



Félix Arias-Schreiber^(*) y Antonio Peña Jumpa^(**)

La nueva teoría de la legislación^(***)

The New Theory of Legislation

Resumen: El presente artículo nos introduce a la denominada “Nueva Teoría de la Legislación”. Se presenta sus antecedentes, así como su tratamiento desde la Sociología del Derecho al su estado actual de desarrollo. Por otra parte, se hace énfasis en la naturaleza interdisciplinaria de esta teoría para un mejor entendimiento del proceso de creación de leyes, sin dejar de reconocer la importancia de su situación jurídica.

Palabras clave: Nueva Teoría de la Legislación - Política Legislativa - Proceso Legislativo - Técnica Legislativa - Sociología del Derecho

Abstract: This article discusses on the new theory of legislation. It is presented considering its antecedents, and its treatment from sociology of law to the current state of its development. It is make emphasis on the interdisciplinary nature of this theory for a better understanding of the legislative process, without failing to acknowledge the importance of its legal status.

Keywords: New Theory of Legislation - Legislative Policy - Legislative Process - Legislative Technique - Sociology of Law

1. Introducción

El objeto del presente artículo es difundir los alcances de la teoría de la legislación, su contenido y naturaleza en el actual contexto sociopolítico internacional. Esta teoría incluye la discusión sobre los principios de la buena legislación que, como veremos, motivó la preocupación de gobernantes y teóricos desde antes del surgimiento del Estado moderno.

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho, Magister *Legum* por la *Freie Universität Berlin* - FUB (Alemania) y estudios de pregrado y postgrado Magister Artium en Filología Latina, Historia Antigua y Sociología por la *Freie Universität Berlin* - FUB. Investigador en Alemania y Perú.

(**) Abogado y Magíster en Ciencias Sociales, mención de Antropología, por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor (Ph.D. in Laws) por la *Katholieke Universiteit Leuven* (Bélgica). Diploma de postgrado en Migración Forzada por la Universidad de Oxford (Inglaterra). Profesor principal e investigador de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(***) Nota del Editor: El presente artículo fue recibido el 11 de noviembre de 2015 y aprobada su publicación el 30 de noviembre del mismo año.

La nueva teoría de la legislación *The New Theory of Legislation*

El artículo está basado en uno de los subcapítulos del libro “Balance y perspectivas de la aplicación del Análisis Costo Beneficio ACB en los proyectos de ley del Congreso de la República del Perú”⁽¹⁾, realizado en el marco de una investigación financiada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). En dicha investigación, presentamos la nueva disciplina jurídica de la teoría de la legislación, incluyendo su objeto y método, las materias que hacen su contenido y su vinculación con el estudio de la efectividad de las normas, concentrando nuestra atención en la metodología del Análisis Costo Beneficio. En este artículo, la nueva disciplina de la teoría de la legislación se expone en términos más generales destacando su naturaleza interdisciplinaria.

En lo que sigue, vamos a desarrollar brevemente los antecedentes de esta nueva teoría, la primera aproximación a su comprensión desde la sociología jurídica, su surgimiento como ciencia, su naturaleza interdisciplinaria y los temas específicos que hoy hacen la agenda de la especialidad.

2. Antecedentes

La reflexión sobre los principios de la buena legislación y los efectos sociales de las normas jurídicas es de muy larga data y constituyó, en la etapa contemporánea de los estudios humanistas, una de las actividades más características de la sociología del derecho.

Schneider⁽²⁾ sostiene que los primeros trabajos sobre técnica legislativa surgieron en Europa en el contexto de los esfuerzos codificadores de fines del siglo XIX y principios del XX. Tala⁽³⁾ nos recuerda, sin embargo, las notables reflexiones sobre técnica legislativa en las obras de Montesquieu, Adam Smith y Jeremy Bentham (siglos XVIII y XIX). Este filósofo y economista inglés, considerado el padre del derecho parlamentario, estableció cuatro principios para la formulación de las normas:

“In the law drafting process several alternative proposals should be prepared. The drafters should not be paid. Each proposal should be written only by one author so that no confusion about the responsibility, merits and flaws of the proposal would occur. Among several alternative proposals priority should be given to the one, prepared by a foreign drafter, because he is likely to be immune against different domestic special interests”⁽⁴⁾.

[Traducción propia: “En el proceso de elaboración de una norma, deberían ser preparadas diversas propuestas alternativas. Los autores de las propuestas no deberían ser pagados. Cada propuesta debería ser escrita solo por un autor para que no genere confusión sobre la responsabilidad, los méritos y defectos que pudiera tener. Entre las alternativas de propuestas que se presenten, la prioridad debe ser puesta en aquella que ha sido preparada por un autor foráneo o externo, porque este suele ser inmune a los diferentes intereses locales especiales”.]

Desde al menos el siglo XVIII, se reflexionó en Europa, como en el caso de Bentham en Inglaterra, sobre los problemas que afectan la elaboración de las leyes o normas en general. Las sugerencias o recomendaciones de Bentham responden a su época, pero no han dejado de ser actuales. Sugerir que las iniciativas de ley no sean pagadas, que sus autores sean individualizados y que se opte por autores foráneos o externos en vez de locales, son propuestas destinadas a lidiar

- (1) Félix Arias-Schreiber, Luis Valdivieso y Antonio Peña, *Balance y perspectivas de la aplicación del Análisis-costo-beneficio ACB en los proyectos de ley del Congreso de la República del Perú* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014).
- (2) Hans Schneider, *Gesetzgebung: ein Lehr- und Handbuch* (Heidelberg: C.F. Müller, 2012); 1-2.
- (3) Jirky Tala, “Better Regulation Through Programs and Quality Standards-Are New Perspectives Needed?”, en *Legisprudence*, Vol. 4, Issue 2 (2010); 195-197.
- (4) Jirky Tala; 196.



