

TÉCNICA LEGISLATIVA Y DERECHO PENAL

Irene Navarro Frías

Universidad de La Laguna

Resumen: el presente estudio trata el estado actual de la técnica legislativa en el ámbito del Derecho penal, intentando responder a las preguntas de si tiene sentido hablar de técnica legislativa *penal*; en caso de que así fuera, en qué estado de desarrollo se encuentra ésta y, por último cuál es el papel que en este ámbito está llamada a jugar la Constitución.

Palabras clave: técnica-legislativa, Derecho penal, dogmática de lege ferenda, Constitución.

Abstract: This contribution analyzes the current condition of the Legislative Drafting (technique) in the area of the Criminal Law, and tries to respond whether it does make sense to talk about Legislative *Criminal* Drafting (technique); if that is the case, in what level of development that is, and finally which role the Constitution is supposed to play in this area.

Keywords: Legislative Drafting, Criminal Law, lege ferenda, Constitution.

Recibido: junio 2010. Aceptado: octubre 2010

Sumario: 1. Introducción. Estado actual de la teoría de la legislación. 2. La resistencia pasiva de la dogmática ante la *mala ley* penal. 3. La técnica legislativa *penal*. 3. 1. Teoría de la legislación y técnica legislativa: concepto y relación. 3. 2. La superación de la visión formalista de la técnica legislativa. 3. 3. Racionalidad jurídico-formal y técnica legislativa. 3. 4. Técnica legislativa y dogmática penal: dogmática de *lege ferenda* y dogmática de *lege lata*. 4. El papel de la Constitución en el ámbito de la técnica legislativa penal.

1. Introducción. Estado actual de la teoría de la legislación

1. La ciencia del Derecho penal y, en general, la ciencia del Derecho, ha venido centrando sus esfuerzos, casi exclusivamente, en la interpretación y en la aplicación de la legislación¹. El punto de partida de la actividad científica y el objeto de su estudio se sitúa frecuentemente en la ley como producto ya acabado, sin que se plantee un adelantamiento del momento de intervención de la ciencia a la etapa de elaboración de la ley². A esto se suma que los avances en esta tarea de análisis y sistematización —enfoque que ha primado fundamentalmente en los siglos XIX y XX³— han

-
- 1 En palabras de NOLL, *Von der Rechtssprechungswissenschaft*, p. 524, la ciencia del Derecho ha sido hasta hoy pura ciencia jurisprudencial [*“die Rechtswissenschaft ist bis heute eine reine Rechtssprechungswissenschaft geblieben”* (cursiva en el original)]. V. también DRIENDL, *Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgesetzgebungswissenschaft*, p. 5. Sobre la carencia de una teoría y técnica de la legislación v. ATIENZA RODRÍGUEZ, *Doxa*, 1 (1984), p. 33. En contra de la afirmación de NOLL y calificando el título de su artículo (*“De la Ciencia jurisprudencial a la Ciencia de la Legislación”*) de *“polémicamente exagerado”* v. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, p. 229 n. 117.
 - 2 V. ATIENZA RODRÍGUEZ, *Argumentación y legislación*, p. 22, para el que *“el pensamiento jurídico de los dos siglos pasados ha tendido a considerar a las leyes como un dato fijo, un material del que había que partir, más bien que como un producto que hubiera que contribuir a elaborar”*; CALSAMIGLIA BLANCAFORT, *Doxa*, 13 (1993), ps. 163-4; HILL, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, p. 1; RÖDIG, *Gesetzgebungstheorie*, p. 11; SALVADOR CODERCH, *CFD*, 1982/3, ps. 79-80.
 - 3 V. ATIENZA RODRÍGUEZ, *Argumentación y legislación*, p. 20. Para EMMENEGGER, *Gesetzgebungskunst*, ps. 24-9, incluso cuando a la ciencia del Derecho se le atribufan tareas legislativas (por ejemplo, la reunión del Derecho vigente para

alcanzado tal grado de refinamiento y de profundidad científica —sobre todo si hablamos del ámbito del Derecho penal— que han hecho casi invisibles los intentos de enfocar la investigación hacia la creación de la ley⁴, pues en la revisión de esta tarea el jurista se siente altamente inseguro.

La ciencia del Derecho penal, satisfecha con el nivel alcanzado en el desarrollo de su labor sistematizadora, se ha dedicado entonces, y casi en exclusiva, a elaborar una teoría del delito que ha terminado adquiriendo gran potencia y ha proporcionado grandes rendimientos en los momentos interpretativo y aplicativo del Derecho, resultando de gran ayuda para el juez⁵. Sin embargo, la seguridad así adquirida ha influido también en acrecentar la reticencia de los científicos del Derecho a moverse por un terreno más resbaladizo, como podría ser el momento creativo de la ley penal⁶.

2. Pese a esta generalizada despreocupación del jurista por lo que ocurre antes de encontrarse con la ley (y su consideración de la misma como producto acabado)⁷ no podemos tampoco

su codificación a mediados del s. XIX), aquello no dejaba de ser una teoría metodológicamente monista sobre lo ya existente, que no se preguntaba por el Derecho correcto.

- 4 V. Díez RIPOLLÉS, *La nueva política criminal española*, p. 30, que critica la incomprensible y hasta irresponsable actitud de encerrarse “en la torre de marfil de la dogmática” dejando “que los encargados de elaborar las leyes operen sin el apoyo de elaboraciones teóricas y sin estar sometidos a constricciones normativas dignas de consideración”. Ya mucho antes WACH, *Legislative Technik*, p. 2, remitiendo a IHERING, llamaba la atención sobre el hecho de que el análisis de la ley penal se hubiese traído hasta una altura propia de la Escolástica mientras que la técnica legislativa estaba en sus comienzos [“die großen Ansätze einer Lehre gesetzgeberischer juristischer Technik (...) sind nicht fortentwickelt”].
- 5 V. Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, ps. 73-4.
- 6 Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, p. 74, habla de “efecto secante” de la teoría del delito frente a los intentos de centrarse en el momento creativo de la ley penal.
- 7 Hay que resaltar que incluso la formación del jurista se orienta exclusivamente a la aplicación del Derecho y no a su creación, como destaca NOLL, *Gesetzgebungslehre*, ps. 9-18. Esto es tanto más preocupante si tenemos en cuenta que incluso en los programas de oposiciones para funcionarios

decir, pese a lo que pudiera pensarse en un primer momento, que la misma sea una característica *intrínseca* a su condición de estudioso del Derecho, pues no se puede afirmar que el jurista *deba* limitarse al estudio del Derecho dado⁸. No se trata, por tanto, de una actitud impuesta por la propia naturaleza de su actividad. De hecho, la búsqueda del Derecho racional guió la actividad de los juristas durante siglos⁹ pero se abandonó en un determinado

llamados a desempeñar tareas relacionadas con la técnica legislativa, como es el caso de los Letrados de las Cortes Generales, no hay ni rastro de la técnica legislativa, como denuncia CAZORLA PRIETO, *Codificación contemporánea y técnica legislativa*, ps. 107-9.

- 8 De hecho existen algunas experiencias muy importantes de colaboración de la ciencia del Derecho en la elaboración de la ley. V. al respecto CUERDA RIEZU, *El legislador y el Derecho penal*, ps. 83-4, refiriéndose en concreto a la participación de varios profesores de Derecho penal en la redacción del Proyecto de 1980, de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal de 1983 y del Borrador de Anteproyecto de Código penal, Parte general, presentado en octubre de 1990. En Alemania hay que recordar que ya en la primera década del siglo XX, la doctrina penal participó activamente en la elaboración de un nuevo Código penal, quedando esta participación recogida en la obra “Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform”; v. al respecto EMMENEGGER, *Gesetzgebungskunst*, ps. 47-52. Lo mismo ocurrió posteriormente con la redacción del Entwurf 1962, en el que las aportaciones de la doctrina cristalizaron en el documento denominado “Materialien zur Strafrechtsreform. 1. Band. Gutachten der Strafrechtslehrer” (Bonn, 1954). Pero sobre todo debe recordarse el caso del Alternativ-Entwurf 1966 (AE 1966); sobre la relevancia del AE 1966 y las claves de su éxito [se trataba de un proyecto no pedido por lo que no estaba limitado en su objeto; los contactos con los representantes del Parlamento eran continuos; el debate se desplazó a la opinión pública, pues los profesores explicaban sus posturas dos veces al mes cada uno (16x2=32) en prensa, radio o televisión; etc.] v. AMELUNG, *ZStW*, 92 (1980); ps. 64-5; MAIHOFFER, *Gesetzgebungswissenschaft*, ps. 8-10; STÄCHELIN, *Strafgesetzbuch im Verfassungsstaat*, ps. 327-8.
- 9 Durante la época de las grandes codificaciones, la preocupación fundamental de los juristas fue la elaboración de un cuerpo de leyes racionales. Como uno de los precedentes de una teoría de la legislación ATIENZA RODRÍGUEZ, *Argumentación y legislación*, ps. 20-1, cita al movimiento de codificación europeo del siglo XVIII. Otro dato que refleja la preocupación de aquellos juristas por la creación del Derecho es su enseñanza en las Universidades; como recuerda H. SCHNEIDER, *Gesetzgebung*, p. 1, en la segunda mitad del siglo XVIII en las Universidades prusianas de Halle o de Frankfurt an der Oder las reglas para hacer buenas leyes eran objeto de las clases.

momento histórico. Concretamente fue con la conclusión del periodo codificador¹⁰ y, *en parte*, con el advenimiento y primacía del método positivista durante el siglo XIX en el continente europeo¹¹, cuando cambia totalmente la perspectiva del jurista,

Es más, si entendemos esta problemática en un sentido más amplio, podríamos incluso decir que el interés o la búsqueda del Derecho racional fue el principal objeto de debate desde la Grecia clásica hasta KANT; v. BOBBIO, *Doxa*, 2 (1985), p. 20. Sin embargo, no es hasta finales del siglo XVIII cuando se generaliza el término legislación (“*Gesetzgebung*”), como recuerda FISCHER, Rödiger-GS, p. 252. Sobre la delimitación entre la ciencia legislativa y la teoría del Derecho natural v. EMMENEGGER, *Gesetzgebungskunst*, ps. 239-42.

Por otro lado, comprobamos cómo algunos países —fundamentalmente los del *Common Law*— tienen una gran tradición de dedicación al estudio de la Legislación y no sólo de la Jurisprudencia, por utilizar la terminología de AUSTIN, como hace ZAPATERO GÓMEZ, *Doxa*, 15-16 (1994), *pássim*. V. ATIENZA RODRÍGUEZ, *Contribución a una teoría de la legislación*, p. 95, que aclara que la cultura del *Common Law* “conoce la figura del *draftsman* desde hace más de un siglo” (cursiva en el original). Hay que precisar, no obstante, que la tradición del *legal drafting* anglosajona se ceñía casi exclusivamente a cuestiones de redacción del texto; v. al respecto ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Teoría de la legislación y Derecho penal*, p. 11 n. 37.

10 Nos referimos a la conclusión del periodo codificador del s. XIX. En la actualidad la *liquidación de la etapa codificadora* ha sido promulgada de forma expresa por el RD 160/1997, de 7 de febrero, que, curiosamente, aprobó los nuevos Estatutos de la Comisión General de Codificación y que en su Exposición de Motivos dispone que es “inútil todo intento de codificar con ánimo de otorgar durabilidad a la ley y cristalizar así un sector jurídico”. V. esta referencia y su crítica en GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica*, ps. 71-4, que aclara que una cosa es que ya no valga la vieja idea codificadora por la gran proliferación de disposiciones normativas en nuestra sociedad (de “leyes desbocadas” habla este autor) y otra que no pueda hablarse de una idea nueva de codificación que intente suspender el proceso de sucesiva progresión normativa. V. sobre la forma de codificación posible en el Estado contemporáneo, CAZORLA PRIETO, *Codificación contemporánea y técnica legislativa*, ps. 41 y ss.

11 Esta referencia debe entenderse en el sentido de que se parte del Derecho como producto ya elaborado y de que no se considera la argumentación legislativa como un tipo de argumentación jurídica, porque no la llevan a cabo los profesionales del Derecho sino los políticos; v. al respecto ATIENZA RODRÍGUEZ, *Argumentación y legislación*, ps. 22-3. Para BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, p. 43, el positivismo jurídico entendido como forma de acercarse al estudio del Derecho (también puede entenderse como teoría y como ideología; v. ps. 39-49) se puede definir como teoría del Derecho que

que ya no se preocupa tanto por cómo se hace, sino por cómo se interpreta y se aplica el Derecho. La racionalidad jurídica deja de buscarse desde entonces en la elaboración del Derecho y el interés se desplaza al momento de su interpretación y aplicación¹². Se concluye así que las soluciones a las posibles irracionalidades de la ley deben buscarse en el momento de su interpretación y aplicación. De esta manera, los juristas abandonan al legislador y dirigen su mirada al juez¹³.

3. En este contexto, BOBBIO se ha referido al abandono de una razón en sentido fuerte en favor de una razón entendida en sentido débil. Ya no se habla de ley o Derecho racional, donde se utilizaría el término razón en un sentido fuerte, como razón sustancial que plantea el problema de si existe o no un Derecho racional y que se corresponde en el tiempo con el momento de creación del Derecho; se habla únicamente de razón jurídica, haciendo referencia a la razón en sentido débil, como capacidad de razonar en todos los sentidos en los que se habla de razonamiento (cálculo, inferencia, argumentación...) circunscrita al problema de la aplicación del Derecho¹⁴.

parte del presupuesto de que el objeto de la ciencia jurídica es el Derecho positivo. Profundizar más en el complejo concepto de positivismo jurídico es una tarea que excede con mucho de los límites del presente trabajo. Recientemente sobre este tema v. ORTIZ DE URBINA GIMENO, La excusa del positivismo, que (p. 28) critica la imprecisión del concepto "positivismo" que con tanta profusión utilizó y utiliza la dogmática jurídico-penal.

