

CONTRIBUCIÓN PARA UNA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN*

1.

En un trabajo anterior [Atienza, 1989] partía de considerar el proceso de producción de las leyes -la legislación- como una serie de interacciones que tienen lugar entre elementos distintos: edictores, destinatarios, sistema jurídico, fines y valores. Al mismo tiempo, proponía cinco modelos, ideas o niveles de racionalidad, desde los que puede contemplarse la legislación: una racionalidad lingüística (R1), en cuanto que el emisor (edictor) debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje (la ley) al receptor (el destinatario); una racionalidad jurídico-formal (R2), pues la nueva ley debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico; una racionalidad pragmática (R3), pues la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a lo prescrito en la ley; una racionalidad teleológica (R4), pues la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos; y una racionalidad ética (R5), pues las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética. Naturalmente, no voy a reproducir aquí dicho análisis, pero sí mostraré un resumen del mismo que se contiene en el siguiente cuadro:

* Texto de la ponencia presentada por el autor al tercer Congreso de la Federación de Asociaciones de Sociología del Estado Español, San Sebastián, 28 de sept.-1 de oct. de 1989.

| | Edictores | Destinatarios | Sistema jur. | Fines | Valores |
|----|--|--|---|---|---|
| R1 | emisor | receptores del mensaje (legal) | conjunto de enunciados (mensajes) y de canales para transmitirlos | claridad; precisión | comunicación |
| R2 | órgano al que se atribuye capacidad de producir D. legislado | individuos y órganos a los que se dirigen las leyes | conjunto de normas (en sentido propio) válidamente establecidas | systematicidad: plenitud y coherencia | seguridad; previsibilidad |
| R3 | órgano al que se presta obediencia (soberano) | burocracia e individuos que prestan obediencia (súbditos) | conjunto de normas eficaces (o bien de comportamientos) | cumplimiento del D. (traducción de las normas en acciones) | mantenimiento del orden; eficacia |
| R4 | portadores de intereses sociales (particulares, grupos de presión, etc.) | afectados por la regulación del interés o necesidad social | conjunto de medios (conocimiento psicológico, sociológico, económico, etcétera) para conseguir fines sociales | cumplimiento de objetivos sociales: redistribución de la riqueza, aumento o disminución de la protección social, reducción del desempleo, mantenimiento de ventajas políticas, económicas, etc. | eficiencia social |
| R5 | autoridad legítima | obligados moralmente a obedecer las leyes | conjunto de normas, acciones e instituciones evaluables éticamente | libertad, igualdad, justicia | naturaleza, dignidad humana, consenso, etc. |

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

El segundo de los objetivos era el de definir o precisar el estatuto epistemológico de los estudios sobre la legislación. El esquema indicado permite mostrar cuáles serían las técnicas para potenciar la racionalidad legislativa o para evitar, en la medida de lo posible, incurrir en irracionalidad. Para precisar, sin embargo, el estatuto específico de estas técnicas sería necesario desarrollar un análisis que mostrase también cómo se articulan entre sí los diversos niveles de racionalidad. Por otro lado, es importante distinguir entre técnica (o técnicas) legislativas y teoría (o teorías) de la legislación. En forma sólo aproximada puede decirse que cabe denominar como teorías de la legislación a aquellos análisis más bien de conjunto, de tipo explicativo y de carácter básico, mientras que las técnicas legislativas tienen un carácter mucho más sectorial, no pretenden explicar un fenómeno, sino indicar cómo conseguir ciertos objetivos a partir de determinados conocimientos y, en consecuencia, utilizan o aplican saberes que, por tanto, cabe considerar como más básicos. En el esquema, cada tipo de racionalidad presupone una o varias teorías (científicas o no). Por ejemplo, R1 presupone una teoría del lenguaje, de la información, etc., y R5 una (o varias) teoría(s) de la ética. Pero ello no implica todavía una teoría de la legislación. Dicha teoría debería ofrecer una explicación general del proceso de la legislación y debería ofrecer también los conocimientos básicos que nutrieran a las diversas técnicas legislativas. Tal teoría parece estar todavía sin elaborar, aunque dispongamos ya de explicaciones parciales de la legislación y que constituyen una cierta guía (en verdad, todavía muy precaria) para la técnica y la tarea de la legislación.

