

**NOMOLOGÍA Y NOMOGRAFÍA SOBRE LA CALIDAD DE
LAS NORMAS JURÍDICAS**

AUTOR: Laureano Gómez Serrano
FECHA DE RECEPCION: Mayo de 2009.
DIRECCIÓN: lgomezse@unab.edu.co

RESUMEN: Este artículo presenta, la segunda parte del trabajo de investigación, que el autor realiza sobre las Fuentes del Derecho colombiano y tiene como destinatarios inmediatos los estudiantes de la Maestría en Derecho de Familia de la Universidad Autónoma de Bucaramanga

PALABRAS CLAVE: Nomología Jurídica, Nomografía, Hermenéutica Jurídica, Calidad y Diversidad de la Norma.

ABSTRACT: This article presents the second part of the investigation that the author realizes about the sources of the Colombian law and has like immediate recipients the students of Maestry in Family Law at the Universidad Autónoma de Bucaramanga.

Key words: Juridical nomology, nomography, quality and diversity of the norm.

Nomología y nomografía

Sobre la calidad de las Normas Jurídicas

Laureano Gómez Serrano¹

*“Cuanto más turbulentas sean las aguas, más provechosa será la pesca...”*²

1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA³

La preocupación actual sobre el tema de la calidad de la norma jurídica se desprende, en gran medida, de un cambio de estilo en la forma de hacer las leyes; ya no rige de manera absoluta el modelo del siglo XIX a la hora de hacer la norma, cuando bastaba rendir culto a la omnipotencia del legislador.

Ahora se utiliza un enfoque comparativo, el cual se nutre de la hermenéutica jurídica, la sociología, la antología y la historia, tanto para los efectos de la construcción, la intelección, la aplicación y su ejecución⁴, que ponen de presente la necesidad de evaluar permanentemente, no sólo los problemas de la proliferación de normas, sino de su coherencia, armonía y eficacia.

¹ El autor agradece a Ana María Gómez García su esencial contribución a la redacción de este artículo, así como al trabajo de traducción del idioma francés al español. La corrección de estilo del idioma español ha sido realizada por el profesor Heriberto Sánchez Bayona.

² BENTHAM, Jeremy; *Tratados de legislación civil y penal*; Valleta ediciones, Buenos Aires, 2005, página 27.

³ En este artículo se plantean, profundizan y explican, los temas abordados en el Coloquio denominado ALREDEDOR DE LA CALIDAD DE LAS NORMAS (AUTOUR DE LA QUALITÉ DES NORMES) celebrado en la ciudad de Aix en Provence (FRANCIA) los días 24 y 25 de octubre, de 2008, organizado por el Grupo de estudios de la investigación sobre la justicia constitucional (GERJC-Institut Louis Favoreu), al cual el profesor Gómez Serrano tuvo la oportunidad de asistir en representación de la UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA.

⁴ GENEVOIS, Bruno, *Presidente de Sección del Consejo de Estado de Francia*; y PFERSMANN, Otto; *Qué es la calidad de una norma*; profesor de la Universidad de París I. Coloquio AUTOUR DE LA QUALITÉ DES NORMES.

Plantear el problema de la calidad de la norma⁵, implica poner de presente cuáles son las cualidades⁶, esto es, las características, que debe reunir la norma jurídica para lograr el objeto inherente a su naturaleza, esto es, regular la conducta humana, conforme a los fines del Estado.

Aristóteles enseña en su *Metafísica* que la **cualidad** es la diferencia que distingue la esencia, y que son los atributos de las sustancias en movimiento⁷; y en *Organón* dice: **“Llamo cualidad a aquello que nos obliga a decir de los seres, que son de cierto modo.”**⁸

Por su parte, HEGEL refiere la **“Cualidad”** como una determinación de la existencia, con un doble aspecto, como realidad y como negación: **“por medio de la cualidad algo está frente a un otro, es mudable y finito, determinado no sólo contra otro, sino en sí mismo francamente de manera negativa...”**⁹; y agrega, **“El ser determinado es el ser con un carácter dado, que es inmediato, o sea, es simplemente la cualidad.”**¹⁰

La reflexión en torno a la **“calidad”** de la norma, o sobre sus **“cualidades”**, no es una tarea sólo de los analistas jurídicos, sino que es una labor que primordialmente debe ser asumida por los cuerpos legislativos y los órganos gubernamentales encargados de proponer e impulsar los proyectos de legislación; no obstante, ha sido desde la academia, desde donde progresivamente se han desarrollado los trabajos que ponen de presente el progresivo deterioro de la normatividad, y la desidia e improvisación con la cual los órganos legislativo y ejecutivo, realizan la función normativa.

Así mismo vale la pena destacar la creciente atención que en Europa se otorga al tema, por parte de los estamentos encargados de generar el *corpus* legislativo, como acontece, por vía de ejemplo, en el estado francés, que es un Estado intervencionista, que procura y realiza la regulación de múltiples acciones individuales, incluso mediante decreto.

Al abordar el tema de la calidad de las normas jurídicas, es necesario también, precisar el concepto de **“norma jurídica”**, distinguiendo en sentido lato, como tales, aquellos mandatos que ordenan la conducta y que obtienen un **“consensus”** de la comunidad jurídica, de las **“normas jurídicas”** en sentido técnico, que son los

⁵ *Calidad* (del latín *qualitas, -atis*) Propiedad o conjunto de propiedades inherentes a una cosa, que permiten apreciarla como igual, mejor o peor que las restantes de su especie.” *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española; Madrid, 1970.

⁶ *Cualidad* (del latín *qualitas, -atis*) “Cada una de las circunstancias o caracteres, naturales o adquiridos, que distinguen a las personas o cosas; manera de ser de una persona o cosa.”

⁷ ARISTÓTELES; *Metafísica*, Libro Quinto, XIV, *Cualidad*; Espasa Calpe, Madrid, 1990, página 152.

⁸ ARISTÓTELES; *Tratados de Lógica - Organón*; Categorías, capítulo 8, ss 1; Editorial Porrúa, México, 2008, página 46.

⁹ HEGEL, Guillermo Federico; *Ciencia de la Lógica*; editorial Solar, Buenos Aires, 1968, página 99.

¹⁰ HEGEL, Guillermo Federico; *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, ss 90; Editorial Porrúa, Buenos Aires, 1985, página 58.

mandatos que ordenan conductas, y que provienen de determinados órganos e instituciones del Estado; unos y otros, deben obedecer a ciertos criterios y parámetros de calidad que permitan su correcta aplicación y garanticen su eficacia en la obtención de los fines para los cuales son emitidas.

Ello presupone que la legislación, y en especial la que se realiza en codificaciones, se presente por medio de instrumentos técnicamente estructurados, soportados en un lenguaje que pueda ser entendido por los juristas y por el resto de ciudadanos; las normas y sus codificaciones, por tanto, no sólo deben ser formuladas de una manera universal, e inteligible por sus destinatarios, sino que también deben actualizarse, para dar satisfacción a las necesidades de la evolución y a la transformación de las conductas de los asociados y de las instituciones jurídicas.¹¹

2.- ALGUNOS ENFOQUES DESDE LA SOCIOLOGÍA POLÍTICA

Para la sociología política existe una ecuación entre norma social y norma jurídica, ya que la norma social siempre está detrás de la norma jurídica; la norma jurídica es una garantía de la norma social pues la norma jurídica, todas las veces, corresponde a una norma social; la norma jurídica es un reflejo de la diversidad de la norma social, la norma social es el reflejo de los deseos de una parte de la sociedad. A veces la norma jurídica se encuentra en oposición a la norma social, y es aquí cuando aparece el problema de la legitimidad.

Al efecto debe tenerse en cuenta que la sociedad actual presenta un alto grado de **"jurisdización"**, la sociedad moderna cree que la ley jurídica es superior a la ley social y de este hecho viene su legitimación; así, las reglas del derecho son legitimadas por el hecho de ser ostentadas por el grupo dominante; sin embargo, constituye postulado de Perogrullo el que la ley debe ser adaptada a los contextos sociales; ella debe ser la respuesta a las necesidades de la sociedad.

Para la disciplina conocida como **"Ciencia política"**, que ha sido desarrollada en los últimos treinta años, hablar de **"calidad"** constituye un problema, porque la **"calidad"** es un término de valor y eso es problemático a la hora de pretender hacer ciencia; la ciencia no se basa en juicios de valor, por eso desde la perspectiva de la llamada **"Ciencia política"**, cuando se trabaja sobre las normas, se hace con un enfoque que es diferente al enfoque jurídico, ya que el sujeto se aproxima a la norma desde la perspectiva de la investigación analítica; la **"Ciencia política"**, como lo asevera Natalie Dompnier¹², no se pregunta por la **"calidad"** de una norma, sino por su legitimidad, y por los actores que la legitiman.

