

FUNDAMENTACIÓN SOCIO-JURÍDICA DE LOS PROCESOS NORMATIVOS

Rolando Pavó Acosta*

Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente
Santiago de Cuba - Cuba
rpavo@fd.uo.edu.cu

Resumen

Resulta incuestionable la importancia de los procedimientos de creación de normas, dada su directa conexión con la legalidad, la seguridad jurídica y con otros principios jurídicos y en razón de que tales procedimientos aseguran a su vez la calidad de la pertinencia de las normas jurídicas, la eficiencia de los procedimientos de realización del Derecho, así como los niveles de la conciencia jurídica y de cultura jurídica de los ciudadanos. El tratamiento de la cuestión acerca de la argumentación legislativa por parte de la doctrina metodológica y por otras ciencias ha sido bastante limitado y escaso hasta el momento. La presente exposición se encamina precisamente a ofrecer una respuesta adecuada a dos interrogantes: ¿Cuáles serían los elementos imprescindibles en la fundamentación sobre la necesidad de un cambio normativo? y ¿cómo debería estructurarse la referida investigación para que sea capaz de aportar esos argumentos? El trabajo sugiere las respuestas a estas problemáticas proponiendo un modelo metodológico y epistemológico como posible solución.

* **Rolando Pavó Acosta.** Licenciado en Derecho (Santiago de Cuba, 1981), Especialidad de Postgrado en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas (Madrid, 1994) y Doctor en Ciencias Jurídicas (La Habana, 2000). Actualmente se desempeña como Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente. Áreas de Investigación: Metodología de la Investigación Jurídica, Sociología del Derecho. Derecho Civil, Derecho Agrario, Derecho de Contratos, Derecho Administrativo, Derecho Turístico.

Fecha de recepción del artículo: 22.01.2007

Fecha de aceptación: 22.03.2007

Palabras clave: Investigación Jurídica. Cambio normativo. Proceso normativo. Argumentación legislativa

SOCIAL AND JURIDICAL REASONING ABOUT THE NORMATIVES CHANGES

Abstract

It is absolutely undeniable the importance of the procedure followed to conceive the norms, for these are closely related to legal validity and guaranty, among some other juridical principles; and, at the same time such procedures assure the fitness of the norms, the effectiveness of the procedures in the fulfillment of Law, and the standards of juridical knowledges of the individuals as well. Up to date the study of the legislative reasoning from the methodological doctrine and other sciences point of view has being quiet limited and scarce. This work here is aimed to find out the pertinent answers to two main questions: Which are the essential elements to account when reasoning the need of normative changes? How should that investigation be structured in order to provide such reasoning? The answers to these points at issue are suggested through this work. Besides, as possible solution a methodological and epistemological model is recommended.

Keis word: Juridical investigation. Normative change. Normative procedure. Legislative reasoning

Introducción

Resulta incuestionable la importancia de los procedimientos de creación de normas, dada su directa conexión con la legalidad, la seguridad jurídica y con otros principios jurídicos y en razón de que tales procedimientos aseguran a su vez la calidad de la pertinencia de las normas jurídicas, la eficiencia de los procedimientos de realización del Derecho, así como los niveles de la conciencia jurídica y de cultura jurídica de los ciudadanos.

De ello se colige que la sustitución de una disposición jurídica por otra debe estar antecedida de la elaboración de una argumentación, sostenida por una

investigación científica abarcadora, sobre todo, de la evaluación acerca de la pertinencia de la legislación que se pretenda derogar y la realización de otras operaciones racionales y empíricas. El tratamiento de esta cuestión por parte de la doctrina metodológica y por otras ciencias ha sido bastante limitado y escaso hasta el momento.

La presente exposición se encamina precisamente a ofrecer una respuesta adecuada a dos interrogantes: ¿Cuáles serían los elementos imprescindibles en la fundamentación sobre la necesidad de un cambio normativo? y ¿cómo debería estructurarse la referida investigación para que sea capaz de aportar esos argumentos?

1. Las investigaciones socio-jurídicas acerca de las instituciones y procedimientos de creación de normas: su importancia y peculiaridades metodológicas

La investigación legislativa es una tarea importante y difícil, relacionada con gran gasto de tiempo, trabajo y esfuerzo, con la participación de muchas personas. Sus aportes pueden consistir en la fundamentación acerca de la necesidad de modificación de una norma o la puesta en vigor de una nueva, la propuesta de un acto sistematizador del Derecho en un campo determinado, el diagnóstico acerca del desempeño de la función creadora de normas por los órganos y organismos que tienen esa función y la propuesta de modificaciones institucionales a este respecto; resultados todos de alta relevancia para el sistema jurídico y para la existencia y el desarrollo social.

El proceso de la producción normativa constituye un objeto significativo de las investigaciones sociológicas. A este segmento de las investigaciones sociojurídicas se le ha denominado como la sociología legislativa¹. Aunque pudiera darse la investigación autónoma sobre algunos de estos temas lo más frecuente es que su investigación se entremezcle con la indagación acerca de la calidad, validez, eficacia y efectividad de las normas jurídicas. La investigación de estos temas va a resultar muy compleja y requiere de variados métodos de investigación, tanto teóricos como empíricos.

Hay que coincidir en que oficialmente la investigación sobre el grado de eficacia de la legislación a menudo se subestima y no siempre precede los cambios en la legislación, pudiendo ocurrir que con frecuencia las modificaciones de las actas normativas se efectúen de prisa, sin motivaciones profundas, o se hacen propuestas para modificaciones con motivos de casos aislados para solucionar el caso de alguien².

