

SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA LEGISLACIÓN EN EL ESTADO MODERNO¹

Francisco Martínez Cruz²

SUMARIO: I. Introducción; II. La legislación en la Antigüedad y en el Medioevo en el mundo occidental; III. El Estado moderno y los legisladores; IV. Conclusiones; V. Bibliografía.

I. Introducción

Entre las instituciones que cuentan con la peor reputación en las democracias modernas están los órganos legislativos. No me equivoco si afirmo que tales órganos atraviesan por una severa crisis de legitimidad y ésta, a su vez, como efecto en cadena, ha repercutido también de forma negativa en su principal producto, el cual es también la base sobre la que descansa todo el derecho moderno: la ley.

Probablemente, esta crisis ha sido acentuada por el marcado influjo que ha tenido el constitucionalismo de nuestros días. Dicha corriente, al hacer énfasis en la protección de los derechos humanos, la institucionalización de tribunales constitucionales, el control de las leyes y una muy marcada atención de los estudios jurídicos en la labor judicial –por mencionar algunos rasgos– ha desplazado el derecho legislado y la atención que los legisladores demandaban en otros tiempos, cuando éstos, incluso, se asumían como los señores del derecho. No es mi intención ahora discutir acerca de los orígenes de esta crisis o de la pugna que

¹ El presente ensayo es una versión más acabada del primer capítulo de un trabajo más amplio: “Los límites de los legisladores en la Democracia constitucional. Una aproximación al estudio teórico de la legislación”, con el cual obtuve el grado de licenciado en derecho por la UNAM en 2014.

² MA in Political Philosophy por la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona, España, y Licenciado en Derecho por la UNAM. Ha sido asesor parlamentario en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y actualmente es Ayudante de profesor adscrito al Seminario de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la UNAM.

puede establecerse en términos de democracia *versus* constitucionalismo; más bien, trataré de señalar las razones por las cuales, a pesar de las circunstancias actuales, aún se justifica que los juristas tomemos muy en serio al derecho legislado y a los legisladores.

¿Por qué, entonces, debe importarnos el derecho legislado y el proceso que lo produce, *i.e.*, la legislación? Para tratar de responder esta cuestión, en el presente ensayo me enfocaré a analizar el desarrollo de los órganos legislativos y la legislación en ciertos momentos históricos de Occidente. Así, sostendré que, si bien el derecho legislado y la legislación son una invención bastante antigua, su importancia actual radica en las características que los han distinguido en el desarrollo del Estado moderno y, en particular, en la versión más reciente de éste, *i.e.*, la democracia constitucional. Además, trataré de probar que el marco de legitimación que se configura a partir de esta configuración política, pone énfasis en la necesaria racionalidad de la legislación y obliga, por ello, a que ésta sea también objeto de los estudios jurídicos. Para explicar lo anterior, en la primera sección analizo el desarrollo de la legislación antes del surgimiento del Estado moderno, es decir, en la Antigüedad (Grecia y Roma) y el Medioevo. Después, en la segunda me referiré a tres versiones del Estado moderno, el Estado legislativo, el Estado constitucional y el Estado democrático-constitucional.

II. La legislación en la antigüedad y en el medioevo en el mundo occidental

Como ya lo había adelantado, el derecho legislado, *i.e.*, aquellas normas elaboradas deliberadamente e impuestas por órganos colegiados, es una invención bastante antigua. Sin embargo, el interés en el estudio del mismo y el proceso que le origina, nunca ha sido el mismo y, por tanto, ha carecido de continuidad a lo largo de la historia occidental. Para observar esta discontinuidad y contraste, el primer momento en que me detendré es en la producción legislativa de la Antigüedad grecorromana y en la que tuvo lugar siglos después, en plena Edad Media. En ambos periodos se pueden encontrar órganos con funciones muy parecidas e incluso reflexiones profundas sobre la figura del legislador, la función de elaborar las leyes o las características que éstas deben contener para cumplir con ciertos criterios de justicia, pero hay elementos que contrastan si se les oponen con lo que implica la legislación en los Estados modernos.

En efecto, si se observa con cuidado, en principio podría señalarse que la legislación y el estudio de la misma convergen en lo siguiente: 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 especializados en un órgano colegiado y diferente del soberano, encargado de hacer leyes en un contexto secularizado y laico.

