

Contribución a una teoría de la legislación

Cuadernos CIVITAS

Directores: Manuel Alonso Olea, Rafael Calvo Ortega, Luis Díez-Picazo, Eduardo García de Enterría, Jesús González Pérez, Aurelio Menéndez, Juan Montero Aroca, Gonzalo Rodríguez Mourullo, Rodrigo Uría y Gustavo Villapalos.

Manuel Atienza
Catedrático de Filosofía del Derecho

Contribución a una teoría de la legislación

EDITORIAL CIVITAS, S. A.



Primera edición, 1997

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 1997, by Manuel Atienza
Editorial Civitas, S. A.
Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid (España)
ISBN: 84-470-0879-7
Depósito legal: M. 14.938-1997
Compuesto en Gráficas Ferven
Printed in Spain. Impreso en España
por Closas Orcoyen, S. L.
Paracuellos de Jarama (Madrid)

INDICE

PRESENTACIÓN.....	9
CAPÍTULO I: SOBRE LA CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN..	15
1. «Ciencia del Derecho» y «ciencia de la legislación».	15
2. Dogmática jurídica, técnica legislativa y teoría de la legislación.....	17
3. Legislación, saberes jurídicos y ciencias sociales....	24
CAPÍTULO II: LA RACIONALIDAD LEGISLATIVA.....	27
1. Niveles de racionalidad legislativa.....	27
2. La racionalidad lingüística.....	28
3. La racionalidad jurídico-formal.....	32
4. La racionalidad pragmática.....	36
5. La racionalidad teleológica.....	37
6. La racionalidad ética.....	39
CAPÍTULO III: RACIONALIDAD LEGISLATIVA Y SOCIOLOGÍA DEL DERECHO.....	41
1. Introducción.....	41
2. Eficacia y efectos sociales de las leyes.....	42
3. Qué hacer frente a la irracionalidad pragmática...	44

4. <i>Supuestos de irracionalidad teleológica</i>	46
5. <i>Cómo incrementar la racionalidad teleológica</i>	48
CAPÍTULO IV: BOSQUEJO DE UNA TEORÍA DE LA LEGIS-	
LACIÓN.....	53
1. <i>Recapitulación: un análisis interno de la legislación</i> ..	53
2. <i>Análisis externo de la legislación</i>	57
3. <i>Estática legislativa</i>	58
4. <i>Dinámica legislativa</i>	64
5. <i>Perspectivas de la teoría de la legislación</i>	71
CAPÍTULO V: RAZÓN PRÁCTICA Y LEGISLACIÓN.....	77
1. <i>Introducción. Derecho y razón</i>	77
2. <i>Racionalidad y razón práctica</i>	81
3. <i>Racionalidad y legislación</i>	91
4. <i>Racionalidad en la producción y en la aplicación del</i> <i>Derecho</i>	95
BIBLIOGRAFÍA.....	101
ÍNDICE DE NOMBRES.....	107

PRESENTACION

A lo largo de los últimos años me he esforzado, con variada fortuna, por desarrollar diversos proyectos de investigación en el campo de la teoría y de la filosofía del Derecho. Uno de esos proyectos se cifraba en contribuir —así lo escribía en el primer número de la revista *Doxa* aparecido en el ya lejano 1984— «a promover un cambio de orientación fundamental en la tradicional “ciencia del Derecho”: al lado de la dogmática jurídica —decía entonces en forma un tanto enfática— habría que ayudar a construir (...) una teoría y técnica de la legislación de la que, hoy por hoy, se carece».

La persecución —«cumplimiento» sería más que una exageración— de ese objetivo es lo que explica la elaboración de los tres trabajos que han dado lugar a los cinco capítulos de este libro. El primero de esos trabajos iniciales (convertido ahora en los tres primeros capítulos: «Sobre la ciencia de la legislación», «La racionalidad legislativa» y «Racionalidad legislativa y sociología del Derecho») cons-

tituyó mi ponencia a las *Jornadas sobre la investigación y la enseñanza de la sociología jurídica*, en homenaje al profesor Renato TREVES, celebradas en Barcelona en abril de 1988¹. El segundo (se corresponde con el capítulo cuarto: «Bosquejo de una teoría de la legislación») es un año posterior y tuvo como origen también una ponencia presentada a un congreso sociológico, al «Tercer Congreso de la Federación de Asociaciones de Sociología del Estado Español», que tuvo lugar en San Sebastián en septiembre de 1989². Y el último de los trabajos, el único que conserva ahora su título original (el del capítulo quinto: «Razón práctica y legislación»), tiene también un carácter «congresual», aunque esta vez se trate de una reunión de filósofos del Derecho: el 15.º Congreso Mundial de la IVR, celebrado en Göttingen en agosto de 1991³.

Como digo, aunque procedentes de circunstancias académicas y de fechas distintas, los tres trabajos obedecían a un mismo propósito. Buena prueba de ese carácter unitario lo ha sido que mi labor de adecuación de los textos para incorporarlos a este libro haya consistido, fundamentalmente, en suprimir fragmentos para evitar redundancias inútiles. Al hacerlo, por cierto, no he podido dejar de sonreírme recordando la socarronería ruso-argentina de mi buen amigo e ilustre iusfilósofo Eugenio BULYGIN, quien acostumbra a recomendar a sus colegas

¹ «Sociología jurídica y ciencia de la legislación», en el volumen colectivo *El Derecho y sus realidades* (coord. Roberto BERGALLI), PPU, Barcelona, 1989, pp. 41-70.

² «Contribución para una teoría de la legislación», en *Doxa*, núm. 6, 1989, pp. 385-403.

³ «Razón práctica y legislación», en *ARSP-Beiheft* 52, 1993, pp. 15-32; «Practical Reason and Legislation», en *Ratio Juris*, vol. 5, núm. 3, 1992, pp. 269-287.

repetirse mucho para no contradecirse (entre paréntesis, quizás convenga añadir, para uso de ciertos teóricos del Derecho, que la racionalidad —en el Derecho y en todas partes, incluida la lógica— significa bastante más que evitar las contradicciones).

El haberme decidido a agrupar estos artículos y —con las mencionadas supresiones más algunos pocos añadidos y varias correcciones— darles forma de libro obedece a algunas causas con nombres propios. Hace algunas semanas —primeros de noviembre del 96—, Elías DÍAZ me insistía —y estoy seguro de no haber sido el único objeto de su insistencia— en la necesidad de «desjudicializar» la teoría del Derecho entre nosotros; no estoy nada seguro de cómo haya que interpretar la palabreja en cuestión, pero sí muy acostumbrado a comprobar que, al final, «Elías tenía razón», de manera que esta vez he optado por sumarme al proceso de cambio propugnado por mi entrañable maestro y amigo. Poco después, días antes de redactar esta *Presentación*, la discusión con Virgilio ZAPATERO —en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante— de sus ideas y proyectos sobre la teoría y las técnicas de la legislación ha reavivado mi interés por una temática que, en los años más recientes, sólo había considerado desde la perspectiva de la argumentación jurídica. Y, en fin, el hecho de que Tomás-Ramón FERNÁNDEZ juzgara positivamente esos trabajos contribuyó decisivamente a convertir las anteriores razones en decisión.

Las causas más remotas tienen que ver con la «variada fortuna» a que me refería al comienzo. No es, desde luego, fácil saber qué hace a una obra iusfilosófica «afortunada» y ni siquiera es obvio qué haya de entenderse por tal, esto es, en qué consiste la fortuna. De todas

formas, dado que los trabajos que siguen —o, mejor dicho, el núcleo de los mismos: la idea de que la racionalidad legislativa puede verse como una estructura de cinco niveles— han sido de utilidad para algunos filósofos del Derecho y científicos sociales⁴, me ha parecido que quizás pudieran tener también algún interés para un público de juristas como el de los *Cuadernos Civitas*. Es, desde luego, bien posible que me equivoque en esto, pero aun en ese caso seguiré pensando que los destinatarios «naturales» de los trabajos iusfilosóficos son los juristas (teóricos y prácticos). Nos equivocamos al escribir filosofía del Derecho sólo para filósofos del Derecho. Y se equivocan los juristas —en particular, los cultivadores de la dogmática— que no sean capaces de ver que, para ellos, no puede haber nada más práctico —comoquiera que se entienda la «práctica»— que la filosofía del Derecho.

Alicante, diciembre de 1996.

⁴ Josep AGUILÓ, «Técnica legislativa y documentación automática de la legislación», en *Informatica e diritto*, núm. 1, 1990; Albert CALSAMIGLIA, «¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?», en *Doxa*, núm. 13, 1993; Federico MUNNÉ, «Reduccionismo y decisiones implícitas en las decisiones judiciales», en varios autores, *Manual de Psicología jurídica*, Paidós, Barcelona, 1994; Daniel GONZÁLEZ LAGIER, *Acción y norma en G. H. von Wright*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, cap. XIII.

Contribución a una teoría de la legislación

CAPÍTULO PRIMERO

SOBRE LA CIENCIA DE LA LEGISLACION

1. «CIENCIA DEL DERECHO» Y «CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN»

El uso de la expresión «ciencia del Derecho» plantea, al menos, dos problemas distintos, aunque conectados entre sí. El primero se refiere al concepto mismo de ciencia y a la posibilidad de que, si se maneja un concepto un poco estricto, no pueda considerarse como tal a lo que (o a mucho de lo que) suele llamarse «ciencia» del Derecho. El segundo problema es que existe una gran variedad de perspectivas desde las que cabe estudiar el fenómeno jurídico, de manera que, en todo caso, habría que hablar de *ciencias* del Derecho o, quizás mejor, de saberes jurídicos. Así, el Derecho puede estudiarse, por ejemplo, desde un punto de vista interno o externo, normativo o social, descriptivo o valorativo, sincrónico o diacrónico, particular o general... Estas distinciones pueden utilizarse (y general-

mente se han utilizado) para contraponer la dogmática jurídica (que aparecería caracterizada, en cada caso, mediante el primer término de cada dicotomía) a otras disciplinas que también se ocupan del Derecho; respectivamente, serían: la sociología del Derecho, las ciencias sociales en general, la filosofía del Derecho, la historia del Derecho y la teoría general del Derecho.

La insistencia con que aparecen estas contraposiciones y la indudable relevancia que tienen en la reflexión sobre el Derecho prueban, me parece, que la dogmática viene a constituir algo así como el núcleo de la expresión «ciencia del Derecho». Ahora bien, el que esto sea así vendría a proporcionar un fuerte argumento en favor del abandono de esta expresión, dado el notorio alejamiento del modelo de saber dogmático vigente entre los juristas, con respecto al concepto de ciencia usual en nuestra cultura; ello, por cierto, no tiene por qué entenderse como una descalificación de la dogmática jurídica: esta actividad puede cumplir una función social útil (y, de hecho, la cumple en muchos casos) con independencia de que se trate o no de una actividad científica [cfr. ATIENZA, 1985 y 1986; VERNENGO, 1986]. De todas formas, dado que no parece tener mucho sentido ir en contra de un uso arraigado en el lenguaje, de lo dicho hasta ahora puede sacarse como conclusión la necesidad de ser conscientes de que cuando se habla de «ciencia del Derecho», la expresión «ciencia» se está utilizando en un sentido verdaderamente lato.

Con la locución «ciencia de la legislación» ocurre probablemente algo semejante. Por un lado, cabría pensar que constituye realmente un abuso del lenguaje hablar aquí de «ciencia», teniendo en cuenta el tipo de actividades concernidas; si así lo hago, no obstante, es por las mismas razones y con las mismas cautelas que acabo de indicar.

Por otro lado, el estudio de la legislación admite también una gran pluralidad de perspectivas. Para empezar, la denominada «ciencia de la legislación» parece que tiene que ser distinguida de la dogmática jurídica, en cuanto disciplina esta última que también tiene a la ley como objeto principal de estudio. Es posible, además, que ésta sea una buena manera de aproximarse al concepto de ciencia de la legislación.

2. DOGMÁTICA JURÍDICA, TÉCNICA LEGISLATIVA Y TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN

La distinción entre estas dos últimas disciplinas suele trazarse en los siguientes o parecidos términos [cfr., por ejemplo, GRETEL, 1986, pp. 10 y ss.]: a diferencia de la dogmática jurídica tradicional que parte de las leyes, de las normas jurídicas, en cuanto realidad ya dada para, sobre esta base, abordar problemas conectados con la interpretación y aplicación, la ciencia (técnica, doctrina o teoría) de la legislación se ocupa del proceso o actividad cuyo resultado es la producción de normas jurídicas (o, quizás mejor, de un tipo de normas jurídicas). Esta caracterización es sin duda acertada, pero resulta, sin embargo, excesivamente abstracta y tiene que ser precisada tanto en un sentido positivo como, sobre todo, negativo.

2.1. En contra de lo que pudiera parecer, el criterio de la distinción no estriba en que una disciplina (la dogmática jurídica) estudie el Derecho (las normas jurídicas) en cuanto producto y la otra (la ciencia de la legislación) en cuanto actividad; o, menos aún, en que la una se ocupe de la dinámica y la otra de la estática del Derecho. La dogmática jurídica, por ejemplo, se ocupa básicamente de

la interpretación del Derecho, pero no sólo en cuanto resultado, sino también en cuanto actividad. Por su lado, la ciencia de la legislación se interesa obviamente también por la ley en cuanto producto que debe poseer ciertas características formales y producir determinados efectos en el sistema jurídico y en el sistema social.

2.2. Esto último hace que tampoco pueda verse la distinción en cuestión como una distinción de tipo temporal. No podría decirse, por ejemplo, que una disciplina se ocupa de la legislación en una fase que concluye con la promulgación, y la otra en una fase que va desde este momento hasta el de la interpretación y aplicación. Es obvio que a la dogmática jurídica le interesa también el «antes», pues sólo remontándose a la fase anterior a la promulgación se puede comprender el sentido de las leyes y se pueden elaborar, en consecuencia, criterios adecuados de interpretación. Y a la ciencia de la legislación, el «después»: el análisis de los resultados producidos por las normas, es decir, lo que ocurre con las normas —con las leyes— después de que son promulgadas, no puede dejar de considerarse como un presupuesto esencial para poder encarar con alguna posibilidad de éxito la tarea de mejorar la legislación.

2.3. Otra posibilidad a descartar sería la de considerar que la dogmática jurídica se ocupa de lo que *es* Derecho, y la ciencia de la legislación de *cómo* o de lo que *debería ser* Derecho. La primera sería, en consecuencia, una disciplina descriptiva (aunque lo que describa sean normas) y la otra una disciplina prescriptiva (que prescribe o propone normas). Esta distinción, como se sabe, se remonta por lo menos a AUSTIN pero, a pesar de su relevancia histórica, resulta insostenible, en cuanto que ambas disciplinas parecen incluir momentos descriptivos y prescriptivos. Ya el

propio AUSTIN señalaba que la ciencia de la legislación presuponía la Jurisprudencia, en cuanto que no parece que tenga mucho sentido formular propuestas sobre cómo deba ser el Derecho si no se sabe antes cómo o lo que éste es. Además, y éste sería el argumento fundamental, la dogmática jurídica, tal y como se practica, es una disciplina *normativa* no sólo en cuanto a su objeto o a su método, sino también en cuanto a su función: el jurista dogmático, en efecto, contribuye de diversas formas a moldear el material normativo que constituye, al mismo tiempo, su objeto de estudio [cfr. ATIENZA, 1985, pp. 274 y ss.].

2.4. Lo que finalmente parece que puede decirse a propósito de esta distinción es que la dogmática jurídica parte de las leyes (de las normas jurídicas) en cuanto dato (pero no en cuanto dato cuyo sentido haya sido ya establecido, de manera que a ella sólo le corresponda la tarea de averiguarlo o ponerlo de manifiesto, sino sencillamente en cuanto material preexistente) que debe utilizar para, a partir de ahí, tratar de conseguir como resultado la optimización de la interpretación y aplicación del Derecho. Mientras que la técnica legislativa (advuértase que aquí ya no hablo de «ciencia») toma igualmente como dato a las normas jurídicas ya existentes, junto con las necesidades sociales, las peculiaridades del lenguaje jurídico, etc., y, a partir de ahí, trata de conseguir, como resultado, la optimización de la producción de las normas provenientes del legislativo y de ciertos órganos administrativos. En consecuencia, la una se dirige básicamente a los intérpretes y aplicadores del Derecho (jueces, abogados, funcionarios, etcétera) y la otra a los políticos (miembros del legislativo y de los altos órganos de la Administración) y a los técnicos (normalmente, funcionarios de la Administración) que asesoran o directamente redactan esas normas. Esta

caracterización no resulta, sin embargo, clara por sí misma. Se necesita, de nuevo, establecer algunas precisiones e indicar algunas consecuencias que derivan de 2.4.

2.4.1. La falta de claridad deriva, en parte, de la dificultad de distinguir en el Derecho los momentos de la producción, la interpretación y la aplicación. Por un lado, no cabe duda de que la dogmática jurídica también se orienta hacia la producción de nuevo Derecho, si se entiende que el juez (y los funcionarios que «aplican» el Derecho) establecen nuevas normas; es decir, si se acepta que las sentencias y las decisiones administrativas también son normas, también son actos de producción de Derecho. Por otro lado, la técnica legislativa también tiene que ver con la aplicación e interpretación del Derecho, puesto que cuando se produce una nueva ley (entendida la expresión en el sentido, algo impreciso, de norma general y abstracta) cabría decir que se están también interpretando y aplicando otras. De ahí que haya sido necesario precisar que la técnica legislativa tiene que ver con la producción de cierto tipo de normas jurídicas. Por lo demás, no parece que tales normas, a las que podría llamarse *leyes* en un sentido amplio de la expresión, puedan distinguirse claramente de las otras normas jurídicas si no es por el órgano y por el procedimiento de producción. El criterio de la generalidad y la abstracción (en sí mismo relativo, puesto que caben grados distintos de generalidad y abstracción) es, además, simplemente aproximativo: un parlamento puede dictar normas particulares y concretas, y las decisiones de los tribunales pueden tener un alcance bastante general y abstracto; esto último es, por ejemplo, evidente en el caso de las decisiones de los tribunales constitucionales, pero también ocurre con decisiones de otros órganos jurisdiccionales si se considera

que forma parte de la decisión no sólo el fallo como tal, sino también la *ratio decidendi* del mismo [cfr. BULYGIN, 1967].

2.4.2. Por lo que se refiere al tipo de conocimientos o de habilidades que implican ambas actividades (la dogmática jurídica y la técnica de la legislación), me parece que también aquí se producen grandes coincidencias. En 2.4 se indicó que el técnico de la legislación tenía que partir no sólo de un conocimiento de las normas, sino también de las necesidades sociales o del lenguaje. Pero, en realidad, esto también habría que predicarlo del dogmático. El jurista dogmático —y el jurista práctico—, en efecto, no sólo tiene que ser un conocedor de las normas jurídicas, del Derecho vigente, sino que tendría que serlo también de la realidad social (si se descarta —como es usual hacerlo— una concepción puramente formalista de la interpretación y aplicación del Derecho) y de los problemas lingüísticos conectados no sólo con la interpretación de textos, sino también con su redacción.