Félix Arias-Schreiber y Antonio Peña Jumpa

con problemas muy típicos del proceso de elaboración de una norma jurídica.

Los antecedentes históricos de la reflexión sobre temas de técnica normativa en la cultura de occidente son, en nuestro conocimiento, aún más remotos que las recomendaciones de Bentham en el siglo XVIII y pueden retrotraerse por lo menos a la antigüedad grecolatina. Ya en el siglo IV d.C. el emperador Gratianus decía en relación con las leyes (según la tradición de San Isidoro en sus Etimologías, libro V - De legibus et temporibus):

“Qualis debeat fieri lex. Erit autem lex honesta, iusta, possibilis, secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporisque conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat, nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta”.

[Traducción del latín: “Cómo debe ser hecha la ley: la ley será entonces honesta, justa, posible, según la naturaleza, según las costumbres de la patria, adecuada en cuanto a lugar y tiempo, necesaria, útil, asimismo clara para que no induzca a error por razón de oscuridad; para ningún privilegiado sino escrita para la común utilidad de los ciudadanos”.

Como se aprecia, al menos desde el siglo IV d.C.⁽⁵⁾, se enunciaron principios para una buena legislación. De acuerdo a la cita que nos ha dejado San Isidoro, los romanos consideraron que la ley debía ser honesta, justa, posible, adecuada en cuanto a lugar y tiempo, necesaria, útil y clara. Aunque estos principios no dejan de ser expresión de su enfoque iusnaturalista, son una primera aproximación a los temas que conciernen la buena legislación.

3. Sociología jurídica y efectividad de la ley

En el siglo XIX, la cuestión sobre la validez de la ley se convirtió en canónica dentro de la sociología del derecho. Los estudios sobre el tema no se circunscribieron, sin embargo, a

verificar el cumplimiento de los procedimientos constitucionales para su aprobación, promulgación, publicación y entrada en vigencia. Para los sociólogos del derecho, la validez de las leyes implicaba investigar fundamentalmente si sus destinatarios cumplían las disposiciones, si lo hacían de manera voluntaria o por evitar sanciones, si su comportamiento se orientaba por el mandato contenido en la ley, si era posible evitar las infracciones. Los sociólogos del derecho se preguntaban adicionalmente cuáles eran las condiciones para la aceptación social de la regulación o para su rechazo e incumplimiento ¿Se debía esto último a la falta de conocimiento de la norma? ¿A rebeldía? ¿A defectos o imprecisión legislativa?

Raiser⁽⁶⁾ recuerda que para Max Weber, uno de los autores clásicos de la sociología jurídica, la norma legal era válida en la medida que los hombres “(...) *bestimmte Ordnungen als geltend subjektiv ansehen und praktisch behandeln, also ihr eigenes Handeln an ihnen orientieren*” [(...) consideran determinados estatutos subjetivamente como válidos y los tratan prácticamente, es decir, si su acción se orienta según ellos].

Si con el vocablo “validez”, la sociología jurídica estudia en términos generales el cumplimiento de una ley, cae por su propio peso la pregunta cómo puede tal cumplimiento verificarse o medirse. Teodoro Geiger (1891-1952), otro de los fundadores de la sociología jurídica, se planteó esta cuestión y desarrolló la denominada “Cuota de efectividad” (Effektivitätsquote). Según este coeficiente, una norma se cumple, por ejemplo, en un 60%, si seis de cada diez personas rigen su comportamiento por lo dispuesto. Las limitaciones de este indicador

(5) Cabe tener presente que con anterioridad, en el siglo IV a.C., Platón escribió *Las Leyes*, obra en la que el lector encontrará un conjunto de propuestas para una buena legislación.

(6) Thomas Raiser, *Rechtssociologie* (Frankfurt am Main: Metzner, 1987); 254.

La nueva teoría de la legislación *The New Theory of Legislation*

y la necesidad de una definición y examen más finos del fenómeno de la validez legal saltan a la vista ¿Qué sucede, por ejemplo, en aquellos casos en los que el cumplimiento es forzado por un órgano judicial? ¿Debe hablarse también de “cumplimiento”? ¿Cuál es el contenido del comportamiento esperado: el que se adecúa a las expectativas del legislador, del juez, lo que cada persona atribuye a la norma?

Desde que Geiger desarrolló su “Cuota de efectividad” hace más de setenta años, los aportes y sugerencias para examinar la validez social de las normas se han hecho desde la sociología del derecho. Hoy interesan tanto o más que el cumplimiento de la ley, el examen de su “efectividad”. No es suficiente por ello saber si la norma se cumple o no y en qué medida, sino cuáles son los efectos que de ello resultan, hayan sido previstos o no por el legislador.

Cumplimiento y efectividad legales son hoy conceptos meridianamente diferenciados⁽⁷⁾. A partir de ello, se ha hecho también necesario distinguir entre los efectos queridos de la ley y los no deseados, entre las normas simbólicas, instrumentales y regulatorias⁽⁸⁾, entre el tipo de causalidad que se presenta en la relación norma-comportamiento, si este se sustenta en un cálculo “costo beneficio” o en un principio de eficacia racional económica, en prácticas tradicionales, en la emotividad, acaso en un modelo altamente determinista según muy modernos enfoques e investigaciones neuropsicológicas (véase al respecto los trabajos de Thomas Metzinger, *Der Ego-Tunnel*:

Eine neue Philosophie des Selbst: Von der Hirnforschung zur Bewusstseinsethik, 2009).

La pregunta sobre la validez social de la ley ha descubierto todo un mundo de temas por esclarecer que trasciende al positivismo legal y a las ambiciones de especialización de la propia sociología del derecho.

