

# EL MARCO LÓGICO DE LAS FUENTES DEL DERECHO Y LAS INTANGIBILIDADES DEL RÉGIMEN NORMATIVO EN EL DERECHO PARLAMENTARIO

DELGADO-GUEMBES, César (\*)

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El concepto cerrado del sistema legal y la naturaleza externa de las fuentes del derecho.

## 1. Introducción

Cuando se examina la cuestión de las fuentes dentro del discurso especializado que se asume como patrimonio preferente y esfera de control de quienes se ocupan del derecho, se asume automática y virtualmente preconcepciones sobre qué es el derecho. Esas preconcepciones resultan del supuesto mejor saber técnico de quienes reciben entrenamiento universitario para hablar sobre el derecho. El supuesto mejor saber no es objeto de cuestionamiento y es más bien parte del conjunto de creencias compartidas de manera masiva y generalizada.

El problema de la asunción del supuesto mejor saber técnico de quienes reciben formación especializada en el derecho es que en aras de la certeza se corre el riesgo de sacrificar la mejor comprensión de la realidad. En especial cuando esas certezas resultan de la repetición de criterios o pautas de análisis como si poseyeran capacidades axiomáticas. La certeza es un atributo inherente al conocimiento y en sí misma no es en absoluto desdeñable. Lo que sí es materia de conocimiento es exhibir la certeza con ignorancia o menosprecio por la verdad que no llega a ser aprehendida. La certeza es una cualidad del conocimiento, pero su condición no es patrimonio del sujeto que cree poseerla. No son lo mismo el conocimiento cierto, que el sujeto que cree poseer la certeza del conocimiento. La certeza se aplica sobre el objeto del conocimiento, pero el sujeto puede sólo creer o declarar la certeza sin que esta sea en efecto una propiedad del objeto sobre el que afirma tener certeza.

Esta es una materia decisiva en cuestión de las fuentes del derecho parlamentario porque del concepto que se maneje y tenga sobre qué es el derecho y cuándo estamos ante una norma con capacidad vinculante de generar un sentido de orden colectivo dependerá

---

\* El autor es abogado (1983), tiene estudios de pregrado en filosofía (1974-1975) y en ciencia política, y ha concluido el posgrado en sociología (2007) por la Pontificia Universidad Católica del Perú. En su condición de investigador de la institución parlamentaria ha publicado libros y artículos especializados sobre el estatuto, la organización, gestión, procesos y normatividad parlamentaria entre los que se cuenta *Manual del Parlamento* (2012); *Para la Representación de la República* (2011); *Prerrogativas Parlamentarias* (2007); *Congreso: Procedimientos Internos* (1995); y *Qué Parlamento Queremos* (1992). Es profesor de derecho, gestión y procesos parlamentarios en varias universidades peruanas. Está vinculado laboralmente al Congreso desde 1980, donde se ha desempeñado en posiciones asesoriales y funcionariales. Fue Sub Oficial Mayor de la Cámara de Diputados (1991-1992), Oficial Mayor del Congreso (2003), y Director General Parlamentario (2003, y 2010). Para acceder a las publicaciones electrónicas del autor puede llegarse a través del enlace electrónico <http://www.scribd.com/people/view/5117586-delgadoguembes>.

también cuándo se considere que existe vulneración del orden o incumplimiento del mismo. La irregularidad de los actos parlamentarios se concreta no sólo respecto de la literalidad de una proposición normativa, como no basta que se clame tal irregularidad por quien esté en posición o posibilidad de afectar decisivamente la realidad en su favor, para que el orden parlamentario sea el justo o el correcto. El juicio sobre el orden y el derecho, y por lo mismo, sobre la fuente de la que se deriva ese orden y derecho y la validez de las decisiones normativas, no se produce con independencia del concepto que el operador o agente de la interpretación o de la aplicación asuma de modo explícito o tácito.

Precisamente por la última razón es que es una cuestión de primera importancia establecer la base desde la cual se propone una teoría de las fuentes. No hay modo de proponer un marco razonable de ordenamiento colectivo que no suponga el reconocimiento y declaración de las premisas desde las cuales se deduce qué es y qué no es una fuente que vincule jurídicamente los actos o las conductas en los procesos que se desarrollan en el órgano estatal de la representación. Obviar las premisas y base desde la cual se reconoce qué tipo de acto constituye una fuente con capacidad normativa vinculante supondría la elaboración indiscriminada de planteamientos con ocultamiento del fundamento del desarrollo que se propone, y por lo tanto también una imposición vertical de modos de entender la operación del proceso hermenéutico, que no se compadece precisamente con el carácter reflexivo de cualquier organización colectiva que se jacte de su propia flexibilidad y pluralidad política.

### ***2.1 El concepto cerrado del sistema legal y la naturaleza externa de las fuentes de derecho***

Las fuentes de derecho tienen un significado claro para quienes se forman en la disciplina jurídica. Para los abogados o juristas las fuentes son la autoridad normativa a la que se le reconoce efectos vinculantes. Cuando una fuente de derecho no se acata o cumple el propio derecho prevé mecanismos de coacción para asegurar que la conducta se ajusta al precepto. El derecho basta en sí mismo como autoridad para generar conductas obligatorias, y no depende de orden ajeno al derecho mismo.

La claridad que tiene el asunto para quienes están vinculados al derecho y a la abogacía deriva de la formación que las escuelas de derecho ofrecen, así como de la concepción que de modo generalizado y uniformemente se sostiene en la práctica de la disciplina en los diferentes niveles de la vida estatal (en la administración pública y en la administración de justicia) o en la práctica privada. Es una claridad que deriva de una misma concepción o modelo paradigmático del derecho.

Esa concepción y modelo asume que el derecho es un ámbito cerrado en sí mismo, cuyo sustento es normativo. La ley es el sustento de la ley. La ley se basta a sí misma. No existe orden ajeno que funde o en el que se respalde el fundamento del derecho. La norma es el axioma que no requiere justificación. Es necesaria sin requerir demostración, y si se realiza el ejercicio de demostrarla es para reiterar el circunloquio. La ley es un bien que no requiere demostración. Es buena porque lo es. Es necesaria porque sin ella la sociedad es inviable. El hombre no puede existir sin ley. Sin ley el hombre deja de tener la naturaleza que lo define. La ley, en suma, es una profecía autocumplida.

La tendencia uniforme y dominante suele representarse el derecho como un cuerpo seguro, predecible y confiable, donde no cuenta otra cosa que el producto objetivo que los actores elaboran y producen *tout court*. Se asumen las tesis erróneas de que el derecho es un

cuerpo autosuficiente y hermético, sostenible como base política de conductas socialmente obligatorias e imponibles, independientemente de la fuente que produce las normas, las ejecuta o dicta jurisprudencia según ellas. Su pretensión es eliminar la subjetividad, o la particularidad de que sean unas personas y no otras quienes elijan y decidan qué es derecho. Detrás de tal pretensión se avizora igualmente la supuesta eliminación de la controversia respecto ya no de las subjetividades o de las personas, sino de los sentidos que las mismas subjetividades y personas le dan al derecho cuando surge una situación de discrepancia, controversia, conflicto o antagonismo en la sociedad o en la vida política.

En esa misma perspectiva general en el universo de la academia jurídica no suele discutirse ni dudarse mucho sobre el fundamento de la naturaleza legal de los preceptos. Y ello es así porque, en el proceso de especialización que caracteriza a la modernidad, el corpus del derecho ha ido segregando fuera de su ámbito normativo normas sociales, morales o religiosas. El derecho es una disciplina que se afirma contemporáneamente en el concepto de que la norma es imponible por quien cuenta con competencia reconocida para hacerlo en nombre del Estado. Entre esas normas se menciona la Constitución, las leyes y tratados, los decretos y resoluciones administrativas del gobierno, los contratos y las sentencias jurisdiccionales.