Afirmaba a este respecto el destacado jurista español Rodrigo Bercovitz lo siguiente:

Es preciso insistir en algo que todos los juristas repiten, pero que nunca se cumple. El estudio y la calma son requisitos indispensables para legislar bien (...) La prisa en las nuevas reformas se han pagado siempre con graves errores técnicos que han ido rebajando la calidad del mismo. Es preferible madurar suficientemente a fin de garantizar la corrección técnica y su concordancia sistemática con el resto del ordenamiento, aunque ello implique algún coste social³.

Es verdad que a veces la dinámica del desarrollo social es tan precipitada que no permite realizar una investigación profunda de los problemas y que en cambio la necesidad de modificar el acta normativa requiere en muchas ocasiones de una actuación inmediata. Pero ese hecho no puede producir el resultado de que la mayoría de las leyes se adopten con prisa, afectando la calidad de su procedimiento de creación y con ello la calidad del producto principal: la norma, sufriendo menoscabo los principios de legalidad, seguridad jurídica y otros. El problema sería entonces, ¿cómo hacer que este tipo de investigaciones forme parte del procedimiento legislativo? y ¿cómo hacer que el desempeño de los órganos y autoridades que tienen la función de creación de normas, resulte satisfactorio?

Estas premisas inducen a considerar que los principales temas u objetos de investigación en este campo sean precisamente:

- La evaluación del desempeño de las instituciones legislativas en la creación de normas.
- La evaluación del desempeño de otros operadores jurídicos en la creación de normas.
- La fundamentación de la necesidad de los cambios normativos.

2. La evaluación acerca del desempeño de las instituciones de creación de normas

Tal y como se ha expresado, la función legislativa o de creación legislativa, en sentido amplio se ha entendido como aquella actividad que tiene como fin la

producción de normas jurídicas generales y abstractas a que deberá ajustarse la conducta de los miembros de una comunidad, regulando no sólo las relaciones entre éstos sino también las relaciones de dichos miembros con la organización estatal, así como la propia estructura de esa organización.

Pero se ha entendido también el concepto de función legislativa un sentido más estricto, que tiene que ver solamente con la creación de aquellas normas de carácter general (leyes), por órganos específicos encargados de esta tarea, (los Parlamentos) llamados cuerpos legislativos y mediante un procedimiento determinado.⁴

Después de muchas contribuciones y luchas políticas y debates se ha llegado a establecer tres principios que deben regir necesariamente la creación de leyes:

- Reconocimiento a la supremacía de la ley.
- Atribución de su elaboración al Parlamento.
- Su contenido general, como expresión de la igualdad formal de los ciudadanos

Otros aspectos que pudieran servir de Dimensiones para la evaluación del proceso legislativo pudieran ser:

- Existencia de control previo sobre la constitucionalidad de la ley.
- Cumplimiento del procedimiento de control previo sobre la constitucionalidad de la ley.
- Cumplimiento de las reservas legislativas: su término y cantidad.
- Cantidad de reservas legislativas que son cubiertas por normas diferentes a las leyes.
- Correspondencia entre la ley y reservas legislativas.
- Cumplimiento con calidad de las fases establecidas para la adopción de leyes.
- Cantidad de leyes que se discuten y se aprueban, su clasificación según las materias sobre las cuales versan.
- Cantidad de leyes, que el Parlamento aprueba por legislatura y por años.

- Cantidad de normas que son discutidas y no aprobadas por materias y por años.
- Cantidad de relaciones jurídicas, que por su relevancia deben ser reguladas por leyes y quedan regidas por normas diferentes.
- Tiempo de duración del proceso legislativo ideal según las normas establecidas.
- Tiempo de duración real por cada ley que se ha adoptado en un período determinado.

Tratándose de otras normas de menor rango, es decir, normas creadas por órganos gubernativos y organismos administrativos, las dimensiones para la evaluación de la función creadora de normas, pudieran ser:

- Grado de correspondencia entre el contenido de la norma y las facultades del organismo que la crea.
- Grado de correspondencia entre el rango de la norma y la materia que regula.
- Grado de correspondencia entre la norma y reservas gubernativas o administrativas.
- Tiempo de demora en la adopción de la norma que cubre la reserva gubernativa o administrativa.
- Cumplimiento de las fases establecidas para su adopción.

En general, las indagaciones empíricas realizadas en este campo delatan la existencia de problemas tales como:

- La excesiva prisa en la adopción de normas.
- La excesiva lentitud en la adopción de normas.
- El incumplimiento o la demora en cubrir reservas legislativas previstas en la Constitución.
- El incumplimiento o la demora en cubrir reservas gubernativas y administrativas previstas en las leyes.
- El excesivo uso de los Decretos del Poder Ejecutivo y la disminución de la competencia legislativa parlamentaria.

- Distorsiones en el cumplimiento de las fases del procedimiento de adopción de las leyes.
- La autodegradación normativa: cuestiones que por su rango y materia deben ser objeto de competencia legislativa, pasan a ser regulados por normas gubernativas y administrativas.
- La inflación normativa: hay una abundancia excesiva en la creación de normas por parte de diferentes autoridades, sobre todo gubernativas y administrativas.
- La proliferación y dispersión normativa, sin que las autoridades encargadas produzcan actos de sistematización de la legislación, ni siquiera muchas veces de compilación.

