

RAZÓN PRÁCTICA Y TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN¹

Juan Antonio García Amado

Universidad de León



¿UÉ relación puede existir entre razón práctica y legislación? Cabría en este tema un abordaje inmediato y, si se permite la expresión, «unilateral», y ello de una doble forma. Podríamos entrar directamente a sostener una tesis de fondo, una tesis fuerte sobre esa relación, ya sea para negar que la legislación sea una actividad para la que quepa pretender racionalidad práctica en sentido propio, ya para mantener que sólo será materialmente racional la legislación que respete ciertos contenidos, supuestamente exigidos por la razón, en cualquiera de sus formas o presentaciones. La segunda alternativa podría ser trazar un mapa de las relaciones o combinaciones posibles entre esas dos expresiones y sus diversos sentidos, lo cual puede darnos, según exprimamos más o menos nuestra vena «analítica», diez, veinte o cien combinaciones o posturas distintas. Si se permite una fácil comparación, en el primer caso estaríamos proponiendo un lugar o destino de llegada pero sin proporcionar el

¹ El presente trabajo es una reelaboración de la ponencia presentada en el «Congreso Internacional de Teoría y Técnica Legislativa», celebrado en Valencia los días 27 a 30 de octubre de 1997.

mapa que nos muestre de dónde partimos, en qué medios podemos movernos y con qué impedimenta nos dotamos para el viaje. Tal parecería que descendiéramos en paracaídas. Auténticos paracaidistas, en efecto, parecen muchos de nuestros queridos colegas que aterrizan (y nos lanzan) de bruces en contenidos materiales de justicia que a ellos se les revelan pero que a los demás tal vez ni se nos insinúan en su supuesta evidencia. En cambio, cuando se toma la segunda opción tal parece que se traza un completísimo mapa pero que nada se nos dice acerca del a dónde conviene ir por esos caminos, con lo que, dado que no se nos estimula al viaje, deja de interesarnos el mapa y pasa a ser un discutible divertimento de geógrafos del lenguaje jurídico. Hará falta, pues, algo más que un mapa: una guía para elegir entre los destinos posibles los que sean mejores.

Aquí, intentaremos combinar esa doble vía: comenzaremos por analizar algunos presupuestos y enfoques posibles de la teoría de la legislación desde el punto de vista de la razón práctica, y acabaremos proponiendo, aunque sea de un modo muy elemental y provisional, una cierta tesis acerca del tipo de reglas o pautas que debe respetar una legislación que se pretenda racional, con lo que estaremos ofreciendo un boceto de teoría práctico-racional de la legislación.

1. EL MAPA

Obviamente, la relación que se pueda establecer entre razón práctica y teoría de la legislación vendrá condicionada por lo que entendamos por «legislación» y por la concepción que de la razón práctica se mantenga.

No vamos a preocuparnos aquí demasiado de perfilar una noción depurada de razón o racionalidad práctica. Conformémonos con entender que cuando hablamos de razón o racionalidad práctica nos referimos a los criterios mediante los que cabe, si es que cabe, la justificación intersubjetivamente aceptable de opciones relativas a acciones o cursos de acción. Hablamos, es obvio, de las reglas de razón que, si es que caben tales, pueden y deben regir los juicios o valoraciones que nos llevan a elegir entre alternativas comportamentales diferentes (por ejemplo, entre dar a la ley uno u otro contenido, cuando se es legislador). La más elemental, y también la más importante, división en este tema se da entre las doctrinas escépticas, que no creen que quepa postular o pretender ningún género de

racionalidad en tales ámbitos, por ser ámbitos inevitablemente presididos por el subjetivismo o el incontrolable arbitrio, y las que sostienen que cabe fundar también en este terreno de la acción y sus justificaciones un parámetro objetivo y cognoscible de racionalidad.

La pregunta primera que a este propósito se nos plantea es la siguiente: ¿cabe una teoría de la legislación si se mantiene una postura escéptica en materia de razón práctica? Y la segunda pregunta sería: ¿qué relación se daría entre tal teoría de la legislación y la razón práctica? Creo que la respuesta a esas dos preguntas se sintetiza en la siguiente afirmación: cabría una teoría de la legislación entendida como teoría y desarrollo de una técnica legislativa, entendiendo esta expresión en sentido amplio, como conjunto de técnicas instrumentales. En otras palabras, cabría una teoría de la legislación no normativa o normativa en sentido débil. Podemos entender por tal aquella teoría que da pautas sobre cómo seleccionar y usar los medios mejores para maximizar objetivos o fines, pero sin discernir entre los fines que pueden resultar preferibles o más justificados. Lo que no cabría, por tanto, sería una teoría normativa de la racionalidad legislativa.

Desde posturas escépticas en cuestiones de racionalidad práctica, lo habitual es concebir la legislación como pura decisión, decisión que podrá venir ilustrada por la consideración de todo tipo de datos y que podrá y lógicamente tratará de maximizar su eficacia, de asegurar al máximo la consecución de los efectos que se pretenden, pero que no dejará por eso de ser opción del legislador guiada por sus intereses, su particular ideología, su moral, etc. Este sería el planteamiento de, por ejemplo, Kelsen². Por mucho que para Kelsen el derecho sea, y el derecho legislado más aún, técnica de dirección de conductas, los fines que determinan hacia donde se quiere guiar las conductas no los proporciona más que la subjetividad del legislador. Pero entiendo que con ello no se imposibilita una teoría de la legislación, sólo se hace imposible una teoría normativa fuerte. Aquí cabría una teoría de la legislación como teoría de los medios de que el legislador dispone para maximizar la eficacia de las normas que dicta al servicio de

² Vid. al respecto, RÖMER, P., «Reine Rechtslehre und Gesetzgebungslehre», en Tammelo, I., Mock, E. (eds.), *Rechtstheorie und Gesetzgebung. Festschrift für Robert Weimar*, Frankfurt M., P. Lang, 1986, pp. 25 y ss. Sobre el escepticismo kelseniano ante una teoría de la legislación que pueda ser parte de la ciencia jurídica vid. también MAIHOFER, W., «Gesetzgebungswissenschaft», en Winkler, G., Schilcher, B. (eds.), *Gesetzgebung*, Wien/New York, Springer, 1981, p. 6, nota 2.

sus particulares fines, y como teoría acerca de la mejor configuración y manejo de tales medios. Lo que no tendría lugar sería una teoría que pretendiera discernir entre los fines posibles del legislador. Sería puramente ideológica, manipuladora y engañosa.