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 era inmanente al desarrollo de la vida misma. Al legislador de esos tiempos —es decir, la persona o personas encargadas de elaborar la ley y que podían o no coincidir con el soberano, pero al final el producto resultante era mandado por el soberano— no le estaba asignada una tarea particularmente creativa o inventiva, sino más bien de descubrimiento del derecho que era y de su conservación libre de corrupciones.³ “Legislar” propiamente consistía en descubrir ese orden natural, respetar incluso la tradición de los antiguos y establecer las leyes que con ello fuesen congruentes, 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, en que se inscribía la labor legislativa, constituía, usando las palabras de Habermas, un *marco legitimador superior* indisponible e indispensable.

Sin pretender ser exhaustivo, hay varias muestras de las civilizaciones más influyentes en Occidente que pueden corroborar esta tesis. A continuación, analizaré tres casos: las polis griegas del periodo clásico, Roma, y el Medioevo.

a) Grecia

En las polis griegas del periodo clásico, por ejemplo, Robin Osborne señala que “la vida cotidiana de las ciudades-estado estaba basada tanto en los cultos religiosos como en las instituciones políticas como la Asamblea y el Consejo”.⁴ 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 ha llegado a nuestros días constantemente se observan decisiones políticas y leyes en las que de alguna manera la apelación a la divinidad tuvo injerencia. De esta manera, es emblemá-

³ 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.

⁴ OSBORNE, Robin, *Classical Greece: 500-323 BC*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 74.

tica 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. Este deber, aunque estaba en contradicción con lo que ordenaba la ley positiva, era superior y por ello, Antígona tenía que respetarlo. El legislador griego, por tanto, había errado en imponer una ley que de este modo contravenía el derecho natural que era superior y que debía haber sido respetado. En otro caso que cuenta Heródoto, se hace patente el origen divino de la legislación y la supuesta coincidencia de ésta con la ley natural. Según este historiador, 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”.⁵ La lista de ejemplos, como se advierte, es muy numerosa.

La excepción parece que fue Atenas. Esta polis, como es sabido, innovó con el gobierno democrático y a causa de ello, 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 deliberada.⁶ En efecto, 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. Como es de suponerse, al considerarse el pueblo con mayor libertad y prioridad para legislar, de inmediato se propició el enfrentamiento de la soberanía de éste con la tradición de su derecho y la correspondencia con el derecho natural. Además, esta circunstancia llevó al pueblo ateniense a enfrentarse con las dificultades en la producción jurídica que tal gobierno traía consigo: la proliferación legislativa, la inconsistencia de las leyes entre sí y la confusión respecto de cuál era el derecho vigente pues las leyes promulgadas se encontraban dispersas y carecían de sistematización.⁷

Para resolver este lío, Atenas tuvo necesidad de desarrollar procedimientos y órganos específicos para la producción del único derecho válido —el cual tomaba la forma de νόμος (ley general y tan fundamental que su vigencia no tenía lími-

⁵ HERÓDOTO, *Historias I*, trad. de Arturo Ramírez Trejo, 3a. ed., México, UNAM, 2008, (*Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana*), I, 65.

⁶ Cfr., HAYEK, F. A., *op. cit.*, p. 82.

⁷ MACDOWELL, Douglas M., *The Law in Classical Athens*, New York, Cornell University Press, 1986, pp. 46 y 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.

te) o de ψήφισμα (decreto, de vigencia limitada)⁸— y para la verificación de la validez de éste.⁹ Primero, en 410, la Asamblea encargó a un grupo de personas llamadas ἀνα-γραφείς (*anagrapheis*), compilar e inscribir las leyes en piedra y públicamente (de ahí el nombre de estas personas, pues “anágrafo” significa “inscriptor”), principalmente las de Dracón y Solón. Pero, al hacerlo, se dieron cuenta de la oscuridad e inconsistencia de las mismas, por lo que procedieron a reformarlas.¹⁰

El segundo esfuerzo que llevaron a cabo los atenienses para resolver sus problemas legislativos tuvo lugar pocos años después, hacia el año 403 y fue idea de Tisámeno. Entonces se creó un órgano conformado por dos cuerpos de personas que llevaron el nombre de νομοθέται, es decir, “legisladores”. El primer cuerpo se encargó de recopilar las leyes, más o menos como lo habían hecho los anágrafos, pero tal vez para evitar posibles manipulaciones del derecho, el segundo cuerpo tuvo la responsabilidad de examinar las leyes que los primeros habían recopilado y votar si debían o no ser promulgadas o declararse parte del derecho vigente.¹¹

Los νομοθέται constituyeron históricamente el primer órgano más o menos especializado compuesto por personas que tenían la función de revisar y refor-

⁸ Hay que recordar que no hubo distinción entre νόμος y ψήφισμα hasta los últimos años del siglo V (véase MACDOWELL, Douglas M., *op. cit.* p. 45; CANEVARO, Mirko, “Nomothesia in classical Athens: what sources should we believe?”, *The Classical Quarterly*, Vol. 63, mayo 2013, p. 139).