4. La ciencia de la legislación y sus apartados

Es así, al menos desde el último cuarto del siglo XX⁽⁹⁾, que se va a desarrollar con creciente vigor en Europa⁽¹⁰⁾ una disciplina jurídica que los juristas de habla germana en Suiza, Alemania y Austria llaman, alternativamente y sin plena conformidad aún sobre los alcances de cada término: “Teoría de la dación de leyes” o simplemente “Teoría legislativa o de la legislación” (*Gesetzgebungslehre*)⁽¹¹⁾, o en expresión más genérica que relaciona todas las normas de derecho y no solo las parlamentarias: “Teoría de la dación de normas jurídicas” (*Rechtsetzungslehre*)⁽¹²⁾. A esta nueva disciplina se le conoce también desde una orientación práctica y aplicada como “El arte o técnica de la dación legislativa” (*Gesetzgebungskunst*)⁽¹³⁾

(7) Huber Rottleuthner y Margret Rottleuthner, “Recht und Kausalität”, en Michelle Cottier, Josef Estermann y Michael Wrase (eds.), en *Wie wirkt Recht?* (Baden - Baden: Nomos, 2010); 20-21.

(8) Thomas Raiser; 259-263.

(9) Véanse Hans Schneider, *Gesetzgebung: ein Lehr- und Handbuch*; 1-2; Werner Hugger, *Gesetze - Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung* (Baden Baden - Nomos, 1983); 30; y Dieter Grimm, “Vorwort”, en Dieter Grimm y Werner W. Maihofer (eds.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik - Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (Opladen: Westdeutscher Verlag GmbH, 1988); 9.

(10) Véase Schneider, *Gesetzgebung: ein Lehr- und Handbuch*; 3-9. Este autor nos informa resumidamente sobre el desarrollo de la Teoría de la legislación en Alemania, Austria, Suiza, EE.UU., el Reino Unido y Francia.

(11) Denominación que usan por ejemplo Vladimir Kubeš, *Theorie der Gesetzgebung: Materiale und formale Bestimmungsgründe der Gesetzgebung in Geschichte und Gegenwart* (Wien - New York: Springer, 1987); y Peter Noll, *Gesetzgebungslehre* (Hamburg: Westdeutscher Verlag GmbH, 1973).

(12) Denominación que usan por ejemplo Paul Richli, *Welche Aufgaben soll der Staat erfüllen?: Ein Beitrag zur Rechtsetzungslehre im Anschluss an die Politische Philosophie* (Bern: Stämpfli, 2009); Georg Müller, *Elemente einer Rechtsetzungslehre* (Zürich: Schulthess, 2006); Heinz Schäffer, *Theorie der Rechtsetzung* (Wien: Manz, 1988); o Eichenberger (como editor, 1978). El término “*Rechtsetzungslehre*” es de uso frecuente entre los especialistas suizos.

(13) Denominación que usan por ejemplo Bernd Mertens, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2004); Sigrid Emmenegger, *Gesetzgebungskunst* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2006), o alternativamente Ulrich Karpen,



Félix Arias-Schreiber y Antonio Peña Jumpa

o simplemente “legística” (Legistik)⁽¹⁴⁾. En la cultura jurídica del Common Law, la nueva disciplina tiene también notables adherentes y es conocida con las denominaciones frecuentes “legisprudence”, “legistics” o “legislative Drafting”⁽¹⁵⁾.

Los cimientos de la nueva disciplina jurídica los encontramos en Europa en la década de 1970 en el contexto de la intensa reflexión científica legal, política y económica que se verificó sobre la cantidad y calidad de las normas jurídicas así como las funciones contemporáneas de la ley y sus efectos sociales.

Un breve balance sobre el estado de la teoría de la legislación en Europa hasta el 2008 nos brinda Karpen⁽¹⁶⁾:

“No ha pasado mucho tiempo desde que la *Teoría de la Legislación* (1973) del suizo Peter Noll dio impulso relevante a los esfuerzos ya desplegados en favor de una teoría de la administración y de la Jurisprudencia, que ponía de lado la teoría funcional del Primer Poder del Estado que había dormido por más de 50 años como una Cenicienta. Desde entonces, la teoría de la legislación ha hecho rápidos adelantos y ha ido ocupándose poco a poco en forma especializada de un conjunto de materias. Primeramente, se trató de la elaboración de la metódica y la técnica de la legislación reviviendo el pensamiento codificador. Desde el inicio, se luchó también entusiastamente por enfrentar el caudaloso flujo normativo. Se fortaleció la idea que la

legislación no solo era un suceso político, sino que en el mejor de los casos se trataba de un arte o técnica que podía enseñarse y aprenderse. En tiempo más reciente, la atención se ha concentrado en la evaluación de los efectos legislativos: el erario público está vacío y hay que empeñarse en la desburocratización y el “aligeramiento del Estado” (schlanker Staat)” (Traducción del alemán).

Seguidamente, Karpen nos informa de los consensos académicos alcanzados en la ciencia legislativa:

“(1) La teoría de la legislación debe situarse en la praxis política como una teoría práctica y técnica. (2) La teoría debe fortalecerse e identificarse con la audiencia en la que despierta el mayor interés. (3) El objeto de estudio debe ampliarse incluyendo no solo la teoría de la legislación en sentido estricto sino de la regulación jurídica en general, conectando con la investigación en las ciencias que se ocupan del direccionamiento social. (4) La internacionalización del derecho obliga

Gesetzgebungslehre - neu evaluiert / legistics - freshly evaluated (Baden-Baden: Nomos, 2006). El término se encuentra con más frecuencia en los trabajos que presentan la retrospectiva histórica de los contenidos de la disciplina.