11 De BÉCHILLON, Denys; Los estándares de la calidad de las normas; profesor Universidad de Pau; Coloquio AUTOUR DE LA QUALITÉ DES NORMES.

12 DOMPNIER, Dominique; Aproximación desde la sociología política; profesora de la Universidad Lumière, Lyon II; Coloquio AUTOUR DE LA QUALITÉ DES NORMES.

Desde la perspectiva de la **"Ciencia política"** las normas no son evaluadas por su **"calidad"** sino por su legitimidad y función; detrás de las normas está siempre un problema político que se remonta a quienes hacen las normas y ostentan el poder político en una sociedad determinada.

Así mismo, el profesor Phillippe, basándose en casos empíricos, objeto de investigación en España, Portugal y Canadá, asevera que aún cuando actualmente existe un movimiento en procura del control de la calidad de la ley, en todo caso, éste es difícil de aplicar; las normas existentes para determinar cómo se hacen las normas, en general, se caracterizan por ser débiles y, hasta cierto punto, vagas.¹³

Cuidar la calidad de la norma es un mandato devenido del principio de seguridad jurídica; no obstante, a pesar de ser una cuestión fundamental, es difícil que los jueces realicen el control de su **"calidad"**; sin lugar a dudas la respuesta está ligada a la débil penalidad que existe por elaborar una ley de mala calidad¹⁴. Por tanto, cuando se habla de calidad de norma debe tenerse en cuenta el entorno y los medios materiales para que efectivamente puedan existir los controles de **"calidad"**.

En el contexto francés, la cuestión de la calidad de la norma, en especial a partir de los años noventa del Siglo XX, se ha convertido en un asunto objeto de atención e importancia política y mediática; tanto el Senado de la República Francesa, como el Consejo de Estado, reiteradamente han puesto su mira en las formas y en los contenidos de la producción normativa.

3.- LA CALIDAD Y LA DIVERSIDAD DE LA NORMA

La calidad de la norma es un asunto esencial para su correcta aplicación, para su eficacia; cumplir con los parámetros y características universales de las exigencias de calidad, son los presupuestos de ciertas normas paradigmáticas, que les han permitido proyectarse en el tiempo, superar las mutaciones de las instituciones y sus normas, tal es el caso de los Códigos de Napoleón, especialmente el *Code* de 1804, y del Código Civil alemán.

En general, se reconoce que las normas recientes, en comparación con los paradigmas legislativos antiguos, se caracterizan por una degradación, que se manifiesta en tres aspectos:

la accesibilidad, la complejidad y la coherencia.

También es preciso tener en cuenta que el problema de la degradación de la norma no sólo no es de simple solución, sino que afecta al sistema jurídico francés, y se

13 PHILIPPE, Xavier. Normas legislativas, normas comunitarias y normas reglamentarias; profesor de la universidad Paul Cézanne; Coloquio AUTOUR DE LA QUALITÉ DES NORMES.

14 PHILIPPE, Xavier; quien refiere que en Francia por ejemplo, recientemente, solo hay cinco casos de invalidez de normas, por motivos de calidad. Coloquio AUTOUR DE LA QUALITÉ DES NORMES.

extiende a todo el sistema normativo comunitario europeo, como lo señaló en 1999 la Corte Europea; y que, en general, es un problema común a todo el sistema del derecho civil europeo y latinoamericano.

La necesidad de poner en el orden del día la salvaguardia de la calidad de la norma, se hace palpable cuando en su producción se involucra al llamado constituyente primario, devenido en legislador, mediante el mecanismo de los **"referéndum"**, lo cual cada vez es más frecuente, como es el caso de Italia y Portugal, y ahora, se hace común en naciones latinoamericanas, como en el caso de Venezuela y Colombia.

Así, por ejemplo, la Corte Constitucional de Portugal, en 1978, en ejercicio de controles previos sustanciales y formales, relativos a la calidad de la norma, fijó restricciones al alcance de las mismas, antes que estas fueran objeto de votación por parte del pueblo; de la misma manera, aparecen procedimientos similares, como mecanismos de aseguramiento de la calidad de la norma antes de ser votada en **referéndum**, en Suiza y Estados Unidos.

También, el **referéndum** votado en la Nueva Caledonia en 1987, estuvo verificado por su Consejo Constitucional, y en el **referéndum** constitucional europeo, de 2005, fue de igual manera, arbitrado institucionalmente.

En la Comunidad Europea, igualmente se han establecido mecanismos para armonizar las disposiciones emanadas de las potestades legislativas comunitarias, así como también, de normas expedidas por otros órganos comunitarios con capacidad normativa; y de la misma manera, es necesario armonizar las normas comunitarias con las competencias de los órganos legislativos nacionales.

Por consiguiente, en los **"referéndum"** si bien es, efectivamente, el pueblo quien se pronuncia, puede existir un control institucional anterior, para garantizar que ese pronunciamiento sea bien hecho, para que la norma objeto de aprobación, cumpla con los parámetros de calidad necesarios para su eficacia.

Al respecto de los textos constitucionales, es también posible cuestionar, si una Constitución se presenta con un texto de buena calidad, si está bien escrita, mediante un texto conciso y claro, además de los cuestionamientos políticos que usualmente suelen formularse.

Las Constituciones que son actos complejos -a la vez que actos políticos son actos jurídicos- se expresan mediante cláusulas abiertas, ya que ellas no pueden presentar textos cerrados por cuanto inhibirían la acción del legislador, también tienen la necesidad de enunciar sus normas con claridad; así mismo encontramos que, cada vez más, ellas siguen el modelo del texto jurídico normativo, y suelen incluir reglas sobre la competencia, los requisitos y la calidad de la producción normativa.

Tal es el caso de la disposiciones sobre **unidad de materia, de identidad, consecutividad y competencia**, que establece la Constitución Política de Colombia de 1991, con la categoría de Principios, que deben respetarse en la tramitación de los proyectos de Ley, y constituyen en garantía de la calidad de producción la norma .

Así, el mandato contenido en el artículo 158 de la Constitución Política¹⁵, ordena que todo proyecto de Ley debe referirse a una misma materia, y encomienda al Presidente de la Comisión encargada del trámite legislativo, velar por el cumplimiento del precepto; no obstante, en todo caso, el cumplimiento del precepto es objeto de control posterior, por parte de la Corte Constitucional.

En virtud de tal competencia, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la libertad de configuración normativa del legislador se halla sujeta al Principio de **"unidad de materia"**, en procura de la racionalización y tecnificación del proceso normativo, que demanda armonía, conexidad y unidad de propósito o finalidad normativa, y que ésta se rompe,

"cuando existe absoluta falta de conexión o incongruencia causal, temática, sistemática y teleológica entre los distintos aspectos que regula la ley y la materia dominante de la misma" (...) a cuyo efecto, debe determinarse cuál o cuáles son los núcleos temáticos de la ley para inferir si una norma específica tiene vinculación objetiva y razonable con ellos o si por el contrario gravita al interior de la ley, sin vínculos ni ejes de referencia que la articulen de manera armónica y coherente con los ejes materiales desarrollados por el legislador."¹⁶

Así, entonces, en aplicación del principio de **"unidad de materia"**, se proscriben las disposiciones que no guarden relación con la materia regulada por la ley, a efecto de impedir incongruencias temáticas y el surgimiento abrupto y subrepticio de temas extraños al asunto discutido, que pretendan evadir los requisitos y procedimientos demandados por la Carta para el proceso de formación de las leyes; igualmente se demanda que debe existir correspondencia entre el título o denominación de las leyes y su contenido material, conforme lo estipula el precepto del artículo 169 de la Constitución Política.¹⁷

15 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, artículo 158: "Todo proyecto de Ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. El presidente de la respectiva comisión rechazará las iniciativas que no se avengan con este precepto, pero sus decisiones serán apelables ante la misma comisión. La Ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas."

16 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-245 del 16 de marzo de 2004, magistrado ponente Clara Inés Vargas Hernández, C-484, del 11 de junio de 2003, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, y C-886, del 22 de octubre de 2002, con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil.

17 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, artículo 169: "El título de las Leyes deberá corresponder precisamente a su contenido, y a su texto precederá esta fórmula: <El Congreso de Colombia, DECRETA>."