Ese concepto cerrado de lo que tiene naturaleza jurídica es parte de la compartimentalización de las ciencias, a propósito de premisas que regulan conceptualmente los bordes de las competencias y de la especialización. En el propósito de asegurar la comprensión de los distintos objetos de estudio, disciplinas como el derecho han ajustado los linderos de sus alcances a límites tales que llega a verse cada vez menos cómo el objeto básico de toda ciencia o disciplina está relacionado con el sistema de vida humana. Las ciencias, y entre ellas el derecho, enfrentan un cuadro de pulverización o desintegración de su naturaleza.

La ventaja que representa tener el campo de juego delimitado, a su vez tiene el inconveniente de aislar analíticamente una realidad que trasciende a las esferas de cada una de las disciplinas en potencial disputa sobre la explicación de la realidad. La formalización de los límites entre las distintas esferas del conocimiento en realidad oscurece la comprensión de la realidad. Es una forma de simular y simplificar la inaprehensibilidad de la realidad, mediante un recurso técnico que hace abstracción de la compleja diversidad material que abordan las distintas especialidades y disciplinas académicas.

De ahí que lo usual que sería referir el problema de las fuentes del derecho parlamentario a un tema formal, configure una situación y una experiencia limitante en la que resulte inevitable el cercenamiento de parte importante de las dimensiones del ser humano. La perspectiva formal de la cuestión de las fuentes del derecho, según suele referirla tradicionalmente la escuela y la academia, adopta incuestionadamente una posición unidimensional. Unidimensionalidad definida a partir de la negación de factores que explican el sentido del derecho como una disciplina que nace del propósito de asegurar una sociedad con relaciones justas. La perspectiva en la que hoy se conoce y estudia el derecho lo concibe como un fenómeno o como una cosa ajena y extraña al deseo de justicia. El derecho se queda hoy sólo con la dimensión lineal de la validez positiva para imponer coactivamente normas dictadas por quien tiene fuerza suficiente para dictar la norma sin resistencia en la sociedad.

Si es así que la concepción unidimensional del derecho entendido sólo como validez legal elimina esferas esenciales de la vida de relación del ser humano, y que la ley es precisamente uno de los productos que elabora el parlamento con la capacidad que tienen sus miembros en el órgano estatal responsable de la representación para decidir qué es a lo se dará la condición de materia coaccionable con la fuerza, la hegemonía y el monopolio que tiene el Estado para someter al individuo, si ello es así, parece razonable que el cuestionamiento sobre esa misma concepción formal, lineal, y unidimensional, que se sustenta en la sola validez y en la fuerza para imponer o someter a la sociedad según la voluntad de quien tiene la fuerza para hacerlo, reciba una atención especial para tratar de encontrar vías o modos de entender y de hacer la ley que incluyan de modo efectivo otras dimensiones de la ley que permitan comprender por qué debe existir una ley y cómo debe ella asimilar el entorno de factores cuya inclusión permitiría a la sociedad contar con leyes justas, y no sólo válidamente discutidas, aprobadas y cumplidas.

Un mínimo de espíritu crítico demanda y exige reflexiones básicas. No es cuestión de no hacerse de problemas teóricos o innecesarios, ni de que los abogados pierdan inútilmente el tiempo con dilemas poco prácticos. Lamentablemente para los hábitos pragmáticos o utilitarios del hombre moderno y del modelo democrático igualitario, el descuido, negligencia, indiferencia, desinterés o ignorancia de la dimensión teórica forman parte de una actitud que desconoce y subvierte la capacidad y posibilidad de conocer y de hablar apropiadamente de la realidad. Ese hombre y ese modelo contemporáneos optan por el pragmatismo de los resultados, como si obtener logros fuese una prioridad con el poder de excluir o negar cualquier otra actividad humana.

Esta disposición es parte igualmente de las actitudes y de las prioridades axiológicas del abogado. En particular cuando se plantea el análisis pragmático de las consecuencias concretas de la acción humana. Una de las versiones más elaboradas de esta disposición o actitud en relación con el derecho es la escuela del análisis económico del derecho, que en parte fue el antídoto frente al positivismo jurídico, para el cual la ley tiene una dimensión y valor autónomo e independiente del contexto político, sociológico o histórico en el que el derecho se afirma.

La actitud pragmática, instrumental o utilitaria que sobrevalora el rendimiento, los efectos o los beneficios, importa también, implícitamente, una toma de posición sobre el ser, la verdad y el valor de las cosas sobre las que tramitan procesos o se accionan pretensiones. Supone que el valor del derecho se mide y aprecia según la eficacia que la norma tiene para cambiar la realidad sobre la que se la pretende aplicar de forma que agregue una ganancia socialmente tangible y sostenible para la colectividad. Adoptar las prioridades teóricas del método inherente al pragmatismo excluye otros modos de valorar la naturaleza del orden político según los cuales más allá de la dimensión práctica, de los resultados o de los beneficios sociales, existen principios o fines que deben alcanzarse independientemente del costo o ventajas económicas para la colectividad.

Cuando se ignora la dimensión teórica de los problemas cuya solución se aspira a alcanzar con criterio práctico la consecuencia es que se da por descontado y se pasan por alto aspectos significativos en la calidad de la existencia humana cuyo valor no es priorizado por razones instrumentales, utilitarias o pragmáticas. La visión utilitarista del mundo, del hombre, de la sociedad y de la vida en general, es sólo una racionalidad o mentalidad más en el múltiple espectro cultural en que concurren o compiten las opciones y posiciones filosóficas a partir de las cuales se produce la praxis política. La pretensión de hegemonizar el discurso

jurídico a partir de la posición instrumental en general, o de la escuela del análisis económico del derecho en singular, debe asumir el carácter parcial y particular que le corresponde entre la diversidad de escuelas, de forma que los procesos de creación, interpretación o aplicación del derecho no se formulen con carácter axiomático o dogmático. Contrariamente el derecho se convertiría en una disciplina de naturaleza semejante a la que tiene la religión, o formas fundamentalistas de orientar la acción humana.

Lo práctico es encontrar soluciones cuando el tema legal aparece y afecta intereses concretos de las personas, y no generar un problema que ponga al sujeto en emergencias prácticas inexistentes. La teoría del derecho resulta una cuestión de indeseables dimensiones, cuya naturaleza y alcances es inconveniente examinar, a menos que sobreviniesen cuestiones que exigieran evaluación y soluciones concretas. Sin tal emergencia la discusión es inútil e improductiva, porque lo que no exige una respuesta para un problema efectivo en la interacción social carece de significancia o trascendencia.

Una dimensión del problema está asociada, por esta misma razón, a la aparente dificultad de advertir y constatar cómo es precisamente que la falta de visión es la que impide a la comunidad jurídica en general darse cuenta del impacto que tienen los paradigmas teóricos en cuestiones concretas y prácticas relacionadas con el desarrollo social y con el bienestar de la comunidad. La dificultad o incapacidad de ver más allá de la frontera de la legalidad, es la que convierte a la profesión legal en un coto sumiso y mecanizado de practicantes de la ley, que no alcanza a cumplir los fines que los valores y principios inherentes al derecho demandan de la ley y de quienes la administran y practican. Por el contrario familiarizarse con el fundamento teórico y con el origen conceptual de la normatividad legal habilita y capacita más al derecho y a sus operadores para alcanzar logros y resultados colectivos mucho más valiosos que los que pueden obtener debido al reducido marco en el que se enseña el derecho y en el que se ejercita la profesión legal.

Más allá de la supuesta irrelevancia de la dimensión teórica para el monopolio de la actitud pragmática o positivista, la cuestión sí tiene trascendencia y significación cuando el objetivo es definir si las decisiones políticas exigen todas sustento en el derecho, o si es una finalidad política la que decide que exista un orden legal fijado de acuerdo a una autoridad cuya potestad de decir la ley no pueda justificarse sólo en la ley misma sino en una fuente anterior o ajena a la ley misma. El cuestionamiento y crítica a la autosuficiencia de la legalidad no puede dejar de atender un tema como el de la fuente del poder o la fuente de la legalidad. La ley no es creada por la ley sino por un agente u operador que la define y que, además, la impone. La capacidad de decidir los términos de la ley, o la simple y básica capacidad de decir qué es una ley de alcance general para toda una asociación colectiva no puede resolverse dentro del sistema legal. Ese es un límite que la legalidad no puede resolver técnicamente. La ley no se sustenta en una decisión legal. No hay decisión legal sin sujeto que la decida, ni voluntad que la defina. La ley es insuficiente para fijar sus propios contenidos. Requiere de reglas, voluntad y sujeto capaces de definir sus contenidos.