(14) Por ejemplo, Theo Öhlinger, *Methodik der Gesetzgebung. Legistische Richtlinien in Theorie und Praxis* (1982)

(15) Con el título “*legisprudence*” se han publicado, por ejemplo, la obra de Luc Wintgens, *Legisprudence. A new theoretical approach to legislation*, (2002); y del mismo autor en condición de editor en el *Legislation on context: Essays in Legisprudence* (2007). Véase asimismo Angelika Siehr, “Symbolic Legislation and the Need for Legislative Jurisprudence: The Example of the Federal Republic of Germany”, *Legisprudence*, Vol. 2, Issue 3, (2008); 271-305. De otra parte, con el título “Legistics (freshly evaluated)” edita Karpen el 2006 en alemán y con traducción al inglés un conjunto de artículos suyos sobre temas de evaluación legislativa. Dale, a su vez, intitula su obra de técnica legislativa “*Legislative Drafting. A new Approach*” (1977). Schneider (2002) nos informa sobre el desarrollo de la teoría de la legislación en EE.UU. mencionando los trabajos de Dickerson: “*Professionalizing Legislative Drafting*” y del mismo autor “*The Fundamentals of Legal Drafting*”. En el Reino Unido, Schneider se remite a los trabajos de David Miers y Alan C. Page “*Legislation*”, de Michael Zender con “*The Law Making Process*”, y de John Bates (1996) conteniendo los informes de las conferencias de la *European Association of Legislation*. Meßerschmidt advierte que en Austria la denominación “*Legistik*” se refiere por lo general y estrictamente a las técnicas de redacción y formulación legislativa, cuyo equivalente en inglés es la denominación “*Legislative Drafting*”; “*Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik - Entwicklungstendenzen der Legisprudenz*”, en *Zeitschrift für das Juristische Studium - ZJS* 3 (2008).

(16) Ulrich Karpen, “*Zum Stand der Gesetzgebungswissenschaft in Deutschland - Zwanzig Jahre Deutsche Gesellschaft für Gesetzgebung (DGG)*”, en *JuristenZeitung*, Vol. 63, Issue 3 (2008); 135-137.

La nueva teoría de la legislación *The New Theory of Legislation*

a pensar en una teoría de la legislación multinacional, donde el papel del método comparativo es de singular importancia” (Traducción del alemán).

De la intensa reflexión en Europa sobre la cantidad y calidad de la legislación, son manifestaciones el aumento creciente de publicaciones especializadas y de informes sobre legislación y efectividad legislativa⁽¹⁷⁾, la fundación de revistas calificadas

de aparición permanente⁽¹⁸⁾, la creación de cátedras en universidades y otras instituciones superiores⁽¹⁹⁾, la demanda social y política uniforme para enfrentar mediante medidas estatales los problemas de la sobre-regulación, la burocratización y la deficiente calidad legislativa⁽²⁰⁾, la formación de consensos entre los miembros de la comunidad jurídica

-
- (17) En relación con la bibliografía especializada sobre teoría legislativa en habla germana, a partir de la década del setenta del siglo pasado y hasta la actualidad, son de mencionar en orden de publicación desde la más antigua para adelante, por ejemplo, los trabajos de Peter Noll, *Gesetzgebungslehre* (Teoría de la legislación), (1973); Jürgen Rüdiger, *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung* (Estudios para una teoría de la legislación), (1976); Boehret (editor - 1980), *Gesetzgebungspraxis und Gesetzgebungslehre - Ein Erfahrungsaustausch über die Verbesserung von Rechtsnormen* (La práctica legislativa y la teoría legislativa - Un intercambio de experiencias en torno al mejoramiento de las normas de derecho) en *Speyerer Forschungsberichte* 13; Herman Hill, *Einführung in die Gesetzgebungslehre* (Introducción a la teoría de la legislación), (1982); Georg Müller, *Elemente einer Rechtssetzungslehre* (Elementos de una teoría de la dación de normas jurídicas. Esta última obra incluye un amplio recuento bibliográfico retrospectivo en las páginas XV al XXII), (1999); Paul Richli, *Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung* (Reglas prácticas de carácter interdisciplinario para el correcto establecimiento de normas jurídicas), (2000); Hans Schneider, *Gesetzgebung: ein Lehr- und Handbuch* (Legislación: un libro de enseñanza y un manual), (2002); Gunnar Folke Schuppert, *Gutachten über Gute Gesetzgebung. Bausteine einer kritischen Gesetzgebungslehre* (Dictámenes sobre la buena legislación. Componentes de una teoría legislativa crítica), (2003); Peter Blum, *Wege zu besserer Gesetzgebung* (Los caminos hacia una mejor legislación), (2004).
- (18) En cuanto a las revistas sobre teoría de la legislación, son de mencionar en Alemania la *Zeitschrift für Gesetzgebung - ZG* (Revista de legislación) que aparece desde 1986. Esta revista se publica en cuatro ediciones anuales hasta la actualidad. En Alemania, se edita, asimismo, la serie *Beiträge zum Parlamentsrecht* (Contribuciones al derecho parlamentario) que lleva más de sesenta publicaciones. En Suiza sale a la luz desde 1990 tres veces al año la revista *LeGes - Gesetzgebung & Evaluation* (Leges - Legislación y Evaluación). En Inglaterra, se publica la Revista *Statute Law Review* desde 1980 y desde el 2007 (ambas en Oxford) la revista *Legisprudence* (cuyo título es desde el 2013: *The Theory and Practice of Legislation*). Las dos revistas aparecen en ediciones cuatrimestrales.
- (19) En cuanto a las cátedras universitarias, véase Sigrid Emmenegger, *Gesetzgebungskunst*, 2. Durante los primeros años de este siglo, se crearon las cátedras de Teoría de la Legislación en algunas instituciones universitarias de los países de habla alemana, como por ejemplo, en las ciudades de Mainz y Speyer en Alemania y Zürich y Lucerna en Suiza. También en Hamburgo se ofrecen permanentemente cursos de teoría legislativa. En la Universidad Libre de Berlín, se dicta el curso “Normsetzung” (dación de normas) en el que se tratan diversos aspectos de contenido y procedimiento de la dación de normas legales en todos los niveles gubernativos, así como temas vinculados a la naturaleza de la legislación y a la persona del legislador. Mención destacada merece la *Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer* (Escuela Superior Alemana de Ciencias de la Administración - Speyer), institución académica alemana que desde la década del setenta se ha dedicado de manera sostenida a la investigación, desarrollo y difusión de las técnicas de evaluación de los efectos de la legalidad, a la publicación especializada de libros y revistas, así como a la formación de administrativistas. El instituto en Speyer colaboró muy intensamente con el gobierno alemán en la modernización de la legislación y en la implementación de la denominada GFA (*Gesetzesfolgenabschätzung* - Evaluación de efectos legales), un conjunto de métodos y herramientas para la evaluación de los impactos de las leyes que es ampliamente conocido dentro y fuera de Alemania. Otros institutos de investigaciones legislativas en centros de enseñanza superior europeos los hallamos en Salzburgo, Génova, Amsterdam, Londres y Edimburgo. Schneider destaca en EE.UU. el trabajo del *Center for Legislative Research* en Washington y las cátedras en las universidades de Harvard y Columbia; *Gesetzgebung: ein Lehr- und Handbuch*, 7. En la Unión Europea, existe desde el 2009 la *European Academy of Law and Legislation*.
- (20) Sobre las medidas públicas implementadas para mejorar la calidad legislativa en Europa, véase el cuadro resumen elaborado por el Consejo Nacional de Control de Normas alemán (*Nationaler Normenkontrollrat* - NKR) comprendiendo un listado de las políticas de desburocratización, de mejoramiento de la actividad reguladora, así como de la institucionalización de unidades



