulsar sus demandas y exigir rendiciones de cuentas a sus representantes.

Pero si lo fundamental no es garantizado, la participación pública se torna poco rentable y la legitimidad de las instituciones que se supone tienen

¹⁴³ Cfr. OVEJERO, Félix, *op. cit.*, pp. 26, 27 y 340.

justificación si protegen y garantizan la esfera individual de las personas, se vuelve inexistente; no es extraño por tanto, que la posibilidad de participar en los negocios públicos (generalmente adscrita a la cualidad de ser ciudadano) haya nacido como un privilegio solamente de quienes estuvieran en condiciones de hacerlo¹⁴⁴ y menos aún, que la democracia hubiera sido la forma de gobierno menos predilecta por los filósofos de la antigüedad grecorromana. Con estos factores, se viene abajo la legitimidad de la labor política y, con ella, todo modelo democrático constitucional que pretenda ver al pueblo como soberano y al órgano legislativo como su representante.

Por supuesto, ninguno de los problemas mencionados es ajeno a ninguno de los Estados contemporáneos, mas suponer que son «daños colaterales» que en mayor o en menor medida causa el diseño institucional democrático representativo, me parece algo insostenible. Roberto Gargarella ha sido uno de los teóricos que han asumido la tarea de reflexionar acerca de las causas que hoy originan la falta de relación estrecha entre los representantes y sus electores y la falta de legitimidad que entonces se origina y ha concluido que uno de los factores ha sido el fracaso de la maquinaria institucional implementada en las democracias constitucionales¹⁴⁵.

Al menos en aquellos países donde se adoptaron las instituciones fraguadas por el constitucionalismo norteamericano (principalmente las naciones latinoamericanas, como México), el modelo de pesos y contrapesos redujo notablemente el de la separación estricta de los poderes con un especial énfasis

¹⁴⁴ Entre los griegos, por ejemplo, aunque quienes podían ser ciudadanos variaban considerablemente de *polis* a *polis*, era algo generalizado que tan solo los ciudadanos que gozaban de una adecuada posición económica y social, como ser terrateniente o portar el armamento hoplita, pudieran tener injerencia alguna efectiva en las decisiones públicas; únicamente una radical democracia como la ateniense concedió derechos políticos incluso a los que no tenían tierra. Las mujeres, sobra decir, estaban imposibilitadas de tener cualquier participación. Por su parte, en Roma el *status* de ciudadano no fue uniforme en todas las épocas de su historia pues las distinciones en clases privilegiadas e inferiores tuvieron una importancia relevante, de tal manera que únicamente una minoría patricia gobernante era quien de forma plena ejercía con toda propiedad los derechos políticos que la ciudadanía les condecía. Véanse, respecto de los griegos a OSBORNE, Robin, *op. cit.*, pp. 56-57; por lo que a los romanos concierne: MAY, Gaston, *Éléments de Droit Romain a l'usage des étudiants des Facultés de Droit*, 13a. ed., Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920, p. 93.

¹⁴⁵ Cfr. GARGARELLA, Roberto, "Una maquinaria exhausta. Constitucionalismo y alienación legal en América", *Isonomía*, núm. 33, octubre de 2010, p. 8.

en la participación de la ciudadanía desarrollado por el constitucionalismo francés. Y esto sucedió porque el objetivo de los padres fundadores de los Estados Unidos de América fue la creación de un orden político estable a partir de la constatación de la naturaleza egoísta del ser humano y de la existencia de facciones con intereses diversos e irresolubles. La solución fue crear «diferentes herramientas institucionales para disponer de aquellos materiales en pos de objetivos más nobles»¹⁴⁶. Por ello, el sistema de frenos y contrapesos permitiría enfrentar el interés de cada funcionario de ampliar sus poderes con el mismo interés de los demás, obligándolos a pactar. Remediado el problema con este control intrasistémico, se rechazaría cualquier otro de carácter externo en el que tuvieran participación los ciudadanos, pues además, se partía de una abierta y franca desconfianza hacia ellos¹⁴⁷. De ahí que se hubiera enarbolado más por desconfianza que por imposibilidad, una democracia representativa.

Dos problemas de este esquema institucional me interesa destacar por su incidencia en el deterioro de la representación política de los legisladores en las democracias modernas; en primer lugar, la viabilidad del sistema de pesos y contrapesos y, en segundo, la democracia representativa que este sistema sustenta.

Viabilidad del sistema de pesos y contrapesos. Siguiendo la crítica que al respecto ha hecho Roberto Gargarella, dos son los déficits de este sistema¹⁴⁸. El primero se refiere a la errónea idea que del conflicto de intereses se podría lograr un beneficio para todo el pueblo, porque las ramas del gobierno podrían coaligarse para incrementar únicamente sus beneficios; la aprobación de las normas —dice el profesor argentino—, podría comenzar a depender menos de las buenas razones y más de los beneficios privados o favores que se distribuyen a cambio de su aprobación. El segundo déficit se refiere a los resultados poco atractivos de la injerencia de muchas manos en la toma de decisiones causada por las diversas

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 11.

¹⁴⁷ Cfr. GARGARELLA, Roberto, *Crisis de la representación política*, México, Fontamara, 2002, (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 53), pp. 50-51.

¹⁴⁸ Cfr. GARGARELLA, Roberto, “Una maquinaria...”, *op. cit.*, pp. 25-26.

instancias que se controlan entre sí, pues en vez de pulirlas, amenazan con hacerles perder su sentido original.

Hay que hacer algunas precisiones al respecto. No es que se pretenda ocultar la existencia de intereses; al contrario, es una realidad. Sin embargo, Gargarella considera que las minorías, con este sistema, se empoderan hasta quedar en pie de igualdad con las mayorías y tener que pactar cualquier decisión, lo cual, nos dice, no es propio de una democracia más o menos sensata. No obstante, esta crítica me parece un poco parcial, porque el profesor argentino no toma en cuenta que la protección de los derechos fundamentales plantea ámbitos en los que las mayorías no tienen poder de decisión y a causa de lo cual una minoría, incluso un individuo, imposibilitaría la actuación de una mayoría.

Por otra parte, aunque la idea de que sean varias personas las que intervengan en el proceso de elaboración de las leyes nos haría pensar que el resultado sería positivo, lo cierto es que ello sería viable en un sistema que favoreciera la deliberación, pero el sistema de pesos y contrapesos prefiere las concesiones, las negociaciones¹⁴⁹.

Democracia representativa del sistema de pesos y contrapesos. Las dos deficiencias anotadas al modelo de pesos y contrapesos producen un alejamiento de la población de sus representantes porque las únicas voces que se escuchan son las de cuyos intereses se encuentran representados. Con razón dice Félix Ovejero que «la democracia moderna está pensada para operar con ciudadanos ignorantes y egoístas, despreocupados por la cosa pública»¹⁵⁰. El diseño institucional, afectado por los controles internos, desarma a la ciudadanía,

¹⁴⁹ Mientras escribo estas líneas, recuerdo una noticia publicada en *El País* acerca de la reforma migratoria en los Estados Unidos. Según el reportaje, la negociación que hasta este momento se había llevado a cabo había incorporado enmiendas que reconocían los intereses tanto de demócratas como de republicanos. Esa negociación había llevado al senador Leathy, uno de los demócratas impulsores de los derechos de los homosexuales, «a retirar su propuesta para que los estadounidenses casados con un extranjero del mismo sexo puedan solicitar su permiso de residencia. Conservadores como Rubio habían advertido que en el caso de incluir esa propuesta, retirarían completamente su apoyo a la legislación». Así pues, nótese que se trata de una simple y llana negociación sin diálogo, sin tener alguna intención de intercambiar ideas y el mejoramiento de las reformas que se impulsan. PEREDA, Cristina, F., “El apoyo a la reforma migratoria de EE UU augura una victoria en el Senado”, en *El País*, Internacional, 22 de mayo de 2013.

¹⁵⁰ OVEJERO, *Incluso un pueblo...*, op. cit., p. 19.

obstaculiza la participación política de las mayorías, y dificulta el control y una efectiva rendición de cuentas. Peor: aun cuando los medios de comunicación en nuestros días han permitido una ciudadanía más activa, los mecanismos institucionales son incapaces de responder a sus reclamos.¹⁵¹ Todos estos defectos conducen a lo que Gargarella denomina «alienación legal», es decir, una situación en la que «una mayoría de la población deja de reconocer en la organización constitucional un orden que expresa más o menos adecuadamente su voluntad, para pasar a considerar a la misma como algo ajeno, que no viene a servir al autogobierno personal y colectivo, sino a dificultarlo. El aparato constitucional resulta, en tal sentido, un obstáculo y no un medio para el logro del autogobierno»¹⁵².

2.3.3. La democracia constitucional, los órganos legislativos y la representación política

Hasta aquí se ha mencionado que la principal causa del deterioro de la representación política ha tenido relación con el diseño institucional de la democracia liberal toda vez que ha incorporado elementos del sistema de pesos y contrapesos que dificultan en estricto sentido y limitan sin mucha razón el propósito de una democracia real, que es la participación de las personas en la vida pública. Pero a partir de las directrices que determinan a la democracia constitucional equilibrada, debe concluirse que hay graves deficiencias en las

¹⁵¹ En la Ciudad de México, por ejemplo, a pesar de estar regulada la 'iniciativa popular', los requisitos que deben colmarse para la presentación de la misma son irrisorios, no por su sencillez, sino por su dificultad extrema. Conforme al artículo 41 de la vigente Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal, entre otros requisitos, debe recabarse un total de firmas equivalente al 0.4% de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, es decir, 28 mil 872 firmas de conformidad con el registro del proceso electoral 2011-2012. Además del número, los ciudadanos que lograsen hacer llegar una iniciativa de ley, tendrían forzosamente que enfrentar el complejo y misterioso proceso legislativo en el que, sin mayor problema, puede hacerse uso de la vulgarmente llamada 'congeladora', es decir, que la iniciativa se quede estancada en el análisis de la Comisión que se conforme para su estudio en particular. Como es de suponerse, en los años que lleva esta institución, tan solo se han presentado dos iniciativas de este tipo.

¹⁵² GARGARELLA, Roberto, "Una maquinaria...", *op. cit.*, pp. 31-32.

instituciones con las que pretende operar y que deben atenderse para posibilitarla, por lo que tres observaciones tienen que ser anotadas.

En primer lugar, la democracia constitucional gira en torno al individuo y su caracterización como persona moral autónoma. Esta consideración de carácter ético, lleva a aceptar la igualdad de todas las personas y a preferir necesariamente en el ámbito de lo político, el autogobierno. Así que, afirmar esto y luego decir que hay incompetentes básicos o prejuzgar a las personas como ineptas o egoístas y que por ello debe preferirse una estructura institucional basada en el hermetismo y en la exclusión de sus gobernados, no guarda coherencia en lo absoluto. Por eso, no es extraño que con la democracia vayan aparejadas las exigencias de publicidad e inclusión.

Concatenado con lo anterior, y con esto paso a la segunda observación, los límites que el radical constitucionalismo de origen norteamericano ha interpuesto a la democracia, han rebasado por mucho los que aquí se han expuesto como justificados, *i.e.* los derechos fundamentales. Por esa razón, un mecanismo institucional, en la medida en que limita y dificulta la participación popular más allá de lo justificado, debe ser necesariamente cuestionado. Siguiendo a Bayón, quien se apoya en las ideas de John Rawls, si se parte de considerar la participación democrática como intrínsecamente valiosa, todo mecanismo contramayoritario (en particular me refiero a los jueces) es, en principio, *disvalioso* y necesita justificación, misma que debe ser argumentada en razón de que dicho mecanismo tenga mayor aptitud para proteger no solo el derecho a participar, sino también el resto de los derechos¹⁵³. A la luz de lo anterior, la dificultad estriba, más allá de elegir entre la preponderancia del parlamento o de los jueces, en incorporar mecanismos de democracia directa y de hacer más efectivos los ya existentes¹⁵⁴.

¹⁵³ Cfr. BAYÓN, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 49.

¹⁵⁴ No es aquí mi objetivo analizar estos mecanismos de democracia directa en los que se procure una mayor participación del pueblo en los asuntos públicos. Respecto de este tema, uno de los autores contemporáneos que parten de las ideas republicanas para analizar lo anterior es Philip Pettit, quien ha reflexionado acerca de los requerimientos que deben ser satisfechos para lograr un efectivo control de los ciudadanos si el gobierno desea ostentarse como legítimo. Véase PETTIT, Philip, *On the people's terms. A republican theory and a model of democracy*, Oxford, Clarendon Press, 2012.

Por último, si las personas deben ser consideradas autónomas y deben preferirse en principio los mecanismos mayoritarios en las decisiones políticas, es el órgano legislativo compuesto por los representantes del pueblo que ameritan una especial atención. ¿De qué manera se deben cumplir estas dos premisas? Los legisladores (y todas las instancias del gobierno) deben decidir y actuar con la consigna de que su obrar podrá ser visto y analizado por los ciudadanos y por ello, tal vez llamados a rendir cuentas. Si en el caso de las instancias del poder que tienen un menor grado de legitimidad democrática les son exigidas transparencia, imparcialidad y racionalidad en sus decisiones, a las legislaturas no les puede bastar su completa legitimidad democrática para esquivar estas exigencias, pues no dar explicaciones acerca de sus actos ante el pueblo es sinónimo de considerarse plenamente como los soberanos (cuando en realidad son representantes) y desdeñar la autonomía e igualdad de los ciudadanos al no considerarse obligados a darles las debidas explicaciones de su actuar.

2.4. Conclusiones

Parece que la lectura del *status quo* arroja razones para que no sea el populacho legislativo quien lleve las riendas de la producción jurídica y que hoy en día sean los jueces los garantes de la complejidad estructural del derecho como sugiere Zagrebelsky¹⁵⁵. Sin embargo, quedarse únicamente con esta lectura nos haría caer en lo que autores como Luis Prieto Sanchís¹⁵⁶ y Juan Carlos Bayón¹⁵⁷ han

¹⁵⁵ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 153.

¹⁵⁶ Véase PRIETO SANCHÍS, Luis, "Parlamento y Constitución", *op. cit.*, pp. 16-18. Dice este autor:

«...conviene observar que todo el régimen constitucional y parlamentario reposa en una ficción o, mejor dicho, en varias ficciones...

«...Existe una primera ficción en suponer que la Constitución es la expresión de la voz del pueblo soberano... que en algún momento histórico el pueblo, reunido en una suerte de situación ideal de diálogo a lo Habermas, haya producido un texto constitucional... Abandonada la ficción, si entendemos que la Constitución es obra de los propios órganos del Estado que se autolimitan graciosamente, el vigor de todo el edificio constitucional se resiente de modo muy notable...

«Constatada la ficción, parece que gana fuerza la objeción democrática. Si resulta que ni siquiera el pueblo del pasado acordó su Constitución, ¿cómo pretende imponerse al pueblo del presente y del futuro? El problema es que también esa objeción contramayoritaria reposa en una ficción no menos llamativa, que me parece que algunas veces resulta obviada en las críticas al

identificado dentro de las críticas al constitucionalismo y a la democracia, como «falacias de asimetría», consistentes en comparar los mejores rasgos de uno de los objetos parangonados con los peores del otro. Como se ha visto en cada uno de los temas arriba analizados —el tipo de derecho de la democracia constitucional, las crisis de la ley y de la representación política—, aunque hay fuertes argumentos en contra de los legisladores, también los hay en contra de los jueces, de ahí que ninguna de las dos figuras permanezcan incólumes.

Sin duda ha habido un gran desarrollo del derecho producido por los jueces y ellos poco a poco se especializan y hacen con mayor acierto su trabajo; en ello está en juego su legitimidad democrática sustantiva. Pero me parece que, seguir dejando todo el gran peso del entendimiento y corrección del derecho legislado a ellos, no ocasiona otra cosa más que el fomento de una irresponsabilidad de los legisladores con la consecuente reducción o nulidad de su legitimidad democrática sustantiva.

Como con frecuencia sucede, los legisladores emiten sus leyes y no del todo se preocupan por los efectos que puedan producir o de la inconstitucionalidad de la que pudiesen estar afectadas, dado que hay siempre una instancia judicial

constitucionalismo en un ejercicio de cierta asimetría, dado que se censura la realidad desde el ideal democrático. Bien es verdad que en la defensa del constitucionalismo a veces ocurre a la inversa: se parte del ideal de la Constitución como expresión del poder constituyente del pueblo para luego limitar la realidad de la siempre insatisfactoria democracia representativa, despojada ésta de los atributos legitimadores de la voluntad general».

¹⁵⁷ Véase BAYÓN, Juan Carlos, “Democracia y derechos...”, *op. cit.*, p. 38. Al respecto, dice Bayón:

«...se insiste a menudo en que las mayorías parlamentarias no son el mejor vehículo para la protección de los derechos porque están interesadas por encima de todo en que la mayoría popular les reelija: así que tendrían fuertes incentivos tanto para manipular estratégicamente en su favor los derechos políticos, como para ponerse sistemáticamente del lado de la mayoría popular ‘en cualquier disputa seria acerca de los derechos de una minoría contra ella’. Mientras que los jueces constitucionales, según suele decirse, ocupan una posición institucional que les haría inmunes a ese tipo de presiones o incentivos políticos a corto plazo, lo que, unido a otras circunstancias (que hayan de motivar adecuadamente sus decisiones, que no controlen su agenda, que puedan plantear sus pretensiones ante ellos minorías marginales en el proceso democrático ordinario...), haría de ellos un cauce mucho más idóneo para que los derechos alcancen una protección satisfactoria.

«Pero este tipo de argumentos comparativos deben formularse con mucho cuidado para evitar lo que cabría denominar “falacias de asimetría”, esto es, comparaciones de los peores rasgos o de la descripción más pesimista posible de uno de los actores cuyas posiciones institucionales se están contrastando, con los mejores rasgos o la descripción más idealizada del otro».

para que los ciudadanos las impugnen y ahí se resuelva, se explique y se haga claro lo que hicieron los legisladores bajo su más leal saber, entender y sobre todo interés. En palabras de Tushnet: «[l]a proyección judicial a veces promueve la falta de observancia legislativa de la constitución. Los legisladores pueden decirse a sí mismos, ‘¿por qué tendría que preocuparme por interpretar la constitución, menos aún de forma correcta, cuando de todos modos los jueces van a terminar por dar la interpretación última?’»¹⁵⁸ Se supone que los legisladores deberían actuar conforme a la Constitución, pero los incentivos reales para ello son pocos. Aunque los objetivos puedan estar compartidos, no siempre sucede lo mismo con los medios y estos son los que pueden contravenir disposiciones constitucionales.

De la mano de esta falta de responsabilidad legislativa, parece absurdo pretender que los jueces den un tratamiento racional a algo que fue hecho sin raciocinio. Si a los legisladores no se les exige más responsabilidad y no hay alguna suerte de control en el procedimiento legislativo que no sea jurisdiccional, los jueces pueden hacia el futuro seguir tratando de operar racionalmente lo que irracionalmente pudo ser creado sin que haya un remedio *ab initio*.

Considero que esto no tiene que ser así; no creo que la legitimidad democrática de origen que los legisladores detentan excluya o imposibilite su legitimidad democrática sustantiva; menos aún, la legitimidad formal tampoco es suficiente para sostener la institución legislativa dentro del marco de una democracia constitucional equilibrada. De hecho, las crisis a las que me he referido en este capítulo, indican un sinnúmero de problemas que afectan tanto a la legitimidad democrática formal como a la legitimidad democrática sustantiva de los legisladores. No obstante, en los subsecuentes capítulos trataré de proponer

¹⁵⁸ TUSHNET, Mark, "Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design", en BAUMAN, Richard W. y KAHANA, Tsvi (Eds.), *The least examined branch: The role of legislatures in the Constitutional State*, New York, Cambridge University Press, 2006, p. 357 (la traducción es mía). Hay que precisar que Mark Tushnet, al examinar la consideración del rol de actores no jurisdiccionales en la interpretación de la Constitución, señala que se necesita buscar un parámetro conforme al cual sean evaluados todos los intérpretes, tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales. No obstante, como él mismo lo señala, «[v]arios, quizá muchos académicos de derecho constitucional, expresan un profundo escepticismo acerca de la habilidad de las legislaturas para realizar la tarea de una interpretación adecuada» (p. 356). De conformidad con esta opinión, una opción que quedaría es dejar la interpretación en mano de los jueces, pero esta solución ocasiona que los legisladores sean liberados de la responsabilidad de esforzarse para interpretar *bien* la Constitución.

desde la teoría jurídica, alguna forma de aumentar la legitimidad democrática sustantiva de los órganos legislativos que contribuya al fortalecimiento de tales instituciones como piezas fundamentales en la construcción del derecho en las democracias constitucionales actuales.

CAPÍTULO III

LA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN Y LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Se han mencionado ya los preceptos de la democracia constitucional equilibrada y se ha hecho también referencia, según se observa en la vida cotidiana, a la crisis en la cual se halla inmersa la institución legislativa. En virtud de ello, se precisa de una revisión del rol que el órgano legislativo desempeña dentro de este nuevo paradigma del Estado moderno y sobre todo, dentro de la formación del derecho.

El problema puede ser planteado de la siguiente manera. Los legisladores, según se dijo en el Capítulo I, cuentan con la legitimidad democrática de origen, y los jueces constitucionales, al no contar con ella o ser esta de segundo grado (no son electos por el pueblo, pero sí por un órgano que sí cuenta con legitimidad democrática de origen), adquieren su legitimidad a partir de las funciones que desempeñan. A grandes rasgos, las decisiones de los legisladores son válidas, en principio, porque deciden representando al pueblo que los eligió. Pero las decisiones de los jueces, por otra parte, son válidas porque respetan las reglas que el legislador determinó y porque, para subsanar la falta de legitimidad de origen de aquel, se formulan atendiendo a esquemas argumentativos a partir de los cuales cabe hablar de cierta racionalidad. Esta particular forma de decidir de

los jueces ha hecho posible que sean ellos quienes declaren la invalidez de las leyes, no las apliquen por ser inválidas o incluso obliguen al legislador a que legisle sobre determinada materia.

Que los jueces estén en posición de hacer todo esto, provoca que los legisladores actúen sin responsabilidad para garantizar la validez material de sus actos; la legitimidad de origen no parece ser en los hechos un freno lo suficientemente fuerte para seguirse acciones sustancialmente legitimadas; ya en el capítulo anterior se ha señalado cómo la ausencia de esta otra legitimidad redundaba en el quebranto de la institución legislativa. Lo anterior puede resumirse diciendo que los legisladores gozan de legitimidad de origen y los jueces no, pues estos últimos no son electos democráticamente; pero los legisladores no gozan de legitimidad en su actuar y los jueces sí, o al menos es mucho menor en el caso de los primeros.

