

SOBRE CONTRIBUCIÓN A UNA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN DE MANUEL ATIENZA

*Gema Marcilla**

Entre las críticas que M. Atienza ha dirigido a la que él llama teoría “estándar” de la argumentación jurídica figura la de no haber considerado “el hecho de que no se argumenta sólo en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho, sino también en el de su establecimiento”¹. De esta y otras reflexiones arranca el trabajo del mismo autor *Contribución a una teoría de la legislación*². En las páginas que siguen se intentará dar cuenta de los aspectos más significativos del libro, no sin antes plantear cómo la teoría de la argumentación jurídica deja abierta una puerta a los estudios sobre la ley. Creemos que la obra de referencia constituye un punto de partida ineludible para conocer el estado actual y las perspectivas sobre el tema, y que confirma la “revitalización” de la ciencia de la legislación, sea como teoría o como técnica legislativa³.

I. La revitalización de la ciencia de la legislación.

El auge de los estudios sobre el proceso legislativo, la calidad de las leyes, etc.⁴, se conecta al fenómeno de la denominada “crisis de la ley” o, más en general, “crisis del Derecho”, a la que estamos asistiendo en nuestros días⁵. Tal vez por ello, pueda dar la impresión de que la “ciencia de

* Universidad de Castilla La Mancha, España.

¹ M. Atienza, “Para una teoría de la argumentación jurídica”, *Doxa*, 8 (1990), pp. 39-40.

² M. Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Tecnos, 1997.

³ *Vid.* L. Prieto, “Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado Constitucional”, *Ley, principios, Derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, y V. Zapatero, “De la jurisprudencia a la legislación”, *Doxa*, 15-16 (1994), pp. 769 y ss.

⁴ A título ejemplificativo *Vid.* GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa), *La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa*, Barcelona, Bosch, 1986.

⁵ *Vid.* L. Hierro, “El imperio de la ley y la crisis de la ley”, *Doxa*, 19 (1996), p. 287 y ss. Bajo la expresión “crisis de la ley” se alude a una serie de factores de cambio político, jurídico y social que afectan a la clásica concepción de la ley. Los análisis que versan sobre la quiebra de la ley suelen tener un carácter bien especulativo o conceptual, bien valorativo o crítico, según se ponga el

la legislación” es una nueva rama de los estudios jurídicos. No obstante, una mirada a la historia pone de manifiesto que la inquietud por la legislación racional se remonta, cuando menos, al iusnaturalismo racionalista del siglo XVII y principios del XVIII, cuyo principal designio consistió en diseñar un sistema ideal de leyes inferidas mediante el sólo auxilio de la razón⁶; y todo el empeño de la filosofía ilustrada fue la elaboración de leyes de nueva planta que reprodujesen en lo posible la estructura y contenidos del Derecho natural racional⁷.

En realidad, el asunto de la formación de las leyes pierde interés en una etapa posterior, marcada por el tránsito del iusnaturalismo al positivismo, que implica, como ha escrito L. Prieto, el “desplazamiento de la razón desde la creación a la aplicación del Derecho”⁸.

Dos premisas típicamente positivistas explican el hecho de que, desde entonces y hasta prácticamente nuestros días, el campo de la “ciencia jurídica” haya venido acotado al estudio del Derecho sólo *a partir* de su elaboración: el origen voluntarista del Derecho y la concepción formalista de la razón⁹. De un lado, las leyes son vistas, no ya como un trasunto de la razón, sino como un producto de la voluntad humana, al que no cabe configurar racionalmente. De otro lado, el positivismo jurídico, quizás por influencia de otras corrientes científicas del momento, sólo reconoce validez objetiva al conocimiento que suministra el razonamiento formal o deductivo; por ello, rechaza el análisis de todo aspecto de la realidad jurídica que no responda a la noción de “calculabilidad”, esto es, a la posibilidad de obtener un resultado a partir de la aplicación de reglas preestablecidas. El científico del Derecho es concebido como un aséptico sistematizador u ordenador del Derecho preexistente, y el operador jurídico práctico como un burócrata encargado de la mecánica aplicación de las normas.

acento en las insuficiencias del concepto tradicional de ley, esto es, en el hecho de que las leyes han perdido las características de generalidad, abstracción, unicidad, estatalidad, etc., que las definían, o bien se resalte el retroceso de los valores que se supone venían garantizados por aquellas notas clásicas, como la la certeza, la igualdad y la libertad.

⁶ Como señala N. Bobbio, para el iusnaturalismo racionalista “la misión del jurista no es la de interpretar reglas ya dadas... sino la mucho más noble de descubrir las reglas universales de la conducta a través del estudio de la naturaleza del hombre” (N. Bobbio, “El modelo iusnaturalista”, en *Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci*, trad. J. C. Bayón, con estudio preliminar de A. Ruiz Miguel, Madrid, 1985, Debate, p. 82).

⁷ Vid. M. Cattaneo, *Iluminismo e Legislazione*, ed. di Comunità, Milano, 1966, pp.14 y ss.

⁸ L. Prieto, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 28.

⁹ Vid. L. Prieto, “Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado Constitucional”, *cit.*, pp. 5-6.