12 GARCÍA AMADO, Derechos y libertades, 2000/9, p. 305, propone la siguiente ley: "cuanto más se ve como racionales a la ley y al legislador, tanto menos importancia se da al tema de la racionalidad judicial; y, a la inversa, cuando decae la idea de la racionalidad legislativa tanto más preocupa la del juez".

13 Como resume PRIETO SANCHÍS, Ideología e interpretación jurídica, ps. 27, "el entusiasmo revolucionario que había edificado un sistema de Derecho positivo por primera vez coincidente con la razón y la naturaleza no podía ser duradero. Tras el definitivo asentamiento del Estado liberal decimonónico, rebrota el voluntarismo y la nuda realidad del poder", y más adelante (p. 28) "es entonces cuando a la razón no le queda más refugio que la interpretación del Derecho, pues cada día parece más evidente que su creación es un problema de voluntad, de ideología o de formación espontánea y cosificada".

14 V. BOBBIO, Doxa, 2 (1985), ps. 18-9.

Cuando actualmente se habla de razón en el Derecho se hace referencia fundamentalmente a la razón en el aludido sentido débil, es decir, al razonamiento jurídico a partir de los textos legales dados.

2. La resistencia pasiva de la dogmática ante la *mala ley* penal

1. Por todo lo dicho hasta ahora, parecería que el jurista se ha desvinculado efectivamente de las tareas legislativas y, en general, de cualquier función que tuviera que ver con la creación del Derecho. Y sin embargo, sorprende comprobar cómo el descrito desinterés de la ciencia del Derecho por el momento legislativo contrasta con el hecho de que en su actividad diaria los juristas no se limitan a aplicar el Derecho existente, sino que también acometen tareas de creación jurídica, como la redacción de leyes, reglamentos o contratos¹⁵. Cuestión distinta es si son capaces de llevarlas a cabo con base en un modelo teórico firme que guíe su desarrollo (como ocurre con la interpretación y la aplicación de la ley), o si, por el contrario, se opera más bien de una manera intuitiva¹⁶.

2. Pues bien: pese a la importancia de las funciones de contribución a la creación del Derecho que el jurista está llamado a desarrollar, parece, a primera vista, que actualmente no se cuenta con un esquema racional de diseño legislativo¹⁷. El refinamiento que se ha alcanzado en la argumentación jurídica y, en general, en el razonamiento jurídico, choca con el panorama desolador que

15 Llama la atención sobre este hecho HILL, Einführung in die Gesetzgebungslehre, p. 8.

16 Plantea esta cuestión CALSAMIGLIA BLANCAFORT, DOXA, 13 (1993), p. 161.

17 V. CALSAMIGLIA BLANCAFORT, DOXA, 13 (1993), p. 161. Sobre la queja de que el legislador informal (el que en realidad redacta las leyes) no ha sido enseñado para desempeñar su tarea, al contrario de lo que ocurre con el juez, v. MAIHOFER, Gesetzgebungswissenschaft, p. 5; WIELINGER, Weimar-FS, p. 163.

encuentra el legislador cuando busca guías o directrices (provenientes de la ciencia del Derecho) que orienten su actividad¹⁸.

3. No obstante, y pese a que lo dicho hasta ahora se corresponde con el panorama general actual, no puede dejar de

18 Para WIELINGER, Weimar-FS, p. 165, el jurista aprende este oficio de forma intuitiva, de la misma manera en que aprende a nadar el perro que es arrojado al agua. V. sobre el desinterés del jurista por el proceso legislativo ZAPATERO GÓMEZ, *Doxa*, 15-16 (1994), ps. 769-72. Aunque, en realidad, el desinterés dentro del binomio legislador-ciencia del Derecho es mutuo. De un lado, como critican LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, p. 18, “deberíamos ser conscientes de que, a veces, las complicadas construcciones dogmáticas o las exigencias de la más exquisita técnica legislativa están muy alejadas no sólo del lenguaje utilizado por los legisladores, sino también de las preocupaciones de los ciudadanos”. También NOLL, *ZStW*, 92 (1980), ps. 75-6, censura la postura de la ciencia del Derecho penal en este tema y compara el interés de la misma en que el legislador pueda aprovechar los rendimientos dogmáticos con el de una tortuga de mar que deja sus huevos en la arena y no se preocupa más de lo que ocurra con ellos.

Del otro lado, el legislador tampoco tiene mucho interés en escuchar lo que tenga que decir la ciencia del Derecho. Como resalta Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, ps. 41-2, sólo los programas de acción técnicos (por ejemplo, en el ámbito penal, la delimitación de conceptos dogmáticos como la comisión por omisión o el actuar en lugar de otro) se salvan de la tendencia general de desinterés del legislador por las aportaciones de la ciencia del Derecho. Acerca de la poca influencia de la ciencia sobre el proceso legislativo v. también STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, ps. 282 (para la legislación en general) y 284-5 (para el Derecho penal). Además, como precisa este autor (ps. 284-5), una cosa es que se consulte a la ciencia, lo que según él sí se hace, y otra muy distinta que se le haga caso (podríamos decir más bien, que se la tome en serio): tales consultas tienen un fin de legitimación, más que de información. Esto podría explicar muy bien lo sucedido en la tramitación del Código penal español de 1995, durante la cual, como relata ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Teoría de la legislación y Derecho penal*, p. 81, entre el momento en que el Ministro de Justicia firma la carta en la que se pide a miembros de la comunidad científica que se pronuncien sobre el Anteproyecto de 1994 y el día en que la Comisión de Subsecretarios examina el texto transcurrieron sólo dos semanas. Se cumple con el “requisito” de pedir opinión a la ciencia, pero no se tiene el más mínimo interés en tal opinión.

No obstante, el desinterés por parte del legislador no excusa la actual desatención de la ciencia del Derecho a las cuestiones legislativas. Cuando ésta se disculpa aludiendo a la realidad fáctica del legislador, es conveniente

admitirse que recientemente (de forma aproximada desde los años setenta del siglo XX)¹⁹ asistimos a un cierto renacer del interés de la ciencia por la creación del Derecho²⁰ y, con ello, por la labor creativa del legislador²¹. La ciencia del Derecho ha vuelto ocasionalmente a plantearse cuáles son las exigencias de un Derecho correcto; y se cuestiona tanto si puede hablarse de racionalidad en la legislación (y no sólo en la aplicación del Derecho), como cuál es la mejor forma de guiar la actividad legislativa para acercarnos

recordar las palabras de PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, p. 16, cuando afirma que “en nombre de la facticidad se desprecia la legislación, poniendo de relieve su insuficiencia o los intereses o egoísmos que la animan; pero se olvida esa misma facticidad (*sic*) cuando se nos propone al juez Hércules o al fino razonador (...) en nombre de la racionalidad, se idealiza la función judicial, omitiendo cualquier referencia al juez empírico; pero se olvida esa racionalidad a la hora de describirnos al legislador que, éste sí, aparece como verdaderamente es, cuando no mucho peor”. A él se une GARCÍA AMADO, *Derechos y libertades*, 2000/9, ps. 307-8.

- 19 En concreto, la obra de NOLL “Gesetzgebungslehre”, en el año 1973, supone un punto de inflexión en cuanto a la preocupación por estas cuestiones, aunque ya años antes se encuentran referencias en las obras de EUGEN HUBERT, WALTER BURCKHARDT o ADOLF GERMANN, como recuerda SCHULTZ, *Noll-GS*, ps. 160-5. También sitúan en los años setenta el comienzo del auge de la teoría de la legislación HILL, *Jura*, 1986, p. 57; KARPEN, *Weniger und bessere Gesetze*, p. 35; el mismo, *ZG*, 1986, ps. 11-3. Para WIELINGER, *Weimar-FS*, p. 161, el resurgimiento de este interés comienza en los años sesenta con la discusión sobre el nuevo Derecho penal en Alemania.
- 20 Sobre el fenómeno de este progresivo interés v. CUERDA RIEZU, *El legislador y el Derecho penal*, ps. 74 y ss.; ZAPATERO GÓMEZ, *Doxa*, 15-16 (1994), ps. 772-4. En el ámbito penal cabe destacar los dos congresos celebrados sobre el tema “Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung” en Bonn (1979) y en Halle (1999). Algunas de las contribuciones a los mismos pueden encontrarse en la *ZStW*, 92 (1980) y 111 (1999).
- 21 CUERDA RIEZU, *El legislador y el Derecho penal*, p. 74, se refiere a la actual preferencia por el término “legislador” en lugar del de “ley”, por la proximidad temporal entre aquél y el dogmático o el juez. En cambio, para KRÜGER, *Der Adressat des Rechtsgesetzes*, ps. 13-4, las representaciones antropomórficas del legislador son algo ingenuas y considera que hablar hoy de legislador es una ficción, dado que el legislador de hoy en día es una figura pluriforme y heterogénea. En este mismo sentido v. KARPEN, *ZG*, 1986, p. 21; NOLL, *Gesetzgebungslehre*, p. 15; Voß, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 24.

al Derecho racional²². Sin embargo, y aun teniendo en cuenta las importantes contribuciones que se han producido en el marco de este nuevo empuje a la teoría de la legislación²³, lo cierto es que una primera valoración del respaldo teórico con el que actualmente cuenta la misma nos sigue ofreciendo el dato negativo de que la atención prestada por la dogmática penal (y, en general, por la ciencia del Derecho) al problema de la creación del Derecho es muy escasa²⁴. Pese a que la doctrina es muy crítica con la política legislativa penal²⁵, se sigue partiendo de las leyes como un dato fijo y de irremediable vinculación²⁶, y las posibles irracionalidades del legislador tratan de compensarse en el momento de la aplicación del Derecho²⁷.

4. No hay más que abordar un caso problemático concreto para darnos cuenta del *modus operandi* de la ciencia del Derecho. Si pensamos, por ejemplo, en las cláusulas generales en Derecho penal, veremos cómo la ciencia del Derecho penal las acepta (aunque sea a regañadientes) y se limita a resistirse a ellas —en ocasiones con éxito— de forma pasiva²⁸. Así, ante cláusulas generales que pueden chocar frontalmente con el mandato de determinación, esta resistencia resignada consiste en proponer únicamente soluciones en el momento de aplicar la ley, como la apreciación de un error de prohibición, la consideración (a favor

22 V. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, p. 64. Sobre la exigencia de racionalidad en la actividad legislativa v. por todos ATIENZA RODRÍGUEZ, *Contribución a una teoría de la legislación*, *pássim*. Para el Derecho penal v. DíEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, *pássim*; SÁNCHEZ LÁZARO, *Política criminal y técnica legislativa*, *pássim*.

23 Como se ha dicho, la obra de NOLL “*Gesetzgebungslehre*”, marca un antes y un después en la teoría de la legislación.

24 V. DíEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad legislativa penal*, ps. 273-4; el mismo, *La racionalidad de las leyes penales*, ps. 13-4.

25 V., por ejemplo, y para el concreto ámbito de la biotecnología ROMEO CASABONA, Mantovani-LH, ps. 137-8, que critica el poco interés que se presta a las técnicas legislativas de tipificación.

26 V. ATIENZA RODRÍGUEZ, *Argumentación y legislación*, p. 22.

27 Como critica DíEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, p. 101.

28 V. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, p. 34.

del reo) de la amplitud de la cláusula en la individualización de la pena o la restricción del alcance de la cláusula a través de la interpretación²⁹. En nuestro país algún autor ha planteado que para el periodo inicial de aplicación de una nueva ley que contenga expresiones indeterminadas, y en tanto no existan criterios jurisprudenciales seguros, se podría tener en cuenta el factor de la incertidumbre a la hora de graduar la responsabilidad; y se busca el apoyo de resoluciones del Tribunal Constitucional como la STC 62/1982, de 15 de octubre, (FJ 7. C), que dispuso que la indeterminación de conceptos como “pudor” o “moral” podía “tenerse en cuenta al valorar la culpabilidad y en la determinación de la pena”³⁰.

5. Es evidente que, además de lo dudoso de algunas de estas soluciones, con ellas no se consigue atajar el problema desde la raíz³¹. Si estas propuestas de *lege lata* no van acompañadas de otras de *lege ferenda* sobre redacción de preceptos jurídico-penales, no sólo no se orientará al legislador sobre el modo de cumplir correctamente con sus funciones, sino que se le desincentivará en su tarea de buscar la configuración óptima de la ley. Pues el legislador será finalmente consciente de que casi cualquier irracionalidad en el momento legislativo (provocadas muchas veces por su falta de diligencia) se tratará de salvar (y se conseguirá muchas veces) en el momento aplicativo de la ley³².