Negar la capacidad de decidir la ley es ignorar la necesaria relación entre el poder y la legalidad. Esta es naturalmente una cuestión concreta innegable, cuyo desconocimiento o ignorancia pone a quien sólo se limita a operar desde la ley en la situación de súbdito de un orden en el que supuestamente no tiene capacidad de decisión. Una posición de esa naturaleza, sin embargo, no le hace favor alguno al régimen político en el que la legalidad es instrumento que apoya en el propósito de alcanzar resultados no todos los cuales son precisamente normativos.

Como se ve, hay por lo menos alguna dimensión anterior al derecho, desde la cual sus contenidos son fijados según un orden anterior a él. Para esa concepción del derecho es posible distinguir y diferenciar la capacidad o poder normativos sobre las conductas según fuentes no legales. Esas fuentes pueden ser internas, sociales, religiosas, morales o políticas. Cuando se refiere la cuestión de las fuentes de derecho se excluye en él, el carácter preceptivo de toda esfera diversa a la que tiene naturaleza legal. Y esa omisión no es precisamente una condición que auxilie en la comprensión del problema sobre las fuentes del derecho.

Hay una esfera esencial en la cuestión sobre la naturaleza y concepto del derecho que impacta respecto de la producción de la ley, y que además tiene que ver con la comprensión de la actividad productora de la ley. En el parlamento debe definirse cómo deben ser las normas que, además de producir la ley, aseguran adecuadamente la calidad de la representación de la comunidad. Esto es, el parlamento debe decirse a sí mismo cuál y cómo deben ser las normas para hacer las normas para todos, por cuenta de todos, y en interés de todos. Del concepto que tenga el parlamento de la ley y del derecho, dependerá el concepto y tipo de leyes que él mismo discuta y apruebe.

El hecho de que el parlamento sea el órgano responsable de decir la ley, lo pone en consecuencia en la posición de ser la instancia que debe decir la ley que es desde la cual ejercita la potestad de discutirla y de aprobarla. La producción de la ley no se hace sólo desde la voluntad de quien decide cuál y cómo puede ser la ley. La cuestión es entonces conocer, determinar y definir cuál es ese universo normativo, cuáles son las fuentes de ese universo normativo, que ordena, en el propio Estado, a quienes les corresponde hacerlo porque tienen el mandato político, el poder estatal, y la competencia constitucional, para ordenar y legislar, desde el Estado, para toda la república. Cuál es ese universo normativo, pues, que deben observar los representantes políticos de la colectividad ante el Estado, y que permite el funcionamiento ordenado de la organización, procesos y actividad parlamentaria; cuál es su naturaleza; cuáles son los diferentes tipos de fuentes que ordenan o encarrilan las decisiones que les corresponde tomar por cuenta e interés de la república.

Ahí se ubica la cuestión de las fuentes del derecho parlamentario. No es lo mismo hablar de las fuentes del sistema jurídico peruano, que hablar de las fuentes de derecho para el órgano que decide y produce diversidad de actos, además de los legislativos, en el sistema político peruano. El sistema jurídico se refiere a la organización normativa general para toda la sociedad, ciertamente, pero lo singular de la cuestión del problema de las fuentes en el parlamento es que éste es el órgano desde el que se produce la ley desde la capacidad y voluntad representativa de toda la república.

El análisis y la cuestión de la fuente del derecho adquieren un significado especialmente trascendente cuando se aborda a partir de la experiencia de la producción concreta de la ley por el agente estatal preeminente a cargo de la definición y decisión sobre qué es la ley. De modo análogo tiene también singular trascendencia el estudio de las fuentes del derecho en la dimensión jurisprudencial, pero la capacidad reveladora parece especialmente superior cuando se examina la producción de la ley debido a una diferencia crítica.

En tanto que la judicatura se integra por profesionales cuya especialidad es el derecho, en el parlamento la especialidad desaparece porque los agentes de la ley son titulares del proceso de formación del derecho no en mérito a su conocimiento especializado de la

disciplina jurídica, sino en razón a cumplir con el principio central de la organización democrática del Estado que consiste en que la autoridad la tiene quien es elegido por el pueblo para establecer cuál es la ley de la república. De ahí que la revisión de la experiencia del agente a cargo de la producción de la ley permite comprender con mejor fundamento de causa cuál es la naturaleza de la ley y del Estado de derecho, y por lo tanto en qué consiste el sistema de producción de normas.

La teoría sobre las fuentes del derecho debe integrar e incorporar el fenómeno de la génesis política de la norma que en una sociedad y Estado democráticos está a cargo de quienes no deciden la ley según la ley, sino conforme a la voluntad y a la consciencia que de lo que debe ser ley tienen quienes representan a la sociedad. Y más que sólo integrar o incorporar, en realidad todo el problema de las fuentes del derecho deben asumir y suponer que en el núcleo y eje de la dimensión jurídica o legal la base no es propiamente legal sino quizá más concretamente una base de orden político o ético.

Ocurre, por ejemplo, que si el parlamento dice y decide la ley, es obvio que el nivel de exigibilidad de la ley para el propio parlamento no sea el mismo que para el resto de los órganos estatales, o que para el resto de la sociedad. Si el parlamento es el órgano estatal que impone la regla de la legalidad de la actividad de la comunidad, es coherente con esa posición que el propio parlamento asuma y funde su posición en un respeto similar por la ley desde la cual se fijarán los contenidos que luego obligará a toda la sociedad. Sin embargo, esa ley no se encuentra en el sistema legal, sino fuera de él, porque es desde fuera del conjunto normativo que alguien decide las normas por y para toda la comunidad. El carácter externo de la fuente de la norma, sin embargo, no excluye a quienes crean la norma de decidir qué es y cuál es el contenido de la norma según un orden que, sin ser propiamente legal, no deje de contar con el reconocimiento normativo de la misma comunidad que confía en quienes la representen para adopten normas generales válidas para toda la sociedad. La regla de distribución de funciones políticas mediante la cual unos dictan la norma legal y otros la siguen y observan, se basa en principios de organización colectiva suficientemente sólidos y confiables como para que la función normativa merezca legitimidad en la colectividad en general.

Se trata de dos órdenes paralelos, complementarios, con válvulas comunicantes entre uno y otro. El orden legalmente normativo y el orden normativo cuyos principios fundan la legalidad. Ese orden normativo tiene naturaleza política, en la medida que se refiere a la asociación y vínculo de unión de una comunidad bajo una misma autoridad y unas mismas reglas, y también tienen naturaleza ética en la medida que sin un mismo orden compartido de principios éticos la base de la comunidad decae o se degenera. La cohesión de la asociación política depende del reconocimiento de un mismo orden ético para la colectividad que se agrupa. No es que exista un contrato en el que se consigne en un momento pasado e ideal la decisión de dejar el estado de naturaleza (*exeundum e statu naturae*) para pasar al estado de derecho, sino que el desarrollo histórico de las relaciones políticas ha reconocido de modo inmemorial la institución de la unidad política bajo un mismo mando o directo o de carácter representativo, cuya base se sustenta en la preferencia de un cuerpo competente y virtuoso de autoridades antes que en la indiferencia en la calidad, competencia y virtud de dichos representantes.