Bajo los principios de **“consecutividad e identidad”**, se demanda el respeto a la secuencia de discusión de los proyectos de ley, y se determina que sólo pueden discutirse los asuntos considerados en los debates precedentes, y que las adiciones y modificaciones que se pretenda introducir, deben guardar relación de conexidad con lo debatido en las etapas anterior del trámite legislativo; se proscriben, por tanto, las enmiendas que lo transformen sustancialmente, trasmutándolo en un texto alternativo.¹⁸

La pregunta sobre si lo que se entiende, actualmente, por calidad de la norma es lo mismo que se entendía en el pasado, sólo tiene respuesta cuando se establece una cronología de las normas y sus controles; se puede afirmar que siempre ha existido una exigencia en cuanto a la calidad de las normas, pero tal vez, lo que es más reciente, es el hecho de cuestionarse, insistentemente, sobre los requerimientos de calidad.

Al cuestionar respecto de la calidad de las normas, se plantea no sólo el problema del procedimiento de su formulación, sino el problema de su eficacia; toda pregunta sobre la calidad debe abarcar tanto la formulación como la eficacia de la norma jurídica.

Es importante que las leyes se construyan bajo el precepto de previsión. Es por eso que la norma se expresa como una fórmula hipotética; sin embargo, ella ha de contener el cimiento de las leyes y sus exigencias, la ley no debe prestarse a discusión, constituye, por tanto, un imperativo que ella sea clara.

En general puede decirse que una norma es de calidad si permite que el mandato del Estado se cumpla de manera eficaz, por ello se estipula que los ciudadanos no deben tener la libertad de interpretar la norma, porque eso da pie a ambigüedades; en consecuencia, la facultad de interpretación de las normas se defiende a un órgano del Estado, al poder judicial.

Así mismo todas las normas deben poder ser aplicadas. Cuando se cuestiona sobre qué se entiende por calidad de las normas, esa pregunta remite, necesariamente, a sus contenidos, esto es, a la accesibilidad de la norma, la claridad, la simplicidad, la coherencia y la estabilidad.

4 - LA EXCELENCIA DEL LEGISLADOR

Antes, cuando se consideraba que el redactor de la ley estaba determinado por Dios, la ley venía de Dios, y el rey era el sujeto natural para ostentar la potestad legislativa; posteriormente, en el Medioevo, la legislación se refundía entre lo sacro

18 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 1092, del 19 de noviembre de 2003, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.

y lo consuetudinario, el Príncipe no creaba el derecho, sino que aplicaba las costumbres, surgidas espontáneamente del seno de la sociedad. Ahora, en el mundo moderno, la capacidad de legislar es un monopolio del Estado.

Si con Bodino la capacidad legislativa se defería al Príncipe por ostentar la soberanía, y en ejercicio de ella podía **“dar las leyes a todos en general, y a cada uno en particular”**¹⁹, para Baruch Spinoza la ley era una cuestión necesaria para la sociedad, una relación necesaria derivada de la naturaleza de las cosas, ya que era la forma de meter en cintura la pasión humana individual. Thomas Hobbes fue aún más lejos, afirmó la necesidad de crear un Estado basado en la racionalidad de la ley, que se expresaba como mandato del soberano, en su decir **“la ley es el mandato del legislador, y este mandato es la voluntad del soberano.”**²⁰

Tanto Spinoza como Hobbes exaltaron la ley como único medio de asegurar la posibilidad de vivir en sociedad, al sojuzgar la pasión individual; a partir de ellos la legislación se desprende de la arbitrariedad y de la tradición, se transforma en un producto de la razón, dirigida bajo el modelo cartesiano, es decir por el **“more geométrico”**.

John Locke, heredero de las ideas contractualistas hobbesianas, en su *Tratado sobre el gobierno civil*, publicado en 1690, propugna por un gobierno que mediante leyes estables otorgue seguridad a la vida, la libertad y la propiedad de los ciudadanos, a cuyo efecto señala: **“la autoridad legislativa no tiene potestad para obrar en virtud de decretos arbitrarios hechos súbitamente, y está obligada a dispensar la justicia y a decidir sobre los derechos de los gobernados, por leyes publicadas y establecidas, y por jueces conocidos y autorizados.”**²¹

El poder de hacer las leyes, para Locke, es indelegable, sólo corresponde al poder legislativo, y se halla sujeto a límites y restricciones, a saber: la primera, que las leyes deben estar establecidas y publicadas, con carácter general y de estabilidad; la segunda, que las leyes deben estar dirigidas al bien público; la tercera, que las leyes que establezcan contribuciones requieren el consentimiento del pueblo.

Montesquieu y Rousseau abordaron el problema de la ley de diversa manera; mientras Montesquieu reparó en el **“espíritu”**, en el sentido de que la ley se hallaba ligada al desarrollo de fenómenos y leyes sociales que son a la vez que guía, límites a la actividad del legislador; Rousseau, por su parte, se concentró en el acto de conocimiento.²²

El barón de la Brède, en su célebre obra de 1748, plantea que **“las leyes, en su significación más extensa, no son más que las relaciones naturales derivadas**

19 BODINO, Jean; Los seis libros de la República; Editorial Aguilar, Madrid, 1996, página 167.

20 HOBBS, Thomas; Del Ciudadano; Instituto de Estudios Políticos, Caracas, 1966, página 224.

21 LOCKE, John; Tratado del gobierno civil, Editorial Claridad, Buenos Aires, 2005, página 103.

22 THOLOZAN, Oliver; La excelencia del legislador en la historia del pensamiento político y jurídico después del siglo XVIII; profesor Universidad Paul Cézanne, Aix en Provence; Coloquio AUTOUR DE LA QUALITE DES NORMES.

de la naturaleza de las cosas²³, esto es, que expresan relaciones existentes entre los diferentes seres; igualmente determina los parámetros cualitativos para las normas jurídicas, a cuyo efecto señaló que en los diversos Estados, las leyes debían ser adecuadas a su *naturaleza*, es decir, a eso que las constituye, y a su *principio*, es decir, a lo que las sostiene y las hace obrar.

Así, entonces, en lo que respecta a la *naturaleza*, las leyes del régimen de democracia se basan en el hecho de que el pueblo ostenta la soberanía, y, por ende, todos los individuos, incluso los magistrados, han de someterse al imperio de las leyes.

En cuanto al *principio*, en el gobierno democrático las leyes se rigen por el principio de igualdad, entendiéndolo ésta como el equilibrio de derecho y deberes que permite el acatamiento y observancia de las leyes por todos los ciudadanos, así como por el principio de la austeridad, que impone al Estado una restricción en la exacción de tributos, que no pueden sobrepasar lo necesario para el sostenimiento de sus instituciones.

La preservación de estos principios, garantiza la seguridad jurídica y la estabilidad del sistema, y deben regir la manera de componer las leyes que han de presentarse en un estilo **“simple y grave”**, guiadas por la virtud, sin tener que presentar razones, porque el motivo se supone que existe en el espíritu del legislador; **“pero cuando ellas están motivadas, deben serlo sobre principios evidentes: no deben parecerse a esa ley que, prohibiendo a los ciegos pleitear, aduce como razón que no pueden ver los ornamentos del tribunal.”**²⁴

Para Montesquieu, existen una leyes naturales, o de la naturaleza, derivadas de la constitución del ser humano, previas a la existencia social y otras, las leyes positivas, expresión de la razón humana, adecuadas a las condiciones del pueblo para el cual se hacen, que deben estar en armonía con su origen, con el objeto del legislador, y unas respecto a otras, que es lo que, en su decir, constituye el **“Espíritu de las Leyes”**.²⁵

Para este efecto, el legislador debe estar siempre inspirado por la moderación, sus leyes deben ser congruentes, bien compuestas, tener sus objetivos claros, los motivos precisos y tener un fundamento cierto; si bien se demanda estabilidad en las leyes, estas pueden corregirse a sí mismas, pero en ningún caso debe abolirse una ley buena con el pretexto de perfeccionarla.

Señala igualmente el barón de la Brède, que en la composición de las leyes deben observarse ciertas reglas: **“Los que poseen bastantes luces para poder dar leyes a su nación o a otra, han de tener a las vista ciertas reglas en la manera**

23 MONTESQUIEU, Carlos de Secondat, barón de la Brède; *El Espíritu de las Leyes*; Editorial Claridad, Buenos Aires, 1971, página 49.

24 D'ALEMBERT, Jean le Rond d'Alambert; *Elogio de Montesquieu*; en *El Espíritu de las Leyes*; Editorial Claridad, Buenos Aires, 1971, página 19.