Esta relación me parece que no es congruente con la democracia constitucional equilibrada porque tal diseño no puede aceptar que a los legisladores les baste con la simple legitimidad de origen, sino que su importancia requiere que también cuenten con legitimidad en su labor. ¿De qué manera sería posible proporcionar a los legisladores este tipo de legitimidad?

3.1. La legitimidad de los legisladores

Antes de avanzar en la contestación de la interrogante dejada arriba, es necesario primero indicar brevemente lo que por 'legitimidad' quiero dar a entender, puesto que sus especies (legitimidad de origen y legitimidad sustancial) son claves para entender mejor el problema arriba señalado.

Héctor González Uribe, en su *Teoría Política*, señala que quienes dominan los sistemas políticos que rigen a los Estados, además de buscar actuar con eficacia y seguridad, buscan también la legitimidad de sus acciones. 'Legitimidad' se refiere, en este caso, a que «cualesquiera que sean los medios empleados para resolver un conflicto político, la decisión que se toma sea aceptada por la mayoría de la población no sólo por miedo al castigo, sino por la creencia de que

está justificada moralmente»¹⁵⁹. Nótese que la legitimidad, para ser considerada como tal, no requiere para su subsistencia ser conforme con una norma o sistema jurídico y mucho menos con cierta 'justicia pública' definida en términos de lo jurídico (como podría ser que una norma por ser jurídica, es justa); sino que la legitimidad requiere únicamente de la aceptación mayoritaria de la población, aceptación que, al no depender de ningún criterio objetivo como una norma jurídica, perfectamente es compatible con una concepción subjetiva de la justicia.

En ese sentido, esta noción de legitimidad se aproxima a la que de manera más reciente ha sostenido Philip Pettit. Según este autor, mientras que la justicia es la búsqueda de satisfacción de demandas en las relaciones horizontales entre los ciudadanos, la legitimidad pretende ser la satisfacción de las demandas en las relaciones verticales entre la ciudadanía y el Estado¹⁶⁰. En el primer caso, la justicia requiere de leyes sobre las cuales el pueblo se forme expectativas mutuas de su comportamiento, de tal suerte que si alguna ley en cierto momento falla, el pueblo tiene razones para cumplir con la ley, porque sabe que en general el orden jurídico es justo. Pero en el segundo caso, la legitimidad no necesita a las leyes, sino la aceptación del pueblo de una decisión que le es impuesta. Por supuesto que la legitimidad requiere de una medida de justicia, y la justicia una medida de legitimidad, pero ambas cosas tienen diferentes objetivos, por lo que los Estados pueden tener una y carecer de la otra.

Ahora bien, la legitimidad evaluada a la luz de una teoría normativa como la democracia constitucional¹⁶¹, impone diferentes matices. Esta teoría, como ya se ha señalado, hace referencia tanto a elementos formales como sustantivos que permiten configurar un conjunto de pautas mínimas que en lo público toda persona debería aceptar para lograr una convivencia pacífica dentro de la comunidad y de

¹⁵⁹ GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Teoría política*, México, Porrúa, 1972, p. 274.

¹⁶⁰ Cfr. PETTIT, Philip, *op. cit.*, pp. 130, 299 y 300.

¹⁶¹ Dice González Uribe: «Una ayuda de la que se sirven los líderes de las agrupaciones políticas para mantener su influencia es, pues, la legitimidad. Pero para sostenerla tratan de elaborar un conjunto más o menos coherente y perdurable de principios doctrinales, que expliquen y justifiquen su manera de gobernar. A ese conjunto doctrinal suele denominársele con el nombre genérico de *ideología*» (*Ibid.*, p. 275). La democracia constitucional implica una cierta ideología, pero a diferencia de los regímenes totalitarios, no busca imponerse sino que busca su aceptación voluntaria y se mantiene por decisiones renovadas de la ciudadanía.

ese modo lograr el plan de vida que mejor considere. De este modo, las decisiones de toda autoridad pública se vuelven aceptables, y por ello son legítimas, cuando respetan esas pautas que toda la comunidad se supone que respeta y que exige sean respetadas. La legitimidad, en estos términos, se podría definir como la congruencia que guarda una decisión emanada de una autoridad pública con los postulados de la democracia constitucional.

Comprendido lo anterior, cuando me refiero a la legitimidad de origen y a la legitimidad sustancial, hago énfasis en dos características de la democracia constitucional con las cuales las decisiones políticas se vuelven congruentes. La primera de ellas tiene que ver con que quienes deciden han sido electos por la mayoría de la ciudadanía, es decir, de acuerdo con la democracia formal. Conforme a la legitimidad de origen, toda decisión emitida por una autoridad pública es legítima porque quien la tomó fue una persona electa por la mayoría de la ciudadanía, por lo que debe ser aceptada. ¿Qué sucede con aquellas personas que sin ser electas por el pueblo ejercen autoridad sobre él? En este caso, si bien no fueron electas por la ciudadanía, fueron designadas conforme a las leyes que aprobaron quienes sí fueron electos por aquella, por lo que al menos gozan de cierto grado de legitimidad de origen.

La segunda, *i.e.* la legitimidad sustancial, se encuentra relacionada con el contenido en sí de las decisiones tomadas y el respeto de la democracia sustancial. En ese sentido, toda decisión estaría legitimada siempre y cuando el contenido de las decisiones respetara o fuera congruente con los derechos y valores que protege la democracia constitucional, lo que en otros términos se conoce como democracia sustancial. Según se observa, si la democracia constitucional postula la observancia de los anteriores elementos por parte de todo el Estado (lo cual implica a todas las autoridades del mismo), solo quien tome una decisión con arreglo a lo anterior, habrá de gozar de legitimidad sustancial.

Me parece que se ha dado por entendido que toda autoridad pública que no haya sido electa directamente por el pueblo, debe suplir su déficit de legitimidad de origen con un alto grado de legitimidad sustancial. Y también se ha dado por entendido que quien goza de legitimidad de origen, no necesariamente debe

cumplir con la legitimidad sustancial. Sin embargo, a la luz de la democracia constitucional, esto debe ser entendido de otro modo: independientemente de si fueron o no electas por la ciudadanía, todas las autoridades del Estado deben preocuparse por su legitimidad sustancial, y esta debe ser exigida a todas por igual. Los órganos legislativos, entonces, no pueden conformarse con su legitimidad de origen.

Ahora bien, la legitimidad sustancial y la justicia objetiva (indicada en los términos genéricos) que pueda concebirse están separadas por una línea muy delgada, pero para evitar su confusión no puede dejar de observarse la verticalidad de la primera y la horizontalidad de la segunda. En la legitimidad sustancial, aunque la aceptación esté condicionada a que la decisión haya tomado en consideración los derechos humanos, siempre tiene que ver con una relación vertical y con el cumplimiento de un mandato. No sucede lo mismo con la justicia objetiva, la cual vendría a ser medida por el resultado de las decisiones y no por las decisiones mismas, es decir, no por la existencia de una decisión tomada con arreglo a los derechos humanos, sino por la efectividad y materialización de los mismos.

Pero con la finalidad de determinar la legitimidad sustancial de una decisión, se precisa que esta se encuentre apoyada en argumentos que la expliquen y que permitan a la ciudadanía examinarla, lo cual, además es congruente con la concepción de las personas como entes capaces cuya autonomía se debe proteger y garantizar. Esta necesidad de justificar las decisiones ha sido exigida especialmente a los órganos jurisdiccionales con la emergencia del Estado de derecho¹⁶²; de hecho, la historia indica que con el influjo del constitucionalismo y del parlamentarismo, la consecuente limitación de los órganos jurisdiccionales así como la especial deferencia hacia la autoridad legislativa, se hizo más necesario el deber de los tribunales de justificar sus resoluciones.

¹⁶² Cfr. BERGHOLTZ, Gunnar, “*Ratio et auctoritas*: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas”, *Doxa*, no. 8, 1990, p. 75.

Como se ha observado, esa necesidad de justificación se relaciona con la necesidad de que el pueblo acepte esas decisiones. Así las cosas, coincido con Gunnar Bergholtz, quien señala que no basta con exigir justicia, sino que también se requiere ver cómo es que se tomó esa decisión¹⁶³. Por ello, en los siguientes apartados se dará cuenta cómo y de qué forma es que es posible exigir no solo esta legitimación a los jueces, sino también a los legisladores.

3.2. La necesidad de una Teoría de la legislación

Mencionado lo anterior, entonces, ¿de qué manera sería posible proporcionar a los legisladores una legitimidad sustancial? Una opción como respuesta a la pregunta dejada en el anterior apartado y que me parece plausible expresar desde la filosofía jurídica, es la configuración de un modelo de legislador cuya legislación esté normada por el bagaje teórico ya analizado de la democracia constitucional equilibrada. Un legislador de esta naturaleza debe operar racionalmente, análogamente a la operación de los jueces. Si la filosofía jurídica ha brindado herramientas para que los jueces cumplan con este objeto, así también considero puede hacer lo correspondiente respecto de los legisladores. ¿Qué es lo que en concreto debe postularse desde la filosofía jurídica? La respuesta: una ‘Teoría de la legislación’.

Esta exigencia, sin embargo, no es novedosa. Por otras razones —como la creencia en un legislador virtuoso o en la capacidad del derecho positivo para transformar a la sociedad— el interés por la legislación tuvo una relevancia importante en la época en la cual los legisladores comenzaron a ser considerados como el elemento más importante de la producción jurídica, solo que en parte debido al suceder histórico y en parte también a los intereses de los juristas, el interés ha adolecido, según lo indica Virgilio Zapatero, de cierta desconexión y discontinuidad¹⁶⁴. No obstante, y ya mucho más recientemente, desde la segunda

¹⁶³ *Ibid.*, p. 82.

¹⁶⁴ Escribe Zapatero: «Las obras de Montesquieu, Beccaria, Rousseau, Ihering... etc., o, ya en nuestro siglo —en un tono menor—, Geny, Ripert, Capitan o Carbonier son buena prueba de que el interés por la legislación ha existido siempre, si bien ha adolecido de una cierta desconexión y

mitad del siglo pasado, en Europa se viene dando satisfacción a esta demanda. Varias parecen ser las causas de este interés *in crescendo*.

Según Manuel Atienza, «el auge actual... se conecta con la crisis actual del derecho que corre paralela e indisolublemente unida a la del Estado del bienestar»¹⁶⁵, puesto que es a partir de 1970 que, implementados los programas sociales de postguerra, «se comienza a percibir que los frutos de los mismos no tenían ni la incidencia que habían augurado sus promotores ni los efectos negativos con que habían amenazado sus detractores. La experiencia permitía, y obligaba a evaluar los resultados de las normas: los efectos queridos pero no producidos y los no queridos pero producidos»¹⁶⁶. Virgilio Zapatero, además de coincidir con Atienza, adiciona otros factores como el crecimiento del derecho internacional, la doctrina de la soberanía del Parlamento en crisis ante el apareamiento de otras fuentes normativas, la creciente insatisfacción de los ciudadanos ante la inflación legislativa, la oscuridad e inseguridad de las normas producidas y el contacto entre sistemas jurídicos diferentes¹⁶⁷.

Eugenio Bulygin, por su parte, señala que la importancia reciente del estudio de la legislación se debe fundamentalmente a que sus problemas han sido planteados teóricamente gracias a disciplinas como la lógica de las normas, la informática y la filosofía del lenguaje, todas relativamente recientes y, hasta hace poco, de escasa relevancia en el ámbito jurídico¹⁶⁸.

Por mi parte, en el análisis realizado en el capítulo precedente he coincidido con los diversos factores que señalan tanto Zapatero como Atienza; pero a lo mencionado por ellos, agrego una más y que es fundamental, según se ha

discontinuidad». Esto, el autor citado lo refiere respecto de la Europa continental, puesto que, como bien lo señala en líneas previas a lo transcrito, en países anglosajones como Inglaterra, el estudio de la legislación ha sido constante (huelga decir que en América Latina y por supuesto en México, la teoría de la legislación no ha tenido relevancia ni interés). Véase ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio, "De la jurisprudencia a la legislación", *Doxa*, No. 15-16, 1994, p. 771.

¹⁶⁵ ATIENZA, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997, p. 25.

¹⁶⁶ ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio, "De la jurisprudencia...", *op. cit.*, p. 774.

¹⁶⁷ *Cfr. ibidem*, pp. 772-773.

¹⁶⁸ *Cfr.* BULYGIN, Eugenio, "Teoría y técnica de la legislación" (1981), en ALCHOURRON, Carlos E. y Eugenio BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 424.

observado el desarrollo de esta investigación. En efecto, la importancia del estudio teórico de la legislación es una consecuencia necesaria de la democracia constitucional equilibrada; esto es, no es posible sostener un modelo donde el peso de la construcción del derecho recaiga en su mayoría sobre los jueces. Los problemas de legitimidad en la representación política que ostentan así como en la elaboración, aplicación y eficacia de las leyes que producen, son claras muestras de una ausencia de mecanismos o técnicas que permitan a los legisladores desempeñar tales actividades de manera más responsable ante el pueblo y con ello, de forma más legítima (democracia sustancial). El esquema político de la democracia subyacente, obliga a pensar en alguna forma de exigir mayor responsabilidad a los legisladores y con ello, alguna forma de controlar el poder que detentan no después de haber sido promulgada la ley, sino previo a ello, *i.e.* durante el proceso legislativo. En resumen, lo que afirmo es que la importancia de los estudios de la legislación radica en ser un instrumento utilísimo para sostener el modelo del legislador operativamente racional, que más adelante expondré¹⁶⁹.

Por otro lado, respecto de lo señalado por Bulygin, creo que la importancia del estudio de la legislación no tiene que ver con el desarrollo de las disciplinas que menciona, pues aunque tales aporten instrumentos teóricos para un mejor análisis, ningún estudio ha surgido —al menos desde lo jurídico—, si no es para hacer frente a una realidad que se considera relevante y que debe ser regulada. Si tales disciplinas han servido para hacer más sustancial y más efectivo un estudio de la legislación, es otro asunto.

¹⁶⁹ Es preciso mencionar que si bien en mi concepción el estudio teórico de la legislación es necesario como contraparte a la fuerza que van teniendo los jueces, para Cecilia Mora-Donatto dicho estudio es necesario para que los parlamentos se refuercen y recobren su importancia decrecida «a favor de un aumento cada vez más sólido del Poder Ejecutivo» (tal y como se puede ir observando en México). Si se observa con cuidado, mi perspectiva y la de Mora-Donatto no se oponen en lo fundamental, sino que por el contrario coinciden en demostrar que este tipo de estudio contribuye a fortalecer la institución legislativa frente a cualquier otra institución del Estado. Véase MORA-DONATTO, Cecilia, “Teoría de la Legislación”, en NAVA GOMAR, Salvador O. (coord.), *Manual de Técnica Legislativa*, México, ANOMAC- Konrad Adenauer Stiftung-Universidad Anáhuac del Sur, D&P Consultores S.C., The State University of New York-USAID, s.f., Tomo I, pp. 210 y 211.

Ahora bien, como sucede con todas las ciencias sociales, las explicaciones en torno al fenómeno social son abundantes; el fenómeno jurídico, puesto que también es parte del fenómeno social, tiene múltiples explicaciones. Estas explicaciones tienen el nombre de teorías. En el caso de la legislación, si se entiende que también es parte del fenómeno jurídico y por tanto social, los estudios jurídicos en torno a ella tampoco son unívocos.

Así pues, dado que no todos los autores explican el contenido ni el propósito de la Teoría de la legislación de la misma manera, es preciso que a continuación exponga algunas de las ideas desarrolladas por diversos autores a partir de la segunda mitad del siglo XX y con las cuales pueda bosquejar alguna teoría que me permita hablar de los límites de los legisladores en el último capítulo. Para lo anterior, el esquema que me propongo seguir a continuación es el siguiente: señalaré primeramente, por qué la Teoría de la Legislación es parte de los estudios jurídicos y en particular de la Filosofía Jurídica; en segundo lugar, haré referencia a ciertos elementos para considerar una Teoría de la Legislación acorde con la democracia constitucional; y en tercer lugar, indicaré alguna propuesta de Teoría de la legislación que me será útil para la formulación del capítulo final de la presente investigación.

3.3. La Teoría de la legislación y la Filosofía del derecho

La Teoría de la Legislación también ha sido denominada como 'Legisprudencia', término acuñado por Julius Cohen en un artículo que publicó en 1950 y que de manera reciente ha sido tratado principalmente por el profesor belga Luc J. Wintgens.¹⁷⁰ Si la filosofía del derecho entendida como 'Jurisprudencia' tiende a

¹⁷⁰ Aunque el interés en la 'Legisprudencia' ha tenido relevancia acaso desde hace un par de décadas, en realidad ya como una rama de la filosofía del derecho y en esencia me parece que idéntica a este término, había sido propuesta por Luis Recaséns Siches pero bajo el nombre de 'Política Legislativa'. Según este autor, si se partía de que el Derecho positivo no es un conjunto de verdades, sino instrumentos para producir efectos en la realidad social, a la filosofía jurídica aplicada en su versión de política legislativa, le correspondería «ofrecer orientaciones básicas en un plano de altura». Estas directrices ofrecerían criterios generales para la elaboración del derecho legislado, y los derechos del hombre serían únicamente una parte de tales directrices. Los iusfilósofos tendrían también que esforzarse para ofrecer criterios de manera más particular (Cfr. RECASÉNS SICHES, Luis, *Filosofía del derecho*, op. cit., pp. 16, 17, 615 y 616). Como más adelante

enfocarse exclusivamente en el lado de la actividad judicial,¹⁷¹ la ‘Legisprudencia’ vendría ahora a ser una parte de la filosofía del derecho enfocada tanto al estudio de la actividad legislativa, que comprende el proceso legislativo y el resultado de este, o sea la ley, como al estudio de los legisladores y las legislaturas.¹⁷²

Esta nueva división, sin embargo, no deja de ser problemática. Acorde con el doctor Rolando Tamayo, la ‘filosofía jurídica’, de una manera más técnica y rigurosa, y mayormente imperante y más fructífera, tiene como objeto de estudio a la ciencia del derecho, *i.e.* la jurisprudencia.¹⁷³ A su vez, el objeto de estudio de la jurisprudencia, sería el derecho positivo. En ese sentido, si los legisladores al hacer las leyes se rigen por un procedimiento delimitado por la Constitución y otras normas que constituyen derecho positivo en realidad todo esto constituye derecho positivo estudiado por el Derecho constitucional y en específico por el Derecho parlamentario. La filosofía del derecho aplicada a estas ramas, por lo tanto, no es más que el estudio en un segundo grado de la ‘Ciencia del derecho constitucional’ o de la ‘Ciencia del derecho parlamentario’, por lo que el nombre de ‘Legisprudencia’, en realidad sería exclusivamente una mera diferenciación que no abonaría nada nuevo; tan solo reglas procedimentales serían la base de estos estudios.

No obstante, lo anterior es inexacto. Además de las reglas procedimentales hay normas estructuradas como principios que también rigen la creación normativa del proceso legislativo pero sustantivamente. Este es el caso, *v.gr.* de los derechos humanos. Entre ellos, están los que implican no una acción negativa (de no hacer) por parte del Estado, sino una acción positiva (de hacer); este es el caso de los derechos sociales. Las acciones negativas implican una restricción, una barrera, un deber de no actuar. Las acciones positivas se refieren a la

se verá, la propuesta de Luc J. Wintgens coincidirá en gran medida con estos planteamientos de Luis Recaséns.

¹⁷¹ FLORES, Imer B., “Legisprudence: the forms and limits of legislation”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 1, 2007, p. 249.

¹⁷² *Cfr.* FLORES, Imer B., “Legisprudence: the role and rationality of legislators –vis a vis judges- towards the realization of justice”, *Mexican Law Review*, New Series, vol. I, núm. 2, enero-junio de 2009, p. 106.

¹⁷³ *Cfr.* TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*, México, Fontamara, 2011, p. 140.

determinación e implementación de grandes programas integrales, el diseño de políticas públicas, así como la destinación de presupuesto para su ejecución.

A causa de los intereses que entran en juego, el proceso de toma de esas decisiones, más que proponerse cumplir a cabalidad con las obligaciones del Estado originadas en tratados internacionales o en el mismo texto constitucional, conlleva una negociación al margen de las formas jurídicas y que es comúnmente aceptada como parte de la política. Pero si en esa negociación se discuten disposiciones que habrán de incidir en la vida de las personas, no es del todo comprensible que se deba dejar a la discreción y libertad irrestricta de los representantes. ¿Debe ser entonces el proceso legislativo objeto exclusivo de la política? Y si la respuesta es negativa, ¿de qué manera podemos hablar de una filosofía jurídica enfocada al proceso legislativo, al resultado de este, los legisladores y las legislaturas?

La primera pregunta formulada tiene que ser contestada en sentido negativo, porque dentro de la democracia constitucional y siguiendo a Zagrebelsky —según el cual los legisladores ahora deben ser considerados no como señores del derecho, sino como partes del mismo, y por lo tanto sometidos a ese derecho—, el proceso legislativo, más allá de respetar ciertas reglas procedimentales, tiene que atender a normas y a criterios que califiquen su contenido.

En este sentido, una consideración de la filosofía jurídica menos técnica (o sea, que no se remita únicamente al estudio en un segundo grado del derecho positivo) pero no por ello menos rigurosa ni menos fructífera, nos podría servir para justificar la labor de la Legisprudencia, *i.e.* de la Teoría de la Legislación. Así, si entendemos la Filosofía Jurídica como una rama de la filosofía general interesada en el examen de los problemas jurídicos más fundamentales, tales como las funciones del derecho, la eficacia o la obediencia al derecho,¹⁷⁴ la filosofía del derecho tendría mucho que ver con la filosofía política y la filosofía moral. Esta concepción, hay que aclarar, no es nueva, sino que se había ocultado por la proliferación de los estudios jurídicos de corte positivista.

¹⁷⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 139.