Pero el ejemplo de Kelsen no sorprende. Más curioso y digno de estudio detallado es que dejen poco lugar a la racionalidad práctica en la legislación autores que mantienen una postura antipositivista y de crítica del escepticismo y relativismo kelsenianos. Autores que creen que en la aplicación del derecho puede el juez alcanzar un sustento y control efectivo para que sus valoraciones no sean puramente subjetivas, sustento y control que vendrían de cosas tales como principios, valores, naturaleza de la cosa, etc., al hablar de la legislación la equiparan a pura decisión no accesible al control racional. Esta postura puede ejemplificarse con Bydlinski. Para él legislación significa «decisión política», aun cuando convenga que la preparación científica de tal decisión se lleve a cabo de la mejor manera posible³. Pero nos dice que es una utopía pensar en una perfecta determinación «científica» de la legislación⁴. Lo único que los juristas en cuanto tales pueden aportar a la legislación ocurrirá en el campo de la técnica legislativa, la cual se ocupa de cómo, sin modificar el resultado, pueden las normas hacerse del modo más manejable y claro⁵. La razón de esto radicaría en el distinto carácter de la racionalidad política y de la racionalidad jurídica. El político, allí donde la racionalidad cesa tiene aún que decidir y actuar, dice Bydlinski⁶. En cambio, lo específico de la racionalidad jurídica vendría del hecho de que el jurista, aun cuando razone de *lege ferenda*, permanece vinculado a los principios jurídicos fundamentales de justicia y seguridad jurídica y con ayuda de ellos ha de concretar valoraciones. El jurista no está llamado a fijar los fines de la convivencia social, lo cual compete al titular de la decisión política⁷. Vemos, pues, como para Bydlinski se daría una división del trabajo entre política y derecho que se corresponde con una

³ BYDLINSKI, F., *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien/New York, Springer, 1982, p. 619.

⁴ *Ibidem*, p. 623. Vemos en este autor una peculiaridad lingüística que es muy común. Equipara racionalidad a racionalidad científica cuando habla de la legislación y dice que no cabe, por ello, una legislación racional; pero en cambio no mantiene esa concepción de la racionalidad cuando habla de la aplicación del derecho, en cuyo caso le llevaría a proclamar que ésta es siempre irracional y puramente decisoria por no haber su plena determinación científica.

⁵ *Ibidem*, p. 625.

⁶ *Ibidem*, p. 629.

⁷ *Ibidem*, p. 646.

bipartición también de las racionalidades. El derecho empieza a partir de la decisión del legislador, por lo que una racionalidad jurídico-práctica no sería predicable de la legislación. La razón práctica se mueve en el interior de ese marco trazado por una decisión previa y podrá pretenderse operante en y sobre el juez, no sobre el soberano. Cierta antipositivismo acaba así enseñando su verdadera faz entre escéptica y autoritaria.

En consecuencia, cabría un primer tipo de teoría de la legislación: entendida básicamente como técnica legislativa y desvinculada de toda idea positiva de la racionalidad práctica. Sería una teoría de la legislación que idealmente debería ser cultivada y desarrollada por una coalición de juristas especialistas en las distintas ramas del ordenamiento y lingüistas, lógicos, sociólogos y, a lo máximo, algún que otro iusfilósofo analítico y, sin embargo, dialogante, práctico e interesado por el derecho positivo.

Estamos presuponiendo, en esa primera configuración que acabamos de ver, que el escepticismo en materia de razón práctica significa escepticismo en cuanto a los fines, pero no en cuanto a la posibilidad de una racionalidad práctico-instrumental, es decir relativa a la opción entre medios más aptos para los fines que se hubieran sentado. Por supuesto, cuando el punto de partida está en un decisionismo extremo, en una mística de la decisión que valora sólo ésta por lo que representa de ejercicio de un poder o desempeño de un rol, sin que importen sus consecuencias en términos de eficacia o maximización de cualquier tipo de utilidades (políticas, económicas, etc.), no cabe entonces una teoría de la legislación ya ni siquiera como técnica legislativa; solamente una doctrina de la decisión de carácter místico-religioso y totalitario. Ya no se trataría de una teoría de la elección sino de una doctrina del «elegido»⁸.

Desde el punto de vista de una filosofía que admita alguna forma de racionalidad práctica, en el sentido antes expuesto, sí que cabría una teoría de la legislación que se ocupara positivamente de la relación entre legislación y razón práctica, es decir, de señalar los límites que desde ésta pueden trazarse

⁸ Habría dos doctrinas extremas que en su dogmatismo, apriorismo e incompatibilidad con cualquier concepción moderna de la racionalidad hacen imposible una teoría de la legislación que merezca con propiedad tal nombre: ese decisionismo extremo que acabamos de mencionar (legislación como asunto de los «elegidos») y el dogmatismo material extremo o teoría de los límites «revelados»: cuando se afirma contenidos materiales preordenados a la ley y necesarios, la teoría de la legislación o no merece tal nombre (salvo como rama de la teología o la metafísica) o tiene un papel secundario y subordinado, puramente residual.

a aquélla si se quiere racional. Dejamos para más adelante la mención de las configuraciones que una tal teoría de la legislación puede adoptar.

La segunda de las variables a considerar es lo que se entienda por legislación. Aquí hay que hacer dos precisiones.