Sólo el orden ético de la asociación política garantiza la legitimidad en el uso de la voluntad de las mayorías en el parlamento. La sola fuerza de las mayorías no garantiza la cohesión de la comunidad ni la legitimidad de la voluntad que ellas expresen. Es la

superioridad de la posición ética de la representación la que asegura que las normas que el Estado aprueba cohesionen y se reconozcan. El desarrollo político de la república se inspira, depende y se dirige hacia un Estado en cuya base existe un propósito ético y no sólo la mera reproducción de las reglas de decisión independientemente de la calidad moral de las mayorías que representan y que dictan las normas del país.

Debe en efecto tener alguna significación y sentido que quien tiene la capacidad, la potestad, la competencia, el poder y la fuerza para decir la ley, a partir de su sola voluntad corporativa, no esté lógicamente compelido a observar la ley en los mismos sentidos e intensidad que quienes no tienen la potestad de decir la ni decidirla a partir de su sola voluntad. Pero la lógica de la excepción legal, sin embargo, es distinta de la regla ética bajo la cual los representantes sí tienen igualdad de sujeción. En el plano político los representantes gozan de una posición jerárquicamente diferenciada y superior a la de quienes no son autoridad estatal. La voluntad de la representación expresa la voluntad de la colectividad, y por esta misma razón existe una relación cratológicamente asimétrica. A la expresión cratológica de la dimensión política, sin embargo, no le es ajena la dimensión ética a la que el poder se somete. La diferencia entre el despotismo o la tiranía, y el ejercicio ético de la autoridad, reside en que el despotismo y la tiranía son ejercicio de la fuerza sobre las mayorías; el ejercicio justo del poder, por el contrario, no se basa en la fuerza ni en la capacidad operativa y efectiva del ejercicio monopólico y legal del poder, sino en la correcta dirección y uso del poder según un orden y principios de conducta colectivamente superior.

De esa situación diferenciada es que cabe deducir que para el parlamento la ley no tiene el significado que tiene para quienes no son parte del parlamento. La experiencia parlamentaria permite ensanchar la comprensión de la ley y del derecho en modos tales que es improbable que se conozca en los foros especializados. El parlamento es existencialmente autónomo respecto a una ley que depende de su propia voluntad corporativa definir y decir. El resto de la sociedad no tiene la misma posición existencial que el parlamento respecto de la ley. La diferencia no es irrelevante, ni poco significativa. Por el contrario, los rasgos de diferenciación justifican la jerarquía y la propia razón de ser del Estado como garante ético y político del todo el orden comunitario.

## ***2.2 Los límites normativos del parlamento y las intangibilidades implícitas en el ejercicio normativo de la representación***

La capacidad reconocida al Congreso para definir el ordenamiento es una capacidad discrecional pero no ilimitada ni indefinida. Primero, porque no basta la sola voluntad de una mayoría para adoptar los acuerdos políticos o normativos que correspondan, toda vez que es necesario valorar la fuerza de las minorías además de reconocer el valor de los argumentos que plantean durante el debate. Y segundo, porque su capacidad de establecer contenidos tiene como parámetro el marco de principios éticos y valores políticos reconocidos por la comunidad. Las limitaciones materiales de la capacidad de las mayorías, y los límites intangibles de carácter ético y político fungen de encuadre normativo respecto de la actividad del Congreso.

¿Qué relación existe entre el encuadre normativo de carácter ético y político al que debe ceñirse el Congreso, y los límites que la Constitución prescribe para el ejercicio de sus atribuciones funcionales?. ¿Cabe reducir la naturaleza de los límites éticos y políticos a aquellos que recoge el texto constitucional? ¿Es esperable que las dimensiones éticas y políticas estén todas incluidas en el ámbito normativo de la constitucionalidad? De otro lado,

¿qué tipo de exigibilidad corresponde a los órdenes propia y exclusivamente éticos y políticos, más allá de la exigibilidad constitucional en el ejercicio del poder? Finalmente, ¿cuál es el ámbito intangible que limita la capacidad de acción ética, política o representativa de quienes tienen el mandato popular? ¿O es que la intangibilidad tiene sólo y únicamente una dimensión constitucional?

Las preguntas anteriores bordean la cuestión del núcleo esencial de la constitucionalidad de la asociación política del pueblo. Todo admite reforma siempre que el contenido no lesione esos núcleos esenciales de la constitucionalidad de la asociación. Esos núcleos son formalmente explícitos, o materialmente implícitos. Entre la explicitud de los textos formales que lo precisan, o el carácter tácito de los núcleos materiales presuntos, existe un margen considerable de acción representativa. Este margen comprende desde la interpretabilidad de los textos formales explícitos, hasta la indiscutibilidad de obvios núcleos materiales dados por válidos universalmente por la comunidad.

En cualquier caso es necesario tener claro que la intangibilidad de los núcleos esenciales no depende de si éstos son reconocidos, intuitivos, deducidos o insinuados, en las cláusulas de la Constitución, porque pretenderlo es una forma de mitificar el carácter básicamente orientador y provisorio que tiene todo documento normativo, y ello no obstante la ritualidad y especiales exigencias que se impone para acordar los preceptos que dicho documento incluye o incorpora en su textualidad. En realidad no hay rito político en sociedades modernas como en las que vivimos, capaz de congelar la fluidez de la dinámica vivencial de cualquier órgano o asociación políticas.

El culto a la documentalidad normativa de los textos legales es una forma de sacralizar o investir de religiosidad secular lo que por naturaleza no tiene mayor valor que las creencias, convicciones o compromisos efectivamente alcanzados por la comunidad durante el desarrollo de su historia. Son resabios que adjudican al documento lo que antes tuvo un origen trascendente a la humanidad. La ley moderna no es una ley cuyo contenido tenga garantía en ella misma. Es una ley siempre deliberable y argumentable por las comunidades en las que ella se reconoce como texto. Pero el documento mismo no es más valioso que la capacidad de las sociedades para reconocerla. La ley moderna, por esta razón, es sólo una ley inmanentemente fundada. No una ley externa cuyo cuidado y aplicación sea encomendado a una dinastía sacerdotal, guerrera o familiar, como la que sin mayor espíritu crítico pretende asumir por sí y ante sí la comunidad legal. La ley moderna es una ley sin otro vicario que quienes la viven hoy, aquí y en este mundo. No tiene más pontífices, diáconos ni custodios que quienes la operan y quienes debaten sobre sus alcances.

De ahí que las intangibilidades constitucionales no estén integradas por un canon o cuerpo venerable de preceptos, a cuya sola invocación se conjure la arbitrariedad por merced del dicho de la autoridad que los sentencia. Las intangibilidades constitucionales son las que se construyen mediante el discurso fundamentado de los operadores de los arreglos en casos de dilemas o conflictos normativos. El discurso legal no es un discurso acabado ni definitivo, sino contingente y temporalmente, en la medida en que lo sostienen quienes lo reconocen en la historia de la convivencia social. Lo que las leyes mandan tiene una legitimidad de origen cuando el proceso legislativo se desarrolla de modo concertado entre la pluralidad de representantes, pero esta legitimidad de origen no niega la legitimidad de desempeño que ampara la voluntad estatal emanada del órgano de representación. Sin convencimiento ni compromiso de la comunidad de destinatarios a los que ella se dirige la ley es un valor vacío e inservible

¿Qué es lo intangible e inabdicable en el mandato que deben cumplir quienes asumen la representación política para organizar los procesos y la actividad representativa? La Constitución en su sentido documental no pasa de actuar como un dique semántico cuya textualidad es tan penetrable como su textura. En casos la textura es similar a la del diamante, y en otros como la del talco. La diferencia en uno y otro casos no es el tenor literal ni explícito de su texto, sino el convencimiento y la fundamentación argumentativa con la que se afirma y construye la constitucionalidad por quienes operan la representación por cuenta e interés de la república. Y esas afirmaciones y construcción deliberativas o argumentativas son siempre juicios sujetos a validación y legitimización *ex post* por la comunidad de destinatarios cuyo poder ejercitan los representantes por su cuenta e interés.