25 Vid. MONTESQUIEU, Op. Cit., página 54.

de formarlas²⁶; así, entonces, recomienda que el estilo debe ser conciso, lacónico y sencillo, privilegiar la expresión directa a la figurada, de tal manera que despierten las mismas ideas en todos, expresando sus mandatos con firmeza y claridad, evitar las sutilezas, y han de tener en cuenta que se dirigen a gentes de entendimiento mediano, esto es, al entendimiento vulgar de un padre de familia, sólo informado del sentido común, que no es experto en el arte de la lógica.

Aconseja preferir la presunciones legales a las de los hombres, ya que **“cuando el juez presume, los fallos son arbitrarios, mientras cuando presume la ley, ella misma da al juez una regla fija”**²⁷; así mismo recomienda no introducir en las leyes excepciones que no sean indispensables; y determina que no conviene contemplar, sin razón suficiente, limitaciones y modificaciones, ya que cuando se quiere dar la razón de una ley, es preciso que ésta sea digna de ella prefiriendo, entre varias, la mejor de ellas.

Contempla Montesquieu una importante regla de economía legislativa, al señalar que las leyes inútiles quitan fuerza a las leyes necesarias, así como que las leyes ineficaces demeritan la fuerza de la legislación **“una ley debe producir su efecto y no debe permitirse que la derogue un convenio particular”**²⁸; igualmente postuló la regla de generalidad de la ley al precisar que las leyes no deben expedirse con protervas intenciones, ni legislar para casos particulares, ya que estas deben proyectarse por encima de las pasiones y de los prejuicios del legislador.

No era ajeno el barón de la Brède a los desvaríos de la legislación, cuando anotaba que en algunos casos las leyes pueden tener efecto distintos a los que tiene en otros, la incompetencia del legislador es tal, que termina dictando leyes contrarias a los fines que persigue, o promulga leyes absolutamente desproporcionadas con el objeto perseguido, o trasplanta de legislaciones exógenas normas que carecen de efectos, o generan efectos indeseados, por no adaptarse al contexto en cual se expiden.

Haber puesto de presente los principios que gobiernan cada sistema de gobierno, monárquico, democrático o despótico, fue un aporte trascendental del barón de Montesquieu para derrocar el despotismo, como lo señaló D'Alembert:

“No puede reprocharse aquí al señor Montesquieu haber señalado a los soberanos los principios del poder arbitrario, cuyo solo nombre es tan odioso a los príncipes justos, y, con mayor razón aún, al ciudadano sabio y virtuoso. Es ya colaborar para abatirlo el hecho de exponer lo que es preciso para conservarlo; la perfección de ese gobierno es la ruina; y el código exacto de la tiranía, tal como el autor lo presenta, es al mismo tiempo la sátira y el látigo más formidable contra los tiranos.”³⁰

26 MONTESQUIEU; Op., Cit., página 578.

27 *Ibidem*, página 580.

28 *Ibidem*, página 581.

29 *Ibidem*, página 585.

30 D'ALEMBERT, Jean le Rond d'Alambert; *Elogio de Montesquieu*; Op. Cit., página 10.

Para Montesquieu el legislador tenía como función elevar el *“espíritu”* de los hombres, por medio de la ley; la meta de la ley era servir de garantía social y ser un instrumento de unificación nacional; la ley aportaba un sentido de uniformidad entre los ciudadanos y por eso debía poder ser entendida por todos, para lo cual debía ser escrita en un estilo conciso y simple. Según Montesquieu, todas las leyes debían tener un efecto, la ley no debía cambiar súbitamente, sino, por el contrario, ser una norma fija.

Jean Jacques Rousseau, consideraba que la fuerza de la ley derivaba de su sabiduría, esto es de la razón y la dignidad humana que inspiraba la voluntad política de las mayorías, reunida en una sola voluntad, la voluntad general; la ley para él siempre es justa por cuanto nadie comete injusticia consigo mismo. Además, la ley siempre se expresa por medio de normas generales, tanto en razón de sus destinatarios, como desde el punto de vista de sus objetos; la ley, por tanto, carece de objetos particulares, en su decir **“Toda función que se refiera a un objeto individual no corresponde al poder legislativo.”**³¹

La ley es un instrumento de la libertad, ahora reconciliada en la obediencia a la voluntad general, concatenando voluntad y consentimiento para garantizar la justicia a través de los dictados de la razón; así, entonces, Rousseau superaba el problema de la natural desobediencia de los hombres a la ley, encontrando que dicha desobediencia, ya no era posible, porque no se sustentaba en un juicio racional.

Establecido que la desobediencia a la ley debía ser un acto de conocimiento y racionalidad, ahora que el derecho debe expresar siempre la voluntad del pueblo, **único legitimado para legislar, no era posible desobedecer, por cuanto es el pueblo legisla para el propio pueblo, gobernando sus pasiones, por medio de la ley.**

Los discípulos de la Ilustración, no sólo plantearon que las leyes debían ser presentadas en forma sistemática que hiciera fácil la comprensión del todo y el seguimiento de las partes, sino, así mismo, la necesidad de derogar o destruir las leyes contradictorias, para poder establecer la leyes realmente vigentes, precisar su vigencia temporal y establecer su revisión periódica; Condorcet señalaba, que **“No basta que las leyes sean claras sino es menester que no se sirvan más que de palabras que tengan un sentido claro y determinado, y siempre que una ley use de otras serán explicadas y definidas con exactitud escrupulosa.”**³²

Condorcet postuló para orientar el arte de legislar, cuatro cánones:

- i) El **“test de necesidad”** de las leyes, que debía realizarse antes de su promulgación, a fin de evitar la proliferación normativa, ya que las leyes inútiles se convierten en perniciosas, como es el caso de las que pretenden regular el comercio, que por esencia debe ser absolutamente libre.

31 ROUSSEAU, Jean Jacques. El Contrato social; editorial Aguilar, Madrid, 1973, página 40.

32 CONDORCET, J.M.; Observaciones de Condorcet sobre el libro XXIX del Espíritu de las Leyes, Imprenta Diario de Córdoba, 1877, página 275.

- ii) El **“test de la justicia”**, que debe cuestionar la justeza de la solución propuesta por la ley, ya que el primer deber del legislador es ser justo y racional.
- iii) El **“test de la utilidad”**, que determina que la ley siempre debe tomar partido por la utilidad pública, ya que el legislador debe procurar la felicidad del pueblo.
- iv) El **“test de racionalidad”**, ya que la ley debe estar racionalmente justificada, y por ello debe ser motivada.

Uno de los protagonistas de la Revolución Francesa, Maximiliano Robespierre, se ocuparía del asunto de la libertad pública, que es lo que explica la naturaleza de la ley revolucionaria; al final, las discusiones sobre la ley que se dieron en el seno de la Revolución, no fueron otra cosa que la necesidad de encontrar un camino para la democracia e instituir un verdadero poder legislativo.

Jean Etienne Marie Portalis, en su *Discurso Preliminar al Código Civil*, el 1 de pluvioso del año IX, presentó los presupuestos hemenéuticos de la codificación, en ellos plantea que las leyes se hacen para los hombres y que por tanto deben adecuarse a los usos, y a las condiciones sociales del pueblo, y que por tal razón se debe ser sobrio en materia de legislación, propugnando por la estabilidad jurídica; por ello señala que no deben dictarse leyes inútiles que debilitan las necesarias y comprometen la certeza de la legislación, en su decir, **“las leyes no son meros actos de poder; son actos de sabiduría, de justicia y de razón.”**³⁴

Portalis postula el principio de generalidad de la ley. Ya que la misión de ésta es fijar a grandes rasgos las **“máximas generales del Derecho”**, establecer los principios sin descender en los detalles de cada materia, por cuanto es tarea de los magistrados y juristas dirigir y realizar su aplicación, teniendo en cuenta la máxima exegética de que **“Cuando la ley es clara, precisa seguirla.”**³⁵

No fue ajeno el jurista de la Provenza a las reticencias de los revolucionarios franceses sobre los juristas, a quienes se les reprochaba haber multiplicado las sutilezas, las compilaciones y los comentarios, para variar el sentido de las leyes, pero, señal de ese riesgo era el precio que debía pagarse por el libérrimo ejercicio de la jurisprudencia, que podía corregirse con la promulgación de la ley para que ellas fueran conocidas antes de entrar en vigor, y por una metódica estructuración de los materiales mediante investigaciones rigurosas, disertaciones fundamentadas, compilaciones, tratados, y codificaciones; al respecto dijo: **“Hay una ciencia para los legisladores, como hay otra para los magistrados; y la una no se parece a la otra.”**³⁶

33 20 de enero de 1801.

34 PORTALIS, Jean Etienne Marie; Discurso preliminar del proyecto de Código Civil Francés; Universidad de Chile, Edeval, Valparaíso, 1868, página 31.