De manera reciente, un autor que ha seguido esta renovada concepción de la filosofía del derecho y que se ha destacado por enfocarse en el estudio de los parlamentos y su actividad que les es inherente con el ánimo de hacer un derecho más democrático, ha sido Jeremy Waldron. Tal autor parte de que la filosofía política tiene por objetivo «examinar filosóficamente no solo la metafísica, sino también la moral y la política del desacuerdo: las implicaciones que tiene para la vida social, la organización social y la acción social el hecho de que, incluso entre aquellos que aceptan la proposición de que algunas concepciones de la justicia son correctas y otras no, los desacuerdos siempre persistirán».¹⁷⁵ Las tareas de la filosofía política, conforme a este autor son dos: «i) teorizar acerca de la justicia (y los derechos y el bien común, etc.), y ii) teorizar acerca de la política [i.e., el modo en el que actúan las comunidades cuando existen desacuerdos entre sus miembros]».¹⁷⁶

Ahora bien, para Waldron, la filosofía del derecho puede considerarse como una subárea de la filosofía política cuando nos preguntamos por la forma correcta y el fundamento de nuestras leyes y en ese sentido, la filosofía jurídica tiene que ver con la primera de las tareas de la filosofía política. No obstante, cuando reflexionamos sobre temas como la autoridad jurídica, el Estado de derecho o la democracia constitucional, por citar algunos ejemplos, según Waldron la filosofía jurídica tendría que ver con la segunda tarea, porque se refiere a la manera de dar respuesta a los conflictos. Así las cosas, si los órganos legislativos constituyen el lugar por excelencia en el que los conflictos políticos son mediados y contenidos y resueltos de alguna manera a través de la ley, la manera en cómo estos son resueltos y la reflexión acerca de las cualidades de la ley para contener los desacuerdos, serían objeto de estudio de la filosofía jurídica, pero en específico, de la Legisprudencia o Teoría de la Legislación.

Dentro de este orden de ideas, si el esquema de los estudios jurídicos arriba señalados se establecía únicamente a partir del derecho positivo (ya dado), esta otra propuesta se hace cargo también del proceso que le ha dado origen. En

¹⁷⁵ WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, op. cit., p. 9.

¹⁷⁶ *Idem.*

esa tesitura, Luc J. Wintgens propone partir de un positivismo ‘ligero’ (*weak legalism*)¹⁷⁷, que tiene en su base la idea de la libertad como principio¹⁷⁸. Según este autor, si el derecho legislado tiene por objeto regular cierto comportamiento, ello implica una restricción de la libertad, por lo que a la luz de una Legisprudencia, los legisladores tendrían que ser capaces de justificar racionalmente esa limitación.

Sin abrazar del todo esta idea de Wintgens, específicamente la idea de la libertad como principio, es indudable que toda regulación de algo que afecta a las personas tendría que estar justificado. Por ello, si los legisladores asumieran el deber de justificar racionalmente al producir cualquier norma jurídica, se favorecería la legitimidad sustancial del legislador ante los propios ciudadanos. Esto es así porque un marco de actuación derivado de ciertos criterios racionales sustanciales como la libertad, daría herramientas que dotasen al proceso legislativo de mayor racionalidad con el propósito de que no se tratasen de meras voluntades irracionales y veleidosas de los legisladores, tal y como sucede frecuentemente en la actualidad.

3.4. Tres modelos de legisladores

Una Teoría de la legislación asume que la legislación es un objeto que puede ser analizado en términos racionales y que además, dicha actividad, puede ejercerse y justificarse por los legisladores también de manera racional. Pero no siempre se ha considerado que esto sea posible. En el desarrollo del Estado moderno, es posible identificar, por lo menos, tres modelos de legisladores en función de la

¹⁷⁷ WINTGENS, Luc J., “Legisprudence as a New Theory of Legislation”, *Ratio Juris*, vol. 19, núm. 1, marzo 2006, p. 8. Hay también una traducción al español del texto citado: WINTGENS, Luc J., “Legisprudencia como nueva teoría de la legislación”, trad. de Félix Morales Luna, *Doxa*, núm. 26, 2013, pp. 261-287.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 10. Véase también WINTGENS, Luc J., “Legitimacy and Legitimation from the Legisprudential Perspective” en WINTGENS, Luc J. (Ed.), *Legislation in context: essays in Legisprudence*, Hampshire, Ashgate, 2007, pp. 3 y 4. Wintgens señala cuatro principios que necesariamente deben seguir los legisladores y que derivan de la libertad: el principio de alternatividad, temporalidad, densidad normativa y de coherencia, sin embargo, no es mi propósito ahondar en cada uno de ellos.

racionalidad con la cual han sido considerados¹⁷⁹, a saber, el legislador racional, el legislador irracional y el legislador operativamente racional. A continuación señalaré en qué consiste cada una de tales nociones.

3.4.1. El legislador racional

Este tipo de legislador fue enarbolado principalmente por el racionalismo ilustrado y corresponde fundamentalmente al legislador de los inicios de la tradición francesa con el que fue iniciado todo el movimiento codificador. Como se ha visto, se trata de un legislador virtuoso que merced a sus luces, a su razón, es capaz de traducir en derecho positivo un sistema natural inmanente y por ello, justo. En este caso, el marco de legitimación lo constituye la razón, una entidad muy abstracta. A pesar que la Declaración de 1793 contenía un conjunto de disposiciones sustanciales dirigidas al Estado, la confianza en la razón del legislador se superpuso incluso a esas disposiciones sustanciales. Por lo anterior, es la Ley y no una declaración de derechos por mucho que tenga el calificativo de 'constitucional', que se sitúa en la cúspide de la jerarquía normativa; asimismo, la representatividad del pueblo queda también salvada, pues por encima de las decisiones de los legisladores, que son las decisiones del pueblo, no se acepta nada más. García Amado, respecto de este modelo, nos dice lo siguiente¹⁸⁰:

...la racionalidad legislativa adquiere un carácter... de axioma. Si por definición el legislador es racional, como síntesis de su omniscencia y omnipotencia, perfectos serán también sus productos, las leyes, tanto en lo formal (claridad y evidencia, ausencia de antinomias, lagunas o redundancias) como en lo material (quien conoce perfectamente la sociedad, sus males y sus necesidades, acertará a recetar, bajo forma de ley, lo que al

¹⁷⁹ En esta caracterización sigo parcialmente la clasificación de Juan Antonio García Amado. Dicho autor señala como modelos el legislador racional, el legislador artista, el legislador en crisis y el legislador operativamente racional, pero como en este estudio quisiera hacer notar el elemento de la razón, no hago referencia al legislador artista, y en lugar de señalar 'legislador en crisis' escribo 'legislador irracional'. Por ello, señalo tres prototipos de legisladores, el racional, el irracional y el racionalmente operativo (véase en concreto GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Razón práctica y teoría de la legislación", *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año V, núm. 9, 2000, pp. 304-309).

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 304.

cuerpo social más le conviene). Fines y medios, materia y forma, se funde todo en esa especie de razón suprema de un legislador que tiene, en versión laica, los atributos del dios medieval de la ley eterna.

Como se observa, esta presuposición de la racionalidad del legislador llevó a los juristas a asumirlo como un presupuesto dogmático excluido de contrastación fáctica, pero que, no obstante, sirvió para que funcionara la dogmática jurídica. A través de esta ficción llamada del 'legislador racional', según Carlos S. Nino, los juristas atribuyeron (y continúan atribuyendo) a los ordenamientos jurídicos ciertas propiedades materiales y formales, que eran las siguientes¹⁸¹:

1. Singular: se considera a un solo legislador sin tomar en cuenta que en la realidad las normas son sancionadas por cuerpos colegiados que sostienen con frecuencia, opiniones discrepantes.
2. Imperecedero: aunque cambien constantemente, se piensa tan solo en un legislador que se perpetúa en el tiempo, como si no muriera.
3. Único: se piensa en un solo legislador que sanciona todas las normas del ordenamiento jurídico.
4. Consciente: el legislador tiene pleno conocimiento de todas las normas que sanciona.
5. Finalista: siempre se persigue un propósito al sancionar una ley.
6. Omnisciente: conoce todas las circunstancias fácticas a las que son y pueden ser aplicables en un futuro, las leyes que sanciona.
7. Omnipotente: Su voluntad permanece vigente a no ser que él mismo revoque o autolimite su propia voluntad.
8. Justo: si la aplicación de la norma conduce a una solución injusta, debe suponerse que no está de acuerdo con la voluntad del legislador, por lo que se admite una ligera modificación de esa norma.
9. Coherente: Su voluntad no puede contradecirse consigo misma.
10. Omnicomprensivo: no deja ninguna situación jurídica sin regular.

¹⁸¹ Véase NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, (Serie G: Estudios doctrinales, 7) pp. 85-86.

11. Económico: no dicta normas redundantes.
12. Operativo: las normas que sanciona no carecen de aplicabilidad.
13. Preciso: Su voluntad real tiene una dirección unívoca, independientemente de las imperfecciones del lenguaje que utilice.

Pero esta idealización extrema del legislador, que recuerda, como dice Nino, casi todas las propiedades de los dioses teológicos, muy pronto fue puesta en jaque por la realidad.

3.4.2. El legislador irracional

Como antítesis al legislador racional, se sitúa este segundo modelo de los órganos legislativos. Derivado del abstracto y materialmente ineficaz marco de legitimación (no había maneras de hacer justiciable lo que el legislador decía que le indicaba la razón), la razón se vuelve una completa ficción y el legislador cae en un amplio descrédito. Este fue el caso de los Estados legislativos; en ellos el marco de legitimación se redujo al simple derecho positivo, un derecho cuyo contenido era asignado libremente por los legisladores. A partir de este resultado, las primeras versiones de las democracias constitucionales darán por sentada la irracionalidad y crisis de los legisladores o simplemente no les interesará el proceso de la legislación, y trasladarán el marco de legitimidad a preceptos atrincherados en la constitución protegidos por tribunales.

Según este modelo, parece ser un lugar común el argumento de que, en tanto la legislación es el foro de la política, no tiene por qué necesariamente justificarse en términos de razones; si mediante la legislación se trata de modificar el derecho existente, la intención de hacerlo no se basa en razones determinadas. Parece que se trata de decir que la política que tiene lugar en las legislaturas es, a todas luces, una actividad irracional; mientras que el *ius dicere* que se efectúa en los órganos legislativos es, por antonomasia, una actividad racional.

A esta postura se aproxima Ronald Dworkin¹⁸². Según este autor, puesto que el objeto de la legislatura es agregar las preferencias de los miembros de la comunidad, *i.e.* pretende hacer lo que el pueblo le indique, los derechos y los principios tienden a ser planteados como cuestiones de preferencia a ser decididos por números en lugar de razones; de ahí que sean los jueces quienes con argumentos racionales refinan las decisiones tomadas por los legisladores¹⁸³. No obstante, Dworkin aquí no considera el mandato libre con el cual están investidos los legisladores y la posibilidad que ello les permite de deliberar y, por tanto, de ofrecer argumentos racionales para elaborar, defender o cuestionar alguna propuesta sometida a consideración del órgano legislativo. Además, como indica Richard Ekins, aunque sobre los legisladores pesan los compromisos políticos que en más de una ocasión hagan parecer que sus actividades son tomadas sin pensar, ello no significa de ningún modo que «una institución [el órgano jurisdiccional] esté abierta a la razón y que la otra [la legislatura] se encuentre capturada por la preferencia y el poder»¹⁸⁴.

En suma, este modelo es afectado por la ya mencionada falacia de asimetría, pues la confianza que le retira a los órganos legislativos se la concede a los judiciales, destacando la irracionalidad de los primeros en contraposición de la supuesta racionalidad de los segundos. Asimismo, muy probablemente se debe en parte a este escepticismo que una teoría de la legislación que estructure racionalmente la labor legislativa, sea considerada sin importancia y haya tenido poco desarrollo en nuestros días. Por lo demás, con este modelo se hace imposible la pretensión de dotar a los legisladores de legitimidad democrática sustancial.

¹⁸² Véase EKINS, Richard, *The nature of legislative intent*, *op. cit.*, pp. 78-83.

¹⁸³ «Específicamente, el objeto de la legislatura, en la concepción de Dworkin, es agregar las preferencias de los miembros de la comunidad y esto lleva a que los derechos y principios a sean considerados como cuestiones de preferencia a ser resueltas por números en lugar de la razón». *Cfr. ibid.*, pp. 78 y 79.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 93 (la traducción es mía).

3.4.3. El legislador operativamente racional

Este modelo es síntesis de los dos prototipos mencionados. Puesto que no se sostiene la confianza irrestricta en una supuesta racionalidad del legislador y menos aún se resuelve con la confianza en los jueces, este modelo formula un marco de legitimación integrado por un conjunto de derechos fundamentales inviolables y por una serie de valores constitucionales. Para asegurar que la acción legislativa realmente sea respetuosa de lo anterior, se acepta el control jurisdiccional de la legislación. Pero el marco de legitimación de este prototipo no se agota con estos límites institucionales. Al legislador operativamente racional le es exigido, además, racionalidad en la toma de sus decisiones. Este es el modelo de legislador acorde con los postulados de la democracia constitucional.

Es preciso notar que este modelo no deja de considerar el doble rostro de la legislación que es en parte político y en parte jurídico. Las legislaturas son, de cualquier modo, el lugar donde la lucha de intereses se lleva a cabo para traducirse en lo que debe ser el derecho. Pero esto no implica que esa tarea dual deba ser irracional.

De conformidad con lo anterior, obsérvese que no hay razón suficiente ni para dar por supuesta la racionalidad de la legislación ni mucho menos para creer que no es posible que la tenga. Si se cree lo primero, la realidad resquebraja la ficción; si se cree lo segundo, es imposible esperar siquiera algún grado de legitimidad democrática sustancial de los legisladores. En las páginas que siguen, ahondaré en esta noción de racionalidad legislativa.

3.5. Teorías de la legislación

3.5.1. La racionalidad legislativa

Qué cosa sea la razón o cómo es que se puede decir de alguien que actúa racionalmente, es algo complejo de determinar; al menos todos los autores que han tratado tal tema, lo han hecho de una manera que dista mucho de ser

uniforme. Sin entrar aquí en disquisiciones acerca de ello, entenderé por razón aquellos «criterios mediante los que cabe, si es que cabe, la justificación intersubjetivamente aceptable de opciones relativas a acciones o cursos de acción»¹⁸⁵. De este modo, se puede decir que alguien actúa racionalmente cuando justifica sus actos en virtud de esos criterios. Este tipo de racionalidad corresponde a una racionalidad práctica, pues tiene como propósito estructurar tanto la acción en sí que debe tomarse como el proceso emprendido para ser tomada. En ese orden de ideas, esta racionalidad llevada a lo legislativo, se refiere al conjunto de criterios mediante los que cabe la justificación ante los ciudadanos (y entre los mismos legisladores) de las opciones relativas a la elaboración de normas, *i.e.* a legislar.

Ahora bien, la racionalidad legislativa es una racionalidad pública. Los argumentos que se vierten en las discusiones legislativas y finalmente en la justificación de las decisiones últimas de los órganos parlamentarios, obedecen a criterios públicos, los cuales también los entiendo como ‘razones públicas’. Para continuar, es preciso citar aquí a John Rawls:

La razón pública es característica de un pueblo democrático; es la razón de sus ciudadanos, de aquellos que comparten la calidad de ciudadanía en pie de igualdad. El sujeto de su razón es el bien del público: lo que requiere la concepción de la justicia de la estructura básica de la sociedad, de las instituciones, y de los propósitos y finalidades a los que deben servir. Por tanto, la razón pública es pública de tres maneras: como la razón de los ciudadanos como tales, es la razón de lo público; su sujeto es el bien del público y sus asuntos son los de la justicia fundamental, y su naturaleza y contenido son públicos, dados por los principios e ideales que expresa la concepción de la sociedad acerca de la justicia política, y conducidos a la vista de todos sobre esta base¹⁸⁶.

Nótese que en el concepto transcrito, Rawls únicamente hace referencia a una razón pública limitada a la ‘justicia básica’. Más adelante en la obra citada señalará que esta noción se aplica «sólo a aquellas que implican lo que podemos

¹⁸⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Razón práctica y teoría de la legislación”, *op. cit.*, p. 300.

¹⁸⁶ RAWLS, John, *Liberalismo político*, trad. de Sergio René Madero Báez, México, FCE, 2013, p. 204.

llamar “elementos constitucionales esenciales” y cuestiones de justicia básica»¹⁸⁷, es decir, no se aplica a todo asunto político. Por el contrario, mi noción de ‘razón pública’ aplicada a lo legislativo, incluye toda cuestión pública que es sometida a la consideración de un órgano legislativo.

Esto significa que para que la legislación sea racional, debe estar justificada con razones públicas; o por decirlo de otro modo, los criterios a la luz de los cuales se determina que la legislación es o no racional, deben ser públicos. Esto es así porque la justificación de una ley debe estar codificada de tal suerte que pueda ser compartida por toda la comunidad política¹⁸⁸. Un legislador, cuando somete a consideración de todo el órgano un proyecto de ley o reforma, debe sustentarla en razones que considere que toda la ciudadanía podría compartir. Lo mismo ha de suceder con quien argumenta en contra de tal proyecto así como con la justificación final que el órgano legislativo determine para aprobar o rechazar el proyecto.

Determinado entonces en qué consiste la racionalidad legislativa, es preciso ahora profundizar en los argumentos que la justifican. El deber de los legisladores de actuar racionalmente es parte de una democracia constitucional equilibrada donde ellos están sometidos al derecho, donde los mismos se hacen responsables de sus actos y en donde se procura que tanto los jueces como los legisladores tengan igual importancia en la formación del derecho¹⁸⁹. Hay dos argumentos en

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 205.

¹⁸⁸ Aquí me parece que sigo la noción de Rawls, sin embargo, debo precisar que según el mismo autor «como los actos de los poderes Legislativo y Ejecutivo no necesitan justificarse de esta manera, el papel especial de la Suprema Corte constituye el más claro de la razón pública aplicada» (*Ibid.*, p. 207). Por supuesto, no coincido con ello, pues desde mi perspectiva también el órgano Legislativo necesita justificarse de esta manera.

¹⁸⁹ En el mismo sentido, G. Hoffmann indica que el legislador tiene un deber constitucional de reflexionar, el cual deriva de los principios de *Rechtsstaatlichkeit*, *Demokratie* y *Bundesstaatlichkeit* (Estado de derecho, Democracia y Federalismo). Este deber, dice Luc J. Wintgens, «es una paráfrasis de la idea de que la *racionalidad del legislador* toma su forma no de la *presunción de racionalidad*, sino del concreto requerimiento que debe cumplirse en orden de ser racional. La racionalidad de la legislación está vinculada a la idea de que la legislación implica una *toma de decisiones* y que las decisiones implican elecciones». Véase WINTGENS, Luc J., “Legislation as an object of study of legal theory: Legisprudence”, en WINTGENS, Luc J. (Ed.), *Legisprudence: A new theoretical approach to legislation. Proceedings of the Fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory*, Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 32 y 33 (la traducción es mía).

concreto que justifican esta exigencia¹⁹⁰, uno situado en la teoría política y el otro en la teoría jurídica:

1) Los legisladores deben actuar racionalmente porque de esa manera proporcionan a su actuar legitimidad democrática sustancial. No basta con que haya sido una mayoría parlamentaria la cual haya votado a favor de la aprobación de una propuesta; los legisladores deben ser capaces de justificar con argumentos el sentido de la votación de la misma. Siguiendo a Richard Ekins, los legisladores, para que ejerzan autoridad legítima, deben responder mediante razones lo que debe ser hecho, y mediante razones deben determinar cómo es que deben actuar. De lo contrario, señala el mismo autor, «el acto de la legislatura sería un limitado e irracional acto de adopción de textos que tienen efectos legales»¹⁹¹. Que los legisladores justifiquen sus decisiones, además, es congruente con la idea del autogobierno supuesto por la democracia, pues al considerar a cada persona como ente autónomo, toda norma que regule su comportamiento debe estar justificada con razones con tal que los destinatarios de la misma las adopten como si de ellos mismos emanasen a causa de compartir las mismas razones¹⁹².

2) Los legisladores deben actuar racionalmente porque de este modo es posible hacer más operable el sistema jurídico. En el modelo del legislador

¹⁹⁰ De manera muy similar opina Ekins, véase EKINS, Richard, *The nature of legislative intent*, op. cit., p. 116.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 113. Hay que precisar que aunque Ekins habla de la legislatura y los legisladores indistintamente, el doctor Juan A. Cruz Parceró me ha hecho notar que existen diferencias y por ello no se pueden usar de ese modo. Más adelante, en el último apartado de este Capítulo me ocupo de esta distinción.

¹⁹² Dice Aulis Aarnio, «Dentro de la democracia, y dentro de los juicios democráticos esto significa [la racionalidad], entre otras cosas, actuar sinceramente, pues es gracias a la sinceridad que el control se hace posible. Sin este control, las formas democráticas caen de las manos de la gente a las manos de unos pocos elegidos... El razonamiento es un prerequisite del control de la decisión. Se tiene que entender por qué algo fue decidido de tal manera, y para entender esto la única manera posible es que las decisiones estén bien fundamentadas. La gente simplemente no puede evaluar el funcionamiento de su democracia si la maquinaria de decisión no está abierta a un discurso desde varias perspectivas, el cual, también debe tener respeto a la racionalidad». AARNIO, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*, trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 2008, p. 79.

racional, la racionalidad se presuponía en todo el derecho, desde su creación por los legisladores hasta su aplicación por los jueces; sin embargo, la crisis del legislador que dotó a los jueces de la capacidad de corregir las decisiones de aquel complementando su falta de legitimidad democrática de origen con la racionalidad de sus actos, dejó cojo el sistema entero e inconsistentemente mientras había un derecho irracionalmente elaborado, ejércitos de jueces y juristas trataban de operar y explicar racionalmente ese derecho. La racionalidad en la aplicación de la ley debe tener por presupuesta la racionalidad en su elaboración, pero este supuesto no puede carecer de contrastación fáctica; de lo contrario, se caería nuevamente en el axioma asumido por la dogmática jurídica. Indica Luis Prieto Sanchís:

...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 normativa; 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 legislativo. 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 misma¹⁹³.

Ahora bien, dado que pretendo dotar de legitimidad democrática sustancial a los legisladores, se podría pensar que no hace falta más que llevar a lo legislativo los criterios de racionalidad desarrollados por los juristas para el caso de la jurisdicción. No obstante, las características de la legislación hacen esto poco

¹⁹³ PRIETO SANCHÍS, Luis, "Técnica y política de la codificación", *op. cit.* p. 192. En el mismo sentido, dice Virgilio Zapatero que «...no cabe una teoría de la interpretación seria si se prescindiera del estudio riguroso del proceso legislativo o en palabras de Elías Díaz, no cabe *magistratura democrática sin Legislatura Democrática*», ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio, "De la jurisprudencia a la legislación", *op. cit.* p. 780 (las cursivas son del original).

viable. Los criterios de racionalidad de la legislación son diferentes de los la jurisdicción.

Como mencioné al desarrollar la noción del legislador operativamente racional, no puede olvidarse que la legislación es una actividad caracterizada como una combinación de prácticas jurídicas y políticas, en la cual constantemente se entrelazan argumentos políticos y argumentos jurídicos (sin considerar además, la mediación que desempeñan los argumentos morales al restringir la influencia de factores políticos en la legislación; o los de índole económico que limitan materialmente, por ejemplo, el pleno desarrollo jurídico de un derecho).