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

A fin de evitar dicho uso ideológico, podría tenerse en cuenta lo siguiente. En primer lugar, que, como se ha visto, en el proceso legislativo están implicadas diversas nociones de racionalidad que transcurren en sentidos distintos; no sólo no es fácil, sino que quizás sea imposible satisfacer al mismo tiempo (y a veces, ni siquiera por separado) las exigencias que plantean estas diversas

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

3. Los objetivos planteados no pueden cumplirse, pues, plenamente permaneciendo en el marco de un análisis de tipo interno -como sucedía en el anterior trabajo-, esto es, mostrando cómo cada modelo o idea de racionalidad construye de una cierta manera los elementos de la actividad legislativa, permite distinguir ciertas disciplinas que cumplen un papel rector, de otras que tienen un carácter simplemente auxiliar, define una noción de racionalidad, y sugiere qué técnicas utilizar para incrementar la racionalidad. Es necesario proceder a un análisis de tipo externo, en el que quizás quepa distinguir, a su vez, dos niveles o fases. El primero sería un nivel de análisis más bien estático, en cuanto que se trataría de mostrar cómo se relacionan entre sí (pero abstractamente, prescindiendo del proceso *real* de la legislación) los diversos tipos de racionalidad R1-R5. El segundo implicaría un análisis dinámico, en cuanto que se trataría de ver cómo podrían combinarse estas nociones de racionalidad para dar cuenta del proceso real de la legislación.

3.1. El nivel de racionalidad R1, en donde todavía cabe distinguir dos aspectos, según se ponga el énfasis en el canal o en el contenido de la información, es, probablemente, el nivel de racionalidad

que plantea menos problemas en su relación con los otros. La razón para ello es que, aunque por un lado pueda considerarse como el nivel más básico de racionalidad y que está presupuesto por todos los otros (lo menos que cabe pedir a una ley es que consista en enunciados lingüísticos comprensibles; sin ello no tendría sentido plantearse ni su sistematicidad, ni su eficacia, etc.), por otro lado, se trata también de una noción de racionalidad que plantea exigencias que, en caso de conflicto, habría que subordinar claramente a las derivadas de otras nociones de racionalidad. Tal conflicto no parece plantearse en relación con R2, puesto que los fines respectivos de precisión y de sistematicidad no sólo son compatibles, sino que parecen exigirse recíprocamente: según esto, no es posible que se plantee una situación en la que haya que optar bien por la precisión o bien por la sistematicidad de una determinada ley; es decir, una ley no pierde nunca sistematicidad por el hecho de que aumente su grado de claridad y precisión lingüística (o, al menos, no tiene por qué ser así), y viceversa. Por otro lado, es obvio que una ley puede ser altamente racional desde el punto de vista lingüístico, pero no desde el punto de vista jurídico-formal (lo que prueba que se trata de dos nociones distintas de racionalidad), aunque no sea posible lo contrario: una ley racional en sentido jurídico-formal es también -al menos en un grado considerable- una ley lingüísticamente racional.

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

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

La racionalidad jurídico-formal (donde a su vez cabría distinguir

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

Entre R2 y R4 las relaciones pueden describirse incluso como de oposición. Luhmann [1974] ha mostrado que frente al modelo tradicional de dogmática (orientado hacia el pasado, hacia las normas), en los últimos tiempos se pretende instaurar un nuevo tipo de dogmática orientada hacia el futuro, hacia las consecuencias, lo que, en su opinión, pone en grave riesgo la propia subsistencia de la dogmática; una razón importante para ello sería que la orientación hacia las consecuencias significa una amenaza para la seguridad jurídica, ya que el futuro es mucho más complejo que el pasado y, por tanto, también más incierto. Luhmann indica igualmente [1972] que con la positivización del Derecho (es decir, el momento en la evolución del Derecho en que las normas entran en vigor y se cambian mediante decisiones, lo que implica que no se consideran ya como inmutables) tiene lugar una diferenciación funcional entre los procedimientos para reaccionar normativamente frente a las expectativas no realizadas (jurisdicción) y los procedimientos para aprender (momento cognoscitivo) de las expectativas no realizadas (legislación). Pero me parece que su contraposición entre racionalidad orientada hacia el *input* (racionalidad normativa) y hacia el *output* (racionalidad de las consecuencias o cognoscitiva) se plantea también dentro de la propia legislación. La racionalidad R2 es básicamente la racionalidad de la dogmática -de la dogmática tradicional, si se quiere- de manera que, por ejemplo, no parece que exista un gran trecho entre las técnicas que cabe utilizar para llenar las lagunas o resolver las contradicciones -una vez que éstas se presentan- y las que habría que emplear para evitar que surjan [cfr. Guastini, 1985]. Y la racionalidad R4 sería

