

RAZÓN PRÁCTICA, CREACIÓN DE NORMAS Y PRINCIPIO DEMOCRÁTICO: UNA REFLEXIÓN SOBRE LOS ÁMBITOS DE LA ARGUMENTACIÓN LEGISLATIVA

Practical Reason, Law-making Process and Democracy: On the Fields of Legislative Argumentation

Gema MARCILLA CÓRDOBA

Universidad de Castilla-La Mancha
gema.marcilla@uclm.es

Fecha de recepción: 30/09/2013

Fecha de aceptación: 15/12/2013

RESUMEN

El principal fundamento de la legitimidad de la ley es su origen democrático. Pero legislar, aparte de implicar una manifestación de voluntad del pueblo o de sus representantes, es un proceso en el que se intercambian argumentos de muy diverso tipo. De la argumentación legislativa emergen exigencias de justificación que se dirigen a quienes participan en la tarea de legislar, pero ello no necesariamente representa una intromisión en la democracia. Antes bien, una ley guiada en su producción por pautas de deliberación y justificación es más resistente a la discrecionalidad jurisdiccional, comenzando porque la claridad e intelegibilidad de una ley, contribuye a la certeza del Derecho.

La argumentación legislativa, como aproximación científica a la legislación, presupone un modo de comprender las relaciones entre Política y Derecho, en la que la legitimidad de la política reside en último término el carácter justificado de las decisiones. De hecho, desde una perspectiva metateórica, el elemento que permite diferenciar mejor entre las distintas aproximaciones científicas a la producción de normas se halla la *noción de racionalidad legislativa* (bastaría decir de ley) subyacente, de modo que la teoría y la técnica o técnicas legislativas serán muy distintas en función de si el punto de partida es una *razón instrumental* o *consecuencialista* (enfoque *minimalista*) o, por el contrario, una *noción más compleja*, que sin excluir otros aspectos, se encuentre abierta a *exigencias de justificación práctica* (enfoque *maximalista*).

Por lo demás, la argumentación legislativa se asemeja en unos aspectos y difiere en otros de la argumentación en el ámbito jurisdiccional. Asimismo, presenta peculiaridades en función del ámbito temporal y espacial en el que se desarrolle la argumentación. Tales consideraciones son relevantes, tanto para determinar hasta qué punto son aplicables a la argumentación legislativa las aportaciones de la teoría estándar de la argumentación jurídica, como para concretar el papel que otras disciplinas, como la economía, la sociología o la ciencia política, pueden desempeñar en el proceso de legislación.

Palabras clave: argumentación legislativa, democracia, ciencia de la legislación, razón instrumental (minimalismo) y razón práctica (maximalismo), ámbitos de argumentación legislativa.

ABSTRACT

Legislative argumentation, as the scientific approach to law-making, is based on a certain way of understanding the relationships between politics and law, where politics finds its legitimacy in procedures, but also and finally in constitutional-moral values. In fact, from a meta-theoretical analysis it is possible to explain the point or aspect that distinguishes the very different approaches to a law-making science: an instrumental or consequentialist notion of rationality (minimalist approach) or a more complex notion, open to principles and values and linked to the studies on practical reasoning (maximalist approach). Lastly, the article shows the main differences between legislative and judicial argumentation in order to determine to what extent the contributions from the standard legal reasoning theory are applicable to the legislation, and to what extent other disciplines, such as political science, economics or sociology, are relevant in legislative argumentation.

Key words: legislative argumentation, science of legislation, instrumental or consequential reasoning, practical reasoning, legislative argumentation fields.

“A la imagen de un mundo que cambia merced a la voluntad del legislador cabría sobreponer la de una decisión voluntaria que se sumerge en un mundo de interacciones que no se sabe exactamente, ni se puede saber a donde conducirá [...] es el fin de la idea de un legislador omnisciente y omnipotente. La idea del aprendiz de brujo —que desencadena voluntariamente un conjunto de consecuencias que no puede controlar— se acerca más a la realidad que la del semidios que mediante su voluntad produce los resultados que pretende” (Albert Calsamiglia, ¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?)¹.

1. ARGUMENTACIÓN LEGISLATIVA Y DEMOCRACIA

1.1. Argumentación y legitimidad de las decisiones públicas

En el marco de las democracias constitucionales, la acción de *legislar* consiste en seguir un procedimiento que se rige por normas jurídicas, en virtud del cual las decisiones políticas de la autoridad —en general, una asamblea representativa— se transforman en Derecho, en textos normativos que pasan a integrarse en el sistema jurídico. La decisión colegiada versa sobre la necesidad de tutelar ciertos bienes o derechos, así como sobre los modos o instrumentos para conseguir los fines perseguidos.

Desde un punto de vista general, *argumentar* también es un procedimiento que se ajusta a ciertas normas, entre otras, las reglas de inferencia de la lógica formal o la prohibición de incurrir en falacias o razonamientos que sólo en apariencia son aceptables. El procedimiento argumentativo consiste, pues, en apoyar en razones

1. A. Calsamiglia, “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?”, *Doxa*, 13 (1993), p. 168.

la aceptabilidad o plausibilidad de un enunciado, y este enunciado puede contener una decisión normativa. Cuando el enunciado que se está apoyando recaba las razones o argumentos del Derecho, entonces hablamos de *argumentación jurídica*.

La argumentación jurídica, en tanto que argumentación en el ámbito de la aplicación del Derecho, lleva siendo estudiada al menos desde mitad del siglo pasado: las resoluciones judiciales, a diferencia de las decisiones legislativas cuya legitimidad reside en ser producidas por la autoridad legitimada para ello (legitimidad de origen), resultan aceptables por representar la aplicación de un Derecho preestablecido (legitimidad de ejercicio). No obstante, si se reconstruye la motivación presente en una sentencia, se advierten formas de razonamiento bastante más complejas que las sugeridas por la idea paleopositivista de subsunción de un caso particular en una ley general preestablecida. Simplificando mucho, es precisamente esta complejidad que reviste la motivación o el razonamiento judicial el objeto de la teoría de la argumentación jurídica.

Entonces, la teoría de la argumentación jurídica se desarrolla a causa de las fallas de legitimidad de la jurisdicción. Entonces, ¿para qué ocuparnos de argumentación en el ámbito (o los ámbitos) en los que se desarrolla la creación de las leyes? Su carácter democrático es la razón que más cuenta en su legitimidad: la ley, además de ser el resultado de un procedimiento regulado por el Derecho, es una decisión en la que se proyecta la voluntad del pueblo.

Sin embargo, nótese que la relación entre legislación y argumentación es incluso más intuitiva en la creación de leyes que en su aplicación. De hecho, el íter desde que surge la idea de crear una ley hasta que es puesta en marcha puede ser visto como un incesante proceso de intercambio de argumentos. Es más, una de las teorías de la argumentación jurídica más significativas, la de Alexy, toma como base para la argumentación jurisdiccional a la ética habermasia sobre las condiciones de posibilidad de la deliberación pública democrática².

Además, tanto la argumentación judicial como legislativa pueden ser vistas como la puesta en práctica de las exigencias de legitimidad que se derivan de la cultura jurídica moderna, cuyos orígenes se remontan a la filosofía contractualista moderna y al movimiento liberal-ilustrado: las instituciones políticas y jurídicas son producto de una convención o acuerdo entre individuos libres e iguales. La función primordial de los poderes públicos no es “dominar”, sino “servir” al individuo y tutelar sus derechos³. Así, la práctica de la autoridad —ya sea jurisdiccional o legislativa— de apoyar en razones las decisiones que van a tener impacto en los ciudadanos es saludable en términos de legitimidad. Por tanto, puede que la ar-

2. Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (1978), trad. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1.ª ed. 1989, 1.ª reimpr. 1997.

3. Ferrajoli expresa esta concepción instrumental del poder público tomando en préstamo el dualismo de Luhmann entre una visión “hétéro-poyética” y “auto-poyética” de las instituciones. Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés, Prólogo de N. Bobbio, Madrid, Trotta, 2.ª ed., 1997, p. 886.

gumentación legislativa sea vista como una nueva (y quizás intolerable) intrusión en la democracia. Sin embargo, también cabe concebirla como una disciplina que fortalece la democracia en tanto que forma de auténtico debate y participación política.

1.2. La incertidumbre en la legislación: un grave obstáculo a la vigencia del principio de legalidad

La libertad o la autonomía de los individuos representa la piedra angular del Derecho moderno⁴. El principio de legalidad, en sentido amplio, es el instrumento fundamental para la realización de este valor, por cuanto su significado más básico es el de la sumisión del poder público a normas preestablecidas (Estado de Derecho, *Rule of Law*). Naturalmente, el principio de legalidad puede tener un sentido bastante más restringido y dependiente del tipo de límites y condiciones que se establezcan al poder (origen democrático, separación de poderes, respeto de los derechos, etc.). Pero parece indiscutible que una de las primeras (si no la primera) finalidades que debe de cumplir el Derecho ha de ser la hacer previsibles las consecuencias de las conductas, particularmente si implican una respuesta coactiva de la autoridad⁵.

Sin embargo, *la incertidumbre ha pasado a ser un rasgo estructural de nuestras sociedades y el Derecho no es ajeno a esta circunstancia*. Poco a poco, el discurso ha ido cobrando contornos más precisos, en el sentido de que la responsabilidad de la inseguridad jurídica no está ni sólo, ni principalmente en el defectuoso funcionamiento de las instituciones, ni en la incapacidad de la teoría jurídica y de la dogmática para dar cuenta de los cambios jurídicos de tal modo que las instituciones puedan mejorar. Cada vez hay —creo— una mayor consciencia de que la incertidumbre se vincula al progresivo debilitamiento de las instituciones públicas y al surgimiento de fórmulas desinstitucionalizadas de ejercicio del poder.

Ciertamente, parte de la responsabilidad por la falta de certeza del Derecho recae sobre las instituciones públicas, principalmente, legisladores y jueces: sin duda, hoy día resulta extraordinariamente complejo legislar y también es mucho más compleja la tarea de aplicar el Derecho. Pero en ocasiones, *la inseguridad jurídica podría remediarse si el legislador recurriera más al uso de técnicas legislativas*. Por ejemplo, podría mejorarse la claridad en la redacción, dejarse más clara la relación que una norma que ingresa en el sistema guarda con el resto del

4. Esta es básicamente la tesis del fundador del liberalismo moderno, John Stuart Mill, que previene de la disposición de la autoridad a poner en práctica las ideas que defiende en *On Liberty*, sobre “la naturaleza y los límites del poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo”, Stuart Mill, J., *Sobre la libertad* (1806-1873), Pról. de I. Berlin, trad. de P. de Azcárate, 1970.

5. En relación con los peligros de la incertidumbre del Derecho y, en general, sobre el significado y alcance de los conceptos ligados a la idea de Estado de Derecho, ineludible el libro de F. J. Laporta, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.

ordenamiento jurídico, usando —por ejemplo— disposiciones finales, transitorias y derogatorias de contenido inequívoco.

Asimismo, la incertidumbre en el Derecho no es exclusivamente el efecto de un legislador desbordado, poco esmerado o escasamente auxiliado por expertos en técnica legislativa, sino también consecuencia de otros dos factores que afectan sobre todo al aplicador del Derecho: el pluralismo de fuentes del Derecho y, sobre todo, el neoconstitucionalismo. De un lado, la seguridad jurídica requiere que el juez conozca el Derecho y la presunción *iura novit curia* hace aguas en un ordenamiento caracterizado por la pluralidad de fuentes procedentes de instituciones supra e infraestatales, y la insuficiencia de los criterios de la ciencia jurídica tradicional (jerarquía, competencia) para determinar las relaciones entre ellas⁶; de otro lado, la falta de certeza está íntimamente relacionada con el activismo judicial. El Estado constitucional, merced a la praxis jurisprudencial y doctrinal, posee hoy un significado que pone en riesgo la democracia en tanto que expresión de la voluntad del pueblo: la jurisdicción, sometida al imperio de la ley en el legalismo, se encuentra en permanente confrontación con la institución legislativa. Y no ya por la revisión constitucional de las leyes por parte del Tribunal Constitucional, sino porque en la cultura jurídica del constitucionalismo la jurisdicción ordinaria desprende del texto constitucional un mandato de interpretar el Derecho conforme al significado de los principios constitucionales⁷.