– En primer lugar conviene siempre aclarar si cuando se habla de teoría de la legislación se alude a una teoría de la producción de lo que en su sentido más propio y estricto es la ley o si se trata de una teoría de la producción normativa en general, básicamente de la producción de las normas generales, sea cual sea su estatuto jerárquico y su fuente (leyes, reglamentos...). Es evidente que una teoría de la producción de normas generales habría de tomar en consideración muchos más datos y variables que una mera teoría de la legislación en sentido estricto, por lo que habría de ser una teoría mucho más compleja, y más complejo sería también el establecimiento de criterios de racionalidad para sus procedimientos y resultados⁹. Aquí, en adelante, hablaremos de teoría de la legislación para referirnos a la producción de la ley propiamente dicha.

– En segundo lugar, no hay que perder de vista la interrelación entre la visión que de la racionalidad de la ley se tenga y la concepción del legislador que se profese.

a) Es sabido que en los arranques del moderno Estado de Derecho se sitúa el llamado mito del legislador racional. Aquí la cuestión de la racionalidad legislativa adquiere un carácter, podríamos decir, de axioma. Si por definición el legislador es racional, como síntesis de su omnisciencia y omnipotencia, perfectos serán también sus productos, las leyes, tanto en lo formal (claridad y evidencia, ausencia de antinomias, lagunas o redundancias) como en lo material (quien conoce perfectamente la sociedad, sus males y sus necesidades, acertará a recetar, bajo forma de ley, lo que al cuerpo social más le conviene). Fines y medios, materia y forma, se funde todo en esa especie de razón suprema de un legislador que tiene, en versión laica, los atributos del dios medieval de la ley eterna. Esa idea del legisla-

⁹ Norber Achterberg concebía la teoría de la legislación como parte de una más abarcadora «teoría general de la regulación» (*allgemeine Regelungstheorie*), que comprendía también la teoría de la reglamentación administrativa y la teoría de la jurisprudencia (ACHTERBERG, N., «Die Bedeutung der Gesetzgebungslehre für die Entwicklung einer Allgemeinen Regelungstheorie», en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1, 1986, pp. 222 y ss. Sobre las relaciones en concreto entre la teoría general de la regulación y la teoría de la legislación *vid. ibid.* pp. 241 y ss.). Sobre el mismo encuadre, también KARPEN, U., «Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland», en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1, 1986, p. 16.

dor por definición e incuestionablemente racional explica que una teoría de la legislación fuera vista como un innecesario esfuerzo reconstructivo de una realidad que en su perfección no necesitaba reglas, y que una teoría de la legislación normativa en sentido fuerte, articuladora de legislación y mandatos de la razón práctica pudiera sonar como perfectamente redundante y, a lo más, meramente descriptiva y no propiamente normativa¹⁰. De ahí que pese a intentos puntuales no se constituyera en siglos la teoría de la legislación como disciplina articulada y con un lugar preciso y relevante entre los estudios jurídicos, y de ahí también que el esfuerzo de la teoría del derecho se centrara en determinar el papel y lugar del juez. Pero aquí, aunque sea de pasada, cabe reseñar algunas circunstancias curiosas por referencia al tema de la racionalidad práctica. Se trata de ver las relaciones entre legislación y actividad judicial por referencia a este tema de la racionalidad.

En una primera etapa, al legislador la racionalidad, como acabamos de señalar, se le presupone. La racionalidad del legislador se traslada a la de su producto, la ley. Pero es hasta tal punto operante esa visión de la ley como racional, que se produce un segundo efecto expansivo de esa razón: hacia el juez. El carácter racional de la ley no deja sitio sino a una visión de la aplicación del derecho que sea puro reflejo de aquélla. En un segundo momento, la crisis en esa visión racional y mítica del legislador se tradujo en una gran discusión sobre la racionalidad o no de la actividad judicial y sus posibles controles y referencias. Podemos sentar, aunque sea aquí sólo de un modo incidental, la siguiente ley: cuanto más se ve como racionales a la ley y al legislador, tanto menos importancia se da al tema de la racionalidad judicial; y, a la inversa, cuando decae la idea de la racionalidad legislativa tanto más preocupa la del juez¹¹. Con arreglo a esta dinámica podemos explicarnos las fluctuaciones de la teoría del derecho y la metodología jurídica desde el pasado siglo hasta hoy. Pero podemos también percibir en el correspondiente esquema cierta novedad reciente. Y es que en tema de racionalidad del legislador la teoría jurídica se ha movido entre su consideración como immanente o como inexistente, y en tema de racionalidad judi-

¹⁰ Sobre lo que a esta utopía racionalizadora añadió el pensamiento codificador puede verse por ejemplo, C. VARGA, «Utopias of rationality in the development of the idea of codification», en *RIFD*, 50, 1978, pp. 19-38.

¹¹ Más ampliamente al respecto, GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópic jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, p. 294.

cial 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 legislador¹². Esto sólo ha sido posible cuando el legislador ha sido desmitificado, sin caer por ello en el descrédito.

Y es que la dialéctica entre mitificación y descrédito del legislador es también muy ilustrativa como esquema heurístico con el que leer la historia de la teoría jurídica de estos siglos, con síntesis frecuentes entre ambos polos. En la base de la mitificación del legislativo estuvo por ejemplo la mística de la nación, o el modo rousseauiano y también misticador de entender la representación que el legislador encarna. Pero, curiosamente, los ataques a tal modo de pensar vinieron a menudo de doctrinas que propugnaban una mayor y supuestamente más «real» comunión «orgánica» entre legislador, Estado y pueblo, con aberraciones tales como la idea de democracia orgánica o de caudillismo o «Führtentum». En ninguna de estas formas está presente una correlación entre legislación y razón práctica. Ésta, como veremos, sólo tiene sentido cuando el legislador pierde su aura mítica sin convertirse por ello en un ser inmune a toda razón o sin ser su actividad pura decisión que no se justifique más que funcionalmente en la necesidad de que alguien dicte normas.

b) De ese legislador-«dios» la doctrina pasó a la imagen del legislador «artista». Se habló con pleno convencimiento y en su sentido más literal del «arte de legislar». El buen legislador pasa a ser aquel que posee cierto don, cierta aptitud que o se tiene o no se tiene, pero que difícilmente podrá disciplinarse con recetas metodológicas¹³. Aquí poco sitio queda también para la razón práctica como razón que actúa guiada por ciertas reglas que encauzan su reflexión. El buen legislador ya no lo es por definición o por necesidad, sino por azar. La mística de la nación o la representación pasa a ser sustituida por la confianza en la suerte: que un pueblo o un

¹² Una magnífica panorámica de la evolución de la teoría de la legislación, hasta llegar al interés actual por la misma, y de los campos de dicha disciplina puede verse en ZAPATERO, V., «De la jurisprudencia a la legislación», *Doxa*, núm. 15-16, vol. II, 1994, pp. 769 y ss.