Félix Arias-Schreiber y Antonio Peña Jumpa

sobre la necesidad de atender la problemática de manera especializada⁽²¹⁾, así como la afirmación explícita o implícita (haciendo excepción de los normales cambios de humor entre los juristas) sobre los prometedoros resultados de las investigaciones que se desarrollan para mejorar la actividad del legislador⁽²²⁾.

Sintéticamente expuesto, los asuntos propios de esta nueva disciplina jurídica están relacionados con lo que Meßerschmidt⁽²³⁾ considera preguntas centrales de la teoría de la legislación: por qué y cuándo es necesario que se apruebe una ley, cómo se crean las leyes, qué efectos podrían alcanzarse y cuáles produce realmente, qué tan lejos puede llegar el legislador con su normatividad y cómo deben redactarse las leyes. Aun cuando no hay consenso pleno sobre los temas atribuidos a cada rubro de los que hacen la teoría de la legislación, consideramos que son tres los complejos temáticos principales:

- La promoción de una buena legislación (*Política legislativa*). Entre los temas comprendidos bajo esta denominación, están el concepto de ley, su función social, la definición de los fines concretos de cada norma legal, los tipos de leyes, sus efectos o consecuencias, la efectividad de la ley, los medios de evaluación y su cumplimiento⁽²⁴⁾.

- Los temas problemas del proceso legislativo (*Teoría de la dación de leyes en sentido circunscrito*). Entre los temas comprendidos bajo esta denominación, están los de la legitimación de la actividad del legislador, el impulso legislativo y los procesos sociopolíticos y jurídicos en la elaboración, aprobación, publicidad, evaluación y revisión de las normas jurídicas. Estos aspectos del proceso legislativo son los de mayor tradición en los estudios de la teoría de la legislación.
- Los temas problemas de la técnica legislativa (*Técnica de la dación de leyes*). Entre los temas comprendidos bajo esta denominación, están el de la formulación de las normas, su expresión alternativa en enunciados generales y abstractos o específicos y casuísticos, el cuidado y la conservación de la consistencia sistemática jurídica así como el uso adecuado de remisiones normativas al legislar, el lenguaje jurídico, el orden y modo de organización de las materias

de control y seguimiento. Visítese a tales propósitos la página web oficial de la institución www.normenkontrollrat.bund.de, en el rubro "publicaciones", números 21 al 30: Table I, *Better/Smart Regulation-Institutional Set up in Member States - Policy Approach and Institutional Structures*. Véase, además, la Comisión Europea "Better regulation -simply explained" (2006).

(21) En cuanto a las asociaciones especializadas, véase Mertens, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*; 4. En 1982, se fundaron en sus respectivos países la Sociedad suiza y la Sociedad austriaca de legislación (*Schweizerische Gesellschaft für Gesetzgebung*; *Österreichische Gesellschaft für Gesetzgebungslehre*). En 1987, sucedió lo propio en Alemania (*Deutsche Gesellschaft für Gesetzgebung*). En este país, se otorga incluso un bien dotado "Premio por Buena Legislación" (*Preis für gute Gesetzgebung*). Desde 1962, existe en Italia el *Instituto per la Documentazione e gli Studi Legislativi* (Instituto para la documentación y los estudios legislativos). En 1991, se fundó la Asociación Europea de Legislación (*European Association of Legislation - EAL*), hoy alternativamente denominada Asociación Internacional de Legislación (*International Association of legislation*).

(22) Boehret afirma lo siguiente en relación con las reacciones que ha provocado el deplorable estado de la legislación: "Frente a ello se responde por un lado con resignación: el derecho no puede ser distinto a como es en las actuales condiciones (la sociedad industrial pluralista, el federalismo, la democracia competitiva, el incrementalismo, las intervenciones supranacionales, etcétera). La implementación y ejecución de la normatividad se vuelven cada vez más "críticas"; la administración y los ciudadanos se van acostumbrando poco a poco a la "ignorancia pragmática" de las disposiciones legales" (Traducción del alemán); "Gesetzesfolgenabschätzung: soll sie institutionalisiert werden?", en K. Grupp y M. Ronellenfisch (eds.), *Planung - Recht - Rechtsschutz (Festschrift für W. Blümel)* (Berlín: Duncker und Humblot 1998); 6.