6. En relación con esta *resistencia pasiva* de la ciencia del Derecho, es necesario aclarar que cuando hablamos de una ciencia orientada a la interpretación y a la aplicación de las normas tampoco se pretende presentar a la ciencia del Derecho (y más

29 V. al respecto SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, p. 34.

30 V. FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad*, ps. 183-4.

31 V. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, p. 34.

32 Parece que se prefiere corregir (jurisprudencialmente) que reducir los errores de la ley; v. al respecto ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Teoría de la legislación y Derecho penal*, p. 6. Y, sin embargo, como destaca SCHMIDHÄUSER, *Martens-GS*, p. 247, el hecho de que en su momento los tribunales alemanes declararan atípico el hurto de energía eléctrica y dejaran al descubierto esta laguna de punibilidad, fue lo que forzó al legislador a actuar.

concretamente a la ciencia del Derecho penal) como una ciencia dedicada al estudio acrítrico o neutral de la ley³³. Esta afirmación sería hoy en día simplemente insostenible. La ciencia del Derecho ni identifica la ley con lo justo³⁴, ni concibe su actividad como mera realización de lo expresado en la ley (sea justo o injusto). Al contrario, no sólo viene haciendo ya objeto de sus críticas a la ley³⁵, sino que trata incluso de salvar las contradicciones o las lagunas de la misma proponiendo, como hemos visto en el caso de las cláusulas generales, interpretaciones orientadas a tal fin. Sin embargo, en estos casos no podemos decir que la dogmática haya *pensado legislativamente*; al contrario, no dejamos de estar ante una actividad *aplicativa* del Derecho, que pretende ordenar sistemáticamente el material legislativo y que en este proceso descubre lagunas o contradicciones que son reprobadas al legislador y que se tratan de salvar³⁶. Sin duda, a esto último podría oponerse también que más allá de la mera crítica y de la interpretación *correctiva* de la ley, es decir, más allá de este tipo de actividad *aplicativa* del Derecho, la dogmática viene planteando al mismo tiempo propuestas de *lege ferenda*, lo que evidentemente constituye un paso crucial hacia una teoría de la legislación. Sin embargo, no es suficiente con constatar el hecho de que *en la práctica* se realizan propuestas de *lege ferenda* —lo cual, por cierto, no es lo habitual, quedándose normalmente la ciencia del Derecho en la mera crítica, sin acompañar a esta última de propuestas *concretas*³⁷—, sino que hay que comprobar si esto se hace bien. Es decir, si en esta actividad se alcanzan los estándares de racionalidad que se logran en la actividad interpretativa o *aplicativa* del Derecho. En definitiva, lo que se pone en duda no

33 V. últimamente sobre el carácter no siempre neutral de la dogmática SILVA SÁNCHEZ, RDPC, 2002/9, p. 98.

34 Sobre el positivismo como ideología v. BOBBIO, El problema del positivismo jurídico, ps. 46-9.

35 Lo que constituye un paso importante porque, como indica NOLL, Gesetzgebungslehre, ps. 31-2, la crítica a la ley es uno de los impulsos fundamentales que llevan a preocuparse por una ciencia de la legislación.

36 V. NOLL, Von der Rechtsprechungswissenschaft, p. 525.

37 V. RÖDIG, Gesetzgebungstheorie, p. 11.

es si la ciencia critica a la ley y propone su reforma³⁸ —lo cual es ya de por sí dudoso—, sino si para esto último se cuenta con unas bases teóricas suficientes. Y es en este sentido en el que hay que concluir que estamos muy lejos de modelos tan depurados para legislar como los que existen para juzgar (y, en general, para interpretar y aplicar la ley). Por lo que, al contrario de lo que ocurre en el momento de su aplicación, en el momento de la creación de la ley la intuición ocupa un lugar muy importante³⁹.

La superación de esta situación pasa necesariamente por el desarrollo de una teoría de la legislación depurada.

3. La técnica legislativa *penal*

3. 1. Teoría de la legislación y técnica legislativa: concepto y relación

1. La teoría de la legislación es la disciplina que estudia la forma y contenido de las normas, con el fin de obtener criterios, directrices e instrucciones para una elaboración y configuración más racional de las mismas⁴⁰. El fin de la teoría de la legislación

38 Pues como ha destacado LARENZ, Metodología de la ciencia del Derecho, p. 229, la jurisprudencia también se ha considerado siempre como una ciencia “a cuya misión pertenece dar expresión a las exigencias jurídico-políticas y elaborar nuevas propuestas de legislación”.

39 V. CALSAMIGLIA BLANCAFORT, *Doxa*, 13 (1993), p. 177.

40 Definición de NOLL, *Gesetzgebungslehre*, p. 15, a la que se suman, entre otros, GÜNTHER, *JuS*, 1978, p. 8; SÁNCHEZ LÁZARO, *RDPC*, 2005/16, p. 83; VOß, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 12. WALTER, *ÖJZ*, 1963, p. 85, la define como teoría cuya función es proporcionar reglas sobre cómo se pueden hacer buenas leyes. Sobre los conceptos de “ciencia de la legislación”, “teoría de la legislación” y “técnica legislativa” v. MARCILLA CÓRDOBA, *Racionalidad legislativa*, ps. 286 y ss. Para ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Teoría de la legislación y Derecho penal*, ps. 13-6, la teoría de la legislación es una técnica y no una ciencia, primero, porque su objetivo es actuar sobre una realidad compleja y no describir o comprender la realidad y, segundo, desde un punto de vista epistemológico, porque no tiene la pretensión de llegar a un resultado “correcto” ni trata de excluir los márgenes de apreciación de quien pretende hacer una buena ley. En cambio, para MARCILLA CÓRDOBA, *Racionalidad legislativa*, p. 287, se podría hablar de ciencia de la legislación como concepto que de forma

sería pues orientar al legislador en el camino de alcanzar una mayor racionalidad de la ley (o la mayor racionalidad posible)⁴¹. Para ello la teoría de la legislación se marca el objetivo de contribuir, mediante aportaciones desde distintas perspectivas, a un mejor conocimiento del fenómeno de la legislación así como a un mejor manejo de los recursos con los que se cuenta para influir en el mismo⁴².

2. Si lo que se propone es construir una teoría *general* de la legislación, no circunscrita a un sector jurídico concreto sino a todo el ordenamiento, veremos que esta tarea, aunque posible, está condicionada por algunas limitaciones. La visión global del ordenamiento que subyace a una teoría *general* de la legislación impide tener en cuenta las particularidades de la materia (del concreto sector jurídico) que se quiere regular. Sin embargo, no puede ignorarse el hecho de que los criterios, directrices e instrucciones que se pueden dar al legislador en el ámbito civil pueden no ser igualmente adecuados para el ámbito jurídico-penal y que, por tanto, el concreto sector sobre el que se quiere incidir es un factor relevante en los estudios sobre creación del Derecho.

Como GIMBERNAT ORDEIG señaló en su momento, la definición de funcionario del Derecho penal no tiene que ver con la del Derecho administrativo; tampoco el concepto de cosa mueble tiene que coincidir con el de Derecho civil y “aunque en el Código civil se diga que el niño que no ha llegado a vivir veinticuatro

más amplia recoge los distintos estudios que tienen por objeto la legislación, pudiendo englobar todo discurso a propósito de la legislación, entre ellos la teoría de la legislación y la técnica legislativa. Nosotros manejaremos los términos “teoría de la legislación” y “técnica legislativa”.

41 KARPEN, Zum Stand der Gesetzgebungswissenschaft, ps. 28-9, señala que no sólo no se *puede*, sino que no se *debe* alcanzar una total racionalidad de la teoría de la legislación, pues una total dirección de la vida social a través de las leyes significaría la aniquilación de la libertad; el mismo, Weniger und bessere Gesetze, p. 48.

42 Ante la crisis de la ley tanto exigir demasiado (una racionalidad total) como resignarse son malas alternativas, así que habría que preguntarse con BÖHRET, Einführung, ps. 6-7, “*gibt es praktikable Lösungen der ‘mittleren Reichweite’?*”. Y es aquí donde entra la teoría de la legislación.

horas no es persona, al Derecho penal esto no le importa para nada. El que mata a un niño de diez horas comete infanticidio (o asesinato) y no aborto”⁴³.

Por esta razón para autores como KARPEN, una teoría de la legislación constituye *sólo* una parte general cuyos principios se concretan en las partes especiales, entre ellas la que informa la legislación penal⁴⁴. La importancia que tiene el estudio separado de las correspondientes partes especiales se pone de relieve si tenemos en cuenta el muy distinto significado que tienen algunos principios que informan la tarea del legislador. Por ejemplo, el mandato de determinación tiene un alcance en el ámbito penal muy distinto del que posee en el Derecho civil⁴⁵. Y así, cláusulas inadmisibles por su indeterminación en el ámbito penal pueden incluso ser recomendables en el campo del Derecho privado, como ocurre con conceptos como el de la buena fe o la diligencia del buen padre de familia⁴⁶.

3. Por lo que se refiere a la técnica legislativa⁴⁷, ésta se nos presenta como una parte de los estudios de legislación⁴⁸ que

43 V. GIMBERNAT ORDEIG, Concepto y método de la ciencia del Derecho penal, p. 26. Sobre la inutilidad para el Derecho penal del concepto jurídico de persona proporcionado por el Código civil v. ROMEO CASABONA, Los delitos contra la vida y la integridad personal, p. 14.

44 V. KARPEN, ZG, 1986, p. 10. En el mismo sentido v. GÜNTHER, JuS, 1978, p. 8; NOLL, Gesetzgebungslehre, p. 71.

45 V. GÜNTHER, JuS, 1978, p. 8.

46 Sobre la justificación de un estudio de técnica legislativa *penal* v. OSSANDÓN WIDOW, La formulación de los tipos penales, ps. 15-7.

47 Para OSSANDÓN WIDOW, La formulación de los tipos penales, p. 10 n. 39, sería más propio hablar de técnica normativa, pero admite que la expresión atribuida a GÉNY (“La technique législative dans la codification civile moderne”, publicado en Le Code Civil 1804-1904, vol. II), se encuentra ya enraizada en nuestro campo de estudio.

48 Dentro de la teoría de la legislación se han diferenciado las siguientes ramas según el objeto sobre el que recaiga el estudio: la *teoría de la legislación* (podríamos decir que en sentido estricto), que se ocupa de las posibilidades y límites de la obtención científica de conocimientos sobre la legislación; la *analítica de la legislación*, que se ocupa de los conceptos de norma, ley y legislación; la *táctica de la legislación* que se ocupa de analizar los órganos

se encarga de la formulación de la decisión legislativa y de la configuración óptima de la ley⁴⁹; es decir, que se ocupa de las cuestiones de formulación e inserción de los mensajes normativos en el sistema jurídico positivo⁵⁰. Podríamos decir, a salvo de lo que se explicará a continuación, que se ocupa de la *forma* de la ley.

Una vez adoptada la decisión legislativa, cuestión de la que se ocupa la metódica de la legislación (que describe los pasos que han de seguirse en el procedimiento legislativo interno⁵¹), la técnica legislativa (en nuestro caso penal) se encarga de trasladar de forma óptima tal decisión al tenor literal de los preceptos jurídicos. Se trata de insertar el mensaje normativo coherentemente

y el procedimiento de la legislación —el procedimiento externo de la legislación— y los medios para influir sobre el mismo; la *metódica de la legislación*, que reflexiona sobre cómo se consigue la ley “buena” o “correcta” —procedimiento interno de la legislación—; y finalmente, la *técnica legislativa*, que se ocupa de las reglas generales sobre formación de las leyes, su división, sistemática, lenguaje, etc.; sobre esta clasificación v. HILL, Jura, 1986, p. 60; KARPEN, ZG, 1986, ps. 7-8; MAIHOFFER, Gesetzgebungswissenschaft, ps. 24-5; VOGEL, Roxin-FS, p. 108. Más recientemente v. KARPEN, Zum Stand der Gesetzgebungswissenschaft, ps. 13-4, que añade la investigación sobre la eficacia de las leyes (“Wirkungsforschung”). Sobre esta última v. también KARPEN, Weniger und bessere Gesetze, ps. 42-7. GÜNTHER, JuS, 1978, ps. 8-9, diferencia entre cuestiones de contenido (en las que intervienen criterios político-criminales) de las que se ocupa lo que él denomina “Methode der Strafgesetzgebung” y cuestiones de forma de las que se ocupa la “Technik der Strafgesetzgebung”.

- 49 V. HILL, Einführung in die Gesetzgebungslehre, p. 96; KARPEN, ZG, 1986, p. 29. Para SALVADOR CODERCH, CFD, 1982/3, ps. 80-1, se trata de la traducción al lenguaje jurídico (y de cuál sea la mejor traducción de entre las posibles) de las reglas propuestas por los políticos, por los científicos sociales o por ambos, así como de su compatibilidad con el resto del marco institucional, además de otros problemas análogos.
- 50 V. DOVAL PAIS, Posibilidades y límites para la formulación de las leyes penales, p. 47. Sobre el concepto de técnica legislativa v. también GALIANA SAURA, AFD, XVII (2000), ps. 248-9; ITURRALDE SESMA, RVAP, 1989/24, p. 225.
- 51 V. un estudio sobre los pasos que hay que dar para lograr un Derecho correcto en NOLL, Gesetzgebungslehre, pássim. Estos serían, resumidamente, los siguientes: presencia de un impulso problemático, definición del problema, propuesta de objetivos, análisis de los hechos, propuesta de alternativas y crítica de los proyectos.

en el ordenamiento jurídico, para lo que hay que *traducir* el mensaje del legislador a términos jurídicos⁵². En el desarrollo de esta tarea se tendrán en cuenta exigencias de muy diversa índole. Trasladar de forma óptima tal decisión significa, por ejemplo, y a título indicativo, que exista un equilibrio entre el tenor material y el tenor literal de los preceptos jurídico-penales⁵³; que exista una armonía entre el impulso problemático que da origen a la regulación y lo finalmente recogido en la ley; y que se respeten y se hagan fructificar los principios admitidos en niveles más abstractos de racionalidad (como el principio de igualdad o el de legalidad).

4. Una clara muestra de desequilibrio entre el impulso problemático y su regulación sería, por ejemplo, la propuesta alternativa de reforma del art. 368 CP que hace la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, y que se contiene en el punto 3.º de su Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25 de octubre de 2005⁵⁴. Este Acuerdo, aprobado al amparo del art. 4. 3 CP, propone una posible solución al problema de las penas, en ocasiones demasiado duras, impuestas a los que trafican con pequeñas cantidades de droga. Para salvar este problema de desproporción (por exceso) de la pena se sugiere modificar la redacción actual del artículo 368 “añadiendo que cuando se trate de cantidades módicas las

52 AMELUNG, ZStW, 92 (1980), p. 27, concibe a la técnica legislativa como una parte de la teoría de la legislación, y más concretamente, como la capacidad, adscrita a los juristas, de formular programas de decisión, como los programas condicionales.