Sin embargo, la incertidumbre, como rasgo estructural de las sociedades contemporáneas, permite mirar las instituciones mencionadas de otra forma; quizás de forma más condescendiente, por cuanto la falta de certeza en lo que al Derecho se refiere, se vincula a una crisis institucional bastante más profunda: más allá de las dudas que empañan el cielo en el quehacer legislativo y de las críticas al activismo judicial incentivado por el constitucionalismo, la inseguridad jurídica revela el creciente repliegue del Estado frente a otros poderes fundamentalmente económico-financieros⁸. O, desde otra perspectiva, el retroceso de la política en el

6. A propósito de la interconexión entre ordenamientos jurídicos y la disposición *no jerárquica* sino *en red* de las fuentes normativas, vid. R. Bustos, *La Constitución Red: Un estudio sobre supra estatalidad y Constitución*, IVAP, Vitoria, 2005. Del mismo autor, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 95 (2012) pp. 13-63.

7. De imprescindible lectura sobre las implicaciones institucionales del paradigma constitucionalista, dos obras de Prieto Sanchís, L., *La Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003; y *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013. En esta última obra, el autor, partiendo de que la reconstrucción teórica del Derecho no puede realizarse al margen del sistema jurídico que reconstruye, expone su concepción del Derecho, respondiendo a los principales argumentos sobre las concepciones actuales del Derecho. Asimismo, reconstruye el modelo constitucionalista-garantista, incorporando además una perspectiva más práctica sobre el balance de razones presente en la determinación del sentido de algunos derechos fundamentales.

8. Es significativo que Ferrajoli, en su monumental obra *Principia iuris* (trabajo llevado a cabo a lo largo de cuarenta años sobre el aparato conceptual que caracteriza a cada uno de los modelos de organización jurídico-política, desde los más simples hasta los más complejos), dedique prácticamente el segundo volumen al *retroceso irreversible del Estado soberano*: la fragilidad de la esfera pública frente a los poderes económico-financieros, representa un cambio sustancial en el Derecho, del que

seno del Estado y entre Estados, frente a nuevas formas de hacer política (a veces se habla de gobernanza), al margen de un entramado institucional⁹.

Piénsese en la importancia creciente de entes no propiamente vinculados a los Estados, ni a regiones de Estados, que dan origen a una “normatividad”, si es que así puede llamársele, porque es una cuestión de hecho que “vinculan”, a pesar de no guardar ni la más remota conexión con la autoridad legítima o democrática. A falta de mejor término, se ha acuñado el de *soft law* o Derecho blando para hacer referencia a esas nuevas formas desinstitucionalizadas de producir normas. Entrarían en esta categoría las afirmaciones y recomendaciones de instituciones como el FMI o el BM, la nueva *lex mercatoria*, o la normatividad que de hecho alcanza a situaciones y relaciones jurídicas que se forjan en ámbitos desregulados¹⁰.

1.3. Un ejemplo de legislación incierta (¿e injusta?): la actual regulación de la ejecución por impago de préstamos hipotecarios

Un palmario ejemplo de los estragos de la incertidumbre en el Derecho como consecuencia del conjunto de factores anteriormente mencionado es el conocido drama de los desahucios o lanzamientos de viviendas de deudores hipotecarios. Los lanzamientos por impago de créditos hipotecarios se han disparado por motivo de la crisis económico-financiera. En el caso de España, el impago de la hipoteca lleva a unas consecuencias particularmente dañinas para el deudor, porque, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, como el norteamericano, el deudor no sólo pierde la vivienda, sino que es responsable del pago del crédito recibido. De la legislación hipotecaria, fundamentalmente dispuesta en la Ley Hipotecaria y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede decirse, cuando menos, que está claramente desfasada. Como anécdota, repárese en que la primera redacción de la LH es de 1909 y que la mayor reforma fue la de 1945, para hacer frente a exigencias del Registro de la Propiedad. Pero sobre todo el desfase obedece al cambio radical de la premisa de hecho en la que se basa toda la regulación de los préstamos hipotecarios y del procedimiento de ejecución en caso de impago: que el bien hipotecado siempre incrementaría su valor con respecto al momento en el que se concedió el préstamo, de modo que el inmueble hipotecado serviría de garantía del pago de la deuda contraída. Es decir, en el momento en el que se redactó la ley, y prácticamente hasta la crisis actual, no se contempla el caso de que el bien hipotecado se devalúe, por ejemplo, hasta un 40% con respecto

ha de hacerse eco la teoría y la dogmática jurídica, si no quiere convertirse su análisis conceptual en especulación trivial, Ferrajoli, L., *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia* (2007), 3 vols., trad. de P. Andrés, J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto, A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011.

9. Cassese, S., *El derecho global: Justicia y democracia más allá del Estado*, Sevilla, Global Law Press, 2011.

10. Marcilla, G., “Desregulación, Estado social y proceso de globalización”, *Doxa*, 28 (2005), pp. 239-265.

al valor de tasación. Tampoco tiene en cuenta una situación financiera en la que se paraliza el flujo de crédito a familias y empresas que impida un mercado de compra-venta inmobiliaria regular o una auténtica puja en la subasta. Por supuesto, tampoco contemplaba una tasa de desempleo tan elevada y especialmente sangrante en determinadas franjas de edad.

En consecuencia, la deuda, aparte del lanzamiento del deudor, que no se puede oponer (siguiendo un viejo principio de la Ley de 2 de diciembre de 1872 para el desaparecido Banco Hipotecario de España, SA y que se mantiene en el artículo 579 de la vigente LEC), conlleva que el deudor arrastre de por vida una deuda. Ciertamente el legislador ha tenido que tomar cartas en el asunto. La primera reforma fue afrontada por el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, “de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios”, al que siguió el otro RD de 2012, de 9 de marzo, “de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos” y finalmente la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler.

Básicamente, asociaciones como la Plataforma Antidesahucios, piden la dación en pago (acompañada, en ciertos supuestos, de medidas de alquiler y apoyo social). Esta Ley de 2013, tal y como indica el Preámbulo,

“Se dicta en atención a las circunstancias excepcionales creadas por la larga crisis económica que atravesamos y que han provocado que muchos ciudadanos, suscriptores de préstamos hipotecarios para la adquisición de su vivienda habitual, se vean en importantes dificultades para atender a sus compromisos por causas que les son ajenas y, corriendo el riesgo de caer en una situación de exclusión social”. Entre las medidas que contempla, se encuentra la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión”.

Un recurso de inconstitucionalidad pesa sobre varios preceptos de la Ley, básicamente por no haber afrontado las reformas que exige la Constitución y el Derecho comunitario (el derecho a la tutela judicial efectiva y, concretamente, los derechos de protección de los consumidores, reconocidos por la legislación y jurisprudencia del TJUE¹¹).

11. *Vid.* Sentencia TJUE, de 14 de marzo de 2013. La Sentencia del Tribunal de Luxemburgo resuelve una petición prejudicial planteada conforme al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil Número 3 de Barcelona. La controversia que se plantea es si existe lesión de la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario, de su derecho a una vivienda digna y adecuada, en los límites a la oposición por parte del ejecutado que fija nuestro procedimiento hipotecario. De este modo, queda sin efecto la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. El TJUE considera que la legislación procesal civil (art. 698), que impide al Juez competente declarar abusiva una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario suspender el procedimiento de ejecución hipotecaria (681 y ss. LEC), es contraria al Derecho de la Unión.

Legisladores, jueces, afectados y, en general, la sociedad no consideran que la regulación actual de los lanzamientos por impago represente un marco normativo cierto. Los afectados siguen viendo la ley como una limosna y prosiguen demandando judicialmente, pero también por otras vías, un avance legislativo hacia la dación en pago. De un lado, el acreedor hipotecario sigue jugando con ventaja en muchos aspectos (ámbito de aplicación muy restrictivo, posibilidad de que el banco se adjudique el bien por un 60% del valor de tasación), etc. De otro lado, el agravio para los desahuciados es mayor teniendo en cuenta que los bancos han sido rescatados a cargo del erario público. Es decir, desde la perspectiva de los afectados (también de muchos jueces y de gran parte de la opinión pública) la única decisión que, en este contexto de incertidumbre jurídica pero también económica, generaría un poco de seguridad sería la dación en pago.

El legislador, sin embargo, no generaliza la dación en pago porque, de acuerdo con los expertos, nuestro sistema financiero sufriría graves consecuencias, comenzando por la una crisis de confianza en la solvencia de nuestra deuda por parte de las agencias de calificación, consiguiente elevación de la prima de riesgo e incluso quiebra del sistema bancario.

En definitiva, salvo los escasos supuestos en los que el “riesgo de exclusión social” es evidente, la actual legislación deja en la incertidumbre a los deudores. En esa incertidumbre —y en la convicción compartida por buena parte de la sociedad— de que se trata de una normativa extremadamente injusta, muchos jueces están sorteando sistemáticamente la ley con resoluciones judiciales tan vanguardistas¹², como lesivas de la seguridad jurídica e igualdad ante la ley.

1.4. Convergencia de concepciones del Derecho en cuanto al ideal regulativo de la certidumbre: todos a favor de la racionalidad legislativa

Resumamos en tres los rasgos que definen el contexto en el que situamos la reflexión sobre las formas de recuperar el prestigio de la ley: primero, una legislación muy compleja, acelerada y hasta cierto punto descuidada; segundo, una jurisdicción que se siente, de un lado, saturada por la pluralidad e idiosincrasia de las fuentes del Derecho que se supone ha de conocer y, de otro, comprometida

12. *Vid.* Auto de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Navarra, de 16 de julio de 2012, confirmando la resolución de 27 de octubre de 2010, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Estella/Lizarrá. El Sr. León y la Sra. Juana eran deudores hipotecarios como consecuencia del crédito recibido para la compra de vivienda habitual. La principal razón que sustenta el auto es que, pese a ser meridianamente claras las normas reguladoras del proceso de ejecución hipotecaria, en el caso concreto la pretensión del banco acreedor es abusiva por cuanto en la subasta resulta adjudicatario el propio banco, adquiriendo el inmueble por poco más del 50% del valor de tasación, ingresando, pues en su patrimonio un bien con un valor de mercado superior al pagado por él y suficiente para pagar la deuda. En consecuencia, con la entrega del inmueble por parte de los deudores (“dación en pago”) considera el Tribunal que queda saldada la deuda.

con los preceptos constitucionales, y, por tanto, autorizada para separarse de la ley general si la singularidad del caso así lo exige¹³; y, tercero, unos modos de producción de normas al margen de las instituciones, no muy fácilmente comprensibles desde los esquemas del Estado de Derecho.

Añadamos que la incertidumbre se ha convertido en un rasgo consustancial a la vida social. Pues bien, un cierto grado de incertidumbre jurídica parece inevitable. El problema es que, llegando a un cierto umbral, la inseguridad jurídica limita la autonomía de los sujetos más de lo que es legítimo o aceptable, por cuanto cercena la capacidad de planear racionalmente su conducta. Quizás el compartir este presupuesto es lo que hace que concepciones del Derecho distintas y hasta confrontadas coincidan, sin embargo, en la necesidad de revitalizar el prestigio de la ley, aunque sólo sea porque hasta cierto punto la ciencia de la legislación puede contribuir a paliar la incertidumbre.

Desde el *iuspositivismo* actual se defiende que cuidar la legislación es un modo de reivindicar el principio de legalidad, especialmente para garantizar la vigencia del principio democrático frente a la jurisdicción¹⁴. También la *teoría garantista* de Ferrajoli sitúa en un primer plano a la *ciencia de la legislación*¹⁵: la dogmática jurídica, aparte de describir los contenidos del Derecho, debe instruir al legislador sobre cómo puede ser taxativo en la redacción de las leyes, dado que de esta forma se garantiza la estricta sujeción de los jueces al Derecho, la uniformidad en la aplicación de la ley y, por tanto, la igualdad y la seguridad jurídica¹⁶. Asimismo, la dogmática jurídica debe cumplir la función de advertir al legislador de la falta de garantías por la falta de vigencia de principios constitucionales, ya sea por la existencia de leyes vigentes pero inválidas (antinomias); ya sea por la falta de efectividad de preceptos constitucionales de los que se desprende un imperativo hacia el legislador para que establezca garantías (lagunas)¹⁷.

13. Sobre el *carácter derrotable de todas las normas sin excepción* y el subsiguiente particularismo en la aplicación del Derecho, vid. García Figueroa, A., *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los Derechos*, Madrid, Trotta, 2009.

14. Laporta, *El imperio de la ley*, *op. cit.*

15. “Sólo un relanzamiento del papel de la ley, sostenido por una renovada y actualizada ciencia de la legislación, puede restaurar y en muchos instaurar una legalidad garantista, anclándola sólidamente en la tutela de los derechos fundamentales”, Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 920.