⁹ Uno se llamaba γραφή παρανόμων (*graphe paranómon*, acción por ilegalidad, que sólo 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 ἐπιτήδειον θεῖναι (*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).

¹⁰ Vid. *supra*, Nota 8. De hecho, uno de los anágrafos llamado Nicómaco, fue posteriormente acusado de haber manipulado las leyes al hacer esta tarea.

¹¹ Cfr. HANSEN, Mogens Herman, *op. cit.*, p. 163.

mar las leyes (únicamente νόμοι) que hubieren sido aprobadas por la Asamblea. Además, es preciso recalcar que con estos mecanismos, desde entonces, la democracia ateniense comprendió cuán benéfico era tener un cuerpo normativo que integrase todas las leyes vigentes y un órgano que se hiciera cargo de esa tarea: por un lado, los ciudadanos podían tener la certeza del derecho al que podían apelar en caso de un litigio; y, por el otro, esa certidumbre permitía, por lo menos, la igualdad formal entre los ciudadanos.¹² La trascendencia política que representó el derecho legislado hizo que se prohibiera toda aquella norma que no tuviera ese carácter.

Sin embargo, de acuerdo a lo que se puede concluir de la información suministrada por las fuentes, estos grupos de legisladores no desarrollaron un complejo entramado teórico para realizar su labor, sobre qué es lo que debían legislar o cómo debían 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 mano.¹³ Asimismo, los oradores no dejaron de invocar reglas o principios no escritos que tenían una fuente divina o natural;¹⁴ y tampoco lo dejaron de hacer los jueces, quienes debían decidir conforme a su más justo criterio de no encontrar una ley aplicable al caso concreto.¹⁵

Atenas se enfrentó con las complicaciones legislativas de una democracia como las que hoy acosan a las actuales. Pero 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 escritas que integraban el marco de legitimación de las decisiones políticas, tales dificultades no fueron insuperables, por lo que la influencia que pudo haber tenido esta excepción en las comunidades políticas posteriores fue sumamente limitada.¹⁶

¹² 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).

¹³ Cfr. HANSEN, Mogens Herman, *op. cit.*, pp. 167-169.

¹⁴ Cfr. MACDOWELL, Douglas M., *op. cit.*, p. 46.

¹⁵ Esto era parte del juramento Heliástico que los jueces pronunciaban al inicio de cada año, según se lee en el discurso de Demóstenes, *Contra Leptines*.

¹⁶ Cfr. HAYEK, F. A., *op. cit.*, p. 82.

b) Roma

Roma constituyó un caso en que aun cuando desarrolló con mayor profundidad la idea del derecho, no llegó a instituir órganos legislativos que acaso se asemejasen a los atenienses. Si hacemos caso a 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”.¹⁷ 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 –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”.¹⁸ 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*,¹⁹ un derecho que se pensaba fundado tanto en la religión como en la tradición. Si el derecho natural era siempre equitativo y bueno,²⁰ el derecho escrito también lo tenía que ser en la medida en que correspondiese con él. Así,

¹⁷ *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 mandaba. 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).

¹⁸ *Digesto I, II, 2.3*.

¹⁹ 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*.

²⁰ 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*.

la *iurisprudencia* se erigió como el conocimiento de las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y de lo injusto.²¹

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 producto del descubrimiento del derecho por parte de juristas y sólo en una muy pequeña parte el producto de la legislación”.²²

c) *El Medioevo*

Esta concepción no difirió mucho de la que tuvo lugar en la Edad Media. Ya desde el tardío Imperio romano, Walter Ullmann señala que el *princeps* revistió todo el poder,²³ 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 todas las personas tenían en común y por lo cual emanaba de aquellos que estaban sujetos a éste desde abajo, y de ningún modo era concebido como si fuera impuesto por alguien desde arriba.²⁴ 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 inmanente de la comunidad.²⁵ 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

²¹ Ulpiano la define de la siguiente manera: “*Iurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*”. *Digesto I, I, 10.2*.

²² HAYEK, F. A., *op. cit.*, p. 83.

²³ 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.

²⁴ Véase WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 69-81.