53 Los términos son de SÁNCHEZ LÁZARO, RDPC, 2005/16, p. 108, quien habla de equilibrio entre el tenor literal y el *tenor material* de las definiciones legales de los institutos jurídico-penales (cursiva en el original).

54 Propuesta finalmente acogida en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código, que añade el siguiente párrafo al art. 368: “No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370”.

penas deberían ser de seis meses a dos años, cuando se trate de sustancias que no causen grave daño a la salud, y de dos a cinco años si se trata de sustancias que sí causen grave daño". Esta es la primera propuesta del Pleno, pero a continuación y como propuesta alternativa se plantea "añadir un segundo párrafo al actual artículo 368 CP con el siguiente texto 'no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable'". Esta segunda propuesta es un claro ejemplo de descoordinación entre el problema que impulsa la reforma (atenuar las penas del tráfico con pequeñas cantidades de droga) y la solución legislativa propuesta. Entre el problema que impulsa el proceso legislativo ("*Problemimpuls*"), que es la excesiva pena que se impone a sujetos que trafican con pequeñas cantidades de droga, y la propuesta de solución, que es una cláusula general que en nada se refiere al problema concreto que se trata de solucionar, no existe una interrelación coherente. Si al menos se hubiera hecho alusión en el Acuerdo a otro tipo de casos en los que sería recomendable una disminución de la pena y se alegara que para evitar una regulación en exceso casuista se recurría a este método, sería más entendible. Pero esto no ha sido así. Por esta razón, y desde esta perspectiva, resultaría preferible la primera de las propuestas presentada por el Pleno del Tribunal Supremo, pues en ésta por lo menos sí existe armonía entre el impulso problemático que da origen a la regulación y lo finalmente recogido en la ley.

5. La técnica legislativa tiene entonces como cometido la *traducción e inserción* en la ley de la decisión legislativa ya adoptada. En la delimitación del campo propio de la técnica legislativa también es usual distinguirla del resto de las disciplinas que se ocupan de la legislación adscribiendo a la misma un tipo (más bien dos) de racionalidad legislativa⁵⁵: los niveles de racio-

55 ATIENZA RODRÍGUEZ, Contribución a una teoría de la legislación, ps. 27 y ss, propone una división en cinco niveles de la racionalidad legislativa. La racionalidad comunicativa o lingüística, en cuanto el emisor debe transmitir con fluidez un mensaje (ley) al destinatario; la racionalidad jurídico-formal,

nalidad lingüística y jurídico-formal⁵⁶. Sin perjuicio de lo que se diga más adelante, el primero de los niveles (el de racionalidad jurídico-formal) se ocupa de que la nueva decisión legislativa se inserte de forma armoniosa en el conjunto del ordenamiento, y

que supone que la nueva ley se inserte armoniosamente en el sistema jurídico; la racionalidad pragmática, que se comprende en términos de efectividad (la conducta de los destinatarios tiene que adecuarse a lo prescrito en la ley); la racionalidad teleológica, que este autor comprende en términos de eficacia (la ley tiene que alcanzar los fines sociales perseguidos); y la racionalidad ética, porque las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores que deben ser susceptibles de justificación ética. Este esquema de los niveles de racionalidad es quizá el más completo y aceptado por la doctrina. Otros autores ofrecen modelos no tan completos de racionalización de la toma de decisiones políticas. Por ejemplo, WALTER, *ÖJZ*, 1963, ps. 86 y ss., señala los principios que deben guiar la tarea del legislador y que resume en los principios económico, de adecuación, de comprensibilidad y precisión, de orden sistemático y de publicación. Al modelo de WALTER se suman KARPEN, *ZG*, 1986, p. 30; KRÜGER, *Der Adressat des Rechtsgesetzes*, ps. 82 y ss; MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, ps. 213-7. Sobre el principio de economía legislativa, adscribiéndose a la postura de WALTER, v. NOLL, *Germann-FS*, ps. 163-5.

No obstante, al esquema de ATIENZA RODRÍGUEZ cabe hacerle algunas críticas. Entre ellas (pues no puede entrarse en todas pormenorizadamente; para más detalle v. NAVARRO FRÍAS, *Técnica legislativa y tipicidad penal. La problemática de las cláusulas innominadas en la legislación penal*, ps. 50 y ss.) la de que si lo que se quiere establecer es un modelo de elaboración de leyes y no simplemente de análisis de las existentes, se debe invertir el orden de estudio de los niveles de racionalidad; es decir, primero, racionalidad ética, y a continuación las racionalidades teleológica, pragmática, jurídico-formal y lingüística. V. al respecto Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, p. 91. Le sigue SÁNCHEZ LÁZARO, *¿Cómo se valora un texto normativo?*, p. 64 n. 16. El propio ATIENZA RODRÍGUEZ, *Argumentación y legislación*, p. 44, se ha mostrado de acuerdo con esta inversión del orden cuando de lo que se trata no es de analizar o evaluar, sino de proponer una ley.

- 56 A esta posibilidad se refiere Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, p. 88, aunque crítica finalmente (p. 89) el intento de establecer una solución de continuidad entre los niveles. BULYGIN, *Teoría y técnica de legislación*, ps. 411-3 y 423, distingue los problemas de legislación políticos y técnicos, y engloba bajo estos últimos a los lingüísticos y a los lógicos. Para NOLL, *Gesetzgebungslehre*, p. 169, el tema de la técnica legislativa tiene dos partes: por un lado, se refiere a la información que proporciona la ley y, por tanto, a factores semánticos-cognitivos; y, por otro lado, aunque en estrecha vinculación con el tema anterior, a cuestiones de técnicas de regulación, cons-

el segundo (el de racionalidad lingüística) trata de garantizar el éxito de la ley como acto de comunicación⁵⁷.

3. 2. La superación de la visión formalista de la técnica legislativa

1. El hecho de que la técnica legislativa se ocupe primordialmente de mejorar la ley como sistema y como acto de comunicación —y en este sentido de la *forma* de la ley— y que, por ello, se concentre en los niveles de racionalidad jurídico-formal y lingüístico (respectivamente), ha llevado en ocasiones a considerarla una actividad avalorativa (o neutral) y despreocupada de los fines de la ley. De alguna forma, ocurre algo similar a lo que pasó con la dogmática durante algún tiempo: el intérprete del Derecho debía limitarse a sistematizar y aplicar la ley, lo que convertía su actividad en valorativamente neutral. Sin embargo, conviene destacar en este momento que pese a que liguemos la técnica legislativa al nivel de racionalidad jurídico-*formal*, en realidad aquélla no debe limitarse a la visión en exceso *formalista* que se ha manejado en algunas obras⁵⁸. No debe asumirse una

trucción de preceptos jurídicos, técnica de los tipos (“Tatbestandstechnik”), etc.

57 Téngase en cuenta que muchos autores, empezando por WALTER, ÖJZ, 1963, p. 85, han entendido que el fin último al que debe tender la técnica legislativa es el de la cognoscibilidad de la ley.

58 Por ejemplo, la obra de GRETTEL, como afirma el propio SALVADOR CODERCH en su Introducción, p. 12, trata de aspectos *genuinamente* formales: el título de las leyes, la cláusula de promulgación, la Exposición de Motivos, la división y sistemática de la ley, las remisiones, la parte final de las leyes,... En otro lugar, SALVADOR CODERCH, Lacruz Berdejo-LH, p. 1999, señala que “el presupuesto tal vez básico de la buena técnica legislativa es el *reconocimiento por parte del técnico del primado de la política*” (cursiva en el original). Esta autolimitación del grupo GRETTEL a los aspectos formales de la técnica legislativa ha sido reconocida también posteriormente por este mismo autor en InDret, 2/2004, p. 3 n. 1, justificándola en el hecho de que en aquel momento lo que procedía era poner a disposición de los redactores el material elaborado por los alemanes (“Gesetzestechnik”) y por el *Civil Law* (“Legislative Drafting”). WIELINGER, Weimar-FS, p. 161, distingue en la teoría de la legislación una cara formal, de la que se ocupa la técnica legislativa, y una cara normativa,

caracterización meramente formal de esta disciplina, que la convertida en una especie de traductor *automático* al lenguaje jurídico del mensaje legislativo, y ello porque pese a que se ocupa de la forma de la ley, le corresponde también la misión fundamental de hacer fructificar en la misma los principios y los fines que con ella se persiguen⁵⁹.

Los aspectos de forma y contenido de la ley no pueden entonces separarse de una manera tajante, por lo que la técnica legislativa, pese a estar orientada fundamentalmente a la forma de las leyes, también tendrá algo que decir acerca de su contenido⁶⁰. En este sentido ya manifestó NOLL, uno de los iniciadores de la preocupación por la técnica legislativa, que si no es posible de forma general separar la forma y el contenido, tampoco lo es en el caso de las manifestaciones del legislador⁶¹. En efecto, la elección de una determinada técnica legislativa decide sobre gran cantidad de cuestiones materiales de enorme significado; y así, por ejemplo, la decisión sobre si los tipos se formulan de una manera general o casuística o si las consecuencias jurídicas deben disponerse de forma relativamente determinada o indeterminada, influye directamente en las relaciones entre el legislador y el juez, además de presuponer una determinada concepción de la división de poderes⁶². Y tampoco podría afirmarse que a la hora de castigar

preocupada por el Derecho correcto y, califica a esta última (p. 169) de “ilusión”.

59 NOLL, *Gesetzgebungslehre*, p. 169, pone de relieve que la técnica legislativa es el medio para alcanzar el fin perseguido por la ley y debe orientarse al mismo.

60 Sobre la relación entre forma y contenido de las leyes v. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, ps. 70-9.

61 V. NOLL, *JZ*, 1963, p. 297. En el mismo sentido v. KRÜGER, *Der Adressat des Rechtsgesetzes*, p. 82; MÜLLER, *Richtlinien der Gesetzestechnik*, p. 212; y más recientemente v. VOß, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 10. Parece que en contra se muestra WALTER, *ÖJZ*, 1963, p. 85, pues afirma que la técnica legislativa tiene que ver con la calidad de las leyes, independientemente de su contenido.

62 V. NOLL, *JZ*, 1963, p. 297. Sobre las implicaciones de la técnica legislativa para el modelo de institucionalización de los poderes ha afirmado GARCÍA AMADO, *Derechos y libertades*, 2000/9, p. 317 y n. 29, que “la actual

las conductas imprudentes, optar por el modelo de cláusula general del art. 565 ACP o por el principio de excepcionalidad del actual art. 12 CP es una mera cuestión de forma, sino que presupone una determinada concepción, no sólo de la imprudencia, sino de los propios límites de la intervención penal⁶³.

2. Tampoco pueden olvidarse los casos, frecuentes en la práctica, en los que las irracionalidades en los niveles lingüístico o jurídico-formal —los fallos en la forma de la ley— lejos de ser errores del legislador, son queridos y calculados por el mismo para lograr determinados fines⁶⁴. Por ejemplo, aquellos supuestos en los que se redacta una ley de forma muy vaga o ambigua porque sólo de esta manera se puede lograr el consenso político necesario para su aprobación; o bien, los casos en los que el legislador se vale intencionadamente de cláusulas muy amplias que desplazan al juez la responsabilidad de dirimir el problema de fondo al ponerse en contacto con las circunstancias del caso concreto⁶⁵. En estos casos, una técnica legislativa neutral y acrítica respecto de los fines perseguidos por el legislador se limitaría a dar directrices al mismo acerca de cómo redactar la ley de la manera más amplia y ambigua posible para lograr tales objetivos de consenso político o de desplazamiento de la responsabilidad al juez, sin cuestionárselos.

proliferación y apología de normas en blanco, principios, cláusulas totalmente abiertas, etc., bajo la apariencia de adaptabilidad, adecuación y apertura a la sensibilidad y al consenso social de cada instante, nos retrotraen al más puro y rígido modelo de imperativismo hobbesiano, cambiando sólo el soberano en cuestión: dan cuenta de que lo más importante es que haya mandato para resolver cada caso —la sentencia— y sujeto capaz de mandar e imponerse —el juez—, prescindiendo de lo que significa la certeza de la norma previa en un contexto de libertad y garantías”. Como señala GALIANA SAURA, AFD, XVII (2000), p. 261, “una formulación incorrecta de la norma no garantiza la uniformidad deseada en su aplicación y adjudica poderes normativos a los órganos de aplicación del Derecho y a los intérpretes normativos”.

63 Sobre los problemas del delito imprudente y la técnica legislativa v. últimamente ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia*, ps. 31-62.

64 V. al respecto MARCILLA CÓRDOBA, *Racionalidad legislativa*, ps. 297-8.

65 V. MARCILLA CÓRDOBA, *Racionalidad legislativa*, p. 298.

3. En definitiva, no puede perderse de vista que incluso exigencias tan *aparentemente formales* como las de que la ley sea clara, precisa o concreta, que parecen básicas para la redacción de la ley penal⁶⁶, derivan de un *determinado* entendimiento del principio de legalidad, que es el que impone, primero, los requisitos que debe cumplir la ley penal y, segundo, una determinada prelación interna entre ellos, y que presupone la previa resolución de cuestiones tales como la de *quién es el auténtico destinatario de la ley*⁶⁷. El problema de la forma de las leyes no tiene que ver, por tanto, con razones estéticas de embellecimiento de los textos legislativos, sino con la optimización en la producción de leyes atendiendo a fines y a valores. Por ello, no puede verse la técnica legislativa como una discusión ajena al contenido de las leyes, pues a la elección de la forma idónea de la ley subyacen importantes juicios valorativos⁶⁸.