16. Ferrajoli define el principio de taxatividad o de estricta legalidad penal como una “regla meta-legal de formación del lenguaje penal que a tal fin prescribe al legislador el uso de términos de extensión determinada en la definición de las figuras delictivas, para que sea posible su aplicación en el lenguaje judicial como predicados verdaderos de los hechos procesalmente comprobados”, Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, *cit.*, p. 378. Sobre el principio de taxatividad y los problemas prácticos que plantea no sólo para el legislador sino también para el juez, vid. Ferreres, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 2002. Vid. Moreso, J., “Principio de legalidad y causas de justificación. Sobre el alcance de la taxatividad”, *Doxa* 24 (2001); Vid. Endicott, T., *Palabras y reglas. Ensayos en filosofía del Derecho*, trad. de P. Navarro, México, Fontamara, 2004.

17. Como es sabido, Ferrajoli no usa los sentidos de antinomia y laguna en sentido tradicional, sino que estipula su significado. Su estrategia definitoria de tales conceptos es doble: primero, usa los conceptos de validez, vigencia, legitimidad y efectividad; segundo, adopta una perspectiva normativista-

Pero también desde posiciones postpositivistas, parece un imperativo de coherencia expandir la teoría de la argumentación jurídica a la legislación: si el razonamiento o la argumentación jurídica es un *caso especial* de argumentación moral y dicha especialidad es, en esencia, la vinculación del juez a la ley, resulta necesario que la ley que sirve de premisa a la resolución judicial tenga cabida en la racionalidad práctica general; o al menos, cabría decir que, desde el punto de vista del valor de la certeza, resulta preferible legislar conforme a la razón práctica que posponer la tarea de conformación de la ley a los principios, encomendándola al juez¹⁸.

Desde esta *concepción argumentativa del Derecho* puede, en efecto, plantearse la virtualidad de desarrollar la teoría de la argumentación en el ámbito o, mejor, en los distintos ámbitos en los que tiene lugar el intercambio de argumentos o la justificación para la producción de leyes.

En el proceso legislativo, la argumentación más importante es la relacionada con la adecuación entre medios y fines. Es decir, una ley ha de contar con medios e instrumentos (de todo tipo) idoneos para conseguir el fin perseguido. El legislador debe contar con el auxilio preciso para lograr la claridad de la ley desde el punto de vista lingüístico y su adecuada composición, pero también debe recibir asesoramiento sobre su correcta inserción en el sistema jurídico. En la legislación, en todas las etapas, se deben intercambiar argumentos a propósito de la eficacia o susceptibilidad de la ley de ser cumplida, y naturalmente, una ley es papel mojado si no cuenta con medios económicos —que suelen ser los más importantes— para lograr sus propósitos.

Pero incluso es posible hablar de justificación en un sentido más amplio, digamos *sustantivo*. En efecto, la opción de salvaguardar legislativamente bienes o derechos, implica casi siempre operar restricciones, a veces muy severas, sobre otros bienes o derechos, también merecedores de tutela. La peculiaridad del Estado constitucional es que la función del legislador es precisamente decidir tales restricciones, pero siempre y cuando no se reputen arbitrarias; es decir, siempre y cuando estén justificadas y no transgredan bienes y derechos reconocidos en los preceptos sustantivos de la Constitución. Así, regular por ley la tutela compartida de los hijos de oficio, en los casos de separación o divorcio de los progenitores, es coherente con el principio de igualdad de género y de corresponsabilidad en las obligaciones familiares. Pero la salud e integridad física y emocional del niño (y de la madre) puede recomendar que en los primeros meses de vida el vínculo sea

realista examinando, tanto las normas superiores en relación con las inferiores, como al contrario, la relación de las inferiores con las superiores. Desde la primera óptica se pregunta: ¿son efectivas?; desde la segunda se interroga: ¿son válidas (validez sustancial)?, o simplemente ¿gozan de vigencia (validez formal)? *Vid.* Principia Iuris. *Teoría del derecho y de la democracia*, *op. cit.*, pp. 432 y ss.

18. *Vid.* Atienza, M., *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006; en relación con la argumentación en el contexto legislativo, *vid.* del mismo autor “Argumentación y legislación”, en Menéndez, A. (Dtor.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 89-112.

más estrecho con la progenitora, por ejemplo, tantos meses como se extienda la lactancia. De otro lado, la tutela compartida como medida general, “puede generar disfunciones que puedan llegar a producirse (...) cuando el grado de cooperación de los cónyuges sea escaso o las pautas educativas seguidas por estos últimos sean divergentes”¹⁹. Parece evidente que, cuanto más amplio y depurado en argumentos sea el debate o el intercambio de razones a propósito de este o cualquier tema, mayor calidad tendrá la legislación.

La argumentación legislativa cuenta con una indiscutible razón institucional a su favor: en el Estado constitucional la validez de la ley es una presunción, pero una presunción *iuris tantum*. Pero, en definitiva, la argumentación legislativa se sustenta en el valor democrático de la ley: cuanto mayor sea el prestigio de la ley —y la argumentación y el debate entre los representantes electos, los afectados, etc., juega a favor de esa dignidad democrática— mayor será la fuerza vinculante sobre el juez. En otros términos, la decisión del juez estará más acotada por los argumentos legales cuanto más sólidos sean éstos.

2. DISCIPLINAS SOBRE LA CALIDAD DE LAS LEYES. ALGUNAS ACLARACIONES TERMINOLÓGICAS

2.1. Condiciones mínimas de posibilidad de una aproximación científica a la legislación

La argumentación legislativa presupone un cierto modo de comprender las relaciones entre política y Derecho; es decir, se funda en una noción de racionalidad legislativa. Pero naturalmente caben aproximaciones distintas.

En una clarificación terminológica sobre las disciplinas o saberes que versan sobre la producción normativa, una expresión lata (en el sentido de compatible con muy distintos puntos de vista sobre qué sea la racionalidad de la ley y cómo conseguirla) es la de “aproximación científica a la legislación” o, más sencillamente, la de “ciencia de la legislación”, que además es una expresión de resonancias ilustradas al dar título a la obra de Filangieri del mismo nombre²⁰.

Con todo, habría dos concepciones de la ley —sostiene García Amado— que excluyen cualquier tipo de aproximación científica a la legislación²¹. Una sería la idea de *racionalidad necesaria o inmanente* de la legislación. Otra, la *concepción*

19. El “anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio” ha sido objetado en este sentido por el informe del CGPJ, en el que ha contado con especial participación la vocal Margarita Robles.

20. Filangieri, Gaetano, *La Scienza della Legislazione* (1752-88), trad. de Juan de Ribera, 6 vols., Madrid, Villalpando, 1821.

21. García Amado, J. A., “Razón práctica y teoría de la legislación”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 9 (2000), pp. 303-305.

irracionalista, conforme a la cual puede llamarse ley al ejercicio desorganizado y arbitrario del poder, es decir, la que admitiera que es ley la que se produce sin sometimiento a procedimientos o reglas organizativas de algún tipo, y sin reunir las condiciones mínimas para garantizar a los destinatarios una mínima certidumbre sobre la normativa aplicable. La primera concepción haría *superflua* una teoría de la legislación. La segunda, la haría *imposible*. La ciencia de la legislación sólo cobra sentido en una concepción de la ley situada en algún punto intermedio entre ambos extremos, donde “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”²².

Si estas concepciones de la ley (del Derecho, si se quiere) excluyen una aproximación científica o racional a la misma, *a contrario*, la premisa de una “ciencia” de la legislación es una concepción de la ley en la que se den los siguientes rasgos: *a)* primero, una visión del Derecho moderadamente realista y crítica, que no dé por hecho que todas las normas son necesariamente racionales; *b)* segundo, una concepción institucionalizada del Derecho, donde se predeterminan órganos y procedimientos sobre la creación de las normas; *c)* en tercer lugar, una cultura jurídica donde, en general, las normas son elaboradas con la pretensión de que guíen efectivamente la conducta de los destinatarios y de que sirvan al logro de los objetivos políticos perseguidos. Dicho de otro modo, la aproximación científica a la legislación requiere una concepción de la misma como “institución jurídica”, esto es, como medio de acción política sofisticado, en el sentido de dotado de alguna organización y presidido por el interés de alcanzar objetivos²³. Desde esta perspectiva, la ciencia de la legislación encontraría sentido, aun cuando no se comparta una concepción argumentativa del Derecho y, en particular, la “razón práctica legislativa”²⁴.

22. *Ibid.*, p. 306. En palabras del autor: “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”, *Ibid.*, p. 303.

23. En realidad, se trata de la idea de legislación que se forja en cultura jurídica que prepara la modernidad en Europa continental: la producción de normas generales es vista como una forma infinitamente más adecuada que la jurisdicción para disciplinar las relaciones sociales en sociedades complejas. *Vid.* sobre ello también, Atienza, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, cit., p. 91. El mismo ligamen entre legislación y progreso de la cultura jurídica, en Bulygin, E., “Teoría y técnica de legislación”, en Alchourrón, C. E., y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991, p. 409.

24. *Vid.* J. A. García Amado, “Razón práctica y teoría de la legislación”, cit., p. 310.

2.2. Variedad de expresiones usadas para aludir a los estudios sobre la legislación

2.2.1. Tres registros o niveles de discurso a propósito de la legislación

Los análisis o estudios sobre la calidad de las leyes reciben muy variadas denominaciones. Entre las más comunes figuran las expresiones “ciencia de la legislación”, “arte de legislar”²⁵, “política legislativa”, “técnica legislativa”, “teoría de la legislación”, “analítica”, “táctica” y “metódica legislativa”²⁶.

En las páginas siguientes se sugieren tres registros o niveles de discurso (no incompatibles entre sí) que pretenden clarificar el sentido y función de las distintas aproximaciones a la legislación. En concreto tales registros se basan, en primer lugar, en la noción de racionalidad (instrumental o axiológica) que subyace a un análisis legislativo; en segundo lugar, en su aproximación más general y conceptual, o más concreta y aplicada; y, en tercer lugar, su carácter prescriptivo o descriptivo.

De entrada, las distintas denominaciones sugieren distintas aproximaciones o discursos a propósito de la tarea legislativa. Así, “ciencia” o “teoría” de la legislación aluden a un discurso de tipo genérico o conceptual. En cambio, “técnica legislativa” alude a saberes más prácticos o aplicados a la práctica de la legislación. La “política legislativa” suele ser empleada en contraposición a la “ciencia” o “teoría jurídica” y excluye una aproximación científica a la práctica legislativa —o, mejor dicho, excluye una aproximación que use métodos semejantes a los de la ciencia y teoría jurídicas. Algo similar sugiere la expresión “arte de legislar”.

La disciplina sobre la legislación que cuenta con una definición casi uniforme es la de “técnica legislativa”.

R. Guastini denomina “técnica legislativa” a los estudios que se ocupan de los medios o instrumentos para mejorar la calidad de las leyes, o más precisamente, para mejorar las leyes en cuanto textos jurídicos a fin de favorecer el fin general de la legislación: dirigir las conductas de los destinatarios. La “técnica legislativa” se diferencia, según Guastini, de la “política legislativa”, que versa sobre los fines legislativos de cada ley en particular:

“la *técnica* de redacción de los documentos legislativos (o normativos en general) lleva este nombre no por casualidad. La disciplina que la estudia... no tiene nada que decir sobre los fines que la legislación, o la normación en general, tiene que perseguir. Su función es solamente investigar cuáles sean los medios idóneos para conseguir la finalidad propia de la legislación. Los fines de la legislación en cuanto tal, se entiende, y no los fines de ésta o aquella ley concreta, que es un problema distinto, de política legislativa”²⁷.

25. Zapatero Gómez, V., *El arte de legislar*, Pamplona, Aranzadi, 2009.

26. El análisis conceptual y la incidencia práctica de estas disciplinas es el objeto de dos trabajos de Galiana Saura, A., *La legislación en el Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 2003; de la misma autora, *La ley: entre la razón y la experimentación*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

27. Guastini, R., “Redazione e interpretazione dei documenti normativi”, en VV.AA., *Lezioni di*

Esta identificación de la técnica (o técnicas legislativas) con una disciplina sobre la calidad de las leyes meramente instrumental también resulta muy clara en la definición de J. Aguiló:

“el vocablo *técnica* —dice este autor— hace referencia a un conjunto de medios (instrumentos y procedimientos) para conseguir un fin” [...]. “Los medios, una vez que el fin ha sido elegido, son susceptibles de una adiáfora descripción científica que, en principio, no implica valoraciones y elecciones posteriores”²⁸.