también la racionalidad con que opera el jurista -digamos, el dogmático no tradicional: el jurista realista o de orientación sociológica, por ejemplo- quien considera al Derecho como un medio para conseguir ciertos fines, y a su labor como semejante a la del científico o técnico social que manipula las normas para conseguir determinados objetivos.

La contraposición entre la racionalidad jurídico-formal y la racionalidad teleológica podría seguramente mostrarse también empíricamente en los trabajos de elaboración -incluyendo la redacción- de las leyes, en los que cada vez participan más economistas y otros científicos sociales que van desplazando al jurista de formación clásica. Este proceso ha ido acompañado de una pérdida de sistematicidad y de coherencia de las leyes que no siempre ha llevado consigo un aumento de su eficiencia, por la sencilla razón de que los aplicadores del Derecho -de cuyas decisiones depende, naturalmente, el que las leyes puedan llegar a ser eficientes- siguen siendo básicamente juristas que orientan su labor de acuerdo con una racionalidad jurídico-formal. Los científicos o técnicos sociales tienden a considerar la racionalidad jurídico-formal no como un medio más, sino antes bien como un obstáculo para la racionalidad teleológica; lo cual, de todas formas, puede deberse a cuestiones de tipo empírico y contingente (por ejemplo, a su falta de preparación jurídica), sin que afecte a cuestiones más de fondo. Por otro lado, se ha podido decir -y con razón [Ost, 1985, pág. 89]- que mientras que en una sociedad liberal prevalece (en la legislación) el imperativo de la coherencia, en una sociedad postindustrial predomina el valor de la eficacia (entendida como eficiencia social, esto es, como la consecución de determinados objetivos sociales).

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

Las implicaciones mutuas entre la racionalidad pragmática (R3) y la racionalidad teleológica (R4) son evidentes, pero R4 no

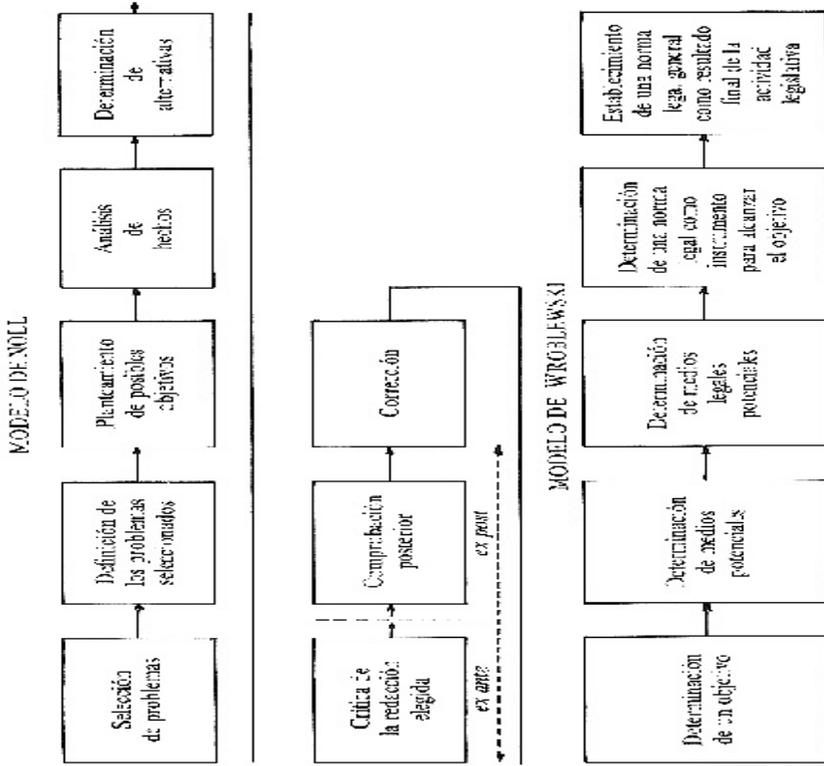
es simplemente una continuidad, un plus, con respecto a R3. Evidentemente, una ley racional desde el punto de vista pragmático puede no serlo en el nivel teleológico (el cumplimiento de una ley no asegura que con ello se alcancen sus objetivos sociales), pero también cabe que una ley irracional en R3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