2.4.3. Ambas disciplinas son también semejantes en cuanto que puede decirse que ninguna de las dos responde al modelo de proceder científico, sino al técnico. La distinción entre ciencia y técnica es todo lo relativa y compleja que se quiera, pero no parece que pueda (o deba) prescindirse de ella. Sin entrar propiamente en esta cuestión [cfr. BUNGE, 1985], creo que puede decirse que tanto en el caso de la dogmática jurídica como en el de la técnica de la legislación, no se trata de explicar un fenómeno, sino de estudiar cómo se puede producir un determinado resultado dadas ciertas condiciones; no tanto de conocer una realidad, como de obtener unos resultados prácticos valiéndose de ciertos conocimientos y datos previos.

2.4.4. Las observaciones anteriores llevan a pensar que la distinción entre dogmática jurídica y técnica legislativa es, después de todo, bastante relativa y con contornos no muy precisos. La explicación de ello, naturalmente, es que se trata de técnicas que se centran en momentos o aspectos distintos de una misma realidad: el Derecho. Al conjunto de la dogmática jurídica y de la técnica legislativa es a lo que podría llamarse técnica jurídica [cfr. ALBERT, 1988].

Mientras que la dogmática jurídica surge históricamente (en Roma) con la aparición de la figura del jurista, lo que vino a significar la profesionalización en bastantes aspectos de las funciones de interpretación, aplicación (y producción) del Derecho, la técnica jurídica que está apareciendo en estas dos últimas décadas viene a significar también una cierta profesionalización de la producción del Derecho (por parte del legislativo y los altos órganos de la Administración) y se vincula con el surgimiento de una nueva profesión jurídica: la del *draftsman* o redactor de normas. La aparición de ambas técnicas se conecta, pues, con procesos de profesionalización y especialización que caracterizan determinadas fases del desarrollo del Derecho.

2.4.5. Dadas las afinidades existentes entre estas dos disciplinas y el hecho de que la técnica legislativa está aún en sus comienzos, mientras que la dogmática jurídica (la Jurisprudencia) puede considerarse con razón como uno de los saberes sociales con mayor tradición, la primera podría utilizar seguramente a la segunda como modelo. Por lo menos, debería tener muy presente cuáles han sido los mayores «errores» cometidos por la dogmática en el curso de su desarrollo, para tratar de evitarlos. Uno de estos errores, creo yo, ha consistido en olvidar con frecuencia —o en no tener clara conciencia de— su carácter

de técnica, lo que la ha llevado a —o al menos no la ha impedido— lanzarse a elucubraciones pseudocientíficas del tipo de la búsqueda de naturalezas jurídicas. Tanto para la dogmática jurídica como para la técnica legislativa vale, seguramente, la misma sugerencia metodológica: sus cultivadores no deben tratar de hacer ciencia, sino de utilizar el conocimiento científico y tecnológico disponible, con objeto de que estas disciplinas puedan llegar a constituirse como tecnologías (esto es, no como técnicas tradicionales, sino como técnicas que utilizan conocimiento científico). Otro error a evitar es sin duda el del formalismo; con ello quiero decir que la técnica legislativa que ahora se está gestando no debería seguir los pasos de la dogmática y desarrollarse de espaldas al saber social (en particular, de espaldas a la sociología).

2.4.6. Finalmente, es importante no olvidar que la existencia o el desarrollo de un saber sobre la legislación de tipo técnico no excluye, obviamente, que el mismo fenómeno pueda estudiarse (y, de hecho, se estudie) desde otras perspectivas, científicas o no. La reflexión sobre los problemas de naturaleza más abstracta y conceptual que no tiene, al menos a corto plazo, una finalidad de tipo práctico puede denominarse *teoría de la legislación*. En lo que, al comienzo del capítulo, se denominó «ciencia de la legislación» podrían distinguirse, pues, dos distintos niveles de análisis: el de la técnica y el de la teoría de la legislación; cómo estén relacionadas o deban relacionarse entre sí estas dos disciplinas, y cada una de ellas con otras como la sociología del Derecho, la filosofía del Derecho, la lógica jurídica, etc., es un problema importante y difícil de resolver.

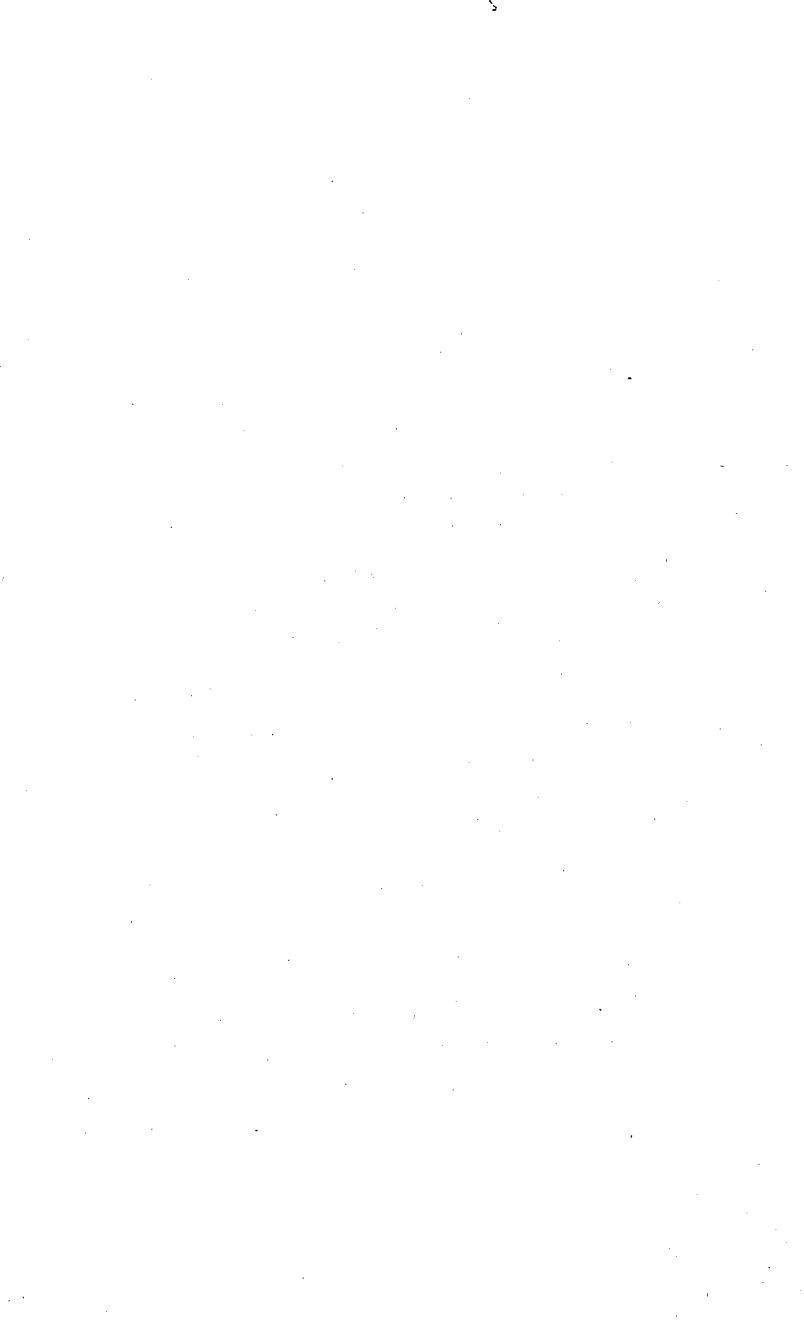
3. LEGISLACIÓN, SABERES JURÍDICOS Y CIENCIAS SOCIALES

Se ha dicho ya que la técnica legislativa se plantea como objetivo la optimización de la producción de las leyes, y la teoría de la legislación, la explicación del fenómeno de la legislación desde una perspectiva general. Pues bien, el proceso de producción de las leyes —la *legislación*— puede verse como una serie de interacciones que tienen lugar entre elementos distintos: edictores, destinatarios, sistema jurídico, fines y valores. Desde una perspectiva muy abstracta, puede decirse que los edictores son los autores de las normas; los destinatarios, aquellos a quienes éstas se dirigen; el sistema jurídico, el conjunto del que pasa a formar parte la nueva ley; los fines, los objetivos o metas (entendidos en el sentido más amplio) que se persiguen al establecer las leyes; y los valores, las ideas que sirven para justificar dichos fines. El producto de tales interacciones son las *leyes*. Estas constituyen, al mismo tiempo, el punto de partida para nuevos procesos (la interpretación y aplicación) en los que se centra la dogmática jurídica y que no pueden dejar de tomarse en consideración si se desea comprender, e intervenir en, la producción legislativa.

Ahora bien, en el análisis del fenómeno de la legislación no están solamente implicadas las disciplinas jurídicas de corte más o menos tradicional (a la dogmática jurídica habría que añadir, obviamente, el Derecho comparado y la teoría general del Derecho), sino también conocimientos de tipo formal (como la lógica o la informática), prácticamente todas las disciplinas humanas y sociales (de manera destacada, las ciencias del lenguaje y la sociología) y la propia filosofía. Por otro lado, el discurso sobre la legis-

lación que se presenta bajo el rótulo de «ciencia», «doctrina», «teoría», «técnica», etc., suele ser, de hecho, heterogéneo, en cuanto que pretende cumplir una pluralidad de funciones: no sólo describir la actividad legislativa, sino también explicarla, criticarla y proponer medidas para su mejora. Finalmente, el auge actual (a partir de la década de los 70) de este tipo de estudios (cuyos orígenes se remontarían a comienzos del siglo XVIII [cfr. HEYEN, 1986]) se conecta con la crisis actual del Derecho que corre paralela e indisolublemente unida a la del Estado del bienestar; cabría decir incluso que la técnica legislativa surge de la necesidad de dar una respuesta práctica a la crisis, y la teoría de la legislación de la necesidad de encontrar una explicación teórica del fenómeno.

En consecuencia, los estudios de la legislación parecen enfrentarse, en esta fase incipiente de su desarrollo, con tres tipos de problemas distintos, a los que debe hacerse frente de una u otra forma. El primero es el de buscar una unidad, o al menos una cierta articulación, entre saberes tan heterogéneos como los aquí implicados, evitando la simple apelación a esquemas vagamente interdisciplinares. El segundo es el de definir el estatuto epistemológico de este tipo de estudios precisando, quizás, la distinción entre técnica y teoría. Y el tercero es el de evitar el uso de ambas como ideologías destinadas no a *superar* la crisis, sino a *enmascararla*; me parece que una actitud de este último tipo es la que asumen quienes pretenden que la crisis actual del Derecho, la crisis de la legislación, es sólo una crisis «de crecimiento» que se corrige simplemente mejorando la calidad técnica de las leyes.



1. NIVELES DE RACIONALIDAD LEGISLATIVA

Una forma de hacer frente a este triple desafío, con que concluía el anterior capítulo, podría consistir en desarrollar y aclarar la idea de *racionalidad* o *racionalización* que, de alguna forma, está presente en todos los estudios sobre la legislación, tengan o no una finalidad de carácter práctico. Ahora bien, la racionalización de la actividad legislativa puede entenderse (y, de hecho, se entiende) de diversas maneras. En mi opinión, cabe distinguir cinco modelos, ideas o niveles de racionalidad: una *racionalidad comunicativa o lingüística* (R1), en cuanto que el emisor (editor) debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje (la ley) al receptor (el destinatario); una *racionalidad jurídico-formal* (R2), pues la nueva ley debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico; una *racionalidad pragmática* (R3), pues la conducta de los destinatarios

tendría que adecuarse a lo prescrito en la ley; una *racionalidad teleológica* (R4), pues la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos; y una *racionalidad ética* (R5), pues las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética [véase el cuadro del cap. IV, p. 50].

A partir de aquí, pueden intentarse dos tipos distintos de análisis. Uno es un análisis de tipo *interno*: cada modelo o idea de racionalidad construye de una cierta manera los elementos de la actividad legislativa; permite distinguir ciertas disciplinas que cumplen un papel rector, de otras que tienen un carácter simplemente auxiliar; define una noción de irracionalidad; y sugiere qué técnicas utilizar para incrementar la racionalidad. El otro tipo de análisis podría llamarse *externo*, en cuanto que se trataría de mostrar las relaciones que guardan entre sí estos diversos niveles de racionalidad: así, cabría decir que entre ellas se dan tanto relaciones de compatibilidad (por ejemplo, entre R1 y R2), como de dependencia (una mínima racionalidad lingüística o comunicativa es condición necesaria para los otros niveles de racionalidad), o incluso de incompatibilidad (por ejemplo, entre R4 y R 5, o entre R2 y R4).

En lo que resta de capítulo desarrollaré un breve análisis de tipo interno de cada una de estas racionalidades.

2. LA RACIONALIDAD LINGÜÍSTICA

En el nivel de racionalidad R1, el editor y el destinatario de las leyes se ven, respectivamente, como emisores y receptores de cierto tipo de informaciones que se organizan en un sistema (el sistema jurídico es visto esencialmente como un sistema de información). Por eso, el editor no

es tanto aquí (o no es sólo) el editor formal (por ejemplo, el parlamento) sino, sobre todo, el redactor del mensaje (el *draftsman*). El sistema jurídico consistirá en una serie de enunciados lingüísticos organizados a partir de un código común al emisor y al receptor (un lenguaje) y de los canales que aseguran la transmisión de los mensajes (las leyes). El destinatario de la información puede no ser (o no ser básicamente) el destinatario formal de la norma. Dicho de otra forma, una ley puede no ser clara para quien tiene que cumplir los mandatos que la misma contiene (por ejemplo, los de una ley tributaria), sin que ello signifique que la misma sea defectuosa lingüísticamente (bastaría, por ejemplo, con que resultara clara para los asesores fiscales, inspectores de Hacienda, etc.). El fin de la actividad legislativa en R1 es sencillamente la comunicación fluida de mensajes normativos. Y el valor que subyace a dicho fin es un valor de tipo instrumental en el sentido de que aquí no se trata de la comunicación libre de toda coacción a la que hacen referencia teorías como la de HABERMAS para definir una situación ideal de diálogo. La claridad comunicativa sólo vale en función de valores que habrá que encontrar en otros niveles de racionalidad. Por ejemplo, una ley que restrinja oscuramente las libertades políticas puede ser preferible (o ser menos disvaliosa) que una que lo haga de manera clara e inequívoca.

En el nivel R1 cabe decir que una ley es irracional (o no es racional, o no plenamente racional) si y en la medida en que fracasa como acto de comunicación. Como hay muchas oportunidades para que un acto fracase como acto comunicativo, las leyes acostumbran a no ser plenamente racionales ya en este primer nivel. Entre otros, pueden contener defectos sintácticos u oscuridades semánticas; pueden no haber funcionado correctamente los

medios de comunicación encargados de transmitir el mensaje; es posible que los destinatarios no tengan un nivel de preparación adecuado para comprender el mensaje; etc. Un caso extremo de irracionalidad en R1 se produce cuando el mensaje que se transmite es justamente el contrario del que se deseaba transmitir. Por ejemplo, el artículo 12 del Real Decreto XII-85 sobre procedimiento para sancionar las infracciones tributarias indica en su apartado 1, entre las circunstancias que agravan las sanciones, el «incumplimiento de obligaciones formales de gran trascendencia». Pero luego, en el apartado 2, señala que «a estos efectos se consideran obligaciones formales de gran trascendencia... k) falta de presentación de las declaraciones tributarias», de manera que el mensaje transmitido es que quien presenta declaraciones tributarias incumple una obligación formal de gran trascendencia, y que esta circunstancia agrava la sanción en que pudiera incurrir.

Incrementar la racionalidad de la legislación en R1 ha de significar, sobre todo, la utilización de conocimientos procedentes de la lingüística, la lógica, la informática o la psicología (me refiero concretamente a la psicología cognitiva, es decir, la rama de la psicología que, entre otras cosas, investiga cómo, de hecho, se efectúan razonamientos, lo que tiene una proyección práctica importante, en cuanto muestra cómo habría que redactar un texto para facilitar su comprensión, esto es, para evitar cometer errores de inferencia [cfr. WASON y JHONSON-LAIRD, 1980]). No es posible, naturalmente, mostrar aquí las aportaciones concretas que estas disciplinas pueden prestar a la racionalización de la actividad legislativa en el nivel R1. Indicaré, simplemente como ejemplo, la técnica de «redacción normalizada de textos jurídicos» diseñada por M. E. ALLEN

y que no se dirige únicamente a la redacción de leyes (de hecho ha sido adoptada ya por diversos parlamentos de los Estados Unidos), sino también a la redacción de contratos, lo que prueba, una vez más, la dificultad de delimitar con precisión el objeto de los estudios de la legislación.

Lo que hace realmente ALLEN es explotar las posibilidades de la lógica proposicional, a fin de evitar las ambigüedades sintácticas (más exactamente, un tipo o una fuente de ambigüedades sintácticas) que pueden (y suelen) aparecer en el lenguaje jurídico. Además, esta técnica ofrece la posibilidad de manejar esquemas que permitan, al redactor o redactores del texto jurídico, tener una visión de conjunto del mismo, de manera que ayuda también a evitar lagunas, incoherencias, etc. Las llamadas «ambigüedades sintácticas» (las que surgen del carácter impreciso que en los lenguajes naturales suelen tener nexos como «y», «o», «si... entonces», «sólo», «no obstante», «salvo», etc.) son, obviamente, tan sólo algunas de las imprecisiones que pueden aquejar al lenguaje jurídico; sin embargo (y de ahí la importancia decisiva de eliminarlas, aunque se conserven las otras), se trata de imprecisiones que no suelen ser intencionales y que tampoco son tan infrecuentes como pudiera parecer. Esencialmente, ALLEN sigue el típico esquema condicional para representar las normas jurídicas: si... (supuesto de hecho), entonces... (consecuencia jurídica). Los supuestos de hecho pueden verse como combinaciones por medio de conjunciones, disyunciones, etc., de circunstancias o propiedades, y lo mismo ocurre con las consecuencias jurídicas. Por ejemplo:

$$> - a - b - c \rightarrow d$$

representa una norma que establece que si se da *a* y *b* y *c* (supuesto de hecho), entonces se sigue la consecuencia jurídica *d*.

$$> - \begin{bmatrix} a \\ b \end{bmatrix} - c \rightarrow \begin{bmatrix} d \\ e \end{bmatrix}$$

simboliza una norma que establece que si se da *a* o *b* y también *c*, entonces surgirán las consecuencias jurídicas *d* y *e*. Etcétera [cfr. ALLEN, 1979 y 1982].

3. LA RACIONALIDAD JURÍDICO-FORMAL

En el nivel de la racionalidad jurídico-formal (R2), el edictor y el destinatario de las leyes son los órganos e individuos designados como tales por el ordenamiento jurídico. El sistema jurídico se entiende aquí precisamente como un conjunto de normas válidamente establecidas y estructuradas en un sistema (la noción de ordenamiento jurídico de la teoría del Derecho). El fin de la actividad legislativa es la sistematicidad, esto es, el 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 de sus consecuencias, esto es, como un sistema de *seguridad*. Sin embargo, el valor seguridad no es tampoco un valor último. La idea de seguridad o previsibilidad implica en sí misma un valor (pues sin un mínimo de seguridad no habría Derecho, ni leyes, ni organización social), pero este valor es graduable en función de qué sea lo que se asegura; es decir, el valor seguridad remite a otros valores, como la libertad y la igualdad.