La expresión “técnica legislativa” se utiliza, en resumen, para aludir a los estudios sobre la *forma* de las leyes o de las normas en general, esto es, sobre el lenguaje y composición de los textos normativos, así como sobre las relaciones lógico-formales entre las disposiciones que integran el sistema jurídico. Con todo, en la actualidad la disciplina cobra un sentido más extenso, designando estudios que, sin prescindir de aspectos lingüísticos y lógico-formales, se abren al campo de la eficacia de las normas, contemplando *medios e instrumentos* que auxilien al legislador en el cumplimiento de sus objetivos o fines políticos²⁹. A la vista de esta definición, habría una identificación entre técnica legislativa y estudios sobre la legislación presididos por una idea de racionalidad legislativa instrumental, neutral respecto de los contenidos que el legislador decida.

2.2.2. Primer registro: el enfoque maximalista y minimalista de la ciencia de la legislación

La relación que suele establecerse entre la llamada técnica legislativa y una concepción instrumental de la racionalidad de las leyes es muy frecuente. Sin embargo, no necesariamente la música de fondo de los trabajos de técnica legislativa es esa concepción meramente instrumental. Un estudio de técnica legislativa puede —a mi juicio— estar comprometido con una concepción más compleja de la racio-

tecnica legislativa, S. Bartole (ed.), Padua, CEDAM, 1988, pp. 37-38 (cursiva añadida). “Naturalmente —prosigue Guastini— es completamente sensato plantear la cuestión prejudicial: si verdaderamente existen fines propios de la legislación como tal”, pero “en esta sede podríamos asumir con toda tranquilidad que exista al menos un fin general y típico de la legislación, y que tal fin sea... el de orientar los comportamientos y las actitudes de sus destinatarios”, *Ibid.*, p. 38. *Vid.* del mismo autor el trabajo “Questioni di tecnica legislativa”, *Le Regioni*, núms. 2-3 (1985), pp. 221-241.

28. Aguiló, J., “Técnica legislativa y documentación automática de legislación”, en Carbonell, M. Y Pedroza de la Llave, S. T. (coords.), *Elementos de Técnica Legislativa*, México, UNAM, 2000, p. 245.

29. Desde hace más de una década, los manuales de técnica legislativa inscritos en la tradición anglosajona, resaltan que si bien clásicamente las técnicas legislativas se han dirigido a procurar *la calidad lingüística de la ley* mediante disposiciones claras y precisas, “hoy la técnica legislativa puede definirse como una disciplina que se ocupa también de que los objetivos legislativos puedan llevarse a la práctica y de que las leyes puedan producir las transformaciones sociales, políticas y económicas deseadas”, Seidman, R. B., Abeysekere, N., *Legislative Drafting for Democratic Social Change. A manual for Drafter*, The Hage, London, Boston, Kluwer Law International, 2001, p. 5.

nalidad de las leyes, y considerar que, en último término, las cuestiones formales está subordinadas a la legitimidad o carácter justificado de la legislación. Dicho de otro modo, a la hora de clarificar los diferentes discursos sobre la legislación, parece preferible usar varios registros: así un primer registro sería el que atiende a distintas concepciones de la racionalidad legislativa (racionalidad instrumental o axiológica). Este registro sería diferente al que se fija en si el discurso sobre la calidad de las leyes es más bien conceptual y general (teoría de la legislación) o concreto y aplicado (técnica o técnicas legislativas).

Una vez desglosados los diversos estratos o niveles de racionalidad presentes en una ley o norma, es posible darse cuenta de que no todas las visiones de lo que es una ley racional son igualmente complejas. Atienza define la legislación como un *proceso* de interacción entre distintos elementos: el edictor de normas generales, el destinatario de éstas, el sistema jurídico, los objetivos perseguidos y los valores en los que tales objetivos se fundan³⁰. *La racionalidad de tal proceso de interacción puede analizarse desde ópticas diversas*: desde el punto de vista de la calidad de la comunicación entre el edictor y el destinatario, de la coherencia de la ley resultante del proceso con el sistema jurídico en el que se integra, de su eficacia como medio de control o influencia en las conductas de los destinatarios, de su idoneidad para conseguir objetivos, y, en último término, del carácter justificado de los fines u objetivos del legislador.

Si la legislación es vista ante todo como un *proceso de comunicación* de un mensaje normativo de la autoridad, es evidente que su racionalidad depende de la claridad y precisión del mensaje normativo; esto es, de la racionalidad *lingüística*. Pero dado que las leyes se integran en el sistema jurídico, la racionalidad legislativa puede examinarse también desde el punto de vista de sus relaciones con el conjunto normativo del que pasa a formar parte. Desde esta óptica, una ley será racional si su producción se ajusta a los criterios establecidos por el ordenamiento jurídico del que formará parte y además no da lugar a antinomias, lagunas y redundancias. Cabe denominar a este nivel de racionalidad legislativa *racionalidad jurídico-formal* o *racionalidad sistemática*³¹. Desde una visión más compleja del fenómeno legislativo, la racionalidad legislativa puede identificarse además con la capacidad que tenga la ley para suscitar adhesión o aceptación entre los destinatarios o, en todo caso, con la medida en que esté garantizada la conformidad de las conductas de los ciudadanos con lo dispuesto en la ley³². Se trata ahora de la racionalidad *pragmática*³³: “una ley es irracional en el sentido pragmático

30. Atienza, *Contribución...*, cit., p. 24.

31. *Ibid.*, pp. 28 y ss. También Calsamiglia coincide con Atienza en la identificación de un nivel de racionalidad legislativa presidido por la pretensión de claridad y precisión del lenguaje (racionalidad *lingüística*) y un nivel regido por el ideal de la sistematicidad (racionalidad *lógico-formal*), “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?”, *op. cit.*, pp. 169-171.

32. Atienza, M., *Contribución...*, cit., pp. 36-37.

33. Calsamiglia identifica la racionalidad pragmática con la reacción de los destinatarios de las normas y el grado de adecuación de sus conductas a lo prescrito. Es, a su juicio, es un elemento que si

—señala Calsamiglia— cuando no consigue que la conducta social se ajuste a la ley” de modo que “una ley que se viola frecuentemente —aunque se aplique la sanción— tiene un defecto de diseño. Carece de racionalidad pragmática”³⁴. En cualquier caso, si se estima racional que la legislación se cumpla es quizás porque, prima facie, la eficacia de la ley se supone un presupuesto de su efectividad, es decir, de que realmente constituya un instrumento adecuado para el logro de fines, objetivos o metas valiosas para la sociedad³⁵. En este caso, el nivel de racionalidad implicado sería, según Atienza, el de la racionalidad *teleológica*³⁶.

Por último, la legislación puede ser vista como una actividad de los poderes públicos que incorpora una pretensión de legitimidad o de justicia, que se concreta en que las decisiones políticas vertidas en las leyes se hallen argumentadas, en el sentido de éticamente justificadas. Por ello, la ley es susceptible de ser evaluada y mejorada desde el que sería el nivel *rector* de la racionalidad legislativa: el de la racionalidad *ética* o *axiológica*.

Una ley puede catalogarse de irracional “si no está justificada, bien porque la haya dictado quien carece de legitimación ética, bien porque prescriba comportamientos inmorales, bien porque persiga fines ilegítimos [...] Es importante señalar que este nivel de racionalidad desarrolla una función más bien negativa que constructiva”³⁷.

Precisamente, en este nivel de la racionalidad legislativa (la racionalidad axiológica o ética) se encuentra el punto de inflexión o rasgo relevante para distinguir entre dos enfoques de la ciencia de la legislación: el enfoque *minimalista*, ligado a una concepción instrumental de la racionalidad legislativa (y de la racionalidad práctica en general) y el enfoque maximalista, vinculado a una concepción sustantiva de la racionalidad.

Desde la óptica minimalista, la racionalidad legislativa se detiene en la optimización de los medios para conseguir los fines decididos por el legislador, cualesquiera que éstos sean; desde la *maximalista*, la racionalidad legislativa depende no exclusivamente pero sí en último término de la (posibilidad de justificar la) corrección de los fines legislativos. El enfoque minimalista “hace de los estudios de legislación una disciplina más pragmática que busca la racionalidad instrumental de la norma como realización de una voluntad política”, y “lo que diferencia los enfoques minimalista y maximalista de este tipo de estudios es la inclusión (como defiende Atienza) o no (como mantiene Wròblewski y con él la

acaso se enuncia, pero cuya importancia se diluye en el discurso, Calsamiglia, A., “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar”, cit., p. 171.

34. *Ibid.*, p. 172.

35. M. Atienza, *Contribución...*, cit., p. 38.

36. “Lo importante de una ley —escribe Calsamiglia— no es la declaración de principios que ofrece sino lo que consigue”, “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar”, cit., p. 173.

37. M. Atienza, *Contribución...*, cit., p. 39.

mayoría) de la racionalidad ética dentro de los cometidos de la llamada ciencia de la legislación”³⁸.

La ciencia legislativa minimalista descansa en posiciones metaéticas no cognoscitivistas: dada la imposibilidad de determinar la verdad o falsedad de las proposiciones sobre enunciados de carácter moral, no cabe una aproximación científica que atienda a los problemas ético-políticos de la legislación; tan sólo cabe ocuparse de los *problemas técnico-jurídicos*. Dentro de esta última orientación, que por no ocuparse de problemas valorativos sería, en opinión de Bulygin, la relevante para los juristas, habría que distinguir a su vez entre la prevención de *problemas lingüísticos*, como la vaguedad y la ambigüedad del lenguaje legislativo, y la evitación de problemas *lógico-conceptuales*, que a su vez pueden ser de tipo “estático” o “dinámico”, según si afectan a la racionalidad del *sistema* jurídico, como sucede con las lagunas, antinomias y redundancias, o a la del *orden* jurídico con ocasión de la modificación y derogación de los textos legales³⁹. Aunque la óptica minimalista también puede descansar en una perspectiva ética, siempre que sea de tipo consecuencialista: la política y en particular la legislación se rigen por criterios de racionalidad, como la maximización de intereses de parte a través de la negociación, la promoción de la utilidad general y de la eficiencia económica, etc.

A los enfoques de tipo maximalista subyace, por el contrario, una metaética objetivista-constructivista, que defiende la posibilidad de encontrar procedimientos para fundamentar juicios de valor, de modo tal que tales juicios resulten intersubjetivamente aceptables. Desde esta perspectiva, la racionalidad de las decisiones prácticas en los ámbitos de la ética, la política legislativa o la aplicación judicial del derecho no es totalmente idéntica pero sí semejante ya que se funda en una única noción de racionalidad no instrumental, sino deontológica o de fines.

De dos tipos de “razón legisladora” dan cuenta, en efecto, Atienza y García Amado: Atienza distingue entre la racionalidad de tipo *instrumental, técnico o débil* (que a su vez incluiría los cuatro diversos niveles de los que hemos hablado) y la racionalidad *de fines, ética o fuerte*, que hace depender la racionalidad legislativa del carácter éticamente justificado de los fines que la legislación declara⁴⁰. En una línea similar, García Amado diferencia entre una concepción *normativa en sentido “débil”* o *“normativo-instrumental”*, y una concepción *normativa en sentido “fuerte”* o *en sentido “estricto”* —que a su vez puede ser *material* o *formal*— cuyo objeto parece más ambicioso, pues se ocuparía de los valores que subyacen

38. Vid. Zapatero, V., “De la jurisprudencia a la legislación”, *op. cit.*, pp. 788-789. Su conceptualización —la más clara a mi juicio— se basa en el planteamiento de Wróblewski, J., “Propos final” a *La Science de la Législation*, cit., p. 106. Vid. del mismo autor “The Rational Law-maker”, en VV.AA., en *L’educazione giuridica. V- Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, A cura di A. Giuliani e N. Picardi, Università degli Studi di Perugia, Edizione Scientifiche Italiane, 1987, p. 52.

39. Bulygin, E., “Teoría y técnica de legislación”, cit., pp. 411-413.

40. Atienza, M., *Contribución...*, cit., pp. 87, 92 y 95.

a la legislación y pretendería obtener conclusiones sobre los límites axiológicos que afectan al contenido de las leyes o a los fines que éstas pueden perseguir⁴¹.