Este paradigma de ciencia jurídica aparece perfectamente sintetizado en la conocida clasificación de J. Austin¹⁰ entre *ciencia de la legislación* y *jurisprudencia*: la primera se identifica con una disciplina normativa cuyo objeto es conocer el “deber ser” del Derecho, tarea que corresponde a los filósofos y a los políticos. La jurisprudencia o ciencia jurídica, como se la denomina en el ámbito continental, es, en cambio, una disciplina descriptiva del Derecho positivo, y el “auténtico feudo” de los juristas¹¹. Es verdad que la posterior crítica antiformalista al positivismo provocó el surgimiento de nuevos estudios sobre la argumentación jurídica, empeñados en reconstruir racionalmente estas operaciones, pero sin abordarse el proceso de creación de las normas.

El casi exclusivo interés de la literatura jurídica contemporánea por los aspectos interpretativos y aplicativos del fenómeno jurídico frente a los “creativos” no deja de resultar paradójico si se tiene en cuenta que la concepción kelseniana del ordenamiento como sistema gradual de normas puso de manifiesto que las diferencias entre creación y aplicación del Derecho o, lo que es lo mismo, entre ley y sentencia, son sólo cuantitativas y no cualitativas¹²: “la tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta –afirma Kelsen–, el único acto administrativo correcto es en lo esencial la misma que la de crear, dentro del marco constitucional, la única ley correcta”¹³.

De todas formas, si Kelsen no se ocupa de los procedimientos de elaboración de las leyes o, más exactamente, de la política legislativa¹⁴, es quizás por la misma razón por la que tampoco trata de los procesos argu-

¹⁰ Vid. J. Austin, *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*, Madrid, CEC, 1981.

¹¹ Vid. A. Calsamiglia, “Ciencia jurídica”, *El Derecho y la Justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 19-20. El autor parte de la distinción del analítico inglés para plantear el problema de la racionalidad en la creación del Derecho.

¹² “La jurisdicción o acto de decir el Derecho no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos... La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de Derecho” (H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (1ª edición), trad. de M. Nilve de la edición francesa de 1953, Eudeba, Buenos Aires, 13ª ed., 1975, pp. 151-2).

¹³ H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* (2ª edición), trad. de R.J. Vernengo, 8ª edición, México, Porrúa, 1995, p. 353.

¹⁴ Afirma Kelsen que “la distinción entre la *ciencia del derecho* –orientada sólo por el valor verdad– en tanto conocimiento del derecho positivo, y la *política jurídica* –dirigida a la realización de otros valores, especialmente de la justicia– en tanto configuración voluntaria del orden social, es el segundo postulado que asegura la *pureza* de una teoría del derecho” (H. Kelsen, *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?* (1953), trad. castellano de E. Garzón Valdés, México, Fontamara, 1992, p. 30).

mentativos en general, a saber: por mantener una posición no cognoscitivista en cuestiones prácticas, escéptica sobre la fundamentación de juicios de valor¹⁵. Acaso la única racionalidad exigible a la ley sea la meramente *formal*, pues si “los criterios políticos o axiológicos... no resultan relevantes en la comprensión racional del Derecho”¹⁶, y dado que la ley es “ejecución” de la norma constitucional, la racionalidad legislativa científicamente cognoscible se reduce a la compatibilidad *formal* entre ambas normas, que es precisamente lo que comprueba el Tribunal Constitucional en el modelo kelseniano.

La falta de atención hacia los problemas legislativos suscita más extrañeza, sin embargo, entre aquellas corrientes que sí han cultivado las teorías de la interpretación y argumentación jurídica¹⁷: de la misma manera que se han interesado por los métodos que aportan racionalidad a la justificación de las decisiones jurisdiccionales, podrían haber desarrollado un interés similar por los modos de racionalizar las decisiones del legislador¹⁸.

¹⁵ Para Kelsen la labor del jurista científico se limita a poner de manifiesto que las disposiciones normativas admiten diversas interpretaciones, y que la elección que el operador jurídico lleva a cabo constituye una actuación de naturaleza creativa o política. En palabras de Kelsen, la teoría pura del derecho en lo que respecta a la interpretación y aplicación del Derecho por los operadores jurídicos “constata solamente que la llamada interpretación de la autoridad jurídica implica siempre, con la aplicación de una norma superior, una creación del derecho y por lo tanto, no es una función pura de conocimiento”. Respecto a la interpretación de normas concretas por la ciencia del derecho, la teoría pura “reconoce como única tarea ... el señalar las *posibles significaciones* y el confiar a las consideraciones políticas, la elección definitiva entre las igualmente posibles interpretaciones científico-jurídicas de la autoridad que aplica el derecho” (H. Kelsen, *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*, cit., p. 29).

¹⁶ Vid. L. Prieto, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 79.

¹⁷ De obligada referencia a propósito de este tema es la obra de M. Atienza *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, 1991. Las denominadas “teorías de la argumentación jurídica” —señala Atienza— se identifican con una corriente de la filosofía o teoría del Derecho, surgida a partir de los años 50, cuyo denominador común es “la conciencia —a veces exagerada— de las limitaciones de la lógica formal para dar cuenta del razonamiento jurídico. Dentro de esta tendencia, destacan las concepciones de Viehweg, Perelman y Toulmin, que pueden considerarse precursoras de la teoría de la argumentación jurídica. El desarrollo de esta línea de pensamiento y la construcción de auténticas teorías de la argumentación jurídica se ha llevado a cabo en décadas más recientes de la mano de autores como N. McCormick (1978) y R. Alexy (1978) (M. Atienza, *Las razones del Derecho*, cit., p. 235). Vid. del mismo autor, “Para una teoría de la argumentación jurídica”, cit., pp.39-40, y “Argumentación jurídica”, *El Derecho y la justicia*, cit., pp. 231 y ss.