²⁵ Cfr. ZAPATERO, Virgilio, “El Club de los Nomófilos”, “El Club de los Nomófilos”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 3, enero-abril 1998, p. 63.

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 poder en la formación del hombre y en la de la ciudad, obedezcan con libertad y lleven dócilmente el yugo de la felicidad pública.²⁶

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 éste imponía.²⁷ 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 que rompieron del todo con la concepción del derecho y del legislador que hasta ese momento había perdurado.

Con lo dicho hasta aquí no dejo de observar que, como indica Virgilio Zapatero, a pesar de poder encontrar en todos estos enormes períodos una impresionante literatura que se ocupó del problema de mejorar las leyes como *Las Leyes* de Platón, la *Política* de Aristóteles o la *Suma Teológica* de Santo Tomás de Aquino, el contexto cultural difiere del que hoy tenemos. En su opinión, faltaban ciertos elementos que desencadenarían el moderno 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”.²⁸ A lo anterior, yo agregaría el rasgo laico que, según vengo exponiendo, y podrá verse después, determinó en gran medida la urgencia de buscar una legislación que no descansara terminantemente en dogmas y que se hiciera cargo de su carácter inventivo.

²⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social o principios de derecho político*, trad. de Leticia Halperín Donghi, México, Losada-Océano, 1999, p. 68 (Libro Segundo, VII).

²⁷ Cfr. ZAPATERO, Virgilio, “El Club de los Nomófilos”, *op. cit.*, p. 63.

²⁸ *Idem.*

III. El Estado moderno y los legisladores

A finales de la Edad Media se comienza a sentir en Europa una crisis de fundamento del derecho. Como explica Habermas, al no poderse asegurar el fundamento sacro del derecho ni la vigencia de un derecho consuetudinario no escrito, el poder político del príncipe quedó completamente emancipado y se tornó soberano. El soberano se volvió, irremediablemente, la fuente y fundamento del derecho.²⁹

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. El fundamento tuvo que ser buscado no ya en una entidad divina o en la costumbre, como en última instancia se hizo en la Antigüedad Clásica y en el Medioevo, sino en algo que pudiese cohesionar a toda la comunidad, y el principal candidato para ello fue la razón. Esta demanda de justificación racional y secular del soberano 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.

Esto es lo que explica que en el Estado moderno comenzara a hallarse, de manera más específica y asignada a un órgano en particular, la función de elaborar leyes congruentes con diversos principios suministrados por las ideas filosófico-políticas de la época.³⁰ El marco de legitimidad, antes integrado por el derecho sacro y el derecho consuetudinario, fue ocupado por la razón.

No obstante, la idea de la legislación que comenzó a gestarse no fue uniforme geográficamente y menos temporalmente. Quisiera centrarme en dos momentos

²⁹ 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.

³⁰ 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.

que son relevantes para dar cuenta de la concepción contemporánea del derecho legislado y la importancia tanto jurídica como política de los legisladores. El primer momento es el Estado legislativo surgido con posterioridad a la Revolución Francesa iniciada en 1789 y que fue el imperante en Europa continental y en América Latina hasta bien entrado el s. XX; el segundo es el Estado constitucional que sería desarrollado particularmente en los Estados Unidos de América; y el tercero, como síntesis de los anteriores, es el Estado democrático constitucional, cuyo surgimiento se puede observar a partir del término de la Segunda Guerra Mundial en 1945 y hacia el cual todos los actuales estados parece que se dirigen.

a) *El Estado legislativo*

El Estado que se afirmó en Francia después de la Revolución de 1789 estuvo inspirado marcadamente por principios democráticos y 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 en ella, la influencia del pensamiento de Jean-Jacques Rousseau fue determinante.

Al hacer radicar la soberanía ya no en el Rey sino en el pueblo, del cual los legisladores, reunidos en la asamblea, eran representantes y médium de la voluntad general, la voluntad del soberano, mediada por el legislador y expresada en la ley, tenía que ser obedecida tanto por el juez (*bouche de la loi*), cuanto por la administración. Pero ¿por qué tenía que ser obedecida esa ley? Ciertamente no era por la simple razón de haber sido aprobada por la mayoría, sino porque además se asumía que era racional.