La traducción de la decisión legislativa a términos legales, por lo menos en lo que respecta al Derecho penal, supone la toma en consideración de determinados principios (pensemos en el principio de legalidad o en el de proporcionalidad), que hay que tener en cuenta en la configuración y redacción de los preceptos, y que habrá que hacer fructificar precisamente en estos niveles de racionalidad. Si estos principios han de ser tomados en serio, evitando que queden en una mera declaración programática en niveles de racionalidad más abstractos, será ésta la fase en la

66 Como señala MARTÍN CASALS, La estructura básica de un manual español de técnica legislativa, p. 256, la primera regla básica de técnica legislativa en materia de lenguaje legal establece que las disposiciones normativas deben redactarse de manera clara, sencilla, precisa, concisa y coherente.

67 Sobre las exigencias derivadas del mandato de determinación para la forma de los tipos penales v. NAVARRO FRÍAS, Mandato de determinación y tipicidad penal, pássim.

68 Se podría hablar, utilizando la terminología de MARCILLA CÓRDOBA, Racionalidad legislativa, p. 291, de una técnica legislativa maximalista “cuyo objeto es desarrollar medios o instrumentos de mejora de la legislación coherentes con la exigencia de justificación axiológica de fines y medios de la legislación”. Sobre la dificultad de discutir sobre los mejores medios legislativos sin que se planteen cuestiones valorativas v. MARCILLA CÓRDOBA, Racionalidad legislativa, ps. 305-7.

que se les sacará el mayor rendimiento⁶⁹. Pues es en la fase en la que se decide acerca de la forma y la configuración concreta de las leyes cuando se discutirá acerca de las técnicas que proporcionen una mayor consecución de los objetivos asociados a esos principios.

4. Así, a la hora de introducir en el Código penal una cláusula como la propuesta en segundo lugar por el Tribunal Supremo para la reforma del delito de tráfico de drogas (“*no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable*”) se plantean muchas dudas de técnica legislativa asociadas a principios como el de legalidad o el de proporcionalidad, como por ejemplo: ¿se acude a un programa condicional o final?; ¿puede el legislador penal acudir indistintamente a cualquiera de estos dos programas?; ¿podemos calificar el precepto como cláusula general?; ¿puede el legislador recurrir a cláusulas generales para regular materia penal?; ¿hubiera sido más adecuado acudir a un método casuístico o ejemplificativo?; ¿cómo cabe valorar esta cláusula desde la perspectiva del principio de igualdad?; ¿cabría achacar al legislador, en su caso, la eventual aplicación desigual de este precepto, o sería un fallo imputable a la práctica jurisprudencial?; desde el punto de vista de la consecuencia jurídica, ¿cómo casaría esta previsión con el resto de técnicas ya utilizadas en el Código penal para graduar lo injusto o la culpabilidad?; ¿se explica la

69 Esta labor de hacer fructificar los principios que se encuentran detrás de las distintas categorías del delito en el texto de la ley se aborda por SÁNCHEZ LÁZARO en su monografía Política criminal y técnica legislativa, pássim. Niega el carácter meramente lógico-formal de las reglas de técnica legislativa CAZORLA PRIETO, Codificación contemporánea y técnica legislativa, p. 91, pues “guardan una estrecha conexión con ciertos principios constitucionales, entre los cuales descollan el de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad y legalidad...” y más adelante (p. 124) señala que las normas de técnica legislativa son organizativas y formales “lo cual no debe llevar al olvido de que implícitamente guardan conexión con principios sustanciales como el de seguridad jurídica”.

consecuencia jurídica suficientemente en términos de merecimiento y necesidad de pena?; etc⁷⁰.

En definitiva, identificar elementos de técnica legislativa en Derecho penal supone desarrollar en los niveles de racionalidad jurídico-formal y lingüístico los principios que se reconocen en niveles de racionalidad más abstractos, como la racionalidad ética; se trata de perfilar las técnicas que garanticen el adecuado desarrollo de estos principios en la ley⁷¹. De su adecuada recepción en niveles de racionalidad *inferiores* depende que su proclamación no quede en papel mojado. De ahí la importancia de entender adecuadamente a qué nos referimos cuando hablamos de racionalidad jurídico-*formal*.

3. 3. Racionalidad jurídico-formal y técnica legislativa

1. Por lo que respecta a los niveles de racionalidad legislativa que la técnica legislativa comprende, como se ha dicho, ésta se centra en los niveles de racionalidad jurídico-formal y lingüística. La racionalidad lingüística se encamina a garantizar las habilidades comunicativas de las normas⁷²; en este nivel importa la ley como mensaje, es decir, como comunicación con sus destinatarios e intérpretes. Sería irracional desde esta perspectiva

70 Una respuesta a estas cuestiones puede verse en NAVARRO FRÍAS, Técnica legislativa y tipicidad penal. La problemática de las cláusulas innominadas en la legislación penal, *pássim*.

71 El nivel de racionalidad ética tiene una función más negativa que constructiva pues, frente al resto de racionalidades, no genera ningún procedimiento para lograr sus fines más allá de las técnicas que generan el resto de las racionalidades; v. ATIENZA RODRÍGUEZ, Contribución a una teoría de la legislación, ps. 39-40 y 63. TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen, ps. 71-2, se refiere a que la técnica no sólo se ocupa de la forma sino también del fondo de las normas. Sobre la interrelación entre forma y contenido v. ya WACH, Legislative Technik, ps. 5-6.

72 V. DÍEZ RIPOLLÉS, La racionalidad de las leyes penales, p. 96. De forma que, como señala este autor (La racionalidad de las leyes penales, p. 97), serán irracionales las leyes “cuya formulación impide o dificulta la transmisión de sus contenidos a los destinatarios de su cumplimiento o aplicación”.

una ley que fracasase como acto de comunicación⁷³. Junto a ella, la *racionalidad jurídico-formal*⁷⁴ despliega sus exigencias a la hora de aprobar o de reformar una ley para asegurar que la nueva decisión legislativa pueda insertarse de forma armoniosa y coherente en el ordenamiento jurídico y que los concretos preceptos estén configurados de una manera adecuada a los fines que persiguen y a los valores que los inspiran⁷⁵. Especialmente importante es centrarnos en el significado de este último nivel de racionalidad, pues un entendimiento en exceso formal del mismo puede llevar a frustrar los rendimientos que cabe esperar de una técnica legislativa en el ámbito penal.

2. El fin que se persigue en el nivel de racionalidad jurídico-formal es la sistematicidad, es decir, que la nueva ley se inserte coherentemente en el conjunto del ordenamiento jurídico. Se busca un sistema jurídico armonioso y coherente⁷⁶. Por ello, en el momento de evaluar una ley ya dada, la pregunta a la que tratará de responder el jurista es hasta qué punto el mensaje se integra

73 V. sobre la racionalidad lingüística ATIENZA RODRÍGUEZ, Contribución a una teoría de la legislación, ps. 28-32.

74 Sobre el nivel de la racionalidad jurídico-formal v. ATIENZA RODRÍGUEZ, Contribución a una teoría de la legislación, ps. 32-6.

75 Para ATIENZA RODRÍGUEZ, Contribución a una teoría de la legislación, p. 32, este nivel de racionalidad se enfoca a que “las leyes constituyan un conjunto sin lagunas, contradicciones ni redundancias, lo que hace que el Derecho pueda verse como un mecanismo de previsión de la conducta humana y sus consecuencias, esto es, como un sistema de *seguridad*” (cursiva en el original).

76 Díez RIPOLLÉS, La racionalidad de las leyes penales, p. 96, comparte la visión de ATIENZA de que esta racionalidad se encamina a conseguir un sistema jurídico coherente. Para VOGEL, Roxin-FS, ps. 113-4, el discurso jurídico debe preguntarse por la coherencia constitucional, político criminal y dogmática de las propuestas de ley penal. En opinión de OSSANDÓN WIDOW, La formulación de los tipos penales, p. 540, “las exigencias de sistematicidad se traducen en la inadmisibilidad de contradicciones valorativas tanto al interior del sistema penal como en su relación con las demás ramas del ordenamiento. Esto significa que el mínimo de claridad y coherencia exigible en las normas consiste en que su formulación pueda ofrecer (...) cuanto menos una solución integrable adecuadamente en el sistema jurídico general y en el sistema penal al que pertenecen”.

en el sistema jurídico⁷⁷, y en el momento legislativo, desde un punto de vista constructivo (y no sólo revisor de lo ya elaborado), deberá preguntarse por cómo deben configurarse y redactarse las leyes para lograr este fin. En definitiva, y como explica Díez RIPOLLÉS, se trata de garantizar la consistencia jurídica, y así “las prioridades de esta racionalidad serán, entre otras, verificar que no acude (*el legislador*) a criterios ajenos a los principios básicos del ordenamiento, ni se producen lagunas, contradicciones o consecuencias indeseadas en otros sectores del ordenamiento”⁷⁸. El objetivo es, en fin, lograr una regulación coherente.

3. Y es al hilo de estas últimas afirmaciones cuando debe insistirse en la idea, si no queremos caer en la ya denunciada visión en exceso formalista que en ocasiones se tiene de la técnica legislativa, de que la sistematicidad y la coherencia que se exigen en el ámbito de racionalidad jurídico-formal no tienen que verificarse sólo en un nivel lógico. Como reclamó ENGISCH, a la hora de definir un sistema interno —que convive con el sistema externo referido a la estructura o división de un complejo de preceptos jurídicos⁷⁹—, no hay que fijarse únicamente en la necesaria coherencia lógica, sino también en la *coherencia axiológica y teleológica* de sus normas⁸⁰. Y es así como debe entenderse la sistematicidad, coherencia o consistencia jurídica en el nivel de racionalidad jurídico-formal. Las contradicciones que pueden determinar la irracionalidad de la ley en este nivel no tienen que darse necesariamente en un plano lógico; no tienen,

77 V. CALSAMIGLIA BLANCAFORT, *Doxa*, 13 (1993), p. 170.

78 V. Díez RIPOLLÉS, *REDC*, 2005/75, p. 61.

79 Como destaca CASTIÑEIRA PALOU, *División de las leyes*, p. 107, al tratar el tema de la ordenación de las leyes se suele distinguir la división u ordenación meramente formal de la ley (“Gliederung”) y la ordenación sistemática de la ley (“Aufbau”).

80 V. en KARPEN, *ZG*, 1986, p. 31, la remisión a ENGISCH, *Studium Generale*, 1957, ps. 173 y ss. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, ps. 210-7, distingue distintos tipos de contradicciones jurídicas: técnico-legales, entre normas, entre valores teleológicos y entre principios. Sobre el requisito de coherencia del sistema como exigencia de correspondencia valorativa o armonía axiológica entre las normas v. OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, ps. 279-80.

por tanto, que consistir en supuestos en los que, por ejemplo, el ordenamiento contiene un precepto que ordena y otro precepto que prohíbe determinada conducta. Más allá de la coherencia lógica que se puede exigir a cualquier sistema, también pueden darse contradicciones en un plano valorativo que reduzcan la racionalidad de la ley.

4. Un posible caso de incoherencia en el plano valorativo (y, por tanto, de irracionalidad jurídico-formal) sería el siguiente: nuestro Código penal establece en la regla 6.^a del art. 66. 1 un régimen general (aplicable en principio a todos los delitos) que dispone que el juez habrá de valorar “*las circunstancias personales del delincuente y (...) la mayor o menor gravedad del hecho*” para individualizar la pena dentro del marco penal. A los factores descritos les atribuye el legislador, por tanto, una relevancia penológica limitada a la individualización de la pena dentro del marco penal (se podría hablar de una relevancia accesoria o accidental); sin embargo, ya en la Parte especial del Código penal, y para ciertos delitos contra la salud pública, el art. 362. 3 establece (régimen especial) que “*en casos de suma gravedad, los Jueces o Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias personales del autor y las del hecho, podrán imponer las penas superiores en grado a las antes señaladas*”. Valiéndose de una formulación muy similar (casi idéntica) el legislador anuda a este supuesto de hecho, el caso especial del art. 362. 3 CP, una consecuencia totalmente distinta. Ocurre entonces que el legislador penal concede a determinados factores concurrentes en el hecho o en la persona del delincuente, de forma general, una relevancia penológica meramente accesoria (que no permite traspasar el marco penal), impuesta precisamente por el carácter accesorio de tales factores. Sin embargo, al mismo tiempo y en conexión con determinados delitos, pero sin que exista aparentemente razón para ello, se anuda a esa misma formulación legislativa una modificación penológica esencial (que permite traspasar el marco penal básico o incluso en otros casos, imponer nuevas penas adicionales⁸¹). En

81 Algunos ejemplos de estas cláusulas que llamamos *innominadas* (v. NAVARRO FRÍAS, Técnica legislativa y tipicidad penal. La problemática de las cláusulas

estos supuestos, la posible irracionalidad legislativa no derivaría de que uno de los preceptos anule lógicamente al otro, pues, en términos lógicos, ambos podrían convivir en el Código penal. La posible contradicción o incoherencia del sistema descansaría más bien en un plano valorativo⁸².

5. Esta precisión es fundamental para superar la aludida visión en exceso formalista de la labor que tiene que desarrollar el penalista en este nivel de racionalidad. Por más que se trate del nivel de racionalidad jurídico-*formal*, tal denominación no

las innominadas en la legislación penal, *pássim.*) son los arts. 153. 4 (“el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”); 171. 6 (“el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”); 172. 2 *in fine* (“el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”); 298. 2 (“en estos casos los Jueces o Tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria”); 299. 2 (“en estos casos los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años”); 301. 1 (“en estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años”); o el 318 bis) 5 (“los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada”).