¹³ Así, Wach decía en 1908 que el «arte» de la justa legislación cae bajo el amparo de personalidades tocadas por una especie de particular gracia divina, y sólo ellas consiguen poner en la correcta sintonía el sentimiento vivo del alma popular con las exigencias del poder. Para Hesemann, lo que lleva al hallazgo de lo «justo real» no es ni un arte ni una técnica, sino «un don, una gracia del destino». Y en 1937 escribía Burckhardt que «la correcta creación del derecho ha de verse como exigencia dirigida a la personalidad más que como tarea científica» (Todo ello en KREMS, B., *Grundfragen der Gesetzgebungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979, pp. 21-22).

Estado tenga la fortuna de que el supremo gobierno de sus normas esté en manos de los «artistas» más aptos para ello. Si en la legislación no cabe determinación científica y no hay de la racionalidad más patrón que el de la ciencia, o vemos en el legislador un tirano irracional o confiamos en que su labor participe de la condición de aquellas actividades que no siendo racionales tampoco buscan el puro interés egoísta, sino que se plasman en una obra positiva, como ocurre con el arte.

Curiosamente, la doctrina del derecho libre llegará a decir algo similar para el juez. Recuértese como para Fuchs buen juez puede serlo solamente quien además de poseer una sólida formación (principalmente en materias sociológicas y psicológicas) posee también una actitud innata que ninguna enseñanza puede suplir, del mismo modo que para ser buen músico el estudio intensivo es condición necesaria, pero no bastante. Pero, para no perder de vista la interconexión entre esos dos aspectos, el de la creación legislativa del derecho y el de su aplicación judicial, repárese en que este punto de vista de la escuela del derecho libre se propaga unido a la crítica de un legislador (el del BGB) que ya no es contemplado ni como espontáneamente racional ni como virtuoso de ese arte legislativo, sino como prisionero del prejuicio o como manipulador o tergiversador de la realidad de las cosas¹⁴.

c) Un tercer modelo de legislador sería el que podríamos llamar modelo del legislador en crisis. Aunque haya podido repetirse la presencia o el predominio de esta visión, bástenos pensar en la relevancia que vuelve a cobrar en nuestros días. Una muestra: la tan manida apología actual del principialismo, del papel de los valores, ya sea en general ya sean los valores constitucionales, y la consiguiente exaltación de un activismo judicial que sirva de freno, contrapeso y corrección de los temibles excesos o incapacidades del legislador tienen casi siempre una de sus más socorridas justificaciones en argumentos como el de que el legislador actual es una pura correa de transmisión de intereses más o menos inconfesables, o carece de los instrumentos intelectuales necesarios para percibir la auténtica dimensión de los problemas sociales, o es corrupto, o se mueve en medio de un vacío ideológico y valorativo propio de la crisis de los partidos y las ideolo-

¹⁴ Aunque sea a título de nota curiosa podemos destacar también que cuando autores como Fuchs critican al legislador del BGB están atacando ya no a una figura mítica o política, sino a los científicos del derecho (Windscheid, Plank, Sohn) que determinan con sus esquemas y categorías la elaboración de los códigos.

gías, etc. Una similar enumeración de los achaques que obnubilan al legislador de nuestros actuales estados democráticos la podemos encontrar en el tan alabado Zagrebelsky. Y la conclusión, ya lo sabemos, es que el juez ha de realizar la justicia del caso concreto enmendando al legislador desde su racionalidad práctica y mediante valoraciones que, en este caso, ya no estarán viciadas de las lacras que tienen las de éste. La crítica más obvia, a mi parecer, está en poner de relieve que no se ve muy bien qué especiales dotes adornan al juez para que su capacidad de juicio y valoración no se vea empañada por esos graves males que al legislador casi incapacitan. ¿O acaso sólo el legislador puede ser venal, manipulado o torpe? Pero quizá sea más sugerente reparar en esto: estas posturas que amparan el activismo y la beatificación del juez en la crisis del legislador no parecen sino prisioneras aún del mito del legislador racional, si bien interpretado ahora *a sensu contrario* o por pasiva: si no es de por sí y sin más racional el legislador, nada hay (ni procedimientos, ni mecanismos ni controles) que haga racional la ley, con lo que cualquier racionalidad posible habrá que confiársela al juez, aunque sea a costa de sustituir el mito antiguo por el nuevo mito del juez racional ¹⁵.

d) Cuando se pone en relación razón práctica y legislación, en el seno de una teoría de la legislación que no quiera ser mera teoría de un haz de técnicas instrumentales para maximizar la consecución de objetivos de cuya racionalidad no se entiende que quepa discutir, se está presuponiendo un modelo de legislador que no es ni racional «por ser vos quien sois», ni irracional por demasiado humano, ni un ser superdotado para hacer de su mandato un acierto con la sola ayuda de su intuición. Hablar de razón práctica significará aquí hablar de un sistema de reglas, generales y que para este caso se especifican bajo formas especiales, que en su configuración ideal y aplicadas a la legislación nos diseñarían un legislador ideal que funciona como modelo contrafáctico. Será por comparación con tal modelo en