Según Rousseau, cuando todo el pueblo estatuye sobre todo el pueblo, entonces emite su voluntad general, la cual por principio no puede ser injusta, porque si así fuera el caso, entonces la voluntad general sería injusta para con todo el pueblo, y *volenti non fit iniuria*.³¹ Los ciudadanos, por ello, deben obedecer las leyes, porque son expresión de la voluntad general de la que ellos participan. Pero es imposible reunir a todo el pueblo en una Asamblea para que decida, a no ser que se trate de un estado pequeño, de ahí que en la práctica no haya habido más remedio que pensar que el encargado de traducir esa voluntad general era el legislador, representante del pueblo, gracias a su racionalidad. Se dio por sen-

³¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *op. cit.*, p. 64 (Libro Segundo, VI).

tado que el legislador, mediante su razón, remediaba los males de la sociedad a través de leyes perfectamente claras y comprensibles.³²

Como se observa, esta presuposición de la racionalidad del legislador llevó a los juristas a asumirlo como un presupuesto dogmático excluido de contras-tación 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 muchos aún continúan atribuyendo a los ordena-mientos jurídicos ciertas propiedades materiales y formales, a saber:³³

1. Singular: se considera a un solo legislador sin tomar en cuenta que en la realidad las normas son sancionadas por cuerpos colegiados que sostie-nen, 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 pue-den ser aplicables en un futuro, las leyes que sanciona.
7. Omnipotente: su voluntad permanece vigente a no ser que él mismo revo-que 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. Omnicompreensivo: no deja ninguna situación jurídica sin regular.
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.

³² Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Razón práctica y teoría de la legislación”, *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, no. 9, año V, 2000, p. 304.

³³ 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.

Pero esta idealización extrema del legislador que recuerda, como dice Nino, casi todas las propiedades de los dioses teológicos, cedió muy pronto ante la realidad. Si el marco de legitimidad del legislador estaba integrado esencialmente por la razón, y por definición el legislador era racional, la ley que producía era también, por definición, legítima. Al no haber un marco de legitimidad externo e independiente del legislador, nadie más que el mismo legislador era capaz de controlar sus propios actos, así se tratara incluso de una declaración de derechos. En esas condiciones, el legislador pronto comenzó a abusar de la ficción y cayó en un amplio descrédito, lo que le ganó la fama, paradójicamente y aún en nuestros días, de irracional.

b) El Estado constitucional

En paralelo a la concepción francesa de la legislación, se desarrolló otra concepción en los Estados Unidos de América que, a diferencia de la primera, dio como resultado un marco de legitimidad externo a la legislación y a los legisladores. Ésta es la del Estado constitucional.³⁴

El constitucionalismo norteamericano, a diferencia del Estado legislativo francés, no dejó 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 de ahí el origen de los problemas),³⁵ 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, sino que reconocía en las cartas constitucionales a una sociedad política en virtud de un contrato entre voluntades iguales y libres. El objetivo de los padres fundadores de los Estados Unidos de América fue la creación de un orden político estable a

³⁴ Cabe hacer la aclaración de que, para Augusto Barbera, lo ocurrido no sólo en Estados Unidos sino también en Francia se enmarca dentro del constitucionalismo, dado que ambas tradiciones tuvieron por origen documentos constitucionales caracterizados por un contenido liberal o liberal-democrático, aun cuando en cada una de ellas los resultados fueron diferentes. Véase BARBERA, Augusto, “Le basi filosofiche del costituzionalismo”, <http://w3.uniroma1.it/ceccanti/dispense/barbera.pdf>.

³⁵ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Constitución y Parlamento”, *Parlamento y Constitución*, Cortes de Castilla-La Mancha, Universidad de Castilla-La Mancha, Anuario, Núm. 5, 2001, pp. 24-25.

partir de la constatación de la naturaleza egoísta del ser humano y de la existencia de facciones con intereses diversos e irresolubles.

La solución, entonces, fue crear “diferentes herramientas institucionales para disponer de aquellos materiales en pos de objetivos más nobles”.³⁶ 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. Asimismo, las libertades venían entendidas no sólo como derechos sino como principios concretos que informaban la organización de todo el ordenamiento estatal, de ahí que los instrumentos institucionales tuvieran por objetivo su garantía y, además, el aseguramiento del libre concurso de las energías sociales.

En esa virtud, si los legisladores no eran el órgano supremo de decisión, sino un órgano más que concurría en el equilibrio de los pesos y contrapesos, era preciso también otro órgano que pudiese equilibrar las relaciones entre el órgano legislativo y el ejecutivo. Así fue como los jueces, a diferencia de la tradición francesa, fueron considerados 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, famosamente conocido como la *judicial review* sería una de las mayores aportaciones del constitucionalismo norteamericano.