El enfoque minimalista permitiría a su vez diversos planteamientos, más o menos exigentes en función de si incorpora más o menos niveles de racionalidad en su discurso. El planteamiento más básico consistiría en un estudio de la racionalidad *formal* de la legislación, es decir, de las cualidades del texto o documento jurídico para transmitir el mensaje legislativo de modo preciso, claro y, en definitiva, *inteligible*, así como para incorporarse al sistema jurídico de modo *coherente*, abordando la legislación desde los niveles de racionalidad *lingüística* y *sistemática*⁴². Un planteamiento más complejo llevaría a examinar las leyes desde el punto de vista de la racionalidad pragmática, poniendo el acento en la *eficacia* de las leyes⁴³, y la *teleológica*, ligada a la *efectividad* o idoneidad de las leyes para lograr los objetivos o fines que declaran y a la *eficiencia*, vinculada a la garantía de equilibrio entre costes y beneficios, a la buena administración de los recursos y, no sólo a la distribución, sino también a la generación de riqueza.

En resumen, la “ciencia legisladora” admitiría tres planos de análisis: primero, el *minimalista muy estricto*, fiduciario de la teoría y dogmática jurídica tradicional, conectado a posiciones metaéticas no cognoscitivistas, donde sólo cuenta la racionalidad lingüística y lógico-formal de la legislación; segundo, un enfoque *minimalista más complejo*, abierto a la sociología jurídica y, en general, a las ciencias sociales, que toma en consideración la calidad de la legislación desde el punto de vista de la racionalidad pragmática y teleológica; y, por último, un *enfoque maximalista* que, comprendiendo los niveles anteriores, conecta la ciencia de la legislación a una metaética constructivista, a las éticas normativas rehabilitadoras de la noción de razón práctica, de modo que la racionalidad legislativa depende en último término de su legitimidad.

41. García Amado, J. A., “Razón práctica y teoría de la legislación”, cit., p. 310.

42. Esta fue la línea de investigación del Grupo de Estudios de Técnica Legislativa (Gretel) que de forma pionera lideró Salvador Coderch: “el papel del técnico legislativo... es propiamente el de quien vierte en un texto escrito el conjunto de decisiones materiales y jurídicas tomadas sobre la cuestión de que se trate. Es un redactor del texto en el sentido más fuerte de la palabra. En Inglaterra, país con una importante tradición en la materia, se habla del Drafting of statutes... El draftman no es el autor de la decisión pero sí del texto que la expresa”, Salvador Coderch, P., “Introducción”, en GRETEL, *La forma de las leyes (10 estudios de técnica legislativa)*, Barcelona, Bosch, 1986, pp. 11-12.

43. Merece la pena citar a Bentham: “cuando para conseguir tus propios fines te diriges a los que están sujetos a tu poder exigiéndoles obediencia, les hablas de forma inteligible [...] Cuando exiges obediencia para fines de naturaleza pública, para uso y beneficio de la comunidad en general, tienes igualmente a tu disposición el lenguaje, los medios ordinarios de comunicación: usa a este efecto el lenguaje, con la misma sencillez y sinceridad, aplica los instrumentos de comunicación de manera similar, habla inteligiblemente a quienes te dirijas y así te comprenderán, facilita a todas las personas lo que sea necesario que conozcan para cumplir con tu voluntad”, Bentham, J., *Nomografía o el arte de redactar las leyes*, cit., p. 15.

2.2.3. Segundo registro: teoría de la legislación y técnica legislativa

Como se ha dicho anteriormente, es fácil incurrir en una vinculación entre la perspectiva *minimalista* y un saber de tipo técnico: la “técnica” o “técnicas legislativas”; y, paralelamente, vincular el enfoque *maximalista* con la teoría de la legislación, por cuanto el enfoque maximalista ha de explicitar las posibilidades de llevar a cabo una aproximación racional a la “política legislativa”⁴⁴: una ciencia de la legislación *minimalista* tendría por objeto— escribe V. Zapatero— “la elección de medios jurídicos para alcanzar unos fines presupuestos que no se discuten [...] El campo de la ciencia de la legislación se reduce a una *técnica*”. Por su parte, una ciencia de la legislación maximalista se ocuparía de “los valores, de los fines que se persiguen... y evalúa los medios teniendo en cuenta los valores de los mismos”. En este enfoque, la ciencia de la legislación se refiere al contenido de las leyes y aparece como *política legislativa* o como *ética*⁴⁵

Ahora bien, el enfoque *minimalista* y la “técnica legislativa” hacen referencia a cuestiones distintas. El enfoque *minimalista* haría referencia (o se vincularía) a una noción de racionalidad legislativa que se caracteriza por el respeto hacia las decisiones legislativas o, al menos, hacia las decisiones legislativas concretas, pues en el fondo cualquier planteamiento de racionalidad legislativa, por muy respetuoso que se muestre en apariencia, reposa en alguna visión de los fines que en general corresponden a la legislación (garantizar la seguridad jurídica, asegurar la vinculación judicial a la ley, promover la eficiencia económica, etc.). Por su parte, la *técnica legislativa* aludiría al estudio de los medios o instrumentos para realizar la racionalidad legislativa comoquiera que ésta se entienda, por lo que un estudio de técnica legislativa no implicaría necesariamente rechazar la exigencia de racionalidad de los fines políticos mismos; es decir, en mi opinión cabría diseñar técnicas legislativas en el marco de un enfoque maximalista de la racionalidad legislativa.

Así, me parece que en lugar de asimilar el enfoque *minimalista* a la “técnica legislativa” y el enfoque *maximalista* al discurso empeñado en la racionalización de la “política legislativa” (esto es, al discurso que cree posible dotar de estatus científico a la política legislativa) sería preferible mantener, por una parte, el binomio enfoque *minimalista*/enfoque *maximalista*, que permitiría diferenciar dos tesis sobre la ciencia de la legislación cuyo punto de discrepancia es si la ciencia de la legislación sólo tiene fundamento como disciplina instrumental a los fines del político-legislador o si, por el contrario, cabe una ciencia de la legislación que discrimine entre fines políticos racionales e irracionales; y, por otra parte, el par *teoría de la legislación/técnica legislativa*⁴⁶, que permitiría diferenciar dos

44. Wróblewski, J., “Propos final” a *La Science de la législation*, op. cit., p. 107.

45. Zapatero, V., “De la jurisprudencia a la legislación”, cit., p. 788.

46. Clarifica Atienza que un saber sobre la legislación técnico no excluye que el mismo fenómeno pueda estudiarse desde otras perspectivas. La reflexión abstracta y conceptual que no tiene, al menos a corto plazo, práctica “puede denominarse teoría de la legislación”. Así, dentro de la ciencia de la legisla-

modos distintos y no excluyentes de presentar o de formular propuestas sobre una misma cuestión u objeto, la racionalidad legislativa, cualquiera que sea la toma de posición, maximalista o minimalista. De esta manera, cabría realizar cuatro discursos: *teoría de la legislación minimalista*, *técnica legislativa minimalista*, *teoría de la legislación maximalista* y *técnica legislativa maximalista*. O, si se prefiere, el enfoque maximalista admite un doble tratamiento teórico y técnico, al igual que el enfoque minimalista.

Una *teoría de la legislación minimalista* daría cuenta del tipo de racionalidad que debe presidir la legislación, explicando el por qué de su carácter puramente instrumental y al margen de los aspectos éticos o axiológicos que tienen que ver con los fines del legislador. Una *técnica legislativa minimalista* se ocuparía de los medios o instrumentos concretos para realizar dicha idea de racionalidad legislativa. Una *teoría de la legislación maximalista* daría cuenta de los criterios de racionalidad legislativa, incluso de los relativos a la posibilidad de plantear el problema de la racionalidad de los fines que las leyes determinan (incluso, de la ilegitimidad en la que se incurriría por omisión de leyes intermedias y necesarias para el cumplimiento de ciertos fines políticos). Una *técnica legislativa maximalista* diseñaría instrumentos o medios para mejorar la legislación en distintos niveles, tomando siempre en consideración que la racionalidad de medios-fines es, en último término, de carácter axiológico; es decir, que tanto la elección de los medios como la de los fines en sí mismos necesitan de justificación o fundamentación.

La estipulación propuesta podría ser objetada por resultar contradictoria en el siguiente doble sentido: primero, cabría decir que el enfoque minimalista siempre desemboca en estudios de tipo técnico. Es decir, en la medida en que ofrece un concepto de racionalidad legislativa instrumental a los fines del legislador, propicia estudios dirigidos a la propuesta de técnicas legislativas. Ello es resaltado por García Amado cuando identifica el enfoque minimalista con una *teoría de la legislación entendida como teoría y desarrollo de una técnica legislativa*, es decir, como conjunto de técnicas instrumentales⁴⁷. En todo caso, a un planteamiento de técnica legislativa subyace —se explicita o no— alguna visión de la racionalidad legislativa, y ésta puede ser instrumental (minimalista) o deontológica (maximalista).

Y por lo que respecta a la *técnica legislativa maximalista*, la objeción podría derivar de una cuestión que ha puesto de relieve Atienza: el aspecto basilar del enfoque maximalista, es decir, la racionalidad axiológica o la justificación de los

ción podría diferenciarse dos niveles de análisis: “el de la *técnica* y el de la teoría de la legislación; cómo estén relacionadas o deban relacionarse entre sí estas dos disciplinas, y cada una de ellas con otras como la sociología del Derecho, la filosofía del Derecho, la lógica jurídica, etc., es un problema importante y difícil de resolver”, Atienza, M., *Contribución...*, cit., p. 23.

47. García Amado, J. A., “Razón práctica y teoría de la legislación”, cit., p. 301. En palabras del autor: una teoría de la legislación *funcional* o *instrumental*, que considera que el contenido de la ley constituye una decisión política, en relación con la cuál puede buscarse asesoramiento sobre los medios o instrumentos para realizar tal decisión, pero sin cuestionar los fines y valores subyacentes a la misma y sin pretender en definitiva condicionar los contenidos de la norma legislada, puede ser caracterizada “diciendo que *el aspecto técnico predomina en ella*”, *Ibid.*, p. 310 (cursiva añadida).

finés legislativos, no es susceptible de un tratamiento *técnico*⁴⁸. Compartiendo esta precisa, habría que precisar que por técnica legislativa maximalista no se entiende aquélla que ofrece medios o instrumentos para realizar la racionalidad en todos y cada uno de los niveles, incluido el axiológico, sino aquella cuyo objeto es desarrollar medios o instrumentos de mejora de la legislación en cada uno de los niveles, bajo la exigencia de justificación axiológica de fines y medios de la legislación, lo que al mismo tiempo implica un equilibrio entre los diversos niveles de racionalidad⁴⁹.

Partimos, en suma, de que cualquier enfoque o planteamiento de la racionalidad legislativa, maximalista o minimalista, y dentro de este último, más formalista o más sociológico, es susceptible de ser tratado desde el punto de vista de la teoría y/o de la técnica de la legislación: la contraposición maximalista/minimalista tiene que ver con una toma de postura sobre los niveles presentes en la racionalidad legislativa, y, en particular, sobre inclusión o exclusión de la racionalidad axiológica como criterio de racionalidad de la ley; la contraposición teoría/técnica se refiere a dos modos de reflexionar, diferenciados por el carácter más conceptual y general de la primera y más “práctico” —en el sentido de útil y operativo a corto plazo— y concreto de la segunda.

La confrontación entre teoría y técnica legislativa como discursos distintos dentro de la ciencia de la legislación podría tener —siguiendo a Atienza— un sentido semejante a la confrontación entre *teoría del derecho* y *dogmática jurídica* dentro de la ciencia jurídica. Teoría del Derecho y teoría de la legislación se asemejarían en su carácter especulativo o conceptual, esto es, en que ambas tratan de comprender el fenómeno jurídico, ya sea atendiendo a su estructura normativa, ya a los procesos de producción legislativa. Por su parte, la dogmática jurídica y técnica legislativa tendrían en común el ser disciplinas de tipo técnico, es decir, orientadas no tanto a obtener un conocimiento cuanto a *producir un resultado*, y precisamente en el tipo de resultado estribaría —a juicio de M. Atienza— la diferencia entre dogmática jurídica y técnica legislativa, pues la primera “trata de conseguir como resultado la optimización de la interpretación y aplicación del Derecho”, y la segunda “trata de conseguir, como resultado, la optimización de la producción de las normas provenientes del legislativo y de ciertos órganos

48. “La racionalidad ética —a diferencia de otros niveles de racionalidad— no genera ninguna técnica legislativa específica: no hay ningún procedimiento para lograr la libertad, la igualdad y la justicia a través de las leyes”. El único *instrumento* es el discurso moral, pero “se desnaturalizaría si se utilizara para conseguir finalidades (fines perlocucionarios) que vayan más allá del propio discurso”, Atienza, M., *Contribución...*, cit., pp. 39-40.