¹⁸ “...la tesis kelseniana de que no existe una diferencia cualitativa y si sólo cuantitativa entre juez y legislador tiene dos consecuencias: una primera, que es en la que más se ha insistido, consiste en mostrar el fracaso de la lógica deductiva y la dimensión creativa y no cognoscitiva (o no sólo cognoscitiva) de la interpretación judicial; pero una segunda debió consistir en interrogarse sobre

II. La teoría de la legislación desde la perspectiva de la teoría de la argumentación jurídica: los planteamientos de M. Atienza y R. Alexy.

Sin duda, una de las versiones más significativas e influyentes de la actual teoría de la argumentación jurídica se encuentra en la obra de R. Alexy¹⁹. Su núcleo consiste en presentar el discurso jurídico como un “caso especial” del discurso práctico general, lo que significa que el razonamiento de los juristas teóricos y prácticos, aun cuando posee rasgos distintivos frente al razonamiento práctico general, reposa en última instancia en argumentos morales²⁰.

M. Atienza comparte esencialmente esta perspectiva, pero no deja de formular objeciones con respecto a su *objeto*, *método* y *función*²¹. Algunas de estas objeciones están conectadas, precisamente, con el problema de la racionalidad de las leyes y auspician una apertura de la teoría de la argumentación al campo de la creación del Derecho. Más exactamente, aunque ya hemos efectuado más arriba alguna observación sobre la oportunidad de ampliar el *objeto* de la teoría del razonamiento jurídico al contexto de la producción del Derecho, cabría añadir, en opinión de Atienza, otra quizás de mayor alcance: “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”²². La exigen-

el razonamiento legislativo con el mismo interés que se ponía en los problemas del razonamiento aplicativo” (M. Gascón, “Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo X, 1993, pp. 195-196).

¹⁹ La teoría de Alexy se halla fundamentalmente expuesta en su obra *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid, CEC, 1997.

²⁰ Siguiendo a J. Habermas, Alexy parte de una concepción procedimental de la racionalidad práctica, que significa que el discurso práctico general permite fundamentar objetivamente normas a condición de que se sigan una serie de reglas procedimentales y se formule una pretensión de corrección o justicia. A su juicio, el discurso jurídico es un tipo o “caso especial” de aquél: una decisión jurídica podrá aceptarse intersubjetivamente siempre que sea adoptada en el marco de un procedimiento reglado racionalmente y formule la pretensión de ser correcta. Una de sus reglas es la vinculación al Derecho positivo, por lo que el discurso jurídico reviste una especialidad con respecto a argumentación práctica general. Señala R. Alexy: “A diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general esta pretensión no se refiere a que los enunciados normativos en cuestión sean absolutamente racionales, sino sólo a que pueden ser fundamentados racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente”. *Vid.* R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, *cit.*, p. 274.

²¹ M. Atienza, *Las razones del Derecho*, *cit.*, pp. 236 y ss.

²² M. Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación*, *cit.*, p. 99.

cia se pone de manifiesto en las dificultades que surgen para seguir manteniendo la tesis del caso especial en la aplicación de leyes irracionales, es decir, de leyes que “obligan o permiten llevar a cabo acciones discursivamente imposibles, o prohíben acciones discursivamente obligatorias”²³, ya que en tal caso el discurso jurídico no sería un supuesto de discurso moral, sino un tipo de discurso *cualitativamente* distinto.

Desde luego, el autor de *Teoría de la argumentación jurídica* no ha eludido el problema de las leyes irracionales, si bien para insistir en que ello no destruye la tesis del caso especial²⁴. Alexy recuerda que la tesis del caso especial significa que el discurso jurídico debe permitir fundamentar racionalmente decisiones jurídicas *en el marco del Derecho positivo*. En otras palabras, la especialidad del discurso jurídico radica en tener que cumplir simultáneamente con una doble pretensión de corrección: adecuación al “Derecho racional” y adecuación al Derecho positivo. El problema que se plantea cuando una ley irracional represente el exclusivo fundamento de la decisión queda, no obstante, salvado: incluso en este supuesto es posible satisfacer la doble pretensión de corrección ya que, aun cuando la ley injusta se aplique estrictamente, “no se rompe la conexión entre la racionalidad discursiva y el Derecho. La racionalidad discursiva no puede ciertamente determinar ya el contenido de la decisión, pero conforma la razón para su incorrección, y la *medida para su crítica*”²⁵.

En contestación a la defensa que Alexy hace de su tesis, dice Atienza que aquél no parece tener en cuenta que una cosa es “afirmar que la argumentación jurídica *es* un supuesto de argumentación práctica racional” y otra distinta “sostener que la racionalidad discursiva ofrece un modelo desde el cual se puede *valorar* el Derecho”²⁶. Por así decir, la solución de Alexy salvaría la tesis del caso especial, pero al precio de no determinar con claridad qué tipo de función desempeña su teoría; esto es, si opera como *crítica* a la argumentación, permitiendo poner de relieve la injusticia de una decisión por basarse en una ley también injusta, lo que resulta trivial; o si, como parece más plausible, pretende ser *representativa* de las resoluciones judiciales, pero entonces resulta manifiestamente falsa²⁷.