Meßerschmidt sostiene con cierto escepticismo que la cuantiosa tarea legislativa que surgió tras la unificación alemana en 1990 poco podría haber adelantado con ayuda de la "Teoría de la legislación"; en "Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik - Entwicklungstendenzen der Legisprudenz", en *Zeitschrift für das Juristische Studium - ZJS* 3; 224-225.

(23) Meßerschmidt, "Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik - Entwicklungstendenzen der Legisprudenz"; 225.

(24) Sigrid Emmenegger, *Gesetzgebungskunst*; 81-183.

La nueva teoría de la legislación *The New Theory of Legislation*

que dan contenido al texto legal, el tamaño de las leyes así como la exactitud y concisión de la expresión de las normas⁽²⁵⁾. Tan profuso en investigaciones y perspectivas ha sido este campo de la teoría de la legislación que incluso se ha formado modernamente una más novedosa disciplina jurídica aún de mayores alcances en temas de lenguaje y derecho con la denominación en español “Lingüística jurídica”, en inglés “*Forensic linguistics*” o “*Legal linguistics*” y en alemán “*Rechtslinguistik*”⁽²⁶⁾.

5. La vocación interdisciplinaria de la teoría de la legislación y su objeto

La formación jurídica es indispensable para entrar en los terrenos de la especialidad, pero no suficiente. La complejidad del objeto en estudio por la teoría de la legislación obliga al estudiante y profesional del derecho a adoptar una visión interdisciplinaria o al menos a mostrar disposición muy favorable para el intercambio de conocimientos con politólogos, sociólogos, lingüistas, antropólogos, administrativistas, economistas⁽²⁷⁾, incluso ingenieros. Y es que, en la moderna ciencia de la teoría legislativa, el especialista se ocupa tanto del estatuto jurídico del ciclo normativo como de su práctica realización sociopolítica, del lenguaje de la norma y del estudio de sus efectos, entre otros múltiples aspectos. A pesar de todo esto, la “Teoría de la legislación” es parte fundamental de la ciencia del derecho y no de las ciencias políticas o de la sociología en razón de su propio objeto de estudio: la norma legal, el proceso legislativo y los principios y fundamentos jurídicos en que se sostienen los estándares de la creación y efectividad de la normatividad⁽²⁸⁾.

La Teoría de la Legislación es joven fruto de la coyuntura de nuestra época, sobre todo del actual proceso globalizador. Antes de que surja el fenómeno con intensidad inusitada, el jurista se ocupaba fundamentalmente del derecho nacional y de la ley, apenas tímidamente de la creación legislativa y

casi sin excepción aplicando la dogmática jurídica⁽²⁹⁾. La responsabilidad por el estudio de los sucesos previos a la entrada en vigencia de una norma era fundamentalmente asumida por politólogos, entrando en la agenda de la ciencia que estos profesan. Cuando la globalización pone en el banquillo de los acusados a la legislación con los cargos de abundante, irracionalmente burocrática, cara y desalentadora para la competitividad económica y el libre desenvolvimiento de la personalidad, entonces políticos y abogados (de hecho, los protagonistas del proceso legislativo) se sienten frontalmente aludidos aunque ninguno del todo responsable.

En este contexto, no basta ya que el jurista mire con timidez los entretelones previos a la ley y se interese por su estudio recién desde que ésta aparece publicada en el diario oficial. La sociedad le exige mucho más. El politólogo se encuentra además desbordado por la complejidad de la problemática, para cuyo estudio y entendimiento se requiere adiestrada aptitud interdisciplinaria. Para consuelo de ambos, la globalización no solo conmueve los fundamentos, el objeto y método del derecho y de la ciencia política, sino de las ciencias en general. La clasificación bipartita del conocimiento en ciencias humanas y de la naturaleza, así como la atención especializada de los objetos de estudio en forma profunda y vertical con alcance nacional, caen en justa sospecha de efectividad.

La técnica, los conflictos sociales, jurídicos, culturales y políticos, el tráfico de bienes,

(25) Sigrid Emmenegger, *Gesetzgebungskunst*, 184-228.

(26) Véase Heikki (2013); 6-21 y Cottérril (2002; XV-XVII).

(27) Véase Karpen (1995); 8 y Morand (1988); 24-25.

(28) Véase Charles-Albert Morand, “Die Erfordernisse der Gesetzgebungsmethodik und des Verfassungsrechts auf die Gestaltung der Rechtsvorschriften”, en Dieter Grimm y Werner Maihofer (eds.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik - Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (Opladen: Westdeutscher Verlag GmbH, 1988); 24-25.

(29) Excepciones son la sociología del derecho, la antropología del derecho, la filosofía del derecho, la historia del derecho y si se quiere mencionar una disciplina con enfoque más moderno: el análisis económico del derecho.



Félix Arias-Schreiber y Antonio Peña Jumpa

personas, virus, bacterias y humores se han mundializado y multifactorializado (si se nos disculpa el neologismo), desdibujando los límites de objeto y método que habían sido trazados por la práctica científica tradicional. La demanda por estudios interdisciplinarios, transdisciplinarios, multidisciplinarios o transversales es creciente. Así lo exige la circunstancia de nuestra época caracterizada por la dispersión extendida y entrelazada de las relaciones y sucesos. Si antes el filósofo, mal que bien, asumió la tarea de elevar el conocimiento de lo particular a lo general, hoy en cambio, bajo sospecha de abstracción, radicalismo crítico y de dejar más preguntas formuladas que respuestas, se encuentra de hecho distanciado del rol aglutinador que demanda la sociedad. También los especialistas están abrumados por la complejidad de la tarea. El océano de conocimientos y de información a procesar exige el concurso de varios expertos al unísono.