49. De hecho, el propio García Amado, que siguiendo la terminología al uso relaciona las técnicas legislativas con enfoques de la racionalidad legislativa instrumentales a los fines del legislador, resalta que, al menos desde su visión de la teoría de la legislación que sí se extiende a la legitimidad de los fines, tal técnica legislativa no sólo debe ser entendida como técnica al servicio de cualesquiera finalidades legislativas, sino también como técnica “en sus implicaciones para la racionalidad comunicativa y pragmática del Derecho y para un modelo de institucionalización de los poderes”, García Amado, J. A., “Razón práctica y teoría de la legislación”, cit., p. 317.

administrativos”. Por tanto, la primera “se dirige básicamente a los intérpretes y aplicadores del Derecho” y la segunda “a los políticos (miembros del legislativo y de los altos órganos de la Administración)”⁵⁰.

Con todo, es obvio que, en un estudio de teoría de la legislación, el grado de profundidad con el que ha de abordarse la noción de racionalidad que representa o debe representar la racionalidad de la legislación, debe ser mayor que en el caso de un trabajo de técnica legislativa, donde incluso la noción de racionalidad puede estar implícita. Así las cosas, una teoría de la legislación tendría las siguientes funciones (con respecto a la técnica legislativa): *a*) estructurar los diferentes estratos de racionalidad (lingüística, sistemática, pragmática, teleológica, etc.) de acuerdo con el peso o la importancia absoluta y relativa de los diversos niveles de racionalidad, justificando tal ordenación⁵¹; *b*) suponiendo que la teoría de la legislación incorpore un quinto nivel, el axiológico, habría de preguntarse, en segundo lugar, si sólo hay *fin*es prohibidos o incluso *fin*es necesarios u obligados; *c*) en tercer lugar, y desde esta misma perspectiva, la teoría de la legislación podría interrogarse sobre si en una Democracia Constitucional la legitimidad de las leyes puede suponerse que viene garantizada siempre y cuando sea el resultado de un *procedimiento racional-democrático*, o si, por el contrario, la legitimidad o racionalidad ética plantea una exigencia de justificación a la luz del Derecho constitucional; *d*) asimismo, en cuarto lugar, las características propias de la racionalidad legislativa pueden determinarse a la vista de un examen comparativo entre el procedimiento y resultado de la actividad legislativa y el procedimiento y resultado de la actividad judicial. Tal comparación permitiría determinar en qué medida (o en qué ámbito o fase legislativa) las pautas propias de la argumentación jurídica strictu sensu (razonamiento jurisdiccional) son extrapolables a la argumentación legislativa; *e*) la teoría de la legislación podría ocuparse, en quinto lugar, de suministrar el esquema de las técnicas legislativas más importantes de cara a realizar la noción de racionalidad legislativa de la que previamente se haya dado cuenta. Y además no sólo analizando las disciplinas y las técnicas o instrumentos capaces de realizar la racionalidad en cada nivel (“análisis interno”), sino también en el conjunto de los niveles (“análisis externo”); y tanto en abstracto (“análisis externo *estático*”) como en el caso concreto (“análisis externo *dinámico*”)⁵².

Y, finalmente, por lo que respecta a la *técnica legislativa*, ésta tendría por objeto desarrollar, a partir de una determinada concepción de la racionalidad legislativa (esto es, a partir de una determinada teoría de la legislación), técnicas legislativas concretas, es decir, procedimientos, medios e instrumentos tendentes a mejorar la calidad de las leyes. El desarrollo de técnicas legislativas requiere

50. Atienza, M., *Contribución...*, cit., p. 19.

51. En efecto, frecuentemente “en el proceso legislativo están implicadas diversas nociones de racionalidad que transcurren en sentidos distintos”, siendo no sólo difícil sino en ocasiones imposible satisfacer al mismo tiempo las exigencias que plantean estas diversas nociones de racionalidad, Atienza, M., *Contribución...*, cit., p. 56.

52. *Ibid.*, p. 28.

tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas y esta tarea de proyección concreta de conocimientos de otras disciplinas a la mejora de la legislación sería tarea de la técnica legislativa. Por ejemplo, en el nivel de la racionalidad lingüística pueden ser de utilidad los conocimientos provenientes de la lingüística, la lógica, la informática documental, la psicología cognitiva, etc. En el nivel de la racionalidad sistemática, podrían aprovecharse los conocimientos de la dogmática jurídica tradicional sobre métodos interpretativos y en particular sobre resolución de lagunas y antinomias⁵³. En el nivel de la racionalidad pragmática desempeñarían un papel fundamental los desarrollos de la sociología jurídica. Esta última disciplina sería asimismo interesante para mejorar las leyes desde el punto de vista de su racionalidad teleológica, pero también lo serían otras disciplinas como el análisis económico del Derecho, la teoría de la elección o decisión racional, la ciencia política y, dentro de ésta, las teorías de la implementación⁵⁴.

En definitiva, el discurso de la *teoría de la legislación*, de tipo conceptual y más general que el de la técnica legislativa, tendría como misión ofrecer una descripción del fenómeno legislativo, elaborar una idea de legislación racional en la que aparecieran relacionados o estructurados los aspectos que inciden en la racionalidad legislativa, diseñar un esquema de las técnicas legislativas tendentes a realizar tal noción de racionalidad legislativa y, por último, reflexionar sobre si la ciencia de la legislación debe denunciar la falta de racionalidad de las leyes y proponer mecanismos de mejora ajustándose a las posibilidades que a este respecto ofrezca el marco jurídico vigente (función de crítica interna) o si puede ir más allá, denunciando la falta de racionalidad legislativa y formulando propuestas de legislación racional que no se ciñan a lo dispuesto en la constitución jurídica (función de crítica externa). El discurso de la teoría de la legislación se distinguiría en todo caso del de la *técnica legislativa*, que parte ya de alguna noción de racionalidad legislativa y se ocupa de los medios e instrumentos para realizarla. La distinción entre la teoría y la técnica legislativa serviría, pues, para mostrar *dos modos de abordar o de tratar los problemas de racionalidad legislativa*, pero no diferenciados por su posición en torno a la idea de racionalidad legislativa que manejan —este es, insistimos, el aspecto que diferenciaba las tesis maximalistas de las minimalistas— sino por el carácter más conceptual y general que tendría la teoría de la legislación y más “práctico”, operativo y concreto que tendría la técnica legislativa. En consecuencia, un enfoque minimalista de la racionalidad legislativa puede tratarse tanto en un plano técnico como teórico, e igualmente un enfoque maximalista puede desarrollarse tanto desde una perspectiva teórica como técnica. En este sentido, lo que caracterizaría a una teoría minimalista de la legislación es que se mueve en unos niveles de racionalidad que excluyen de

53. Así, Aguiló se muestra de acuerdo con Guastini en que la resolución de los problemas de técnica redaccional de los documentos normativos pasa por un conocimiento exhaustivo de las técnicas jurídicas y usos interpretativos difundidos en la comunidad jurídica en la que se opera. Aguiló, J., “Técnica y documentación de legislación”, *op. cit.*, p. 246.

54. Atienza, M., *Contribución...*, cit., p. 49.

forma expresa la cuestión de los fines del legislador y, en último término, de la justicia de la ley; mientras que una técnica legislativa maximalista sería aquella que se pone al servicio de una teoría de la legislación del mismo carácter, seleccionando los medios o instrumentos más idóneos para alcanzar los fines legítimos.

2.2.4. Tercer registro: descripción de las prácticas legislativas y prescripción de pautas para una mejor legislación

Cabría introducir un tercer registro para clasificar los estudios sobre legislación, en función de su carácter descriptivo o prescriptivo. En efecto, una *teoría de la legislación, independientemente de que adopte un enfoque maximalista o minimalista*, puede (debe) ser descriptiva y/o prescriptiva. Asimismo, no sólo pueden prescribirse técnicas legislativas, sino también describirse procedimientos y técnicas que, de hecho, son usadas para legislar.

En este sentido M. J. Fariñas subraya este carácter descriptivo *previo* de una disciplina sobre la legislación —que ella concibe se halla a medio camino entre la filosofía política y la ciencia jurídica: antes que normativa, tiene interés en “saber qué es lo que hacen los legisladores a la hora de crear una ley, es decir, cómo se produce la toma de decisiones legislativas”⁵⁵. En un sentido similar, Karpen alude a tres áreas diferenciadas que debería describir una disciplina sobre la legislación: primero, el análisis del fenómeno de la legislación, dando cuenta de los presupuestos históricos y filosófico-políticos de la formación de la institución legislativa; es lo que Karpen denomina *analítica* de la legislación. Segundo, el análisis del procedimiento legislativo tal como se halla contemplado en los textos jurídico-positivos o incluso tal como se desarrolla en la práctica; Karpen denomina este discurso *táctica* de la legislación⁵⁶. Por último, la teoría de la legislación podría dar cuenta también de la *crisis de la ley*, explicando los factores que determinan el deterioro de la calidad legislativa, así como los cambios económicos, sociales o políticos acontecidos en los dos últimos siglos que inciden en la institución legislativa.

3. RAZÓN Y POLÍTICA: ¿MISIÓN IMPOSIBLE O MATRIMONIO DE CONVENIENCIA?

Las aclaraciones terminológicas pueden considerarse pertinentes por cuanto ayudan a comprender mejor cuál es el propósito central de los dispares estudios

55. Fariñas, M. J., “El conocimiento científico del Derecho”, en G. Peces-Barba, E. Fernández y R. de Asís, *Curso de Teoría del Derecho*, cit., p. 135 (cursiva añadida).

56. Karpen, U., “Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht”, en *Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre. Beiträge zur Entwicklung einer Regelungstheorie*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1989, pp. 67-70; del mismo autor, “Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland”, *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1 (1986), pp. 5-32.

de ciencia legislativa: de acuerdo con la clasificación expuesta y, en particular, usando el registro de los enfoques, la argumentación legislativa tendría cabida en una visión maximalista de la racionalidad legislativa. Pero antes de profundizar un poco más en ello, parece preciso tomar contacto con la realidad. ¿Pretende la teoría de la legislación “poner puertas al campo”? ¿Es absurdo abordar la teoría de la legislación habida cuenta de que, al final, todo intento de racionalizar la legislación “choca” con intereses políticos y escapa a cualquier intento racionalizador? Desde esta perspectiva tan realista habría al menos tres dificultades que disuaden de dedicar investigaciones a la teoría de la legislación.

a. La primera dificultad se refiere a la falta de aplicabilidad de las teorías: en general, es una creencia bastante extendida (y no sólo en el ámbito jurídico) la de que las teorías tienen poca utilidad o repercusión práctica. Precisamente hablando de política, se hace eco de tal creencia el escritor y periodista Javier Cercas: “En cierto sentido, un intelectual es exactamente lo contrario de un político”. Un político, señala Cercas, simplifica al máximo los problemas, reduciéndolos a lo esencial para poder resolverlos de la manera más sencilla y más rápida posible, mientras que un intelectual, en vez de simplificar los problemas, los vuelve más complejos, formulándolos de la manera más compleja posible, o inventa problemas donde nadie los ve, mostrando que la realidad es más rica de lo que aparenta. “Un buen político es aquel que jamás inventa un problema: sólo los resuelve; un buen intelectual es aquel que jamás resuelve un problema: sólo los vuelve más problemáticos o los inventa. Esta oposición es otro motivo para desconfiar de los intelectuales metidos en política”⁵⁷. Ni este prejuicio sobre los intelectuales, ni sobre las virtudes prácticas de las teorías encuentra fundamento empírico⁵⁸.

b. La segunda dificultad sería que tal vez la política se rija por sus propias reglas de juego. Desde esta perspectiva, la acción política se guía o, mejor dicho, se debe guiar por pautas distintas a las que rigen para otras esferas de las relaciones sociales. Esta idea está presente, por ejemplo, en la famosa dicotomía de Max Weber entre la *ética de la convicción*, propia del científico, y la *ética de la responsabilidad*, que, en último término, define la acción del político⁵⁹. Weber parte de que frecuentemente las acciones se hallan guiadas por ambos tipos de moralidad, de forma que quien se guía preeminentemente por la ética de la responsabilidad no

57. Cercas, J., “La Política Chic”, *El País Semanal*, 31 de octubre de 2010.

58. Sin embargo, tampoco puede extrañar esta opinión viniendo de un escritor y periodista cuando, como dice Rodilla, los propios juristas “suelen ser escépticos sobre los efectos prácticos de la teoría del Derecho [...] La práctica jurídica es una práctica argumentativa, cargada (explícita o, más a menudo, implícitamente) de teoría, las discusiones teóricas que consiguen traspasar los muros de la Academia terminan arrastrando consecuencias prácticas [...] Esto significa que la discusión teórica... no es un mero ejercicio de virtuosismo académico libre de responsabilidad”, Rodilla, M. A., *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

59. Vid. Aron, R., “Introducción” a la obra de Max Weber, *El político y el científico*, trad. de F. Rubio Llorente, Madrid, Alianza, 1967, p. 34.

carece de convicciones, del mismo modo que quien actúa siguiendo convicciones o principios últimos, tampoco carece de sentido de la responsabilidad. Sin embargo, como escribe Raymond Aron, en condiciones extremas ambas actitudes pueden contradecirse y, en último término, la ética de la responsabilidad, que es la que debe regir en política, implica preferir el éxito a la afirmación intransigente de principios últimos y la ética de la convicción implica sacrificar las necesidades del triunfo las convicciones, “siendo morales tanto uno como otro detro de una determinada concepción de la moralidad”⁶⁰.