²³ M. Atienza, *Las razones del Derecho...*, cit., p. 224.

²⁴ Vid. R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 316-317.

²⁵ R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 317 (cursiva añadida).

²⁶ M. Atienza, *Las razones del Derecho...*, cit., p. 225 (cursiva añadida).

²⁷ *Ibid.*, p. 225.

Según Atienza, y como ya se adelantó, si se acepta que una característica del discurso jurídico es la vinculación a la ley, y si la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso moral quiere ser *representativa*, y no sólo *crítica*, de la argumentación jurídica, entonces habrá que pensar que la racionalidad en la aplicación del Derecho presupone la racionalidad en la legislación²⁸.

Con todo, no parece que Alexy limite a la perspectiva crítica la consideración de si una ley es o no racional; o al menos así lo sugiere una aproximación a su idea de existencia y validez de las normas jurídicas.

Para Alexy, en efecto, la racionalidad del discurso jurídico de aplicación no presupone, leyes *racionales*, sino tan sólo leyes *válidas*²⁹. Sin embargo, dado que “las normas aisladas pierden su carácter jurídico y, con ello, su validez jurídica cuando son extremadamente injustas”³⁰, podría decirse que sí hay en la argumentación jurídica una condición de racionalidad de las leyes, en el sentido de que no pueden ser radicalmente *irracionales* o injustas en una medida insoportable.

Por lo demás, el aspecto de la racionalidad de las leyes está tanto más presente en la concepción de Alexy cuanto más se restrinja el análisis a sistemas jurídicos “materializados”, como son casi todos los ordenamientos donde rige una Constitución; y es que en ellos, en la medida en que contemplan entre sus normas superiores principios sustantivos, el juicio

²⁸ *Ibid.*, p. 237. Igual que Atienza, otros autores han criticado la tesis del caso especial recurriendo al expediente de las leyes irracionales (*Vid.* C. Braun, “Diskurstheoretische Normenbegründung in der Rechtswissenschaft”, en *Rechtstheorie*, 19 (1988), p. 260; A. Kaufmann, “Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 72 (1986), p. 437; U. Neuman, *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986, p. 90).

No obstante, convendría precisar que en la crítica de Atienza se refleja un propósito distinto al de los autores citados. Atienza, más que rechazar la tesis del caso especial, se plantea la posibilidad de corregirla introduciendo el requisito de la racionalidad legislativa. Es más, Atienza considera que una cuestión a determinar en sede de teoría de la legislación sería la de “si, y en qué medida, el proceso de la legislación obedece –o ha de obedecer– a las reglas del discurso práctico racional” (*Vid.* M. Atienza, *Contribución...*, *cit.*, pp. 74-75).

²⁹ Limitar la exigencia de aplicabilidad de las leyes a la validez jurídica tendría un efecto similar a la función de lo que J. Habermas llama “emigración de la moral al Derecho positivo”: “el efecto específico de la positivización del orden jurídico consiste en un desplazamiento de los problemas de fundamentación, es decir, en que el manejo técnico del derecho queda descargado, durante largos tramos, de problemas de fundamentación” (J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa* (1981), Trad. de M. Jiménez Redondo, vol. I., Madrid, Taurus, 1987, p. 338).

³⁰ *Vid.* *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, 2ª edición, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 94.

de validez remite a criterios que son jurídicos y morales a un tiempo, de manera que aquél acaba determinándose en el seno de un discurso práctico general. En otras palabras, el presupuesto de la aplicabilidad de una ley, esto es, de que pueda ser utilizada como un argumento válido en un razonamiento jurídico, depende en última instancia de que ésta pueda pasar un control de carácter moral³¹.

Qué duda cabe que entre los planteamientos de Alexy y de Atienza seguiría existiendo una distancia: la que media entre formular el requisito de la racionalidad en forma *positiva*, exigiendo que las leyes sean *mínimamente racionales*, y hacerlo en forma *negativa*, excluyendo a las *extremadamente irracionales*³². Pero, en todo caso, y pese a que Alexy rebaje el nivel de exigencia, su tesis de la invalidez de las normas extremadamente injustas apuntaría una razón —ciertamente mucho más débil— en favor de que en la argumentación jurídica se haya de considerar la racionalidad de las leyes³³.

Ahora bien, incluir en la teoría acerca del razonamiento judicial y dogmático las consideraciones sobre la racionalidad de las leyes aplicables

³¹ Como se sabe, en el razonamiento jurídico cabe distinguir entre la justificación interna y la externa. La justificación externa versa sobre las premisas, que pueden ser de tres tipos: normativas(1), fácticas(2) y premisas que no son ni normativas ni fácticas(3). La fundamentación de las premisas normativas(1) consiste en determinar su validez, esto es, en mostrar su conformidad con los criterios de pertenencia al sistema. En principio, esta justificación remite únicamente a criterios formales, mas no es infrecuente que las normas superiores del sistema contengan criterios de validez materiales o sustantivos. En la interpretación de esos criterios se fundamentan premisas que no son ni normativas ni fácticas(3), y que, en consecuencia, remiten a argumentos prácticos generales. Así sucede, por ejemplo, en los casos en que es preciso recurrir a argumentos de tipo práctico o moral para interpretar el contenido de un derecho fundamental, cuyo respeto representa una exigencia constitucional (*Vid.* R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 222).