En el nivel R2 puede decirse que una ley es irracional si y en la medida en que la misma contribuye a erosionar la estructura del ordenamiento jurídico. Esto se puede producir, bien porque en la producción de la nueva ley no se han respetado los criterios establecidos por el ordenamiento jurídico del que va a formar parte, o bien porque, aun respetándolos, incurre en lagunas y contradicciones, introduce criterios ajenos a la «lógica» (a los principios) del ordenamiento, afecta negativamente al Derecho ya establecido (problema de las derogaciones y de las remisiones), etc. Incrementar la racionalidad de la actividad legislativa en el nivel R2 significa mejorar lo que usualmente se llama «técnica jurídica». Condición necesaria para ello es elaborar una serie de directrices legislativas y establecer oficinas técnicas en los parlamentos, ministerios, etc., en las que éstas se apliquen. Es obvio que esta idea de racionalidad, y por tanto esta manera de entender la técnica legislativa, es característica del jurista profesional, entendiendo por tal tanto a los juristas prácticos como a los juristas teóricos (los cultivadores de la dogmática). Sin embargo, para su desarrollo es necesario ir más allá de los conocimientos característicos de la dogmática, no sólo en el sentido de que habría que adaptar éstos al contexto de la producción de las leyes, sino también en el sentido de que deberían ser completados con un amplio uso del Derecho comparado (mucho mayor de lo que es usual en los trabajos característicos de la dogmática), de la teoría general del Derecho (que debe sufrir ahora una transformación importante como consecuencia de una orientación mayor hacia la legislación) o de la lógica jurídica.

La mayor parte de los estudios sobre la legislación elaborados en estas dos últimas décadas (y que, no hace falta decirlo, son esencialmente obra de juristas) [cfr.

THORNTON, 1987; KARPEN, 1986] se sitúan en el nivel R2, y en parte también en el nivel R1 en cuanto que, como ya se ha dicho, R2 presupone R1. Un ejemplo de este tipo de aproximación es el libro del grupo GRETEL, *La forma de las leyes, 10 estudios de técnica legislativa* [GRETEL, 1986]. Los autores aclaran que la obra trata sólo de los «aspectos formales» de la técnica legislativa, es decir, de «lo que es común a cualquier ley si se hace abstracción de su objeto y contenido concretos» (p. 9) y señalan que dejan para otra ocasión (aunque hacen una excepción con temas como el de las remisiones) «los aspectos más materiales» de la técnica legislativa «como son, por ejemplo, los relativos al lenguaje legal y al utillaje conceptual que sirven para montar cualquier ley y ensamblarla adecuadamente con el resto del ordenamiento jurídico» (p. 9). No hay, desde luego, nada que objetar a un enfoque de este tipo y hay mucho que alabar en esta obra que es además «el primer libro de técnica legislativa que se ha escrito en España» (p. 9). Quisiera, sin embargo, hacer aquí un par de observaciones sobre el mismo. La primera es que el libro sugiere —por lo menos en ciertos pasajes— una noción de técnica legislativa demasiado estrecha; en particular, y en contraste en cierto modo con lo indicado en la «Introducción» (en donde se caracteriza a la técnica legislativa como «ingeniería social» [p. 11]), el punto de vista de las ciencias sociales y, en general, de lo que no es el saber jurídico tradicional, no está muy presente. La segunda observación es que —y en buena parte por el anterior motivo— el tratamiento de algunos temas no logra sortear los peligros de deformación ideológica a que me referí en el anterior apartado. Indicaré un ejemplo de esto último.

En el capítulo III, «Preámbulo y disposiciones directivas», se argumenta en contra de la necesidad de que toda ley

vaya precedida de un preámbulo basándose en que «el Preámbulo no incorpora a la ley más contenido normativo del que por sí misma tiene ya la parte dispositiva» (p. 81). Un poco más adelante se afirma enfáticamente que el Preámbulo no debe pretender convencer a los destinatarios de la norma, lo que se justifica en estos términos: «El legislador que condesciende en convencer de la rectitud u oportunidad de sus mandatos renuncia a la obediencia cuando el destinatario del mandato no se deja convencer. Así rebaja el mandato —obligatorio por razón de su simple existencia— a la categoría de un consejo, eficaz sólo en la medida de su fuerza de convicción. Si quiere que el destinatario tienda a obedecer, y no a discutir, la función del legislador debe consistir en mandar, no en convencer» (p. 84). E igualmente se indica que debe excluirse también toda descripción o exposición de carácter instructivo, señalando como ejemplo a evitar el caso de una ley en cuyo preámbulo se enumeran «hasta 13 especies de flora y fauna del lugar [lugar que la ley declara Paraje natural de interés nacional], indicando también su nombre en latín» (p. 85).

Ahora bien, para quienes somos menos entusiastas de la obediencia al Derecho de lo que muestra serlo el redactor de este capítulo, los preámbulos pueden ofrecer, aunque no sea más contenido normativo, sí una posibilidad de criticar una ley mostrando, por ejemplo, la existencia de una inadecuación entre los fines que se señalan en el preámbulo y el contenido normativo de la misma; en definitiva, la cuestión podría enfocarse de una manera distinta si se tuviera en cuenta que la racionalidad legislativa no se acaba en el nivel R2. Por otro lado, es también posible que se viera en forma más matizada el problema de si las leyes deben cumplir o no una función docente, si

uno se sitúa en una perspectiva menos formalista y más sociológica que la que se adopta en los textos traídos a colación. En el ejemplo indicado, el señalar las especies de flora y fauna existentes puede cumplir una función de motivación al cumplimiento de la ley, lo que puede ser bastante útil en relación con los sujetos que no propenden de manera natural (esto es, sin que haya razones suficientes para ello) a obedecer a las leyes (incluidas las leyes dictadas en una democracia). ¿Por qué renunciar entonces a que exposiciones simplemente «instructivas» puedan cumplir en ocasiones la función de las sanciones tradicionales?

4. LA RACIONALIDAD PRAGMÁTICA

La racionalidad pragmática, como se indicó en el apartado 1 (aunque esta definición se matizará más adelante), consiste en la adecuación de la conducta de los destinatarios a lo prescrito en la ley. Aquí, el edictor es, esencialmente, el soberano político, entendiendo por tal quien tiene poder para ser obedecido (y no sólo para dictar normas formalmente válidas). Los destinatarios son quienes prestan obediencia (activa o pasiva); por tanto, aquellos a quienes la ley se dirige, pero en la medida en que adecuen (o no) su comportamiento a lo allí prescrito. El sistema jurídico es visto como un conjunto de normas eficaces o, si se quiere, como un conjunto de comportamientos, de actos. El fin es conseguir que las leyes sean obedecidas o, dicho quizás en forma más general, que las leyes no sean sólo enunciados lingüísticos, sino también «Derecho en acción». Pero el valor de la obediencia o de la realización práctica del Derecho no es tampoco un valor último. Pensar de esta manera significaría incurrir en una deformación de tipo ideológico. Y me parece que éste es el

caso de quienes, como REHBINDER, hablan de un *ethos* jurídico [cfr. FEBBRAJO, 1975 y 1978]; esto es, de un respeto al ordenamiento jurídico en cuanto tal, y proponen medidas a fin de suscitar en los operadores jurídicos y en los simples ciudadanos sentimientos de adhesión más o menos incondicionados y garantizar así una mayor eficacia del Derecho.

En el nivel R3, una ley es irracional si, y en la medida en que, fracasa como directiva, esto es, en su propósito de influir en el comportamiento humano. En términos generales, cabe decir que el fracaso puede deberse a motivos subjetivos, esto es, a falta de motivación de los destinatarios (por ejemplo, por falta de sanciones adecuadas) o bien a factores objetivos (falta de cobertura financiera, administrativa, etc.). Las técnicas para reducir la irracionalidad en el nivel R3 tendrán que provenir de disciplinas como la ciencia política, la psicología y, sobre todo, la sociología. Más adelante se volverá sobre esto.

5. LA RACIONALIDAD TELEOLÓGICA

En el nivel de la racionalidad teleológica, los edictores son los portadores de los intereses sociales, particulares o generales, que logran que los mismos se traduzcan en leyes. Los destinatarios de las leyes no son únicamente los particulares o los órganos administrativos a los que se dirigen las disposiciones legales, sino que pueden serlo también individuos o grupos no comprometidos en el cumplimiento de la norma. Por ejemplo, los enfermos de un hospital pueden considerarse también como destinatarios de una ley dictada en materia sanitaria (que se plantea como objetivo mejorar su situación en cuanto

enfermos) aunque dicha ley no les atribuya ningún tipo de derecho o de obligación (por ejemplo, una ley que dote de recursos financieros a los hospitales). El sistema jurídico es visto como un medio para conseguir fines; por tanto, no desde la perspectiva del jurista (o del jurista tradicional), sino desde la perspectiva del científico social. El fin podrá serlo la eficiencia económica, el aumento del nivel educativo de la población, la mejora de las condiciones sanitarias, la redistribución de la riqueza, la reducción del desempleo, el mantenimiento de ventajas políticas o económicas, etc. Naturalmente, el que el Derecho persiga ciertos fines sociales no significa que, por eso mismo, éstos estén justificados. La justificación última de los fines (y esto vale también para el de la eficiencia económica, a pesar de lo opinado por autores como POSNER [1983]) sólo puede ser una justificación ética; aquí se trataría de ver, no si el Derecho persigue ciertos fines, sino si los fines que persigue son precisamente los que debería perseguir.

En el nivel R4, cabe decir que una ley es irracional si y en la medida en que no produce efectos o produce efectos no previstos y que no puedan tampoco considerarse como deseados o deseables. Para evitar estas situaciones habrá que acudir a la sociología de la organización, al análisis económico del Derecho, a la sociología del Derecho, a las teorías de la implementación, etc. En el próximo capítulo presentaré un esquema que permita ver conjuntamente cómo operan estos dos últimos niveles de racionalidad: R3 y R4.

6. LA RACIONALIDAD ÉTICA

Finalmente, en el nivel de la racionalidad ética, los edictos son vistos desde el punto de vista de quiénes están legitimados, y en qué circunstancias, para ejercer poder normativo sobre otros. El problema esencial de los destinatarios es, por tanto, el de cuándo existe obligación ética de obedecer a las leyes. El sistema jurídico es visto aquí como un conjunto de normas o comportamientos evaluables desde un cierto sistema ético. Los fines considerados valiosos variarán, naturalmente, según el sistema ético que se tome como referencia aunque, abstractamente, puede decirse que son los de libertad, igualdad y justicia. Los valores éticos, finalmente, son las ideas (organizadas en teorías éticas) que permiten justificar tales fines (la naturaleza en el caso del iusnaturalismo, la dignidad humana en una concepción de tipo kantiano, el consenso en las teorías contractualistas o neocontractualistas, etc.).

En el nivel R5, una ley es irracional si no está justificada éticamente, bien porque la haya dictado quien carece de legitimación ética, bien porque prescriba comportamientos inmorales (o porque no prescribe lo que moralmente sería obligatorio que prescribiese), bien porque persiga fines ilegítimos. En el estudio de los problemas de la racionalidad ética, el papel rector debe cumplirlo la filosofía del Derecho, de la moral y de la política, pero existen muchas otras disciplinas (por ejemplo, la sociología) que juegan aquí un papel auxiliar, aunque imprescindible.

Es importante señalar que este nivel de racionalidad desarrolla una función más bien negativa que constructiva. La racionalidad ética —a diferencia de otros niveles de racionalidad— no genera ninguna técnica legislativa específica: no hay ningún procedimiento para lograr la libertad,

la igualdad y la justicia a través de las leyes, fuera de las técnicas que generan las racionalidades R1-R4. El único «instrumento» del que dispone la ética es el discurso moral, pero justamente se trata de un instrumento que se desnaturalizaría si se utilizara para conseguir finalidades (fines perlocucionarios) que vayan más allá del propio discurso.

CAPÍTULO TERCERO

RACIONALIDAD LEGISLATIVA Y SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

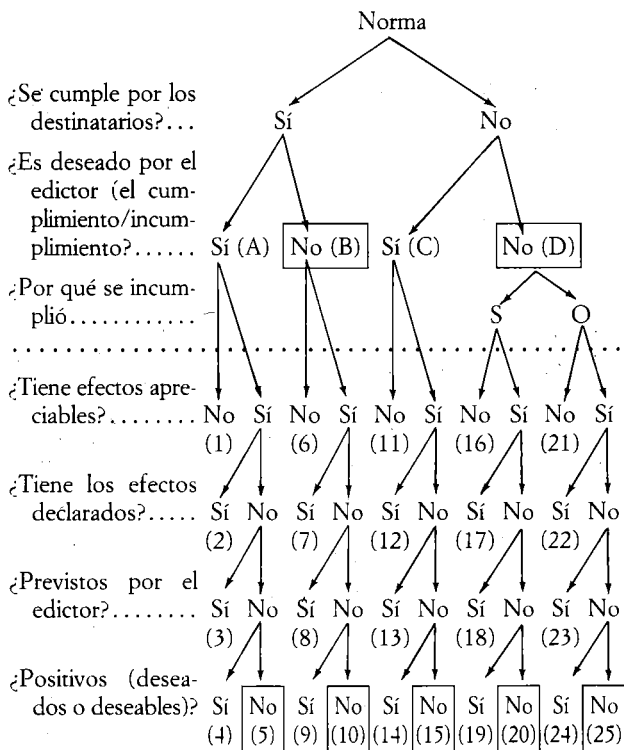
1. INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior desarrollé un análisis de cada uno de los niveles de la racionalidad legislativa. En éste procuraré mostrar cuál es el papel que, en cada nivel, puede cumplir la sociología del Derecho, lo que implica prestar una especial atención a la racionalidad pragmática (R3) y a la teleológica (R4). Esto, naturalmente, no quiere decir que la contribución de la sociología del Derecho a los estudios de la legislación no sea también importante con respecto a los restantes niveles. Dicha importancia resulta muy clara en relación con R1, puesto que la comunicación que se establece entre el editor de las leyes y los destinatarios tiene lugar, naturalmente, en un contexto social, de manera que sólo conociendo las

características de dicho contexto puede lograrse una comunicación fluida. Por ejemplo, puede ser necesario establecer, a través de análisis empírico-sociológicos, cuáles son los canales adecuados para que una ley sea conocida, y determinar cuál es el papel que pueden jugar no sólo los medios de comunicación directa (BOE, etc.), sino también los medios de comunicación indirecta (prensa, radio, televisión, etc.) e incluso medios completamente informales (parientes, amigos, etc.) [cfr. PANNARALE, 1983, a propósito de la ley italiana de empleo juvenil]. En el nivel R2, como ya se ha indicado, prescindir de la perspectiva sociológica puede llevar a resultados insatisfactorios. Finalmente, en el nivel R5 la sociología del Derecho puede mostrar cuáles son los valores socialmente vigentes en relación con la materia regulada por una determinada ley (lo cual no equivale a justificarla éticamente [cfr. PERRIN, 1982], pero no por ello carece de importancia), cuál es la conexión de un determinado sistema ético con determinados intereses materiales, etc. [sobre las relaciones entre la sociología y la filosofía moral, cfr. GINER, 1987].

2. EFICACIA Y EFECTOS SOCIALES DE LAS LEYES

El análisis de la eficacia y de los efectos sociales de las leyes (dos temas eminentemente sociológicos y estrechamente conectados entre sí) es de una enorme complejidad. El siguiente esquema puede dar, quizás, una idea de ello:



S = Motivos subjetivos.

O = Factores objetivos.

En dicho esquema, las líneas de puntos separan el nivel de la racionalidad pragmática (R3) del de la racionalidad teleológica (R4). R4 es una continuación de R3, pero es posible que una situación irracional en R3 (por ejemplo [D]) pueda verse como racional desde R4 (sería el caso de

[19] o [24]). El esquema sugiere una gran variedad de posibilidades lógicas, pero es posible que algunas (o muchas) de ellas tuvieran que ser excluidas por razones empíricas. Por lo demás, las situaciones posibles no son sino tipos ideales, puesto que, en la realidad, no suele ocurrir que una norma se cumpla o se incumpla del todo, tenga del todo o no tenga en absoluto los efectos declarados, etc.

3. QUÉ HACER FRENTE A LA IRRACIONALIDAD PRAGMÁTICA

En el nivel de racionalidad R3, las situaciones irracionales serían (B) y (D), lo que significa (ésta es la redefinición a que antes me refería) que la irracionalidad en R3 no se identifica sin más con el incumplimiento de las normas por parte de los destinatarios; irracionalidad significa aquí inadecuación entre el comportamiento de los destinatarios y los deseos o intenciones (como quiera que haya que interpretarlos) del edictor.

—(B) representa aquellas situaciones en que una norma es cumplida por los destinatarios, cuando se había establecido precisamente para no ser cumplida (en todo o en parte). Los casos en que se dictan leyes para no ser cumplidas son relativamente frecuentes y están conectados con el uso simbólico del Derecho. Ahora bien, lo que es irracional aquí no es el uso simbólico del Derecho (que pudiera serlo en el nivel R5), sino un uso frustrado del mismo.

—(D) representa las situaciones en que las leyes no son cumplidas por los destinatarios, aunque el edictor las estableció para que se cumplieran. El incumplimiento

puede deberse a dos tipos de factores distintos. Por un lado, es posible que la ley (los comportamientos prescritos en la ley) no se haya cumplido por falta de motivación subjetiva de los destinatarios. El remedio sería, en tal caso, el establecer sanciones (positivas y negativas) adecuadas. La importancia de las sanciones positivas, especialmente en relación con las normas más características del Estado social, ha sido resaltada por autores como BOBBIO [1977] y AUBERT [1987]. Un interesante argumento en favor de las recompensas o premios es que «las recompensas están frecuentemente ligadas a la conducta premiada, diversamente de la mayor parte de las penas que, al contrario, son indiferentes al comportamiento ilícito en cuestión» [AUBERT, 1987, p. 16]. Sin embargo, el tema de las sanciones es un tema aún muy insuficientemente tratado por la sociología y la teoría del Derecho. Las teorías tradicionales de la sanción (incluidas las de autores que, como BENTHAM, sí tuvieron en cuenta la importancia de las sanciones positivas) tienen, entre otros, el límite de que toman como punto de referencia al individuo, y no a las organizaciones, es decir, están concebidas para un tipo de Derecho distinto del actual (como se sabe, en la aplicación del Derecho, las organizaciones —las burocracias, etc.— juegan hoy un papel relevante).

Por otro lado (y esto tiene conexión con lo que se acaba de indicar), el incumplimiento de las leyes puede deberse a factores de tipo objetivo, como, por ejemplo, la falta de cobertura financiera o de cobertura organizativa. BETTINI, al estudiar el fenómeno de las «leyes manifiesto» en Italia, ha escrito que lo que significa la sanción en las normas condicionales (esto es, las normas que establecen que bajo ciertas condiciones se debe realizar o no realizar determinada conducta) es lo que viene a ser la cobertura

organizativa en las normas de fin (*di scopo*) (esto es, las que señalan objetivos a alcanzar, como suele ser el caso de las normas características del Estado social). Por eso, en su opinión, la ciencia del Derecho tendría, a este respecto, que saldar sus cuentas, más que con la ciencia económica, con la sociología de las organizaciones complejas [cfr. BETTINI, 1983 y 1984].

Una consecuencia de lo dicho hasta ahora es que, por paradójico que pueda parecer, el incumplimiento de lo preceptuado en las leyes no es siempre un acto de desobediencia al Derecho. Y esto, no sólo porque a veces sea imposible cumplirlas, sino porque su cumplimiento sería puro ritualismo, esto es, llevaría a consecuencias distintas a las pretendidas por la ley.