¹⁵ Prieto Sanchís lo ha expresado con total claridad: «En nombre de la facticidad se desprecia la legislación, poniendo de relieve su insuficiencia o los intereses y egoísmos que la animan; pero se olvida esa misma facticidad cuando se nos propone al juez Hércules o al fino razonador que debe requerir la ponderación de la naturaleza de las cosas o la interpretación del Derecho Natural. Y en nombre de la racionalidad se idealiza la función judicial, omitiendo cualquier referencia al juez empírico; pero se olvida esa racionalidad a la hora de describirnos al legislador que, éste sí, aparece como verdaderamente es, cuando no mucho peor» (PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 16). «Conviene, pues, recordar que, antes que el juez decimonónico, el legislador fue también el depósito de la lógica y de la razón, o sea, un sujeto sin pasiones» (*ibidem*, p. 22).

que las reglas de la razón práctica se articulan y se proyectan, como podrá compararse críticamente el legislador actual de cualquier sistema, con sus carencias y defectos, y ese legislador racional, siempre ideal e hipotético pero que como referente último justifica críticas y reformas.

Trataremos luego de apuntar algunos caracteres de dicho modelo. Bástenos ahora ejemplificar con Karpen algo de lo que queremos decir. Para Karpen la legislación significa en última instancia decisión política, y en la democracia la decisión política no puede legitimarse ni en la tradición ni en el carisma, sino en la racionalidad. Esta legitimación en la racionalidad tendría varias dimensiones, según este autor: 1) legitimación en la racionalidad formal, es decir, «en un procedimiento aceptado como legítimo, tal como el que se manifiesta en la organización constitucional de nuestra democracia»; 2) legitimación en la racionalidad material, es decir, basada «en fines y valores consentidos como legítimos, tal como los que se cobijan, por ejemplo, en las categorías de derechos fundamentales de nuestra democracia»; y 3) en el saber científico. Y, además, los postulados de la democracia y de la cientificidad coincidirían: ambos exigen la discusión pública¹⁶. En lo que sigue me mostraré básicamente de acuerdo con esta propuesta, con el único matiz de resaltar más si cabe la imbricación entre el componente formal o procedimental y el material en una teoría de la legislación que se quiera teoría de una legislación racional.

2. LA GUÍA

En lo que sigue voy sencillamente a apuntar algunos elementos de una teoría de lo que podemos llamar la razón práctica legislativa. Como anuncié al principio, mi propuesta tendrá carácter normativo (será más que un mapa, pretenderá en algo ser una guía), es decir, apuntará hacia un modelo de legislador y legislación racional, pero tratará de no ser una pura teoría material de la legislación, que es algo que suena siempre a dogma y autoritarismo. Y frente a los modelos que hemos visto del legislador con racionalidad infusa, del legislador artista y del legislador irracional, nuestra propuesta podríamos denominarla *modelo del legislador operativamente racional*.

¹⁶ KARPEN, U., «Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland», cit., pp. 26, 27.

Desarrollaremos nuestra propuesta en dos puntos: estatuto y presupuestos de la teoría de la legislación que proponemos y desarrollos de la misma.

2.1. Una teoría formal-normativa de la legislación

De las teorías de la legislación y de sus partes existen múltiples clasificaciones que no necesitamos reproducir aquí¹⁷. Nos limitaremos a explicar los términos de nuestra propuesta por relación a otros modos de abordar la teoría de la legislación en general y la relación entre legislación y razón práctica en particular.

Ya hemos dicho que cabe una teoría de la legislación compatible con el escepticismo en materia de razón práctica. En tales casos puede la teoría de la legislación tener un carácter normativo, pero normativo-instrumental: establecería reglas acerca de la optimización de medios para la maximización de fines, no acerca de los valores y fines que pueden guiar una legislación racional y servir de límite al contenido de sus normas. En suma, por contraste con la postura que aquí se propone, a la teoría de la legislación que parte de asumir que *a*) la determinación del contenido de la ley es cuestión de decisión política; *b*) que en dicha decisión puede el legislador buscar asesoramiento científico (lingüístico, sociológico, lógico, psicológico, etc.); *c*) que la teoría de la legislación puede sistematizar con carácter general las aportaciones de éstas y otras disciplinas como auxilio para la actividad decisoria en cuestión; y *d*) que no hay lugar para una teoría de la legislación ligada a la razón práctica en su sentido más fuerte, como racionalidad legisladora que condicione los contenidos de la norma legislada, a este tipo de teoría de la legislación, digo, la podemos llamar funcional o instrumental¹⁸. También podemos caracterizarla diciendo que el aspecto técnico predomina en ella.

¹⁷ Limitémonos a algunas sugerencias bibliográficas al respecto. Un buen cuadro de las distintas partes y aspectos de la teoría de la legislación puede verse en HUGGER, W., *Gesetze -Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung*, Baden-Baden, Nomos, 1983, p. 33. Interesantes y muy ilustrativas clasificaciones son las que presentan KARPEN, U., «Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland», cit., pp. 7 y ss.; MAIHOFER, W., «Gesetzgebungswissenschaft», cit., pp. 19 y ss.; KREMS, B., *Grundfragen der Gesetzgebungslehre*, cit., pp. 38 y ss.; MADER, L., *L'évaluation législative*, Lausanne, Payot, 1986, pp. 16 y ss.; MADER, L., «La législation: objet d'une science en devenir?», en *La science de la législation*, Paris, PUF, 1988, pp. 14 y ss.; ATIENZA, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 27 y ss., 54 y ss.

¹⁸ Un ejemplo puede ser la teoría que propone Öhlinger, para quien objeto de una teoría de la legislación sólo puede ser «la dimensión formal de la legislación», pues la fijación del contenido del derecho corresponde a la política por medio de lo que es propiamente una decisión, por mucho que

Frente a esa teoría normativo-instrumental, que deja de lado o entre paréntesis el tema de la racionalidad práctica de las normas que la legislación produce, tenemos las teorías normativas o prescriptivas de la legislación, teorías normativas o prescriptivas en sentido propio. Son aquellas que parten de que tiene sentido una teoría de la legislación capaz de discernir de algún modo la racionalidad práctica de las normas legales y que, por tanto, encuentran sentido a la prescripción de reglas del legislar que tienen que ver con el establecimiento de fines o la adopción de valores¹⁹. Estas teorías normativas pueden ser de dos tipos: material-normativas y formal-normativas.