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

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

En un trabajo que ha tenido una amplia repercusión, U. Karpen [1986] ofrece una sistematización de los estudios sobre la legislación en la República Federal de Alemania, que agrupa en cinco apartados: 1) la teoría de la legislación (concepto, evolución y análisis comparado de las leyes); 2) la analítica de la legislación (la ley en cuanto fuente del Derecho); 3) la táctica de la legislación (procedimiento externo de la legislación, esto es, estudios sobre los órganos y el procedimiento de elaboración de las leyes); 4) la metódica de la legislación (procedimiento interno de la legislación: contenidos, fines y medios de las leyes); 5) la técnica de la legislación (articulación, configuración y lenguaje de las leyes). Pues bien, arrancando de este esquema se puede

decir que, desde el punto de vista de la metódica de la legislación, el proceso de la legislación se considera como un proceso de decisión, de manera que se pueden diseñar modelos de la legislación (digamos, modelos de legislador racional) siguiendo, de manera más o menos explícita, los elaborados por la teoría de la decisión racional. Dos ejemplos significativos de esto último lo constituyen los modelos de Noll [1973] y de Wróblewski [1979; cfr. también Wróblewski, 1985 y 1987], de los que W. van der Velden [1985] presenta la siguiente reconstrucción:



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

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

ANÁLISIS INTERDISCIPLINAR DEL ITER LEGISLATIVO

| <i>Fase del iter legislativo</i> | <i>Técnica prevalente</i> | <i>Resultado inmediato</i> |
|---|---------------------------|--|
| Individualización de necesidades sociales a regular jurídicamente | Sociología | Medidas para satisfacer la necesidad individualizada; especificación de los efectos conectados, pero no siempre evidentes |
| Recepción política de las necesidades individualizadas (partidos, grupos de presión, movimientos espontáneos); preparación del articulado | Sociología | Inclusión de la necesidad y de las medidas para satisfacerla en un programa de partido o movimiento; inicio del control con técnicas de implementación |
| Control sobre la formulación del articulado; transformación en proyecto de ley | Legística | Formulación lingüística correcta de la norma y estructuralmente correcta del procedimiento |
| Discusión del proyecto de ley ante el órgano legislativo; enmiendas al texto | Derecho | Enmiendas en la cámara controladas sobre el diagrama de bloques del proyecto de ley |

| | | |
|---|-------------|--|
| Después de la aprobación formal del proyecto de ley, nuevo control sobre su formulación y estructura | Legística | Reformulación correcta de la norma y del procedimiento, teniendo en cuenta las enmiendas en la cámara |
| Promulgación del texto legislativo; inclusión en el Boletín Oficial y en el banco de datos automatizado; automatización eventual del procedimiento aprobado | Informática | <i>a)</i> traslado de los datos legislativos al sistema de information retrieval; <i>b)</i> puesta a disposición de los recursos informáticos y organizativos para automatizar el procedimiento aprobado |