4. SUPUESTOS DE IRRACIONALIDAD TELEOLÓGICA

En el nivel R4, la noción de irracionalidad se vuelve aún mucho más compleja. Además de la dificultad que comporta la apelación a la intención o a los deseos del edictor está, entre otros, el problema de establecer si los efectos (especialmente en caso de incumplimiento de las leyes) se producen como consecuencia de la ley o tienen otras causas, el problema de dónde cortar la cadena de efectos, etc. Simplificando, por tanto, mucho las cosas, podría decirse que los supuestos de irracionalidad que pueden darse en R4 (y que habría que evitar) serían:

— Supuestos en que una ley no tiene efectos apreciables y, por tanto, sólo contribuye a la contaminación legislativa. Aquí conviene tener en cuenta que quizás no haya tantas como en principio parece, si se consideran no sólo los efectos reales de las leyes, sino también sus

efectos simbólicos. Por otro lado, una ley que tenga los efectos declarados puede ser irracional en el nivel R5, pero no en R4. Y lo mismo cabría decir de las que tienen los efectos previstos por el edictor, aunque éstos no coincidan con los declarados.

— Supuestos (indicados en el esquema con [5]) en que el cumplimiento de la ley (deseado por el edictor) tiene efectos apreciables, pero que no son los declarados por el edictor, ni han sido tampoco previstos por él, ni pueden, finalmente, estimarse como positivos. Un ejemplo de ello podría serlo una ley que establezca un sistema de sanciones tributarias de gran dureza, de manera que los aplicadores del mismo tienden a fijar bases más bajas de lo que de otra manera harían (pero ello sin incumplir la ley), con lo cual el resultado final es que la recaudación directa disminuye (justo el efecto contrario al que se quería lograr).

— Supuestos (indicados como [10]) en que el cumplimiento de la ley (no deseado por el edictor) tiene efectos no declarados, no previstos y que tampoco pueden considerarse positivos. Un ejemplo de ello lo serían las leyes que, al cumplirse, dan lugar a las llamadas «huelgas de celo».

— Supuestos (indicados como [15]) en que el incumplimiento de la ley es deseado por el edictor, pero dicho incumplimiento tiene efectos que no son ni declarados, ni previstos, ni deseados. Un ejemplo de ello pudiera serlo una ley que, por motivos puramente ideológicos (es decir, pensando en su incumplimiento), introduce nuevos derechos para una categoría de personas (por ejemplo, un sistema de salario mínimo para los trabajadores domésticos), sin establecer sanciones adecuadas; la consecuencia

pudiera ser que los trabajadores dejan de estar asegurados, pues el pago del seguro por los empleadores significaría que éstos tendrían que pagar también los salarios mínimos fijados por la ley.

— Supuestos (indicados como [20]) en que el incumplimiento por motivos subjetivos de la ley no es deseado por el edictor y tiene efectos que no son ni declarados, ni previstos, ni positivos. Como ejemplo puede servir una ley que fije un horario de trabajo a los funcionarios de la Administración, pero sin establecer estímulos para su cumplimiento (sanciones positivas) y sin que la Administración disponga tampoco de posibilidades para controlar la imposición de las sanciones negativas establecidas. La consecuencia es que no se logra combatir el absentismo laboral.

— Finalmente, supuestos (indicados como [25]) en que el incumplimiento de la ley (esta vez por factores objetivos) no es deseado por el edictor y tiene efectos no declarados, no previstos y no positivos. Quizás pudiera incluirse aquí el caso de una ley de universidades que crea órganos de gobierno con un número de miembros muy elevado, de manera que la ley es incumplida, en el sentido de que las decisiones son tomadas por órganos irregulares y en absoluto democráticos (cuando lo que se pretendía era democratizar la vida universitaria).

5. CÓMO INCREMENTAR LA RACIONALIDAD TELEOLÓGICA

Y el problema que se plantea ahora es el de qué hacer para superar este tipo de situaciones, es decir, qué técnicas deberían utilizarse para incrementar la racionalidad en el

nivel R4. La respuesta, en principio, parece que tendría que ser la de utilizar el conocimiento proveniente de las ciencias sociales (sociología, economía, ciencia política...) con el fin de poder controlar la puesta en práctica de las leyes, esto es, el que éstas alcancen sus objetivos. Este tipo de investigaciones se conocen, desde los años 70, con el nombre de implementación [cfr. BLANKENBURG, 1986 y 1988], pero es muy posible que este enfoque tenga límites bastante serios, dada la complejidad de su objeto y el nivel de desarrollo de las ciencias sociales.

Este último punto de vista (el de los límites consustanciales a las teorías de la implementación) ha sido sostenido por G. TEUBNER, quien en los últimos tiempos ha propuesto una sugerente teoría de la legislación, centrada en el concepto de Derecho reflexivo o Derecho autopoético [cfr. TEUBNER, 1985 y 1986, y FEBBRAJO, 1986]. En su opinión, el fenómeno de la legiferación no debe entenderse únicamente en el sentido de proliferación del Derecho, sino que por legiferación habría que entender «un proceso en el que el Estado social produce un nuevo tipo de Derecho: el Derecho regulativo. Este se define en cuanto a sus funciones como Derecho preordenado hacia la exigencia de guiar el Estado social y, en cuanto a su estructura, como Derecho de tendencia particularista, orientado teleológicamente y fuertemente dependiente del auxilio de las ciencias sociales» [TEUBNER, 1985, p. 13]. Ahora bien, este autor, siguiendo a LUHMANN, entiende la sociedad como un conjunto de sistemas de comunicación organizados autopoieticamente [cfr. TEUBNER, 1986, p. 202], es decir, de sistemas que se autorregulan y se autorreproducen. Los procesos legislativos pueden verse, por ejemplo, como relaciones complejas entre tres sistemas sociales (el Derecho, la política y el sistema social regulado

jurídicamente) susceptibles de autorregularse [TEUBNER, 1985, p. 16]. Pero esto quiere decir que el intento de regular jurídicamente la sociedad sólo puede tener éxito «si los confines de los respectivos ámbitos no se sobrepasan y se respetan los límites de autorreproducción de cada uno de ellos» [TEUBNER, 1985, p. 16]. Si no ocurre esto, se cae en lo que TEUBNER llama «trilema regulativo»: o se produce una indiferencia recíproca entre Derecho y sociedad, o se desintegra la sociedad por parte del Derecho, o se desintegra el Derecho por parte de la sociedad. La solución para escapar de este trilema no puede venir, según TEUBNER, ni de las teorías de la implementación, ni de las propuestas de desregulación (a lo HAYEK), sino a través de lo que él llama el control de la autorregulación, esto es, la regulación jurídica de la autorregulación social, la inserción dentro del Derecho de momentos reflexivos.

Lo que TEUBNER quiere decir con ello, me parece que se puede explicar (quizás también trivializar) con un ejemplo tomado de la vida cotidiana. Pensemos en el problema que se plantea en un supermercado para que los clientes puedan disponer de carritos para efectuar sus compras. Una manera de abordar este problema puede consistir en regular dónde deben los clientes tomar y dejar los carritos. Y el problema que entonces se plantea es que los clientes probablemente tiendan a dejar y tomar los carritos donde más cómodo les resulte, de manera que será necesario un sistema de control que puede consistir, por ejemplo, en destinar algún empleado a recoger los carritos dispersos en diversos lugares. Otra posible alternativa sería la de no hacer nada, es decir, la de confiar en que los propios clientes ya se encargarán de proveerse de carritos, si es que éstos son necesarios para efectuar las compras. Y la tercera posibilidad podría ser ésta: los carritos se colocan

en un determinado lugar destinado al efecto, en donde los clientes pueden obtenerlos introduciendo una moneda. Si después de efectuar su compra, el cliente (o un empleado u otro cliente cualquiera) vuelve a poner el carrito en el lugar adecuado, obtiene de nuevo la moneda. Naturalmente, esta tercera alternativa, establecer un procedimiento de autorregulación, es la que parece ser más racional.

Si efectivamente es esto lo que quiere decir TEUBNER, me parece que su propuesta tiene un considerable interés y una proyección práctica también bastante clara: en el Derecho existen, probablemente, bastantes posibilidades de establecer sistemas de este tipo. Quisiera, sin embargo, efectuar un par de observaciones sobre esta propuesta.

La primera es que la idea de TEUBNER no es precisamente nueva. BENTHAM ya había recomendado una forma de intervención jurídica en que «un cuerpo de leyes forma un grupo o, mejor, un círculo, en el que cada norma sostiene a las otras y es sostenida por ellas» [cfr. AUBERT, 1987, p. 19]. El propio AUBERT pone como ejemplo de sistema jurídico que se alimenta sólo, una tasa que grava la compraventa de arte (con objeto de fomentar el arte) y establece que sea la propia sociedad de pintores quien distribuya los fondos así recaudados. Otro ejemplo interesante es el del funcionamiento del IVA, que por algo es considerado como un impuesto de gran perfección técnica. Por otro lado, la propia idea del Derecho reflexivo o autopoietico no es tampoco nueva. La concepción del Derecho de HART (el propio TEUBNER se refiere a ello [TEUBNER, 1986, p. 205]) es, claramente, una forma de entender el Derecho como un sistema que se autorregula y autorreproduce mediante las normas secundarias.

La segunda observación es que es posible que la alternativa sugerida por TEUBNER tenga en realidad un valor bastante limitado. En el ejemplo del supermercado, la cosa funciona porque, realmente, se trata de una situación muy simple y en la que, además, no parecen existir conflictos serios de intereses. ¿Pero qué ocurriría en situaciones complejas y caracterizadas por la existencia de grupos sociales portadores de intereses antagónicos? ¿Habría que renunciar también en tales supuestos a tratar de modificar la realidad social por medio del Derecho?

En conclusión, podría decirse que existen situaciones sociales en las cuales lo que la racionalidad exige es la desregulación o bien la introducción de mecanismos de autorregulación (como propone TEUBNER). Pero, en la mayoría de las ocasiones, habrá que proceder a una *evaluación legislativa*, entendiendo por tal, en un sentido amplio, el conjunto de técnicas dirigidas al análisis empírico de los efectos de la legislación [MADER, 1985].

CAPÍTULO CUARTO

BOSQUEJO DE UNA TEORIA DE LA LEGISLACION

1. RECAPITULACIÓN: UN ANÁLISIS INTERNO DE LA LEGISLACIÓN

En los capítulos anteriores partía de considerar el proceso de producción de las leyes —la legislación— como una serie de interacciones que tienen lugar entre elementos distintos: edictores, destinatarios, sistema jurídico, fines y valores. Al mismo tiempo, proponía cinco modelos, ideas o niveles de racionalidad, desde los que puede contemplarse la legislación: una racionalidad lingüística (R1), en cuanto que el emisor (edictor) debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje (la ley) al receptor (el destinatario); una racionalidad jurídico-formal (R2), pues la nueva ley debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico; una racionalidad pragmática (R3), pues la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a lo prescrito en la ley; una racionalidad teleológica (R4), pues la ley tendría que

alcanzar los fines sociales perseguidos; y una racionalidad ética (R5), pues las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética. Un resumen de todo ello se contiene en el siguiente cuadro:

	Edictores	Destinatarios	Sistema jur.	Fines	Valores
R1	Emisor.	Receptores del mensaje (legal).	Conjunto de enunciados (mensajes) y de canales para transmitirlos.	Claridad, precisión.	Comunicación.
R2	Órgano al que se atribuye capacidad de producir D. legislativo.	Individuos y órganos a los que se dirigen las leyes.	Conjunto de normas (en sentido amplio) válidamente establecidas.	Sistematicidad: plenitud y coherencia.	Seguridad, previsibilidad.
R3	Órgano al que se presta obediencia (soberano).	Burocracia e individuos que prestan obediencia (súbditos).	Conjunto de normas eficaces (o bien de comportamientos).	Cumplimiento del D. (traducción de las normas en acciones).	Mantenimiento del orden, eficacia.
R4	Portadores de intereses sociales (particulares, grupos de presión, etc.).	Afectados por la regulación del interés o necesidad social.	Conjunto de medios (conocimiento psicológico, sociológico, económico, etcétera) para conseguir fines sociales.	Cumplimiento de objetivos sociales: redistribución de la riqueza, aumento o disminución de la protección social, reducción del desempleo, mantenimiento de ventajas políticas, económicas, etcétera.	Eficacia social o efectividad.
R5	Autoridad legítima.	Obligados moralmente a obedecer las leyes.	Conjunto de normas, acciones e instituciones evaluables éticamente.	Libertad, igualdad, justicia.	Naturaleza, dignidad humana, consenso, etc.

El análisis en cuestión pretendía cubrir tres objetivos distintos. El primero consistía en buscar una unidad, o al

menos una cierta articulación, entre saberes tan heterogéneos como los implicados en los estudios sobre la legislación. Creo que ello se consigue en la medida en que los diversos tipos de racionalidad se definen a partir de los mismos elementos (aunque interpretados de manera distinta). Por otro lado, R1-R4 parten de una misma noción de racionalidad, en cuanto adecuación medios-fines (se trata, pues, de una racionalidad instrumental), mientras que R5, es decir, la racionalidad ética, sería una racionalidad de un tipo distinto: aquí no se trata de ver qué medios son adecuados para ciertos fines, sino qué fines (o qué medios) están éticamente justificados.

El segundo de los objetivos era el de definir o precisar el estatuto epistemológico de los estudios sobre la legislación. El esquema indicado permite mostrar cuáles serían las técnicas para potenciar la racionalidad legislativa o para evitar, en la medida de lo posible, incurrir en irracionalidad. Para precisar, sin embargo, el estatuto específico de estas técnicas sería necesario desarrollar un análisis que mostrase también cómo se articulan entre sí los diversos niveles de racionalidad. Por otro lado, es importante distinguir entre técnica (o técnicas) legislativas y teoría (o teorías) de la legislación. En forma sólo aproximada puede decirse que cabe denominar como teorías de la legislación a aquellos análisis más bien de conjunto, de tipo explicativo y de carácter básico, mientras que las técnicas legislativas tienen un carácter mucho más sectorial, no pretenden explicar un fenómeno, sino indicar cómo conseguir ciertos objetivos a partir de determinados conocimientos y, en consecuencia, utilizan o aplican saberes que, por tanto, cabe considerar como más básicos. En el esquema, cada tipo de racionalidad presupone una o varias teorías (científicas o no). Por ejemplo, R1 presupone

una teoría del lenguaje, de la información, etc., y R5 una (o varias) teoría(s) de la ética. Pero ello no implica todavía una teoría de la legislación. Dicha teoría debería ofrecer una explicación general del proceso de la legislación y debería ofrecer también los conocimientos básicos que nutrieran a las diversas técnicas legislativas. Tal teoría parece estar todavía sin elaborar, aunque dispongamos ya de explicaciones parciales de la legislación y que constituyen una cierta guía (en verdad, todavía muy precaria) para la técnica y la tarea de la legislación.

Y el tercer objetivo era el de evitar un uso ideológico, una sobrevaloración de la teoría y de la técnica de la legislación, que lleve no ya a la solución de problemas, sino a su enmascaramiento. El riesgo de dicha utilización ideológica deriva sobre todo, en mi opinión, de que este tipo de estudios son una consecuencia directa de la crisis del Estado del bienestar, en una de sus facetas: la crisis de la legislación; cabría decir incluso que la técnica legislativa surge de la necesidad de dar una respuesta práctica a la crisis, y la teoría de la legislación de la necesidad de encontrar una explicación del fenómeno.

A fin de evitar dicho uso ideológico, podría tenerse en cuenta lo siguiente. En primer lugar, que, como se ha visto, en el proceso legislativo están implicadas diversas nociones de racionalidad que transcurren en sentidos distintos; no sólo no es fácil, sino que quizás sea imposible satisfacer al mismo tiempo (y, a veces, ni siquiera por separado) las exigencias que plantean estas diversas nociones de racionalidad. Pero si esto es así, ello parece probar que la crisis de la legislación no es sólo una crisis «de crecimiento» que se corrija simplemente mejorando la calidad técnica de las leyes. La técnica legislativa viene a ser más una forma de capear y de hacer frente con cierta

dignidad a la crisis, que de superarla. Una de las razones para ello es que los límites de la racionalidad no son sólo cognoscitivos (y es evidente que a propósito de la legislación existen límites de este tipo), sino también de carácter material e ideológico (¿interesa de verdad a todos los grupos sociales superar dicha crisis y lograr, por ejemplo, que los objetivos manifestados en las leyes se cumplan en la realidad?). En segundo lugar, es posible que el Derecho no pueda entenderse adecuadamente si se reduce al Derecho estatal, es decir, al Derecho legislado. La teoría de la legislación tendría, por consiguiente, que confrontarse, o quizás que enriquecerse, con la tesis del pluralismo jurídico que, como se sabe [cfr., por ejemplo, ARNAUD, 1981, y SANTOS, 1985], niega —ahora y antes— la identificación entre Derecho y Derecho estatal. No podemos entender bien lo que sea la legislación —o en qué consista la crisis de la legislación— mientras no entendamos bien lo que sea el Derecho en su conjunto. ¿Y disponemos realmente de alguna teoría que proporcione una explicación aceptable del Derecho contemporáneo sin llevar a cabo una excesiva simplificación de esa realidad tan compleja?

2. ANÁLISIS EXTERNO DE LA LEGISLACIÓN

Los objetivos planteados no pueden cumplirse, pues, plenamente permaneciendo en el marco de un análisis de tipo interno —como el desarrollado hasta ahora—, esto es, mostrando cómo cada modelo o idea de racionalidad construye de una cierta manera los elementos de la actividad legislativa, permite distinguir ciertas disciplinas que cumplen un papel rector, de otras que tienen un carácter simplemente auxiliar, define una noción de racionalidad, y sugiere qué técnicas utilizar para incrementar la racionalidad.

Es necesario proceder a un análisis de tipo externo, en el que quizás quepa distinguir, a su vez, dos niveles o fases. El primero sería un nivel de análisis más bien estático, en cuanto que se trataría de mostrar cómo se relacionan entre sí (pero abstractamente, prescindiendo del proceso *real* de la legislación) los diversos tipos de racionalidad R1-R5. El segundo implicaría un análisis dinámico, en cuanto que se trataría de ver cómo podrían combinarse estas nociones de racionalidad para dar cuenta del proceso real de la legislación.

3. ESTÁTICA LEGISLATIVA

El nivel de racionalidad R1, en donde todavía cabe distinguir dos aspectos, según que se ponga el énfasis en el canal o en el contenido de la información, es, probablemente, el nivel de racionalidad que plantea menos problemas en su relación con los otros. La razón para ello es que, aunque por un lado pueda considerarse como el nivel más básico de racionalidad y que está presupuesto por todos los otros (lo menos que cabe pedir a una ley es que consista en enunciados lingüísticos comprensibles; sin ello no tendría sentido plantearse ni su sistematicidad, ni su eficacia, etc.), por otro lado, se trata también de una noción de racionalidad que plantea exigencias que, en caso de conflicto, habría que subordinar claramente a las derivadas de otras nociones de racionalidad. Tal conflicto no parece plantearse en relación con R2, puesto que los fines respectivos de precisión y de sistematicidad no sólo son compatibles, sino que parecen exigirse recíprocamente: según esto, no es posible que se plantee una situación en la que haya que optar bien por la precisión o bien por la sistematicidad de una determinada ley; es decir, una ley

no pierde nunca sistematicidad por el hecho de que aumente su grado de claridad y precisión lingüística (o, al menos, no tiene por qué ser así), y viceversa. Por otro lado, es obvio que una ley puede ser altamente racional desde el punto de vista lingüístico, pero no desde el punto de vista jurídico-formal (lo que prueba que se trata de dos nociones distintas de racionalidad), aunque no sea posible lo contrario: una ley racional en sentido jurídico-formal es también —al menos en un grado considerable— una ley lingüísticamente racional.