Hoy más que nunca, la ciencia no tiene más alternativa que pensar y hablar en concierto. No hay, sin embargo, a nuestro juicio todavía claridad suficiente sobre la urgencia y las proyecciones del trabajo interdisciplinario. Domina la impresión de que este surge espontáneamente, a sola fuerza de voluntad. Siéntese, empero, lado a lado a un politólogo, economista, abogado, sociólogo, antropólogo, sicólogo o lingüista (todos científicos humanistas para no complicar el foro) y la torre de Babel pasará al anecdotario. El trabajo interdisciplinario requiere también método, técnicas, prácticas, lo que se traduce en la exigencia de ciencia. ¿Dónde se adquiere este conocimiento? ¿Dónde nos formamos para el trabajo interdisciplinario? ¿Dónde se brindan cursos y desarrollan destrezas sobre los principios y técnicas que lo sustentan? La sociedad actual está aún lejos de hacer este tipo de ofertas en forma suficiente e incluso pareciera (insistimos) no haber conciencia de la seriedad del asunto. Por reacción y exigencia social, los académicos trabajan juntos “interdisciplinariamente” (más bien “paradisciplinariamente”).

Se extraña, entre ellos, un método integrador. Otros empiezan por sí mismos a interesarse en temas que les eran hasta hace poco en principio ajenos.

Para la labor legislativa, el abogado se interna a voluntad, juicio y dedicación en los terrenos de la ciencia política, de la literatura, del lenguaje, de la psicología, de la sociología, de la informática, etcétera. El emprendimiento es loable y atendible, pero las circunstancias exigen más que superhombres o talentos holísticos. La solución no puede ser otra que el esfuerzo interdisciplinario práctico, serio, permanente, sistemático, efectivo, guiado por la formación y no por la inspiración o intuición voluntariosas. La Teoría de la Legislación se ha hecho del cometido (quizá sin saberlo) en lo que le es propio: la política legislativa, el proceso legislativo, la técnica legislativa. Su método no será tan solo (no lo es, de hecho) el de la dogmática jurídica, sino el interdisciplinario. Como no hay aún una técnica interdisciplinaria sistemáticamente expuesta e integral a disposición del teórico de la legislación, no le queda más camino que andar él mismo los campos de la sociología, politología, economía, de la comunicación, o llevado por la intuición, entenderse con sus pares expertos en esos contenidos. Resumidamente expuesto, el objeto de la nueva disciplina de la teoría de la legislación es el ciclo legislativo en su extensión más amplia, y su método (digámoslo así meramente) supera el de la dogmática jurídica⁽³⁰⁾ y se extiende al de las ciencias humanas en general.

(30) Véase Siehr, “Symbolic Legislation and the Need for Legislative Jurisprudence: The Example of the Federal Republic of Germany”; 279-283. La autora aborda el tema de la “buena legislación” como objeto del derecho y de la ciencia política. Su análisis se concentra en la experiencia alemana enfatizando en todo caso que sus conclusiones son válidas para todos los ordenamientos legales del sistema romano germánico. Siehr compara la experiencia del derecho continental europeo con la de los EE.UU. y de los otros países del common law concentrándose en la legislación simbólica y la “irracional” (“*if the legislator has a normative claim but is not willing - or is unable - to take responsibility for its effectiveness*”). La tesis de Siehr es en lo fundamental que el sistema romano germánico, a diferencia del anglosajón, distingue muy estrictamente en el proceso legislativo los aspectos políticos de los jurídicos.

6. Los temas específicos de la nueva teoría de la legislación

Temas en la agenda curricular de la teoría de la legislación no atribuidos aún a alguno de sus ámbitos más característicos (de la política, el proceso o la técnica legislativas) son, por ejemplo, el de los grupos de interés y de lobistas, la formulación de las proposiciones legislativas por tercerización, el fenómeno de la exportación/importación de normas jurídicas, los modos de acceso y participación de los destinatarios de la norma en el proceso legislativo mediante el uso de tecnologías convencionales o informáticas⁽³¹⁾. Otra materia “canónica” de la nueva y joven disciplina jurídica es el de la efectividad legislativa, lo que incluye la definición (sociojurídica) de los factores que la condicionan y los modelos explicativos, la definición de los estándares de calidad legislativa, el estudio, desarrollo e institucionalización de las técnicas de evaluación ex ante y posterior de impacto legislativo, la identificación y análisis de los efectos esperados y no deseados de la normatividad, la determinación de la necesidad de la dación de una norma o de la intervención regulatoria, el reconocimiento sistemático de las alternativas a la regulación, el análisis de cumplimiento y comprensión de las normas legales, su sistematicidad, practicabilidad, ejecutabilidad y legitimidad, el reporte amplio de las consecuencias socioeconómicas de las normas y su impacto en el propio ordenamiento jurídico⁽³²⁾.

7. Conclusiones

Una nueva disciplina con la denominación en español Teoría de la Legislación ha venido afirmándose con mérito propio en los terrenos de la ciencia jurídica en los últimos años a nivel internacional. Su método tiene pretensiones interdisciplinarias y su objeto es el ciclo legislativo entendido extensamente en su realización sociojurídica o humanístico jurídica. La multiplicidad de los temas que la hacen muy pertinentes para la labor del parlamento nacional y la importancia actual de los mismos justifican plenamente la especialización que, a su vez, es interdisciplinaria. El Congreso de la República, en trabajo conjunto con las universidades, puede no solo ser beneficiario de los resultados de la investigación que ofrece

esta especialización, sino además constituirse en cogestor de su afianzamiento en el ámbito académico nacional.