Entre las soluciones que se han planteado para estos problemas, se debe destacar que hay países que exhiben avances considerables en este sentido, estableciendo legislativamente un acta normativa que regula los diferentes procedimientos de creación de las leyes principalmente y de otras normas. Un ejemplo ha sido el *Cheskliste* de Baviera al que he aludido ya en este texto. Pero esas iniciativas no parecen estar generalizadas en todos los países y estas soluciones logradas apuntan mayormente hacia disciplinar el trabajo legislativo y en menor medida hacia la labor de otros centros generadores de normas gubernativas y administrativas

De lo que se trata es de garantizar que la investigación encaminada a la correcta fundamentación y elaboración tanto de las nuevas leyes y las modificaciones de las ya existentes, como de otras normas importantes, se realice previamente o como parte del procedimiento legislativo, y que sus resultados se tomen en cuenta por los operadores legislativos.

A pesar del indiscutible significado de las investigaciones desarrolladas en este campo, un problema que se presenta es el del escaso valor que con frecuencia los legisladores conceden a las recomendaciones que se obtienen como resultados investigativos.

Se dan aquí básicamente varias situaciones negativas:

- El legislador ignora o se muestra indiferente ante los resultados de las investigaciones científicas realizadas en torno a la eficacia de la legislación vigente, que se requiere reformar.

- El legislador considera inaceptables las propuestas de cambio normativo e institucional, derivadas de las investigaciones científicas.
- El legislador no se pronuncia acerca del valor de las recomendaciones de las investigaciones.
- El legislador recibe las recomendaciones, pero no se compromete a tenerlas en cuenta para elaborar ni siquiera los anteproyectos la nueva legislación.

Todo esto ocurre en un contexto jurídico matizado por la inexistencia de normas jurídicas que refrenden la obligación de examinar y dictaminar acerca de las propuestas realizadas por los investigadores.

3. La investigación encaminada a fundamentar la necesidad de cambio normativo: una propuesta epistemológica

Expresaba Oliver Wendel Holmes en 1881 que:

La vida real del Derecho no ha sido cuestión de lógica: ha sido experiencia. Las necesidades sentidas de la época las teorías políticas y la moral dominantes, las intuiciones acerca de las líneas de conducta pública, declaradas o «inconscientes» incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos (todas esas cosas) han tenido que ver mucho más que el silogismo en la determinación de las normas por las que los hombres deben ser gobernados.⁵

Lo expresado por el juez Holmes resulta ilustrativo del estilo realista de comprender lo que es el Derecho y parece decirnos, entre otras cosas que el Derecho, si se visualiza por lo que es (fácticamente), al menos en ocasiones —y tal vez frecuentemente— no ha seguido procedimientos racionales para su creación.

A algunos, quizás el planteamiento les haya parecido fuerte, incluso ofensivo, pues reconduce el análisis a la histórica polémica acerca de la tenencia o carencia de método científico por parte las Ciencias Jurídicas. Pero esta última cuestión resulta tan extensa y compleja que no pudiera ser desarrollada en una breve exposición.

Claro que si se aprecia el asunto, a partir de una visión empírica y centrando la atención en lo que ha ocurrido en reiteradas ocasiones, habría inobjetablemente que ser pesimistas, coincidir con Holmes y llegar incluso a negar que el Derecho fuera Ciencia.

Otros, tal vez un poco más optimistas, pudiéramos hacer otra lectura de las frases de Holmes y recordar que el Derecho, puede (y debe) ser apreciado por lo que es y también por lo que debe ser. Y entonces siguiendo ese cause pudiéramos arribar a que el Derecho puede y debe resultar un producto racional en lo que al proceso de creación y aplicación de normas se refiere.

Decía a este respecto Enrique P. Haba que:

La posibilidad de sujetarse a procedimientos firmemente racionales es algo que está subordinado a una elección, a la opción de querer operar de tal modo el discurso jurídico...(…) Depende pues del hecho de que los juristas quieran en realidad someterse intelectualmente a una verdadera racionalidad: a las exigencias científicas que implica resolver las cuestiones mediante tal tipo de discurso.⁶

Aceptada esa opción, se supone entonces, como sentenciaría el profesor Manuel Atienza, que: «Toda decisión de cambio normativo e institucional, se presente argumentadamente».⁷ Lo cual significa entonces que la sustitución de una disposición jurídica por otra debe estar antecedida por la elaboración de una argumentación, sostenida por una investigación científica abarcadora, sobre todo, de la evaluación acerca de la pertinencia de la legislación que se pretenda derogar y la realización de otras operaciones racionales y empíricas.

Dos interrogantes que derivan de lo anterior serían:

- ¿Cuáles serían los elementos imprescindibles en la argumentación de un cambio normativo?
- ¿Cómo se debería estructurar la referida investigación para que sea capaz de aportar esos elementos?