³² Sobre la preferencia por la formulación del requisito de la racionalidad en forma negativa, *Vid.* R. Alexy: “una norma pierde la validez jurídica cuando es extremadamente injusta por la fórmula según la cual es presupuesto de la validez jurídica de una norma particular el que posea un mínimo de justificabilidad moral [...] la fórmula que apunta a un mínimo presupone consideraciones complicadas cuando es referida a la justificabilidad moral. Por ello, hay que preferir el criterio simple de la injusticia extrema” (R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, cit., pp. 94-95).

³³ “La racionalidad de la argumentación jurídica, en la medida en que está determinada por la ley, es por ello siempre relativa a la racionalidad de la legislación. Una racionalidad ilimitada de la decisión jurídica presupondría la racionalidad de la legislación. Lo último tiene como condición que en la respectiva sociedad las cuestiones prácticas sean resueltas racionalmente. Para llegar a una teoría del discurso jurídico que contenga también esta condición de racionalidad habría que ampliar la teoría del discurso racional práctico general hasta una teoría de la legislación, y ésta hasta una teoría normativa de la sociedad, de la que la teoría del discurso jurídico constituiría una parte” (R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 274-275).

resolvería una de las críticas fundamentales a la tesis del caso especial de Alexy, pero quedaría aun pendiente la cuestión de qué tipo de racionalidad sea la de la legislación, esto es, hasta qué punto la teoría del discurso moral suministra un modelo adecuado para dar cuenta del razonamiento en la producción de las leyes³⁴.

El proceso de la elaboración de las leyes aparece en la *Teoría de la Argumentación jurídica* estrechamente vinculado al discurso práctico general: en el discurso moral, la legislación pone fin a los “problemas de conocimiento”, es decir, a la cuestión de elegir entre normas discursivamente posibles, pero contradictorias, y a los “problemas de cumplimiento”, esto es, a la cuestión de convertir lo discursivamente correcto en efectivamente vinculante³⁵. Aquí, el discurso legislativo parece, no *ya un caso especial* del discurso práctico general, *sino el momento*, dentro del propio discurso moral, en el que se *alcanza un resultado definitivo y obligatorio*³⁶.

La concepción de la racionalidad legislativa de M. Atienza es bastante más compleja y ambiciosa que la de Alexy, y no sólo porque la formula *en positivo*, como ya se ha dicho, sino también, y sobre todo, porque, aun asumiendo que la racionalidad legislativa forma parte de la racionalidad práctica general³⁷, entiende que una teoría de la racionalidad que quiera

³⁴ Tal vez por ello deje formulado Atienza el siguiente interrogante en relación con la teoría de la legislación: “¿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?” (M. Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación*, cit., p. 75.)

³⁵ Vid. R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 314. Desde esta perspectiva tiene sentido “la implantación de un procedimiento institucionalizado para la producción de normas jurídicas. Estas razones no suponen simplemente una racionalidad según fines, en cuanto que exigen procedimientos de producción del Derecho que realicen en la mayor medida posible el ideal de la racionalidad discursiva. Un ejemplo de semejante procedimiento lo es el proceso de la legislación del Estado democrático constitucional” (*ibid.*, pp. 314-315).

³⁶ Precisamente por ello, tal vez pudiera decirse, a partir de la distinción de K. Günther entre discursos normativos de fundamentación y de aplicación, que la legislación constituye un caso especial de los discursos morales de aplicación. Recordemos que, según K. Günther, los discursos de fundamentación versan sobre la justificación de las normas que pueden considerarse válidas en abstracto, aunque puedan colisionar en una circunstancia concreta. Los discursos de aplicación tratan de la ponderación de las diversas normas válidas en conflicto, a fin de seleccionar la más adecuada a una concreta situación (Vid. K. Günther, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, trad. de J. C. Velasco Arroyo, *Doxa* 17-18 (1995), pp. 274-302).

³⁷ Señala M. Atienza que “la racionalidad legislativa no es sino un aspecto –particularmente complejo– de la racionalidad práctica en general” (M. Atienza, *Contribución...*, cit., p. 92).

ser *representativa* del proceso real de legislación tal vez tenga que contemplar aspectos que no son reconducibles sin más al discurso moral.

En suma, según Atienza, la renovada “ciencia de la legislación” podría discurrir por el mismo cauce que las teorías del razonamiento jurídico³⁸, pero asumiendo, naturalmente, las enseñanzas que se derivan de las críticas y objeciones recibidas por éstas. Por ejemplo, la tesis del caso especial puede terminar cumpliendo una *función* ideológica, en el sentido de que se use, no para racionalizar los procesos de decisión jurídica, sino para legitimar sus resultados por el mero hecho de que su plasmación institucional haya pasado el test de racionalidad procedimental. Por este motivo *Contribución a una teoría de la legislación* advierte del peligro “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”³⁹.

III.- “Bosquejo” de una teoría de la legislación según M. Atienza.