Así, para Weber, el político no se guía de modo absoluto ni por la ética de la responsabilidad ni por la ética de la convicción, pero en caso de conflicto, la ética de la responsabilidad es más acorde a la naturaleza de la política⁶¹.

Pues bien, el punto de partida de la teoría de la argumentación legislativa es bien distinto al que sostiene Weber. Es decir, concibe la argumentación legislativa como una parte de la argumentación jurídica y, a su vez, como parte de la argumentación práctica general. En este sentido, necesita asumir el postulado opuesto; es decir, la unidad de la razón práctica. Desde esta perspectiva, no hay una política que se rige preeminentemente conforme a una racionalidad teleológica (*Zweckrationalität*), que atiende a las consecuencias y sigue las reglas de la utilidad, y una ética orientada de acuerdo a valores (*Wert-rationalität*) y cuya premisa es el valor absoluto y propio de una conducta, prescindiendo del resultado o consecuencias. Para la teoría de la argumentación legislativa, ética, política y Derecho pueden ser contextos argumentativos distintos que probablemente reclamen pautas argumentativas peculiares, pero justamente tales diferencias entre reglas argumentativas tienen que poder fundamentarse desde las reglas de la racionalidad práctica general⁶². Cabe dudar si verdaderamente se está aquí presentando una objeción a la racionalización de la política o apostándose por una visión minimalista o consecuencialista de la ciencia de la legislación. Todo depende, quizás, de si con racionalidad política nos referimos a meramente a ejercicio de poder o bien a la “Política” como actividad institucional. En este caso, sí cabría una aproximación científica a la legislación de corte consecuencialista.

60. Aron, R., “Introducción”, *op. cit.*, p. 59.

61. En palabras de Weber: “¿Cuál es la verdadera relación entre ética y política? ¿No tienen nada que ver la una con la otra...? ¿O es cierto, por el contrario, que hay *una sola* ética, válida para la actividad política como para cualquier otra actividad?... ¿es perfectamente indiferente para las exigencias éticas que a la política se dirigen el que ésta tenga como medio específico de acción el poder, tras el que está la *violencia*?”. “Ninguna ética del mundo puede eludir el hecho de que para conseguir fines *buenos* hay que contar en muchos casos con medios moralmente dudosos, o al menos peligrosos, y con la posibilidad e incluso la probabilidad de consecuencias laterales moralmente malas. Ninguna ética del mundo puede resolver tampoco cuándo y en qué medida quedan *santificados* por el fin moralmente bueno los medios y las consecuencias laterales moralmente peligrosos”, Weber, *El político y el científico*, *op. cit.*, p. 160 y p. 165.

62. Atienza, “Argumentación y legislación”, *op. cit.*, p. 95.

c. Una tercera dificultad pondría el acento en la ingenuidad o falta de realismo de una propuesta como la propia de la argumentación legislativa⁶³. En realidad, aquí se entremezclan dos dificultades: primera, la idiosincrasia de la política que, desde el punto de vista del Estado de Derecho significa un deficiente funcionamiento de las instituciones depositarias de la democracia; segunda, el resquebrajamiento de la Política frente a la pujanza de la Economía. Se trata de esa tendencia a la difuminación de las instituciones públicas en general, frente a formas desinstitucionalizadas de hacer política —de la que anteriormente se hacía mención en relación con la incertidumbre del Derecho.

La primera objeción coincide con una idea cada vez más presente en la opinión pública: no se puede tener demasiada confianza en la racionalidad de las leyes porque la legislación es asunto de la “clase” política, casta distanciada del ciudadano de a pie. Desde esta perspectiva, la política puede que sea el ámbito de la propaganda y de los pactos a puerta cerrada, pero está muy, muy alejada de la auténtica participación y del intercambio de razones en condiciones de libertad e igualdad⁶⁴. La imagen pública de los políticos puede ser incluso peor, ligada a conductas corruptas: los cables informativos de *Wikileaks* hechos públicos por Julian Assange, revelaban irregularidades e ilegalidades de las que no escapaban los gobernantes de ningún Estado, ni si quiera de los que presumen de ser cuna y paradigma de la democracia. Precisamente el caso “Snowden” ha revelado cómo Estados Unidos, a través de la CIA, tenía una red de espionaje sobre otros Estados.

Otras objeciones a la teoría de la argumentación legislativa tienen que ver, no tanto con la idiosincrasia de la clase política, sino con la crisis de la política en sí misma en una sociedad globalizada, e hicimos alusión a ella al inicio, en relación con la incertidumbre como rasgo consustancial a la sociedad actual y por extensión, al Derecho: la legislación estatal sobre aspectos determinantes para los ciudadanos, está dejando de ser un instrumento de regulación, en la medida en que nuestras instituciones legislativas no están diseñadas para solventar problemas que tienen origen y repercusión más allá de las fronteras del Estado-nación. La degradación medioambiental y la delincuencia transnacional son ejemplos de esta impotencia de la política estatal, pero también lo son la desregulación o flexibilización de la normativa laboral o fiscal para evitar la huída de capitales. Como se ha dicho anteriormente, las formas y las sedes o foros donde se toman las decisiones están experimentando transformaciones cruciales. Frecuentemente, las normas que más

63. Metafóricamente, podría denominarse la dificultad de *Alicia en el País de las Maravillas*: la reina, caprichosa y autoritaria, repite “que le corten la cabeza”: “¡Que el jurado considere su veredicto —ordenó el Rey por enésima vez aquel día. —¡No, no!— atajó la Reina—. ¡La sentencia primero!...¡Ya habrá tiempo para el veredicto después! —¡Qué insensatez —exclamó Alicia en voz muy alta— ¿A quién se le ocurre una cosa semejante? ¡La sentencia antes que el veredicto!. —¡A callar! —vociferó la Reina, poniéndose morada de rabia. —¡Pues no me callo! —respondió Alicia. —¡Que le corten la cabeza!”; Carroll, L., *Alicia en el País de las Maravillas*, trad. y pról. de J. De Ojeda, Madrid, Alianza Editorial, 1970, pp. 203-204.

64. En el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas acerca de las preocupaciones de los españoles sigue escalando la “clase política”, situándose sólo por detrás del paro.

nos afectan —por ejemplo, las que deciden el gasto público—, son el resultado de un largo proceso que comienza con una serie de reuniones de altos mandatarios estatales en foros supranacionales, de las que surgen proyectos o declaraciones (*soft law*), que sólo en el último momento son formalmente debatidos en las instituciones del Estado para convertirse en Derecho vinculante (*hard law*)⁶⁵. Ante esta situación, no basta con reivindicar la revitalización de la política frente a la economía, pues son precisas profundas reformas institucionales, comprometidas con la democracia y la garantía de los derechos, pese al poder de los mercados⁶⁶.

Prueba de la urgente necesidad de reformas institucionales de calado, para frenar un escenario en el que el Estado-nación se está convirtiendo, si se me permite, en “títere” de los poderes económico financieros ha sido la reforma constitucional por el procedimiento de urgencia acometida en el verano de 2011: en pleno mes de agosto de 2011 y ante la elevación de la prima de riesgo en relación con la deuda pública española, se iniciaron los trámites para reformar el artículo 135 de la Carta Magna, que a partir de septiembre de 2011 establece un nuevo horizonte político-constitucional: la *estabilidad presupuestaria*. Se prohíben déficits superiores al 3% del PIB, tal y como prevé el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la Unión Europea. El precepto dio lugar a la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera⁶⁷. La estabilidad presupuestaria, consistente en acomodar el déficit público de carácter estructural y la deuda pública al valor de referencia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se transforma brújula de la actuación económico-financiera de todas las Administraciones Públicas. La *constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria* persigue, como comenta G. Pisarello, en primer lugar, un techo de déficit próximo al 0% del PIB, que “supondrá un bloqueo en toda regla a las salidas social y ecológicamente justas a la crisis”. Y, en segundo lugar, la constitucionalización de la austeridad establece la prioridad absoluta del pago

65. Vid. Escudero, R., “Una aproximación al concepto de soft-law”, Ponencia presentada al XXI Seminario franco-italiano-español de teoría del Derecho, Universidad Pompeu-Fabra, 15-16 de octubre de 2010.

66. “Si se pretende utilizar la legislación para reorientar los recursos disponibles a unos u otros sectores productivos o para obtener unos u otros resultados distributivos, entonces hay que abandonar la idea de una codificación estable [...] la propuesta neocodificadora es completamente compatible con encomendar la satisfacción de algunas necesidades —la sanidad, la educación, la protección frente a la vejez...— a instituciones situadas fuera del juego del mercado. Pero creo que esa misma propuesta neocodificadora exige, para ser viable, renunciar a la legislación como instrumento de ingeniería social desde el que orientar las decisiones de inversión de los agentes económicos o desde el que perseguir incesantemente correcciones redistributivas de los resultados del juego del mercado”, Ruiz Manero, J., “Las virtudes de las reglas y la necesidad de los principios. Algunas acotaciones a Francisco Laporta”, en *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 119-120.

67. La LO 2/2012 ha sido objeto de modificación por la LO 4/2012, de 28 de septiembre, con el objeto de aclarar el modo de llevar a cabo las medidas de apoyo a la financiación de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, como los anticipos de tesorería de los recursos del Sistema de Financiación, la denominada línea ICO-Comunidades Autónomas o el Plan de Pago a Proveedores.

de los intereses y del capital de la deuda pública⁶⁸. De este modo, la estabilidad presupuestaria se superpone a otros principios constitucionales cuyo cumplimiento requiera una acción de gasto (pensiones, sanidad, educación, inversión en investigación o en infraestructuras). Esta superposición de la estabilidad presupuestaria a otros principios cuenta con el respaldo del Tribunal Constitucional, que ha señalado que se trata de un canon (“el canon”) de constitucionalidad” para examinar la validez de la legislación⁶⁹.

Esta objeción relativa a la falta de realismo de una propuesta de mejorar la argumentación sede legislativa y, en general, de cualquier propuesta que pretenda racionalizar la política, es relevante. Es más, dejar de sacar a la luz tanto las dificultades, déficits, irregularidades o incluso corrupción en política, o incluso esa suerte de disolución de la política institucionalizada en otras fórmulas alternativas, más eficaces, como algunas de las propuestas ligadas a la gobernanza, puede estimarse una foma de hacer ideología; esto es, de legitimar un sistema político manifiestamente mejorable⁷⁰.

Aún así, creo que estas consideraciones, siendo pertinentes e incluso ayudando a enfocar mejor el tema, no son incompatibles con el género de reflexiones que propone la teoría de la argumentación legislativa. Veamos, pues, la argumentación legislativa, no tanto como una misión imposible, sino como un matrimonio unido por motivos de conveniencia. En efecto, describir o dar cuenta de cómo realmente se toman las decisiones legislativas, así como analizar las causas que están detrás de tales prácticas, constituye un planteamiento distinto y complementario al que trata de reconstruir la argumentación legislativa, analizando si, de acuerdo con un cierto modelo de racionalidad argumentativa, los debates parlamentarios han tenido una calidad aceptable; si la ley resultante es lo suficientemente clara, sistemática, factible; si una ley, a pesar de entrañar una afectación de bienes o derechos, pue-

68. Vid. la entrevista realizada a Pisarello, G., “Reino de España: Una (contra)reforma constitucional servil”, en <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=4398>

69. Las repercusiones de la crisis económica global en el Derecho de los Estados-nación y en particular, la elección de la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria como respuesta a la crisis económica en la zona euro, son objeto de un magnífico desarrollo en Embid Irujo, A., *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, 2012.