Por otra parte, la jurisdicción discrepa de la legislación si se considera en qué consiste cada actividad. Los jueces deben resolver el caso en concreto que se les presenta, y al hacerlo, deben emitir una resolución valiéndose esencialmente del derecho positivo ya existente. Los legisladores, por su parte, buscan modificar el derecho existente o crear normas nuevas y para ello se valen de la información, experiencia y tiempo que los jueces no tienen. Asimismo, mientras que los jueces requieren esperar a que un caso sea sometido a su resolución, los legisladores no; ellos legislan cuando lo consideran oportuno¹⁹⁴, y es más, tienen una mayor libertad para configurar el texto legal.

Esta combinación de cuestiones políticas y jurídicas que integra la legislación, como señala Kaarlo Tuori, implica que los criterios de racionalidad con los que deba ser justificada no deban ser idénticos a los empleados por los jueces¹⁹⁵.

Si cabe esperar alguna racionalidad de los legisladores, ella tiene que ser comprensiva de las circunstancias en las cuales se desempeñan. Esa racionalidad, entonces, está integrada por ciertos criterios a la luz de los cuales se puede decir que determinada actuación legislativa ha sido o no racional. ¿Cuáles son esos criterios?

¹⁹⁴ Cfr. EKINS, Richard, *The nature of legislative intent*, op. cit., pp. 123-124.

¹⁹⁵ Véase TUORI, Kaarlo, "Legislation between politics and law", en WINTGENS, Luc J. (Ed.), *Legisprudence: A new theoretical approach to legislation. Proceedings of the Fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory*, Portland, Hart Publishing, 2002, p. 101.

3.5.2. Los niveles de la racionalidad legislativa

Para analizar y determinar si un acto legislativo es o no racional, hay que tomar en consideración un conjunto de ámbitos que participan en su concreción. Cada uno de ellos cuenta con criterios conforme a los cuales se dice que un acto es o no racional. Según Atienza¹⁹⁶, cabe distinguir cinco niveles o modelos de racionalidad, a saber, la racionalidad comunicativa o lingüística, la racionalidad jurídico-formal, la racionalidad pragmática, la racionalidad teleológica y la racionalidad ética¹⁹⁷.

1. Racionalidad comunicativa o lingüística. Se refiere a un sistema de información entre los legisladores y los destinatarios y su fin es la comunicación fluida de mensajes normativos; en este nivel se dice que una ley es irracional en la medida en que fracasa como acto de comunicación, por lo que su racionalidad se incrementa en la medida en que se incrementan los conocimientos de la lingüística, la lógica, la informática o la psicología.

2. Racionalidad jurídico-formal. El sistema jurídico se entiende como un conjunto de normas válidamente establecidas y estructuradas en un sistema. Su finalidad es la sistematicidad y con ello, la seguridad. En este nivel se dice que una ley es irracional en la medida en que no cumple con esta finalidad al no respetar los criterios establecidos por el sistema jurídico o al incurrir en lagunas y contradicciones. Esta racionalidad se incrementa al mejorar la ley valiéndose de la 'técnica jurídica'.

3. Racionalidad pragmática. Consiste en la adecuación de la conducta de los destinatarios a lo prescrito en la ley. Su fin es que las leyes sean obedecidas. Es irracional si fracasa como directiva, *i.e.* en su propósito de influir en el comportamiento humano, de ahí que, para aumentar su racionalidad se precisan

¹⁹⁶ Véase ATIENZA, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, *op. cit.*, pp. 27-40.

¹⁹⁷ Richard Ekins, por ejemplo, también ha señalado un esquema de niveles o tipos de racionalidad del legislador partiendo de los cuatro órdenes de conocimiento de Santo Tomás de Aquino: el conocimiento de la naturaleza de las cosas (específicamente de hechos empíricos), el lógico, la evaluación moral y el diseño técnico. Estos cuatro órdenes corresponden más o menos con los señalados por Atienza. Véase al respecto EKINS, Richard, *The nature of legislative intent*, *op. cit.*, pp. 130-133.

de técnicas que provengan de disciplinas como la ciencia política, la psicología o la sociología.

4. Racionalidad teleológica. Aquí los legisladores se entienden como portadores de intereses que deben ser traducidos en leyes. Su fin es la consecución de esos intereses. La ley es irracional en la medida en que no produce los efectos previstos y deseados para la satisfacción de esos intereses. Para evitar su infortunio y con ello aumentar la racionalidad en este nivel, se requiere el auxilio de la sociología de la organización, el análisis económico del derecho o la sociología del derecho.

5. Racionalidad ética. El sistema jurídico es visto en este nivel como un conjunto de normas o comportamientos evaluables desde un cierto sistema ético. La ley es irracional si no está justificada éticamente, y aquí la manera de tratar de reducir esa irracionalidad sería acudiendo principalmente a los estudios de la filosofía jurídica, moral y política.

3.5.3. Tipos de teorías

Aunque la racionalidad legislativa comprende en sentido amplio estos cinco ámbitos, no toda teoría de la legislación se ha ocupado de todos a causa, por una parte, de cierto escepticismo respecto del grado de racionalidad que es posible conocer o que sea posible justificar (no se olvide que según mencioné en el apartado 3.4.1, todas las razones que integran la racionalidad legislativa, son públicas, y por ello, se considera que pueden ser compartidas por todos los ciudadanos); y, por otra parte, del grado de libertad que se atribuye a los legisladores en la toma de sus decisiones (en la cual, además, se inserta una buena dosis de política considerada, como arriba se ha mencionado, irracional). Juan Antonio García Amado señala que es posible determinar dos tipos de teorías de la legislación, las no normativas y las normativas; esta clasificación corresponde con las dos perspectivas que Jerzy Wroblewsky ha denominado

*enfoque minimalista y enfoque maximalista*¹⁹⁸. A continuación explicaré cada una y señalaré de qué niveles de racionalidad se ocupan.

3.5.3.1. Teorías no normativas

En esta categoría, también denominada *funcional, instrumental o normativa en sentido débil*, se engloban todas aquellas concepciones que señalan la función de la teoría de la legislación como «teoría y desarrollo de una técnica legislativa... como conjunto de técnicas instrumentales»¹⁹⁹, «se hace la elección de medios jurídicos para alcanzar unos fines presupuestos que no se discuten»²⁰⁰. Fundamentalmente estas teorías se proponen lograr la ilustración de la voluntad del legislador para la consecución de sus fines y hacer de la norma producida una norma técnicamente bien elaborada.

En la clasificación de los niveles de racionalidad de Atienza²⁰¹, estas teorías únicamente se ocupan de la racionalidad comunicativa o lingüística, la racionalidad jurídico-formal y la racionalidad pragmática. Aunque pudiera pensarse que cabe una especie de racionalidad teleológica y ética como una reflexión que hace cada legislador a su interior al evaluar si ha conseguido su propósito que puede ser cualquiera, o conforme con un sistema ético muy particular, en realidad se trata de explicaciones sumamente subjetivas, válidas para quien las sigue (es decir, relativas) y, por ello, criterios que no son intersubjetivamente aceptables, por lo que no cabe hablar en estricto sentido de racionalidades en tales niveles.

Una teoría de la legislación no normativa pretende proporcionar los instrumentos, los medios necesarios para cumplir los fines que cada legislador persigue no necesariamente de forma colectiva y menos aún tendientes a la realización del bien común. La racionalidad alude a una simple asesoría técnica

¹⁹⁸ WROBLEWSKY, Jerzy, “Conclusiones a *La science de la législation*”, *La science de la législation*, París, PUF, 1988, cit. en ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio, “De la jurisprudencia a la legislación”, *op. cit.*, p. 788.

¹⁹⁹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Razón práctica y teoría de la legislación”, *op. cit.*, p. 301.

²⁰⁰ WROBLEWSKY, Jerzy, *op. cit.*, p. 788.

²⁰¹ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, *op. cit.*, pp. 27-40.

que se pone al servicio incluso de cualquier fin que se propongan los legisladores, puesto que el proceso en el que se llega al acuerdo de los fines que guiarán su labor tiene más que ver con la política que con el derecho. Una concepción de esta naturaleza es completamente coherente con la de Hans Kelsen, en tanto que la política no es ni debe ser extraída de la legislación; no solo el fin sino incluso el contenido es cuestión política. Aunado a lo anterior, puesto que es imposible (o casi nunca lo es) conocer los fines que dirigen tal actividad, no hay lugar para una teoría de la legislación condicionante de los contenidos o fines del derecho legislado, de ahí que también estas teorías pueden ser llamadas ‘escépticas’.

3.5.3.2. Teorías normativas

Son también llamadas teorías *normativas en sentido fuerte o prescriptivas* y bajo este rubro se encuentran todas aquellas concepciones a las cuales no les basta la racionalidad que contemplan las teorías minimalistas, sino que tratan de determinar también los fines y en ese sentido evalúan los medios considerando los valores de los mismos²⁰². Estas teorías, por ello, incluyen la racionalidad teleológica y en algunos casos la racionalidad ética.

En este conjunto, García Amado distingue dos tipos de teorías, las material-normativas y las formal-normativas²⁰³.

Las material-normativas establecen límites directos al contenido posible de la actividad legislativa; estos son emanados directamente de la razón, de ahí que se encuentren preestablecidos los contenidos tanto posibles como prohibidos para los legisladores. Este sería un esquema derivado de las teorías iusnaturalistas mismas que manifiestan algún orden superior inmanente, trascendental y descubrible, el cual, por estas mismas características, ordena y prohíbe la positivación de ciertas normas.

²⁰² Cfr. ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio, “De la jurisprudencia a la legislación” p. 788.

²⁰³ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Razón práctica y teoría de la legislación”, *op. cit.*, pp. 311-312.

Las teorías formal-normativas, por su parte, solo indirectamente establecen límites al contenido de la legislación, por lo que:

...no habría contenidos de por sí, apriorísticamente, irracionales [o determinados]. Pero sí habría modos, formas o procedimientos exigidos por la racionalidad, modos formas o procedimientos que no podrían desembocar en ciertos contenidos de la decisión si no es a costa de la simulación, el autosabotaje o la contradicción performativa; de la irracionalidad, en suma²⁰⁴.

Una teoría de estas características, tal y como lo es la propuesta por García Amado, aunque sigue siendo formal, es capaz de pronunciarse acerca de la irracionalidad de los contenidos no solo por adolecer de una falta de racionalidad instrumental (*i.e.* por haberse redactado técnicamente mal o porque no cumple con los fines de los legisladores), sino también en virtud de no haber respetado las normas procedimentales que regulan su creación. En este orden de ideas —si he entendido bien a García Amado—, en un sistema democrático, irracional puede ser la norma que no hubiere sido adoptada por votación mayoritaria o que habiendo respetado esta regla, el propósito de la nueva norma fuere anular el sistema democrático. Asimismo, irracional podría ser la norma que se hubiese sancionado sin haberse realizado una consulta a los posibles futuros afectados; o bien, que no hubiese sido debatida conforme al procedimiento parlamentario como por ejemplo no haber sido dictaminada previamente, analizada en la comisión legislativa correspondiente, entre otras (para mayor ilustración remítase el lector al proceso legislativo que dio origen a las reformas a la Constitución mexicana en materia energética, a finales del año 2013).

Obsérvese que este tipo de conclusiones se pueden plantear a un nivel de racionalidad teleológica y ética. En el caso de la racionalidad teleológica, los intereses que deben satisfacer los legisladores son aquellos que objetivamente pueden ser compartidos —o que se supone son compartidos— por la comunidad; no son particularísimos, pues si lo fueran probablemente no cabría esperar una racionalidad como la aquí planteada, *i.e.* que permita una justificación

²⁰⁴ *Ibid.* pp. 311-312.

intersubjetiva aceptable. Por lo que se refiere a la racionalidad ética, se plantea un sistema normativo en el cual descansa la organización política y en el cual encuentra fundamento —o debiera encontrarlo— el derecho legislado.

Para llegar a evaluar la racionalidad o irracionalidad, se requiere tener una teoría normativa (ya política o ética) que proporcione sustancia a la mera forma; o por decirlo en otras palabras, la mera forma, los medios, los instrumentos técnicos, deben estar referidos constantemente a un modelo normativo que justifique su uso. Por ello, García Amado, aunque no se pronuncia por un fundamento en específico, menciona dos posibles que puede tener una teoría de este tipo, la democracia o la ética discursiva habermasiana, que en ambos casos se trata de teorías eminentemente formales o procedimentales²⁰⁵.

En virtud de lo mencionado, los rasgos de la teoría de la legislación en la cual pretendo sostener los límites de los legisladores, comporta una teoría normativa, que es la teoría de la democracia constitucional equilibrada.

3.6. Una Teoría de la legislación de la democracia constitucional

Al final de este capítulo es preciso delinear aunque sea de manera muy sucinta la idea de una teoría de la legislación de la democracia constitucional y dentro de la cual pueda situar los límites de los legisladores que explico en el capítulo siguiente. Considérense las líneas sucesivas tan solo unos apuntes que en investigaciones futuras habré de desarrollar con la amplitud, detalle y profundidad requeridos. No pretendo por ahora avanzar más en este complejo tema.

La legislación consiste en la elaboración de normas de manera deliberada por un órgano facultado para ello. En una democracia constitucional, la legislación se lleva a cabo por medio de un órgano legislativo representativo y popularmente electo. Estas características del órgano legislativo, atienden a la ficción de que en el órgano legislativo se encuentra representada la diversidad de intereses y que el pueblo se da a sí mismo las leyes que habrán de gobernarlo; todo lo anterior, vale decir, resulta congruente con la idea de la autonomía de cada persona.

²⁰⁵ Cfr. *ibid.*, pp. 312-316.

No obstante, el origen democrático formal del órgano que legisla no es razón suficiente para que las leyes producidas tengan autoridad sobre el pueblo al que gobiernan. Más aún, si los legisladores se encuentran sometidos al derecho y en tanto que en virtud del constitucionalismo deben respetar una serie de derechos fundamentales, los legisladores están obligados a dar razones en ese esquema, razones que son exigidas por los ciudadanos para entender y obedecer lo que se ha hecho en su nombre y a la luz de esos derechos que consideran intocables. La legitimidad democrática de origen es insuficiente y los legisladores necesitan obtener legitimidad democrática sustancial.

Una teoría de la legislación de la democracia constitucional tiene por objeto determinar los criterios conforme a los cuales la legislación se torna racional en virtud de un modelo normativo que es el de la democracia constitucional, todo lo cual permite que los legisladores obtengan legitimidad democrática sustancial. Es decir, esta teoría pretende determinar la manera según la cual se produce legislación sobre un esquema de razones que la justifican, razones que rigen tanto la forma como el contenido de la legislación.

Es preciso explicar esta definición. Las razones que justifican la legislación, *grosso modo*, pueden ser formales, por cuanto inciden en el procedimiento y la forma de las leyes; o bien sustantivas, por cuanto inciden en el contenido de las leyes. Las primeras responden a la pregunta «¿cómo se debe legislar?», mientras que las segundas responden a «¿qué se debe legislar?» y «¿para qué se debe legislar?» Los tres tipos de cuestiones pueden ser, a su vez, desdobladas en los cinco niveles de racionalidad legislativa de Manuel Atienza. Los que atañen a la racionalidad comunicativa o lingüística, la jurídico-formal y la pragmática, son diversos ámbitos de racionalidad relativos a la forma de las leyes y a los procedimientos mediante los cuales se originan. Los niveles de racionalidad teleológica y ética, por su parte, se refieren al contenido de la legislación. Según hice notar cuando expliqué las teorías normativas y no normativas, todos los autores que han desarrollado alguna teoría de la legislación consideran que esta debe determinar criterios de racionalidad relativos a la forma, pero no todos coinciden con que deban también determinar criterios sobre el contenido. Pero

una teoría de la legislación que tenga por objeto la actividad de los legisladores dentro de una democracia constitucional, como es la que estoy delineando, necesariamente debe pretender la determinación de criterios de racionalidad tanto respecto de la forma, como respecto del contenido; el modelo de la democracia constitucional señala una teoría normativa que rige sustantivamente una teoría de la legislación.

En este orden de ideas, había señalado que, conforme a la clasificación de Juan Antonio García Amado, dentro de las teorías normativas se pueden identificar teorías material-normativas y teorías formal-normativas. Una teoría de la democracia constitucional requiere necesariamente ser material-normativa (lo cual no excluye que tenga una parte formal-normativa, como es el caso), pero tan solo en un grado mínimo. Esto significa que aunque establece límites directos al contenido posible de la actividad legislativa, a causa de integrar dentro del modelo normativo al constitucionalismo que protege ciertos derechos fundamentales, la teoría de la legislación resultante señala apriorísticamente los contenidos posibles de una legislación, tanto lo que sí se debe legislar como lo que no debe ser legislado; pero esta característica es inicial y por ello en sentido débil o mínimo, no es absoluta. Esta teoría es material-normativa mínima porque el contenido de los derechos fundamentales no es del todo explícito dentro de una constitución; su contenido se va desarrollando y por ello, el legislador se encuentra en una libertad considerable para determinarlo. Las circunstancias en las que se aplican los derechos, puesto que van cambiando, precisan de un ajuste constante de estos; los cuales, en tanto que formulados como principios, tienen la propiedad de ser desarrollados constantemente según lo van requiriendo las circunstancias.

Asimismo, esta teoría es formal-normativa debido a que el modelo normativo que la arroja integra las características de la democracia. En este sentido, coincide con lo sostenido por García Amado, *i.e.* precisa modos, formas o procedimientos exigidos por la democracia para la producción del derecho legislado. Conforme a ello, una norma podría ser irracional si no hubiera sido adoptada por votación mayoritaria o bien, porque fuera contraria al sistema democrático.

Además de lo anterior, una teoría de la democracia constitucional incluye el contenido de una teoría no normativa, esto es, una técnica legislativa en estricto sentido. Pero a diferencia de tales teorías, en la teoría que estoy caracterizando la técnica legislativa no se agota en sí misma, sino que se pone al servicio de una teoría normativa.

Adicionalmente a lo mencionado, es preciso detallar que una teoría de la legislación que aquí me interesa, considera exigible la racionalidad a los legisladores —como individuos—, y no a la legislatura, —como un ente colectivo—. La diferencia es importante por lo siguiente:

Al decir que la legislación debe ser racional, estoy señalando que el proceso que da origen a una ley (o la adición o reforma a una existente) debe ser conforme con criterios de racionalidad. Esto significa que se debe exigir a cada legislador al actuar, *i.e.* al legislar, que lo haga racionalmente. La deliberación entonces producida se efectúa entre los legisladores, entidades capaces de argumentar y contra argumentar en términos de razones. Los momentos en que los legisladores deben ofrecer razones están marcados por el proceso parlamentario (*v.gr.* la presentación de la iniciativa que incluye una exposición de motivos, la discusión al interior de la comisión dictaminadora, el dictamen parlamentario, la discusión del dictamen en el pleno del órgano legislativo), el cual culmina con la votación del proyecto de ley. En ese orden de ideas, cuando se desea evaluar la racionalidad del derecho legislado, debe acudir a los sitios donde tal racionalidad ha quedado manifiesta como los diarios de los debates, las gacetas parlamentarias, los dictámenes legislativos o las videograbaciones de las sesiones.

Es cierto, sin embargo, que lo anterior tan solo sirve para dar cuenta de los argumentos que se esgrimieron en la sanción de una norma, pero no para dar cuenta de manera unificada de las razones precisas que justifican indubitadamente la aprobación de la misma. Esto es así porque después de todo, lo que se vota no son los argumentos que justifican la norma, sino la norma en sí. Una norma, por tanto, puede haber sido aprobada por unanimidad, pero ello no

significa que todos los legisladores la hubieren votado compartiendo idénticos razonamientos, idénticas justificaciones.

Quizá podría pensarse que así como los tribunales son capaces de emitir sus sentencias que incluyen tanto la justificación como el resolutivo (con lo cual se entiende que ambas cosas son sostenidas por tal órgano en su conjunto y no solo por el juez que haya realizado el proyecto), así también podría esperarse del órgano legislativo la emisión tanto de la justificación como de la norma. Sin embargo, la complejidad de la tarea legislativa y la discrepancia en los intereses políticos que cada grupo parlamentario sostiene, haría, si no imposible, al menos sí muy complicada la votación de los dos elementos mencionados²⁰⁶.

Adicionalmente, me parece que no tendría mucha relevancia ceñir la legislatura a la aprobación de una sola justificación de la norma de que se trate. Puesto que si en un órgano legislativo existe un notable desacuerdo y una notable pluralidad de ideas e intereses, lo más probable es que los argumentos para defender o rechazar una propuesta de una norma formulada en abstracto, sean también de lo más variados. Así, para el intérprete que en un momento determinado debe aplicar tal norma, resulta de mucha mayor utilidad en la labor hermenéutica remitirse a las diversas justificaciones ofrecidas en el debate que limitarse tan solo a una de ellas.

²⁰⁶ Esto, no obstante, es diferente al nivel de las comisiones en los dictámenes legislativos, documentos que incorporan tanto la justificación como el resolutivo.

CAPÍTULO IV

LOS LÍMITES DE LOS LEGISLADORES EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

A partir del modelo teórico de la democracia constitucional, en tanto que se trata de un modelo normativo, se pueden desprender diversos lineamientos genéricos y específicos relativos tanto a la conformación y funcionamiento de las instituciones del Estado como al modo de operar de estas.

Respecto de lo primero, el conjunto de pautas o lineamientos determinados a partir de la democracia constitucional es algo que puede ser entendido como un diseño institucional. Si diversas teorías que tratan de dar cuenta de un modelo que enlace los rasgos así del constitucionalismo como de la democracia favorecen ya sea la existencia y respeto de límites infranqueables para las decisiones mayoritarias o bien, prefieren la decisión mayoritaria incluso de los bienes más valiosos como los derechos fundamentales, entonces se comprende que el diseño institucional resultante oscilará, *grosso modo*, entre dos polos: asignar mayores facultades a los órganos jurisdiccionales o a los órganos legislativos popularmente electos. En tanto que el modelo aquí explicado como ‘equilibrado’ se coloca entre los dos extremos mencionados, también es posible desprender de sus elementos el diseño que institucionalmente deben tener los órganos que lo integran. Por lo

que se refiere al órgano legislativo, centro de mi investigación, sucede exactamente lo mismo.

Determinar el diseño de cualquier órgano, sin embargo, es una tarea que no se agota con inferir los lineamientos a partir de una teoría, cualquiera que sea. La misma necesidad de idear algo y llevarlo a lo fáctico, requiere necesariamente de considerar la idea en sí misma y las circunstancias sociales en las cuales pretende ser instaurada; y esto, vale decir, es sumamente variable e inevitablemente, como señala Juan Carlos Bayón, es dependiente «del contexto, de las circunstancias específicas de la comunidad política en la que se pretenda aplicarlo»²⁰⁷. Es cierto que en virtud de las crisis anotadas de los legisladores, una muy interesante línea de investigación se encaminaría a determinar el diseño institucional que mejor podría resolver —insisto, a nivel institucional— tales crisis y que mejor podría corresponder con los postulados de una democracia constitucional equilibrada; pero por ahora no pretendo explorar estos horizontes.