Hasta aquí han sido sugeridas dos ideas de importancia para la teoría de la legislación. Por una parte, que el peso de la racionalidad legislativa en el razonamiento judicial y dogmático podría justificar la necesidad de completar la teoría de la argumentación jurídica con el estudio de la legislación. Por otra, que los incipientes trabajos de teoría y técnica legislativa deberían tener en cuenta cuáles han sido las dificultades y los resultados de los estudios sobre el razonamiento jurídico, pues en el fondo el proceso de legislación tiene como objetivo alcanzar decisiones racionales siguiendo un procedimiento institucionalizado, igual que ocurre en los procesos judiciales. Ambas ideas, por lo demás, podrían considerarse una buena

³⁸ J. A. García Amado adoptó una óptica similar en su ponencia “Razón práctica y legislación” (Seminario Internacional sobre Teoría y Técnica legislativa, Valencia, 1997) : “en tema de la racionalidad del legislador la teoría jurídica se ha movido entre su consideración como immanente o como inexistente, y en tema de racionalidad judicial, ésta se ha visto como racionalidad refleja, como irracionalidad o como racionalidad práctica. Lo que apenas se había planteado hasta décadas recientes es la posibilidad de racionalidad práctica en sentido estricto del legislador” (p. 7). Por ese motivo, el autor señaló la conveniencia de desarrollar una teoría de la legislación fundamentada en la razón práctica y de carácter formal-normativo, en el sentido de una teoría capaz de aportara reglas que, dotando de racionalidad a la actividad del legislador, no impusieran ni excluyeran contenidos normativos en línea de principio (pp. 11 y 55.) (cito por el texto inédito de la ponencia, que hemos podido consultar por gentileza del autor).

³⁹ Vid. M. Atienza, *Contribución...*, cit., p. 90.

razón para avanzar hacia una concepción globalizadora del fenómeno jurídico y de la “lógica” que caracteriza tanto a la producción de las leyes como a la interpretación y aplicación de las mismas.

Precisamente sobre la base de una concepción globalizadora de la racionalidad jurídica y bajo la denominación de “bosquejo”, M. Atienza diseña las líneas maestras de una teoría de la legislación cuyo objetivo “no es sólo describir” sino también explicar y proponer procedimientos que supongan un incremento de racionalidad con respecto a la práctica legislativa existente”⁴⁰.

1. Racionalidad jurídica y racionalidad legislativa

En efecto, a juicio del autor, la teoría de la legislación, al igual que toda la teoría del Derecho, se fundamenta en una “concepción de la racionalidad *unitaria, estructurada y amplia*”⁴¹.

En primer lugar, una noción *unitaria* de racionalidad jurídica permite vincular los términos “Derecho racional” y “razonamiento jurídico”, esto es, permite dejar de entender que constituyen dos significados independientes de la expresión “razón en el Derecho”⁴². Atribuir el mismo sentido a la expresión “racionalidad” en la legislación y en la jurisdicción⁴³ rompe con la idea de que el único objeto riguroso para la teoría del Derecho es el modo de razonar de juristas teóricos y prácticos a partir o en los límites del Derecho positivo o, en otros términos, abre de nuevo la puerta a la “ciencia de la legislación”. “Necesitamos, en definitiva, lo que Bobbio llamaba la razón en sentido fuerte, tanto en el momento de la legislación

⁴⁰ *Ibid.*, p. 74.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 99-100 (cursiva añadida).

⁴² Indica N. Bobbio que “si nos referimos a la ley de la razón, el problema suscitado por la expresión ‘razón en el Derecho’ es el del lugar de la razón en el universo jurídico, de si la razón tiene lugar en él y cuál pueda ser; si nos referimos al razonamiento jurídico, la misma expresión nos remite al problema de cuáles son las características del razonamiento jurídico, ya que a nadie se le ocurriría negar que los juristas y los jueces razonan o usan alguna forma de razonamiento [...] el tema principal de la teoría del Derecho racional es el de distinguir el Derecho de la razón del Derecho de la no razón, mientras que el tema principal de quien se ocupa del razonamiento jurídico es el de distinguir el modo de razonar de los juristas del de los lógicos, los matemáticos, los críticos literarios, etc. Los criterios con los que el Derecho racional ha sido distinguido del Derecho no racional, quede dicho de una vez por todas, no tienen nada que ver con los criterios con los que el razonamiento jurídico se distingue eventualmente del razonamiento no jurídico” (N. Bobbio, “La razón en el Derecho (observaciones preliminares)”, *cit.*, pp. 19-20).

⁴³ M. Atienza, *Contribución...*, *cit.*, pp. 95-96.

como en el de la aplicación del Derecho, y en ninguna de las dos instancias podemos tampoco prescindir de la razón en sentido débil⁴⁴. Por lo demás, el carácter unitario de la racionalidad jurídica “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”⁴⁵. Por ese motivo, antes de afrontar una teoría de la legislación resulta pertinente tomar en cuenta la posición que la institución legislativa ocupa en el conjunto de las instituciones y, en particular, la relación que guarda con la jurisdicción: “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 no podría lograrse con mecanismos puramente jurisdiccionales”⁴⁶.

Recurriendo a la filosofía que inspira cada una de estas instituciones, puede observarse que la racionalidad legislativa es sobre todo una racionalidad de fines, orientada hacia el cumplimiento de objetivos, mientras que la racionalidad jurisdiccional es fundamentalmente una racionalidad de carácter formal, dirigida a la resolución normativa de los casos, esto es, conforme a reglas preestablecidas. En otros términos, en nuestros sistemas jurídicos “legislación” y “jurisdicción” se hallan presididas por valores distintos e incluso contrapuestos: eficiencia social, en un caso, y certeza o previsibilidad de las acciones, en el otro.