Responder con certeza a tales interrogantes no sería una tarea fácil de lograr, sin dedicar a ello una monografía u otra obra científica de mayores ambiciones. La apuntada dificultad comienza ya por el hecho mismo de la compleji-

dad del Derecho, que como afirmaba a modo de síntesis el profesor J.A. Pérez Lledó, puede ser apreciado y estudiado desde tres perspectivas o enfoques: estructural (jurídico formal), funcional (sociológico) y valorativo (o ético).⁸

Por otra parte reconocía el profesor M. Atienza, que la teoría jurídica ha descuidado o no ha tratado aspectos importantes del razonamiento jurídico, como la argumentación en materia de hechos, la argumentación legislativa y la argumentación en la aplicación extrajudicial del Derecho. En su opinión tal vez el aspecto al que se le ha dedicado una mayor atención ha sido a la argumentación de las decisiones judiciales.⁹

No intentaré, sin embargo aquí construir un esquema argumentativo que ofrezca una respuesta definitiva a la primera de estas interrogantes, es decir, la relativa a ¿cómo se debe estructurar correctamente la argumentación en función de la necesidad de cambio normativo?, puesto que mi mayor interés en la exposición de este tópico es el examen de la segunda de estas cuestiones, la que tiene que ver con la manera de ordenar o estructurar la investigación científica encaminada a obtener los argumentos suficientes para fundamentar la aludida necesidad, aún así tendré necesariamente que referirme a la primera de las referidas preguntas dada la indisoluble conexión entre las dos.

Nadie cuestionaría hoy que la decisión de poner en vigor una disposición jurídica y de sustituir una norma por otra, tiene que ser algo suficientemente argumentado. La producción del Derecho se concibe en nuestra cultura jurídica como una actividad racional orientada hacia un objetivo.¹⁰ Pero el abordar la primera pregunta implicaría responder a otra también importante, ¿cómo saber cuando los argumentos aportados sobre la necesidad de cambio normativo son suficientes?

Conviene en tal sentido recordar lo que dijera el profesor M. Atienza de que argumentar es motivar, justificar una decisión¹¹. Faltaría sin embargo para comprender correctamente esta cuestión tomar en consideración que existen tres concepciones o modalidades de la argumentación:

- Concepción Formal: en la que el argumento es una inferencia derivada de una proposición, mediante un procedimiento lógico (por ejemplo deductivo) pasándose por la lógica de las premisas hacia las conclusiones (Raz).
- Concepción Material: donde las premisas son razones y no simples enunciados (Dworkin, Nino).

- Concepción Pragmática: o dialéctica; aquí la argumentación es un acto de lenguaje complejo que tiene lugar en determinadas situaciones (Toulmin, Alexi, Habermas).

Estas concepciones aunque distintas no son necesariamente excluyentes entre sí, sino que habría que tratar de aplicar complementadamente, y todavía de modo muy especial en este problema de la argumentación de la necesidad de cambios normativos. Luego el procedimiento de adopción de una nueva norma jurídica, independientemente de la peculiaridad de cada rama jurídica o del tipo de norma, debe pasar por considerar, invariablemente, algunos aspectos que resultan comunes y que se refieren a:

- ¿Cuáles son los fines que se persiguen (inmediatos y mediatos)?
- ¿Cuáles son los medios materiales y jurídicos que serían necesarios?
- ¿Qué tipo de reglas jurídicas serían las adecuadas?

De todo ello se puede inferir que para una correcta fundamentación de la necesidad de cambio normativo se requiere ofrecer:

- Argumentos estrictamente jurídicos.
- Argumentos no jurídicos, (políticos, económicos, sociales, éticos y otros).

El problema de la producción y aportación de los argumentos válidos para fundamentar una necesidad de cambio normativo ha sido tratado de modo diferente en los distintos países, tanto desde el punto de vista legislativo, como de las prácticas que se siguen en el proceso de cambio normativo. Hay países que exhiben mayores avances en este sentido, claro que ello dependerá del sistema político, de las tradiciones y de muy variados factores políticos y culturales. Los hay donde la publicación de las leyes ni siquiera va acompañada de la fundamentación y otros casos donde la argumentación que aparece en la exposición de motivos que sirve de preámbulo a las leyes es bastante lacónica o es visiblemente incompleta —hipotéticamente pudiera asumirse, que en el mejor de los casos se cuenta con esos argumentos pero que no se entiende necesario publicarlos pues sólo se consideran de interés para los legisladores o que en el peor de los casos esos argumentos ni siquiera se han buscado—. Creo innecesario abundar en la necesidad de que la fundamentación sea suficiente y se publique para la correcta interpretación de la ley por parte de los

operadores jurídicos y para la mejor comprensión por los ciudadanos y por todos los interesados en el conocimiento del Derecho.

Es muy conocido el caso del denominado *Checkliste* de Baviera¹². Lo curioso de este procedimiento, es que la filosofía que lo anima no es la de ofrecer una respuesta a la primera interrogante que se formulada a inicios de este tópico, sino que sus creadores y operadores parten de la subsidiariedad de la producción jurídica estatal respecto a otras formas alternativas de regulación y tratan de evitar la enfermedad de la producción excesiva de normas. Se trata de un conjunto de cuestiones previamente concebidas para que los participantes del proceso legislativo se pregunten y respondan acerca de la necesidad, eficacia, e inteligibilidad del proyecto de norma que se pretende aprobar.

En España hace hoy ya más de una década, se había encargado al Ministerio de Relaciones con las Cortes y a la Secretaria del Gobierno la elaboración de las *Directrices sobre la Forma y Estructura de los Anteproyectos de Ley que el Gobierno haya de presentar a las Cortes*, lo que fue aprobado en un Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 1991. Las aludidas Directrices al referirse a la parte expositiva de los anteproyectos de ley, señalan que éstos debe contener: los objetivos, antecedentes, competencias en cuyo ejercicio se dicta. Pero como puede visualizarse se trata principalmente de una argumentación formal.