Respecto de lo segundo, *i.e.* los lineamientos que la democracia constitucional determina acerca del modo de operar de las instituciones, en específico los órganos legislativos, me refiero a los lineamientos o criterios que se pueden deducir de tal modelo normativo y a partir de los cuales se dota de contenido a una teoría de la legislación. Determinar entonces esos criterios que las legislaturas no pueden dejar de considerar al encontrarse dentro de una democracia constitucional, y así bosquejar algún marco de actuación racional de los legisladores, es mi propósito en este capítulo. Para lo anterior, esos criterios que también he referido como lineamientos, aquí los denominaré ‘límites de los legisladores’.

4.1. La racionalidad legislativa y la racionalización del poder político

Como reacción al aumento acelerado de las poblaciones humanas y de su complejidad, las formas de organización política han tenido que irse desarrollando más o menos a su mismo ritmo. La democracia constitucional por ello, viene a ser

²⁰⁷ BAYÓN, Juan Carlos, “Democracia y derechos...”, *op. cit.*, p. 45.

una de las tipologías más acabadas del Estado moderno sintetizadora, en su propio diseño, de la complejidad de las sociedades actuales. Pero si como he mencionado, a partir de una observación del desarrollo de las comunidades políticas se puede hallar la manera en que también se ha ido desarrollando la forma de organizar y ejercer el poder, se advierte también en este una gran complejidad en su organización y ejercicio contemporáneos.

Esto, en nuestros días, tiene una tremenda relación con el hecho de que, mediante la regulación jurídica, se ha tendido a reducir la discrecionalidad en el ejercicio del poder; a tal proceso es lo que ahora denominaré 'racionalización del poder'. Ello se ha debido esencialmente a dos razones que derivan de la historia política que subyace al Estado moderno. En primer lugar porque a causa del liberalismo, el poder ha tenido que ser controlado con tal de no afectar los derechos fundamentales de los individuos, de ahí que se haya ideado un complejo entramado institucional para evitar su concentración y abuso. Y en segundo lugar, porque en virtud de la democracia, un gobierno en el cual las personas participan en pie de igualdad en la toma de decisiones, se ha considerado legítimo que exijan explicaciones respecto de cualquier actuación de las autoridades que provisionalmente han elegido, mismas que se supone ejercen sus facultades en su nombre, públicamente y de conformidad con las normas previamente establecidas.

Ahora bien, el poder pierde su metafísica una vez que para su comprensión debe remitirse a su 'funcionalismo verdadero'²⁰⁸ normado jurídicamente. Como un poder institucionalizado dentro de un Estado de derecho, tiene que ser legal, y esto significa que su ejercicio únicamente puede realizarse mediante y de conformidad con el derecho. Sin embargo, aunque esta conclusión tendría que ser válida para toda actividad del Estado, la racionalización de forma única ha sido exigida de manera más acentuada a la jurisdicción y a la administración, mas no a la legislación, y esto, porque se ha pretendido que la legitimidad democrática de origen es justificación suficiente para que actúen los legisladores; por lo que los

²⁰⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1995, p. 11.

jueces, que no gozan de ella de igual manera que aquellos, están llamados a justificarse con argumentos fundados en la ley.

La opinión de que los únicos que tienen que estar vinculados a las exigencias de la racionalidad del poder son la administración y la jurisdicción, ha sido sostenida durante mucho tiempo y no sin sólidos argumentos. Uno de sus paladines fue Hans Kelsen. Dicho jurista escribió que, respecto de la creciente tendencia de conformar jurídicamente y desde la Constitución a los partidos políticos, se trataba de un proceso que se había denominado ‘racionalización del poder’ «y que [iba] aparejado con la democratización del Estado moderno»²⁰⁹. Este proceso tenía lugar tan solo en las esferas de la jurisdicción y de la administración: «Donde con más claridad se revela el carácter racionalista de la democracia —continuaba Kelsen— es en su aspiración a organizar el orden estatal como un sistema de normas generales, preferentemente escritas, en las que los actos individuales de la administración y la jurisdicción se hallen determinados del modo más amplio posible, pudiendo considerarse como previsibles»²¹⁰.

Al no estar la administración y la jurisdicción más que para ejecutar la ley, y en ese sentido, ser los ejecutores de la ‘volición del Estado’, tienen que estar sometidos estrictamente a la ley y con ello, a los controles que esta les impone a su actuación. La legislación, referida al proceso de la elaboración de la ley, y por ello, al proceso de la conformación de la volición del Estado, no puede eliminar la política, porque «sustraerse la legislación a la política sería tanto como destruirse ella misma. En efecto, para la determinación del contenido de las leyes no hay otros caminos que el de la dictadura de uno solo o el de la transacción entre varios intereses de grupos»²¹¹, y la democracia requiere esa transacción entre varios intereses de grupos.

Conforme a lo anterior, la concepción del proceso de racionalización del poder se ha referido casi de manera exclusiva a la existencia de normas jurídicas

²⁰⁹ Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, op. cit, p. 36.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 143.

²¹¹ *Ibid.*, p. 108.

conocidas que regulan los actos, los controles del mismo, y su publicidad en virtud de lo cual se ejerce el poder de la administración y de la jurisdicción. Así, todo acto realizado por parte del Estado fuera de lo que la norma jurídica determina, es arbitrario. Pero un acto que en virtud de una norma jurídica se realiza con cierta libertad —en el sentido de que para su realización se permite que quien lo ejecuta lo configure según cierto raciocinio—, es discrecional. El primero, el acto arbitrario, queda fuera de la legalidad y por eso es sancionado —o tendría que serlo— y constantemente es señalado por la sociedad civil; el segundo, el acto discrecional, siempre es legal en la medida en que su ejercicio se realiza conforme a derecho —hay una norma que lo permite—. El parámetro en cualquier caso corresponde al principio de legalidad, el cual, conforme al paradigma que he expuesto, debe ser entendido no solo como la correspondencia con la Ley, sino también con la Constitución. No obstante, una forma de determinar si hay o no un acto arbitrario o discrecional, es a través de cierto enjuiciamiento de este a través de un órgano jurisdiccional.

El enjuiciamiento de los actos de la autoridad puede ser de los actos completamente reglados (*i.e.* acciones cuya norma que las fundamenta, determina de manera concreta y taxativa lo que a la autoridad respectiva le corresponde hacer o no hacer y cómo hacerlo), de los actos discrecionales o de los actos arbitrarios. Es por ello que para reducir el yerro de las autoridades, los estudios jurídicos han brindado efectivas herramientas para que estas actúen, tales como el principio de proporcionalidad y una amplia gama tanto de técnicas como teorías de la argumentación y la interpretación. Y, para enjuiciar los actos que se consideren contrarios al derecho, se han ideado órganos específicos con la consecuente manera de evaluar su juridicidad.

En el ámbito de la jurisdicción, por ello, existen instancias de apelación y revisión de los actos de los jueces; en el ámbito de la administración, a su vez, se han erigido tribunales administrativos. Los criterios que se han utilizado para examinar lo que se recusa, han sido en ambas ramas, por ejemplo, la debida fundamentación y motivación. Sin embargo, la complejidad de los mismos casos que llegan al conocimiento de los respectivos jueces ha sido causal suficiente para

que desde la teoría del derecho se generen técnicas que auxilien, en primer término, a los servidores públicos a concretar sus actos discrecionales con una metodología que dé cuenta de la existencia de 'razones'; y, posteriormente, a los órganos encargados de realizar el control en un doble aspecto, porque al saber qué elementos los actos impugnados deberían haber contenido, les es más fácil determinar si hubo o no una actuación indebida, y porque también en sus resoluciones les son exigidas tanto la fundamentación como la motivación para que, a su vez, no incurran en arbitrariedades.

En resumen, la exigencia de racionalidad en el ejercicio del poder por parte de los órganos administrativos y los órganos jurisdiccionales no ha sido entendida en la misma manera para los órganos legislativos. No ha sucedido lo mismo con la legislación porque se ha considerado una actividad que no puede estar completamente regulada por el derecho en tanto que no se trata de aplicarlo, sino de formarlo y esto es cosa de la política, no del derecho. De la actividad legislativa, según se ha dicho con Kelsen, la política no puede escapar. Aunque ya anteriormente en el Capítulo III cuando hice referencia a la racionalidad legislativa se indicó que la política en la legislación no implica una actividad irracional que necesariamente quede fuera de su justificación, es preciso hacer dos comentarios a las ideas de Kelsen hasta aquí indicadas.

En primer lugar, nótese que la racionalización del poder, tal y como la entendió Kelsen, se refiere única y exclusivamente a la existencia de normas jurídicas y a la actuación de las autoridades del Estado conforme a ellas. Los actos no tenían más contenido que el estipulado por la ley. La formulación del derecho en reglas, permitía que el conocido silogismo jurídico fuera el modo ideal de operarlo por quienes tenían el encargo de ejecutar la ley. En esa operación silogística consistía el procedimiento racional de la jurisdicción y de la administración.

Para el caso de la legislación, la única racionalización que podía tener lugar tan solo se podía referir a que los legisladores, al elaborar las leyes, lo hicieran de conformidad con las normas que regulaban la producción normativa; esas normas no podían incidir en el contenido de ese producto ni podían preestablecerlo pues

quedaba al arbitrio de los órganos legislativos, es decir, de la política que mediaba la legislación. Aun así, creo que la concepción de Kelsen no lo llevaba a considerar de absoluta relevancia que los legisladores siguieran religiosamente las normas mencionadas; piénsese, por ejemplo, en lo que señaló acerca del resultado del control de la constitucionalidad por un órgano jurisdiccional:

...Teniendo en cuenta la extrema importancia que posee la anulación de una norma general, y en particular una ley, podría preguntarse si no sería conveniente autorizar al tribunal a no anular un acto por vicio de forma, es decir, por irregularidad en el procedimiento sino cuando este vicio es particularmente importante, esencial. En tal caso, la apreciación de este carácter es mejor dejarlo a la entera libertad del tribunal, porque no es bueno que la Constitución misma proceda, de manera general, a la difícil distinción entre vicios esenciales y no esenciales²¹².

Sin embargo, ante la incorporación al sistema jurídico de normas con la estructura de principios como los derechos fundamentales o el nunca superado embate de las lagunas jurídicas, el alcance del silogismo jurídico terminó por ser muy reducido y se tuvieron que pensar nuevas maneras de operar y determinar el derecho dentro de la administración y la jurisdicción—como arriba se indicó, el test de proporcionalidad surgido en el seno del derecho administrativo²¹³ y demás técnicas y teorías de interpretación y argumentación fueron las innovaciones de los estudios jurídicos—. Por eso, la idea de racionalización del poder no ha podido conformarse con la simple existencia de normas que indican al poder el modo de su actuación, sino que además, ha tenido que ser ampliada y referida a la búsqueda de técnicas que hagan ‘racional’ la operación de entidades tan indeterminadas como los principios. Para el caso de la actividad de los legisladores, en tanto que han sido concebidos como miembros de un órgano constituido, también sometido al derecho, se requiere algo similar.

²¹² KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidad Nacional Autónoma de México-IIJ, 2001, (Ensayos Jurídicos, 5) p. 82.

²¹³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades...*, op. cit., p. 118.

En segundo lugar, la racionalización del poder de Kelsen parecía señalar que se trataba de un proceso que tenía lugar fuera de la política o que, por decirlo de otro modo, la política no era una actividad en la cual la racionalización del poder pudiera tener lugar. Así pensada, la política, la asignación de contenidos de la ley, en suma, la legislación, no estaba situada dentro de un marco de actuación, por lo que se concibió a un legislador sin límites, veleidoso, practicante de una actividad que sin dificultad podía tildarse de irracional. Empero, como he sostenido a lo largo de esta investigación, considero que esta explicación es difícilmente sostenible dentro de una democracia constitucional porque en ella necesariamente los legisladores deben reconocerse inmersos —y de este modo la sociedad tiene que exigirlo— dentro de un marco de actuación que incide tanto en la forma como el contenido de las normas que produce. Ya en el capítulo precedente, al tratar el tema de la racionalidad legislativa, había señalado, siguiendo a Kaarlo Tuori, que la combinación de tareas jurídicas y políticas en la legislación, provocaba que para esta se pensara en una racionalidad con criterios particulares.

La política no debe ser eliminada de la legislación, lo cual sería impensable, sino que con la idea de la racionalidad legislativa que vengo exponiendo, pretendo hacer de esa política una actividad mucho más racional. La posibilidad de esto radica fundamentalmente en que el principio de legalidad, que puede entenderse como el principio de los límites, ya no tiene que ver con la Ley que produce el legislador, en cuyo caso sería absurdo, sino con la Constitución, que está por encima de él; por lo tanto, no solo debe respetarse un procedimiento que otorgue a la ley una validez formal, sino también un contenido que le proporcione su validez material y, de este modo, la manera de alcanzar una y otra validez habrá de requerir también técnicas racionales que desarrollen los estudios jurídicos.

Pero como en la legislación entran en juego no solamente argumentos jurídicos, debe ser congruente con las reglas del juego de la racionalidad en general. Como señala Aulis Aarnio²¹⁴:

²¹⁴ AARNIO, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social...*, *op. cit.*, p. 78.

...Si se olvidaran estas reglas en la política, entonces ésta se vería conmocionada — incluso si se necesitara una mano firme. De otro modo, se correría un gran riesgo de que la política se transforme en el poder por el poder mismo, lo que sería sólo manipulación o, un poder envuelto en la inseguridad de un sentido aparente— y esto es lo que todo mundo quiere evitar.

4.2. Los ‘límites’ como concepto para explicar el marco de actuación de los legisladores

Los criterios de racionalidad de los legisladores que ahora me propongo conceptualizar y desarrollar, los entenderé de ahora en adelante como ‘límites’.

4.2.1. Concepto etimológico de ‘límite’

La palabra ‘límite’ proviene del vocablo latino *limes*, que significa sendero, senda entre dos campos, linde y también frontera²¹⁵. De esta noción antigua, nuestro español ‘límite’ ha conservado tales significados, según se aprecia en las siguientes acepciones que ofrece el Diccionario de la Academia de la Lengua Española: línea que separa dos terrenos, fin o término, extremo, etcétera²¹⁶. Este vocablo se refiere en primer lugar, entonces, a algo que define o determina algo más.

4.2.2. La conceptualización jurídico-política de ‘límites’

Llevado a lo jurídico-político, ‘límite’ vendría a referirse primero en razón de su aparición cronológica, a una idea inicial derivada de la historia política de occidente y engendrada principalmente por el liberalismo político. Los acontecimientos e ideas señalados *grosso modo* en el primer capítulo, permiten interpretar el desarrollo del Estado moderno como una búsqueda por precisar

²¹⁵ ‘*Limes*’, Diccionario Vox Latín-Español.

²¹⁶ ‘*Límite*’, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=l%C3%ADmite>

reglas jurídicas en virtud de las cuales se logre el propósito de diseñar los mecanismos institucionales más adecuados para acotar y controlar el poder político y así evitar el abuso del mismo, al salvaguardar, en todo caso, la esfera privada de las personas. Desde esta perspectiva, los límites pueden ser entendidos en sentido negativo, *i.e.* como prohibiciones, pero en mi concepción, implican no solo acciones negativas, sino también positivas. A continuación analizo esta diferencia.

4.2.2.1. Los límites como barreras infranqueables

Una de las características de la democracia constitucional es la existencia de un determinado núcleo formulado en reglas y principios que se atrincheran en la constitución y que constituyen barreras infranqueables principalmente para el Estado. Como ya se ha mencionado, a partir de estas restricciones se ha desarrollado la idea de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, porque al ser consideradas verdaderas normas jurídicas, se colocan en la cúspide de la jerarquía normativa y constituyen, según la idea que vengo exponiendo, los primeros 'límites'. No obstante, esta mera consideración de 'barrera' de tales normas, arrojaría una mera lectura negativa de las mismas, pues se referirían únicamente a lo que no se puede decidir o, que es lo mismo, a auténticas prohibiciones que tiene el legislador ordinario. Al entender los límites de esta manera, nos llevaría a volver sobre los pasos ya andados y regresar a la concepción del Estado mínimo como si la institución política fuera un mal necesario, pero esto ha ya quedado superado según lo demuestra el devenir histórico. Por ello, 'límite' es conducido a una segunda idea mucho más compleja y elaborada, es decir, como pautas que determinan acciones negativas, pero además, acciones positivas.

4.2.2.2. Los límites como criterios de acciones positivas y negativas

Muy contrapuesto a este matiz, el segundo sentido de 'límite' al que aquí quiero referirme debe ser entendido en el marco teórico de la democracia constitucional y con ello, escapa a la simple idea de restricción y de barrera. Esto significa que no basta con entenderlo como un no hacer, sino incluso como un hacer; no es suficiente una acción negativa, sino que es precisa una acción positiva por parte de los sujetos o instituciones a través de los cuales opera el Estado. En el mismo sentido se encuentra la concepción de Manuel Medina Guerrero, pero en lugar de usar la palabra 'límites', que aquí propongo, emplea la de 'vínculos' y estos los liga a los derechos fundamentales. De este modo, los legisladores están 'vinculados' a los derechos fundamentales de manera doble: «[la vinculación al legislador por los derechos fundamentales] es, en primer término, una *vinculación negativa*, por cuanto supone la prohibición de que el legislador autorice cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté constitucionalmente fundamentada; y, en segundo lugar, es asimismo una *vinculación positiva*, que se traduce en el mandato de lograr que los mismos desplieguen plenamente su eficacia»²¹⁷.

Sin embargo, me parece que aun cuando el término de 'vínculos' exprese también en cierto modo lo que con 'límites' pretendo, nótese que Medina Guerrero lo refiere exclusivamente a los derechos fundamentales, con lo que, ante la pregunta «¿a qué están vinculados los legisladores?», la respuesta necesaria tiene que ser «a los derechos fundamentales». No ocurre lo mismo con los límites, pues estos se refieren a todo un marco normativo en el que se inscribe la legislación, y en ese orden de ideas, no solo consisten en los derechos fundamentales, sino también en valores y demás principios contenidos en la Constitución, así como reglas procedimentales y reglas de racionalidad (en estricto sentido), entre otras, en la operación de tales límites.

²¹⁷ MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 4.

Coincido más con la opinión de Adrián Rentería²¹⁸, quien apoyándose en las ideas de Luigi Ferrajoli²¹⁹, considera que los legisladores encuentran no solo límites en su acción institucional sino que encuentran también vínculos. Los primeros constituyen un aspecto negativo relacionado con los límites que el legislador encuentra entre ley constitucional y ley ordinaria. Los segundos son elementos positivos que, derivado de los principios y valores de la constitución, imponen al legislador tareas a cumplir.

En otra tesitura, con 'límite' también se hace referencia de manera específica a las normas jurídicas que configuran la maquinaria institucional del Estado, las cuales determinan de manera genérica lo que les está restringido de forma absoluta y lo que sí y no pueden, deben y están obligados a hacer. A partir de estos límites genéricos, se desarrollan y articulan numerosos procedimientos que tienen como propósito delimitar adecuadamente la actuación del Estado efectuada a través de numerosas instancias y servidores públicos. El principio de legalidad, por ello, sería por excelencia traducible como 'el principio de los límites'.

Por lo que se refiere a los órganos legislativos, un juicio sumamente liberal ha visto en los legisladores a los principales enemigos de la libertad y con lo cual la idea de 'límite' se reconduce a la de 'barrera' no sin mucha razón si se trae el recuerdo de los Estados legislativos europeos y el de la Alemania de la primera mitad del siglo pasado. El legislador en esas experiencias, dice Peter Häberle, «aparece como el 'enemigo' en sentido propio de la libertad protegida por los derechos fundamentales y como tal se ha acreditado también. La 'legislación' contiene por ello el *odium* de una 'intervención' o una 'restricción'»²²⁰. Pero aunque en efecto así haya sucedido, hay que recordar, en ánimo de no caer en

²¹⁸ RENTERÍA DÍAZ, Adrián, "Constitución y democracia. ¿Límites y vínculos?", *op. cit.*, p. 14.

²¹⁹ FERRAJOLI, Luigi, "Derechos fundamentales", *op. cit.*, pp. 53 y 54.

²²⁰ HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales a la teoría de la reserva de la ley*, trad. de Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson, 2003, p. 151. En el mismo sentido, Eduardo García de Enterría señala que «Pero esta Ley, que era sentida como el mayor escudo de la libertad, es un hecho que ha pasado a ser hoy uno de sus enemigos más terribles...» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades*, *op. cit.*, p. 79).

una falacia de asimetría, que los órganos legislativos también han sido los garantes de los derechos al tiempo que los han concretizado con sus normas.

De manera adicional, el juicio liberal señalado llevaría a admitir un antagonismo entre el derecho y la libertad, lo que sería como decir que ahí donde hay derecho o regulación del comportamiento, no hay libertad y viceversa. Pero como en páginas anteriores he indicado, la libertad e incluso un valor superior, *i.e.* la autonomía de las personas, según Francisco Laporta, se logra únicamente a través del derecho. Esto significa que hay una interacción entre el derecho y la libertad, existe una relación inmanente entre ambos conceptos y, no obstante, «la significación del derecho y del legislador como garantía de la libertad como creador de la misma es ignorada, al igual que el hecho de que los derechos fundamentales constituyen un sistema ‘de libertad jurídicamente regulada’ y significan una libertad delimitada jurídicamente desde el principio»²²¹.

En virtud de las consideraciones anteriores, es posible insertar a los órganos legislativos dentro de un esquema de límites provenientes de las normas constitucionales a los que están necesariamente vinculados. Los órganos legislativos a los que aquí me refiero son órganos constituidos, integrados por legisladores ordinarios cuya tarea no es la reforma de la Constitución, sino su obediencia, desarrollo y regulación de los ámbitos que la misma determina.

4.2.3. Los límites de los legisladores como elemento garantista de los derechos

Según se aprecia, la idea de los límites de los legisladores, en virtud de racionalizar el poder que se ejerce por los órganos legislativos, y en tanto que algunos de los propios límites son también identificables con los derechos protegidos constitucionalmente, tiene también un fundamento garantista de los propios derechos. Es aquí donde ahora es preciso dar algunas consideraciones sobre el tema.

²²¹ *Ibid.*, p. 142.