35 Ibidem, página 43.

36 Ibidem, página 45.

El movimiento codificador que se desarrolló a partir del paradigma napoleónico, el **Code** de 1804, postulado como expresión de la buena construcción legislativa, pronto se verá superado por sus limitaciones intrínsecas, así como por el hecho de que, desde la perspectiva del **"common law"**, los códigos son considerados de una forma particular y específica que, muchas veces no tienen nada que ver con la concepción francesa y la continental europea.

En efecto, en el mundo occidental existen formas diversas de redactar las leyes, y difieren en cuanto a sus redactores; así por ejemplo, en Suecia son los especialistas quienes escriben la ley; en Francia, en la actualidad, corresponde esta tarea al Consejo de Estado.

En la tradición jurídica inglesa son de gran trascendencia los repertorios de jurisprudencia, como el de Sir William Blackstone (1713-1780), denominado *Comentarios sobre las leyes de Inglaterra*, que contiene la primera descripción del derecho inglés, en sus conferencias dictadas en Oxford, y cuyo contenido, en especial el referido al tratamiento de los disidentes políticos, fue duramente combatido y criticado por Bentham.³⁷

A partir de 1838, con el proyecto de *Mr Arthur Symonds*, sobre redacción de Leyes en el Parlamento, para procurar la uniformidad en el lenguaje en cuanto a la forma, colocación y contenidos, con la nominación de un **Legislation Minister** y de **writings clerks** encargados de elaborar, revisar, corregir los proyectos de ley que se presentan ante las Cámaras, se han desarrollado mecanismos y órganos para procurar una sistemática y depurada elaboración de los textos normativos, y se ha dotado al Parlamento de un instructivo para redactar los documentos legales. A partir de 1869 la **Office of Parliamentary Counsel**, compuesta por treinta juristas dependientes del ejecutivo, que se encargan de la redacción de todos los textos normativos que el Gabinete remite a las Cámaras.³⁸

5.- NOMOLOGÍA JURÍDICA O LA CIENCIA DE LA ELABORACIÓN DE LA LEY

Toda reflexión sobre metodología del derecho es interdisciplinaria, e incorpora también una real necesidad de hacer investigaciones sobre derecho comparativo; es necesario incorporar también, dentro de ella, la necesidad de una **"metodología legislativa"** que se ocupe no sólo de la redacción sino de los aspectos formales de la ley, sus procesos de formulación, su evaluación.

37 Vid. Nota de traducción en BENTHAM, Jeremy; *Nomografía o el arte de redactar las leyes*, página 98.

38 Vid. ZAPATERO, Virgilio; *De la Jurisprudencia a la legislación*, revista DOXA, 15-16, 1994; y *El arte ilustrado de legislar; en NOMOGRAFÍA o el arte de redactar las leyes*; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 200, página LXXVI.

Así entonces, como lo plantea el profesor Bergel³⁹, se hace necesaria la construcción de una **"Ciencia de la legislación"**, que se ocupe de la teoría y la política legislativa; esto es, de la forma y el contenido de las leyes, de atender las cuestiones atinentes a la calidad de la norma.

La **Nomología**, o la ciencia de los primeros principios, es **"la Ciencia de las leyes y de su interpretación, o el Tratado sobre el modo de establecer reglas, preceptos o principios en alguna facultad, ciencia o arte"**⁴⁰; en el derecho, procura determinar los presupuestos epistemológicos de las normas, prescribir y predecir los comportamientos legislativos con el objeto de elaborar buenas leyes, esto es, leyes que se ajusten a los preceptos cualitativos, como una exigencia venida del principio de seguridad jurídica.

La disciplina hunde sus raíces en el diálogo denominado *LAS LEYES* o *De La LEGISLACIÓN*, de Platón, el filósofo ateniense nacido en el año 427 a.C., de familia aristócrata, terrateniente y esclavista; quien después de la muerte de su maestro Sócrates, en el 389 a.C., fundó la Academia, en el Jardín de Academo, la cual configuró un modelo de enseñanza y formación con gran impacto en la península griega y en todo el Mediterráneo, difundiendo con eficacia el idealismo filosófico y sus concepciones políticas.

Las Leyes es un diálogo de la madurez del filósofo, que se desarrolla por el método dialéctico, desplegado en procura de una investigación del problema sin dogmatismos entre un ateniense, quien al decir de Cicerón⁴¹ es el mismo Platón; un Cretense, llamado Critias, y un espartano llamado Megilo, sobre teoría de la política, la organización social y la forma en que los dioses han dictado las leyes; así mismo sobre la forma como la Polis se realiza a través de las normas; los planteamientos que realiza en esta obra son más realistas y menos utópicos que los realizados por el mismo académico en *La República*.

En *Las leyes*, Platón aboca los principales tópicos de la disciplina jurídica, desde las normas constitucionales hasta preceptos de procedimiento, que se concretan en preceptos y reglamentaciones minuciosas que debían regir la Polis griega, en procura de fortalecer sus legislaciones garantes de las virtudes fundamentales, en especial la templanza, lo cual realiza desde una perspectiva comparativa, al examinar los paradigmáticos sistemas jurídicos de Atenas, Creta y Esparta.

39 BERGEL, Jean-Louis. *Metodología legislativa comparada*; profesor Universidad Paul Cézanne, Marsella III; Coloquio AUTOUR DE LA QUALITÉ DES NORMES.

40 NOMOLOGÍA, del griego Nomos, origen y Logos, ciencia; es la Ciencia de las leyes y de su interpretación, o el Tratado sobre el modo de establecer reglas, preceptos o principios en alguna facultad, ciencia o arte. Vid. Diccionario Enciclopédico Vox I, Larousse Editorial S.L, 2009. En inglés GNOMOLOGY, (Grek) : judgment, maxim; A collection of, or a treatise on, maxims, grave sentences, or reflections. Webster.

41 Vid. CICERÓN, *Las Leyes*, Libro Primero. Op. Cit., página 25.

La obra se despliega en doce libros. En los tres primeros, se analizan la esencia y los fines de la legislación, a saber:

En oposición a los sofistas que veían en las leyes una mera convención, Platón asigna rango divino a la ley; así, por ejemplo, señala que la legislación cretense era obra de Zeus, quien cada nueve años entregaba las leyes a Minos **“y que en vista de la respuesta de este dios, redactó las leyes para las ciudades de Creta”**⁴²; igualmente refiere que Apolo llevó de Creta a Delfos los ritos de purificación, que luego se convertirían en las leyes sobre sanciones para el homicidio en Grecia.

Según Platón, el poder debe estar distribuido de manera equilibrada para evitar excesos; corresponde al legislador, controlado por los sabios, ocuparse de redactar leyes sabias para la polis, ya que ésta debe sustentarse en leyes, que utilicen en primer término la persuasión, y sólo como último recurso la coacción; en su decir **“el legislador debe proponerse tres cosas en la institución de sus leyes, a saber: que la libertad, la concordia y la cultura reinen en el Estado que intenta organizar.”**⁴³

Considera que la ley, de cuya ejecución y cumplimiento se hallan encargados los **“nomophilakes”**⁴⁴, debía tener un período de prueba de diez años por cuanto la experiencia era necesaria para corroborar su eficacia; así mismo, en razón a que los sistemas políticos y las leyes pueden degenerar y corromperse, el análisis sobre sus bondades o defectos, debía encargarse a los ancianos, siempre en ausencia de gentes jóvenes; por ello pone a decir a Clinias, que se debía someter a

“crítica sin escrúpulo todo lo que encuentres reprehensible en nuestra leyes, tanto más cuanto que nunca es deshonesto reconocer que una cosa es defectuosa; sino antes, por el contrario, la censura hace posible el remedio de los abusos para el que la escucha sin ofenderse, o más bien, con reconocimiento.”⁴⁵

Estima que las leyes se expiden en el interés del gobierno establecido, cualquiera que el sea, en procura de sostener su autoridad, esto es, que procura el interés del más fuerte, quien es el que hace las leyes, y puede sancionar al que se atreva a violar las leyes que ha de ser **“castigado por esta infracción, considerada como una injusticia por el legislador, que sólo reconoce como justo lo que es conforme a sus leyes.”**⁴⁶

42 PLATÓN; Las Leyes; editorial Porrúa, México, 1998, página 13.

43 Ibidem, página 71.

44 Nomophilakes, o “guardianes de la ley”, fueron los funcionarios responsables de la conservación de los documentos de Estado (leyes), y supervisores en las asambleas populares y reuniones del consejo.