Sin embargo se debe apreciar que en la práctica se ha avanzado mucho más allá de eso, así por ejemplo, en 1993, un Anteproyecto de Ley, Modificativa del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980, contemplaba en su exposición de motivos, aspectos como:

- La alusión al marco económico existente en Europa en los años 80 y 90.
- La presencia de actores nuevos como: la integración comunitaria y la internacionalización de las economías.
- La necesidad de buscar la competitividad de las empresas.
- Los nuevos ámbitos económicos de las empresas.
- Los problemas con el crecimiento económico
- Las dificultades para crear empleo.
- Razones jurídicas como: el interés de potenciar la negociación colectiva y de mejorar el marco jurídico, y de conservar valores como la negociación colectiva y la protección social.

4. Un modelo epistemológico integrado de la argumentación e investigación de la necesidad de cambio normativo

Etapa	Objeto	Objetivo	Método	Resultado
1. Estudio Teórico Jurídico	Doctrina Jurídica y de otras ciencias	Caracterizar y Evaluar el estado de la ciencia acerca de la institución	Deductivo, Inductivo, Análisis, Síntesis, Modelación Teórica. Estudio comparado (de la doctrina)	- Modelo teórico sobre la institución, Sistematización de conocimientos (Conceptos y teorías) - Identificación regularidades y tendencias en la doctrina.
2. Estudio Histórico Jurídico	Normas Jurídicas (ya derogadas o no)	Caracterizar y Evaluar el curso de la evolución legislativa en torno a la institución	Análisis histórico jurídico	- Identificación del origen (legislativo) de la institución y sus momentos de cambio. - Identificación de las regularidades y tendencias en la evolución de la normativa
3. Estudio jurídico Comparado	Normas Jurídicas vigentes en los diferentes países	Caracterizar y Evaluar al Derecho vigente en los países.	Análisis Comparativo de las Normas.	- Identificación de las regularidades (o similitudes) entre las legislaciones. - Identificación de tendencias. - Identificación de los modelos normativos existentes
4. Estudio Exegético Jurídico	Normas Jurídicas vigentes en el país de estudio	Caracterizar y Evaluar la calidad de las normas vigentes en un país	Análisis Exegético Jurídico	- Diagnóstico acerca de la calidad de las normas vigentes. - Identificación de deficiencias en la calidad de las normas.
5. Estudio Empírico Jurídico	Actividad de las personas que intervienen en la aplicación de las normas	Caracterizar y Evaluar los procesos de aplicación de las normas	- Métodos de la Sociología (Observación sociológica, Medición sociológica, Experimento Social). - Métodos Estadísticos.	- Diagnóstico sobre la calidad en la aplicación de las normas. - Identificación de deficiencias en la aplicación de normas. - Diagnóstico sobre el grado de eficacia, efectividad y eficiencia de las normas.

4.1. El estudio teórico jurídico

Esta es una parte imprescindible en toda la investigación del tipo que aquí nos ocupa, que debe abordarse como lo primero, y estimo en tal sentido que el estudio a realizar, en cuanto a esta parte, siempre debe cumplir una doble función:

- Caracterizar el estado de las ciencias sobre cada uno de esos aspectos de interés mencionados: las definiciones, los conceptos, los fundamentos, las clasificaciones, etc. Identificando claramente las cuestiones sobre las que existe consenso entre los autores, y en las que existe disenso, señalando en este último caso: cuáles son las variantes y cuál es el criterio que se asume a los efectos de la investigación que se está realizando.
- Ofrecer una sistematización de las definiciones y teorías que asume el investigador para que esto sirva como modelo teórico jurídico acerca de cómo debe entenderse correctamente la institución, esto es, como debiera ser idealmente, para que llegue a regularse y explicarse correctamente.

4.2. El estudio histórico jurídico

El aporte fundamental del estudio lo constituye la información que debe ofrecer respecto a lo que constituyen regularidades en las diferentes regulaciones sobre ese objeto de análisis, en el ámbito nacional o internacional. Es también un tipo de comparación, aunque en otro espacio, visto el objeto hacia el pasado y no hacia el presente y el futuro como se hace el Análisis Comparado del Derecho. El procedimiento que aquí se sigue es igualmente inductivo. Ofrece también argumentos respecto a las diferentes variantes de solución que las diferentes legislaciones, históricamente, dentro de un mismo espacio, han ofrecido para un mismo problema. Es por eso que se ha dicho que el análisis histórico jurídico permite diagnosticar el por qué el Derecho vigente es como es y no de otra forma. En otros casos y no bastando con lo anterior, se busca y se logra identificar qué es lo que ha resultado tendencial en las diferentes legislaciones vistas éstas como variantes de solución a un mismo problema. Aquí igualmente la fuerza argumentativa del resultado depende del grado de representatividad de la muestra tomada, o en otros casos, del rigor en la selección de las legislaciones a estudiar, el hecho de que se haya logrado analizar verdaderamente la totalidad de las normas dictadas sobre ese objeto.