8. Bibliografía

- Félix Arias-Schreiber, Luis Valdivieso y Antonio Peña, *Balance y perspectivas de la aplicación del Análisis-costo-beneficio ACB en los proyectos de ley del Congreso de la República del Perú* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014).
- Peter Blum, *Wege zu besserer Gesetzgebung - sachverständige Beratung, Begründung, Folgeabschätzung und Wirkungskontrolle - Gutachten I zum 65. Deutschen Juristentag in Bonn* (München: C.H. Beck, 2004).
- C. Boehret, P. Fricke, W. Hugger, *Gesetzgebungspraxis und Gesetzgebungslehre - Ein Erfahrungsaustausch über die Verbesserung von Rechtsnormen - Speyerer Forschungsberichte N. 13*. (Speyer: Hochschule fuer Verwaltungswissenschaften, 1980).
- C. Boehret, “Gesetzesfolgenabschätzung: soll sie institutionalisiert werden?”, en K. Grupp y M. Ronellenfisch (eds.), *Planung – Recht – Rechtsschutz (Festschrift für W. Blümel)* (Berlín: Duncker und Humblot 1998); 51-65.
- Janet Cottteril (ed.), *Language in the Legal Process* (New York: Palgrave Macmillan Ltd, 2002)
- Sigrid Emmenegger, *Gesetzgebungskunst* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2006)
- Dieter Grimm, “Vorwort”, en Dieter Grimm y Werner W. Maihofer (eds.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik - Jahrbuch für Rechtssoziologie und*

(31) Véase Meßerschmidt, “Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik - Entwicklungstendenzen der Legisprudenz”; 225, 226 y 231.

(32) Véase Meßerschmidt, “Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik - Entwicklungstendenzen der Legisprudenz”; 226-228.



Félix Arias-Schreiber y Antonio Peña Jumpa

- Rechtstheorie* (Opladen: Westdeutscher Verlag GmbH, 1988); 9-10.
- Heikki Mattila, *Comparative Legal Linguistics* (Burlington: Ashgate, 2013).
 - Herman Hill, *Einführung in die Gesetzgebungslehre* (Heidelberg: Müller, 1982).
 - Werner Hugger, *Gesetze - Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung* (Baden Baden - Nomos, 1983).
 - Ulrich Karpen, *The European Association of Legislation. Statutes, Texts, Materials* (Hamburg, 1995)
 - Ulrich Karpen, *Gesetzgebungslehre - neu evaluiert / legistics - freshly evaluated* (Baden-Baden: Nomos, 2006).
 - Ulrich Karpen, "Zum Stand der Gesetzgebungswissenschaft in Deutschland - Zwanzig Jahre Deutsche Gesellschaft für Gesetzgebung (DGG)", en *JuristenZeitung*, Vol. 63, Issue 3, (2008); 135-137.
 - Vladimir Kubeš, *Theorie der Gesetzgebung: Materiale und formale Bestimmungsgründe der Gesetzgebung in Geschichte und Gegenwart* (Wien - New York: Springer, 1987)
 - Bernd Mertens, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2004)
 - Klaus Meßerschmidt, "Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik - Entwicklungstendenzen der Legisprudenz", en *Zeitschrift für das Juristische Studium - ZJS* 3 (2008); 224-232.
 - Thomas Metzinger, "Der Ego-Tunnel. Eine neue Philosophie des Selbst: Von der Hirnforschung zur Bewusstseinsethik" (Berlin: Berlin Verlag, 2009).
 - Charles-Albert Morand, "Die Erfordernisse der Gesetzgebungsmethodik und des Verfassungsrechts auf die Gestaltung der Rechtsvorschriften", en Dieter Grimm y Werner Maihofer (eds.), *Gesetzgebungstheorie und*
- Rechtspolitik - Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (Opladen: Westdeutscher Verlag GmbH, 1988); 11-29.
- Georg Müller, *Elemente einer Rechtssetzungslehre* (Zürich: Schulthess, 2006).
 - Peter Noll, *Gesetzgebungslehre* (Hamburg: Westdeutscher Verlag GmbH, 1973).
 - Thomas Raiser, *Rechtssoziologie* (Frankfurt am Main: Metzner, 1987)
 - Paul Richli, *Welche Aufgaben soll der Staat erfüllen?: Ein Beitrag zur Rechtssetzungslehre im Anschluss an die Politische Philosophie*, (Bern: Stämpfli, 2009).
 - Hubert Rottleuthner, *Einführung in die Rechtssoziologie* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1987).
 - Hubert Rottleuthner y Margret Rottleuthner, "Recht und Kausalität", en Michelle Cottier, Josef Estermann y Michael Wrase (eds.), en *Wie wirkt Recht?* (Baden - Baden: Nomos, 2010); 17-41.
 - San Isidoro de Sevilla, *Etimologías*, Tomo I (libros I - X), edición bilingüe (Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1994).
 - Heinz Schäffer, *Theorie der Rechtsetzung* (Wien: Manz, 1988).
 - Hans Schneider, *Gesetzgebung: ein Lehr- und Handbuch* (Heidelberg: C.F. Müller, 2012)
 - Angelika Siehr, "Symbolic Legislation and the Need for Legislative Jurisprudence: The Example of the Federal Republic of Germany", en *Legisprudence* 2 (3), (2008); 271-305.
 - Jirky Tala, "Better Regulation Through Programs and Quality Standards-Are New Perspectives Needed?", en *Legisprudence* 4 (2), (2010); 193-212.
 - Sylvia Veit, "Versachlichung gesetzgeberischer Entscheidungen durch Folgenanalyse?", *Der Moderne Staat - Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management* 1 (2008); 73-98.
 - Luc Wintgens, *Legisprudence - A New Theoretical Approach to Legislation* (Oxford - Portland - Oregon: Hart Publishing, 2002).
 - Luc Wintgens, *Legislation in context: Essays in Legisprudence* (Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2007). 