No obstante, es preciso hacer notar que, aunque el balance del constitucionalismo norteamericano sea uno de sus principales atractivos, Roberto Gargarella ha anotado distintas críticas que ponen de relieve los defectos de esta *virtud*, tales como el favorecimiento de la negociación en lugar de la deliberación en la elaboración de las leyes, y la alienación legal, es decir, una situación en la que el régimen constitucional se vuelve un obstáculo para el autogobierno.³⁷

c) *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

³⁶ Gargarella, Roberto, “Una maquinaria exhausta. Constitucionalismo y alienación legal en América”, *Isonomía*, No. 33, octubre, 2010, p. 11.

³⁷ Cfr. GARGARELLA, Roberto, “Una maquinaria exhausta...”, *op. cit.*, pp. 25-26; GARGARELLA, Roberto, *Crisis de la representación política*, México, Fontamara, 2002, (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 53), pp. 50-51; y OVEJERO, *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanism*, Madrid, Katz Editores, 2008, p. 19.

democracia constitucional. Esta tipología del Estado moderno combina la forma de gobierno democrática con la forma de Estado constitucional, pero la vinculación de estos dos términos es tensa y problemática a causa de las características intrínsecas a cada uno.

Para comenzar, es preciso mencionar que en la actualidad se tiende a caracterizar la democracia constitucional de maneras muy diversas e, incluso, hay quienes la identifican con el constitucionalismo norteamericano, indicando con ello que no hay diferencia alguna. Sin embargo, en la concepción que asumo me parece que sí es posible hacer distinciones.

En primer lugar, es necesario observar las peculiaridades con que se fraguó el constitucionalismo en el siglo pasado. En efecto, el contenido 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, son 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.³⁸

En segundo lugar, si bien los principios que aporta la democracia se refieren al gobierno de la mayoría, lo cual tendría que estar asegurado mediante el derecho al voto, tanto activo como pasivo, el constitucionalismo restringe el poder de esa mayoría limitándolo en caso de que se vulnere el núcleo de derechos fundamentales. Este rasgo difiere del constitucionalismo norteamericano esencialmente en el tipo de derechos que restringen el gobierno de la mayoría, pues si en éste únicamente se hace referencia a los derechos de libertad, en la democracia constitucional se integran también, por lo menos, los derechos identificados como de segunda generación, tales como los derechos económicos, sociales y culturales. Esto es así porque, siguiendo a Luigi Ferrajoli, la voluntad popular se expresa auténticamente sólo si se hace libremente, y para ello no basta asegurar los derechos de libertad, sino también se requieren derechos que hagan posible esa libertad como los derechos sociales.³⁹

En tercer lugar, el rasgo que se ha enfatizado a partir del siglo pasado es el enorme grado de intromisión de la constitución en prácticamente todos los ám-

³⁸ FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2011, p. 149.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi, “Le garanzie costituzionali dei diritti fondamentali”, en: http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada3/4_FERRAJOLIitaliano.pdf.

bitos de la vida de la comunidad, especialmente en la vida jurídica. Así, se habla de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, consistente en 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”.⁴⁰ Como consecuencia, en las democracias constitucionales se han instituido mecanismos que controlan su realización, y aquí es donde los jueces han venido a desempeñar ese papel como garantes de la constitución.

Nótese, entonces, que en la democracia constitucional se reitera un marco de legitimidad externo a los legisladores, y que se encarna en las normas constitucionales que aseguran el gobierno democrático y la garantía de ciertos derechos. Pero para que no ocurra como sucedió en los estados legislativos, no son los mismos legisladores, sino un órgano diferente, *i.e.*, los tribunales, los que tienen como responsabilidad determinar la validez de las decisiones legislativas conforme a esas normas constitucionales. Esto recuerda, en cierta medida, al órgano de los *nomothetas* inventado por los atenienses y al que me he referido en páginas anteriores. La diferencia, sin embargo, consiste en que mientras la Asamblea ateniense y los *nomothetas* respondían a la misma legitimidad democrática, puesto que todos ellos eran elegidos por el pueblo; en el caso de la democracia constitucional, los legisladores y los jueces responden a dos legitimidades diferentes, por un lado, la democrática y, por el otro, la que denominaré sustantiva.

En esta doble legitimidad radican las tensiones de la democracia constitucional, pues ¿cómo es posible que siendo el pueblo el soberano y habiendo elegido a los legisladores, su ley deba estar sometida a las restricciones que determinen los jueces, un órgano no elegido por el pueblo? No me ocuparé aquí de profundizar en los problemas políticos que encierra esta cuestión. He de mencionar, no obstante, que la forma de subsanarla se encuentra en que el marco de legitimidad integra un elemento que permite su operación: la razón, entendida como aquellos “criterios mediante los que cabe, si es que cabe, la justificación intersubjetivamente aceptable de opciones relativas a acciones o cursos de acción”.⁴¹ Examinemos a mayor detalle estos argumentos.