Llamo teorías material-normativas a aquellas que establecen límites directos al contenido posible de la actividad legislativa, límites que se pretenden de algún modo emanados directamente de la razón. Tal sería el esquema del iusnaturalismo, y, tal vez forzando los términos, podemos ver las doctrinas iusnaturalistas traducidas a teorías material-normativas de la legislación. Vendrían a decir, por ejemplo, que un legislador que se quiera racional no podrá nunca dictar una ley permisiva del divorcio.

Por teorías formal-normativas entiendo aquellas que sólo indirectamente limitan los contenidos de la decisión legislativa racional: no habría contenidos de por sí, apriorísticamente, irracionales. Pero sí habría modos, formas o procedimientos exigidos por la racionalidad²⁰, modos, formas o procedimientos que no podrían desembocar en ciertos contenidos de la

para la misma quepa mero asesoramiento. En suma, para este autor «objeto de la ciencia de la legislación es sólo la ley como medio de esa decisión política» [ÖHLINGER, Th., «Planung der Gesetzgebung und Wissenschaft- Einführung in das Tagungsthema», en Öhlinger, Th. (ed.), *Methodik der Gesetzgebung*, Wien/New York, Springer, 1982, p. 5]. Ese es también el planteamiento de uno de los grandes precursores de la teoría de la legislación en esta época (junto con Rödig), como es Noll. Como señala KREMS (op.cit., pp. 31 y 34-35), para Noll la racionalidad del poder legislativo se mide a partir de la visión de la ley como medio para la consecución de determinados fines técnico-sociales. También Maihoer ha señalado que para Noll se trata de hallar los mejores medios para un fin dado, «poniendo entre paréntesis la cuestión valorativa», no de decidir entre los mejores fines y valores [MAIHOFER, W., «Rechtstatsachenforschung und Gesetzgebungswissenschaft», en Heinz, W. (ed.), *Rechtstatsachenforschung heute*, Konstanz, Universitätsverlag Konstanz, 1986, p. 166].

¹⁹ Por mencionar una división en algún modo similar, digamos que Wielinger divide la «ciencia de la legislación» en una parte técnica y una parte relativa a cómo constituir en el futuro el derecho «correcto». En consonancia, puntos claves de una tal ciencia de la legislación estarían en la técnica legislativa, la investigación de los hechos jurídicos (*Rechtstatsachenforschung*) y la doctrina normativa de la legislación (*normative Gesetzgebungslehre*), que tendría sus precedentes en los distingos iusnaturalismos históricos [WIELINGER, G., «Zur Problematik einer Gesetzgebungswissenschaft», en Tammelo, I., Mock, E. (eds.), *Rechtstheorie und Gesetzgebung*, Frankfurt M., Lang, 1986, p. 161].

²⁰ Se trataría de algo similar a lo que Romano Bettini denomina «racionalidad indirecta (procedimental) al servicio de la racionalidad material» (BETTINI, R. «L'idealtipo legislativo tra opportunismo e razionalità», en *Reason in Law*, vol. III, Milán, Giuffrè, 1988, p. 37).

decisión si no es a costa de la simulación, el autosabotaje o la contradicción performativa; de la irracionalidad, en suma.

Aquí estoy proponiendo una teoría formal-normativa de la legislación. Por tanto, el que hemos llamado modelo del legislador operativamente racional presupone que *a)* cabe algún tipo de juicio o crítica de la actividad legislativa por relación a la racionalidad; *b)* que dicha racionalidad tiene que ver con la elección de contenidos en sentido fuerte, con la opción valorativa de fondo que el legislador adopta; *c)* que dicha racionalidad no consiste en postular contenidos prohibidos o necesarios desde algún tipo de dogma o ética material; y *d)* que la racionalidad en cuestión es primariamente formal y procedimental y sólo derivadamente veta, por incompatibilidad con esos presupuestos procedimentales, ciertos contenidos de las normas legales.

Una tal teoría formal-normativa puede tener uno de estos dos fundamentos posibles.

a) El primero sería un fundamento relativo que nos llevaría a medio camino, sólo a medio, con las teorías instrumentales. Lo llamaremos fundamento por razón de consistencia: si aceptamos o presuponemos la democracia, el Estado constitucional y democrático, podremos concluir que si el legislador de ese Estado no respeta ciertos límites o garantías procedimentales el sistema se estaría saboteando desde dentro. Decimos que este planteamiento está a medio camino, pero sólo a medio camino con las doctrinas instrumentales, porque aquí no se trata de establecer reglas de maximización de cualesquiera objetivos, sino de poner límites al modo cómo ciertos objetivos pueden establecerse o perseguirse a través de la ley democrática. El elemento de relatividad está aquí en que se presupone sin fundamentarla la superioridad o bondad del régimen constitucional-democrático, pero el dato propiamente normativo se sigue de la necesidad de actuar en consistencia con ese bien que se da por sentado. La paradoja se aprecia si tenemos en cuenta que una tal concepción podemos encontrarla hasta en Kelsen. Éste afirma que la opción entre democracia u otro tipo de régimen jurídico-político es una pura cuestión de preferencia subjetiva y no algo que se pueda pretender demostrado desde ninguna forma de razón práctica, pero que si, como admite que es su caso, se asume, aunque sea ideológicamente, por tanto, la preferencia del sistema democrático, habrá que aceptar que éste no puede operar si no es sobre la base de ciertos presupuestos necesarios: ciertas libertades mínimas y la pureza de ciertos procedimientos, por

ejemplo electorales²¹. Algo similar podríamos buscar también en otro autor tan ajeno a la idea de racionalidad práctica como es Luhmann: en la medida en que estimemos positiva la sociedad moderna, con su elevada capacidad para reducir complejidad y permitir al mismo tiempo crecimiento y nuevas posibilidades, tendremos que concluir la bondad de la generación de subsistemas sociales con la función de encauzar y reducir complejidad, y entre tales subsistemas está el político, cuya labor es la de generar decisiones vinculantes y que sólo se puede mantener compatible con otros subsistemas, sin invadirlos, si se generan emanaciones sistémicas tales como los derechos humanos.