Ahora bien, ¿cuáles son las limitaciones del estudio histórico las normas? Primero, se debe significar que de él no puede esperarse que se obtengan criterios valorativos concluyentes acerca del grado de eficacia o de efectividad de las legislaciones vigentes en los diferentes períodos, aunque hoy estén ya derogadas, ni la revelación acerca de las motivaciones económicas, políticas, sociales o jurídicas que fundamentaron la adopción de tales legislaciones en cada momento. Para contrarrestar esas limitaciones se sugiere combinar este método con la aplicación del método de análisis dialéctico, que permitirá apreciar al Derecho en cada momento histórico desde sus múltiples interrelaciones con los fenómenos y procesos de la política, la ideología, la base económica y de otros sectores de la sociedad. Y por último cabe significar que no siempre al identificar las regularidades y tendencias en la legislación histórica de un país determinado ello se puede aprovechar como criterio favorable a la argumentación de la necesidad de cambio normativo que se pretende, pues no siempre se puede derivar que lo que ha existido sostenidamente durante un largo período en un país debe mantenerse, o que lo que ya existió y hoy no existe debe recuperarse o restaurarse, ya que ello depende en realidad de múltiples factores; aquí se pone de manifiesto una limitación que es propia de los procedimientos inductivos como es éste el caso: la dificultad y lo riesgoso de hacer generalizaciones, de lo que resulta que no todo lo que ha existido o ha sido bueno en un momento lo sería para siempre. Y por otra parte, pudiera ocurrir que la apreciación obtenida sobre lo que constituye una regularidad o una tendencia en la legislación de un país apunte precisamente en sentido contrario a la argumentación del cambio que se pretende, por eso se recomienda también en el análisis interesarse en el examen de lo que pueden considerarse como particularidades y no limitarse a lo que es común o tendencial. Pero cuando esta situación ocurre se deben extremar las precauciones para no incurrir en lo que se ha denominado en otros marcos como falta de vigilancia epistemológica, consistente en que el investigador quiere a toda costa demostrar el resultado que pretende, aunque para ello tenga que torcer las condiciones de aplicación del método o manipular el resultado parcial que éste le ha permitido acarrear.

4.3. El estudio comparativo de las normas

Esta parte del estudio no debiera limitarse a describir el modo en que las diferentes normas han regulado los distintos aspectos objeto del estudio —

como muchas veces se aprecia—, sino que deben alcanzarse otras aportaciones. Entonces, ¿cuáles resultados son esos y cuál es su aporte concreto a la argumentación de la necesidad de cambio normativo?

Para responder a esas interrogantes faltaría apuntar que el análisis comparativo de normas se puede asumir desde la perspectiva de la investigación cuantitativa o de la investigación cualitativa, lo que implicaría seguir más de una variante:

Siguiendo un enfoque cualitativo, pues aquí no es importante el número de países seleccionados para hacer el estudio, tal es el caso:

- Cuando se realiza entre normas de dos o más países (pocos).
- Cuando se ha tomado como premisa la adopción de un Acuerdo de Integración Regional, un Tratado Bilateral o Multilateral (entre varios Estados, que sirve en este caso de modelo para la comparación).

En la primera de estas dos variantes, es decir, cuando se realiza entre unos pocos países, aquí lo que se adopta como fundamento (premisa) es la existencia de diferentes modelos legislativos y las diferentes variantes de solución que ofrecen para problemas bien concretos. El resultado al que se aspira es al de identificar las diferencias entre las legislaciones de esos Estados a los efectos de poder luego recomendar el modo de aproximar esas legislaciones. Luego el razonamiento aquí realizado es de tipo analógico: en la legislación de un país determinado, ante una ausencia de normas o una regulación que resulta incompleta o incorrecta por algún tipo de consideración, se debe adoptar la norma existente en otro país que resuelve un problema similar (a iguales problemas, iguales normas).

Y en la segunda situación, lo que interesa es la identificación de las carencias que presentan las legislaciones de los países estudiados para ser coherentes con el referido tratado.

En la tercera variante, siguiendo la estrategia del enfoque cuantitativo, lo importante es llegar a identificar lo que constituye una regularidad o una tendencia en la regulación de los diferentes países, a nivel global. Para ello en este último caso debe atenderse a un concepto bastante conocido en las investigaciones sociológicas concretas: el de la representatividad de la muestra. Desde esta perspectiva resulta claro que la selección del objeto de la comparación

(Normas vigentes en los diferentes países en cuanto a una misma institución), debe atender a criterios cuantitativos y cualitativos. Es decir, el peso del argumento como fundamento de la necesidad de cambio normativo en un país, dependerá no solamente de la cantidad, sino del tipo de países estudiados. Reitero que aquí lo importante no es sólo la cantidad de países seleccionados, ni la detallada información que se ofrezca acerca de sus legislaciones, sino el que mediante un procedimiento esencialmente deductivo, se llegue a precisar lo que constituyen regularidades en las legislaciones del conjunto de países. Se debe destacar la importancia de este procedimiento para identificar todas las posibles soluciones jurídicas que los diferentes países y sistemas de Derecho han ofrecido para un mismo problema.

Dentro de esta misma variante, en otros casos y no bastando lo anterior, se pretende además, identificar lo que resulta tendencial, desde el punto de vista del curso histórico, que han ido siguiendo las legislaciones dictadas por los distintos. Ello significa entonces que el estudio jurídico comparativo de las normas posee indiscutibles posibilidades de pronóstico, respecto al futuro que seguirá el Derecho en cuanto a la institución estudiada.

Un aporte alternativo de este tipo de estudio se obtiene cuando se complementa el análisis comparativo de las normas internas de los diferentes Estados con el examen de las normas contenidas en Tratados Internacionales, pues en este caso pudiera arribarse a que un determinado criterio normativo, además de resultar tendencial en la legislación de un conjunto de países, tiene además como apoyatura a orientaciones emanadas de Organismos Internacionales de la ONU o de Tratados Internacionales.