En similar situación se encuentra la aplicación de la Constitución y de las leyes por los jueces, porque las supuestas objetividades y explicitudes documentales en que suelen descargar el ejercicio de sus atribuciones funcionales, son todas formas de convencimiento o de creencias inmanentes en la comunidad por la que hablan. Lo judicialmente obvio no es otra cosa que la apelación a convicciones inmanentes a la comunidad desde la que se habla. No porque el texto tenga el poder de salvar la obligación de fundar el fallo de la autoridad jurisdiccional, sino porque quien falla pretende hablar desde el núcleo de creencias o convicciones en las que le parece encontrar autoridad para cesar en el esfuerzo de fundamentar o argumentar su fallo, sentencia o resolución.

La cuestión es qué tan factible es encontrar contenidos determinados a los que quepa dárseles la fuerza inmanente de la indiscutibilidad que excuse la ausencia de fundamentación y la exigencia de argumentación. ¿Cuándo es que la autoridad se encuentra ante una creencia o convicción comunitaria tan evidentemente compartida que le sea excusada la obligación de fundar y razonar la decisión que toma en su calidad de autoridad estatal o política? Esos son los límites de la constitucionalidad. En unos casos esos límites serán documentalmente razonados, en otros serán meras creencias o convicciones compartidas no necesariamente derivables de los textos. En uno u otros casos las decisiones se basan en una creencia o en una convicción de la que se predica su valor universal y su inabdicabilidad. La razón última de una decisión política es siempre un criterio o principio en el que se cree encontrar la base esencial de la convivencia justa en una relación comunitaria. Llegar a esa razón última está en la base y el sentido elemental del ejercicio del mandato cuando debe decirse qué es la ley y qué es el derecho para la sociedad a la que se representa.

No hay en realidad más cláusulas pétreas o intangibles que las convicciones y creencias compartidas en la historia por los sujetos a cargo de un dilema colectivo, o de una cuestión cualquiera de importancia para la asociación política de la república. La comunidad es la única depositaria de esos valores intangibles, inmodificables o pétreos, y ellos siempre tienen carácter históricamente contingente. No hay más objetividad fuera de la inmanencia de las creencias compartidas y de las convicciones sostenidas colectivamente. Se trata, como puede verse, de un límite de naturaleza eminentemente intersubjetiva. Sólo lo que las creencias afirman, encuentran y reconocen como cierto o verdadero desde la concurrencia subjetiva de quienes intervienen y participan en la deliberación de asuntos colectivos tiene el carácter firme que alguna vez, antes de la modernidad, tuvieron las verdades universales y trascendentes.

El discurso legal que se pregunta por las inmunidades constitucionales que impiden redefiniciones no es más que la pretensión de encontrar verdades absolutas en comunidades históricas para las que hasta la pretensión del absoluto tiene carácter contingente. Detrás de la pretensión de inmunidad de los principios se oculta, en buena cuenta, la impotencia del derecho para garantizar verdades de orden objetivo y absoluto. Es un síntoma común en el derecho la actitud de asertividad con la que se espera negar la exigencia de sustento. La competencia es por decidir desde las creencias que no requieren fundamentación. Alcanzar la posición desde la que se enuncia lo que no se duda es una posición ética y políticamente poderosa. Es la dimensión de la actitud psíquica la que genera el vínculo de dominio y también de legitimidad. Por ello es que una comunidad basada en el sentido de dignidad y de honor de los ciudadanos requiere de su sentido crítico para no dar por evidente u obvio lo que no resulta ser más que el simulacro en el que el emisor de enunciados habla con una asertividad carente del adecuado sustento y razonabilidad.

El afán de poder es tanto más grande en las sociedades modernas cuanto más se siente la ausencia de un orden trascendente que asegure, elimine o mitigue la necesidad de argumentar y razonar las decisiones colectivas. De ahí los atajos que suelen tomar quienes, pretendiendo mayor seguridad que la humana y colectivamente alcanzable, asumen posiciones demagógicas y recurren a sofismas detrás de los cuales hay sólo poco más que un ego débil, e insuficientemente individuado, cuyos déficits se compensan con la imagen de líderes que creen ser y que proyectan socialmente, anteponiendo la astucia o sus habilidades seductoras, para compensar de esa manera la ansiedad que deja la fugacidad del éxitos y de la gloria, y dejar de enfrentar así la contingencia del mundo y de los proyectos históricos de nuestra existencia.

Las antiguas seguridades del orden trascendente en el que el hombre moderno deja de creer y del que pretende prescindir asumiendo para ese fin la pose del hombre omnipotente que se sobra y se basta con su sola razón y competencias individuales, no eximieron nunca del honor que genera sabernos mortales pero a la vez sujetos obligados de llevar y morir una vida virtuosa y reflexiva. No las vanas falacias del racionalismo que endiosa a la razón desligándola del orden divino. Parte de esa pretensión es la que acompaña al mito de las autosuficiencias autárquicas de la legalidad que postula la sumisión del poder y del Estado a las máscaras de la ley, ignorando que, paradójicamente, éstos son los mejores argumentos detrás de cuyo disfraz se escudan, con timidez o con alevosía, los espíritus despóticos que compensan su arbitrariedad con los artificios argumentativos y deliberativos de la razón instrumental.

Estos son los modos de la modernidad que crean las coartadas para la acción política en la que se embarcan a título de ciudadanos quienes no aprendieron a asumir las responsabilidades colectivas, no de los partidos en los que militan, sino las exigentes consecuencias espirituales de la república que heredamos de quienes nos la confiaron con esperanza en el testimonio de vida que nos dejaron en la familia y en la historia. Estos son alcances, si bien poco usuales en el discurso académico no menos reales, concretos y efectivos, y son alcances también que suelen minimizarse con petulancia si no con el halo de una generosidad mal fingida, para mantener ensoberbecidamente la hegemonía del discurso dominante, pero fatuo, vano y espiritualmente ineficaz, de la legalidad como orden autónomo de la ética y de la política.

Es por las razones que preceden que la inmutabilidad e intangibilidad en el sistema de fuentes normativas del parlamento carece de los límites míticos que el discurso legal suele endosar a los documentos. La inmutabilidad e intangibilidad es de naturaleza eminentemente discursiva. El poder de representación, si en efecto debe tener sentido la aspiración de un estilo de vida democrático o republicano, es un poder constitucionalmente argumentado y fundamentado. La constitucionalidad es una constitucionalidad histórica y subjetivamente construida a través de la elaboración de los diversos proyectos de vida que existen en un mismo espacio y tiempo histórico. Y por eso tales inmutabilidad e intangibilidad no puede ser más sólida, pétreo ni inmovible, que las convicciones y creencias de las comunidades en las que conviven los sujetos que se reconocen como miembros de una misma asociación política.

El *logos* es el sustento en el que el orden constitucional se funda. No en el fariseísmo de una legalidad exánime y pétreo que suele cosificarse en las tablas de los documentos. La escribaldad es parte de la imagen del mundo que compite con el paradigma de la oralidad y del discurso. No hay más ley auténtica que la ley que internalizan quienes conviven en una misma asociación política. Si esa ley se convierte en un fenómeno externo capaz de coaccionar y someter a quienes no la reconocen como regla de convivencia, la ley pierde la dimensión ética necesaria que define su utilidad y naturaleza.

El régimen normativo del parlamento es por estas razones un régimen mucho más rico que el de la documentalidad o de la escribaldad, y también mucho más complicado que el de la hermenéutica de los textos legales. La simplificación de esta realidad confunde el papel de legisladores, jueces y abogados, que reducen a la unidimensionalidad de la legalidad la trama compleja del universo normativo implícito en el proceso desde el que se cumple con la representación política. El régimen normativo es un régimen representativa y discursivamente construido. Pero por esta misma razón es que los malos usos de la representación pueden ocasionar la destrucción del lazo político cuando la arbitrariedad, el exceso o el abuso omiten fundar razonablemente las decisiones que se toman por cuenta e interés de la república. La diferencia entre el uso constructivo o destructivo del papel de la autoridad de la representación es frágil y no sencillamente distinguible.