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

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

| Fases | | | |
|--|--|--|--|
| | PRELEGISLATIVA | LEGISLATIVA | POSTLEGISLATIVA |
| Inicio | Planteamiento de un problema social | Recepción o planteamiento de un problema por un órgano legislativo | Entrada en vigor de una ley |
| Operaciones intermedias | <p>Análisis del problema</p> <p>Determinación de objetivos</p> <p>Propuesta de medios legales y no legales para alcanzar el objetivo</p> <p>Justificación ética del objetivo y de los medios</p> | <p>Análisis del problema</p> <p>Determinación de objetivos</p> <p>Propuesta de medios legales (contra de la ley)</p> <p>Justificación ética de objetivos y medios</p> <p>análisis lingüístico análisis sistémico análisis pragmático</p> <p>Realización de las operaciones de acuerdo con su regulación jurídica (en la medida en que están reglamentadas)</p> <p>Redacción del texto anteproyecto</p> | <p>Examen de la adecuación de la ley en sus dimensiones:</p> <p>Lingüística</p> <p>Sistemática</p> <p>Pragmática</p> <p>Teleológica</p> <p>Ética</p> |
| Fin | Propuesta de una solución legislativa | Promulgación de una ley | Propuestas de modificación de la ley |
| Conocimientos y técnicas utilizados para controlar la racionalidad | Método científico; acercamiento objetivo; coponible; criterios y reglas de la argumentación práctica racional | Control de legalidad; criterios legislativos; checklists; casos de implementación; técnicas reticulares; análisis costes/beneficios; técnicas de redacción de documentos; dogmática y teoría del Derecho | Estudios sobre impacto de las normas jurídicas; técnicas de implementación; dogmática jurídica; investigaciones KOL; checklists |
| Niveles de racionalidad implicados preferentemente | R2 y R5 | R1-R5 | R2, R3 y R4 |

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

Conviene aclarar también que en todo proceso de legislación existe una fase legislativa (que será, según los supuestos, más o menos compleja); la fase postlegislativa puede carecer de importancia; y la fase prelegislativa puede no existir, pues una ley (en el sentido amplio del término que incluye también decretos, órdenes, etc.) puede regular cuestiones técnicas no discutidas extralegislativamente, sino que surgen en el interior de un órgano jurídico (como un gabinete ministerial, etc.).

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

Ahora bien, esta última distinción (de la que no se puede prescindir) plantea el problema de que la integración en un modelo de ambos procedimientos es difícil -por no decir imposible-

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

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

4. A partir de las consideraciones anteriores, voy a plantear ahora una serie de puntos que podrían ser discutidos aquí. Como se verá, no se trata tanto de establecer conclusiones como de sugerir cuestiones que podrían ser el objeto de futuras investigaciones.

1. Una teoría de la legislación debe concebirse, obviamente, como una parte de una teoría del Derecho, y esta última en el contexto de una teoría de la sociedad. Quienes se ocupan de la técnica legislativa suelen lamentar [cfr. Gretel, 1986, pág. 23] la inexistencia de una auténtica teoría de la legislación que pueda suministrar un marco adecuado para su tarea. Dicha carencia es, sin duda, cierta, pero quizás pueda todavía generalizarse para incluir los otros dos ámbitos señalados. Con ello quiero decir que necesitaríamos contar con una teoría «general» del Derecho que mirara no sólo hacia abajo (es decir, hacia teorías menos generales, como la teoría de la legislación o de la aplicación, las diferentes teorías dogmáticas, etc.), sino también hacia arriba (hacia la teoría de la sociedad) e incluso hacia los lados (hacia la teoría política y la teoría moral). Una manera de comprobar la adecuación de las tesis del nuevo pluralismo jurídico (por ejemplo, en el sentido en que lo ha defendido aquí Santos [cfr. Santos, 1989]) podría consistir precisamente en ver si realmente facilita esa conexión entre los diversos niveles sugeridos y, en el caso de ser así, si esa ventaja sirve para compensar otros (supuestos)

inconvenientes de la teoría como, por ejemplo, la difuminación del concepto de Derecho que lleva consigo [cfr. Atienza, 1982, a propósito, en este caso, de las tesis de Arnaud].