Este argumento pudiera ser favorable a la argumentación de cambio normativo, tanto y en cuanto ello obliga a los Estados a su recepción en sus ordenamientos internos.

Y otra variante resulta de combinar el análisis comparativo con la aplicación del método del análisis dialéctico del Derecho, en sus interrelaciones con factores económicos, políticos, sociales, culturales y de otro tipo.

Resulta prudente advertir acerca de la cuestión sobre cuáles son las limitaciones en cuanto a los resultados que pueden obtenerse del estudio comparado. Primeramente, procede precisar qué es lo que no puede esperarse del estudio comparativo del Derecho.

- Criterios valorativos concluyentes respecto a la calidad técnico-jurídica de la legislación de un país determinado.
- Criterios valorativos concluyentes sobre los niveles de eficacia o de efectividad de las legislaciones que rigen en los diferentes países.

En segundo lugar, se debe aclarar que si no se hubiera combinado el análisis comparativo con el análisis dialéctico, no se pueden obtener valoraciones respecto a las razones que fundamentaron la puesta en vigor y en su caso, la modificación de las normas que rigen en los diferentes países.

Y por último se debe significar que no siempre al identificar las regularidades y tendencias en la legislación de un conjunto de países ello se puede aprovechar como criterio favorable a la argumentación de la necesidad de cambio normativo en un país determinado, pues no en todas las ocasiones se puede derivar que lo que existe en un conjunto de países tiene que establecerse en otros, ya que ello depende en realidad de múltiples factores. Aquí se pone de manifiesto una limitación que es propia de los procedimientos inductivos, como es el caso: la dificultad y lo riesgoso de hacer generalizaciones, de lo que resulta que no todo lo que es bueno para unos lo es para todos. Y por otra parte pudiera ocurrir que la apreciación que se ha obtenido de lo que constituye una regularidad o una tendencia en la legislación de un conjunto de países apunte precisamente en sentido contrario a la argumentación del cambio que se pretende. Por eso se recomienda también en los análisis comparado de normas, el incursionar en el examen de lo que pueden considerarse como particularidades y no limitarse a lo que es común o tendencial. Pero cuando esta situación ocurre se deben extremar las precauciones para no incurrir en lo que se ha denominado como falta de vigilancia epistemológica, a lo cual ya hemos aludido.

4.4. El estudio exegético jurídico

De manera general, puede sostenerse que el análisis exegético jurídico de las normas jurídicas posibilita llegar a conclusiones sobre la calidad técnico-jurídica de las normas, ofreciendo un diagnóstico en el cual se identifiquen las deficiencias en dichas normas. Se supone que este tipo de resultado, sea relevante, decisivo en la argumentación de la necesidad de cambiar las normas vigentes. Pero un problema epistemológico que esto plantea es la determinación de variables e índices empíricos que sean suficientes para tal diagnóstico.

Considero, sobre todo, lo imprescindible de fijar dimensiones e indicadores que vayan más allá de la conocida validez y que por tanto no se limiten a detectar los problemas de lenguaje, semánticos u otros más de carácter formal, sino que permitan evaluar aspectos relativos a la pertinencia objetiva o subjetiva de dichas normas, cuestión que ya aquí se ha tratado. El resultado que se obtiene deviene importante además, pues permite precisar cuáles son los criterios técnicos a incluir en las propuestas de cambio normativo que se pretenden introducir.

4.5. El estudio empírico sobre la aplicación de las normas

Este tipo de estudio permite obtener como resultados:

- El diagnóstico sobre el estado de la aplicación de la legislación vigente, pudiendo identificarse logros y deficiencias.
- El diagnóstico acerca del grado de eficacia, efectividad y eficiencia alcanzado en la aplicación de la legislación vigente.
- La identificación de contradicciones y problemas fácticos en la interpretación y aplicación de las normas así como valoraciones acerca de las condiciones materiales y de otro tipo que ocasionan esos problemas.
- Si, como derivado de la aplicación del análisis dialéctico del Derecho, se hubieran definido variables adecuadas, se pudiera también obtener información sobre los factores económicos, políticos y sociales que han determinado el estado de la aplicación de la legislación vigente.
- Este tipo de estudios permite perfilar con claridad en qué sentido es que deben formularse las necesidades de cambio normativo.
- El estudio puede ofrecer información definitiva que permita deslindar cuándo los problemas de ineficacia de la norma son debido a deficiencias en las normas o en la labor legislativa y cuándo se trata de deficiencias en su aplicación, es decir, en la actividad de los operadores del Derecho, cuestión que de antemano no resulta fácil de responderse.

En ese sentido cabe advertir que el estudio empírico sobre la aplicación de las normas, no ofrece de por sí las conclusiones respecto a la calidad de dichas normas, es preciso que el estudio empírico vaya precedido del estudio exegético

y, en mi opinión, ello constituye una regularidad metodológica en toda investigación encaminada a obtener resultados científicos que sirvan para argumentar la necesidad de un cambio normativo, sobre todo porque permite hallar la diferencia que apuntaba en el párrafo anterior.

Pero igualmente cabe apreciar cómo muchas veces queda trunca la argumentación de la necesidad de cambio normativo.