Los legisladores cuentan con la legitimidad democrática de origen, y los jue-

⁴⁰ GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2007, p. 147. En esta obra pueden analizarse a mayor detenimiento los rasgos con que este autor caracteriza la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos.

⁴¹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Razón práctica y teoría de la legislación”, *op. cit.*, p. 300.

ces, al no contar con ésta o ser de segundo grado (no son electos por el pueblo, pero sí por un órgano que cuenta con legitimidad democrática de origen), adquieren su legitimidad a partir de las funciones que desempeñan. A grandes rasgos, se ha tendido a pensar que las decisiones de los legisladores son válidas, en principio, porque deciden representando al pueblo que los eligió. En el caso de las decisiones de los jueces, se ha dicho que son válidas porque respetan las reglas que el legislador determinó y porque, para subsanar su falta de legitimidad de origen, los jueces formulan sus decisiones racionalmente. Esto explica que en los últimos años la argumentación jurídica haya despertado un creciente interés y que, a causa de esta particular forma de decidir de los jueces haya sido posible que sean ellos quienes declaren la invalidez de las leyes, no las apliquen por ser inválidas, introduzcan nuevas normas e incluso obliguen al legislador a que legisle sobre una determinada materia.

Pero esta consecuencia corre el riesgo de desembocar en una desmesura por parte de los jueces. Es innegable que los tribunales constitucionales que se han afianzado 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 autoritarios.⁴² 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 el día de mañana. De hecho, a la fecha ya hay análisis en los cuales se demuestra el alto grado de incertidumbre y extralimitación producido por los tribunales que hacen pensar en el retorno al gobierno no de las leyes, sino de los hombres.⁴³

⁴² 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.

⁴³ 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 la 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.

De este modo, 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. Pero esto no puede ser aceptado porque el marco teórico de la democracia constitucional sigue admitiendo que la soberanía radique en el pueblo.

Me parece que para evitar tanto la desmesura de los jueces como de los legisladores, es preciso que, en atención a la democracia constitucional, se fortalezca la legitimidad de los segundos al exigirles también racionalidad. ¿Pero esto es posible? Me parece que sí y así debe ser, aunque los hechos descarten esa posibilidad.

Quienes argumentan que esto no es posible señalan que la legislación, al ser el foro de la política, no tiene por qué 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 judiciales es, por antonomasia, una actividad racional.

Parece que a esta postura se aproxima Ronald Dworkin.⁴⁴ 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 legisladores.⁴⁵ No obstante, sería falso pensar que en las legislaturas no tienen peso los argumentos basados en las normas constitucionales como los derechos. Además, 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

⁴⁴ Aquí sigo la interpretación que de Dworkin da Richard Ekins a partir de la lectura de distintos textos suyos. *Cfr.* EKINS, Richard, *The nature of legislative intent*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 78-83.

⁴⁵ “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 (la traducción es mía).

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”.⁴⁶

Frente a esta postura, creo que es posible argumentar a favor de la racionalidad legislativa, es decir, el 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.*, 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 razones públicas. John Rawls señala que:

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 base.⁴⁷

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 llamar ‘elementos constitucionales esenciales’ y cuestiones de justicia básica”,⁴⁸ 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.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 93 (la traducción es mía).

⁴⁷ RAWLS, John, *Liberalismo político*, trad. de Sergio René Madero Báez, México, FCE, 2013, p. 204.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 205.

Esto significa que para que la legislación sea racional, debe estar justificada con razones públicas. Esto es así porque la justificación de una ley debe estar codificada de tal suerte con la intención de que sea compartida por toda la comunidad política⁴⁹. 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.

El deber de los legisladores de actuar racionalmente es parte de una democracia constitucional 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 derecho.⁵⁰ En la democracia constitucional, no se da por sentado que ninguna institución opere racionalmente, sino que se espera que obren de ese modo y, para que así suceda, se cuenta con un diseño institucional de frenos y contrapesos.

Hay dos argumentos en concreto que justifican esta exigencia,⁵¹ 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 apro-

⁴⁹ 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.

⁵⁰ 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).