Lo que hace que R1 pueda entrar en conflicto con R3 y/o R4 es la existencia de legislación simbólica, esto es, de leyes hechas para no ser cumplidas, o bien para no producir los efectos declarados. En estos supuestos, las leyes acostumbra a ser intencionadamente oscuras e imprecisas, lo que significa que la racionalidad lingüística se subordina a la racionalidad pragmática y a la teleológica: las oscuridades lingüísticas (es decir, la irracionalidad lingüística) pueden ser un medio para lograr la racionalidad pragmática o teleológica.

Algo parecido cabría decir en relación con la racionalidad axiológica. Obviamente, una ley puede ser racional en el nivel R1, y no serlo en el R5, pero también puede ocurrir (aunque seguramente de manera excepcional) que los fines de libertad, igualdad y justicia entren en pugna con los de claridad y precisión; esto último es lo que podría suceder, por ejemplo, cuando se deja un amplio margen de discrecionalidad al órgano aplicador —a fin de que pueda ejercer su equidad— y se recurre para ello a estándares o principios que, naturalmente, sólo pueden ser formulados en forma lingüísticamente imprecisa.

La racionalidad jurídico-formal (donde a su vez cabría distinguir diversos niveles, según se vea la sistematicidad como adecuación de la forma y estructura de las leyes —cabría decir, quizás, sistematicidad sintáctica—, o bien se entre en el contenido de las leyes y se vea como compatibilidad de la nueva ley con las anteriores en orden a lograr la plenitud y coherencia del ordenamiento) plantea relaciones más complejas con los otros niveles de racionalidad. R2 y R3 parecen estar, por ejemplo, en una relación de independencia mutua bastante acusada: no se trata sólo de que una ley pueda ser elevadamente racional en el nivel R2 sin serlo en el nivel R3, sino que también cabe que una ley que logra un elevado grado de cumplimiento sea sumamente imperfecta desde el punto de vista de su sistemática. De todas formas, quizás pueda decirse que la sistematicidad de una ley facilita de alguna manera el que ésta sea eficaz aunque, desde luego, el factor decisivo para que una ley se cumpla no es su grado de sistematicidad.

Entre R2 y R4 las relaciones pueden describirse incluso como de oposición. LUHMANN [1974] ha mostrado que frente al modelo tradicional de dogmática (orientado hacia el pasado, hacia las normas), en los últimos tiempos se pretende instaurar un nuevo tipo de dogmática orientada hacia el futuro, hacia las consecuencias, lo que, en su opinión, pone en grave riesgo la propia subsistencia de la dogmática; una razón importante para ello sería que la orientación hacia las consecuencias significa una amenaza para la seguridad jurídica, ya que el futuro es mucho más complejo que el pasado y, por tanto, también más incierto. LUHMANN indica igualmente [1972] que con la positivización del Derecho (es decir, el momento en la evolución del Derecho en que las normas entran en vigor y se

cambian mediante decisiones, lo que implica que no se consideran ya como inmutables) tiene lugar una diferenciación funcional entre los procedimientos para reaccionar normativamente frente a las expectativas no realizadas (jurisdicción) y los procedimientos para aprender (momento cognoscitivo) de las expectativas no realizadas (legislación). Pero me parece que su contraposición entre racionalidad orientada hacia el *input* (racionalidad normativa) y hacia el *output* (racionalidad de las consecuencias o cognoscitiva) se plantea también dentro de la propia legislación. La racionalidad R2 es básicamente la racionalidad de la dogmática —de la dogmática tradicional, si se quiere—, de manera que, por ejemplo, no parece que exista un gran trecho entre las técnicas que cabe utilizar para llenar las lagunas o resolver las contradicciones —una vez que éstas se presentan— y las que habría que emplear para evitar que surjan [cfr. GUASTINI, 1985]. Y la racionalidad R4 sería también la racionalidad con que opera el jurista —digamos, el dogmático no tradicional: el jurista realista o de orientación sociológica, por ejemplo—, quien considera al Derecho como un medio para conseguir ciertos fines, y a su labor como semejante a la del científico o técnico social que manipula las normas para conseguir determinados objetivos.

La contraposición entre la racionalidad jurídico-formal y la racionalidad teleológica podría seguramente mostrarse también empíricamente en los trabajos de elaboración —incluyendo la redacción— de las leyes, en los que cada vez participan más economistas y otros científicos sociales que van desplazando al jurista de formación clásica. Este proceso ha ido acompañado de una pérdida de sistematicidad y de coherencia de las leyes que no siempre ha llevado consigo un aumento de su efectividad, por la

sencilla razón de que los aplicadores del Derecho —de cuyas decisiones depende, naturalmente, el que las leyes puedan llegar a ser socialmente eficaces— siguen siendo básicamente juristas que orientan su labor de acuerdo con una racionalidad jurídico-formal. Los científicos o técnicos sociales tienden a considerar la racionalidad jurídico-formal no como un medio más, sino antes bien como un obstáculo para la racionalidad teleológica; lo cual, de todas formas, puede deberse a cuestiones de tipo empírico y contingente (por ejemplo, a su falta de preparación jurídica), sin que afecte a cuestiones más de fondo. Por otro lado, se ha podido decir —y con razón [OST, 1985, p. 89]— que mientras que en una sociedad liberal prevalece (en la legislación) el imperativo de la coherencia, en una sociedad postindustrial predomina el valor de la eficacia (entendida como eficacia social o efectividad, esto es, como la consecución de determinados objetivos sociales).

La contraposición clásica entre seguridad y justicia no es ni más ni menos que la contraposición entre la racionalidad jurídico-formal y la ética. Aquí me contentaré con indicar que la dialéctica en cuestión no es sólo una dialéctica que se plantea en el campo de la aplicación (e interpretación) del Derecho, o entre la aplicación del Derecho (regida por la seguridad jurídica) y su producción (regida por la justicia), sino que tal contraposición tiene lugar también en el interior de la legislación, de la producción del Derecho: la sistematicidad de una ley hace que ésta sea un mecanismo de previsibilidad, de seguridad, pero no hace que lo que se asegure sea la libertad, la igualdad y la justicia (como quiera que éstas se entiendan). Algo bastante trivial, pero que el jurista tradicional tiende a olvidar.

Las implicaciones mutuas entre la racionalidad pragmática (R3) y la racionalidad teleológica (R4) (de las que se trató con cierta extensión en el anterior capítulo) son evidentes, pero R4 no es simplemente una continuidad, un plus, con respecto a R3. Evidentemente, una ley racional desde el punto de vista pragmático puede no serlo en el nivel teleológico (el cumplimiento de una ley no asegura que con ello se alcancen sus objetivos sociales), pero también cabe que una ley irracional en R3 (se cumple cuando se dictó para no ser cumplida, o bien no se cumple cuando se dictó para ser cumplida) sea racional en el nivel R4, en cuanto puede terminar por producir los efectos previstos por el edictor o, en todo caso, efectos que pueden estimarse como deseables. Estos últimos supuestos son, sin embargo, más bien excepcionales.

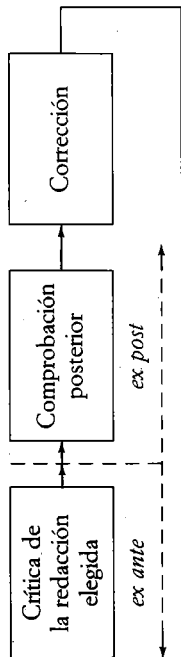
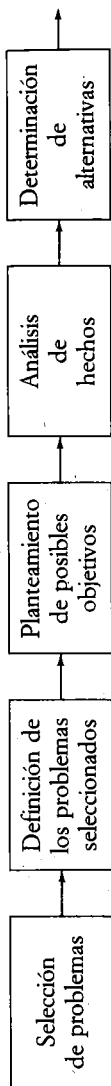
No ocurre lo mismo entre R3 o R4, por un lado, y R5, por el otro. El cumplimiento del Derecho y/o la realización de los objetivos sociales establecidos es una cuestión independiente de su justificación moral. Es la distinción que va entre la técnica y la ética, entre la racionalidad instrumental y la racionalidad de los fines. Por eso, como antes se ha dicho, R5 —a diferencia de los otros niveles de racionalidad— no genera ninguna técnica legislativa: no hay ningún procedimiento específico para lograr la libertad, la igualdad y la justicia a través de las leyes, fuera de las técnicas que generan las racionalidades R1-R4. El problema que se plantea en R5 es el de mostrar qué valores o qué teoría ética permiten una más adecuada interpretación de los fines jurídicos últimos (la libertad, la igualdad, la justicia). Por lo demás, la concepción de la ética que se elija determina el empleo de las técnicas legislativas y el desarrollo del propio proceso de la legislación, en cuanto que la ética establece los límites (positivos y, sobre todo, negativos) de su funcionamiento.

4. DINÁMICA LEGISLATIVA

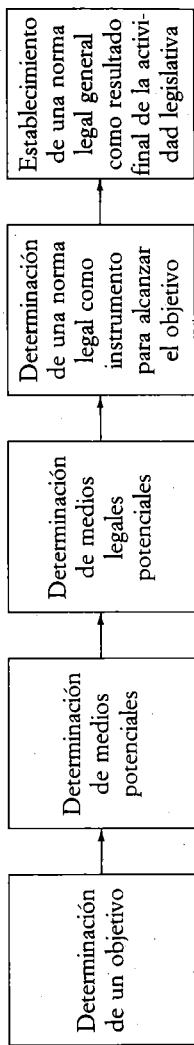
Llevar a cabo lo que he denominado un análisis externo de tipo dinámico del proceso legislativo es, sin duda, uno de los objetivos centrales de los estudios sobre la legislación, pero también una tarea que entraña grandes dificultades.

En un trabajo que ha tenido una amplia repercusión, U. KARPEN [1986] ofrece una sistematización de los estudios sobre la legislación en la República Federal de Alemania, que agrupa en cinco apartados: 1) la teoría de la legislación (concepto, evolución y análisis comparado de las leyes); 2) la analítica de la legislación (la ley en cuanto fuente del Derecho); 3) la táctica de la legislación (procedimiento externo de la legislación, esto es, estudios sobre los órganos y el procedimiento de elaboración de las leyes); 4) la metódica de la legislación (procedimiento interno de la legislación: contenidos, fines y medios de las leyes); 5) la técnica de la legislación (articulación, configuración y lenguaje de las leyes). Pues bien, arrancando de este esquema se puede decir que, desde el punto de vista de la metódica de la legislación, el proceso de la legislación se considera como un proceso de decisión, de manera que se pueden diseñar modelos de la legislación (digamos, modelos de legislador racional) siguiendo, de manera más o menos explícita, los elaborados por la teoría de la decisión racional. Dos ejemplos significativos de esto último son los modelos de NOLL [1973] y de WROBLEWSKI [1979; cfr. también WROBLEWSKI, 1985 y 1987], de los que W. VAN DER VELDEN [1985] presenta la reconstrucción que se muestra en la página siguiente:

MODELO DE NOLL



MODELO DE WROBLEWSKI



VAN DER VELDEN prefiere el modelo de NOLL al de WRÓBLEWSKI, básicamente porque este último sólo considera el proceso de la legislación *ex ante*, y NOLL lo hace *ex ante* y *ex post*, y porque el modelo de WROBLEWSKI es lineal y el de NOLL circular. Sin embargo, a ambos modelos les dirige diversas críticas: no indican el orden temporal de las acciones; se basan en ejemplos primitivos de modelos de toma de decisión; parten de una serie de presupuestos inadmisibles (en ambos casos el punto de partida es el legislador; se supone que en el proceso de la legislación sólo se produce una ley cada vez; la figura del legislador se ve como algo monolítico; y se prescinde del contexto del proceso de la legislación).

Me parece que por lo menos algunas de estas críticas las logra sortear el modelo de análisis interdisciplinar del *iter* legislativo propuesto por LOSANO [1984]. El esquema del mismo, según el propio LOSANO, sería el siguiente:

ANALISIS INTERDISCIPLINAR DEL *ITER* LEGISLATIVO

<i>Fase del iter legislativo</i>	<i>Técnica prevalente</i>	<i>Resultado inmediato</i>
Individualización de necesidades sociales a regular jurídicamente.	Sociología	Medidas para satisfacer la necesidad individualizada; especificación de los efectos conectados, pero no siempre evidentes.
Recepción política de las necesidades individualizadas (partidos, grupos de presión, movimientos es-	Sociología	Inclusión de la necesidad y de las medidas para satisfacerla en un programa de partido o movimiento;

<i>Fase del iter legislativo</i>	<i>Técnica prevalente</i>	<i>Resultado inmediato</i>
pontáneos); preparación del articulado.		inicio del control con técnicas de implementación.
Control sobre la formulación del articulado; transformación en proyecto de ley.	Legística	Formulación lingüística correcta de la norma y estructuralmente correcta del procedimiento.
Discusión del proyecto de ley ante el órgano legislativo; enmiendas al texto.	Derecho	Enmiendas en la cámara controladas sobre el diagrama de bloques del proyecto de ley.
Después de la aprobación formal del proyecto de ley, nuevo control sobre su formulación y estructura.	Legística	Reformulación correcta de la norma y del procedimiento, teniendo en cuenta las enmiendas en la cámara.
Promulgación del texto legislativo; inclusión en el Boletín Oficial y en el banco de datos automatizado; automatización eventual del procedimiento aprobado.	Informática	a) Traslado de los datos legislativos al sistema de <i>information retrieval</i> ; b) puesta a disposición de los recursos informáticos y organizativos para automatizar el procedimiento aprobado.

A LOSANO se le podría objetar, sin embargo, lo siguiente: en su modelo no aparece distinguida la fase que cabría llamar prelegislativa de la propiamente legislativa; prescinde de la fase postlegislativa; el modelo no es, en consecuencia, circular, o lo es insuficientemente; presupone (como los dos anteriores) una noción de racionalidad puramente instrumental: los objetivos o las necesidades aparecen

como elementos dados y que quedan fuera de todo control racional.

El esquema de la página siguiente puede considerarse como una reelaboración de ideas que están presentes en todos o en alguno de los tres modelos indicados y pretende evitar también los inconvenientes antes señalados. Esto último, sin embargo, sólo lo logra de una manera parcial, en cuanto que el modelo sigue estando afectado por un considerable —y uno diría que también inevitable, al menos por el momento— grado de imprecisión. Por otro lado, viene a ser el resultado de la perspectiva de análisis a partir de los cinco modelos de racionalidad antes examinados.

En el citado esquema se parte de tres fases: prelegislativa, legislativa y postlegislativa, que están interrelacionadas. Por ejemplo, la discusión en los medios de comunicación sobre la despenalización del aborto o de las drogas no sólo puede conducir a que se emprendan iniciativas legislativas en un determinado sentido, sino que la aplicación de las leyes en cuestión —incluyendo el examen de su adecuación de acuerdo con los cinco modelos de racionalidad indicados— va a estar también determinada en parte por dicha discusión (en la medida, por ejemplo, en que tal discusión ha generado un cierto estado de opinión, ha hecho surgir ciertas expectativas, etc.). A su vez, las experiencias a que da lugar dicha aplicación hacen surgir nuevos problemas sociales, permiten ver aspectos del problema que antes pasaron inadvertidos, etc.

Conviene aclarar también que en todo proceso de legislación existe una fase legislativa (que será, según los supuestos, más o menos compleja); la fase postlegislativa



Fases

Inicio	Planteamiento de un problema social	Recepción o planteamiento de un problema por un órgano legislativo	Entrada en vigor de una ley
Operaciones intermedias	Analisis del problema Determinación de objetivos Propuesta de medios legales y no legales para alcanzar el objetivo Justificación ética del objetivo y de los medios	Analisis del problema Determinación de objetivos Propuesta de medios legales (contenido de la ley) Justificación ética de objetivos y medios Analisis lingüístico - sistematizado - pragmático Redacción del texto articulado Realización de las operaciones de acuerdo con su reglamentación jurídica (en la medida en que estén reglamentadas)	Examen de la adecuación de la ley en sus dimensiones: Lingüística Sistemática Pragmática Teleológica Ética
Fin	Propuesta de una solución legislativa	Promulgación de una ley	Propuestas de modificación de la ley
Conocimientos y técnicas utilizables para controlar la racionalidad	Método científico, conocimiento objetivo disponible, criterios y reglas de la argumentación práctica racional	Control de legalidad, directrices legislativas, checklist, técnicas de implementación, técnicas reiculares, analisis costes, beneficios, técnicas de redacción de documentos, dogmatica y teoria del Derecho.	Estudios sobre impacto de las normas jurídicas, técnicas de implementación, dogmatica jurídica, investigaciones KOL, checklisten
Niveles de racionalidad implicados preferentemente	R4 y R5	R1-R5	R2, R3 y R4

puede carecer de importancia; y la fase prelegislativa puede no existir, pues una ley (en el sentido amplio del término que incluye también decretos, órdenes, etc.) puede regular cuestiones técnicas no discutidas extralegislativamente, sino que surgen en el interior de un órgano jurídico (como un gabinete ministerial, etc.).

Cada una de las tres fases está delimitada por dos extremos que marcan el comienzo y el final del proceso que en el esquema se representa a través de una serie de operaciones intermedias. Dicho proceso es de tipo circular, pues el resultado a que lleva una operación posterior siempre es posible que repercuta en una anterior. En el caso de la fase legislativa se ha distinguido entre las operaciones que determinan lo que KARPEN llamaba el procedimiento interno (la metódica de la legislación) y el procedimiento externo (la táctica de la legislación). En cierto modo, la distinción no puede darse en la fase prelegislativa (pues en la medida en que tales operaciones estuvieran reglamentadas jurídicamente habría ya que hablar de fase legislativa), aunque aquí sí que se podría distinguir entre el procedimiento real y el procedimiento racional que lleva a la propuesta de una determinada solución legislativa. Por el contrario, las operaciones que componen la fase postlegislativa sí que podrían estar reglamentadas jurídicamente (y en cierto modo comienzan ya a estarlo, al menos parcialmente), pero aquí la distinción en cuestión no parece ser (o no es todavía) significativa.

Ahora bien, esta última distinción (de la que no se puede prescindir) plantea el problema de que la integración en un modelo de ambos procedimientos es difícil —por no decir imposible— de efectuar. La razón para ello es que un modelo de procedimiento externo —esto es, de *iter* legislativo— tiene un carácter descriptivo (y aquí a su

vez cabría distinguir entre un modelo que describiese los diversos momentos tal y como aparecen regulados jurídicamente, o bien como de hecho se producen en la práctica legislativa [LOSANO (1984) ha intentado precisamente una integración de ambos aspectos], mientras que los modelos de procedimiento interno tienen carácter prescriptivo, muestran cómo habría que hacer para tomar una decisión racional consistente en promulgar una ley. Ello, naturalmente, no quiere decir que no haya puntos de contacto entre ambos; pero sería demasiado suponer que el *iter* legislativo constituye sin más la realización de un modelo de decisión racional. Probablemente esta dificultad tenga que ver con algunos de los inconvenientes que planteaban los anteriores modelos.