Es verdad que por lo general una norma deficiente técnicamente debe originar problemas prácticos en su aplicación y que, por tanto, de los resultados concluyentes sobre la existencia de deficiencias en una norma pueden inferirse hipótesis sobre la existencia de deficiencias en la aplicación que son normalmente comprobadas o confirmadas luego en el estudio empírico. Pero no es posible desechar la hipótesis de una norma técnicamente correcta (al menos en el plano formal) que sin embargo presente problemas en su aplicación.

En los marcos de mi experiencia como investigador y evaluador de muchos trabajos en las ciencias jurídicas he apreciado cómo el desconocimiento o el menosprecio por la aludida regularidad metodológica genera insuficiencias en la argumentación de la necesidad del cambio normativo que se pretende y conduce a dificultades en la marcha de la investigación que se manifiestan en desorientación, atrasos, retrocesos y otros inconvenientes.

Otra tendencia, fruto del normativismo, errónea a mi modo de ver, consiste en sobredimensionar la importancia dentro de la argumentación de un cambio normativo, al tiempo que se menosprecia la necesidad del estudio empírico acerca de los procesos de aplicación de las normas (de su eficacia y efectividad); es decir, en este caso se intenta derivar lo imprescindible de la sustitución de una ley por otra como corolario de los defectos que tiene la norma vigente, o sea, a partir de argumentos que procedan estrictamente de la dogmática jurídica.

Ahora bien, ¿el investigador interesado en fundamentar una necesidad de cambio normativo tendría que desarrollar inexorablemente todo este esquema argumentativo e investigativo? La respuesta a esta interrogante, definitivamente es que no. En primer término, porque es posible que algunos de los segmentos de la argumentación estén ya construidos y que lo que falte sea completarlos, actualizarlos e integrarlos. O sea que probablemente ya existan estudios anteriores, que aunque aislados y con finalidades bien concretas, resulten valiosos a esos efectos (teóricos, históricos, comparados, empíricos o

de otro tipo) y no sea necesario repetirlos, sino localizarlos y sistematizar sus resultados. Por otro lado se presentan situaciones en las que la necesidad de cambio normativo deriva directamente del urgente imperativo de la recepción en el ordenamiento jurídico interno de los tratados internacionales y en esos casos no caben otras razones, tómesese por ejemplo, la necesidad de adoptar en los diferentes países las leyes contra el terrorismo.

5. Conclusiones

Primera: Que la fundamentación de la necesidad de un cambio normativo, debe integrar varios argumentos, y pudiera realizarse de acuerdo con el modelo que he propuesto y que partiendo de considerar los diferentes enfoques, (estructural, funcional y valorativo) sobre el Derecho, de manera sintetizada comprende los aspectos siguientes: 1) La evaluación acerca del estado actual de la ciencia jurídica acerca de los conceptos y teorías que fundamentan y explican la institución objeto del estudio, identificando sus tendencias fundamentales. 2) El diagnóstico acerca del curso histórico de las normas que integran esa institución, pasando por la identificación de sus orígenes, momentos de cambio más trascendentes y las tendencias en su evolución. 3) La evaluación acerca del comportamiento de las normas jurídicas que regulan ese objeto de estudio en los diferentes países, precisando regularidades y tendencias. 4) La evaluación acerca de la calidad técnico jurídica de las normas que conforman el Derecho nacional sobre ese aspecto, y 5) El diagnóstico acerca de la eficacia, y efectividad de tales normas.

Segunda: Que la indagación científica encaminada a proporcionar los argumentos suficientes que fundamenten la necesidad de un cambio normativo resulta una investigación multifacética y compleja, que va a requerir de diversos métodos y del examen desde la perspectiva de varias ciencias jurídicas y sociales.

Notas

¹ GONZALEZ GALVAN, Jorge Alberto: *La Construcción del Derecho; métodos y técnicas de investigación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1998. Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm

² MILEVA, María y VELINOV, V. *Metodología de la Investigación Científica en la actividad Jurídica*, Ministerio de Justicia. Habana - Cuba, Abril, 1988, p. 21.

- ³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ, Rodrigo: *Prólogo a la XIII Edición del Código Civil Español*, Tecnos, Madrid, 1994.
- ⁴ MÉNDEZ, Josefina y CUTIÉ, Danelia. *La función Legislativa y su principal producto: La Ley. Hacia un nuevo concepto*, (inédito) p.1
- ⁵ HOLMES, Oliver Wendel *The Common Law*, apud HABBA, Enrique P. «Racionalidad y Método para el Derecho, ¿es eso posible?», Revista, Doxa, 7/ 90, Alicante, España, pp. 230 y 231.
- ⁶ HABBA, Enrique P. «Racionalidad y Método para el Derecho: ¿es eso posible?», Revista Doxa, 7 y 8/90, Alicante, España.
- ⁷ ATIENZA, Manuel. *El Derecho como Argumentación*, (Inédito), Universidad de Alicante España, 1997
- ⁸ PEREZ LLEDÓ, J. A. Op. Cit, p.1
- ⁹ ATIENZA, Manuel: Op. Cit. p. 7
- ¹⁰ WROBLEWSKI, Jerzy apud. EZQUIAGA, Francisco Javier «Argumentos interpretativos y postulados del legislador racional», Revista Doxa, Número 7, Alicante, España, 1990, p.95
- ¹¹ ATIENZA, Manuel. *El Derecho como Argumentación*, (Inédito), Universidad de Alicante España, 1997, p.5
- ¹² Publicado por el Gobierno del Estado de Baviera, el 26 de junio de 1984.