El parlamento es el lugar en el que los contenidos constitucionales se procesan mediante la deliberación de los representantes de la voluntad colectiva. También el lugar en el que la acción colectiva se decide conforme a los valores públicos comprendidos por esa misma voluntad colectiva representada ante el Estado por los representantes. La acción parlamentaria es una acción constitucionalizante, porque capta lo que pudiera tener carácter mutable y lo fija acoplándolo en una cadena de permanencias históricas. Si la posición de la constitucionalización de la representación es correctamente asumida en supuestos constitucionales cognitivamente bien conceptuados el límite de acción del parlamento está normativamente fundado. La crisis del vacío normativo es constitucionalmente subsanada desde la posición representativa. La acción representativa es por ello una acción constitucionalmente construida, condicionada y suturada, en la medida que los valores constitucionales sean existencialmente afirmados en la concreción de la deliberación y de las decisiones parlamentarias. Sólo el reconocimiento de los contenidos intersubjetivos efectivamente compartidos es lo que habilita la ilimitada capacidad representativa del Congreso para sustentar sus decisiones en un orden normativo políticamente sólido. La materialidad constitucional de la acción representativa se sujeta a la regla de la reconocibilidad de los fundamentos políticos de la asociación por quienes representan y expresan la voluntad representativa efectiva de la colectividad.

La capacidad de acción del Congreso según un orden normativo, su fidelidad a las fuentes normativas de su propio mandato, por lo tanto, no es legal sino política, salvo que se extendiera yuxtapositivamente el concepto de legalidad al orden político en el que funda su representatividad el parlamento. El parlamento tiene la capacidad de decidir según la voluntad representativa orientada a esos contenidos constitucionales existencialmente presentes en la comunidad, así los mismos no estuvieran inscritos en la documentalidad constitucional. El parlamento es la voz constitucional de la colectividad y su papel democráticamente asimétrico respecto de la población representada es tanto más ilimitado cuanto con mayor fidelidad refleje el discurso y decisiones parlamentarias el proyecto constitucional de la comunidad. Sin el reconocimiento especular de la voluntad constitucional la acción parlamentaria falla y yerra en su capacidad representativa.

Visto de este modo, los límites normativos del Congreso, a la vez que las intangibilidades de su acción deben enfocarse a partir de la dimensión cultural y simbólica de la institución parlamentaria. El Congreso es no sólo una instancia cuya acción se regula por normas, sino además un agente activo que capitaliza los símbolos de la colectividad. Actúa como símbolo y se reconstruye como símbolo en el imaginario de la sociedad, más allá del encuadre normativamente documentado de su acción y decisiones. El Congreso es el espacio del capital cultural en el que se ejercita el dominio y la hegemonía para establecer modos, estilos, gustos o tendencias de normalización grupal o colectiva. No obstante lo aparentemente inasible de conceptos como lo son los símbolos, paradigmas o creencias, su intangibilidad o invisibilidad no es menos vinculante y expresiva sobre la normatividad y normalización del comportamiento o del desarrollo de los procesos parlamentarios.

Es en este ámbito, cuyo criterio central es el acceso o mayor disponibilidad de capital simbólico y social de que dispongan los actores en los diversos procesos sociales o políticos, donde la mayor disponibilidad de ese mismo capital genera hegemonías de sentido y visiones o creencias que se concretan en el mayor poder de unos sobre otros. Los actores desarrollan tendencias de hábitos análogos de comprensión y comportamiento en relación con la estructura generada por los sectores dominantes en materia de acceso o disponibilidad del capital cultural de la sociedad. La normalidad es establecida por la lógica dominante de sentido que consigue imponerse.

El acceso al capital simbólico y su uso en función de intereses de dominio divide a la sociedad según posiciones relativas a la adaptación y al consumo de los patrones hegemónicos. Los patrones son relativos a las épocas. Las distintas imágenes del mundo varían y se tipifican de acuerdo a los paradigmas dominantes. La imagen dominante es la que consigue regir e imponerse entre lo que se aceptan como valores colectivos dominantes. La imagen del mundo de una época es una imagen de hábitos, valores, gustos, afectos y sentimientos desde los que la sociedad se ordena y, también, se jerarquiza. Esto es, desde los que la sociedad se divide entre el orden, o normalidad, y el desorden, o la anomalía. Entre el orden, o el caos. Lo que no está comprendido en la imagen de la época constituye una amenaza que debe controlarse, aislarse y arrinconarse para que el orden prevalezca.

La estructura que se define según el patrón e imaginario dominante, no obstante, no agota la capacidad del actor en el sistema de sentidos compartidos como normales. El actor no es un mero operario del sistema, porque cada uno dispone de cierto capital social. Cada actor tiene capacidad para conspirar dentro del sistema para competir por una lógica distinta. El actor reproduce el simulacro social cuando conspira dentro del imaginario dominante para aumentar su valor con el capital culturalmente necesario que le asegure el acuñamiento de

visiones no hegemónicas. Existe pues una interacción entre el imaginario dominante y el imaginario de agentes cuyo deseo no se atiende adecuadamente por la norma dominante en el sistema. La reproducción del sistema se estabiliza a través de la constante interacción entre la visión dominante y las contribuciones conspirativas de quienes no se satisfacen con la mecánica sumisión a la cadena de producción de sentido colectivo.

El éxito del modelo hegemónico, por eso, es un éxito cuyos logros dependen de la constante capacidad del sistema de neutralizar o de reducir la competencia de agencias conspirativas que contradicen o niegan los valores dominantes. Las tendencias simbólicamente dominantes resultan del poder de adhesión que es capaz de generar la lógica de sentido que se mantiene en el gusto y los afectos de la colectividad, y ello a pesar de las lógicas conspirativas contra dicho sentido. El espacio para la pluralidad, según este esquema, es tanto más estrecho cuanto más universal sea la pretensión de afirmar valores particulares con el carácter de dominantes. La universalidad en la visión del mundo de cada colectividad es, así, una universalidad contingente, en la medida que es posible porque la pluralidad de agencias competitivas, o conspirativas, conviven y se adaptan al simulacro de la imagen dominante en cada época.

Los sistemas legales son precisamente rasgos del resultado más tangible del imaginario. Quienes definen la legalidad son agentes a cargo de la fijación de cuotas importantes del imaginario. Su poder reside en la capacidad reconocida formalmente para disponer del capital público. La cultura que llega a las posiciones desde las que se definen los contenidos constitucionales y políticos de la sociedad adquiere la capacidad de usar visiblemente el discurso público. Su capital cultural es potencialmente superior. El poder del discurso político consiste en el capital de intermediación que le reconoce el sistema político formal, además del capital cultural efectivo que cada representante pueda ejercitar. Si sus competencias culturales son escasas tanto menos relevante será su contribución y su capacidad de definir o perfilar la normalidad. Los déficits culturales del representante, a la vez, exponen la pobreza de los electores que lo seleccionan, tanto y no menos que las escaseces espirituales de los líderes de los partidos que lo proponen en la vitrina del sufragio.

El entorno de las fuentes normativas del parlamento no es insensible frente a esta lógica. El poder del parlamento es un poder ordenado según esta lógica. La imagen colectiva añade el concepto que el pueblo tiene del valor que agrega el parlamento para el bienestar político de su sociedad. La satisfacción o insatisfacción del pueblo con su parlamento es consecuencia del desempeño de sus representantes respecto del buen o mal uso del capital cultural que tienen responsabilidad de invertir, reproducir, gastar y hacer rendir desde la posición que ocupan, por cuenta e interés de la comunidad, en el Estado. De ahí la tanto mayor responsabilidad del ciudadano de usar las capacidades de su agencia personal en la gestión que cumple y de las gestiones que exige de otros según el modelo constitucional que ordena ética y políticamente la convivencia social, no menos que la articulación fluida entre la colectividad y el Estado.