Una última observación que quizás sea innecesario efectuar es que el modelo en cuestión, dado su carácter genérico e indeterminado, pretende tener simplemente un valor didáctico, aunque quizás pueda verse también como un punto de partida para la construcción de modelos más operativos.

5. PERSPECTIVAS DE LA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN

A partir de las consideraciones anteriores, voy a plantear ahora una serie de puntos que no pretenden constituir algo así como unas conclusiones de los análisis anteriores, sino más bien cuestiones o problemas que podrían ser el objeto de futuras investigaciones.

5.1. Una teoría de la legislación debe concebirse, obviamente, como una parte de una teoría del Derecho, y esta última en el contexto de una teoría de la sociedad. Quienes se ocupan de la técnica legislativa suelen lamentar

[cfr. GRETEL, 1986, p. 23] la inexistencia de una auténtica teoría de la legislación que pueda suministrar un marco adecuado para su tarea. Dicha carencia es, sin duda, cierta, pero quizás pueda todavía generalizarse para incluir los otros dos ámbitos señalados. Con ello quiero decir que necesitaríamos contar con una teoría «general» del Derecho que mirara no sólo hacia abajo (es decir, hacia teorías menos generales, como la teoría de la legislación o de la aplicación, las diferentes teorías dogmáticas, etc.), sino también hacia arriba (hacia la teoría de la sociedad) e incluso hacia los lados (hacia la teoría política y la teoría moral). Una manera de comprobar la adecuación de las tesis del nuevo pluralismo jurídico (por ejemplo, en el sentido en que lo ha defendido SANTOS [cfr. SANTOS, 1989]) podría consistir precisamente en ver si realmente facilita esa conexión entre los diversos niveles sugeridos y, en el caso de ser así, si esa ventaja sirve para compensar otros (supuestos) inconvenientes de la teoría como, por ejemplo, la difuminación del concepto de Derecho que lleva consigo [cfr. ATIENZA, 1982, a propósito, en este caso, de las tesis de ARNAUD].

5.2. La sociología del Derecho ocupa, sin lugar a dudas, un lugar importante en el desarrollo de los estudios sobre la legislación [cfr. R. TOMASIC, 1985, quien señala el carácter reciente de este tipo de estudios sociológico-jurídicos]; particularmente, como es obvio, por lo que se refiere a los niveles de racionalidad R3 y R4.

Ello no quiere decir, sin embargo, que su situación sea fácil. En efecto, si se contempla la sociología jurídica legislativa desde la vertiente de la técnica legislativa (vendría a constituir un aspecto de las técnicas de implementación), entonces el problema que surge es el del desnivel existente entre el desarrollo del conocimiento social (en este caso,

socio-jurídico) y la complejidad del mundo social; ello lleva a que las técnicas en cuestión, como lo han señalado diversos autores [por ejemplo, TEUBNER, 1985, 1986; BLANKENBURG, 1986], resulten escasamente potentes. Si, por el contrario, la sociología del Derecho se contempla desde la vertiente de la teoría de la legislación, la situación no es tampoco muy alentadora. Por un lado, nos encontramos con teorías de alcance muy general, como la de TEUBNER [cfr. TEUBNER, 1985 y 1986], cuyo punto débil más notorio quizás sea su propensión conservadora: si la legislación se ve como el resultado de la autorreproducción del Derecho, resulta difícil, a partir de ahí, captar —y menos promover— la función de transformación social del Derecho. Por otro lado, se puede hacer referencia a teorías de alcance mucho más restringido y que evitan desde luego el riesgo de arbitrariedad presente en cualquier intento de generalización, pero a cambio de explicar y predecir demasiado poco. Como ejemplo de esto último puede servir un interesante trabajo de LA SPINA [1987], el cual, para determinar las correlaciones existentes entre ciertas situaciones sociales y decisiones jurídicas concretas (éste es el nivel de análisis por él elegido), arranca de la tipología de J. O. WILSON de las medidas legislativas, según que los beneficios y los costes que éstas plantean tengan un carácter concentrado o difuso. Pero lo que se consigue explicar y predecir con ello es bastante poco o demasiado obvio; básicamente, que en una democracia representativa existe una tendencia a presentar y aprobar proyectos de ley que impliquen beneficios concentrados y costes difusos. Resumiendo, la situación para la sociología jurídica legislativa no es fácil, pero tampoco hay por qué pensar que se encuentra frente a un dilema o algo por el estilo; esto último no es así, sencillamente porque no hay ninguna razón para tener que elegir entre alguna de esas

alternativas, mientras que hay muchas razones para elegir las todas, esto es, para desarrollar la sociología jurídica legislativa en estas dos (o tres) direcciones. El problema entonces será de nuevo el de cómo coordinarlas entre sí y vincularlas con las otras dimensiones de la teoría y técnica de la legislación. Pero éste es uno de los objetivos que tendría que cubrir la diferenciación de los cinco modelos de racionalidad legislativa a que aludí al comienzo.

5.3. En los modelos de NOLL, WROBLEWSKI y LOSANO a que antes me referí, la racionalidad legislativa aparece exclusivamente como una racionalidad de tipo instrumental; dicho de otra manera, la racionalidad ética (R5) no figura en ellos o, quizás más exactamente, aparece como un dato más a considerar (esto es, en cuanto conjunto de opiniones sobre lo que está bien o mal, que forma parte de la realidad social), lo que en realidad equivale a eliminar la dimensión ética en cuanto tal. Me parece que, como antes sugerí, ello está en relación con las dificultades existentes para articular los aspectos descriptivos y prescriptivos que necesariamente tiene que incorporar un modelo dinámico de la legislación; objetivo de la teoría de la legislación no es sólo describir, sino también explicar y proponer procedimientos que supongan un incremento de racionalidad con respecto a la práctica legislativa existente. Y aquí podría discutirse —como forma de hacer operativa la incorporación de este otro nivel de racionalidad, el nivel R5— la cuestión de si, y en qué medida, el proceso de la legislación obedece —o ha de obedecer— a las reglas del discurso práctico racional. Como punto de partida para ello podría servir la teoría de ALEXI [1978] que contempla la argumentación jurídica (incluyendo la que tiene lugar en los órganos de interpretación y aplicación del Derecho y también la de la dogmá-

tica) como un caso especial del discurso práctico general. Algunos de los problemas que surgen aquí serían éstos: ¿Cabría decir también —de manera semejante a como lo hace ALEXY— que la argumentación que se lleva a cabo para promulgar una ley —por ejemplo, en el contexto de un Estado de Derecho— es un caso especial del discurso práctico racional? ¿Y, si así fuera, cuáles serían las reglas y formas de razonamiento a añadir a las del discurso práctico general y que vendrían a ser análogas a las que rigen en la argumentación jurídica (en los procesos de interpretación y aplicación del Derecho)? ¿Se aplica lo anterior sólo a las fases que denominé legislativa, o podría extenderse también hasta cierto punto a las fases prelegislativa y postlegislativa? Finalmente, puesto que una de las condiciones delimitadoras del discurso jurídico (que hace que éste sea precisamente un caso especial) es —como afirma ALEXY— el respeto a la ley, ¿no se podría decir que sin un mínimo de racionalidad legislativa no es posible hablar de racionalidad de la argumentación jurídica [cfr. U. NEUMANN, 1986, p. 90, quien dirige una crítica a la teoría de ALEXY que tiene que ver con esto; cfr. también ALEXY, 1989, pp. 274 y ss., y 314 y ss.]? ¿Pero cuál sería ese mínimo? ¿Es adecuado, después de todo, hablar de argumentación jurídica sin incluir en ella la argumentación que tiene lugar en el proceso legislativo? *.

* En el capítulo 6 de mi libro *Tras la justicia* (ATIENZA, 1993), he tratado de mostrar, a través del análisis de un «caso legislativo» concreto —el que suministra la Ley de Extranjería—, cómo pueden analizarse y evaluarse los argumentos que tienen lugar en el proceso de la legislación.

1. INTRODUCCIÓN. DERECHO Y RAZÓN

En un breve trabajo de 1984 que constituyó la ponencia inaugural del Congreso *La ragione nel diritto* celebrado en aquel año en Bolonia, Norberto BOBBIO [1985] ofreció —con la maestría y elegancia que, efectivamente, le caracterizan [cfr. PATTARO, 1985]— un marco teórico para tratar el vastísimo y complejísimo problema de las relaciones entre el Derecho y la razón. El tema de este capítulo —razón práctica y legislación— no es probablemente menos complejo, pero sí menos vasto; en cierto modo, podría decirse que la relación que guardan entre sí es la que va del género (razón; Derecho) a la especie (razón práctica; legislación). Por todo ello, y porque a nadie puede hacerle daño un haz de claridad proyectada sobre un terreno en que la tendencia a la oscuridad es práctica habitual —y probablemente ni siquiera siempre condena-

ble—, utilizaré como punto de partida para mi exposición el trabajo de BOBBIO antes mencionado. La tesis que ahí se sostiene se reduce, en lo fundamental, a los tres siguientes puntos.

El primero es que —en opinión de BOBBIO— plantearse el problema de las relaciones entre Derecho y razón adquiere un significado diferente según que lo que se vea como sustantivo sea el primero o el segundo de estos términos. Así, cuando se habla de una «ley de la razón» o de un «Derecho racional», «el término “razón” [que aquí aparece como complemento, no como sustantivo] se usa predominantemente en sentido fuerte, como la facultad que es propia del hombre (el hombre animal racional de la tradición clásica) de captar la esencia de las cosas, o —por usar una fórmula querida por los juristas, que la usan siempre sin explicar nunca exactamente lo que quieren decir— la “naturaleza de las cosas”, de establecer los nexos necesarios entre los entes de un conjunto y de recabar de ahí las leyes de conducta absolutamente vinculantes» (p. 18). Por el contrario, en la expresión «razón jurídica», «el mismo término [“razón”, que ahora aparece como sustantivo] viene usado predominantemente en el sentido débil de capacidad de razonar en todos los sentidos en que se habla de “razonamiento”, como inferencia, como cálculo, como argumentación, etc.» (p. 18). En el primer caso, el problema fundamental que hay que plantearse es el de si existe o no un Derecho racional; en el segundo, la cuestión a resolver no es ya la de si existe un razonamiento jurídico (algo que nadie parece haber puesto en duda), sino la de cuáles son sus características, esto es, en qué se diferencia de otros tipos de razonamiento, como el que tiene lugar en la moral, en la esfera práctica en general o en la ciencia.

El segundo punto es que estos dos significados de «razón» (al primero lo llama BOBBIO también «razón sustancial» y al segundo «razón formal») se les puede hacer corresponder, respectivamente, con el momento de la creación y de la aplicación del Derecho: «La razón fuerte es la que crea, descubre o revela —según los distintos puntos de vista en la tradición del Derecho racional— el Derecho, es decir, las reglas a las que el hombre racional debe atenerse, y no se limita a indicirlas, sino que las pone, propone o impone (en la tradición del racionalismo ético, la razón en general no es sólo teórica sino también práctica); la razón débil es aquella que, una vez establecidas las reglas —y no importa que éstas estén puestas por la razón o por una voluntad superior—, las aplica al caso concreto, y para aplicarlas al caso concreto se vale de los procedimientos descritos o regulados por la lógica, por la tópica, por todas las disciplinas que tienen por objeto las operaciones mentales que se pueden hacer entrar en el concepto de razonamiento» (p. 19).

Y finalmente, el tercer punto —de carácter histórico— es que el primero de estos problemas, el del Derecho racional, «ha sido hoy casi completamente abandonado, aun habiendo sido durante dos milenios el tema principal de la filosofía del Derecho y habiendo constituido el principal objeto de debate desde los griegos hasta KANT (...). Hoy la expresión “razón en el Derecho” evoca esencialmente —estaría por decir exclusivamente—, creo que por influencia de los autores del área lingüística anglosajona, el segundo significado, es decir, sugiere el tema del razonamiento jurídico» (p. 21). Este auténtico cambio de paradigma del pensamiento jurídico se habría producido a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX y se conecta con la aparición del positivismo y el historicismo jurídico.

BOBBIO considera que las diversas tradiciones del Derecho racional (o, para ser más exactos, del Derecho natural racional) sólo tienen en común, positivamente, el haber entendido la razón como «el órgano máximo del conocimiento del hombre, el órgano de un conocimiento que (...) permite al hombre alcanzar una verdad incontestable» (p. 23), mientras que esa función se ha interpretado de maneras distintas. Sin embargo, la idea del Derecho racional es más fácil de caracterizar negativamente: a lo que se contrapone es a la concepción del Derecho como el producto de la revelación; de la voluntad (bien sea del superior, de Dios, del príncipe o del pueblo); de la historia o de la experiencia; y de las pasiones.

En realidad, me parece que las tres observaciones efectuadas por BOBBIO [1] hay dos formas fundamentales de entender la razón en el Derecho, como razón fuerte y como razón débil; 2) la razón fuerte es la razón que legisla y la razón débil la que juzga o aplica el Derecho; 3) el pensamiento jurídico contemporáneo, desde comienzos del XIX, ha reducido la razón en el Derecho a su sentido débil que es el que se manifiesta en el momento de la aplicación] son susceptibles de más de una matización y, en cierto modo, eso es lo que me propongo efectuar en las sucesivas partes de este capítulo. Para ello, trataré de contestar a las tres preguntas siguientes que, en mi opinión, son también los tres principales problemas que deja abiertos el planteamiento de BOBBIO: 1) ¿Qué es lo que se puede entender por racionalidad en general y por racionalidad o razón práctica en particular? ¿Es adecuada la distinción entre razón fuerte o sustantiva, por un lado, y razón débil o formal, por el otro? 2) ¿Cómo se aplica lo anterior al campo de la legislación? ¿Es cierto que la idea de una razón legisladora obedece a un modelo periclitado

de pensamiento jurídico? 3) ¿Cómo se relaciona la racionalidad en la legislación con la racionalidad en la aplicación del Derecho? ¿Se trata de nociones distintas de racionalidad o de usos distintos de una noción común?

2. RACIONALIDAD Y RAZÓN PRÁCTICA

El concepto de racionalidad es, manifiestamente, uno de los conceptos centrales de la filosofía y posiblemente incluso *su* concepto central. Ello hace que su dilucidación presente dificultades formidables, pues aquí se dan cita prácticamente todos los grandes problemas filosóficos. Para darse cuenta de ello, basta con recordar que casi todas las grandes contraposiciones de la historia del pensamiento pueden contemplarse desde la perspectiva de la racionalidad. Así, por un lado, la razón —como hemos visto— se contrapone a la fe, a la voluntad, a la experiencia histórica o a las pasiones. Pero, por otro lado, dentro de lo racional, se contrapone la razón formal a la material, la teórica a la práctica, la subjetiva a la objetiva, la descriptiva a la normativa, la individual a la social, la analítica a la dialéctica, la instrumental a la valorativa, la científica a la técnica, etc. Por lo demás, estas contraposiciones no tienen tampoco —o, al menos, no siempre o no en todos los casos— un simple carácter conceptual o clasificatorio, sino que con frecuencia se han utilizado como criterio de demarcación: lo que cae fuera del campo de la razón, o de la razón entendida de una cierta manera, es aquello de lo que no merece la pena ocuparse, de lo que no se puede hablar con sentido, etc. Además, el predicado «racional» lo empleamos usualmente para referirlo a cosas muy distintas. Racionales pueden ser las proposiciones, los agentes (individuales o colectivos), las creencias, las opi-

niones, las decisiones, las acciones, y quizás también los fines, los valores, las normas, las instituciones... En resumidas cuentas, el concepto de racionalidad no es sólo un concepto extraordinariamente rico —y, por tanto, inevitablemente impreciso—, sino también enormemente controvertido; tan controvertido, que ni siquiera puede decirse que exista acuerdo a la hora de considerar que la racionalidad —lo que quiera que sea— es algo valioso; ni, por supuesto, a la hora de contraponer lo racional a lo emocional o a lo volitivo; o de caracterizar a la racionalidad como una capacidad privativa de los humanos; o incluso como una capacidad sin más, pues a veces se pone el énfasis en que se trata más bien de un método [MOSTERÍN, 1978] (cuyo ejercicio, ciertamente, presupone algún tipo de capacidad). No es por eso de extrañar que Hans LENK [1988], después de pasar revista —sin pretensiones de exhaustividad— a más de 20 significados diferentes de racionalidad, considere «dudoso que un concepto unitario amplio de racionalidad pueda cubrir todos los significados» (p. 115).

Ahora bien, con independencia de que esta última sea una tarea posible, lo que no me parece es que constituya el camino más prometedor para esclarecer la noción de racionalidad, por lo menos a los efectos que aquí interesan. Con ello no pretendo decir tampoco que sea suficiente con partir de alguna contraposición simple (simple, en el sentido de que deja fuera muchos otros significados del concepto), como la sugerida por BOBBIO al distinguir la razón débil, formal o instrumental, por un lado, de la razón fuerte, sustancial o final, por el otro. Lo que se necesita, en mi opinión, no es tanto como una teoría general y completa de la racionalidad (algo que, desde luego, excede con mucho de mis posibilidades), pero sí

una concepción *estructurada* de la racionalidad (en un sentido parecido a cuando hablamos de la teoría estructurada del delito) que, entre otras cosas, permita conectar entre sí (y no sólo separar) los dos sentidos o tipos de racionalidad a que se acaba de hacer referencia. Se trata, en definitiva, de articular diversos niveles de racionalidad, lo que significa no sólo distinguir entre sí diversos sentidos o tipos de racionalidad, sino también ordenarlos de alguna forma.

Dentro de esa estructura, el nivel probablemente más básico lo constituye la racionalidad lógico-formal. La racionalidad aquí se predica esencialmente de enunciados o proposiciones o, mejor dicho, del paso de unas proposiciones a otras, esto es, de la inferencia. Deducir o calcular son, indiscutiblemente, operaciones racionales, pero que no agotan, ni con mucho, el campo de la racionalidad. Para darse cuenta de ello, puede ser útil comprobar cómo opera este nivel de racionalidad en el contexto de la aplicación del Derecho. Casi todos estamos de acuerdo en que un fallo judicial no está justificado —por irracional— si no tiene una forma deductiva o, como hoy se suele decir, si carece de justificación interna [cfr. ATIENZA, 1991]. Sin embargo, la utilización de la lógica deductiva como mecanismo de control racional deja abiertos aquí, por lo menos, los siguientes problemas: 1) no dice nada sobre cómo establecer las premisas, esto es, parte de ellas como de algo ya dado; 2) no dice en rigor tampoco nada sobre *cómo* pasar de las premisas a la conclusión, sino que únicamente da criterios sobre *si* un determinado paso está o no autorizado; digamos, no tiene valor heurístico, sino de prueba, no opera en el contexto de descubrimiento, sino en el de justificación; 3) es dudoso —o, al menos, muchas veces se ha dudado— de que quepa una inferencia

normativa, esto es, una inferencia en que al menos una de las premisas y la conclusión sean normas, como ocurre con el silogismo judicial (o, en general, con el silogismo práctico-normativo); 4) sólo suministra criterios formales de corrección: un juez que utilice como premisas, por un lado, una norma manifiestamente inválida y, por otro, un relato de los hechos que contradice frontalmente la realidad, no estaría atentando contra la lógica; 5) no permite considerar como argumentos válidos supuestos en que el paso de las premisas a la conclusión no tiene carácter necesario, aunque sea altamente plausible; 6) no permite dar cuenta tampoco de una de las formas más típicas de argumentar en el Derecho (y fuera del Derecho): la analogía; 7) no determina, en el mejor de los casos, la decisión en cuanto tal (por ejemplo, «condeno a X a la pena Y»), sino el enunciado normativo que es la conclusión del silogismo judicial («debo condenar a X a la pena Y»): un enunciado como «debo condenar a X a la pena Y, pero no le condeno» no representaría una contradicción de tipo lógico (sino de tipo pragmático).