El vínculo entre asunción de la democracia y teoría de la legislación lo han señalado numerosos autores. Según Noll, en democracia la teoría de la legislación no puede tomar la legislación como un «arte», sino como práctica que es «lehrbar», susceptible de enseñanza y perfeccionamiento, y ya no puede tratarse del acceso o averiguación de un derecho natural o un dato social: «Si, como en democracia, el pueblo mismo es en última instancia el legislador, tanto el surgimiento como el contenido de las leyes deben ser accesibles y transparentes para todos, racionalmente controlables, y esto implica que la legislación puede ser objeto de enseñanza». Por tanto, concluye este autor, la teoría de la legislación está ligada, por un lado, a la democracia y, por otro, al positivismo, pues se trata de ver cómo se *pone*, se *sienta* racionalmente el derecho²². Por su parte, Öhlinger opina que la legitimación democrática del legislador no significa «habilitación para tomar decisiones irracionales». Y añade que «un grado de racionalidad lo más alto posible en todos los niveles del derecho, incluyendo el de la legislación, no sólo no está en contradicción con la democracia sino que posiblemente es incluso parte de la legitimación democrática, al menos en su forma representativa propia del Estado de Derecho²³». En opinión de Schäffer la teoría de la legislación no puede cuestionar, sino que tiene que asumir como sus axiomas de partida ciertos valores básicos, como, en primer lugar, los principios de la democracia y el Estado de Derecho, así como la función del derecho como instrumento de paz²⁴. Badura ha dicho que

²¹ Sobre este aspecto del pensamiento de Kelsen *vid.* GARCÍA AMADO, J. A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 192 y ss.

²² NOLL, P., *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, 1973, pp. 15 y 25.

²³ ÖHLINGER, TH., «Planung der Gesetzgebung und Wissenschaft -Einführung in das Tagungsthema», *cit.*, p. 1.

²⁴ SCHÄFFER, H. (ed.), *Theorie der Rechtssetzung*, Wien, Manz, 1988, p. 30.

una teoría de la legislación tiene su axioma en la idea de que la ley es el eje central del Estado constitucional democrático y que como tal no tiene alternativa²⁵. Y, concretando aún más, dice Schreckenberger que «en el proceso legislativo el Parlamento debería verse no tanto como una autoridad especializada en legislar cuanto como guardián de la razón práctica que (...) expresa y hace válidas experiencias de la vida práctica y convicciones sociales generales»²⁶.

En suma, creo que cabe una teoría normativa de la legislación que podría denominarse como teoría de la legislación en democracia y que tiene que ver con las reglas procedimentales y sus secuelas materiales que se han de respetar en la actividad legislativa democrática, pero ya no sólo o principalmente por imperativo constitucional o legal, sino por imperativo de razón: para que el punto de partida que justifica el sistema —la democracia— no se torne un sinsentido por el modo antidemocrático o autocontradictorio de practicar la legislación democrática. La efectividad del principio democrático exige algo más que la pura articulación formal de ciertos órganos depositarios de la representación; supone, en lo que a la legislación se refiere, la plasmación práctica y procedimental de una cierta racionalidad que tiene su eje en el respeto de los interlocutores y de su igualdad y en el procedimiento que asegura todo ello y la transparencia del resultado. No toda legislación acontecida en democracia será, pues, igualmente racional, sino que habrá que establecer las condiciones del modo de legislar acordes con las exigencias prácticas de la democracia, y hay ahí campo para una teoría de la legislación que enlace legislación y razón práctica. Como dice Volkmar Heyen, no hay racionalidad de la legislación sin el respeto de ciertas máximas comunicativas que aseguran la ausencia de coacción y de manipulación²⁷. Con esta última referencia nos acercamos más al segundo fundamento posible.

b) Si queremos un fundamento más profundo de las reglas que han de presidir la actividad legislativa que se quiera racional, o, si nos preguntamos por qué debemos racionalmente asumir el sistema democrático como base de cualquier legislación que se quiera racional en sentido propiamente

²⁵ BADURA, P., «Die parlamentarische Volksvertretung und die Aufgabe der Gesetzgebung», en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2, 1987, p. 308.

²⁶ SCHRECKENBERGER, W., «Krise der Gesetzgebung?», en Schreckenberger, W. (ed.), *Gesetzgebungslehre*. Stuttgart, etc., Kohlhammer, 1986, p. 37.

²⁷ HEYEN, E. V., «Historische und philosophische Grundfragen der Gesetzgebungslehre», en Schreckenberger, W. (ed.), *Gesetzgebungslehre*, cit., pp. 17 y ss.

normativo, seguramente la doctrina más potente que hoy se nos ofrece es la ética discursiva habermasiana, unida a los desarrollos de la teoría de la argumentación racional, como ya apuntó entre nosotros Manuel Atienza²⁸.