82 Una contradicción valorativa se da, en palabras de ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, p. 214, cuando el legislador, sin caer en la contradicción entre normas, no permanece fiel a una valoración efectuada por él mismo. En el sentido expuesto en el texto CALSAMIGLIA BLANCAFORT, DOXA, 13 (1993), p. 170, ha destacado que “la racionalidad lógico formal trata de evitar que el ordenamiento jurídico se deteriore y erosione tanto en el nivel de la contradicción entre sus normas como entre sus principios”; sin embargo “la teoría del derecho moderna se ha preocupado más por el problema de la coherencia y consistencia normativa que por la integridad valorativa”.

deja de basarse en que en esta fase se encarga a los juristas la traducción al lenguaje legislativo y la inserción en el ordenamiento jurídico de una decisión *material* de política criminal previamente adoptada. El estudio de cómo se llega a esta decisión queda fuera del ámbito de estudio de la técnica legislativa. A la investigación del proceso interno de la toma de decisión y a sus diferentes fases (impulso problemático, definición del problema, fijación de objetivos, análisis de los hechos, propuesta de alternativas, crítica de los proyectos, etc.)⁸³, se dedica la *metódica* de la legislación. Disciplina ésta que reflexiona precisamente sobre cómo se consigue la ley “buena” o “correcta” —procedimiento interno de legislación— y en la que adquirirán importancia decisiva las racionalidades ética, teleológica y pragmática.

Sólo en este sentido, en el sentido de que la decisión material de política criminal ya ha sido adoptada, es *formal* la racionalidad jurídico-formal⁸⁴. Es decir, hablamos de racionalidad jurídico-formal porque ya no se cuestiona el fin de la concreta decisión legislativa (de política criminal) o su contenido: no nos interesa cuál fue el impulso problemático del que trae causa (salvo para saber si existe coherencia entre el tenor literal y el tenor material de la ley); si se soluciona con la regulación propuesta un desnivel valorativo efectivamente existente; si se han analizado correctamente los hechos y buscado alternativas; si los fines que se persiguen son legítimos y alcanzables; etc. En este sentido, la racionalidad a la que nos referimos ahora es jurídico-*formal*, pues pasa a ocuparse de la traducción de esa decisión material ya adoptada al lenguaje de la ley y a su inserción armoniosa en el sistema jurídico. Pero esto no implica que la determinación de la forma de las leyes sea una labor de traducción *casi automática* de la decisión política a términos jurídicos. Justamente el hecho de que se exija una coherencia interna del sistema no sólo lógica, sino también axiológica, así como el papel que en este nivel

83 V. un estudio sobre los pasos que hay que dar para lograr un Derecho correcto NOLL, *Gesetzgebungslehre*, pássim.

84 En estos términos, de cuestiones *materiales* relativas a la metódica y *formales* relativas a la técnica legislativa, se expresa VOGEL, *Roxin-FS*, ps. 107-8.

desempeñan principios como el de legalidad o proporcionalidad, introducen un componente, si se quiere valorativo, que en este sentido (y sólo en éste) permite poner en cuestión el contenido de la decisión adoptada⁸⁵.

6. La técnica legislativa debe atender a los fines que están llamados cumplir los distintos preceptos y al desarrollo de determinados principios. Así, por ejemplo, si estudiamos las leyes penales en blanco, no sólo nos interesa saber cómo se realiza correctamente una remisión legislativa (aunque esta cuestión también reviste gran importancia)⁸⁶, sino si dicha remisión compromete o no el principio de legalidad (art. 25. 1 CE) o el principio de igualdad (arts. 14 y 149. 1. 1 CE)⁸⁷.

No obstante, en los estudios sobre legislación realizados hasta el momento por juristas, y que se centran en este nivel de racionalidad, y también, en parte, en la racionalidad lingüística, puede apreciarse esta tendencia al formalismo⁸⁸. En efecto, existe cierta propensión a quedarse en un análisis del aspecto externo de las leyes —si deben estar divididas en títulos, capítulos y secciones; si deben contener o no un preámbulo; si los artículos deben enumerarse de éste o del otro modo...—, sin que se den pautas o instrucciones al legislador acerca del contenido (en el sentido expuesto) y la forma concreta que deben tener los preceptos. Por ejemplo, y por lo que se refiere al Derecho penal, faltan pautas que guíen al legislador en la decisión de si un precepto debe

85 De hecho, MÜLLER, *Richtlinien der Gesetzestechnik*, p. 212, diferencia entre las cuestiones de técnica legislativa que tienen una gran relación con cuestiones jurídicas materiales (“Gesetzestechnik im engeren Sinne”), por un lado, y aquellas que muestran una relación más remota con temas materiales, y que se refieren, por ejemplo, a la estructura externa de la ley (“Gesetzestechnik im engsten Sinne”).

86 Un estudio de este tipo lo realiza SALVADOR CODERCH, *Las remisiones*, pássim.

87 Un estudio de este segundo tipo lo lleva a cabo DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las leyes penales*, pássim.

88 Sobre la obra del grupo GRETTEL v. *supra* n. 58. V. una crítica a la obra de GRETTEL, “La forma de las leyes, 10 estudios de técnica legislativa”, en ATIENZA RODRÍGUEZ, *Contribución a una teoría de la legislación*, ps. 33-6.

adoptar el programa condicional o el final; si es preferible una regulación general o una casuística; si deben utilizarse elementos descriptivos o normativos en la formulación de los tipos; etc. No obstante, debe reconocerse al mismo tiempo que algunos de estos estudios⁸⁹, al tratar de dar pautas extrapolables a todos los sectores del ordenamiento, se encuentran con el inconveniente de no poder apreciar las peculiaridades de cada uno de los sectores jurídicos y alcanzar el grado deseable de concreción en las pautas y directrices que se dan al legislador⁹⁰.

7. Si los estudios de técnica legislativa pueden ampliar su ámbito de actuación, no limitándose a proponer una determinada estructura externa uniforme de la ley, válida para cualquier ley del ordenamiento jurídico, y pueden verse entonces *también* como desarrollo de los principios aceptados en niveles de racionalidad más abstractos (como la racionalidad ética), para acometer esta faceta de su tarea será necesario, lógicamente, restringir en parte el objeto de estudio. Será preciso abarcar *menos* y restringir el objeto de estudio (contribuyendo a una técnica legislativa *penal* y no a una técnica legislativa *general*) para, al mismo tiempo, poder abarcar *más*, extendiendo el estudio más allá de declaraciones meramente formales acerca de la estructura de la ley.

3. 4. Técnica legislativa y dogmática penal: dogmática de *lege ferenda* y dogmática de *lege lata*

1. Por último, a la hora de comprender el papel que le corresponde desarrollar a una técnica legislativa en el ámbito del Derecho penal, hay que destacar el importante lugar que ocupa la dogmática en el nivel de la racionalidad jurídico-formal⁹¹. Esta

89 Como ocurre con la obra de GRETEL; v. *supra* n. 58.

90 Esta es la explicación al hecho de que la obra de GRETEL se centre en aspectos genuinamente formales pues, como advierte el propio SALVADOR CODERCH, Introducción, p. 9, ésta versará “sobre lo que es común a cualquier ley si se hace abstracción de su objeto y contenido concretos”.

91 V. ATIENZA RODRÍGUEZ, Contribución a una teoría de la legislación, p. 33, que considera como conocimientos relevantes en este nivel fundamentalmente a

observación ha de ser especialmente destacada porque no tendría ningún sentido una técnica legislativa penal que partiera de cero, es decir, una técnica legislativa desvinculada de la dogmática penal o incluso enfrentada a la misma o que pretendiera sustituirla⁹². Lo que ocurre es que la dogmática penal, para ser rentable en términos de técnica legislativa, debe orientarse también hacia la creación de la ley. Junto a la dogmática penal de *lege lata* debe profundizarse en una dogmática penal de *lege ferenda*.

2. En el fondo, la técnica legislativa (a la cual contribuye de forma esencial la dogmática de *lege ferenda*) y la dogmática *tradicional*, no son tan distintas: ambas toman principios que pertenecen a nuestro acervo jurídico (legalidad, igualdad, libertad, proporcionalidad, justicia) y tratan de concretarlos en reglas que ya no cuenten con ese grado de abstracción (para la técnica legislativa se hablaría entonces del nivel de racionalidad legislativa jurídico-formal) para hacerlos aplicables y para que orienten las actividades del legislador y del juez, respectivamente. De este modo se habla de una dogmática de *lege ferenda*, que se orienta a concretar tales principios para tratar de vincular al legislador, antes que al juez, pero aprovechando siempre las construcciones de la dogmática de *lege lata*. En todo caso, técnica legislativa y dogmática penal no deben verse como dos actividades totalmente independientes y, mucho menos, enfrentadas⁹³.

3. Precisamente es del estado actual de conocimiento dogmático-penal de donde podemos extraer que cuando nos situamos

la dogmática, y además, al Derecho comparado, la teoría general del Derecho o la lógica jurídica. Sobre el papel en este ámbito de la dogmática v. también AMELUNG, ZStW, 92 (1980), ps. 35 y ss. Para NOLL, ZStW, 92 (1980), ps. 78-9, el Derecho comparado es uno de los mejores instrumentos con los que cuenta la técnica legislativa en la formulación de los tipos. También STÄCHELIN, Strafrechtsgebung im Verfassungsstaat, p. 334, resalta la utilidad de estudiar las soluciones que se da a los problemas penales en otros países lo que, en su opinión, aumenta la racionalidad de la ley.

92 Agradezco en este punto los comentarios que me hizo en su momento el Prof. ROBLES PLANAS.

93 Sobre la idea de la necesidad de una fuerte alianza entre la legislación y la dogmática v. BEHREND, ZG, 1989, ps. 70-1.

ante el problema de proveer al legislador de pautas, directrices o guías con las que realizar su trabajo de construcción de preceptos jurídico-penales, hay que tener en cuenta que tales pautas deben ser distintas en atención al objeto de la regulación. Y así, no sólo habrá que diferenciar en atención al concreto sector jurídico en el que se quiere intervenir (lo que nos permite hablar de una técnica legislativa *penal*) sino que, incluso dentro del propio ámbito jurídico-penal, habrá que atender al tipo de precepto que se quiera insertar. De esta manera, no será lo mismo crear un nuevo tipo delictivo, que introducir una nueva causa de justificación o una nueva circunstancia general⁹⁴. Ello se debe a que los tipos, las causas de justificación y las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal pertenecen a distintas categorías del delito, y a que las distintas categorías del delito pueden regirse por principios político-criminales diferentes y cumplen también diferentes funciones dentro del sistema; dato éste, proveniente de la dogmática, que debe ser tenido en cuenta ya en el momento de redactar los preceptos, para lograr una mayor racionalidad legislativa⁹⁵, y que nos lleva a una segunda delimitación del ámbito en el que se moverá la técnica legislativa: no sólo será una técnica legislativa *penal*, sino una técnica legislativa penal que tendrá que abordar separadamente los ámbitos de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad⁹⁶.

4. El papel de la Constitución en el ámbito de la técnica legislativa penal

1. A lo largo del presente artículo hemos venido caracterizando la técnica legislativa como la disciplina que dentro de los estudios de legislación se encarga de hacer fructificar en el nivel de racionalidad jurídico-formal principios, como el de legalidad o el de proporcionalidad, reconocidos en niveles de racionalidad

94 V. SÁNCHEZ LÁZARO, RDPC, 2005/16, ps. 82-3.

95 V. SÁNCHEZ LÁZARO, RDPC, 2005/16, ps. 82-3.

96 Esta labor la realiza SÁNCHEZ LÁZARO en su monografía Política criminal y técnica legislativa, pássim.

más abstractos. Este hecho hace surgir inmediatamente la duda de qué papel debe jugar el cuerpo normativo en el que encuentran recepción muchos de estos principios: la Constitución.

2. A la hora de analizar el papel que para la técnica legislativa penal juega la Constitución, lo primero que debe hacerse es deslindar los distintos planos en los que operan respectivamente los análisis técnico-legislativos y constitucionales. Como señala KARPEN, el plano en el que operan los análisis, guías o directrices que se dan en el marco de una teoría de la legislación es el descriptivo o el prescriptivo, y no el plano normativo⁹⁷. Normativa es sólo la Constitución, con lo que la ley es legítima en tanto decisión democrática siempre que se encuentre dentro del marco previsto por ésta⁹⁸, aun en el caso de que se *infringieran* las guías o directrices propuestas al legislador⁹⁹. Esto nos lleva

97 V. KARPEN, ZG, 1986, p. 27. Salvo que el resultado de estos estudios se positivice. Así ha sucedido en la metódica de la legislación con las listas de comprobación o cuestionarios (*Checklisten*) y en la técnica legislativa con las directrices; v. sobre este tema MARTÍN CASALS, Técnica normativa: las directrices. Según este autor (p. 119), la diferencia entre ambas es que “la directriz da reglas; la Checkliste, en cambio, pide que se controle la aplicación de unas reglas que, por lo general, no da”. No obstante, es dudoso que pueda hablarse de una vinculación efectiva de los poderes públicos a esta normativa. De hecho se ha llegado a hablar de “riguroso incumplimiento” de la misma; v. al respecto ORTIZ DE URBINA GIMENO, Teoría de la legislación y Derecho penal, p. 31, reproduciendo las palabras de un antiguo alto cargo público. Además, se trata de guías dirigidas únicamente al ejecutivo; v. al respecto MARTÍN CASALS, Técnica normativa: las directrices, p. 109. Por último, apunta SALVADOR CODERCH, Lacruz Berdejo-LH, p. 2004, que ni siquiera parece “oportuno dar rango normativo y fijeza jurídica a criterios provisionales y todavía no probados”.