La teoría del garantismo de Luigi Ferrajoli, es una teoría que se ocupa del modelo democrático constitucional. Fue originada en el seno del derecho penal²²² con el libro de dicho autor denominado «Derecho y razón. Una teoría del garantismo penal» publicado en 1989²²³. Aunque nace primero como un modelo normativo de derecho —en particular respecto del derecho penal, como el modelo de la estricta legalidad propio del Estado de derecho²²⁴—, el garantismo ha tenido un alcance teórico y filosófico general que lo han llevado a delinear, en respuesta a las transformaciones de los modelos constitucionales, tanto una teoría jurídica —la de un positivismo jurídico crítico—, como una teoría política, —la de una democracia sustancial—²²⁵.

En la raíz del garantismo se encuentra el interés de Luigi Ferrajoli de limitar el poder político mediante el derecho, es decir, a través de la adecuada estructuración de instituciones y mecanismos jurídicos que constituyan las más adecuadas garantías de las libertades y derechos básicos de las personas denominados derechos fundamentales²²⁶. Así pues, su teoría resulta compatible con el liberalismo político que subyace al desarrollo del Estado moderno, particularmente al de las democracias constitucionales.

Igualmente, el garantismo resulta ser una propuesta teórica que surge como respuesta a la crisis del derecho, misma que por su propia naturaleza tiende también a ser una crisis de la democracia²²⁷. En efecto, la crisis del derecho gira en torno a su legalidad, la cual «se expresa en la ausencia o en la ineficacia de los controles y, por tanto en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder»²²⁸; el Estado social, puesto que este propicia una inflación legislativa, de

²²² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1995, p. 851.

²²³ SALAZAR, Pedro, “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente”, *op. cit.*, p. 262.

²²⁴ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 851.

²²⁵ Cfr. SALAZAR, Pedro, “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente”, *op. cit.*, p. 261.

²²⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 260.

²²⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más fuerte*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 4º ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 17.

²²⁸ *Ibid.*, p. 15.

leyes-acto, con la consecuente merma de su generalidad y abstracción²²⁹; y el Estado nacional, ya que el derecho contemporáneo presenta una «alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo»²³⁰.

Estos problemas, en su conjunto, conducen al cuestionamiento del derecho como instrumento efectivo para el control del poder y, puesto que se trata del derecho producido en Estados democráticos, llevan también a cuestionar su fuente, que es democrática. De esta manera, se comprende que las ideas de Ferrajoli, a causa de estar originadas en la observación de un conflicto con estas características, haya arrojado no solo una teoría jurídica, sino también política.

Ahora bien, al articular esas dos teorías, Ferrajoli propone una renovación de la 'razón jurídica', que no es más que una actualización de la justificación del derecho en los Estados actuales. Mientras que en el pasado lo que determinó la confianza en el derecho fue la certeza que debía proporcionar, hoy en día lo es su capacidad de constituirse «como un sistema artificial de garantías constitucionalmente [que debe estar] preordenado a la tutela de los derechos fundamentales»²³¹. Este *deber ser* de lo jurídico lleva a reconocer que se trata de un tipo ideal por lo que su conformidad con el mismo es gradual (*i.e.* más o menos conforme). No obstante, si en el pasado la certeza únicamente se refería a la actuación conforme a una ley puesta y conocida, y en ese sentido estrictamente legal, el tipo ideal ferrajoliano no se conforma con esto, sino que además requiere que ese derecho sea conforme con cierto contenido.

En ese orden de ideas, el derecho producido en un esquema garantista tiene que cumplir con normas procedimentales y con normas sustantivas. Merced a que estas últimas están referidas a valores y principios constitucionales que por su propia estructura son de textura abierta y que en virtud de la supremacía constitucional dentro del sistema normativo son por ello el marco de legitimación del mismo, su determinación no puede lograrse si no es remitiéndose a una teoría

²²⁹ *Id.*

²³⁰ *Ibid.*, 16.

²³¹ *Ibid.*, p. 19.

que les dé contenido. Es aquí entonces donde se nota con claridad el sistema complejo de Ferrajoli, una teoría jurídica que para cumplir con su papel garantista de los derechos, debe saber qué derechos garantizar y cómo hacerlo, lo cual únicamente se lo proporciona su referencia a una teoría política.

En cuanto a la teoría política, el filósofo italiano sostiene una democracia sustancial en contraposición a las democracias formales. Ello significa que la simple regla de la mayoría como requisito para la toma de decisiones no es suficiente, sino que se requiere, además, que la simple mayoría respete los derechos fundamentales sustanciales, los cuales son, en primer lugar, los derechos de libertad²³².

Por su parte, la teoría jurídica del autor en comento es por él mismo identificada como un 'iuspositivismo crítico' y se origina a partir de la distinción entre vigencia, validez y efectividad de las normas. Una norma no necesariamente cumple con estos tres elementos. En el constitucionalismo de nuestros días, la incorporación en los textos constitucionales de una senda lista de derechos fundamentales que constituyen la esfera de lo indecible²³³ implica un criterio del que depende la validez de las normas; estas, por ello, pueden ser no válidas, pero sí efectivas o incluso vigentes.

La validez, de esta forma, se disocia de la existencia. Los derechos fundamentales, aunque su contenido no es del todo claro, al menos dentro del propio sistema jurídico constituyen los criterios únicos de validez la cual, a diferencia de Kelsen, no es identificable con la existencia de las normas. Ferrajoli no por ello niega la separación entre el derecho y la moral —positivismo metodológico—, sino que por el contrario, la mantiene. Los derechos fundamentales, si bien son principios de justicia introducidos en las constituciones, son criterios de validez porque están recogidos en la norma constitucional que exige que sean tomados como tales y no lo son a causa de la justicia que conllevan (de ahí la definición sumamente formal que Ferrajoli proporciona de los

²³² FERRAJOLI, Luigi, "Le garanzie costituzionali dei diritti fondamentali", *op. cit.* En tanto que lo relativo a la democracia ha sido ya atendido en el Capítulo I, remito al lector a dicha sección, aquí tan solo pretendo brindar un panorama de la teoría ferrajoliana.

²³³ *Cfr.* FERRAJOLI, Luigi, "Derechos fundamentales", *op. cit.*, p. 36.

derechos fundamentales²³⁴). Por ello, el constitucionalismo puede ser configurado como un complemento del positivismo jurídico²³⁵.

Ahora bien, el carácter crítico del positivismo de Ferrajoli se observa en lo siguiente. Dados los criterios de validez contenidos en ciertas normas jerárquicamente superiores dentro de un sistema jurídico, el juez y el jurista se encuentran con la posibilidad de poner en cuestión la producción de las normas jurídicas inferiores no por haberse seguido de un procedimiento equivocado o viciado, sino porque sus contenidos no se encuentran dentro del marco constituido por los criterios de validez integrados en una constitución²³⁶:

Este planteamiento, que bien podemos llamar “positivismo crítico”, se refleja en el modo de concebir el trabajo del juez y del jurista, y pone en cuestión dos dogmas del positivismo dogmático: la fidelidad del juez a la ley y la función meramente descriptiva y avalorativa del jurista en relación con el derecho positivo vigente.

Pero además de la crítica interna que el positivismo crítico sostiene, la teoría de Ferrajoli también incorpora una crítica que se elabora desde fuera del sistema jurídico. Esta crítica es instigada por la teoría política que su teoría conlleva y hace que cualquier operador del derecho cuando se traslada a tal plano, sea capaz de denunciar los contrastes entre el sistema jurídico y aquella. Sin embargo, sin abundar más, es preciso notar que la teoría jurídica, así planteada, no deja de ser criticable pues de ningún modo puede sobrevivir con su carácter de garantista a no ser que acuda a la teoría política. Es decir, por sí sola, la teoría jurídica se vuelve hueca, vacía.

²³⁴ «...[S]on ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘*status*’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas [sic]» *Ibid.*, p. 19.

²³⁵ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, tr. Lorenzo Córdova y Pedro Salazar, *Isonomía*, no. 16, abril, 2002, p. 7.

²³⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, op. cit., p. 871 y 872.

Mencionado lo anterior, concretamente ¿en qué sentido los límites de los legisladores tienen un fundamento garantista?

- 1) El modelo normativo de la democracia constitucional determina que deben protegerse un núcleo de derechos fundamentales. En virtud de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, rasgo de la democracia constitucional, todo derecho legislado debe ser conforme con los derechos fundamentales. Estos derechos son límites que acotan la acción legislativa a la protección de tales derechos; indican lo que debe ser regulado y el contenido de ese derecho que debe ser protegido.
- 2) Puesto que hay límites que son derechos fundamentales, son por eso criterios de validez positivados. Esto implica que evalúan el contenido de las leyes; pero en tanto que son límites de los legisladores, *i.e.*, límites de la acción legislativa, evalúan también el procedimiento que les da origen, la preparación de las leyes. Los límites, por ello, tienen un papel relevante al ser operados en el diseño y configuración de las leyes. Los legisladores habrán de determinar la fórmula del límite que corresponda con ayuda de la doctrina, la jurisprudencia o el derecho comparado —entre otras fuentes del derecho— el posible contenido del mismo y la posible forma de regularlo²³⁷. En todo lo anterior, nótese que se está considerando un legislador ordinario, no uno constitucional; en este último caso, el legislador se encontraría con mayor discrecionalidad para determinar la fórmula constitucional del derecho en cuestión, pero de cualquier modo, debe ser capaz de dar alguna justificación.
- 3) Por otra parte, cuando los legisladores debaten y argumentan en contra de alguna propuesta, los derechos como límites operan como razones que controlan el contenido de aquella. Los derechos, en ese sentido, se vuelven criterios de coherencia. Cuando se trata de una propuesta que modifica algún precepto de una constitución, por ejemplo, los legisladores deben argumentar acerca de la coherencia de su propuesta con los demás

²³⁷ Mark Tushnet se ha preguntado si los legisladores ordinarios están legitimados, por sí mismos, para interpretar la constitución (véase la nota 74 en el Capítulo II de este trabajo).

elementos de una constitución, es decir, deben determinar y razonar si la propuesta sometida a su consideración puede ser parte de esa constitución. Lo anterior se hace con mucha frecuencia apelando a argumentos originados en ideas externas al sistema jurídico o a la lectura política común de la constitución, pero que se consideran que pueden ser compartidos por los miembros de la comunidad.

4.2.4. Un concepto de límites

En función de lo anterior, me parece que es posible determinar un concepto amplio de 'límites'. Los límites son criterios conforme a los cuales se justifica y en virtud de los cuales se determina el contenido, la forma y el procedimiento del derecho legislado. Estos límites constituyen el marco de actuación de los legisladores y conforme a ellos se determina el grado de racionalidad de su actuación.

4.3. Tipos de límites

He afirmado hasta aquí que los legisladores, en tanto que son parte de un órgano constituido, están también sometidos al derecho y por ello, su actividad está delimitada. Pero esta limitación no solamente la realiza el derecho, hay otros límites que derivan de otras disciplinas y situaciones que también enmarcan a la legislación; así lo demuestran los diferentes niveles de racionalidad explicados por Manuel Atienza ya mencionados en páginas anteriores. Todos estos límites entran en juego al mismo tiempo cuando se legisla, aunque en ciertos casos unos son más relevantes que otros, como más adelante se verá.

Retomando lo mencionado en el Capítulo III, esos límites que constituyen el marco de la legislación pueden determinarse y comprenderse a partir del análisis de tres elementos esenciales acerca de dicha actividad, a saber, el contenido «¿qué legislar?», el procedimiento «¿cómo legislar?» y la finalidad «¿para qué

legislar?». Cada pregunta puede responderse de forma muy variada porque los límites conforme a los cuales se responden son de lo más diversos y por ello, cada pregunta no siempre se responde con la misma precisión *ex ante*. Con mucha frecuencia, los legisladores se hacen estas preguntas y en el entendido de que *nullum novum sub sole*, en primer lugar deben averiguar cuál es el estado del arte del tema o el área en que desean intervenir. Al llevar a cabo esa inquisición, variados son los límites que se pueden encontrar en virtud de los cuales, entonces, legislan.

¿Qué tipos de límites son los que se pueden encontrar? A continuación se presenta una clasificación de los límites de los legisladores. Las clasificaciones que siguen no son exhaustivas ni excluyentes entre sí y permitirán a la o el lector aproximarse al entendimiento, por lo menos, de los elementos a considerar para una adecuada racionalidad legislativa. Estos límites desempeñan, dentro del razonamiento legislativo, un funcionamiento análogo al de las normas estrictamente jurídicas en el razonamiento judicial.

4.3.1. Límites jurídicos y no jurídicos

En primer lugar, que no se pueda precisar apriorísticamente qué, cómo y para qué legislar, depende en gran medida de la diversidad de límites que existen y la imposibilidad de concentrarlos todos y tenerlos de manera cierta en un solo lugar. Es cierto, sin embargo, que sí hay límites expresos que señalan a los legisladores completas restricciones, límites negativos que impiden la actuación del legislador, este es el caso de las incompetencias o reservas.

Comprendiendo lo anterior, los límites pueden ser clasificados, en una primera división, como jurídicos y no jurídicos.

En el primer caso, son límites de los legisladores todas aquellas normas que forman parte del sistema jurídico, que constituyen derecho positivo. Puesto que más adelante me detendré a analizar con mayor profundidad este tipo de límites, por este momento baste con esta referencia.

Pero también hay límites que no son derecho positivo, es decir, no son estrictamente jurídicos y, no obstante, se exigen como consecuencia del modelo normativo que implica la democracia constitucional equilibrada. Estos límites que no son jurídicos se derivan de una serie de ámbitos y disciplinas diversas a lo estrictamente jurídico y que intervienen en la acción legislativa. Si se recuerdan los niveles de racionalidad legislativa de Manuel Atienza, se comprenderá que en cada nivel se acude a diferentes disciplinas para lograr una adecuada racionalidad, por lo que los límites a los que quedan sujetos los legisladores tienen múltiples orígenes.

En un razonamiento legislativo, aunque en primera instancia son determinantes y de mayor peso los límites estrictamente jurídicos porque constituyen en primer lugar la razón pública, ahí donde resultan insuficientes o se requieren de mayores argumentos o justificaciones, el legislador debe abandonar el espacio netamente jurídico y valerse de otras disciplinas y datos. Así pues, la gama de este otro tipo de límites es inmensa, pues abarca, por ejemplo, todos aquellos que se desprenden de la moral, la política o la gramática, pero sobre todo los de racionalidad en estricto sentido, los cuales sirven para operar todos los demás.

4.3.2. Límites abstractos y límites materiales

Una segunda clasificación de los límites de los legisladores tiene que ver con una división entre lo teórico y lo práctico. Si bien todos los límites que como tales pueden ser así catalogados se infieren a partir del raciocinio, de una abstracción, hay aspectos que bien pueden considerarse límites del legislador a causa de su objetividad y trascendencia práctica. Este es el caso de hechos y datos que se pueden recabar respecto de la efectividad de las leyes existentes o información proveniente de la realidad para determinar la necesidad de regular. Así, por ejemplo, aunque un límite indique que todas las personas deben tener derecho a un trabajo digno, y en ese sentido los legisladores tengan un deber de legislar al respecto, un límite material que vendría a medir su actividad sería la escasez de

recursos. A veces, incluso, la legislación se encuentra limitada materialmente por la escasa información con la cual los legisladores pueden contar; verbigracia, algún legislador podrá proponer una ley que regule la comercialización de la marihuana, pero si lo hace sin información relevante sobre el número de personas que la consumen, los lugares de donde se extrae, las condiciones y riesgos de su consumo —por dar algunos ejemplos—, la legislación podrá ser ineficaz o hasta nociva.

4.3.3. Límites como reglas y principios

En tercer lugar, que no se pueda precisar apriorísticamente qué, cómo y para qué legislar, depende también en gran medida de que muchos de los límites son en unos casos normas caracterizadas como reglas y en otros como principios, y la determinación de unas y la indeterminación de los otros lleva a los legisladores a tener menor o mayor margen de discrecionalidad en la determinación de la legislación.

Esta clasificación de los límites los distingue, por tanto, en reglas y en principios. Como ya lo había señalado, hay límites tanto jurídicos como no jurídicos, por lo que esta tercera clasificación no es exclusiva de la racionalidad jurídico-formal, sino también puede encontrarse en la racionalidad lingüística o comunicativa, o en otras más. Esto significa que aunque las palabras ‘regla’ y ‘principio’ de inmediato hagan pensar a los estudiosos del derecho en reglas y principios *jurídicos*, en realidad también se pueden referir a las reglas y principios de la gramática, por ejemplo. Con esta aclaración, no obstante, a continuación haré referencia únicamente a las reglas y principios que desde lo jurídico inciden en la determinación de qué, cómo y para qué legislar.

Las caracterizaciones y distinciones que se han efectuado respecto de las reglas y los principios han sido numerosas; por lo que se refiere a los primeros, por ejemplo, dice Luis Prieto Sanchís que «ni en el lenguaje del legislador, ni en el de la teoría del Derecho existe un empleo mínimamente uniforme de la expresión

“principios”»²³⁸. Como no es mi propósito realizar en este espacio un recuento de todo lo que se ha debatido en torno a ambos tipos de normas ni expresar cuál definición es o no la mejor, sino tan solo algunos rasgos generales para entender algunos límites, para los efectos de esta investigación, me remitiré a ideas de Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero y Francisco Laporta²³⁹. Según estos autores, un criterio para distinguir ambos tipos de normas puede ser lo cerrado o abierto de los elementos que las estructuran.

4.3.3.1. Reglas

Dado el complejo tipo de normas jurídicas que se engloban bajo la categoría de reglas, desde un punto de vista estructural pueden ser definidas como normas cuyos elementos se encuentran configurados de forma cerrada²⁴⁰. Si una regla del tipo «si se da el estado de cosas X, entonces Z debe realizar la acción Y», para ser una regla, sus elementos X, Z e Y deben estar configurados de forma cerrada, de tal suerte que dejen poco o nulo espacio a la ambigüedad o a la discrecionalidad en su interpretación. Así, por ejemplo, la norma contenida en el segundo párrafo del Artículo 25 del Reglamento Interior de las Comisiones de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, señala lo siguiente:

El Secretario [técnico de cada comisión] pasará lista de presentes al inicio de la reunión de trabajo, en caso de no existir quórum al que se refiere el párrafo anterior [es decir, la asistencia de la mitad más uno de los miembros], lo informará al Presidente [de esa Comisión].

De conformidad con la estructura de la regla indicada, el texto citado podría enunciarse de la siguiente manera:

²³⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Diez argumentos a propósito de los principios”, en ORTEGA ÁLVAREZ, Luis Ignacio y Susana DE LA SIERRA MORÓN (coords.), *Ponderación y derecho administrativo*, España, Marcial Pons, 2009, p. 41.

²³⁹ De ambos autores, la obra de referencia será ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 2004; del segundo, LAPORTA, Francisco J., *El imperio de la ley...*, op. cit.

²⁴⁰ Cfr. ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho...*, op. cit., pp. 29-34.

Si cuando el Secretario técnico pase la lista de presentes al inicio de cada reunión de trabajo no se encuentren reunidos la mitad más uno de los diputados integrantes de la comisión de que se trate, entonces el Secretario técnico deberá informarlo al Presidente.

En el enunciado anterior, X se refiere a «cuando el Secretario técnico pase la lista de presentes al inicio de cada reunión de trabajo no se encuentren reunidos la mitad más uno de los diputados integrantes de la comisión de que se trate»; Z es 'el Secretario técnico' e Y 'informar al presidente'. En este ejemplo, nótese que ninguno de los tres elementos de la norma son ambiguos y dejan poca, si no es que nula discrecionalidad a quien debe interpretarla. Por lo anterior, esta norma constituye una regla.

Comprendido este rasgo de las reglas, hay que precisar que existen varios tipos de ellas (como las reglas de conducta y las reglas de competencia usadas por Laporta y que son tomadas a su vez de von Wright) pero aquí las clasificaré según funcionen como límites a la legislación, es decir, según sirvan para determinar qué, cómo y para qué legislar.

4.3.3.1.1. Reglas relativas a qué legislar

Estas reglas de manera expresa están dirigidas al legislador y contienen un mandato para que legisle en una materia concreta o produzca un determinado acto legislativo.

En un estado federado como lo es México, por ejemplo, estas reglas pueden ser encontradas, entre otros, en los artículos transitorios de los decretos aprobados por los órganos legislativos de competencia federal y que están dirigidas a órganos legislativos de competencia local, o bien, de los decretos de reforma constitucional aprobados por el órgano constituyente dirigidos a los legisladores ordinarios federales y locales. Considérese el artículo Tercero Transitorio del *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los*

Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013. Esta norma señala:

TERCERO. El Congreso de la Unión realizará las adecuaciones necesarias al marco jurídico conforme al presente Decreto dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a su entrada en vigor...

Nótese que el artículo transcrito contiene una regla que a su vez impone un deber de legislar para el órgano legislativo federal. El límite que implica esta regla es un límite positivo, que es legislar en concreto las reformas, adiciones o derogaciones necesarias a las leyes secundarias que tienen origen o que dependen de los preceptos constitucionales modificados.

4.3.3.1.2. Reglas relativas a cómo legislar

Por lo que se refiere a este tipo de reglas, señalan al legislador mandatos concretos acerca de cómo deben legislar. Lo anterior significa que estas reglas son eminentemente procedimentales y en concreto determinan cuáles son los pasos a seguir tanto para formular la propuesta legislativa como para dar trámite a la misma, aspectos todos que en estricto sentido se engloban bajo el título del procedimiento legislativo que tiene lugar al interior de los órganos legislativos.

Como ejemplo de las reglas relativas a la formulación de una propuesta legislativa, considérese el Artículo 78 del Reglamento de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión Mexicano, el cual indica un esquema conforme al cual debe estar redactada una iniciativa:

Artículo 78.

1. Los elementos indispensables de la iniciativa serán:

- I. Encabezado o título de la propuesta;
- II. Planteamiento del problema que la iniciativa pretenda resolver;
- III. Argumentos que la sustenten;
- IV. Fundamento legal;
- V. Denominación del proyecto de ley o decreto;
- VI. Ordenamientos a modificar;

- VII. Texto normativo propuesto;
- VIII. Artículos transitorios;
- IX. Lugar;
- X. Fecha, y
- XI. Nombre y rúbrica del iniciador.

Por lo que se refiere a las reglas que determinan el trámite que se debe dar a las propuestas legislativas, contemplan todos los procedimientos que deben desarrollarse para que una propuesta sea aprobada o desechada por el órgano legislativo. Figuran aquí las reglas que indican la competencia de las comisiones o comités legislativos a los que se turna la propuesta para ser estudiada, la manera de hacer su evaluación —generalmente conocida como ‘dictamen legislativo’—, así como la forma en la cual debe desarrollarse la discusión ya sea al interior de las comisiones o cuando el pleno se encuentra reunido. Como ejemplo considérese el artículo 40 de la Ley Orgánica del Congreso del Estado de Querétaro indica lo siguiente:

Artículo 40. (Participación del autor de la iniciativa) El autor de la iniciativa deberá ser invitado a participar en el debate del dictamen ante la Comisión que corresponda.