⁵¹ De manera muy similar opina Ekins, véase EKINS, Richard, *The nature of legislative intent*, *op. cit.*, p. 116.

bación 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”.⁵² 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 razones.⁵³

2. Los legisladores deben actuar racionalmente porque de este modo es posible hacer más operable el sistema jurídico. En los estados legislativos, 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 aquél al complementar 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 presupuesto no puede carecer de contrastación fáctica; de lo contrario, se caería nuevamente en el axioma asumido por la dogmática jurídica. Indica Luis Prieto Sanchís:

⁵² *Ibid.*, p. 113.

⁵³ 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 prerrequisito 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.

...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 misma.⁵⁴

IV. Conclusiones

A lo largo de este ensayo he tratado de demostrar que la importancia del estudio de la legislación y del derecho legislado precisan de un trato y estudio distinto al que tuvieron en la Antigüedad y en la Edad Media. Si en aquellas épocas la legislación era concebida como un proceso de descubrimiento que se legitimaba en un derecho natural que tenía como base un orden inmanente o divino, el paso hacia el Estado moderno se vio marcado por la secularización del derecho, la aceptación del carácter claramente inventivo del derecho, la racionalidad y otros elementos suministrados por las ideas filosóficas y políticas que se fueron desarrollando.

En el caso concreto de la democracia constitucional, quizás la más acabada de las tipologías del Estado moderno, la legislación se inscribe en un marco de legitimidad conformado por normas constitucionales que aseguran tanto el gobierno democrático como la garantía de ciertos derechos fundamentales. De acuerdo a este modelo, es el órgano legislativo, representante del pueblo soberano, quien crea el derecho en atención a esas normas constitucionales, y dado que el marco de legitimidad no depende del órgano legislativo, entonces es otro órgano, el judicial, el encargado de asegurar la validez de ese derecho legislado.

⁵⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Técnica y política de la codificación”, en *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, 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).

Como se ha mencionado, a pesar de que el órgano judicial no cuenta con la misma legitimidad de los legisladores, sino que, en su caso, la legitimidad deviene de la racionalidad con que produce sus decisiones, corre el riesgo de tener en sus manos la última palabra para determinar el derecho. Sin embargo, si aún hoy se insiste en la democracia como forma de gobierno, hay razones muy fuertes por las que se debe evitar este resultado. Una forma de evitarlo es fortaleciendo la labor que llevan a cabo los órganos legislativos al exigirles, también a ellos, racionalidad en sus decisiones.

¿Qué es lo que puede hacerse desde la filosofía jurídica? Si en el caso del trabajo judicial se ha fomentado el estudio y desarrollo de teorías de la argumentación o la interpretación, me parece que, análogamente, se debería también desarrollar una teoría de la legislación que considerase los criterios específicos de la actividad de la legislativa que combina no sólo cuestiones estrictamente jurídicas, sino también políticas. Pero este tema será el objeto de un trabajo posterior.

V. Bibliografía

AARNIO, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*, trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 2008.

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

CANEVARO, Mirko, “*Nomothesia* in classical Athens: what sources should we believe?”, *The Classical Quarterly*, Vol. 63, mayo 2013, pp. 139-160.

EKINS, Richard, *The nature of legislative intent*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

FERRAJOLI, Luigi, “Le garanzie costituzionali dei diritti fondamentali”, http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada3/4_FERRAJOLIitaliano.pdf

FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2011.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Razón práctica y teoría de la legislación”, *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, no. 9, año V, 2000, pp. 299-317.

GARGARELLA, Roberto, *Crisis de la representación política*, México, Fontamara, 2002, (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 53).

———, “Una maquinaria exhausta. Constitucionalismo y alienación le-

gal en América”, *Isonomía*, No. 33, octubre, 2010, pp. 7-34.

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

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.

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

MACDOWELL, Douglas M., *The Law in Classical Athens*, New York, Cornell University Press, 1986.

MOMMSEN, Theodor, *The history of Rome*, Vol. I, trad. de William P. Dickson, New York, Cambridge University Press, 2009, (Cambridge Library Collection).

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).

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.

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.

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

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

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).

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social o principios de derecho político*, trad. de Leticia Halperín Donghi, México, Losada-Océano, 1999.

SALAZAR UGARTE, Pedro, *et al.*, *Garantismo espurio*, México, Fontamara, 2011 (Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 8).

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

WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005.

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. 9-40.

ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio, “De la jurisprudencia a la legislación”, *Doxa*, N. 15-16, 1994, pp. 769-789.

———, “El Club de los Nomófilos”, “El Club de los Nomófilos”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 3, enero-abril 1998, pp. 61-94.