Naturalmente, el que esta noción de racionalidad sea limitada no constituye de por sí ningún defecto. El problema está en que con alguna frecuencia se ha pretendido hacer de ella el centro —y no sólo la base— de la racionalidad. De acuerdo con lo que BROWN [1990] llama el modelo clásico de racionalidad prevaleciente en el pensamiento occidental, solucionar racionalmente un problema significaría llegar a un resultado que pueda ser *universal* (cualquiera, a partir de los datos del problema, debe llegar a la misma solución), y ello de una manera *necesaria* y como consecuencia de seguir determinadas *reglas* que son además *algoritmos*, esto es, cuando se aplican a un problema garantizan una solución en un número finito de

pasos. Se trataría, pues, de una generalización —de una generalización indebida— a partir de las operaciones de deducir o calcular. Una concepción semejante de la racionalidad obligaría a calificar como no racional (aunque no forzosamente como irracional) a muchas de las actividades que usualmente consideramos racionales e incluso como el paradigma de la racionalidad; entre otras cosas, aspectos fundamentales de la actividad científica, incluida la propia lógica formal o la matemática. La capacidad para resolver problemas deductivos o de cálculo va mucho más allá de lo que sugiere ese modelo de racionalidad. Ser racional significa, sobre todo, ser capaz de enfrentarse con problemas inéditos, esto es, con problemas que no pueden solucionarse simplemente aplicando normas preestablecidas.

En mi opinión, las anteriores consideraciones permiten llegar a dos conclusiones. La primera es que necesitamos ampliar —si se quiere, debilitar— el concepto de inferencia de la lógica deductiva clásica: argumentar —argumentar racionalmente, esto es, pasar fundadamente de unas proposiciones a otras— no es lo mismo que —o no es sólo— deducir. La segunda conclusión es que la lógica —o la teoría de la argumentación— se mueve en todo caso en el terreno del discurso, pero la racionalidad es una capacidad —o un método— que ha de permitirnos resolver o hacer frente a problemas que van más allá del discurso. Si necesitamos la racionalidad básicamente es para poder enfrentarnos con problemas relativos a la comprensión del mundo (problemas de conocimiento) y a cómo actuar en él (problemas prácticos). Ahora bien, en todo problema cognoscitivo o práctico hay implicada una dimensión lógica —una dimensión argumentativa—, por lo que puede decirse que la racionalidad lógica es el nivel más básico de

racionalidad y que tiene un carácter instrumental en relación con la racionalidad teórica y con la racionalidad práctica.

Lo anterior implica también aceptar —como se hace usualmente— que la racionalidad la predicamos esencialmente, por un lado, de las creencias y opiniones y, por otro, de las decisiones y acciones. El conocimiento científico constituye el tipo más perfecto de racionalidad teórica, pero las creencias y opiniones pueden ser racionales aunque no sean científicas. Por supuesto, eso no significa tampoco que cualquier creencia sea racional. La racionalidad teórica —la racionalidad en general— implica necesariamente un elemento de objetividad, en el sentido de que no basta con que un sujeto crea en algo para que esa creencia sea racional; además de ello, es necesario que pueda aportar *razones* en favor de esa creencia, y razones de una cierta calidad: que no estén en contradicción con otras creencias del sujeto, que resulten compatibles —coherentes— con el conocimiento acumulado en el campo de que se trate y con la información disponible sobre el problema, etc. De todas formas, las creencias y opiniones racionales —incluyendo las teorías científicas— no necesitan ser verdaderas —aunque sí pretender serlo—; y, por otro lado, una creencia puede ser verdadera aunque un agente la sostenga de manera irracional. Ello no es prueba, por cierto, de que no quepa hablar de una racionalidad sustancial o material, aunque sí de que se trata de una noción un tanto equívoca.

La racionalidad teórica, como se ha dicho, presupone la racionalidad lógica y, al mismo tiempo, es el presupuesto para la racionalidad práctica. Ello significa que actuar racionalmente supone hacerlo sobre la base de creencias racionales [cfr. MOSTERÍN, 1978; QUINTANILLA, 1981; BUNGE, 1988], lo que, por cierto, no es en absoluto una

tesis trivial. Si se acepta este requisito, entonces la teoría de la decisión «racional», que es el modelo prevaleciente de racionalidad práctica en nuestros días, no sería, cuando menos, una teoría plenamente racional, ya que parte de las creencias (y deseos) subjetivas del agente que, en lo esencial, no somete a ningún tipo de crítica [BUNGE, 1988, p. 24; HÖFFE, 1988, p. 156]. La racionalidad práctica, por otro lado, puede entenderse en un sentido simplemente técnico-instrumental (lo que configura una noción de racionalidad no discutible en cuanto tal, aunque interpretable de diversas formas) o bien como razón ética o de fines (que constituye una noción más fuerte —y más polémica— de racionalidad).

En el primer sentido, actuar racionalmente significa adoptar los medios más adecuados para alcanzar los fines propuestos. Esta estructura de tipo teleológico se da tanto en la racionalidad puramente instrumental como en la racionalidad estratégica, esto es, la racionalidad en contextos de interacción, que presupone la anterior. De forma parecida a lo que ocurría con la racionalidad teórica o cognoscitiva, también aquí se puede decir que una acción puede ser racional aunque no tenga éxito en alcanzar el fin perseguido, y que se puede alcanzar un fin perseguido, pero de manera plenamente irracional. Esta noción de racionalidad se puede aplicar por supuesto también en relación con las normas y, en particular, con las normas jurídicas: tanto a propósito de su establecimiento como de su seguimiento o aplicación. Así, tiene pleno sentido decir que un agente actuó racionalmente al establecer una norma si esta última puede verse, en efecto, como un medio adecuado para alcanzar el fin que se proponía; que alguien se comporta racionalmente al seguir una norma, porque tiene buenas razones para pensar que de otra

forma sufriría una sanción (y desea evitar la sanción); o que al aplicar una norma un juez actúa racionalmente si lo que persigue es, por ejemplo, que sus decisiones no sean revocadas por los órganos jurisdiccionales de rango superior y adecua su comportamiento al logro de ese objetivo.

Ahora bien, esta noción —o nivel— de racionalidad tiene un carácter manifiestamente limitado, puesto que renuncia a plantearse la cuestión de la racionalidad de los fines. O mejor dicho, para quien opera en el contexto de la racionalidad técnico-instrumental, sólo podría hablarse de racionalidad de los fines si se trata de fines que son a su vez medios para otros fines o en relación con la cuestión de si los fines últimos integran un conjunto consistente; pero los fines últimos en cuanto tales no serían ya asunto de la razón. Esta caracterización de la razón es la que aparece provocativamente sintetizada en estas dos famosas frases de HUME, que por algo pasa por ser su principal mentor: «la razón es, y sólo debe ser, la esclava de las pasiones»; «no es contrario a la razón preferir la destrucción de todo el mundo a un rasguño de mi dedo» [cfr. un comentario de ambas en AUDI, 1989].

De razón práctica en un sentido fuerte o estricto sólo puede hablarse si se niega este último supuesto, esto es, si se acepta que los fines últimos también pueden ser objeto de deliberación y de discusión racional, y no simplemente figurar como premisas en razonamientos prácticos. Con ello quiero decir que aceptar que en el Derecho —en la justificación de las decisiones jurídicas— existen tanto razones finalistas como razones de corrección (esto es, razones que no remiten ya a fines ulteriores y que, por lo tanto, operan como razones últimas) no es lo mismo que sostener una concepción de la racionalidad práctica en el sentido estricto al que me estoy refiriendo. Al fin y

al cabo, reconciliar a HUME con KANT —como ha pretendido en cierto modo hacer MACCORMICK [1978] en su teoría de la argumentación jurídica— bien pudiera ser un ejemplo de objetivo imposible, esto es, contradictorio. Tampoco se trata —desde el lado de la ética— de esta noción de racionalidad si —como GAUTHIER [1986]— se entiende la moralidad como una extensión de la racionalidad prudencial o instrumental en contextos de interacción estratégica; el criterio supremo de la racionalidad práctica no puede serlo el principio de maximización, aunque se trate de una maximización restringida. Por lo demás, sostener el carácter práctico (práctico-moral y no sólo práctico-técnico) de la razón no implica, por supuesto, ignorar que la racionalidad tiene también sus límites. Puede fundamentar objetivamente normas y valores últimos, pero no puede hacerlo de manera absoluta e incontestable, tal y como lo pretendieron los autores iusnaturalistas recordados por BOBBIO.

En mi opinión, la concepción más plausible de la racionalidad práctica es la concepción discursiva, en la línea desarrollada por HABERMAS y ALEXI y que yo suscribo en lo esencial. Por lo que se refiere en particular a las tesis de ALEXI, su reconstrucción de las reglas y formas que rigen el discurso práctico racional general me parece convincente, aunque tengo bastantes dudas sobre el acierto de caracterizar el discurso jurídico (un concepto, por otro lado que, me parece, no está siempre bien delimitado en su obra) como un caso especial del discurso práctico racional. La afirmación de HABERMAS [1987] —quien, según propio testimonio, habría sido convencido de ello por ALEXI— de que «la argumentación jurídica, en todas sus acuñaciones institucionales, ha de entenderse como un caso especial del discurso práctico» [tomo 1, p. 60] (se

sobrentiende que del discurso práctico *racional*, en el sentido en que se emplea esta última expresión en el contexto de esa teoría, y que presupone una situación de igualdad entre los participantes en el mismo y de ausencia total de coacción —externa o interna al discurso—, me parece no solamente falsa, sino también peligrosa; y el peligro deriva, en mi opinión, de que la teoría del discurso se use no como una instancia crítica para juzgar el Derecho positivo, sino como un modelo para la reconstrucción y justificación de un cierto tipo de Derecho. Ahora bien, una cosa es que la existencia del Derecho en cuanto tal pueda presentarse como una exigencia de la razón práctica —algo con lo que estoy de acuerdo—, y otra muy distinta suponer que vivimos (en los Estados democráticos constitucionales) «en el mejor de todos los mundos jurídicos imaginables» [TUGENDHAT, 1980, p. 4], y no tan sólo en el mejor de los mundos jurídicos existentes de hecho. Por lo demás, considero que la racionalidad práctica —y probablemente la racionalidad en general— ha de caracterizarse en términos procedimentales, más bien que sustanciales; como un proceso dialógico y no monológico; llevado a cabo por los hombres en las condiciones de su existencia real y no por un espectador imparcial o por los representantes de una hipotética situación originaria; y que en el procedimiento la objetividad se define por la capacidad para alcanzar un consenso en condiciones de libertad e igualdad que están ya presupuestas en el propio uso ordinario del lenguaje. Así entendida, la racionalidad práctica tiene un carácter limitado, pues no pretende efectuar juicios absolutos sobre los fines últimos, sino sólo juicios que tienen una pretensión de validez objetiva; presupone los anteriores niveles de racionalidad, por lo que sus juicios son efectivamente últimos, pero no irrevocables; y en ella predomina la dimensión crítica —negativa— sobre

la constructiva: la razón práctica se manifiesta, sobre todo, en la capacidad de decir no a la persecución de ciertos fines y a la utilización de determinados medios [MUGUERZA, 1978 y 1990].

3. RACIONALIDAD Y LEGISLACIÓN

Pasemos ahora a considerar el segundo de los problemas antes señalados. La racionalidad de la legislación puede entenderse al menos de tres maneras distintas. Por un lado, la racionalidad puede referirse a la legislación en cuanto tal, lo que implica plantearse cuál es el lugar que ocupa —qué función cumple— en el contexto de todo el sistema jurídico y en relación con los otros elementos del sistema —en particular, en relación con la jurisdicción—; o bien cuál es su función en el contexto de la evolución de los sistemas jurídicos. En el conocido modelo weberiano (no histórico, sino ideal-típico) de desarrollo del Derecho y de la cultura jurídica, la legislación —en particular, las codificaciones— se vincula obviamente con el tipo de Derecho racional-formal que representa la fase más elevada en el proceso de progresiva racionalización de la sociedad occidental. Por otro lado, la racionalidad legislativa puede entenderse referida al proceso de la producción de las leyes; la cuestión a plantearse, entonces, es bajo qué condiciones —o hasta qué punto— puede considerarse racional la actividad de legislar (entendiendo por tal, en sentido amplio, la producción deliberada de normas de carácter preferentemente general y abstracto). Finalmente, cabe hablar también de racionalidad en relación con el resultado de ese proceso, esto es, de racionalidad de las leyes. En lo que sigue, me ocuparé esencialmente de la racionalidad de la legislación, entendida en el segundo de

los sentidos indicados; digo «esencialmente», porque la racionalidad de la actividad de legislar presupone la racionalidad de la institución en cuanto tal y determina —por lo menos hasta cierto punto— la racionalidad de sus productos, de las leyes. Hay ocasiones en que puede tener sentido decir que una ley es racional aunque no lo haya sido el proceso de su producción (por ejemplo, la ley resuelve algún problema social, aunque se dictara ignorando datos esenciales —y conocidos— de la situación), pero ello es más bien excepcional. La situación inversa es, por desgracia, más plausible: a pesar de haberse legislado racionalmente, es posible que la ley deje las cosas incluso peor de lo que estaban. Entendida de esta manera, la racionalidad legislativa no es sino un aspecto —particularmente complejo— de la racionalidad práctica en general.

El proceso de la producción de las leyes puede verse —como lo hemos hecho anteriormente— como una serie de interacciones que tienen lugar entre elementos distintos (los edictores, los destinatarios, el sistema jurídico, los fines y los valores) y que dan lugar a diversos niveles de racionalidad.

Los niveles están, a su vez, ordenados de la siguiente manera: en cada nivel, los valores funcionan como fines últimos y suministran, por tanto, los criterios para resolver posibles conflictos entre fines del mismo nivel; por otro lado, cada nivel de racionalidad es jerárquicamente superior al anterior, en el sentido de que los conflictos entre niveles de racionalidad deben resolverse dando la prioridad a los niveles superiores; finalmente, los cuatro primeros niveles responden a una misma noción de racionalidad (en cuanto racionalidad instrumental-estratégica), mientras que el quinto, la racionalidad ética, es de un tipo distinto: aquí —como se ha dicho— no se trata tanto de ver qué

medios son adecuados para ciertos fines, sino más bien qué fines (y qué medios) están (o no están) éticamente justificados. Aparecen, pues, los cinco niveles de racionalidad anteriormente desarrollados por extenso.

A este modelo de racionalidad legislativa, por cierto, se le podría objetar que no incorpora —o no incorpora suficientemente— la noción de racionalidad como eficiencia; esto es, para ser racional, una ley no debiera ser sólo *eficaz* (R3) y *efectiva* (R4), sino también *eficiente*: los fines sociales perseguidos deben alcanzarse con un coste razonable. Vistas así las cosas —así es como suele definirse la eficiencia legislativa—, podría decirse que la eficiencia vendría a ser un aspecto interno al nivel de la racionalidad R4. Me parece, sin embargo —y sigo aquí, de alguna forma, una sugerencia de Nicholas RESCHER [RESCHER, 1993, p. 117]—, que la eficiencia debería considerarse, más bien que como un nivel de la racionalidad, como una dimensión «transversal» de la misma, como un componente de la idea de racionalidad que atraviesa todos los otros niveles. Eso quiere decir, por ejemplo, que, en el nivel R1, sólo tiene sentido perseguir la claridad y la precisión hasta cierto punto; esto es, llega —o puede llegar— un momento en que el «beneficio» que supone un incremento de precisión lingüística no compensa el «coste» en cuanto a la extensión de la ley, al tiempo empleado en su redacción, etcétera. Y algo parecido ocurriría también en el nivel de la racionalidad ética (R5): el incremento de la libertad tiene —o puede tener— un límite no sólo en la libertad de los demás, sino en otros valores éticos como el de igualdad. Además, hay que tratar de buscar un equilibrio óptimo entre el valor de la comunicación, la seguridad, la eficacia, etc.; se ha dicho que los posibles conflictos entre niveles distintos deben resolverse —es racional hacerlo—

dando prioridad a los niveles superiores, pero no sería racional que uno de esos niveles —o el valor que lo rige— pretendiera anular por completo a los otros. Así, por ejemplo, es un error —un atentado contra la racionalidad— elaborar una ley persiguiendo exageradamente el logro de ciertos objetivos sociales o económicos: sencillamente, porque si se descuidan los aspectos formales de las leyes —como hemos visto en el anterior capítulo— lo que ocurrirá es que la ley no llegará a aplicarse, o no se hará en forma regular, con lo que terminará por no ser efectiva. Y otro tanto cabría decir de una ley preocupada únicamente por «hacer justicia»: no hay justicia posible si no se logra un texto con un aceptable grado de claridad, sistematicidad, etc.

Lo anterior puede considerarse que configura, según hemos visto también en el capítulo anterior, un análisis de la racionalidad legislativa de tipo interno: desde cada uno de los niveles de racionalidad, los elementos de la actividad legislativa se ven de una cierta forma, con lo que se delimita un criterio de racionalidad y se sugiere una serie de técnicas a utilizar para incrementar la racionalidad. Además, puede llevarse a cabo un análisis de tipo externo en el que, a su vez, cabe distinguir dos fases. La primera tiene lugar desde una perspectiva más bien estática, en cuanto que se trata de mostrar cómo se relacionan entre sí (pero, podríamos decir, abstractamente, prescindiendo del proceso *real* de la legislación) los diversos niveles de racionalidad R1-R5. La noción de racionalidad legislativa —como se ha visto— es considerablemente compleja, en cuanto que la misma envuelve técnicas y saberes de procedencia muy heterogénea y no fácilmente articulables entre sí. Por otro lado, los diversos niveles de racionalidad plantean a veces exigencias contradictorias o, por lo menos, no fácilmente armonizables.

La segunda fase del análisis externo tiene un carácter dinámico, en cuanto que se trata de mostrar cómo pueden combinarse estas nociones de racionalidad para dar cuenta del proceso *real* de la legislación [cfr., anteriormente, cap. IV].