Sin embargo, el divorcio no es absoluto. Atienza pone como ejemplo lo que a este respecto dice N. Luhman⁴⁷: 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 consecuencias⁴⁸. Esto, en opinión de Luhman, pone en grave riesgo la propia subsistencia de la dogmática, en la medida en que la orientación hacia las consecuencias significa una amenaza para la seguridad jurídica .

⁴⁴ *Ibid.*, cit., p. 100.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 96.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 98.

⁴⁷ Vid. N. Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (1974), trad. I. de Otto, Madrid, CEC, 1983.

⁴⁸ Con frecuencia, los criterios teleológicos o consecuencialistas aparecen propuestos desde el llamado “Análisis Económico del Derecho” (Vid. J. Coleman, “The Economic Analysis of Law”, en Pennock y J. Chapman (eds.), *Ethics, Economics and Law*, Nomos XIV, New York University Press, 1982; A. M. Polinsky, *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1985; R. Posner, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1981).

En segundo lugar, la teoría de la legislación necesita, “no tanto como una teoría general y completa de la racionalidad... pero sí una concepción *estructurada*” que, entre otras cosas, permita “no sólo distinguir entre sí diversos sentidos o tipos de racionalidad, sino también ordenarlos de alguna forma”⁵⁰. La racionalidad en la legislación puede plantearse como una estructura compuesta por cinco niveles: racionalidad lingüística, lógico-formal, pragmática, teleológica y ética. La clasificación fundamental es la que diferencia entre la instrumental y la ética. La primera constituye una racionalidad de tipo técnico o “débil”, encaminada a la adopción de los medios más adecuados para la obtención de otros fines. La segunda, en cambio, representa una racionalidad de tipo sustantivo o “fuerte”: en este nivel intervienen razones de corrección, esto es, “razones que no remiten ya a fines ulteriores y que, por lo tanto, operan como razones últimas”⁵¹. Si en la justificación de las decisiones jurídicas se prefieren las razones de corrección a las finalistas, dado que aquéllas permiten someter a crítica incluso las normas y los valores últimos, la plena racionalidad de una decisión jurídica, ya se trate de una ley o de una sentencia, dependerá en último término de que pueda justificarse éticamente⁵². “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

⁴⁹ Vid. M. Atienza, *Contribución...*, cit., p. 60. Por lo demás, y al margen de la discusión sobre la conveniencia del uso por la dogmática y la administración de justicia de criterios consecuencialistas del tipo de los suministrados por el Análisis Económico del Derecho, los referidos criterios presentan interés en el marco de la actividad legislativa. Así, A. Calsamiglia estudia el problema de la racionalidad en las leyes desde la perspectiva de la *teoría económica del bienestar* en general y de las conclusiones de las *doctrinas económicas* particulares. Por citar un ejemplo, señala el autor que el criterio económico de la eficiencia posee relevancia en orden a garantizar la legitimidad de las decisiones públicas de creación y aplicación del Derecho, en la medida en que el Estado social intervencionista encuentra su razón de ser precisamente en la satisfacción de fines públicos (A. Calsamiglia, *Racionalidad y eficiencia del Derecho*, México, Fontamara, 1993. En particular el capítulo “Justicia, Eficiencia y Optimización de la legislación”, pp. 27 y ss.).

⁵⁰ M. Atienza, *Contribución...*, cit., p. 83.

⁵¹ *Ibid.*, p. 88.

⁵² Señala el autor que “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...; pero los fines últimos en cuanto tales no serían ya asunto de la razón [...] . 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” (M. Atienza, *Contribución...*, cit., p. 88).

valores últimos, pero no puede hacerlo de manera absoluta e incontestable”⁵³.

Por último, una concepción *amplia* de la racionalidad supone incluir en el ámbito de los análisis jurídicos parámetros de racionalidad distintos de los tradicionales. La crítica o, mejor dicho, la advertencia se dirige fundamentalmente a una visión estrictamente formalista de los estudios sobre la ley: “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)”⁵⁴. “Deducir o calcular son, indiscutiblemente, operaciones racionales, pero que no agotan, ni con mucho, el campo de la racionalidad”⁵⁵. “Ser racional –continúa– significa, sobre todo, ser capaz de enfrentarse con problemas inéditos, esto es, con problemas que no pueden solucionarse simplemente aplicando normas preestablecidas [...] 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”⁵⁶. En suma, una concepción amplia de racionalidad jurídica aplicada a la teoría de la legislación postula que el examen de calidad de las leyes o la propuesta de pautas al servicio de su racionalidad no utilicen como parámetro exclusivo el de la lógica formal, ni como valor el de su inserción armoniosa en el conjunto del ordenamiento. Las leyes han de pasar un test de calidad más complejo, basado en criterios orientados a satisfacer otros valores, como la eficacia, la efectividad, la eficiencia, etc., que necesitan ser recabados de otras ciencias sociales como la psicología, la sociología, la economía, etc.

En suma, la explicación de Atienza muestra la racionalidad legislativa como estratificada en diversos modelos o ideas de racionalidad, lo que supondría que la meta de la legislación coincide *grosso modo* con los modos de mejorar las leyes desde cada una de las perspectivas indicadas. El capítulo IV de su *Contribución*, titulado “Bosquejo de una teoría de la legislación”, precisa los objetivos prioritarios de aquella, ofrece pautas para lograrlos y reconoce las dificultades a que se enfrenta.

