

PRESENTACIÓN

Una de las lagunas más fuertemente denunciadas en el ámbito de la teoría y de la ciencia jurídica ha sido su focalización casi exclusiva en el momento de la interpretación y aplicación del derecho. El modelo de jurista y de enseñanza del derecho continúa centrado en el momento aplicativo del derecho en el que la ley, la norma, es considerada un dato previo, un material básico a partir del cual el jurista despliega sus artes interpretativas, exegéticas, sistematizadoras, argumentativas y retóricas. Los juristas se formaron y se siguen formando en nuestras facultades de derecho para resolver problemas de *lege data* y no de *lege ferenda*, están entrenados para aplicar e interpretar normas jurídicas pero no para crearlas o evaluarlas. Durante mucho tiempo nuestra cultura jurídica ha desdeñado el estudio y el cultivo de una “ciencia de la legislación” que vaya más allá del estudio de los tradicionales problemas de técnica legislativa, para explorar las condiciones y posibilidades de la argumentación racional en el ámbito legislativo.

En paralelo a este anhelo teórico y a los esfuerzos por fundamentar una nueva teoría de la legislación, en las dos últimas décadas se ha despertado en el ámbito internacional un enorme interés por la “calidad de la ley” hasta convertirse en un objetivo fundamental de la agenda política de numerosos gobiernos y organizaciones internacionales. En el contexto europeo, a partir de 1995, tanto la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) como la Unión Europea (UE), adoptaron iniciativas oficiales en los que se plasmaba su interés político en la mejora de la calidad de la regulación.

En particular, la UE ha hecho una apuesta muy fuerte por la política de mejora de la regulación y la incluyó como prioridad en la renovada Agenda de Lisboa (2001), al considerarla un instrumento indispensable para aumentar la competitividad y promover un crecimiento sostenible y un pilar imprescindible para el futuro de la gobernanza europea. El Informe Mandelkern (2000), y el Libro Blanco de la Comisión sobre Gobernanza europea (2001), pusieron las bases para el desarrollo de un ambicioso plan de mejora de la legislación europea, concretado en el programa *Better regulation*, que ha sido completado recientemente con el programa *Smart regulation*¹.

Este interés creciente en el ámbito internacional por la calidad de la ley y los últimos desarrollos teóricos en el ámbito de la ciencia de la legislación son algunas

1. Acuerdo Interinstitucional “*Legislar mejor*” (2003/C 321/01) de 31-12-2003 y Comunicación de la Comisión “*Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea*” (COM(2005) 97 de 13 marzo de 2005 y Comunicación de la Comisión “*Normativa inteligente en la Unión Europea*” COM(2010) 543 final, de 8-10-2010.

de las razones que justificarían la oportunidad de dedicar la temática de la sección monográfica del presente número de los Anales de la Cátedra Francisco Suárez a la “Ciencia de la Legislación”.

En esta sección monográfica hemos reunido un conjunto de trabajos que intentan combinar la reflexión sobre los modelos, el alcance y las características de la teoría y de la ciencia de la legislación con aproximaciones a algunos de sus aspectos más concretos y prácticos.

En particular, las contribuciones de Gema Marcilla y Leonor Suárez coinciden en un mismo punto de partida: la concepción de la teoría de la legislación como una práctica de justificación racional *sensu largo* de la producción normativa. La ley, aparte de implicar una manifestación de voluntad del pueblo o de sus representantes, es —o debería ser— el resultado de un proceso en el que se intercambian argumentos de muy diverso tipo. De la argumentación legislativa emergen exigencias de justificación que se dirigen a quienes participan en la tarea de legislar, pero ello no necesariamente debería representar una intromisión en la democracia. Antes bien, una ley guiada en su producción por pautas de deliberación y justificación, es más resistente a la discrecionalidad jurisdiccional, comenzando porque la claridad e inteligibilidad de una ley, contribuye a la certeza del Derecho.

Para Leonor Suárez, la legislación materializa un caso más del discurso práctico general al que le serían plenamente aplicables las condiciones de la teoría de la argumentación. La fundamentación de este argumento general es el objeto central de su contribución que, partiendo de una elaboración de los distintos niveles de racionalidad legislativa y de las distintas clases de racionalidad de la ley, realiza un recorrido por las cuestiones claves que debería afrontar la teoría de la legislación como las de quién debe legislar —racionalidad del legislador—, cómo se debe hacer una ley —racionalidad del proceso legislativo— y qué debe decir la ley y cómo —racionalidad de la legislación.