2. La sociología del Derecho ocupa, sin lugar a dudas, un lugar importante en el desarrollo de los estudios sobre la legislación [cfr. R. Tomasic, 1985, quien señala el carácter reciente de este tipo de estudios sociológico-jurídicos]; particularmente, como es obvio, por lo que se refiere a los niveles de racionalidad R3 y R4 [cfr. Atienza, 1989]. Ello no quiere decir, sin embargo, que su situación sea fácil. En efecto, si se contempla la sociología jurídica legislativa desde la vertiente de la técnica legislativa (vendría a constituir un aspecto de las técnicas de implementación), entonces el problema que surge es el del desnivel existente entre el desarrollo del conocimiento social (en este caso, socio-jurídico) y la complejidad del mundo social; ello lleva a que las técnicas en cuestión, como lo han señalado diversos autores [por ejemplo, Teubner, 1985, 1986; Blankenburg, 1986], resulten escasamente potentes. Si, por el contrario, la sociología del Derecho se contempla desde la vertiente de la teoría de la legislación, la situación no es tampoco muy alentadora. Por un lado, nos encontramos con teorías de alcance muy general, como la de Teubner [cfr. Teubner, 1985 y 1986], cuyo punto débil más notorio quizás sea su propensión conservadora: si la legislación se ve como el resultado de la autorreproducción del Derecho, resulta difícil, a partir de ahí, captar -y menos promover- la función de transformación social del Derecho. Por otro lado, se puede hacer referencia a teorías de alcance mucho más restringido y que evitan desde luego el riesgo de arbitrariedad presente en cualquier intento de generalización, pero a cambio de explicar y predecir demasiado poco. Como ejemplo de esto último puede servir un reciente e interesante trabajo de La Spina [1987], el cual para determinar las correlaciones existentes entre ciertas situaciones sociales y decisiones jurídicas concretas (este es el nivel de análisis por él elegido), arranca de la tipología de J. Q. Wilson de las medidas legislativas, según que los beneficios y los costes que éstas plantean tengan un carácter concentrado o difuso. Pero lo que se consigue explicar y predecir es bastante poco o demasiado obvio; básicamente, que en una democracia representativa existe una tendencia a presentar y aprobar proyectos de ley que impliquen beneficios concentrados y costes difusos. Resumiendo, la situación para la sociología jurídica legislativa no es fácil, pero tampoco hay por qué pensar que se encuentra frente a un dilema o algo por el estilo; esto último no es así, sencillamente porque no hay ninguna razón para tener que elegir entre alguna

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

3. En los modelos de Noll, Wróblewski y Losano a que antes me referí, la racionalidad legislativa aparece exclusivamente como una racionalidad de tipo instrumental; dicho de otra manera, la racionalidad ética (R5) no figura en ellos o, quizás más exactamente, aparece como un dato más a considerar (esto es, en cuanto conjunto de opiniones sobre lo que está bien o mal, que forma parte de la realidad social), lo que en realidad equivale a eliminar la dimensión ética en cuanto tal. Me parece que, como antes sugerí, ello está en relación con las dificultades existentes para articular los aspectos descriptivos y prescriptivos que necesariamente tiene que incorporar un modelo dinámico de la legislación; objetivo de la teoría de la legislación no es sólo describir, sino también explicar y proponer procedimientos que supongan un incremento de racionalidad con respecto a la práctica legislativa existente. Y aquí podría discutirse -como forma de hacer operativa la incorporación de este otro nivel de racionalidad, el nivel R5- la cuestión de si, y en qué medida, el proceso de la legislación obedece -o ha de obedecer- a las reglas del discurso práctico racional. Como punto de partida para ello podría servir la teoría de Alexy [1978] que contempla la argumentación jurídica (pero entendiendo por tal la que tiene lugar en los órganos de interpretación y aplicación del Derecho -incluida la dogmática) como un caso especial del discurso práctico general. Algunos de los problemas que surgen aquí serían estos: ¿Cabría decir también -de manera semejante a como lo hace Alexy- que la argumentación que se lleva a cabo para promulgar una ley -por ejemplo, en el contexto de un Estado de Derecho- es un caso especial del discurso práctico racional? ¿Y, si así fuera, cuáles serían las reglas y formas de razonamiento a añadir a las del discurso práctico general y que vendrían a ser análogas a las que rigen en la argumentación jurídica (en los procesos de interpretación y aplicación del Derecho)? ¿Se aplica lo anterior sólo a la fase que denominé legislativa, o podría extenderse también hasta cierto punto a la fase prelegislativa y postlegislativa? Finalmente, puesto que una de las condiciones delimitadoras del discurso jurídico (que hace que éste sea precisamente un caso