La norma transcrita implica un límite positivo, porque señala un deber de actuar, en este caso dirigido al presidente de la comisión a la que haya sido turnada una propuesta legislativa, de invitar al legislador que la hubiere presentado, a la reunión en que vaya a ser dictaminada.

4.3.3.1.3. Reglas relativas a para qué legislar

Estas reglas señalan fines concretos a alcanzar por medio de la acción legislativa. Ejemplo de esta norma es el artículo transitorio DÉCIMO TERCERO del Decreto de reformas a la Constitución arriba mencionado:

DÉCIMO TERCERO. La Cámara de Diputados, en el Presupuesto de Egresos de la Federación, aprobará las disposiciones necesarias para dotar de suficiencia presupuestaria a los órganos reguladores a que se refiere este Decreto para el desempeño de sus

funciones, así como las previsiones presupuestarias para el bien funcionamiento del organismo a que se refiere el artículo 6o., Apartado B, fracción V, de la Constitución.

Obsérvese que el límite es positivo porque implica un determinado hacer, en este caso legislar al integrar en el Presupuesto de Egresos disposiciones que otorguen los recursos necesarios a ciertos órganos para que estos *desempeñen sus funciones*.

4.3.3.2. Principios

Desde un punto de vista estructural, los principios consisten en normas cuyos elementos se encuentran configurados de forma abierta. Esto significa que para entender lo que la norma señala, el intérprete precisa de una mayor discrecionalidad a la que podría requerir en el caso de las reglas. Considérese un principio con la estructura siguiente: «Si se da el estado de cosas X, entonces Z debe realizar la acción Y». Esta norma, para ser principio, tendría que tener sus elementos X, Z y Y, todos o alguno de ellos, configurados de forma abierta. Este es el caso, por ejemplo, del párrafo segundo del Artículo 1 de la Constitución mexicana, la cual señala lo siguiente:

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

De manera muy escueta, la norma anterior puede simplificarse de la siguiente manera:

Si se da el caso en que se deban interpretar las normas de derechos humanos, entonces los sujetos destinatarios de la norma deben favorecer a las personas la protección más amplia.

En este caso, X es ‘el caso en que se deban interpretar las normas de derechos humanos’, Z se refiere a ‘los sujetos destinatarios de la norma [*i.e.* los intérpretes]’,

e Y a 'favorecer a las personas la protección más amplia'. Obsérvese que en la estructura de esta norma, los elementos X (la condición de aplicación) y Z (el destinatario de la norma) están cerrados, pero no así Y (el modelo de conducta prescrito) el cual habrá de determinarlo el intérprete en un momento concreto, con múltiples factores que la norma *per se*, no señala. Así pues, para que el principio pueda operar o tenga eficacia, precisa de una determinación del mismo, *i.e.* requiere que sea determinado como una regla.

Al igual que en las reglas, Atienza y Ruiz Manero han descrito diversos tipos de principios, pero no profundizaré más al respecto. Conviene ahora indicar que, al igual que las reglas, pueden ser clasificadas según se refieran a qué, cómo y para qué legislar.

4.3.3.2.1. Principios relativos a qué legislar

A través de estos principios, a causa de la gran apertura de sus elementos, o ductilidad (según el término con el que ha sido traducido un concepto de Zagrebelsky) se filtra una gran cantidad de información la cual permite determinar una serie de reglas concretas dirigidas al legislador. Estos principios con mucha frecuencia, hacen que se difuminen las barreras del derecho y la moral, y que por ello las discusiones tiendan a estar cifradas en términos de justicia.

Para determinar esos contenidos se requiere de un procedimiento que permita obtener esas reglas de forma racional, de forma similar a cuando los jueces deben valerse de ellos para determinar la regla aplicable al caso concreto cuya resolución no la proporcionan las demás normas del sistema jurídico. Pero en este caso, el problema al que se enfrenta el legislador no es dirimir un caso en cuestión, sino determinar la materia a legislar, el área en que deba ejercer la acción legislativa.

Como ejemplo de estos principios se encuentran todos los derechos humanos. La estructura de tales derechos, cuando están enunciados en la Constitución, es de tal forma que, con frecuencia, no es posible determinar su contenido *ex ante* o de una vez por todas. Por esto mismo, es frecuente que los

derechos enunciados en el texto constitucional, tengan leyes que desarrollen sus contenidos y un deber de legislar ahí donde no se encuentran tales ordenamientos, pues de lo contrario se está atentando contra la efectividad del derecho en cuestión. Por lo demás, estas normas exigen de mayor racionalidad por parte de los legisladores, porque dada su falta de concreción, deben tomar en consideración en primer lugar información de múltiples disciplinas para determinar el contenido de lo que se debe legislar y las posibles normas en que se desglosaría o materializaría; y, en segundo lugar, deben considerar otros principios igualmente indeterminados que de algún modo también inciden en todas las normas que el legislador debe producir para regular ese derecho. Estos límites, por ello, a veces implican límites positivos cuando se traducen como mandatos de legislar, y también a veces implican límites negativos cuando constituyen verdaderas barreras de no legislar ahí donde una norma propuesta vulnera, sin justificación alguna, el contenido del derecho que aquella protege.

Nótese, pues, que si para los jueces no resulta fácil operar con principios, para los legisladores no es cosa menor, pues teniendo los primeros ya un marco jurídico sobre el cual interpretar el principio y aún más el caso concreto a ser resuelto, los segundos no siempre cuentan con los principios y reglas suficientes para elaborar todo un complejo entramado de normas que implica una ley y, a diferencia de los jueces, tienen que pensar en las posibles hipótesis que podrían presentarse. En ambos casos, la justificación es imperiosa, más aún cuando el legislador interpreta un principio como un límite negativo, de no legislar o de no ir más allá de la barrera que implica como tal.

4.3.3.2.2. Principios relativos a cómo legislar

Estos principios pueden ser identificados con los que Jeremy Waldron ha denominado 'principios formales' (*formal principles*) y 'principios procedimentales' (*procedural principles*)²⁴¹. Los primeros tienen que ver con la forma de las normas

²⁴¹ Véase WALDRON, Jeremy, "Principles of Legislation", en BAUMAN, Richard W. y KAHANA, Tsvi (Eds.), *The least examined branch: The role of legislatures in the Constitutional State*, New York, Cambridge University Press, 2006, p. 17.

que se legislan y su incorporación coherente dentro de un determinado sistema jurídico, mientras que los segundos se refieren a las instituciones y procesos que se emplean para producir ese derecho legislado.

Si bien son importantes los principios sustantivos (acerca de qué legislar), los principios formales y los procedimentales son igualmente importantes porque mediante ellos se producen, plasman y desarrollan las normas concretas. Estos principios, sobre todo los procedimentales, tienen relevancia por dos motivos. En primer lugar, porque tratándose de principios sustantivos que no están explícitos en un texto jurídico, los principios procedimentales deben determinar la manera en que habrá de lograrse el acuerdo acerca de los principios a partir de los cuales se habrán de extraer las normas; es decir, permiten determinar qué se debe legislar²⁴². Y en segundo lugar, porque tratándose de principios sustantivos que sí están expresados por los textos jurídicos y que tienen como característica contar con elementos configurados de forma abierta, los principios tanto formales como los procedimentales son importantes en la medida en que sirven para determinar sus contenidos.

Ejemplos de principios formales son, por ejemplo los siete principios que Waldron señala, a saber²⁴³:

1. El principio de legislación explícita, que es el principio que permite que cuando las normas sean producidas o cambiadas, deban ser producidas o cambiadas explícitamente.
2. El deber de tener cuidado al legislar, en vista tanto de la importancia inherente del derecho como de los intereses y libertades que están en juego.
3. El principio de representación, que requiere que el derecho deba ser elaborado en un foro que de voz y recoja información acerca de todas las opiniones importantes e intereses en la sociedad.
4. El principio de respeto al desacuerdo y a requerimientos concomitantes como el principio de leal oposición.

²⁴² Como señala Waldron: «hay circunstancias donde existe un profundo desacuerdo acerca de qué principios sustantivos deben observarse», *Ibid.*, p. 18 (la traducción es mía).

²⁴³ *Id.*

5. El principio de deliberación y el deber de responder a la deliberación.
6. El principio de formalidad legislativa, que incluye el debate estructurado y poner particular atención en el texto de las propuestas legislativas sometidas a consideración.
7. El principio de igualdad política y el procedimiento de decisión que implica una legislatura con capacidad de decidir, por ejemplo, la regla de la mayoría.

4.3.3.2.3. Principios relativos a para qué legislar

Estos principios señalan fines hacia los que debe estar encaminada la legislación; sin embargo, a diferencia de las reglas, los fines no son concretos como dotar de presupuesto a alguna institución u órgano, sino completamente indeterminados y con frecuencia difícilmente es posible determinar su cumplimiento. Este es el caso del 'desarrollo y bienestar' al que alude el párrafo sexto del Artículo 5º constitucional: «Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar».

Por otra parte, a partir de sistemas filosóficos se pueden encontrar también fines a los que debe tender toda legislación. Por ejemplo, en la justicia matemática de Pitágoras, así como en el macrocosmos existe un orden ausente de fricciones, así también en el microcosmos estatal se aspira a un orden similar, es decir, una vida comunitaria pacífica; en el caso de Platón al igual que en Santo Tomás de Aquino, las leyes deben tener como finalidad el bien común²⁴⁴.

Por lo que se refiere al modelo normativo del que ha partido esta investigación, creo que es posible decir que el fin último al que se debe conducir toda legislación dentro de una democracia constitucional es la consecución de la autonomía de cada persona.

²⁴⁴ Véase VERDROSS, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, 2ª ed., trad. de Mario de la Cueva, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, pp. 22, 65, 66, 130 y 131.

4.4. Alcances y derroteros

Los límites de los legisladores expuestos de forma muy genérica en las líneas anteriores, más que solucionar un problema, constituyen una manera de entender la legislación de manera racional y todos los conflictos que van aparejados. Son elementos primarios que aún requieren una investigación mucho más profunda para determinar por un lado, la forma particular en que se relacionan unos con otros. Naturalmente que aquí una teoría de la argumentación legislativa tiene que dar cuenta de cómo y en qué términos ha de realizarse por parte de los legisladores, el empleo de tales límites y qué tipo de límites; al respecto, mucho podrían aportar las teorías de la argumentación jurídica que en el ámbito de la jurisdicción se han desarrollado.

Por otra parte, también aquí resulta particularmente importante la determinación de los límites no jurídicos que son relevantes para la determinación de la legislación. Parece claro que la razón pública en cuanto tal es insuficiente si tan solo se integra con las normas convertidas en derecho positivo con la constitución a la cabeza; siempre criterios externos a lo jurídico habrán de cuestionar la validez de lo ya positivado y, para entrar en la dinámica de lo convencionalmente aceptado, habrán de pretender ser parte de la razón pública. ¿De qué manera esta incorporación puede ser válida? Más aún, si se trata de un órgano constituyente, ¿bajo qué procedimiento deben determinarse los límites principales a los que habrán de quedar sujetos los legisladores ordinarios?

Adicionalmente, parece que a pesar de todo esfuerzo de hacer racional la labor legislativa, ese deber sigue siendo eso, un deber. Esto hace que la exigencia derivada del modelo de la democracia constitucional quede al libre albedrío de los legisladores. Pero esta actitud debe estar reconducida por una deontología legislativa que en un plano ético indique a los legisladores que, conduciéndose de la forma prescrita hace que su investidura sea valiosa, lo cual no es más que decir que a todo legislador en turno le compete cuidar el prestigio y la legitimidad de la institución del poder legislativo que detenta y comparte. Así pues, también aquí se

señala otra línea de investigación con la cual procurar, de algún modo, la efectividad dentro del ámbito legislativo de la democracia constitucional.

CONCLUSIONES

Al final de esta investigación, a continuación presento una serie de conclusiones, las cuales, más que ser absolutas y definitivas, constituyen una serie de reflexiones momentáneas acerca del tema estudiado y que invitan al lector y a quien esto escribe, a profundizar más en los análisis que las sustentan y a repensarlas y afinarlas continuamente en trabajos futuros.

- I. El derecho legislado, *i.e.* aquellas normas elaboradas deliberadamente e impuestas por órganos colegiados es una invención bastante antigua; pero a causa de las características que lo han distinguido en el transcurso del Estado moderno, el estudio del derecho legislado ha carecido de continuidad. En la Antigüedad occidental es posible encontrar órganos colegiados parecidos o estudios respecto de la elaboración de las leyes —tales como los *νομοθέται* en la Atenas clásica o el libro *De las leyes* de Platón—, se trata de estudios que se sitúan hoy en el ámbito de la filosofía política acerca de un atributo, *i.e.* legislar, que tenía un ‘soberano’ encarnado en una persona o un grupo de personas enmarcado por un contexto religioso y apegado a la costumbre, y que consistía esencialmente en descubrir y conservar el derecho. No se trata por el contrario, como hoy sucede, de estudios desde la filosofía jurídica respecto de un órgano colegiado y diferenciado en un contexto secularizado y laico encargado de hacer deliberadamente derecho.
- II. Es en los albores de la conformación del Estado moderno en que se afirma el carácter artificial del derecho. Esto sucedió a causa de que

quien tenía el poder para hacerlo se emancipó de todo fundamento sacro y de todo derecho consuetudinario. Con el advenimiento de las ideas filosófico-políticas de la época y de los acontecimientos sociales, cobró fuerza la existencia de un órgano colegiado —denominado parlamento, legislatura, órgano legislativo o asamblea— que en lo particular contaba con el poder de hacer leyes. Si en el pasado la religión y la costumbre constituían el marco de legitimación que validaba el derecho producido, en el Estado moderno se ha buscado el marco de legitimación en otros elementos, *v.gr.* la razón.

- III. El derecho legislado en el desarrollo del Estado moderno ha ido cobrando importancia, misma que se puede entender a partir de un tipo ideal de organización política que se ha modelado y que es el Estado de derecho. El Estado, en términos de Max Weber, consiste en aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio, reclama para sí el monopolio de la violencia física legítima. Caracterizado como Estado de derecho, *i.e.* el Estado bajo el imperio del derecho, el Estado moderno ha hecho énfasis en que el modo de organizar la fuerza legítima dentro de la comunidad política es a través del derecho. La sumisión al derecho significó en el pasado la sumisión a la ley de todas las demás fuentes del derecho y la existencia de un 'legislador' capaz de decisión soberana para determinarla.
- IV. Dentro del modelo del Estado de derecho, a su vez, se pueden encontrar tres especies en las cuales han incidido ideologías específicas que le dieron sustancia y a partir de las cuales se asigna una importancia y organización particulares al 'legislador' que debe producir ese derecho: el Estado liberal, el Estado constitucional y el Estado democrático constitucional.
 - 1) El Estado liberal, a partir de las ideas de John Locke, hizo énfasis en que el Estado es necesario para garantizar los derechos naturales individuales y para que esto sea logrado, aquel debe limitar su poder. Una manera de hacerlo es mediante el principio de 'separación de

poderes': el legislativo, el ejecutivo y el judicial; al primero, como su nombre lo indica, le corresponde elaborar las leyes. Así, las leyes que se produzcan son válidas en tanto que contribuyan a limitar el poder estatal en vista de garantizar los derechos de las personas.

2) El Estado constitucional se nutre de las ideas liberales y es caracterizado como organizaciones políticas que cuentan con documentos constitucionales marcados por principios liberales o liberal-democráticos. De esta especie pueden encontrarse dos versiones: la norteamericana y la francesa.

La primera de ellas entendió a la Constitución con valor jurídico; en esa virtud, todo órgano constituido quedó sometido a ella; para lo anterior, los jueces fueron considerados como partes activas y fuentes esenciales de la producción del derecho y al órgano legislativo como el engranaje de diversos sectores, grupos e intereses.

La segunda fue diversa y mucho más radical, pues entendió a la constitución con valor político de ahí que la más alta fuente jurídica fuera la ley. Esto hizo que se encumbrara a los legisladores, pues ellos eran los representantes del soberano, que era el pueblo, y a través de quienes se expresaba la voluntad general. Para que esto fuera cierto, se creyó que los miembros de esa Asamblea denominados legisladores, estaban iluminados por la razón. De esta manera, los legisladores se convirtieron en los productores indudables, directos y exclusivos del derecho que comprendía toda la actividad de la organización política.

3) El Estado democrático constitucional es la especie más acabada del Estado de derecho conforme a la cual han tendido a configurarse los Estados modernos a partir del término de la Segunda Guerra Mundial y en ella confluyen la forma de gobierno democrático y la forma de Estado constitucional. Los dos conceptos conjugados pueden dar diversas combinaciones en las cuales uno puede predominar sobre el otro. Una democracia constitucional implica la idea de que las personas tienen igual derecho a participar en las decisiones públicas; que hay ciertos

derechos que integran y garantizan la autonomía individual, y que deben ser respetados porque de ese modo se potencializa y mejora la participación política; y la constitucionalización del ordenamiento jurídico, lo cual conlleva la existencia de mecanismos que controlen la constitucionalidad de los actos del Estado. En la democracia constitucional, los estudios jurídicos han asignado mayor importancia a los órganos jurisdiccionales en la creación del derecho dejando al margen a los órganos legislativos.

- V. Un diseño de una democracia constitucional *equilibrada* debe otorgar el lugar correspondiente en la producción del derecho, tanto a los jueces como a los legisladores. Esto se logra si su desempeño se determina en función de la protección, garantía y desarrollo que lleven a cabo de los derechos fundamentales. Si la legitimidad de los jueces ha derivado no de la forma en que fueron electos, sino de la manera en cómo han justificado sus resoluciones que es mediante formas y esquemas de razonamiento; para el caso de los legisladores debe exigirse algo similar. A los legisladores no les debe bastar con haber sido electos democráticamente para producir derecho, requieren también producirlo atendiendo a una exigencia de justificación y en general a una actuación en la que se haga patente su compromiso con los derechos fundamentales.
- VI. La democracia constitucional equilibrada replantea el rol de los legisladores y su producto, *i.e.* la ley, en la formación y entendimiento del derecho que los separa de aquellas épocas donde fueron considerados *señores del derecho*. En el derecho de la democracia constitucional, no es la ley, sino la constitución, la fuente de mayor jerarquía. La forma en que está redactada y el tipo de normas que la integran la hacen sumamente abierta de tal suerte que, al darle valor jurídico, se precisa de un órgano jurisdiccional que la sepa interpretar y aplicar. Las teorías del neoconstitucionalismo han visto en la estructura de tales normas un pretexto para que tales tareas sean encomendadas

a un poder diferente del de la mayoría, *i.e.* los tribunales constitucionales, con lo cual, además, se ha beneficiado el activismo judicial. No obstante, un órgano de esta naturaleza no deja de estar integrado por un pequeño grupo de personas especializadas en cuyo poder se encuentran los 'principios constitucionales' y por lo tanto, el control de decir lo que es o no derecho, y que al asumir un papel tan activo o progresista hoy, no elimina el riesgo de actuar de una manera totalmente contraria con posterioridad.

Es por ello que el derecho de una democracia constitucional equilibrada debe articular a un órgano legislativo mucho más responsable con la Constitución sin restar el mérito debido a los jueces constitucionales y sin quitar a la constitución como la fuente suprema. Una forma que puede contribuir a lo anterior, la pueden proporcionar los estudios jurídicos así como lo han hecho respecto de los jueces.

- VII. Aunque ya no sea la ley (producto de los legisladores) la fuente suprema del derecho, la importancia de los legisladores que subyace en la democracia constitucional equilibrada indica que también la ley, debe continuar gozando de particular importancia. Desde principios del siglo pasado se señaló que la ley había entrado en crisis a causa de que los elementos con la que fue caracterizada se volvieron insostenibles. Esas características las clasifiqué como formales internas y formales externas. Las primeras se refieren a la generalidad y abstracción; las segundas indican que deben ser únicas, originadas popularmente, supremas e incondicionales.

Para superar la crisis de la ley, Gustavo Zagrebelsky arguye que se debe prever un derecho más alto inserto en las Constituciones cifrado en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores y cuya garantía le corresponda a los jueces. Contrario a esta postura, se encuentra Francisco Laporta, para quien se debe renovar el concepto de la ley al postular como base de la misma, la idea de la autonomía personal. Este fundamento ético y político indica que las reglas

conforme a las cuales se rijan las personas se encuentren estructuradas como reglas y *ex ante*, lo cual no sucede con la falta de concreción de los principios.

- VIII. La democracia constitucional equilibrada no puede dejar de considerar la crisis de la representación política de los órganos legislativos en la que se encuentran inmersos. La representación política en las democracias actuales es necesaria a causa de la imposibilidad de que todos los ciudadanos se reúnan para determinar el derecho. Por ello, los representantes son electos con un doble propósito, para reafirmar que quien los elige es el soberano, *i.e.* el pueblo, y para integrar un órgano de representantes plural, que haga patente la diversa composición de la comunidad y sean tomadas las decisiones considerando esas diferencias. La crisis de la representación política de los legisladores consiste en que estos se alejan del pueblo y este pierde su interés o es marginado de los asuntos públicos. La principal causa de esto ha tenido relación con el diseño institucional de la democracia liberal toda vez que ha incorporado elementos del sistema de pesos y contrapesos que dificultan en estricto sentido y limitan sin mucha razón el propósito de una democracia real, que es la participación de las personas en la vida pública. Aunque esta crisis es una realidad, no por ello se debe atajar al dar preeminencia a un órgano jurisdiccional.

Para remediar esta crisis se han conjugado en los procedimientos legislativos mecanismos de democracia directa mediante los cuales los ciudadanos puedan tener una mayor participación y con ello se hagan latentes ciertos rasgos del mandato imperativo, sin que por ello pierdan los legisladores el mandato libre que les permite determinar el derecho no en función de los intereses sectorizados, sino del interés general. Una solución adicional que habría que pensar sería la de diseñar un mecanismo que permita mantener ceñidos a los representantes con los deberes determinados por la Constitución y que los someta a exigencias de transparencia, imparcialidad y racionalidad en sus decisiones. No dar

explicaciones acerca de sus actos ante el pueblo es sinónimo de considerarse plenamente como los soberanos (cuando en realidad son representantes) y desdeñar la autonomía e igualdad de los ciudadanos al no considerarse obligados a darles las debidas explicaciones de su actuar.