⁵³ *Ibid.*, p. 89.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 23.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 83.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 85.

2. *Objetivos prioritarios de los estudios sobre legislación.*

A juicio de M. Atienza, un primer objetivo de los estudios que tuvieran por objeto el proceso de elaboración de las leyes consiste en “buscar una unidad, o al menos una cierta articulación, entre saberes tan heterogéneos como los aquí implicados”⁵⁷, es decir, entre dogmática jurídica, teoría general del Derecho, lógica, informática, ciencias del lenguaje, sociología, filosofía, etc. A este objetivo puede ayudar un *análisis* de tipo *interno* de la legislación, que básicamente consiste en considerarla como un proceso de interacción entre distintos elementos (edictores, destinatarios, sistema jurídico, fines y valores) y que, además, puede examinarse desde distintas perspectivas o ideas de racionalidad (lingüística, lógico-formal, pragmática, teleológica y ética). Este análisis permite definir en qué consiste una ley racional según cada nivel y, por tanto, determinar qué disciplinas tienen un papel importante, así como indicar qué técnicas permiten incrementar la racionalidad. Por ejemplo, en el nivel de la racionalidad lingüística “cabe decir que una ley es irracional... si y en la medida en que fracasa como acto de comunicación”. Incrementar la racionalidad en este nivel “ha de significar, sobre todo, la utilización de conocimientos procedentes de la lingüística, la lógica, la informática o la psicología (cognitiva)”⁵⁸.

Un segundo objetivo sería definir el estatuto epistemológico de los estudios que tienen por objeto la legislación, precisando, quizás, la distinción entre técnica y teoría. Las teorías de la legislación serían “aquellos análisis más bien de conjunto, de tipo explicativo y de carácter básico, mientras que las técnicas legislativas tienen un carácter mucho más sectorial”. La teoría de la legislación “debería ofrecer también los conocimientos básicos que nutrieran a las diversas técnicas legislativas”⁵⁹.

La elaboración de una teoría de la legislación distinta de la técnica legislativa precisaría completar el análisis anterior (análisis interno) con otro de tipo *externo*, que diera cuenta de las relaciones entre los diversos estratos de la racionalidad. En efecto, el análisis interno sugiere las técnicas para incrementar la racionalidad de las leyes desde cada uno de los niveles; no dice nada, sin embargo, sobre las relaciones de independencia,

⁵⁷ *Ibid.*, p. 25.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 30.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 56-57.

subordinación, contraposición, etc., que surgen entre ellos. Así, por ejemplo, la relación de tensión entre la racionalidad jurídico-formal y la racionalidad teleológica sería observable dentro de la propia legislación, pues “mientras en una sociedad liberal prevalece... 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)”⁶⁰.

Por ello, el referido análisis de tipo externo ayudaría a introducir algún orden, es decir, a lograr una estructura de los diversos niveles, tanto en abstracto (análisis externo *estático*) como en el concreto proceso de la legislación (análisis externo *dinámico*). En este plano de la dinámica de la legislación, cabría destacar cómo cuestiones importantes la de si sólo la fase legislativa o también las pre y postlegislativa integran la legislación, o la de si la teoría legislativa ha de circunscribirse a la “táctica” (estudio de los órganos e *iter* legislativos) o ha de extenderse, en cambio, también a la “metódica” (tratamiento de los contenidos, medios y fines de las leyes)⁶¹. Hasta la fecha, los trabajos sobre la legislación parecen haberse ceñido a los aspectos tácticos, en el sentido de que eluden el tratamiento de cuestiones como cuáles son los objetivos que deberían perseguir las leyes, cómo deberían hacerlo o si tales fines y medios están o no justificados. Con todo, una teoría de la legislación que quisiera presentarse como teoría de la decisión racional tal vez habría de tomar en consideración también la metódica de la legislación.

El tercer y último objetivo sería “evitar un uso ideológico, una sobrevaloración de la teoría y técnica de la legislación”. La teoría y la técnica legislativa corren el riesgo de ocultar que la crisis de racionalidad de la ley representa una faceta de la más general crisis del Estado del bienestar, cuya solución no puede venir exclusivamente con la mejora de la calidad de las leyes⁶².

Ofrecer en pocas palabras una opinión de conjunto sobre el proyecto de teoría contenido en el libro sería pretencioso, pues, pese a la sencillez con que es presentado, expone una de las visiones más complejas de la

⁶⁰ *Ibid.*, p. 62.

⁶¹ La distinción entre “táctica” y “metódica” de la legislación corresponde a U. Karpen (U. Karpen, “Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland”, *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1 (1986), pp. 5-32).

⁶² *Vid.* M. Atienza, *Contribución...*, *cit.*, pp.56-57.

racionalidad legislativa de que se dispone hasta la fecha. No obstante, tal vez pudiera subrayarse que se trata de una concepción innovadora: no otorga el lugar preponderante a la dogmática tradicional, abre paso a la sociología jurídica y reserva un lugar destacado a la filosofía moral. Constituye, en suma, un punto de referencia ineludible para quien tenga interés en afrontar “la teoría de la legislación cómo una parte de una teoría del Derecho y ésta última en el contexto de una teoría de la sociedad”⁶³.

63 *Ibid.*, p .71.