### 2.3 Los límites de la lógica democrática

Un tercer e importante límite en la producción del derecho del parlamento, y por el parlamento, son las consecuencias de las premisas democráticas en el proceso de producción de la ley.

El modelo constitucional supone que el origen del poder político reside en la voluntad popular. A ese concepto se alude comúnmente con el proverbio medieval que dice que *vox populi est vox dei*, la voz del pueblo es la voz de dios. La democracia es el régimen político sobre el cual se estima de modo genérico que es el menos malo de los distintos tipos de organización política, a pesar que los resultados de la medianía de esta forma de régimen distan mucho de generar un consenso satisfactorio en la ciudadanía. Sobrevive porque los demás tipos de régimen son más temidos, a pesar del rechazo que algunos de sus productos ocasionan en la consciencia pública.

En el centro del carácter polémico del régimen democrático debe apreciarse la crítica que el año 798 expresó el clérigo Alcuin, o *Alcuinus Flaccus Albinus*, rector de la escuela de York, cuando le dijera en una epístola a Carlo Magno que *nec audiendi qui solent dicere, Vox populi, vox Dei, quum tumultuositas vulgi semper insaniae proxima sit* (no hay que escuchar a quienes suelen decir la voz del pueblo es la voz de Dios, a aquellos que afirman que el carácter tumultuoso del vulgo está siempre próximo a la locura). *Fuenteovejuna* es en la tradición hispánica un hito que da la razón a Alcuin, y en el Perú del siglo XXI son los casos de ajusticiamiento o linchamiento popular de los que se da noticia en los medios de comunicación tanto en el interior del país como en algunos de los distritos de los conos norte, centro o sur de Lima metropolitana. Estos datos expresan la irreparabilidad del daño cuando se asume el criterio democrático en su radicalidad, y sin consideración alguna a los límites de un axioma insuficientemente convincente. La voluntad popular, en efecto, no siempre es correcta y por ello menos aún puede tratársela con la veneración que se reserva para las convicciones de índole teológica o religiosa. La vida política dista considerablemente de la infalibilidad de juicio y en mayor media aún de la santidad de opinión. Perder este límite de vista confunde la regla política con la experiencia mística o religiosa que adopta algún fundamentalismo democrático.

Porque es cierto que el sistema electoral es razonablemente eficiente en su capacidad de reproducción especular de la calidad del carácter del pueblo, no es apropiado ni conveniente olvidar el carácter sintomático de la capacidad reproductiva y especular del sistema electoral. Los representantes expresan fidedignamente el carácter, los hábitos y las actitudes regulares del pueblo. Por eso el Estado no puede tener mejor calidad política que la peor de las capacidades y actitudes del ciudadano que es representado en el Estado.

Si es así que las fuentes del derecho tienen como base el criterio popular de definición de la ley por quienes han sido ungidos representantes gracias a la voluntad del pueblo, no es difícil deducir que si el fundamento del derecho reside en la voluntad del pueblo, dadas las deficiencias en la calidad ciudadana, por lo tanto, la exponenciación de tal calidad en el plantel representativo de la voluntad popular producirá un derecho tan deficiente como la calidad política de los representantes igualmente elegidos por la raíz popular de la sociedad.

No hay modo de mejorar la calidad del derecho y de la ley que produce el Congreso que no pase por el reconocimiento de la necesidad de optimizar primero la calidad de política de la ciudadanía, la capacidad didáctica de los órganos de intermediación que son los partidos y agrupaciones políticas, y el conjunto de competencias y aptitudes con que llegan al Congreso quienes son elegidos por el pueblo para representarlo democráticamente.

La dificultad no es un obstáculo ni impide reconocer que las fuentes del derecho en general, y del derecho parlamentario en singular, no tienen carácter tautológico y, por lo mismo, tienen una base exógena al derecho. Esa base es la calidad política del criterio y juicio de los representantes. El derecho es un derecho afirmado desde la experiencia concreta de quienes con sus actos le permite existir en la relación colectiva de la autoridad con la colectividad. Si la calidad de esa experiencia ha sido adecuadamente elaborada cabe esperar con esperanza cierta que la calidad de los actos representativos cumpla con el orden colectivo.

En eso consiste la dualidad o ambivalencia en el carácter contradictorio o aporético del Estado moderno de las sociedades democráticas. Afirmar el Estado de derecho como si fuera posible que *sólo* el derecho (independientemente de la voluntad política de los agentes de creación o producción de la ley), limitara la capacidad hermenéutica o decisoria de los operadores de los procesos estatales, y a la vez afirmar que la voluntad popular es un principio y una condición de validez del uso del poder estatal, en una sociedad cuyos ciudadanos padecen serias deficiencias en la calidad de sus competencias políticas y cuyos representantes, a su turno, no cuentan con las habilidades y aptitudes necesarias para la eficiente gestión de las funciones y procesos estatales propias del mandato representativo que deben desempeñar, son funciones cuya eficacia es de bastante difícil verificación sin advertir la imperfección y asimetrías en cada acto de decisión política. La cuestionabilidad y la exposición de los representantes al juicio de la sociedad de la que reciben autorización para representarla los sujeta a un marco amplio de vulnerabilidad que define precisamente la fragilidad del modelo democrático, y que además mina potencialmente el papel ordenador de la autoridad estatal.

Las fuentes del derecho, en este contexto, muestran la desnudez, carencia, faltas y precariedad de la organización del Estado y de la sociedad moderna. El hombre moderno no es un sujeto regulado por la razón del derecho, porque el universo de sus afectos, voluntades y la variedad de intereses en conflicto expresan la impureza inherente a las decisiones políticas que adoptan representantes y representados, intermediarios, comunicadores y críticos de la voluntad popular y también del derecho aprobado por los operadores del Estado.

Las sociedades modernas son sociedades atomizadas en múltiples identidades o racionalidades; no son sociedades particularmente homogéneas ni su pensamiento es uniformemente compartido ni construido. Son sociedades fragmentadas en variedad de racionalidades grupales e individuales. El derecho es lo que las individualidades y agrupaciones avalan en el marco de sus convicciones y creencias concretas. La universalidad es un espacio discontinuo en el que compiten las diferencias y las particularidades heterogéneas de una sociedad en la que concurren voluntades, apetitos, afectos e intereses nunca lineales ni uniformemente convergentes.

Una teoría de las fuentes que ignore que el derecho está muy lejos de constituir un conjunto cerrado y seguro de preceptos y de claves para ordenar propositiva y preceptivamente la sociedad, no es congruente con el objeto al que supuestamente debe servir

el derecho. De ahí la necesidad de reconocer que una teoría de las fuentes del derecho, en el contexto de sociedades modernas y democráticas, exige un método y un concepto del derecho que integren y que no se desentiendan ni excluyan la dimensión exógena del derecho.

El derecho es una creación cultural de las sociedades históricas en las que el derecho se afirma. El derecho parlamentario por esta razón reconoce como fuente de su ordenamiento mucho más que un conjunto hermético y axiomático de pautas de conducción de sus procesos y de desempeño de las diversas funciones representativas a cargo del parlamento, porque es parte de su capacidad ordenadora el reconocimiento que hace de su textura abierta a la sociedad en la que el orden y las normas adquieren significados y sentido para su desenvolvimiento.

Es por el carácter abierto, plural y flexible que tiene en el régimen político la voluntad popular que ésta no queda suprimida, cancelada, reducida ni minimizada como método de dirección política de la sociedad. Porque conforme a nuestro régimen político el origen del poder nace de la voluntad popular es que ella puede modular con discrecionalidad suficiente y razonable los contenidos de las principales decisiones políticas. Por lo tanto, es la propia voluntad popular la que afirma los principios constitucionales en los que basa los contenidos de las normas que el propio poder representativo aprueba. Si la voluntad popular es un criterio efectivo de afirmación del régimen político de ello se deduce también que es la voluntad popular y no la de otro tipo la que decide qué es derecho y cuáles son los contenidos acordes con el orden que el pueblo manda que se respete en el país.