- IX. Sin duda ha habido un gran desarrollo del derecho producido por los jueces y ellos poco a poco se especializan y hacen con mayor acierto su trabajo; en ello está en juego su legitimidad democrática sustantiva. Pero seguir dejando todo el gran peso del entendimiento y corrección del derecho legislado a ellos, no ocasiona otra cosa más que el fomento de una irresponsabilidad de los legisladores con la consecuente reducción o nulidad de su legitimidad democrática sustantiva. De la mano de esta falta de responsabilidad legislativa, parece absurdo pretender que los jueces den un tratamiento racional a algo que fue producto de intereses que no podrían ser justificados sino *políticamente*. Si a los legisladores no se les exige más responsabilidad y no hay alguna suerte de control en el procedimiento legislativo diferente a la jurisdiccional, los jueces pueden hacia el futuro seguir tratando de operar racionalmente lo que políticamente pudo ser creado sin que haya un remedio *ab initio*.
- X. Para que los legisladores aumenten (o empiecen a tener) su legitimidad sustancial, una opción como respuesta que me parece plausible expresar desde la filosofía jurídica, es la configuración de un modelo de legislador cuya legislación esté normada por la democracia constitucional. A esto debe responder una particular teoría de la legislación. De esta manera, la democracia constitucional equilibrada por lo que se refiere al ámbito legislativo, requiere del desarrollo de una Teoría de la legislación.
- XI. La Teoría de la legislación o 'Legisprudencia', aunque no es nueva, tiene que ser revitalizada como herramienta esencial para la comprensión y funcionamiento de los órganos legislativos en una

democracia constitucional equilibrada. La Teoría de la legislación es la rama de la filosofía del derecho enfocada al estudio de la actividad que realizan los legisladores. Una Teoría de la legislación asume que la legislación es un objeto que puede ser analizado en términos racionales y que además, dicha actividad, puede ejercerse y justificarse por los legisladores también de manera racional.

- XII. La racionalidad legislativa, se refiere al conjunto de criterios mediante los que cabe la justificación ante los ciudadanos (y entre los mismos legisladores) de las opciones relativas a la elaboración de normas, *i.e.* a legislar. Esta racionalidad es una racionalidad pública, lo cual significa que debe estar justificada con razones públicas; o por decirlo de otro modo, los criterios a la luz de los cuales se determina que la legislación es o no racional, deben ser públicos. Esto es así porque la justificación de una ley debe estar codificada de tal suerte que pueda ser compartida por toda la comunidad política.

Este deber de ser racionales se justifica en virtud de dos argumentos: porque de esa manera proporcionan a su actuar legitimidad democrática sustancial y porque de este modo es posible hacer más operable el sistema jurídico.

- XIII. Una Teoría de la legislación de la democracia constitucional equilibrada tiene las siguientes características:

1) Tiene por objeto determinar los criterios conforme a los cuales la legislación se torna racional en virtud de un modelo normativo que es el de la democracia constitucional, todo lo cual permite que los legisladores obtengan legitimidad democrática sustancial.

2) Pretende determinar la manera según la cual se produce legislación sobre un esquema de razones que la justifican, razones que rigen tanto la forma como el contenido de la legislación.

3) Concibe a los legisladores como entidades individuales que operan de forma racional. En ese sentido, esta teoría considera que es posible exigir racionalidad por lo menos, a los legisladores —como individuos—.

De este modo, cuando se desea evaluar la racionalidad en la producción del derecho legislado, debe acudirse a los sitios donde tal racionalidad ha quedado manifiesta como los diarios de los debates, las gacetas parlamentarias, los dictámenes legislativos o las videograbaciones de las sesiones.

4) Es material-normativa en tanto que establece límites directos al contenido de la actividad legislativa a causa de integrar dentro del modelo normativo al constitucionalismo que protege ciertos derechos humanos; esos límites se refieren a lo que se puede, se debe y no se debe legislar. Sin embargo, es material-normativa en sentido mínimo porque el contenido de los derechos fundamentales no es del todo explícito dentro de una constitución; su contenido se va desarrollando y por ello, el legislador se encuentra en una libertad considerable para determinarlo.

5) Es formal-normativa debido a que el modelo normativo que la arroja integra las características de la democracia. Esto significa que precisa modos, formas o procedimientos exigidos por la democracia para la producción del derecho legislado. Conforme a ello, una norma podría ser irracional si no hubiera sido adoptada por votación mayoritaria o bien, porque fuera contraria al sistema democrático.

6) Incluye el contenido de una teoría no normativa, esto es, una técnica legislativa en estricto sentido. Pero a diferencia de las teorías que son únicamente no normativas, en una teoría de la legislación de la democracia constitucional equilibrada, la técnica legislativa no se agota en sí misma, sino que se pone al servicio de una teoría normativa.

XIV. Una teoría de la legislación de la democracia constitucional equilibrada debe partir de la determinación de los criterios conforme a los que cabe justificar la legislación. Algunos de esos criterios constituyen el marco de legitimación de los legisladores. Pero en general, todos los criterios bajo los cuales cabe justificar la legislación, yo los denomino 'límites de los legisladores'.

XV. La racionalización del poder consiste en un proceso a través del cual, mediante la regulación jurídica, se tiende a reducir la discrecionalidad en el ejercicio del poder. Conforme a las ideas de Hans Kelsen, se ha pensado que este proceso únicamente tiene lugar en la administración y la jurisdicción puesto que estrictamente en tales ámbitos los servidores públicos están obligados a aplicar el derecho y a obrar conforme a este. Para el caso de los legisladores, la racionalización del poder no se ha entendido de igual manera, puesto que si aquella tiene por objeto extraer cualquier influencia política de la aplicación de las leyes por las autoridades administrativas y jurisdiccionales, esto sería imposible en la actividad legislativa en la cual tiene una preponderancia la política. La legislación, según Kelsen, puesto que consiste en la formación del derecho y no en su aplicación, se trata de una actividad política y no jurídica.

No obstante lo anterior, las condiciones de la democracia constitucional equilibrada requieren de racionalización también del poder que se ejerce al legislar. Esto es así porque el modelo normativo arroja lineamientos o límites que conforman el marco de actuación en que se encuentra inmersa la actividad legislativa y, conforme a esos límites cabe determinar cierta racionalidad. Sin embargo, el tipo de racionalización en el ámbito legislativo difiere del que tiene lugar en la administración y en la jurisdicción debido a que no intervienen de forma exclusiva criterios jurídicos sino también políticos.

XVI. Los límites son criterios de acciones legislativas positivas y negativas. Esto significa que los límites determinan tanto el contenido de lo que se puede (o se debe) y no se puede (o no se debe) legislar, así como la forma debida e indebida en que se puede realizar. Asimismo, tienen un fundamento garantista de los derechos en el sentido siguiente:

1) Los límites acotan la actividad del legislador a la protección de los derechos fundamentales que protege el constitucionalismo y que posibilitan la democracia.

2) Los derechos fundamentales son algunos límites que constituyen en específico el marco de legitimación de los legisladores y son, por ello, criterios de validez positivados. Ellos evalúan tanto el contenido de lo legislado como el procedimiento a través del cual se legisla.

3) Los límites, incluyendo los que son propiamente derechos fundamentales como los que no lo son, operan como razones que controlan el contenido de los argumentos de los legisladores cuando debaten.

XVII. Los límites que constituyen el marco de la legislación pueden determinarse y comprenderse a partir del análisis de tres elementos esenciales acerca de dicha actividad, a saber, el contenido «¿qué legislar?», el procedimiento «¿cómo legislar?» y la finalidad «¿para qué legislar?». Estos límites no derivan tan solo del derecho, sino también de otras disciplinas y situaciones que también enmarcan a la legislación. Todos estos límites entran en juego al mismo tiempo cuando se legisla, aunque en ciertos casos unos son más relevantes que otros.

XVIII. Para el entendimiento de los límites de los legisladores, es preciso plantear una clasificación de los mismos. Estas clasificaciones no son exhaustivas ni excluyentes entre sí y son, a saber:

1) Jurídicos y no jurídicos. Los primeros son límites de los legisladores todas aquellas normas que forman parte del sistema jurídico, que constituyen derecho positivo. Los segundos derivan de una serie de ámbitos y disciplinas diversas a lo estrictamente jurídico y que intervienen en la acción legislativa.

2) Abstractos y materiales. Los primeros pertenecen al ámbito teórico y son asequibles mediante un proceso de intelección, de razonamiento; son percibidos o creados por la inteligencia. Los segundos son hechos y datos que se recaban de la realidad perceptible.

3) Reglas y principios. Las primeras son normas cuyos elementos se encuentran configurados de forma cerrada; estas normas pueden referirse a qué, cómo y para qué legislar. Los segundos son normas

cuyos elementos se encuentran configurados de forma abierta; estas normas pueden referirse a qué, cómo y para qué legislar.

- XIX. Los límites de los legisladores expuestos constituyen una manera de entender la legislación de manera racional y todos los conflictos que van aparejados. Son elementos primarios que aún requieren una investigación mucho más profunda para determinar por un lado, la forma particular en que se relacionan unos con otros. Aquí una teoría de la argumentación legislativa tiene que dar cuenta de cómo y en qué términos ha de realizarse por parte de los legisladores, el empleo de tales límites y qué tipo de límites; al respecto, mucho podrían aportar las teorías de la argumentación jurídica que en el ámbito de la jurisdicción se han desarrollado.
- XX. Por otra parte, también resulta particularmente importante la determinación de los límites no jurídicos que son relevantes para la determinación de la legislación. Parece claro que la razón pública en cuanto tal es insuficiente si tan solo se integra con las normas convertidas en derecho positivo con la constitución a la cabeza; siempre criterios externos a lo jurídico habrán de cuestionar la validez de lo ya positivado y, para entrar en la dinámica de lo convencionalmente aceptado, habrán de pretender ser parte de la razón pública. ¿De qué manera esta incorporación puede ser válida? Más aún, si se trata de un órgano constituyente, ¿bajo qué procedimiento deben determinarse los límites principales a los que habrán de quedar sujetos los legisladores ordinarios?
- XXI. Adicionalmente, parece que a pesar de todo esfuerzo de hacer racional la labor legislativa, el deber de ser racional sigue siendo eso, un deber. Esto ocasiona que su cumplimiento quede al libre albedrío de los legisladores. Por ello, los legisladores deben estar guiados por una deontología legislativa que en un plano ético les indique que, al conducirse de la forma prescrita su investidura se vuelve valiosa, lo cual no es más que decir que a todo legislador en turno le compete cuidar el

prestigio y la legitimidad de la institución del poder legislativo que detenta y comparte. Así pues, también aquí señalo otra línea de investigación con la cual procurar, de algún modo, la efectividad dentro del ámbito legislativo de la democracia constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*, trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 2008.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 2004.
- ATIENZA, Manuel, "Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta", *Isonomía*, núm. 31, octubre de 2009, pp. 205-223.
- _____, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997.
- BARBERA, Augusto, "Le basi filosofiche del costituzionalismo", <http://w3.uniroma1.it/ceccanti/dispense/barbera.pdf>.
- BARBERIS, Mauricio, "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral", trad. de Santiago Sastre Ariza, *Jurídica*, 2001, pp. 325- 340.
- BAYÓN, Juan Carlos, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bayon-democracia.pdf
- _____, "Derechos, democracia y constitución", en *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, núm. 1, 2000, pp. 65-94.
- BERGHOLTZ, Gunnar, "*Ratio et auctoritas*: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas", *Doxa*, núm. 8, 1990, pp. 75-85.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, 3ª ed., trad. de José Fernández Santillán, México, FCE, 2005.
- _____, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés. México, Fontamara, 2007.
- _____, *Liberalismo y democracia*, trad. de José Fernández Santillán, México, FCE, 2006, (Breviarios, 476).
- BULYGIN, Eugenio, "Teoría y técnica de la legislación", en ALCHOURRÓN, Carlos E. y Eugenio BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 ("El Derecho y la justicia"), pp. 409-425.

- CANEVARO, Mirko, “*Nomothesia* in classical Athens: what sources should we believe?”, *The Classical Quarterly*, vol. 63, mayo de 2013, pp. 139-160.
- CARBONELL, Miguel (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta-Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.
- CARNELUTTI, Francesco, “La crisi della legge”, *Discorsi intorno al diritto*, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM) 1937, pp. 167-182.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría general del Estado*, trad. de José Lión Depetre, 2ª ed., México, FCE, 1998.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.
- DEMÓSTENES, “Contra Leptines”, *Discursos Políticos*, II, trad. de A. López Eire, Madrid, Gredos, 1985, pp. 163-258.
- _____, “Contra Timócrates”, *Discursos Políticos*, III, trad. de A. López Eire, Madrid, Gredos, 1985, pp. 113-220.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, “Concepto de ley y tipos de leyes (¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?)”, Madrid, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 24, septiembre-diciembre de 1988, pp. 47-93.
- _____, “Constitución, ley, juez”, Madrid, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 5, núm. 15, septiembre-diciembre de 1985, pp. 9-23.
- DUGUIT, Léon, *Manuel de droit constitutionnel. (Théorie générale de l'État. Le Droit et l'État. Les Libertés publiques. Organisation politique)*, 3ª ed., Paris, Librairie des Écoles Francaises d'Athènes et de Rome de l'Institut Francais d'Archéologie Orientale du Caire et du Collège de France, 1918.
- DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.
- EKINS, Richard, *The nature of legislative intent*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- ERAÑA SÁNCHEZ, Miguel, *Derecho parlamentario orgánico*, México, Porrúa, 2013.
- ESCOBEDO, Juan Francisco, “Introducción al estudio del derecho parlamentario local”, en Nava Gomar, Salvador O. (coord.), *Manual de Técnica Legislativa*,

México, ANOMAC- Konrad Adenauer Stiftung-Universidad Anáhuac del Sur, D&P Consultores S.C., The State University of New York-USAID, s.f., Tomo II.

FASSO, Guido, *Historia de la filosofía del derecho. 3. Siglos XIX y XX*, trad. de José F. Lorca Navarrete, 3ª ed., Madrid, Ediciones Pirámide, 1996.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Poder Legislativo*, 3ª ed., México, Porrúa, 2010.

FERRAJOLI, Luigi, “Derechos fundamentales”, en FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. de Perfecto Andrés. Antonio de Cabo, Miguel Carbonell, Lorenzo Córdova, Marcos Criado y Gerardo Pisarello, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009.

_____, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, trad. de Lorenzo Córdova y Pedro Salazar, *Isonomía*, núm. 16, abril de 2002.

_____, “Le garanzie costituzionali dei diritti fondamentali”, http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada3/4_FERRAJOLIitaliano.pdf

_____, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1995.

_____, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2004.

FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2011.

_____, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 6ª ed., Madrid, Trotta, 2009.

FLORES, Imer B., “Legisprudence: the forms and limits of legislation”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 1, 2007, pp. 247- 266.

_____, “Legisprudence: the role and rationality of legislators –vis a vis judges- towards the realization of justice”, *Mexican Law Review*, New Series, vol. I, núm. 2, enero – junio de 2009, pp. 91-110.

- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Razón práctica y teoría de la legislación", *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año V, núm. 9, 2000, pp. 299-317.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1995.
- GARGARELLA, Roberto, "Una maquinaria exhausta. Constitucionalismo y alienación legal en América", *Isonomía*, núm. 33, octubre de 2010, pp. 7-34.
- _____, *Crisis de la representación política*, México, Fontamara, 2002 (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 53).
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Representación y democracia", *Doxa*, núm. 6, 1989, pp. 143-163.
- GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Teoría política*, México, Porrúa, 1972.
- GROSSI, Paolo, *A history of European Law*, trad. de Laurence Hopper, Malaysia, Wiley-Blackwell, 2010.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2007.
- HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales a la teoría de la reserva de la ley*, trad. de Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson, 2003.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2005.
- HANSEN, Mogens Herman, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes. Structure, principles, and ideology*, trad. de J. A. Crook, Oklahoma, University of Oklahoma Press, 1999.
- HAYEK, F. A., *Law, legislation and liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, vol. 1, Londres, Routledge, 1998.
- HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, 2ª ed., trad. de Luis Tobío, México, FCE, 2011.

- HERODOTO, *Historias I*, trad. de Arturo Ramírez Trejo, 3ª ed., México, UNAM, 2008, (Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana).
- HIERRO, Liborio L., *Estado de Derecho: Problemas actuales*, México, Fontamara, 2009 (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 69).
- _____, *La eficacia de las normas jurídicas*, México, Fontamara, 2010.
- KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, 2ª ed., trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, México, Colofón, 2005.
- _____, *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidad Nacional Autónoma de México-IIJ, 2001 (Ensayos Jurídicos, 5).
- LAPORTA, Francisco J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- MACDOWELL, Douglas M., *The Law in Classical Athens*, New York, Cornell University Press, 1986.
- MAY, Gaston, *Éléments de Droit Romain a l'usage des étudiants des Facultés de Droit*, 13a. ed., Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920.
- MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.
- MOMMSEN, Theodor, *The history of Rome*, Vol. I, trad. de William P. Dickson, New York, Cambridge University Press, 2009 (Cambridge Library Collection).
- MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Paris, Garnier Frères, 1875.
- MORA-DONATTO, Cecilia, "Teoría de la Legislación", en NAVA GOMAR, Salvador O. (coord.), *Manual de Técnica Legislativa*, México, ANOMAC- Konrad Adenauer Stiftung-Universidad Anáhuac del Sur, D&P Consultores S.C., The State University of New York-USAID, s.f., Tomo I, pp. 207-253.
- NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989 (Serie G: Estudios doctrinales, 7).
- _____, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003.
- OSBORNE, Robin, *Classical Greece: 500-323 BC*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

- OVEJERO, Félix, *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo*, Madrid, Katz Editores, 2008.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999.
- PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía, *El Congreso General Mexicano. Análisis sobre su evolución y funcionamiento* México, Porrúa, 2003.
- PEREDA, Cristina, F., “El apoyo a la reforma migratoria de EE UU augura una victoria en el Senado”, en *El País*, Internacional, 22 de mayo de 2013.
- PETTIT, Philip, *On the people's terms. A republican theory and a model of democracy*, Oxford, Clarendon Press, 2012.
- POMEROY, Sarah B., et al., *A brief history of Ancient Greece: politics, society, and culture*, New York, Oxford University Press, 2004.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Constitución y Parlamento”, *Parlamento y Constitución*, Cortes de Castilla-La Mancha, Universidad de Castilla-La Mancha, Anuario, núm. 5, 2001, pp. 9-38.
- _____, “Diez argumentos a propósito de los principios”, en Ortega Álvarez, Luis Ignacio y Susana de la Sierra Morón (coords.), *Ponderación y derecho administrativo*, España, Marcial Pons, 2009, pp. 41-49.
- _____, “Técnica y política de la codificación”, en PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- _____, *Constitucionalismo y positivismo*, 4ª ed., México, Fontamara, 2011 (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 60).
- RAWLS, John, *Liberalismo político*, trad. de Sergio René Madero Báez, México, FCE, 2013.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Filosofía del derecho*, 20ª ed., México, Porrúa, 2010.
- RENTERÍA DÍAZ, Adrián, “Constitución y democracia. ¿Límites y vínculos?”, *CONfines*, agosto-diciembre, 2007, pp. 11-26.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y Cambio Social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en*

- Colombia, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010 (Colección Dejusticia).
- _____, *La globalización del Estado de Derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2009 (Colección Estudios CIJUS).
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social o principios de derecho político*, trad. de Leticia Halperín Donghi, México, Losada-Océano, 1999.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, "Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley", *Revista de Administración Pública*, Madrid, núms. 100-102, enero-diciembre de 1983, pp. 417- 432.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, "Constitucionalismo y democracia", *Isonomía*, núm. 21, octubre de 2004, pp. 51-84.
- SALAZAR Ugarte, Pedro *et al.*, *Garantismo espurio*, México, Fontamara, 2011 (Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 8).
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional: Una radiografía teórica*, México, FCE, 2011.
- _____, "El Estado Moderno en México", en FIX-ZAMUDIO, Héctor y Diego VALADÉS (Coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México- El Colegio Nacional, 2010 (Serie Estudios Jurídicos, 164), pp. 369-387.
- _____, "Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente", en VÁZQUEZ, Rodolfo (Ed.), *Normas, razones y derechos. Filosofía jurídica contemporánea en México*, Madrid, Trotta, 2011.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*, México, Fontamara, 2011.
- _____, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Fontamara, 2006 (Doctrina Jurídica Contemporánea, 3).
- _____, *La ciencia del derecho y la formación del ideal político (Estudio histórico de la dogmática jurídica y de su impacto en las ideas políticas)*, México, Huber, 1999.

- TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y el Estado. 2. Del Renacimiento a Kant*, 14ª ed., Madrid, Alianza, 2004, Tomo II.
- TUORI, Kaarlo, "Legislation between politics and law", en WINTGENS, Luc J. (Ed.), *Legisprudence: A new theoretical approach to legislation. Proceedings of the Fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory*, Portland, Hart Publishing, 2002.
- TUSHNET, Mark, "Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design", en BAUMAN, Richard W. y KAHANA, Tsvi (Eds.), *The least examined branch: The role of legislatures in the Constitutional State*, New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 355-377.
- ULLMANN, Walter, *Law and politics in the Middle Ages. An introduction to the sources of medieval political ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975.
- VÁZQUEZ, Rodolfo (Ed.), *Normas, razones y derechos. Filosofía jurídica contemporánea en México*, Madrid, Trotta, 2011.
- VERDROSS, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, 2ª ed., trad. de Mario de la Cueva, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.
- WALDRON, Jeremy, "Principles of Legislation", en BAUMAN, Richard W. y KAHANA, Tsvi (Eds.), *The least examined branch: The role of legislatures in the Constitutional State*, New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 15-32.
- _____, "The core of the case against judicial review", *The Yale Law Journal*, 2006, pp. 1346- 1406.
- _____, *Derecho y desacuerdos*, trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- WEBER, Max, *El político y el científico*, Alianza Editorial, trad. de Francisco Rubio Llorente, 5ª ed., Madrid, 1979 (El Libro de Bolsillo).
- WIEACKER, Franz, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. de Francisco Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957.

- WINTGENS, LUC J. (Ed.), *Legislation in context: essays in Legisprudence*, Hampshire, Ashgate, 2007.
- _____, (Ed.), *Legisprudence: A new theoretical approach to legislation. Proceedings of the Fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory*, Portland, Hart Publishing, 2002.
- _____, "Legislation as an object of study of legal theory: Legisprudence", en WINTGENS, LUC J. (Ed.), *Legisprudence: A new theoretical approach to legislation. Proceedings of the Fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory*, Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 9-40.
- _____, "Legisprudence as a New Theory of Legislation", *Ratio Juris*, vol. 19, núm. 1, marzo de 2006, pp. 1-25.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2006.
- ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio, "De la jurisprudencia a la legislación", *Doxa*, núms. 15-16, 1994, pp. 769-789.
- _____, "El Club de los Nomófilos", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 3, enero-abril de 1998, pp. 61-94.



Diseño de portada: **Guadalupe Aguilar Araiza**