especial) es -como afirma Alexy- el respeto a la ley, ¿no se podría decir que sin un mínimo de racionalidad legislativa no es posible hablar de racionalidad de la argumentación jurídica [cfr. U. Neumann, 1986, pág. 90, quien dirige una crítica a la teoría de Alexy que tiene que ver con esto; cfr. también Alexy, 1989, págs. 274 y sig., y 314 y sigs.]? ¿Pero cuál sería ese mínimo? ¿Es adecuado, después de todo, hablar de argumentación jurídica sin incluir en ella la argumentación que tiene lugar en el proceso legislativo?

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1978), *Theorie der juristischen Argumentation*, Surkamp, Frankfurt a. M. (trad. cast. de M. Atienza e I. Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989).
- Arnaud, A. J. (1981), *Critique de la raison juridique*, LGLJ, París.
- Atienza, M. (1989), *Sociología jurídica y ciencia de la legislación*, en Bergalli, R. (coord.), *El Derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica*, PPU, Barcelona.
- GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa) (1986), *La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa*, Bosch, Barcelona.
- Guastini, R. (1985), «Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico», en *Informatica e diritto*, 1, págs. 7-31.
- Karpen, U. (1986), «Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre der Bundesrepublik Deutschland», en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1, págs. 5-32.
- La Spina, A. (1987), «I costi della decisione. Per una sociologia dell'attività legislativa», en *Sociologia del diritto*, 3, págs. 49-77.
- Losano, M. (1984), «Analisi empirica e analisi delle procedure giuridiche», en *Società, norme e valori. Studi in onore di Renato Treves* (ed. de U. Scarpelli y V. Tomeo), Giuffrè, Milano, págs. 357-381.
- Luhmann, N. (1972), *Rechtssoziologie*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg.
- (1974), *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, W. Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz (trad. cast. de I. de Otto, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983).
- Neumann, U. (1986), *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.

- Noll, P. (1973), *Gesetzgebungslehre*, Rowohlt, Hamburg, 1973.
- Ost, F. (1985), Discusión en A. Frändberg, *The Utility of legal Theory for Law-Making. Some tentative ideas*, en A. Aarnio y M. van Hoecke (eds.), *On the Utility of Legal Theory*, A-Tieto Oy, Tampere.
- Santos, B. de S. (1985), «On Modes of Production of Law and Social Power», en *International Journal of Sociology of Law*, 13.
- (1989), O Estado e o direito na transição pósmoderna: Para um novo senso comum jurídico, ponencia presentada al Tercer Congreso de la Federación de Asociaciones de Sociología del Estado español, San Sebastián, 28 sept.-1 oct.
- Teubner, G. (1985), «Aspetti, limiti, alternative della legificazione», en *Sociologia del diritto*, 1, págs. 7-30.
- (1986), «Evoluzione giuridica ed autopoiesi», en *Sociologia del diritto*, 2-3, págs. 199-214.
- Tomasic, R. (1985), *The Sociology of Law*, Sage Publications/International Sociological Association, London/Beverly Hills/New Delhi.
- Van der Velden, W. (1985), *Methodologies of Legislation*, en A. Aarnio y M. van Hoecke (eds.), *On the Utility of legal Theory*, A-Tieto Oy, Tampere, págs. 149-168.
- Wróblewski, J. (1979), «A model of Rational Law-Making», en *ARSP*, t. LXV/2, págs. 187-201.
- (1985), «Rational Law-Maker and Interpretative Choices», en *RIFD*, IV-LXII, 1.
- (1987), *The Rational Law-Maker. General Theory and Socialist Experience*, en A. Giuliani y N. Picardi (eds.), *L'educazione giuridica. V. Modelli di legislatori e Scienza della legislazione*, t. III: *La discussione contemporanea*, Ed. Scientifiche Italiane, Perugia.