Gema Marcilla, por su parte, subraya en su colaboración que la argumentación legislativa, como aproximación científica a la legislación, presupone un modo de comprender las relaciones entre Política y Derecho, en el que la legitimidad de la política reside en último término en el carácter justificado de las decisiones. De hecho, desde una perspectiva metateórica, el elemento que permite diferenciar mejor entre las distintas aproximaciones científicas a la producción de normas se halla en la noción de “racionalidad legislativa” subyacente, de modo que la teoría y la técnica o técnicas legislativas serán muy distintas en función de si el punto de partida es una razón instrumental o consecuencialista (enfoque minimalista) o, por el contrario, una noción más compleja, que sin excluir otros aspectos, se encuentre abierta a exigencias de justificación práctica (enfoque maximalista).

Estas dos contribuciones se situarían en la perspectiva de una “metateoría de la legislación” que trataría de perfilar cómo la argumentación legislativa se asemeja en unos aspectos y difiere en otros de la argumentación en el ámbito jurisdiccional. Tales consideraciones son relevantes, tanto para determinar hasta qué punto son aplicables a la argumentación legislativa las aportaciones de la teoría estándar de la argumentación jurídica, como para concretar el papel que otras disciplinas,

como la economía, la sociología o la ciencia política, pueden desempeñar en el proceso de legislación.

La otras dos aportaciones recogidas en la sección se situarían en lo que podríamos llamar cuestiones de teoría de la legislación aplicada, en las que se abordan dos temáticas de indudable actualidad. Por un lado, la aportación de Juana María Gil trata de ilustrar y justificar los nuevos instrumentos vinculantes en el ámbito de la práctica legislativa derivados de los compromisos derivados del principio del *gender mainstreaming* y, en particular, identificar cuáles sean las condiciones y los requisitos del obligatorio estudio de impacto de género que deben de incorporar los proyectos legislativos. La autora denuncia las insuficiencias e incumplimientos a nivel nacional de los compromisos contraídos internacionalmente en materia de igualdad y aboga por un esfuerzo y compromiso conjunto de todos los poderes del Estado para que, desde una formación adecuada y compleja en derecho antidiscriminatorio, implementen esta nueva técnica legislativa de obligado cumplimiento.

Por otro lado, la contribución que presento en la sección monográfica de este número aborda la cuestión de cuál es el valor que deben de atribuirse a las razones económicas en la justificación racional de una decisión legislativa y cuál es el papel que el análisis económico del derecho puede jugar en la evaluación *ex ante* y *ex post* de la legislación. En concreto, intento señalar las potencialidades y las limitaciones del uso del instrumental del análisis económico del derecho en los hoy obligados estudios de impacto normativo, y concluyo con una reflexión de fondo sobre si el coste de las distintas opciones legislativas puede constituir una razón suficiente para la toma de decisiones políticas.

La Sección Abierta recoge una amplia muestra de artículos en la que el lector podrá encontrar nuestro tradicional compromiso editorial por acoger en nuestras páginas colaboraciones sobre historia del pensamiento jurídico y político como la contribución de José Juan Moreso sobre Jeremy Bentham, el trabajo de Ramón Ruiz sobre el republicanismo clásico en el pensamiento hispano, o el estudio de la Primera Enmienda de la Constitución americana en relación a los problemas de la libertad de expresión y el “discurso del odio” realizado por Andres Gascón. Esta perspectiva histórica es completada con el tratamiento de cuestiones de indudable actualidad como la cuestión de la relaciones entre nuevas tecnologías y derecho que aborda Nuria Beloso, el trabajo de Noelia Igareda sobre los matrimonios forzados, o el análisis de la ley de la memoria histórica llevado a acabo por Albert Noguera. Desde el punto de vista de la teoría del derecho, resultará de interés la reflexión crítica sobre las principales ontología jurídicas que nos propone Juan Antonio Gómez.

En la sección “Documentos”, hemos incluido dos textos inéditos de Carl Schmitt, en concreto los discursos que pronunció el 3 y 4 de octubre de 1936 en el Congreso organizado por el grupo de estudiantes universitarios de la Asociación Nacionalsocialista para la Salvaguarda del Derecho. La traducción de estos dos textos por Federico Fernández-Crehuet y su texto de presentación en este número creo que suponen una aportación importante para situar con precisión las particulares relaciones entre Schmitt y el antisemitismo y, en general, su colaboración con el régimen nacionalsocialista.

Por último, cerramos el número con nuestra habitual sección de Crítica Bibliográfica a la que animamos a todos los interesados a seguir participando con sus reseñas en los próximos números.

Sólo nos queda mostrar nuestro agradecimiento a los autores, traductores, *referees* externos y a todos los que directa o indirectamente han colaborado para que este número salga a la luz. Deseamos que la publicación de la revista y su lectura sean una justa compensación para ellos.

Pedro Mercado Pacheco
Editor