98 V. KARPEN, ZG, 1986, p. 27. Para Voß, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 9, la ciencia de la legislación sí tiene pretensiones normativas, pero entiende que éstas consisten en intentar dar criterios para mejorar la legislación, y en no contentarse sólo con describir el estado actual; por tanto, contrapone el carácter normativo de la ciencia de la legislación a su carácter empírico o descriptivo.

99 En la actualidad vale lo dicho por EMMENEGGER, *Gesetzgebungskunst*, p. 292, en relación con el arte de la legislación alrededor del 1900: el destinatario de la política jurídica no debe ser vinculado jurídicamente sino convencido argumentativamente.

al problema siguiente de distinguir entre lo que es político-criminalmente óptimo y lo que ya no podría siquiera considerarse constitucionalmente válido.

3. Los límites que para el legislador derivan de la Constitución, o más exactamente, de los contenidos constitucionales *asegurables* frente al legislador por el Tribunal Constitucional, no tienen por qué coincidir con las pautas que recomiende la técnica legislativa para acercarse al Derecho óptimo. Pues existe un margen muy amplio entre aquello que es constitucionalmente inadmisibles —y declarable nulo por el Tribunal Constitucional— y aquello que es político-criminalmente deseable¹⁰⁰. Y es precisamente en este ámbito donde debería actuar la técnica legislativa. Entonces, las exigencias de técnica legislativa pueden ir más allá de los contenidos constitucionales asegurables por el Tribunal Constitucional, y tampoco es obligado que cuenten *necesariamente* (aunque puedan tenerla) con una base constitucional; es decir, es muy cuestionable que todas las directrices que se den al legislador deban reconducirse a principios o normas constitucionales controlables por el Tribunal Constitucional. De hecho, y en lo que a este control se refiere, el propio Tribunal Constitucional ha dejado claro que él no es “en modo alguno, Juez de la corrección técnica, oportunidad o utilidad de las Leyes” y que “el juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa”¹⁰¹. También ha expresado el Tribunal Constitucional que en

100 Como señala JIMÉNEZ CAMPO, Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley, p. 171, controlar la ley es algo distinto, y más amplio, que juzgar su constitucionalidad. De hecho, este autor (p. 176), cuando se refiere al canon del control, aclara que la medida de la validez de la ley son los preceptos constitucionales o los pertenecientes al bloque de la constitucionalidad, lo que excluye valorar la regla enjuiciada conforme a otro tipo de orden normativo como el de la técnica legislativa, y remite a la STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 2. Sobre la distinción entre validez y legitimidad externa v. FERRAJOLI, Derecho y razón, ps. 357 y ss.

101 STC 188/2005, de 7 de julio, FJ 4, donde remite a las SSTC 109/1987, de 29 de junio, FJ 3.C; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 2 y 37/2002, de 14 de febrero, FJ 6. Por ejemplo, en esta última Sentencia, en la que se planteaba (entre otras cosas) la constitucionalidad del art. 92. 2 de la Ley 7/1985, de

su función de control frente a la acción del legislador “lejos (...) de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad o de su relación con otras alternativas posibles (...) ha de reparar únicamente (...) en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma”¹⁰².

4. Esto no supone, desde luego, una desvinculación total entre técnica legislativa y Constitución. No pretende negarse el hecho de que, en general, una teoría de la legislación en el ámbito penal tiene que orientarse hacia los principios consagrados en la Constitución. De hecho, para comprender la capital importancia que la normativa constitucional tiene en el ámbito de la técnica legislativa penal, sólo tenemos que pensar en principios constitucionales tales como el de legalidad o el de proporcionalidad. Lo único que quiere ponerse de manifiesto con lo dicho hasta ahora es, primero, que no se puede afirmar de modo rotundo que todas las guías o directrices de teoría de la legislación sean reconducibles a principios constitucionales¹⁰³; y, segundo, que hay que

2 de abril, reguladora de las bases del régimen local por infracción de lo previsto en el art. 103. 3 CE, declaró el Tribunal Constitucional que “el art. 92.2 LBRL no vulnera la reserva de Ley que establece el art. 103.3 CE, debiendo ser desestimadas en este extremo las presentes cuestiones de inconstitucionalidad, *sin que a tal conclusión pueda oponerse la valoración más positiva que por la Sala proponente le merece la técnica utilizada por el legislador al dar en la Ley 23/1988, de 28 de julio, nueva redacción al art. 15.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que la empleada al redactar el art. 92.2 LBRL, pues el juicio de constitucionalidad no es un juicio de técnica legislativa, ni el Tribunal Constitucional es Juez de la corrección técnica*” (cursivas añadidas).

102 ATC 319/1996, de 29 de octubre, FJ 3, que remite a la STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6. V. también las SSTC 136/1999, de 20 de julio, FJ 3; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9.

103 Ni siquiera los fines que persigue en cada caso el legislador tienen que tener una conexión *directa* con la Constitución; v. al respecto BERNAL PULIDO, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, ps. 714-18;

diferenciar entre el contenido de los principios constitucionales y el contenido *asegurable* por el Tribunal Constitucional de los principios constitucionales¹⁰⁴. La teoría de la legislación va más allá y no tiene que pasar necesariamente por el control de constitucionalidad de las leyes y por el alcance que a estos principios pueda dar el Tribunal Constitucional, habida cuenta, además, del amplio margen de discrecionalidad con el que cuenta el legislador en el desempeño de su tarea¹⁰⁵. A esto se suma el hecho de que, en los casos en los que las directrices de técnica legislativa se apoyan en principios constitucionales, la necesaria concreción de las propuestas de una técnica legislativa orientada a la práctica (que pretenda ser útil al legislador) contrasta con el grado de abstracción que presentan los principios o valores constitucionales dirigidos al legislador. De ellos es muy difícil extraer de forma inmediata directrices concretas que guíen la labor legislativa; al contrario, es trabajo de la técnica legislativa el ir desgranando a partir de esos principios exigencias concretas que sirvan a su optimización. Lo que ocurre es que cuanto más larga sea la cadena que lleva hasta esas exigencias concretas, más difícil será afirmar

LOPERA MESA, Principio de proporcionalidad y ley penal, ps. 377-8, que hablan de principios constitucionales de segundo grado cuando el legislador persigue fines autónomos que encuentran su fundamento tanto en las habilitaciones específicas que establece la Constitución a favor del legislador para intervenir en determinados derechos fundamentales, como en la competencia general de intervención de los arts. 53. 1 y 81. 1 CE.

104 Hay que separar los requisitos de validez de los requisitos de legitimidad externa que *cualifican* la ley. Aunque, en realidad, más que separarlos hay que modular la intensidad con la que se exigen según nos movamos en uno u otro plano. Como explica MARCILLA CÓRDOBA, Racionalidad legislativa, p. 336, existe una sola racionalidad legislativa, “racionalidad que durante algunos tramos es preceptiva o condicionante de la validez, pero que deja asimismo márgenes de acción donde las exigencias que de ella derivan ‘cualifican’ a la ley como una buena ley”.

105 Sobre la tensión entre Constitución y democracia v. ZAGREBELSKY, El Derecho dúctil, ps. 150-3. Es tan amplio este margen que ni siquiera se puede vincular al legislador en cuanto a los temas que debe tratar. NOLL, Gesetzgebungslehre, ps. 56 y 74, se queja de que ni siquiera existe una garantía de que el legislador se ocupará de los asuntos más importantes de la sociedad y sólo de los más importantes.

que las mismas derivan “necesariamente” de la Constitución o que se trata de *exigencias* constitucionales.

Existe pues un amplio margen de actuación discrecional del legislador en el cual la optimización de los principios constitucionales debe tratar de conseguirse a través de propuestas de técnica legislativa que convengan (no que vinculen) al mismo.

5. Pensemos en un caso concreto para ilustrar lo dicho hasta ahora. Por ejemplo, el proceso de determinación de la pena. El proceso de determinación de la pena se divide en una fase de *determinación* de la pena (de carácter básicamente legalista) y una fase de *individualización* de la pena (de carácter judicial)¹⁰⁶. Si tomamos como base el principio de legalidad (art. 25. 1 CE) y el principio de reserva de ley (art. 53. 1 CE), las decisiones básicas (esenciales) en materia de penas deben ser adoptadas por el legislador (localizarse pues en la fase de *determinación*), dado que éstas comportan decisivas restricciones en materia de derechos y libertades del Capítulo II del Título I de la Constitución. El problema estriba entonces en determinar qué decisiones tienen el carácter de básicas. Desde un punto de vista de técnica legislativa, podría defenderse que decisión básica en este ámbito es toda aquélla que afecte a la configuración de los marcos penales. Más concretamente, aquéllas que decidan sobre los marcos penales aplicables al caso. Pues, si se quiere tomar en serio el principio de legalidad, debe ser el legislador el que decida de forma definitiva qué marco penal debe aplicarse a cada caso —estableciendo así el propio legislador tanto la pena mínima

106 En realidad podría hablarse hasta de tres fases: en primer lugar, la determinación de la pena legal abstracta o marco penal abstracto o genérico asociado a los distintos tipos delictivos (básicos o derivados); en segundo lugar, la concreción legal de la pena —en atención al grado de realización del delito, al grado de participación del sujeto interviniente y a las circunstancias modificativas de la responsabilidad concurrentes—, en la que se fija el marco penal concreto; y por último, la individualización judicial de la pena que culmina con la imposición de una pena exacta. V. por todos BOLDOVA PASAMAR en: Gracia Martín (coord.), Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, ps. 227-30.

como la pena máxima aplicable al caso concreto—, sin perjuicio de que el juez pueda, ya dentro del mismo, individualizar la pena atendiendo a las particularidades del caso. De esta forma, la potestad de los jueces y Tribunales no podría ir más allá de la fijación de la pena exacta dentro de los marcos configurados por el legislador. Esta propuesta, como hemos visto, tiene un soporte o una base constitucional en los arts. 25. 1 y 53. 1 CE. Sin embargo, ¿podría decirse que regulaciones como las de los arts. 153. 4 ó 362. 3 CP, en las que la decisión sobre el marco penal depende de una valoración global del juez, merecen tacha de inconstitucionalidad por este motivo? En estos casos, el legislador remite a la valoración por parte del juez o tribunal de las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, para elegir entre el marco penal básico o el marco que resulte de calcular, respectivamente, la pena inferior o superior en grado. Se otorga al juzgador, por tanto, la posibilidad de elegir entre dos marcos penales, con lo que el legislador no habría decidido de forma definitiva sobre el marco penal aplicable. Pese a que esta regulación no se adaptaría a la directriz extraída del principio de legalidad, para responder a la pregunta sobre su posible inconstitucionalidad no bastaría con argumentar que otra configuración de la ley sería *más acorde con el principio de legalidad* —que otro Derecho sería *mejor* o *más correcto*—, sino que habría que probar que tal regulación infringe el principio de legalidad y, además, en tanto que se trata del legislador, habría que tener en cuenta los márgenes de discrecionalidad de los que éste dispone. Habría que probar, por tanto, que la regulación no es lo suficientemente determinada y que, en consecuencia, es contraria al principio de legalidad, siendo irrelevante para el juicio de constitucionalidad el hecho de que una regulación más determinada, y en este sentido más acorde con el principio de legalidad, sea posible. Ahora bien, el hecho de que esta regulación fuera *salvada* en el juicio de constitucionalidad no querría decir, a la inversa, que un Derecho *mejor* no fuera posible.

A buscar este Derecho *mejor* debe dedicarse la técnica legislativa y, en general, la teoría de la legislación en el ámbito penal.

Bibliografía

- Knut AMELUNG: “Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung”, ZStW, 92 (1980), ps. 19-72.
- Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ: “Argumentación y legislación” en: José-Luis Díez RIPOLLÉS/Ana-María PRIETO DEL PINO/Susana SOTO NAVARRO (eds.), ps. 19-45.
- Contribución a una teoría de la legislación, (Civitas) Madrid, 1997.
- Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1 (1984), ps. 29-34.
- Okko BEHREND: “Gesetzgebung und Dogmatik. Bericht über eine Tagung in Göttingen”, ZG, 1989, ps. 68-74.
- Carlos BERNAL PULIDO: El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, (3.ª ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) Madrid, 2007.
- Norberto BOBBIO: “La razón en el Derecho. (Observaciones preliminares) (traducción de Alfonso Ruiz Miguel), Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2 (1985), ps. 17-26.
- El problema del positivismo jurídico (traducción de Ernesto Garzón Valdés), (2.ª ed. mexicana. Distribuciones Fontamara) México, 1992.
- Carl BÖHRET: “Einführung” en: Werner HUGGER, Gesetze – Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung. Ein Handbuch für Praxis und Studium mit einer Einführung von Carl Böhret, (Nomos) Baden-Baden, 1983, ps. 5-13.
- Eugenio BULYGIN: “Teoría y técnica de legislación” en: Carlos E. ALCHOURRÓN/Eugenio BULYGIN, Análisis lógico y Derecho, (Centro de Estudios Constitucionales) Madrid, 1991, ps. 409-25.
- Albert CALSAMIGLIA BLANCAFORT: “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 13 (1993), ps. 161-78.
- María-Teresa CASTIÑEIRA PALOU: “División de las leyes” en: GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa), ps. 105-25