45 Ibidem, página 21.

46 Ibidem, página 81.

En los libros IV, V, VI, VII, y VIII, se indaga sobre la organización del Estado; y en los libros IX, X; XI y XII, a través de un código detallado, se fijan los castigos y recompensas que procuran mantener la vigencia de la ley.

Para el dialéctico ateniense, todas las leyes deben estar revestidas de una expresión jurídica, ser asequibles a los ciudadanos, expresarse de manera concisa y rigurosa, y estar precedidas, para su mejor comprensión de una exposición de motivos y de proemios explicativos, a fin de que no aparezca como una mera intimidación imperiosa, sino como un producto de la razón.⁴⁷

El sistema legislativo debe reglar no sólo la vida de la polis sino la vida privada, garantizando la propiedad de los ciudadanos; igualmente ha de ocuparse del derecho criminal, a cuyo efecto establece un sistema de penas severo con los ciudadanos, y especialmente despiadado con los esclavos, basado en la trilogía de:

- i) justicia conmutativa, o necesidad de reparación;
- ii) la ejemplaridad del castigo del crimen, y
- iii) la del temor y el respeto, ya que la pena es una amonestación efectiva.

En su modelo de codificación punitiva, toda prescripción está precedida de una justificación, y parte de entender que existe la maldad de los hombres, que existen seres indomables, de tal suerte que es **“necesario que el legislador prevenga y contenga con amenazas a los que pudieran llegar a serlo, y que dicte leyes para evitar ciertos crímenes y señalar penas para los mismos...”**⁴⁸

Platón considera que ningún crimen puede quedar impune, y que nadie pueda evitar el castigo apelando a la fuga; así mismo describe el procedimiento que debe adoptarse para juzgar a los acusados, las formalidades de las apelaciones, la conformación de los tribunales, la publicidad de los juicios, la necesidad de las pruebas, y establece la obligación de que **“los jueces den su voto en público...(…) teniendo en frente al acusador y al acusado”**⁴⁹

Para Platón, los delitos pueden clasificarse en cuatro categorías: la primera, los delitos contra los dioses; la segunda, los delitos contra el Estado, en especial la traición, que debía castigarse con sentencia de muerte; la tercera el hurto, y la cuarta el homicidio.

En la categoría referida al homicidio distinguía los homicidios violentos de los involuntarios, aquellos en que la víctima era un hombre libre o un esclavo, y aquellos en que el victimario era un hombre libre o un esclavo, **“todo homicida, cualquiera que él sea, que no obedezca a la ley, y que, sin haberse purificado manche con**

47 Vid., ibidem, página 87.

48 Ibidem, página 182.

49 Ibidem, página 184.

su presencia la plaza pública, los juegos y los lugares sagrados, podrá ser perseguido en juicio por cualquier ciudadano.”⁵⁰

No obstante, las penas para los esclavos eran ejemplarizantes, incluían la tortura a discreción de los parientes de la víctima; al efecto dijo: **“Si un esclavo, en un momento de cólera, mata a su amo, los parientes del muerto harán sufrir a este esclavo todos los padecimientos que quieran, con tal que no le dejen con vida, con esta condición serán considerados como inocentes de este homicidio.”⁵¹**

La vigilancia del cumplimiento de las leyes la encomienda al **“Consejo nocturno”**, compuesto por los sacerdotes más virtuosos del Estado y por los guardianes de leyes más antiguos, que deben juzgar las acciones del gobierno, promover las reformas legales y encargarse de la instrucción de los hombres de Estado formando a los mejores, que deben estudiar la ciencia de la virtud, compuesta por fortaleza, templanza⁵², justicia y prudencia. También estos futuros hombres de Estado debían estudiar la ciencia de lo **“bueno y lo bello”**, el arte especial de hablar y razonar, e igualmente la música, inspiración de las musas que prepara el espíritu para poner en las instituciones orden y armonía.

Marco Tulio Cicerón, en su *Tratado de las Leyes*, asevera que siguiendo un orden metódico y prudente, deben buscarse las fuentes del derecho en la naturaleza, en el seno de la sociedad y sus costumbres; así establece que a diferencia de los griegos que consideraban que ella implicaba a cada uno lo suyo, y por tanto, su fundamento era la equidad, mientras que él consideraba que la Ley, cuyo nombre viene de **legere**, elegir, y que, por tanto, la equidad y la elección, ambas eran elementos de la ley; afirma que el derecho debe seguir la regla de lo justo y de lo injusto, la cual se traduce en una regla que fija por escrito su voluntad, para mandar y prohibir: **“Ley es la razón suprema comunicada a nuestra naturaleza, que manda lo que debe hacerse y prohíbe lo contrario”⁵³**

Al finalizar el Siglo XVIII, durante la Revolución Francesa, en el llamado **“Club de los Nomófilos”**, los amantes de la ley, desde la capilla de Santa María en el parisino barrio de Saint-Antoine, inspiraron los proyectos legislativos de los revolucionarios, procurando deducir no sólo una filosofía sino una metodología para legislar, a mitad de camino entre la ciencia y el arte.

Jeremy Bentham, en su obra *Tratados de legislación civil y penal* de 1821, con la perspectiva del utilitarismo, planteó la necesidad de un sistema racional de legislación, que debía guiarse por principios que iluminasen al legislador, pusieran coto a los abusos de los jueces y pudieran constituirse en los fundamentos de una verdadera ciencia de la legislación.

50 Ibidem, página 185.

51 Ibidem, página 193.

52 Vid. La templanza, como moderación en el uso de los placeres; Op. Cit, página 77.

53 CICERÓN, Marco Tulio; *Tratado de las Leyes*; editorial Porrúa; México, 2004, página 134.

Al efecto, postuló tres principios a saber:

i) Principio de la utilidad:

El objeto del legislador ha de ser la felicidad pública, y la utilidad general el principio de razonamiento en legislación; para ello, desde la ciencia se debe conocer el bien de la comunidad de cuyos intereses se trata, y desde el arte, se deben hallar los medios para realizar este bien.

Establece que para darle eficacia al **“Principio de utilidad”** son necesarias tres condiciones:

La primera, tener noción clara y precisa sobre la palabra **“utilidad”**, que sea exactamente igual para todos los que se sirven de ella.

Para Bentham,

“Utilidad es un término abstracto que expresa la propiedad o la tendencia de una cosa a preservar de algún mal o procurar algún bien: mal es pena, dolor o causa de dolor; bien es placer o causa del placer. Lo conforme a la utilidad o al interés del individuo es lo propio para aumentar la suma total de su bienestar; lo conforme a la utilidad o al interés de una comunidad es lo propio para aumentar la suma total del bienestar de los individuos que la componen.”⁵⁴

Siguiendo el **“more geométrico”**, considera que el principio ha de ser evidente y que como los axiomas matemáticos no se prueban directamente, no pueden negarse sin caer en el absurdo; la lógica de la utilidad consiste en partir del cálculo o de la comparación de las penas y de los placeres en todas las operaciones del juicio, excluyendo cualquier otra idea; para ello **“no es necesario consultar a Platón o Aristóteles; pena y placer es lo que sienten como tal, el labrador como el príncipe, el ignorante como el filósofo.”⁵⁵**

La segunda, establecer la unidad y la soberanía del **“Principio de utilidad”**, excluyendo lo que no le pertenece, sin admitir excepciones.

La tercera, hallar los procedimientos de una **“aritmética moral”**, por la cual se pueda llegar a resultados uniformes.

54 BENTHAM, Jeremías; *Tratados de legislación civil y penal*; Valleta ediciones, Buenos Aires, 2005, página 14.

55 Ibidem, página 14.

ii) Principio de ascetismo:

Este principio repudia los placeres y todo lo que adula a los sentidos es odioso y criminal, la moral se funda en la privación del placer y la virtud en su renuncia; privilegia lo que disminuye los goces y reprueba lo que los aumenta; este **"Principio de ascetismo"**, es antagónico con el **"Principio de utilidad."**

iii) Principio arbitrario o de simpatía y antipatía:

Para Bentham, este **"consiste en aprobar o condenar por sentimiento o instinto sin dar otra razón de este juicio que el juicio mismo"**⁵⁶; las acciones se tienen por buenas o malas no porque sean conformes o contrarias al interés de las personas, sino porque agradan o desagradan al que juzga; quienes así obran, por simpatía o antipatía, no lo hacen racionalmente; todo lo contrario, niegan y aniquilan el **"principio de razonamiento."**

La antipatía surge de seis causas secretas, a saber:

- 1º) de la repugnancia de los sentidos;
- 2º) del orgullo ofendido;
- 3º) del poder resistido o rechazado;
- 4º) de la confianza en los procederes futuros de los hombres, debilitada o destruida;
- 5º) de los deseos de unanimidad engañados;
- 6º) de la envidia.