No es este el lugar para intentar exponer por extenso la filosofía discursiva de Habermas. Bástenos recordar que pretende reconstruir las reglas que son inmanentes a la acción comunicativa, reglas que si no fueran general y habitualmente asumidas al comunicarnos tornarían la comunicación un sinsentido y, consiguientemente, la sociedad devendría imposible. Pues bien, inmanente a la comunicación lingüística sería la búsqueda del entendimiento, como consenso en torno a pretensiones de validez (ya sean pretensiones de verdad, de rectitud o de veracidad), consenso que cuando no surge de modo inmediato habrá de reconstruirse en un discurso, en un proceso argumentativo del que sólo saldrá un acuerdo racional cuando esté presidido por el respeto de las reglas (reglas de la argumentación racional) que aseguren la libertad e igualdad de todos los interlocutores, reales o potenciales. La proyección de esas reglas del discurso racional nos da una imagen ideal, la situación ideal de habla, que sirve como modelo contrafáctico con el que comparar críticamente nuestras prácticas comunicativas e instituciones. Pues bien, en opinión de Habermas, el Estado constitucional y democrático es la más perfecta plasmación institucional que históricamente ha sido posible y concebible de los presupuestos de la racionalidad comunicativa. De ese modo los mecanismos constitucionales y legales que aseguran la igual participación de todos en el proceso político y normativo gozarían de un respaldo racional que los hace inmunes a cualquier pretensión relativizadora y que permite criticar sus deformaciones o defectuosas articulaciones.

Hay en Habermas una auténtica filosofía de la razón práctica, y la razón legisladora, la actividad legislativa, no sería inmune a sus reglas. Contemplada desde ahí, la teoría de la legislación tendría el cometido de explicitar las consecuencias y aplicaciones concretas que de esa racionalidad práctica se derivan para la actividad legislativa, a fin de que podamos tener como racionales tanto esa actividad como sus resultados.

Creo que una teoría formal-normativa como la que aquí propongo puede apoyarse en buena medida en la ética discursiva habermasiana y en sus aplicaciones por autores como Alexy. Téngase en cuenta que tales doctrinas tienen un carácter eminentemente formal o procedimental. Establecen los

²⁸ ATIENZA, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, cit., pp. 74-75, 89-90.

modos en que el discurso (el discurso legislativo sería en nuestro caso) ha de articularse para poder pretender racionalidad para sus resultados. Sus reglas de racionalidad práctica son fundamentalmente procesales y no prejuzgan ningún resultado como materialmente necesario, sino que solamente incluyen ciertos resultados como incompatibles en buena lógica con la racional organización de tal proceso discursivo o como atentatorios contra las condiciones de posibilidad del proceso mismo. Pensemos que condición de posibilidad del proceso discursivo mismo son para Habermas ciertos derechos básicos, como los que justifican ciertas libertades o los que garantizan la condición de partícipe en el discurso, y estos derechos no podrían ser eliminados en el propio discurso si no es incurriendo en flagrante irracionalidad.

En lo que sigue, y para concluir, enumeraremos algunas condiciones básicas que debe cumplir el legislador para constituirse en aquel legislador operativamente racional que tomamos como modelo de legislador racional. Las reglas elementales que aquí establecemos creemos que pueden verse como reglas del tipo de las que puede sentar una teoría de la legislación que no renuncie a la dimensión normativa, a la razón práctica. Sus contenidos estimo que serían aceptables desde cualquiera de los dos fundamentos que se acaban de mencionar.

Ese modelo de racionalidad legislativa operativa (también la podríamos llamar procedimental o pragmática) se plasmaría en tres tipos de exigencias o condiciones: condiciones del legislador, condiciones del ejercicio de la legislación y condiciones del resultado o producto.

A) Condiciones del legislador.

Hacen referencia al modo o la vía por la que el legislador llega a ser tal. Legislador racional en su condición sería aquel que llega a esa posición como resultado de un proceso cuyos requisitos formales y procedimentales idealmente aseguran que:

- Nada oculto, inconfesable o engañoso se esconde tras el propósito o la manera de acceder. Tiene esto que ver con asuntos tales como la transparencia en la financiación de los partidos y las campañas, por ejemplo.

- Las ideas, programas y propósitos son conocidos o cognoscibles con una mínima fiabilidad.

- Los procedimientos –campañas, elecciones, recursos...– son escrupulosos y equitativos y garantizan suficientemente la correspondencia del resultado con las preferencias del electorado.



Como conclusión podemos extraer aquí la de la importancia decisiva de la legislación electoral como precondition de una legislación que se quiera racional.

B) Condiciones del ejercicio de la legislación (como actividad).

Se sintetizan en la racionalidad comunicativa y se resumen en los siguientes apartados:

– Condiciones de competencia: asesores, equipos técnicos, etc. Se trata de que quienes deciden tengan la mejor información para su consideración y discusión.

– Condiciones de conocimiento. Se trata de que todos los legisladores conozcan la norma, puedan estudiarla suficientemente, etc.

– Condiciones del debate. Regulación de la presentación y discusión de enmiendas, de los modos de votación, etc.

Estas y otras muchas condiciones tendentes a asegurar que el legislador pueda conocer suficientemente la norma, opinar y discutirla y votarla del modo más racional e informado, vendrían a mostrarnos la importancia capital que los reglamentos parlamentarios adquieren desde el punto de vista de una teoría de la legislación preocupada por la racionalidad práctico-comunicativa.

C) Condiciones del resultado o producto (la ley).

Aquí se inserta la importancia de la técnica legislativa también para una teoría normativa de la legislación. Todas las reglas relativas al lenguaje de la norma, al sistema, a su viabilidad práctica, a su grado de efectividad posible, etc., son precondition de una legislación que pueda verse racional en cuanto producto de una actividad legislativa también racional.

Aquí se acredita la importancia de las directrices de técnica legislativa. Pero no sólo de la técnica al servicio de cualesquiera finalidades legislativas, sino incluso de la técnica en sus implicaciones para la racionalidad comunicativa y pragmática del derecho y para un modelo de institucionalización de los poderes²⁹.

²⁹ Un ejemplo. La actual proliferación y apología de normas en blanco, principios, cláusulas totalmente abiertas, etc., bajo la apariencia de adaptabilidad, adecuación y apertura a la sensibilidad y el consenso social de cada instante, nos retrotraen al más puro y rígido modelo de imperativismo hobbesiano, cambiando sólo el soberano en cuestión: dan cuenta de que lo más importante es que haya mandato para resolver cada caso –la sentencia– y sujeto capaz de mandar e imponerse –el juez–, prescindiendo de lo que significa la certeza de la norma previa en un contexto de libertad y garantías.