- Luis-María CAZORLA PRIETO: Codificación contemporánea y técnica legislativa, (Aranzadi) Pamplona, 1999.
- Antonio CUERDA RIEZU: El legislador y el Derecho penal. (Una orientación a los orígenes), (Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.) Madrid, 1991.
- José-Luis Díez RIPOLLÉS: “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, REDC, 2005/75, ps. 59-116.
- “La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control” en: José-Luis Díez RIPOLLÉS/Ana-María PRIETO DEL PINO/Susana SOTO NAVARRO (eds.), ps. 273-322.
- “La nueva política criminal española” en: Las recientes reformas penales: algunas cuestiones, Cuadernos penales José María Lidón, (Universidad de Deusto) Bilbao, 2004, ps. 11-38.
- La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría, (Trotta) Madrid, 2003.
- José-Luis Díez RIPOLLÉS/Ana-María PRIETO DEL PINO/ Susana SOTO NAVARRO (eds.): La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada, (Tirant lo Blanch) Valencia, 2005.
- Antonio DOVAL PAIS: Posibilidades y límites para la formulación de las leyes penales. El caso de las leyes en blanco, (Tirant lo Blanch) Valencia, 1999.
- Johannes DRIENDL: Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgesetzbuchwissenschaft in der Gegenwart, (Mohr Siebeck) Tübingen, 1983.
- Sigrid EMMENEGGER: Gesetzgebungskunst. Gute Gesetzgebung als Gegensatz einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900 –Zur Geschichte der Gesetzgebungslehre, (Mohr Siebeck) Tübingen, 2006.
- Karl ENGISCH: Einführung in das juristische Denken, (10.^a ed. editada y elaborada por Thomas Würtenberger und Dirk Otto. W. Kohlhammer) Stuttgart, 2005.
- Luigi FERRAJOLI: Derecho y razón. Teoría del garantismo penal (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez/Alfonso Ruiz Miguel/Juan-Carlos Bayón Mohino/Juan Terradillos Ba-

- soco/Rocío Cantarero Bandrés), (5.ª ed. Trotta) Madrid, 2001.
- “Garantías y Derecho penal”, *Jurídica*, 2001/31, ps. 165-172.
- Víctor FERRERES COMELLA: *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia. (Una perspectiva constitucional)*, (Civitas) Madrid, 2002.
- Michael W. FISCHER: “Rationalität in der Gesetzgebung? Wissenschaftsgeschichtliche Bemerkungen mit einem erkenntnistheoretischen Kommentar”, *Rödig-GS*, ps. 251-72.
- Ángeles GALIANA SAURA: “La relevancia de la técnica legislativa en la elaboración de las leyes: un análisis de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Extranjería”, *AFD*, XVII (2000), ps. 247-72.
- Juan-Antonio GARCÍA AMADO: “Razón práctica y teoría de la legislación”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 2000/9, ps. 299-317.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, (Civitas) Madrid, 1999 (Reimpresión 2000).
- Germann-FS: Peter NOLL/Günter STRATENWERTH (eds.), *Rechtsfindung. Beiträge zur juristischen Methodenlehre. Festschrift für Oscar Adolf Germann zum 80. Geburtstag*, (Stämpfli) Bern, 1969.
- Enrique GIMBERNAT ORDEIG: *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, (Tecnos) Madrid, 1999.
- Luis GRACIA MARTÍN (coord.)/Miguel-Ángel BOLDOVA PASAMAR/María-Carmen ALASTUEY DOBÓN: *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, (Tirant lo Blanch), Valencia, 2006.
- GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa): *La forma de las leyes: 10 estudios de técnica legislativa*, (Bosch) Barcelona, 1986.
- Hans-Ludwig GÜNTHER: “Die Genese eines Tatbestandes. Eine Einführung in Fragen der Gesetzgebungslehre”, *JuS*, 1978, ps. 8-14.

- Hermann HILL: “Einführung in die Gesetzgebungslehre”, Jura, 1986, ps. 57-67.
- Einführung in die Gesetzgebungslehre, (C. F. Müller) Heidelberg, 1982.
- Victoria ITURRALDE SESMA: “Cuestiones de técnica legislativa”, RVAP, 1989/24, ps. 225-60.
- Javier JIMÉNEZ CAMPO: “Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley” en: Eliseo AJA FERNÁNDEZ (ed.), Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, (Ariel) Barcelona, 1998, ps. 171-200.
- Ulrich KARPEN: “Zum Stand der Gesetzgebungswissenschaft in Europa 12 Thesen” en: Ulrich KARPEN, Gesetzgebungslehre –neu evaluiert Legistics- freshly evaluated, (Nomos) Baden-Baden, 2006, ps. 9-29.
- “Weniger und bessere Gesetze –Voraussetzung der Entbürokratisierung” en: Ulrich KARPEN, Gesetzgebungslehre –neu evaluiert Legistics- freshly evaluated, (Nomos) Baden-Baden, 2006, ps. 30-48.
- “Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland”, ZG, 1986, ps. 5-32.
- Uwe KRÜGER: Der Adressat des Rechtsgesetzes. Ein Beitrag zur Gesetzgebungslehre, (Duncker & Humblot) Berlin, 1969.
- Lacruz Berdejo-LH: Área de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (coord.), Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo, (Bosch) Barcelona, 1993.
- Karl LARENZ: Metodología de la ciencia del Derecho (traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), (2.^a ed. Ariel Derecho) Barcelona, 2001.
- Diego LÓPEZ GARRIDO/ Mercedes GARCÍA ARÁN: El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario, (s.n.) Madrid, 1996.
- Gloria-Patricia LOPERA MESA: Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constituciona-

- lidad de las leyes penales, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) Madrid, 2006.
- Fulgencio MADRID CONESA: La legalidad del delito, (Universidad de Valencia) Valencia, 1983.
- Werner MAIHOFFER: “Gesetzgebungswissenschaft” en: Günther WINKLER/Bernd SCHILCHER, ps. 3-34.
- Mantovani-LH: Ignacio-Francisco BENÍTEZ ORTÚZAR/Lorenzo MORILLAS CUEVA/Jaime-Miguel PERIS RIERA (coords.), Estudios jurídico-penales sobre Genética y Biomedicina. Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani, (Dykinson) Madrid, 2005.
- Gema MARCILLA CÓRDOBA: Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) Madrid, 2005.
- Martens-GS: Peter SELMER/Ingo VON MÜNCH (eds.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, (Walter de Gruyter) Berlin-New York, 1987.
- Miguel MARTÍN CASALS: “La estructura básica de un manual español de técnica legislativa” en: Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ (dtor.)/Antonio PAU PEDRÓN (dtor. adjunto), ps. 243-77.
- “Técnica normativa: las directrices” en: VV.AA., Técnica normativa de las Comunidades Autónomas, ps. 103-27.
- Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ (dtor.)/Antonio PAU PEDRÓN (dtor. adjunto): La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho. Seminario organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 11 y 12 de noviembre de 2003, (Thomson) Madrid, 2004.
- Georg MÜLLER: “Richtlinien der Gesetzestechnik in Bund und Kantonen” en: Jürgen RÖDIG (ed.), ps. 211-9.
- Irene NAVARRO FRÍAS: Mandato de determinación y tipicidad penal, (Comares) Granada, 2010.
- Técnica legislativa y tipicidad penal. La problemática de las cláusulas innominadas en la legislación penal, tesis doctoral inédita, La Laguna, 2009.

- Peter NOLL: “Von der Rechtssprechungswissenschaft zur Gesetzgebungswissenschaft” en: Hans ALBERT/Niklas LUHMANN/Werner MAIHOFFER/Ota WEINBERGER (eds.), *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft*, en: Werner MAIHOFFER/Helmut SCHELSKY (eds.), *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Band II, (Bertelsmann) Düsseldorf, 1972, ps. 524-41.
- “Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung”, *ZStW*, 92 (1980), ps. 73-9.
- *Gesetzgebungslehre*, (Rowohlt) Hamburg, 1973.
- “Prinzipien der Gesetzgebungstechnik”, *Germann-FS*, ps. 159-74.
- “Zur Gesetzestechnik des Entwurfes eines Strafgesetzbuches”, *JZ*, 1963/10, ps. 297-302.
- Noll-GS: Robert HAUSER/Jörg REHBERG/Günter STRATENWERTH (eds.), *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, (Schulthess) Zürich, 1984.
- Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO: *La excusa del positivismo. La presunta superación del “positivismo” y el “formalismo” por la dogmática penal contemporánea*, (Thomson-Civitas) Cizur Menor (Navarra), 2007.
- *Teoría de la legislación y Derecho penal. La aprobación del Código penal de 1995 y la relación entre dogmática y política criminal desde el punto de vista de la teoría de la legislación*, manuscrito inédito.
- Magdalena OSSANDÓN WIDOW: *La formulación de los tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, tesis doctoral, Pamplona, 2002 [La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa, (Editorial Jurídica de Chile) 2009].
- Luis PRIETO SANCHÍS: *Ideología e interpretación jurídica*, (Tecnos) Madrid, 1987.
- Jürgen RÖDIG: “Gesetzgebungstheorie als praxisorientierte rechtswissenschaftliche Disziplin auf rechtstheoretischer Grundlage” en: Jürgen RÖDIG/Eberhard BADEN/Harald KINDERMANN, ps. 11-9.

- Jürgen RÖDIG/Eberhard BADEN/Harald KINDERMANN: Vorstudien zu einer Theorie der Gesetzgebung, (Gesellschaft für Mathematik und Datenverarbeitung) Bonn, 1974.
- Rödig-GS: Heinz SCHÄFFER/Otto TRIFFTERER (eds.), Rationalisierung der Gesetzgebung. Jürgen Rödig Gedächtnissymposium 28.-30. Oktober 1982, (Nomos) Baden-Baden, Wien, 1984.
- Carlos-María ROMEO CASABONA: Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo, (Comares) Granada, 2005.
- “Prevención versus simbolismo en el Derecho penal de las biotecnologías”, Mantovani-LH, ps. 121-43.
- Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, (Comares) Granada, 2004.
- Roxin-FS: Bernd SCHÜNEMANN/Wilfried BOTTKE/Hans ACHENBACH/Bernhard HAFFKE/Hans-Joachim RUDOLPHI (eds.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, (Walter de Gruyter) Berlin-New York, 2001.
- Pablo SALVADOR CODERCH: “Técnica legislativa y teorías de la regulación”, *InDret*, 2/2004, ps. 1-28.
- “La legislación en España: técnica y procedimiento”, Lacruz Berdejo-LH, vol. II, ps. 1991-2009.
- “Introducción” en: GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa), ps. 7- 27.
- “Las remisiones” en: GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa), ps. 221-41.
- “Dogmática jurídica y teoría de la legislación”, CFD (Universidad de Palma de Mallorca), 1982/3, ps. 79-97.
- Fernando-Guanarteme SÁNCHEZ LÁZARO: Política criminal y técnica legislativa. Prolegómenos a una dogmática de *lege ferenda*, (Comares) Granada, 2007.
- “¿Cómo se valora un texto normativo? Sobre el ejemplo del reciente Anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores” en: Esteban SOLA RECHE/José-Ulises HERNÁNDEZ PLASENCIA/Fátima FLORES MENDOZA/Pablo GARCÍA MEDINA (eds.), ps. 59-74.

- “¿Cómo se elabora una propuesta de *lege ferenda*? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: Tipicidad”, RDPC, 2005/16, ps. 79-137.
- Eberhard SCHMIDHÄUSER: “Strafgesetzzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie”, Martens-GS, ps. 231-47.
- Hans SCHNEIDER: Gesetzgebung. Ein Lehrbuch, (2.^a ed. C.F. Müller) Heidelberg, 1991.
- Hans SCHULTZ: “Gesetzgebung als Aufgabe der Rechtswissenschaft in der Schweiz”, Noll-GS, ps. 157-65.
- Bernd SCHÜNEMANN: Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht, (Walter de Gruyter) Berlin-New York, 1978.
- Jesús-María SILVA SÁNCHEZ: “Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal”, RDPC, 2002/9, ps. 83-101.
- Gregor STÄCHELIN: Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, (Duncker & Humblot) Berlin, 1998.
- Klaus TIEDEMANN: Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts, (Mohr Siebeck) Tübingen, 1969.
- Valle Muñiz-LH: Gonzalo QUINTERO OLIVARES/Fermín MORALES PRATS (coords.), El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, (Aranzadi) Elcano (Navarra), 2001.
- Joachim VOGEL: “Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft. Überlegungen zu einer diskurstheoretischen Strafgesetzgebungslehre”, Roxin-FS, ps. 105-18.
- Monika Voß: Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten, (Rolf Gremer) Ebelsbach, 1989.
- VV.AA.: Técnica normativa de las Comunidades Autónomas. Jornadas celebradas por la Comunidad de Madrid en colaboración con el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 16 al 26 de abril de 1990, (Comunidad de Madrid) Madrid, 1991.

- Adolf WACH: “Legislative Technik” en: Karl v. BIRKMEYER/Fritz VAN CALKER/Reinhard FRANK/Robert v. HIPPEL/Wilhelm KAHL/Karl v. LILIENTHAL/Franz v. LISZT/Adolf WACH, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform. Allgemeiner Teil. VI. Band (Otto Liebmann) Berlin, 1908, ps. 71-83.
- Robert WALTER: “Die Lehre von der Gesetzestechnik”, ÖJZ, 1963, ps. 85-90.
- Weimar-FS: Ilmar TAMMELO/Erhard MOCK (eds.), Rechtstheorie und Gesetzgebung. Festschrift für Robert Weimar, (Peter Lang) Frankfurt am Main-Bern-New York, 1986.
- Gerhart WIELINGER: “Zur Problematik einer Gesetzgebungswissenschaft”, Weimar-FS, ps. 161-71.
- Günther WINKLER/Bernd SCHILCHER: Gesetzgebung. Kritische Überlegungen zur Gesetzgebungslehre und zur Gesetzgebungstechnik, (Springer) Wien-New York, 1981.
- Gustavo ZAGREBELSKY: El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia (traducción de Marina Gascón Abellán), (Trotta) Madrid, 1995.
- Virgilio ZAPATERO GÓMEZ: “De la jurisprudencia a la legislación”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 15-16 (1994), número dedicado a Elías Díaz, ps. 769-89.