Este **"Principio arbitrario o de simpatía y antipatía"**, ni desecha ni admite el **"Principio de la utilidad"**, no hace caso de él, fluctúa entre el bien y el mal que hace por casualidad; de acuerdo con Bentham,

"para los seguidores de la utilidad, la legislación, es un negocio de observación y de cálculo, según los ascéticos de fanatismo; según el principio de simpatía y antipatía, de humor, de imaginación y de gusto; el primero de éstos principios debe gustar a los filósofos, el segundo a los frailes, y el tercero, al pueblo, a los literatos, al bulbo de moralistas, y a los hombres de mundo."⁵⁷

Para algunos cultores de la disciplina nomológica, como John Austin,⁵⁸ ésta hace parte esencial de la Jurisprudencia, y se integra en el debate de la tensión existente, desde el antiguo derecho romano, entre legislación y jurisprudencia, entre la

56 Ibidem, página 16.

57 Ibidem, página 18.

58 Vid. AUSTIN, John; Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, página 16.

confianza al legislador y la desconfianza a los juriconsultosa; para otros se diluye en los postulados principalísticos de la filosofía del derecho.

Desde una perspectiva pragmática, debe tenerse en cuenta, que la cuestión de la cualidad de la norma tiene dos aspectos, uno intrínseco, y otro extrínseco; el primero plantea las exigencias seguridad jurídica; el segundo se refiere a las formas de expresión de la norma, de las cuales se deberá dar cuenta mediante las actividades de análisis científico y de evaluación legislativa.

Así, por tanto, todo sistema jurídico aspira a una formulación ordenada de sus leyes, a que estas se compendien en textos homogéneos, que se articulen de una manera sistemática, que sean de fácil comprensión por parte de sus destinatarios.

Todos los países del mundo han confrontado la complejidad de la ley y la **"inflación"** o proliferación de las normas; razón por la cual en muchos de ellos se ha comenzado a prestar atención no sólo a la cantidad, sino también a la calidad de sus normas y han creado mecanismos y organismos para procurarlo.

7.- LA NOMOGRAFÍA O EL ARTE DE REDACTAR LAS LEYES.

Bentham, pacientemente redactó entre los años 1811 y 1831, un texto que se publicó después de su muerte, con el nombre de **NOMOGRAFÍA, o el Arte de redactar Leyes**; para el utilitarista inglés, el estudio del derecho no sólo debía implicar el dominio de la lógica, sino el del lenguaje, competencias éstas que se hacen indispensables para la ciencia de la legislación; para él las palabras de las leyes, deben pesarse como diamantes, pues de ellas dependen la vida, la libertad, el honor, la propiedad y la seguridad de los ciudadanos.

El legislador, entonces debía estar dotado del dominio de la lógica, la retórica o arte de la argumentación, y una capacidad artística para redactar leyes de buena factura, a fin de superar las imperfecciones de las cuales suelen adolecer los textos legales, a cuyo efecto, su única guía debía ser la observación y el cálculo, iluminado por la ciencia.⁵⁹

En efecto, para el utilitarista inglés, el lenguaje era uno de esos instrumentos particulares que el derecho utiliza para ocultar la realidad social, amparando siniestros intereses, que es menester develar y arrebatar a los juristas, cuya jerga, formulaciones y ritos esotéricos constituyen, en su decir, una siniestra red para atrapar al resto de los mortales.

La ciencia de la legislación constituye, por tanto, el medio adecuado para develar los intereses que se ocultan tras las palabras, el dominio de la gramática por el legislador

59 BENTHAM, Jeremy; Tratados de legislación civil y penal; Valleta ediciones, Buenos Aires, 2005, página 34.

permite la producción de leyes inteligibles para los ciudadanos, que ya no requerirían de “escuelas de derecho para explicarlo, ni de catedráticos para comentarlo, ni glosarios particulares para entenderlo, ni casuistas para desatar sus sutilezas”.⁶⁰

El interés de Bentham hacia la ciencia legislativa y sus técnicas, tiene como objetivo propender por la seguridad jurídica, permitir el libre despliegue del modo de producción capitalista, la realización de la libertad individual, dentro de un marco normativo que permitiese la previsión de las consecuencias de los actos, que sólo se garantiza mediante la promulgación por escrito de las normas, ya que esta otorga fijeza y seguridad; para él la ley que no está escrita es una mera conjetura, donde el juez es un legislador arbitrario que produce ruina a los ciudadanos: “Sin leyes no hay seguridad: por consiguiente no hay abundancia ni aún subsistencia cierta y la única igualdad que puede existir en este estado es la igualdad de la desgracia.”⁶¹

Así entonces para Bentham, la seguridad jurídica demanda como elementos determinantes de la calidad normativa:

- i) que los textos normativos sean escritos;
- ii) que los textos normativos sean promulgados y puestos en conocimiento de todos los ciudadanos;
- iii) el respeto al principio de la irretroactividad de la Ley, manteniendo el *statu quo*, garantizando los derechos adquiridos;
- iv) que las leyes deben ser armónicas y concordantes;
- v) que las leyes sean comprensibles, y puedan consultarse sin necesidad de intérpretes;
- vi) que las leyes sean eficaces y que no exista duda sobre su poder de coerción;
- vii) que las leyes se puedan seguir textualmente, porque se hallan bien construidas lógicamente y gramaticalmente.
- viii) Que ninguna ley pueda mudarse, ningún uso debe abolirse sin alguna razón especial, ni mucho menos porque repugne a nuestras costumbres o a nuestras opiniones.

Mandatos, prohibiciones y permisos son las herramientas del legislador, que se despliegan técnicamente en la definición de derechos, imposición de obligaciones, constitución de poderes, definición de procedimientos, o imposición de sanciones; pero en otras ocasiones, lo más aconsejable es permitir la libre concurrencia, el “*laissez faire, laissez passaire*”, y en otros eventos suplir las omisiones de los individuos para garantizar el curso de las acciones naturales; como lo decía el jurista

⁶⁰ Ibidem, página 181.

⁶¹ BENTHAM, Jeremy; Principios del Código Civil, en Tratados de legislación civil y penal; Valleta ediciones, Buenos Aires, 2005, página 116.

del utilitarismo, “Yo me figuro al legislador contemplando las acciones humanas según la medidas de sus miras: prohíbe unas, ordena otras y hay muchas que se abstiene de ordenar y prohibir.”⁶²

La *nomografía* hace parte del arte de legislar, o arte de refinar la escritura de la ley; según Bentham, se refiere a la forma adecuada para los contenidos de los cuerpos de leyes, es “el arte y la ciencia mediante los cuales se puede dar expresión al contenido de la ley”⁶³, de tal forma que conduzca al máximo grado de obtención y cumplimiento de los fines del legislador.

La *nomografía* tiene relaciones con la lógica, con la proposición, con la petición (*petition*), la propuesta (*proposal*) y la deontología; su objeto es el contenido de la ley, tanto de las que se hallan promulgadas y se encuentran en vigencia, como de las que se encuentran en proceso de elaboración. También, ella precisa distinguir entre leyes principales, que dan directrices, y las subsidiarias, que son las que incluyen un incentivo a sus destinatarios, mediante un premio o un castigo.

Para el utilitarista inglés, todas las leyes se componen de dos elementos, *contenido* y *forma*:

“Bajo la rúbrica, <contenido> están comprendidas las ideas que se quieren expresar, es decir las cosas que exigen ser significadas. Por <forma> entendemos los signos por los que estas mismas cosas se significan: las palabras y la combinación de palabras con las que se las expresa.”⁶⁴

La totalidad de la materia jurídica de un país, que tiene fuerza de ley, fue denominada por Bentham como *Pannomion*, el cual comprende todo el derecho y la legislación; esta masa normativa es el objeto de la *nomografía*, que desarrolla los métodos y técnicas para auscultar su forma y contenido, determina las formas que adoptan los signos, así como el orden en que ellos se ubican, unos respecto a otros, y las palabras de que se componen, pero teniendo presente que la forma se subordina al contenido y ambas se encaminan al logro del fin común.

El *pannomion* se expresa a través de los signos del lenguaje, y desde el punto de vista positivo debe revestirse de las características del discurso didáctico; sin embargo, este frecuentemente se manifiesta en su forma negativa, a través de tachas, imperfecciones, o de vicios, que son cualidades perjudiciales, opuestas a las deseables, que obstruyen y estorban la obtención del fin perseguido por el texto normativo.⁶⁵

⁶² Ibidem; Tratados de Legislación civil y penal; página 430.