Llegado a este punto la reflexión, puede verse que si se afirma que es parte del régimen político la vigencia del Estado de derecho, y simultáneamente que el principio de la soberanía popular según el cual el origen del poder es la voluntad popular, se presenta una situación en la que o el derecho limita la voluntad popular en el ejercicio de su soberanía, o la voluntad popular desconoce en el derecho preexistente cualquier límite al ejercicio de su poder soberano. El Estado de derecho puede, en este contexto, contradecir la capacidad de decisión de quienes representan la voluntad popular, de la misma forma que la voluntad popular puede oponerse, y no coincidir, a contenidos o a significados preexistentes de las normas y del orden social.

La teoría de las fuentes del derecho asume una jerarquía de órdenes normativos, conforme a la cual los operadores con competencias normativas en niveles subordinados están impedidos de transgredir los órdenes normativos anteriores. Lo que la racionalidad de esta misma teoría no puede prever es que el carácter abstracto de la organización jerárquica de los órdenes normativos es operativa a través de sujetos que se desenvuelven y desempeñan en el marco igualitario de una sociedad democrática y, por condicionar la definición de los significados y contenidos a la intermediación de los sujetos que operan las normas, el supuesto carácter objetivo de la norma pierde la pureza y diluye el valor subjetivamente aséptico que suele adjudicársele.

Una teoría democrática de las fuentes del derecho que se resista a las pretensiones de la hegemonía técnica de la profesión legal, en consecuencia, no se somete a la lógica silogística de las abstracciones inherentes a la doctrina del Estado de derecho, puesto que el derecho tiene el sentido y valor de consistir en el lenguaje y el medio que permite hacer efectivo el poder de decisión soberano de la voluntad popular.

Como resultado de la lógica democrática, la teoría de las fuentes del derecho excede las restricciones técnicas que construyen quienes se especializan en la ciencia o teoría legal, y por lo mismo ve limitada su aspiración a ordenar los procesos políticos conforme a un conjunto cerrado de posibilidades proposicionales. Reconocer la dimensión exógena del orden normativo (esto es, que la norma no se sustenta en sí misma) es garantizar la vigencia del principio democrático según el cual la comunidad política se rige por el principio de la soberanía de la voluntad popular.

Ahora bien, así como en concordancia con el principio de la soberanía popular debe afirmarse el carácter democrático de los procesos de decisión política mediante los cuales se crea el derecho en la comunidad política, es igualmente necesario plantear una pregunta adicional. ¿Qué efectos y límites representa la adopción de la lógica democrática como sustento de una teoría de las fuentes del derecho parlamentario? Quizá el alcance más importante sea que el principio de organización democrática supedita la obtención de resultados políticamente valiosos y óptimos a lo que quiera que decidan las mayorías, con prescindencia de la capacidad de estas mismas mayorías para tomar decisiones con la capacidad de comprensión y análisis necesarios de la información sobre la realidad respecto de la cual se toman decisiones. Obviamente una de esas dimensiones de la realidad está conformada por la información sobre la dimensión normativa, pero hay mucho más, desde el punto de vista técnico, respecto de lo cual la voluntad popular puede estar literal y perfectamente desinformada, más allá de que, precisamente por la ausencia de otro límite que no sea el de la suma del número de votos, en muchos casos las decisiones sean adoptadas y precedidas por afectos insuficientemente cernidos, modulados o valorados por quienes las toman.

Si bien el sentido del parlamento debe apreciarse en el marco del carácter republicano y democrático que conviene en reconocer nuestra Constitución política, no es menos cierto que en particular el carácter igualitario con que se enfoca el modelo democrático no es el mejor de los métodos políticos cuando de lo que se trata es de contar con un Estado con capacidad efectiva de asegurar la gobernabilidad y la gestión estratégica del país. El Estado tiene responsabilidades para las cuales son insuficientes las exigencias del voto igualitario propio de un régimen representativo, porque el solo hecho de ser elegido por la preferencia colectiva del voto popular es una condición que no llega a satisfacer las competencias exigibles para tomar decisiones estatales acertadas y ventajosas para toda la colectividad.

En el mejor de los casos la lógica democrática reproduce el carácter utilitario de una población insuficientemente informada sobre las consecuencias de sus decisiones, y generalmente simplista respecto de la compleja diversidad de asuntos propios de los distintos sectores técnicos y del conocimiento. Es desde la simplicidad del voto que se reproducen, igualmente, representantes que raramente superan la calidad del juicio democrático del pueblo al que representan. De ahí que las exigencias estatales estén en riesgo clamoroso de quedar inadecuadamente atendidas con el plantel de representantes que ocupan posiciones estatales cuyos perfiles exigen o demandan capacidades y aptitudes más amplias que aquellas que se requiere para ocupar un escaño en el Congreso.

El Estado de derecho que puede afirmarse con equipos de representantes no elegidos precisamente por su formación en la disciplina legal nace y opera con una carencia radical. Si quienes tienen la responsabilidad de actuar según el supuesto teórico de la doctrina del Estado de derecho no pueden cumplir con las premisas que harían operativo dicho tipo de Estado, es obvio que la colisión entre la capacidad operativa de los representantes y las premisas de la

doctrina no llevan al mismo fin. Los representantes son quienes dicen el derecho, y para decirlo deben regirse por el principio que justifica su concurrencia ante el Estado en representación del pueblo que los elige, no por sus competencias en el conocimiento del derecho, sino por la condición central del Estado representativo que es el favor y la preferencia electoral que el pueblo expresa por unos representantes y no por otros.

Suele con frecuencia plantearse como alternativa la posibilidad a que pueden recurrir los representantes para asesorarse por personal profesional y técnico. Sin embargo, el endoso de la capacidad representativa a terceros no deja de ser una modalidad precaria de vigencia del modelo político. Si no son los representantes quienes ejercitan directa y efectivamente el mandato recibido, la voluntad que intermedian terceros pierde fidelidad y el régimen representativo deja de ser esencialmente representativo. Este no es pues un remedio eficaz para el mal y, por lo mismo, subsiste el límite central de la lógica democrática que genera procesos y resultados manejados y gestionados según el puro mandato popular (o, peor aún, por el mandato popular intermediado con la presencia de asesores o profesionales no elegidos para representar al pueblo).

De lo anterior no resulta difícil explicarse que cuando se advierten deficiencias en el desempeño de la capacidad operativa de la representación nacional ello resulta de las consecuencias propias de la lógica democrática. Algo debe ceder, porque no es posible la calidad política ni el adecuado sustento técnico de las decisiones estatales que tiene a su cargo el Congreso, cuando quienes deben tomarlas son elegidos sin referencia ni examen alguno de las competencias ni perfiles de capacidades y aptitudes para tomar decisiones estatales según las exigencias técnicas que demandan los problemas sobre los que el Estado tiene responsabilidades orgánicas y funcionales en la prestación de sus bienes y servicios.

A nivel de las fuentes del derecho parlamentario se proyecta, en consecuencia, que los operadores del sistema de fuentes cumplen sus funciones conforme a la lógica democrática cuyos resultados pueden ser predeciblemente deficitarios y, por lo mismo, no les es exigible modos de intervención normativa conforme a las pautas ni premisas que suelen regir para los actos de operadores técnicos del derecho. De ahí que una teoría de las fuentes del derecho parlamentario haya de reconocer en las carencias propias del sistema democrático también una característica que acompañe la materialidad del ejercicio normativo por los representantes. Salvo que el propósito fuera el boicot o sabotaje del régimen político no sería esperable que se confronte a los representantes con las exigencias que la técnica legal, como si ésta, además, por otro lado, tuviese una existencia autónoma. Las mismas dificultades metodológicas que se enuncian respecto al carácter subjetivo con el que los operadores técnicos interpretan y aplican las normas se reproducen, y con mayores niveles de presencia en la subjetividad de sus actos, igualmente se manifiestan y reproducen en los actos normativos que ejecutan y aplican quienes operan el sistema representativo.