4. RACIONALIDAD EN LA PRODUCCIÓN Y EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

Pues bien, con independencia de que las anteriores consideraciones resulten más o menos acertadas, lo que parece indiscutible es que, en la actual cultura jurídica, la problemática de la racionalidad de la legislación no sólo es una cuestión abordable, sino que podría decirse que constituye incluso uno de sus rasgos más típicos. El interés por los estudios sobre la legislación es sumamente reciente por lo que se refiere a los países de Derecho continental —como hemos visto, se remonta sólo a un par de décadas: comienzos de los 70—, pero no puede decirse lo mismo en relación con la cultura del *common law* que conoce la figura del *draftsman* desde hace más de un siglo. En todo caso, el actual auge de este tipo de estudios (para los que aún no hay acuñada una expresión que goce de aceptación generalizada) se conecta sin duda con la crisis de la legislación que, a su vez, es un aspecto de la crisis del Estado del bienestar y, más en general, de la crisis social y civilizatoria de este final de milenio. Ahora bien, aun aceptando que se puede hablar de una razón legisladora (débil o fuerte —podríamos decir— según que se parta de una concepción exclusivamente técnico-instrumental —como es lo más frecuente— o bien de una concepción más amplia —ética o de fines— de la razón práctica), ¿estamos en realidad utilizando la expresión

«racionalidad» en el mismo sentido en que lo hacemos cuando nos referimos a la racionalidad de los actos de aplicación del Derecho?

La respuesta a esta cuestión, en mi opinión, tiene que ser positiva, aunque ello no debe llevar tampoco a desdibujar la distinción entre la legislación y la jurisdicción, el momento de la producción y el de la aplicación del Derecho.

La prueba de que se trata, en efecto, de una noción común de racionalidad es que tendría pleno sentido trasladar el análisis anterior al contexto de la aplicación del Derecho. Así, por ejemplo, una sentencia judicial también es, por regla general, un texto del que cabe exigir precisión y claridad (las técnicas de *legal writing* son, en principio, de aplicación, tanto a la redacción de leyes, como a la de contratos, sentencias, etc.). Un problema frecuente que se le plantea al juez que tiene que aplicar una norma es la preservación del carácter sistemático del ordenamiento: pero no parece que exista un gran trecho entre las técnicas a utilizar para llenar las lagunas o resolver las contradicciones, una vez que éstas se presentan, y las que habría que emplear para evitar que surjan [cfr. GUASTINI, 1985]. Las sentencias judiciales o las resoluciones administrativas no pueden confundirse con los actos de ejecución de las mismas, por lo que la eficacia también es aquí un objetivo a perseguir (y a veces extraordinariamente difícil de lograr; por ejemplo, cuando es la propia Administración la encargada de ejecutar las sentencias contencioso-administrativas). La eficacia social y la eficiencia no puede, obviamente, ser un objetivo ajeno a la aplicación del Derecho, y —como se sabe— una influyente dirección del pensamiento jurídico contemporáneo entiende que la maximización de la riqueza es la clave para comprender y evaluar la actuación de los

jueces (al menos, de los del *common law* [POSNER, 1990]). Y, finalmente, en la aplicación del Derecho surgen con alguna frecuencia problemas de ética que sería falaz pretender resolver apelando exclusivamente a criterios como la aplicación correcta del Derecho vigente, la obediencia al legislador o la eficiencia económica; el juez necesita también disponer —y dispone— de alguna concepción de la ética, aunque se trate de la más cruda de las éticas del legalismo o de la más ingenua de las éticas del activismo.

En fin, la idea de que estamos ante una misma noción de racionalidad y estructurada en la misma forma se advierte con claridad a propósito de la interpretación del Derecho que, si se quiere, viene a ser el eslabón que une la producción y la aplicación de las normas. Tradicionalmente se han distinguido diversas técnicas a utilizar para aclarar el sentido de los enunciados jurídicos cuando pueden surgir dudas al respecto. Como se sabe, el artículo 4.1 del Código Civil señala que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», y el apartado 2 añade que «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita». Ahora bien, si se contempla este artículo a través del prisma de las diversas nociones de racionalidad que venimos considerando, no es difícil llegar a la conclusión de que, en el fondo, se trata de cinco tipos (o momentos) de la interpretación ligados respectivamente con cada uno de nuestros cinco niveles de racionalidad:

tendríamos así la interpretación textual o lingüística, la sistemática, la pragmática, la teleológica y la ética o valorativa. E igualmente se advierte que esas formas o técnicas de interpretación están conectadas entre sí de manera que cada una de ellas presupone, por un lado, la anterior, y se subordina a la anterior, de acuerdo con la noción estructurada de la racionalidad de que hemos hablado.

Me parece incluso que, desde el anterior modelo de racionalidad, pueden reinterpretarse con cierta facilidad las formas habituales de plantear la contraposición entre legislación y jurisdicción. Para empezar, si la existencia de una legislatura significa un «progreso» en el desarrollo del Derecho, es porque en sociedades con un cierto nivel de complejidad, lo que se ha llamado racionalidad teleológica (R4) no podría lograrse con mecanismos puramente jurisdiccionales; ése —creo— es el sentido de la mordaz frase de BENTHAM dirigida a los jueces ingleses, a quienes acusaba de elaborar el *common law* «como un hombre elabora reglas para su perro». Y ello está plenamente en consonancia con la opinión del mismo autor de que el principio de utilidad es el que debe presidir la legislación, mientras que el principio que debe guiar la labor de los jueces es la certeza jurídica; esto es, la legislación se orienta de acuerdo con una concepción teleológica y ética de la racionalidad, mientras que la jurisdicción se basa en la racionalidad jurídico-formal. La misma idea, en cierto modo, la podemos encontrar en Max WEBER cuando consideraba que la racionalidad formal (R2) es propia de los juristas y de los operadores jurídicos, mientras que el legislador o quien crea el Derecho se orienta generalmente hacia una racionalidad respecto a los fines (R4) [cfr. FEBBRAJO, 1981]. O en LUHMANN [1972], cuando señala que con la positivización del Derecho [cfr., anteriormente,

cap. IV, apdo. 3] tiene lugar una diferenciación funcional entre los procedimientos para reaccionar normativamente frente a las expectativas no realizadas (jurisdicción) y los procedimientos para aprender (momento cognoscitivo) de las expectativas no realizadas (legislación); la una sería, pues, una racionalidad normativa u orientada hacia el *input* (R2), mientras que la otra constituiría una racionalidad de las consecuencias u orientada hacia el *output* (R4). Esta diferencia de orientación —que lleva consigo también diferencias de tipo organizativo, institucional, etc.— es, sin duda, cierta, pero debe relativizarse en diversos sentidos. En primer lugar porque —como se ha visto— la distinción radica en una cuestión de énfasis: ni la racionalidad legislativa se interesa sólo por la racionalidad teleológica, ni la racionalidad en la aplicación del Derecho obedece exclusivamente al modelo normativo o jurídico-formal. En segundo lugar, la racionalidad ética opera en ambos casos como el último nivel de racionalidad; los niveles de racionalidad instrumental pueden estar organizados de manera diferente en el momento de la legislación y en el de la aplicación, pero, en cualquier caso, la racionalidad instrumental está subordinada a la ética. Finalmente, la racionalidad legislativa —o, al menos, cierto grado de racionalidad legislativa— es un presupuesto necesario para poder hablar de racionalidad en la aplicación del Derecho. Precisamente, una de las críticas que se puede dirigir a la tesis de ALEXY antes recordada de que el discurso jurídico —el elaborado por el intérprete, el aplicador del Derecho o el dogmático— es un caso especial del discurso práctico general es que sólo funciona si se presupone la justicia —la racionalidad— del Derecho establecido.

En definitiva, me parece que la noción de racionalidad debería constituir el eje en torno al cual articular la diver-

sidad de los saberes y prácticas jurídicas. Tendríamos así, por un lado, una serie de técnicas jurídicas encaminadas a incrementar la racionalidad del Derecho y en donde cabría diferenciar —aunque únicamente como momentos de un mismo proceso de racionalización— la técnica o técnicas legislativas y la técnica de la interpretación y aplicación del Derecho (la dogmática jurídica en su sentido tradicional). Por otro lado, a partir de aquí habría que desarrollar una teoría del Derecho que elabore los marcos conceptuales en que se inscriben esas técnicas, que ofrezca una explicación totalizadora del fenómeno jurídico —que incluya, pues, tanto el momento de la aplicación como el de la producción de las normas—, y que permita conectar la cultura y la práctica jurídica en general con el conjunto de los saberes y de las prácticas sociales. Pero ello exige partir de una concepción unitaria, estructurada y amplia de la racionalidad, que no limite el comportamiento racional a la actividad de seguir normas preestablecidas, ni renuncie a plantearse la cuestión de la justificación —la racionalidad— de los fines. Necesitamos, en definitiva, lo que BOBBIO llamaba la razón en sentido fuerte, tanto en el momento de la legislación como en el de la aplicación del Derecho, y en ninguna de las dos instancias podemos tampoco prescindir de la razón en sentido débil.

BIBLIOGRAFIA

- ALBERT, H. (1988), «Critical Rationalism: The problem of method in social sciences and law», en *Ratio Juris*, 1, 1, pp. 1-19.
- ALLEN, L. E. (1979), «Una guida per redattori giuridici di testi normalizzati», en *Informatica e Diritto*, V, 1, pp. 61-114.
- (1982), «Towards a normalized language to clarify the structure of legal discourse», en A. A. MARTINO (ed.), *Deontic logic, computational linguistics and legal information systems*, North-Holland, Amsterdam, pp. 349-407.
- ALEXY, R. (1978), *Theorie der juristischen Argumentation*, Surkamp, Frankfurt a. M. (trad. cast. de M. ATIENZA e I. ESPEJO, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989).
- ARNAUD, A. J. (1981), *Critique de la raison juridique*, LGLJ, París.
- ATIENZA, M. (1985), *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona.
- (1991), *Las razones del Derecho*.
- (1986), «Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo», en *Doxa*, 3, pp. 297-311.
- (1989), «Sociología jurídica y ciencia de la legislación», en

- BERGALLI, R. (coord.), *El Derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica*, PPU, Barcelona.
- ATIENZA, M. (1993), *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993.
- AUBERT, V. (1987), «Sul mutamento giuridico. Delle pene alle ricompense?», in *Sociologia del diritto*, 2, pp. 7-29.
- AUDI, R. (1989), *Practical reasoning*, London.
- BETTINI, R. (1983), *Il circolo vizioso legislativo. Efficacia ed efficienza degli apparati pubblici in Italia*, Milano.
- (1984), «Effettività ed efficacia del diritto nella prospettiva della legittimazione», in *Sociologia del diritto*, 1, pp. 211-227.
- BLANKENBURG, E. (1986), «Rechtssoziologie und Rechtswirkungsforschung: Warum es so schwierig ist, die Wirksamkeit von Gesetzen zu erforschen», in SCHRECKENBERGER (ed.), *Gesetzgebungslehre. Grundlagen-Zugänge-Anwendung*, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, pp. 109-120.
- (1988), «La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de la mise en oeuvre (Le concept "d'implémentation")», in *Droit et Société*.
- BOBBIO, N. (1977), *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano.
- BULYGIN, E. (1967), «Sentenza giudiziaria e creazione di diritto», in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 44, pp. 164-180.
- BUNGE, M. (1985), *Seudociencia e ideología*, Alianza Universidad, Madrid.
- (1988), *Racionalidad y realismo*, Alianza Editorial, Madrid.
- BROWN, H. I. (1990), *Rationality*, London y New York.
- FEBBRAJO, A. (1975), «Alcune ipotesi sulle condizioni di efficacia del diritto», in *Sociologia del diritto*, 1, pp. 172-180.
- (1978), «Sociologia del diritto e prassi giuridica», in *Sociologia del diritto*, 2, pp. 295-316.
- (1981), «Capitalismo, stato moderno e diritto razionale-formale», in R. TREVES (ed.), *Max Weber e il diritto*, Milano.
- (1986), «Regolazione giuridica e autoregolazione sociale», in *Sociologia del diritto*, 2-3, pp. 145-159.
- GAUTHIER, D. (1986), *Moral by Agreement*, Oxford.

- GINER, S. (1987), «Sociology and moral philosophy», en *Revue internationale de sociologie-International review of Sociology*, pp. 47-86.
- GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa) (1986), *La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa*, Bosch, Barcelona.
- GUASTINI, R. (1985), «Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico», en *Informatica e diritto*, 1, pp. 7-31.
- HABERMAS, J. (1987), *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid.
- HEYEN, E. V. (1986), «Historische und philosophische Grundfragen der Gesetzgebungslehre», en SCHRECKENBERGER (ed.), *Gesetzgebungslehre, Grundlagen-Zugänge-Anwendung*, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, pp. 11-20.
- HÖFFE, O. (1988), *Estudios sobre teoría del Derecho y la justicia*, Ed. Alfa, Barcelona.
- KARPEN, U. (1986), «Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland», en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1, pp. 5-32.
- LA SPINA, A. (1987), «I costi della decisione. Per una sociologia dell'attività legislativa», en *Sociologia del diritto*, 3, pp. 49-77.
- LENK, H. (1988), *Entre la epistemología y la ciencia social*, Ed. Alfa, Barcelona.
- LOSANO, M. (1984), «Analisi empirica delle procedure giuridiche», en U. SCARPELLI y V. TOMEIO (eds.), *Società, norme e valori. Studi in onore di Renato Treves*, Giuffrè, Milano, pp. 357-381.
- LUHMANN, N. (1972), *Rechtssoziologie*, Rowohlt, Reinbeck bei Hamburg.
- (1974), *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, W. Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz (trad. cast. de I. DE OTTO, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983).
- MACCORMICK, N. (1978), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press.
- MADER, L. (1985), *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Payot, Lausanne.

- MOSTERÍN, J. (1978), *Racionalidad y acción humana*, Alianza Editorial, Madrid.
- MUGUERZA, J. (1977), *La razón sin esperanza*, Taurus, Madrid.
- (1990), *Desde la perplejidad. Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo*, Fondo de Cultura Económica, México/Madrid/Buenos Aires.
- NOLL, P. (1973), *Gesetzgebungslehre*, Rowohlt, Hamburg, 1973.
- NEUMANN, U. (1986), *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.
- OST, F. (1985), Discusión en A. FRÄANDBERG, «The Utility of legal Theory for Law-Making. Some tentative ideas», en A. AARNIO y M. VAN HOECKE (eds.), *On the Utility of Legal Theory*, A-Tieto Oy, Tampere.
- PANNARALE, L. (1983), «Legge e produzione di aspettative», en *Sociologia del diritto*, 1, pp. 95-117.
- PATTARO, E. (1985), «La razón en el Derecho. Comentario a Norberto Bobbio», en *Doxa*, núm. 2.
- PERRIN, J. F. (1982), «Les sciences sociales et le droit», en *Sociologia del diritto*, 2, pp. 23-37.
- POSNER, R. A. (1983), *The economics of justice*, Harvard University Press.
- (1990), *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press.
- QUINTANILLA, M. A. (1981), *A favor de la razón*, Taurus, Madrid.
- RESCHER, N., *La racionalidad*, Tecnos, Madrid, 1993.
- SANTOS, B. de S. (1985), «On Modes of Production of Law and Social Power», en *International Journal of Sociology of Law*, 13.
- (1989), *O Estado e o direito na transição pósmoderna: Para um novo senso comum jurídico*, ponencia presentada al Tercer Congreso de la Federación de Asociaciones de Sociología del Estado español, San Sebastián, 28 de septiembre-1 de octubre.
- TEUBNER, G. (1985), «Aspetti, limiti, alternative della legificazione», en *Sociologia del diritto*, 1, pp. 7-30.

- TEUBNER, G. (1986), «Evoluzione giuridica ed autopoiesi», en *Sociologia del diritto*, 2-3, pp. 199-214.
- THORNTON, G. C. (1987), *Legislative drafting*, Butterworth, London, 3.^a ed.
- TOMASIC, R. (1985), *The Sociology of Law*, Sage Publications/International Sociological Association, London/Beverly Hills/New Delhi.
- TUGENDHAT, E. (1980), «Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen in modernen Recht», en *ARSP*, nueva serie, cuaderno 14.
- VAN DER VELDEN, W. (1985), «Methodologies of Legislation», en A. AARNIO y M. VAN HOECKE (eds.), *On the Utility of Legal Theory*, A-Tieto Oy, Tampere, pp. 149-168.
- VERNENGO, R. (1986), «Ciencia jurídica o técnica política: ¿Es posible una ciencia del Derecho?», en *Doxa*, 3, pp. 289-295.
- WASON, P. C., y JOHNSON-LAIRD, P. N. (1980), *Psicología del razonamiento* (versión castellana de J. DEL VAL), Debate, Madrid.
- WRÓBLEWSKI, J. (1979), «A model of Rational Law-Making», en *ARSP*, t. LXV/2, pp. 187-201.
- (1985), «Rational Law-Maker and Interpretative Choices», en *RIFD*, IV-LXII, 1.
- (1987), «The Rational Law-Maker. General Theory and Socialist Experience», en A. GIULIANI y N. PICARDI (eds.), *L'educazione giuridica. V. Modelli di legislatori e Scienza della legislazione*, t. III: *La discussione contemporanea*, Ed. Scientifiche Italiane, Perugia.

INDICE DE NOMBRES

- AGUILÓ, J., 12.
ALBERT, H., 22.
ALEXY, R., 74, 75, 89, 99.
ALLEN, M. E., 30, 31, 32.
ARNAUD, A. J., 57, 72.
ATIENZA, M., 16, 19, 72, 75, 83.
AUBERT, V., 45, 51.
AUDI, R., 88.
AUSTIN, J., 18, 19.
- BENTHAM, J., 45, 96.
BERGALLI, R., 10.
BETTINI, R., 45, 46.
BLANKENBURG, E., 49, 73.
BOBBIO, N., 43, 77, 78, 79, 80, 89, 100.
BULYGIN, E., 10, 21.
BUNGE, M., 21, 86, 87.
BROWN, H. I., 84.
- CALSAMIGLIA A., 12.

DÍAZ, E., 11.
FEBBRAJO, A., 37, 49, 99.
FERNÁNDEZ, T.-R., 11.

GAUTHIER, D., 89.
GINER, S., 42.
GONZÁLEZ LAGIER, D., 12.
GRETEL., 17, 34, 72.
GUASTINI, R., 61, 96.

HABERMAS, J., 29.
HART, H., 51.
HAYEK, F., 50.
HEYEN, E. V., 25.
HÖFFE, O., 87.
HUME., 88, 89.

JHONSON-LAIRD, P. N., 30.

KANT., 79, 89.
KARPEN, U., 34, 64, 70.

LA SPINA, A., 73.
LENK, H., 82.
LOSANO, M. G., 66, 67, 71, 74.
LUHMANN, N., 49, 60, 99.

MACCORMICK, N., 89.
MADER, L., 52.
MOSTERIN, J., 82, 86.
MUGUERZA, J., 91.
MUNNÉ, F., 12.

NEUMANN, U., 75.
NOLL, P., 64, 65, 66, 74.

OST, F., 62.

PANNARALE, L., 42.
PATTARO, E., 77.
PERRÍN, J. F., 42.
POSNER, R. A., 38, 97.

QUINTANILLA, M. A., 86.

REHBINDER, M., 37.
RESCHER, N., 93.

SANTOS, B. de S., 57, 72.

TEUBNER, G., 49, 50, 51, 52, 72.
THORNTON, G. C., 34.
TOMASIC, R., 72.
TREVES, R., 10.
TUGENDHAT, E., 90.

VAN DER VELDEN, W., 64, 66.
VERNENGO, R. J., 16.

WASON, P. C., 30.
WEBER, M., 98.
WILSON, J. O., 73.
WROBLEWSKI, J., 64, 65, 66, 74.

ZAPATERO, V., 11.