⁶³ BENTHAM, Jeremy; Nomografía o el arte de redactar leyes; CEPC- BOE; Madrid, 2000, página 4.

⁶⁴ Ibidem, página 8.

⁶⁵ Vid. BENTHAM, Jeremy; Op. Cit.; página 10.

Para Bentham existen dos clases de imperfecciones en el lenguaje legislativo, las cuales son contrarias a los fines de la **nomografía**, a saber:

Las imperfecciones principales, o de primer orden, que lo son en sí mismas, por ser contrarias a los fines inmediatos de todo lenguaje, en especial al lenguaje legislativo; ellas son:

1. **La ambigüedad:** se produce cuando el efecto de la expresión empleada encierra varios significados al mismo tiempo, generando duda sobre cuál de ellos se trata.

La ambigüedad puede estar, en un solo término o palabra (**in termino, in vocabulo**), sobre toda la frase o un conjunto de palabras (**in propositione o in contexto**), o en una palabra o frase relacionada con otras (**in situ, o ex mali collocatione**).

2. **Oscuridad:** se produce cuando el efecto de la expresión empleada no ofrece ningún significado equivalente al que intentó transmitir el autor o autores de la ley; es la ambigüedad llevada al máximo.

3. **Voluminosidad:** es la imperfección que nace de la acumulación de textos; puede ser absoluta, cuando impide la retención constante y efectiva del interés de todos los destinatarios; y relativa, cuando excede la posibilidad de que un individuo pueda retener de manera permanente y constante, los fragmentos que le conciernen e interesan.

Las imperfecciones secundarias, o de segundo orden, por referencia a las imperfecciones de primer orden, son:

1. **Incertidumbre en la expresión:** cuando se emplean distintas frases o palabras para la designación de los mismos significados.

2. **incertidumbre de significado:** cuando a la misma palabra o frase, van unidos diferentes significados en distintos lugares.

3. **Redundancia:** cuando de un número cualquiera de palabras, alguna o varias pueden omitirse sin alterar el sentido, esto es, sin merma de la corrección, de la integridad y la facilidad de entendimiento; se subsana por omisión o por sustitución.

4. **Prolijidad:** extensión excesiva del texto que supera la facultad retentiva de la mente, impidiendo su comprensión completa y correcta.

5. **Embrrollo:** cuando se fuerza a proposiciones incompatibles, en una oración gramatical.

6. **Carencia de ayudas a la intelección:** como las divisiones del texto en partes de longitud moderada, la determinación de las partes mediante títulos concisos, la identificación de las partes mediante nomenclaturas aritméticas adecuadas.

7. **Desorden:** i) en la disposición de materias diversas; ii) por dispersión de materiales conexos; iii) por alterar el orden de precedencia.

Estas imperfecciones pueden afectar a palabras o a combinaciones de palabras; y además se suelen conectar entre sí, lo cual implica que las imperfecciones de segundo orden, conducen a la vez a las imperfecciones de primer orden, así:

- i) la incertidumbre en la expresión a la oscuridad;
- ii) la incertidumbre en el significado a la ambigüedad;
- iii) la redundancia a la ambigüedad;
- iv) la prolijidad a la ambigüedad;
- v) el embrrollo a la ambigüedad;
- vi) la carencia de ayudas a la ambigüedad y a la oscuridad;
- vii) el desorden a la ambigüedad, a la oscuridad y a la voluminosidad.

Para prevenir lo que él llama "**depravación del estilo de las leyes**", Bentham recomienda la utilización del lenguaje ordinario, pues el destinatario de las normas es el ciudadano; por ello, cuando sea necesario utilizar términos técnicos, estos se deben definir en el cuerpo de la ley, a cuyo efecto, los términos de una definición deben pertenecer al lenguaje ordinario. Así mismo, señala que para expresar las mismas ideas se usen siempre las mismas palabras; igualmente aconseja que los artículos sean breves, vayan siempre numerados, y que cada uno de ellos contenga una única proposición; también plantea que las razones de la ley se incluyan en la exposición de motivos y no en la parte dispositiva.⁶⁶

Considera Bentham que es necesario proscribir las ficciones en la ley, ya que en su concepto, ellas sólo constituyen una mentira que se utiliza por los juristas con el propósito de extorsionar y usurpar, para él, la ficción consiste en "**¡mentir sobre el fundamento (de las cosas), la causa sine qua non, de lo que es más excelente en el derecho!**"⁶⁷

66 Vid. BENTHAM, Jeremy; Tácticas parlamentarias, página 154; Estilo de las Leyes; página 536, y Tratados de Legislación civil y penal, página 430.

67 BENTHAM, Jeremy; Nomografía o el arte de redactar las leyes; página 37.

Agrega que las imperfecciones del lenguaje legislativo no sólo causan daño a los súbditos, sino al propio legislador, porque afectan la cognoscibilidad de la norma por parte de sus destinatarios haciéndola ininteligible, transformando en inocuos, o en inicuos, sus mandatos y prohibiciones, así como que las cargas, restricciones y castigos se vuelven inaplicables.

Si por causa de las imperfecciones la ley, en especial las imperfecciones de primer orden, ésta se torna en incognoscible, no sólo los buenos efectos que se previeron por su acatamiento desaparecen, sino que puede generar efectos perversos, razón por la cual, las leyes deben procurar una adecuada expresión de su contenido y una correcta manifestación en su forma, además de ser promulgada para que sea transmitida y fijada en la mente de los destinatarios.⁶⁸

La ambigüedad, la oscuridad y la voluminosidad, conducen a la incognoscibilidad de la norma, empero es esta última la fuente más prolija de las anteriores, en su decir, **“Cuanta más masa haya, sea la que sea, más oscuridad y ambigüedad rodeará a esa materia. Además, las mismas causas que impelen a esforzarse en aumentar el volumen de los textos tienen como objetivo lograr que estos vicios surjan, se perpetúen y se aumenten.”**⁶⁹

Bentham acomete también la tarea de señalar los remedios contra la ambigüedad, a cuyo efecto aconseja el cambio de términos, la fijación y limitación de alcance de los mismos, la evitar el uso de locuciones exclusivamente legales, y la explicación de las palabras de significado dudoso o cambiante.

Para combatir la voluminosidad, aconseja la aplicación de las siguientes reglas:

- i) **“Regla de la división de la masa legislativa”**, para generar fragmentos con destinatario y con interés específico;
- ii) **“Regla de la distribución de la masa legislativa”**, para asignar a cada individuo la parte de la masa de la ley de su interés inmediato, separándola de aquella que sólo le interesa a largo plazo.
- iii) **“Regla de la pureza de la masa legislativa” (Principio nihil alienum)**, que impide la contaminación de los anteriores;
- iv) **“Regla de la plenitud” (Principio in cuiusque totum)**, que procura evitar omisiones, a efecto de que toda norma genere sus efectos particulares y concretos;
- v) **“Regla de la pureza ulterior” (principio nihil praematurum)**, o de previsión y restricción de los efectos futuros negativos de las disposiciones.

68 Vid. BENTHAM, Jeremy; p. cit., página 28.

69 Ibídem, página 34.

Para Bentham, las leyes pueden ser:

- i) **Íntegras o principales**, esto es, las que contienen un mandato total;
- ii) **Fraccionales**, las que modifican, interpretan o varían las principales promulgadas con anterioridad;
- iii) **Compuestas**, que contienen en su cuerpo normas integrales, fracciones y modificativas;
- iv) **Catagóricas**, que se expresan con mandatos imperativos;
- v) **Hipotéticas**, que incorporan en su cuerpo concatenaciones normativas.
- vi) **Sancionadoras**, cuyo objetivo es hacer que se cumplan las leyes principales, mediante aplicación de un incentivo; a su vez se dividen en **remunerativas y punitivas o penales**.

La escritura de la ley plantea un problema analítico, que corresponde a la arquitectura del texto, el cual se expresa a través del lenguaje; el derecho no se construye a través de una simple ecuación, por esto, derivar en su mecanización ramplona es peligroso; la redacción de la ley es, a la vez que una técnica, también un arte, que debe tener en cuenta que la norma debe ser comprensible, cierta y válida; ya que en su decir, **“La validez es ausencia de nulidad; la nulidad, criatura del fraude y del absurdo, es creación del derecho positivo”**.⁷⁰

Bentham recomienda evitar la prolijidad de las normas, construir las teniendo en cuenta al destinatario para propiciar la comprensión de las mismas, preferir los sustantivos a los verbos, privilegiar el lenguaje común al técnico; así mismo plantea que el latín y el griego constituyen un elemento lingüístico básico para la construcción de normas, ya que de ellos se derivan los principales idiomas modernos.

70 Ibídem, página 64.