70. Esta mirada cauta hacia la gobernanza está presente, por ejemplo, en el análisis que P. Mercado Pacheco lleva a cabo del llamado “experimentalismo democrático”. Se trata —señala el autor— de una teoría nacida en el ámbito de la ciencia política, la economía y el análisis de políticas públicas, y puede considerarse una manifestación de las nuevas formas de hacer política que engloba la gobernanza. El experimentalismo democrático trata de encontrar un equilibrio entre eficacia y democracia. Pero el jurista, aun consciente de las grandes transformaciones jurídicas en general y de las instituciones legislativas y judiciales, en particular, recela de la gobernanza ya que a menudo contradicen principios del Estado de Derecho. Por eso, el autor examina con precaución al experimentalismo democrático concluyendo que la búsqueda de la eficacia no legitima reemplazar las instituciones que conocemos. Vid. Mercado Pacheco, P., “Experimentalismo democrático, nuevas formas de regulación y legitimación del Derecho”, *ACFS*, 46 (2012), pp. 37-68. Los informes de los expertos, como bosquejo de reformas legislativas, constituyen ya una rutina de la legislación; y, remedando a Mercado Pacheco, no parece tolerable “sustituir la legitimidad de los representantes elegidos por la aristocracia de los expertos”.

de considerarse justificada en atención a los beneficios que se espera producirá; o si tras la puesta en práctica de la ley cabe afirmar que efectivamente ésta ha producido los resultados esperados o si por el contrario ha sido poco útil o ha provocado efectos ni previstos ni deseados. Éste segundo planteamiento o enfoque sería el propio de la argumentación legislativa. Es más, aun cuando el escepticismo y el realismo jurídico cuenta con sólidos argumentos a su favor, en relación con la motivación de las sentencias, cabe afirmar que la teoría de la argumentación jurídica en sede jurisdiccional sí que ha ido creando una suerte de cultura de la motivación y de la argumentación que obliga al juez a plantearse su quehacer más desde la responsabilidad que desde la mera autoridad o el poder de decidir.

4. SOLVENCIA TEÓRICA DE LA CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN COMO ARGUMENTACIÓN LEGISLATIVA

Si efectivamente tiene sentido realizar un análisis y una propuesta de mejora de la argumentación legislativa, por muy difícil que, desde una óptica realista, ello sea, parece preciso dar más detalles de la solvencia teórica de una propuesta como la argumentación legislativa.

Al inicio del trabajo se puso de relieve una razón *institucional*: en el modelo político y jurídico propio de los Estados contemporáneos, la argumentación judicial tiende a verse como una exigencia o, al menos, como una forma de “compensar” el déficit de legitimidad de la jurisdicción cuando su decisión no es una decisión mecánica. Desde esta misma óptica del Estado constitucional de Derecho como un modelo que establece límites al poder a través y garantías de los derechos, la argumentación legislativa puede ser vista como una garantía añadida a la que procura la justicia constitucional. *Incluso cabría hablar de una segunda razón institucional*: la puesta en práctica de la argumentación en los diferentes ámbitos en los que se desarrolla la argumentación, más allá de evitar eventuales extralimitaciones de los políticos, fortalece la participación en la creación de la ley; la fortalece como expresión de la democracia.

Pero, junto a las razones institucionales, se pueden esgrimir también razones *teóricas* que avalan el desarrollo de una teoría de la argumentación jurídica legislativa. La creación de las leyes, si bien representó un capítulo central para los filósofos y juristas ilustrados⁷¹, ha estado excluida del objeto de la ciencia del Derecho durante prácticamente dos siglos, desde el comienzo del positivismo jurídico. Por ejemplo, en la doctrina del Derecho penal, el “confinamiento” de la ciencia jurídica penal a los procesos de interpretación y aplicación del Derecho

71. Vid. Zapatero, “De la jurisprudencia a la legislación”, cit., y “El club de los nomófilos”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 3, 1998.

resulta patente en la separación de von Liszt entre *dogmática* y *política criminal*⁷². Pero, continuando con el ejemplo de la doctrina penalista, la barrera infranqueable que veía Von Liszt comienza a ser puesta en cuestión por Roxin, quien en su *Política criminal y sistema del Derecho penal*, busca la integración de la política criminal en el sistema penal contemplando el delito desde el prisma de su función político-criminal⁷³. Desde esta perspectiva, tiene sentido demandar la apertura de los juristas a los problemas de la racionalidad legislativa y, más concretamente, a la argumentación en sede legislativa. La mayoría de los argumentos teóricos ya han sido esgrimidos antes, pero por razones de claridad quizás convenga exponerlos todos juntos: a) Entre legislación y jurisdicción existe una diferencia de grado: la ley no es simplemente un acto de producción de Derecho, sino que, pese al extenso margen de decisión que corresponde al legislador, en cierto modo la ley desarrolla preceptos constitucionales⁷⁴. Así, del mismo modo que la teoría de la argumentación jurídica ha tratado de introducir racionalidad en los procesos de interpretación y aplicación del Derecho, debería interesarse por la racionalidad de la producción de normas; b) Tanto la argumentación legislativa como la judicial son instancias de la argumentación jurídica y ésta última es un tipo de argumentación práctica encaminada a la justificación de un curso de acción. En efecto, en primer lugar, se trata de una *actividad* y también del *resultado* de una actividad, que tiene como vehículo el lenguaje; en segundo lugar, persigue dar solución a un problema; y, en tercer lugar, consta de unidades básicas denominadas argumentos, en los que pueden distinguirse enunciados de los que se parte (premisas) y enunciados a los que se llega (conclusiones), y que son evaluables conforme a ciertos criterios⁷⁵. c) La conocida *tesis del caso especial* de Robert Alexy hace necesaria (o al menos recomendable) extender la teoría estándar de la argumentación jurídica a la legislación: la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica general. Y precisamente una de las especialidades que caracterizan a la argumentación jurídica frente a la argumentación moral o práctica en general es su vinculación a la ley (en palabras de Alexy, “la vinculatoriedad al Derecho vigente”)⁷⁶. Desde esta perspectiva, cabe concluir que, en definitiva, la racionalidad de la argumentación jurídica exige algún grado de racionalidad de la

72. En este sentido, indica Díez Ripollés que el positivismo jurídico sentó las bases de una aproximación al Derecho penal caracterizada por plantear exigencias de racionalidad exclusivamente en el ámbito de la aplicación del Derecho: no se cuestiona la premisa mayor, la irracionalidad del legislador, sino que se contrarresta mediante la racionalidad del aplicador del Derecho, *La racionalidad de las leyes penales* (2003), 2.^a ed., Madrid, Trotta, 2013, p. 101.

73. Vid. Roxin, P., *Política criminal y sistema de Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992. Vid. Muñoz Conde, F. y Hassemer, W., *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1989.

74. Vid. Gascón, M., “El Tribunal constitucional: entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 41 (1994).

75. Vid. Atienza, M., “Argumentación y legislación”, cit., pp. 100 y ss.

76. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., 206.

ley en tanto que premisa en la que se funda dicha argumentación⁷⁷. Por tanto, una teoría de la argumentación jurídica que se quiera completa debe ampliar su objeto a la racionalidad de la ley, en tanto que premisa de la argumentación jurídica.

Ahora bien, poner en relación la argumentación judicial y la legislativa no es más que trazar una línea gruesa por la que comenzar a refinar la argumentación legislativa, porque legislación y jurisdicción presentan —en palabras de Atienza— diferencias institucionales que condicionan su forma de argumentar, y ello plantea la necesidad de recabar modelos argumentativos adaptados a cada uno de estos ámbitos. Sería un error extender sin más los criterios que orientan la adopción racional de decisiones judiciales a los debates y a la toma de decisiones legislativas. Dicho de otro modo, legislador y juez no parece que deban someterse a idénticas exigencias cuando argumentan sus decisiones por cuanto en cada contexto de argumentación parece que deben regir *diferentes reglas de juego*. La cuestión es cómo diseñar instituciones representativas (democráticas) en las que la *actividad* legislativa (el debate o deliberación) alcance niveles satisfactorios, y cómo garantizar que el *resultado* (la ley) pueda considerarse racional desde el punto de vista lingüístico, sistemático, pragmático, teleológico y axiológico (además de eficiente: logra niveles aceptables de racionalidad en estos aspectos a un coste razonable)⁷⁸.

5. DIFERENCIAS ENTRE LA ARGUMENTACIÓN LEGISLATIVA Y LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

Para refinar ese trazo grueso desde el que puede comenzarse a tratar de la argumentación legislativa, hace falta considerar algunas diferencias entre legislación y jurisdicción en tanto que institución: la jurisdicción opera a través de órganos de carácter unipersonal o integrados por pocos miembros, mientras que los órganos legislativos son muy numerosos; el juez carece de legitimidad democrática por lo que el problema le viene dado y su argumentación ciñe al marco del Derecho; prescindiendo ahora de los problemas de identificación del Derecho respecto de la moral, la finalidad básica del juez es la de resolver los problemas que se le plantean de acuerdo con normas del Derecho. En cambio, el legislador, al poseer legitimidad democrática dispone de un marco de decisión extraordinariamente más amplio y su función es infinitamente más creativa; es realizar objetivos políticos. Precisamente por lo anterior, el esquema de razonamiento básico del juez es la subsunción. Incluso si la argumentación integra un balance de principios o ponderación, el primer y el último paso aparece formalizado como una subsunción. Por el contrario, el esquema de razonamiento básico del legislador es del balance

77. Vid. Atienza, *Contribución...*, cit., p. 99.

78. Y la unidad del discurso práctico tiene lugar con tal de que sea posible justificar —de acuerdo con las reglas del discurso práctico general— esta diversidad de reglas de juego. Vid. Atienza, M., “Argumentación y legislación”, cit., p. 92.

de razones, tanto en la definición de los objetivos como en la elección de los medios para conseguirlos. De otra parte, idealmente, el juez trata, mediante la argumentación, de ofrecer la respuesta correcta. Sin embargo, al legislador le basta mostrar que su ley es plausible. Y muy importante: al juez se le plantea la resolución de un caso concreto, mientras que el legislador contempla un caso genérico. Asimismo, el tipo de interrogantes que se plantea el juez en su razonamiento es distinto de los que se plantea el legislador: a un juez le preocupa el sentido que ha de darse a una disposición normativa, por qué considerar una norma válida y aplicable, por qué estimar ciertos enunciados sobre hechos probados, etc. En cambio, las preguntas centrales del legislador son si merece la pena o no legislar sobre un asunto, y qué tipo de ley es mejor para lograr los propósitos perseguidos. Precisamente porque las preguntas son distintas, los criterios de corrección de las respuestas vienen dados, en el caso del juez, fundamentalmente por la teoría y la dogmática del Derecho. En cambio, los criterios de corrección de las respuestas legislativas se nutren de las ciencias sociales (política, economía, psicología, sociología, etc.). Además, para el juez en línea de principio carecen de importancia los aspectos retóricos y dialécticos, pues toda la argumentación tiende a mostrar la adecuación de la sentencia al Derecho preestablecido. En cambio en el ámbito de la legislación, cobran gran importancia los aspectos retóricos (persuasión de los votantes) y dialécticos (capacidad de rebatir argumentos de otras fuerzas políticas). Finalmente, en el caso de la jurisdicción, el objeto de análisis se centra en la sentencia (diferenciando entre justificación interna o lógico deductiva y externa). En el caso de la legislación, pueden distinguirse varios objetos de análisis. Se puede analizar la argumentación que tiene lugar: *a)* en el largo proceso hasta llegar al texto legislativo definitivo; *b)* a propósito de la redacción definitiva del texto legislativo; *c)* a propósito de la implementación o puesta en práctica de la ley, y, por tanto, relacionada con la evaluación de los resultados o efectos de la puesta en práctica de la legislación. Este último factor de distinción entre argumentación judicial y legislativa (el objeto de análisis) es el que —creo— permite avanzar en los modelos o criterios desde los que se puede tanto reconstruir como proponer pautas de argumentación legislativa

6. LOS ÁMBITOS DE LA ARGUMENTACIÓN LEGISLATIVA

El texto de la sentencia (o resolución judicial) es el eje de un análisis de la argumentación judicial (los motivos o factores sociales que están detrás del fallo pertenecen al contexto de descubrimiento y no al de justificación). Sin embargo, en la legislación, el análisis puede recaer sobre distintos objetos. Se puede analizar la argumentación del trámite parlamentario, en sentido lato⁷⁹, pero también cabe analizar el texto legislativo para comprobar su racionalidad (y, en particular,

79. De esta visión del procedimiento legislativo como un procedimiento que se alarga o se extiende fuera del ámbito institucional o parlamentario, se hace eco el trabajo de Mercado Pacheco,

su validez constitucional, usando técnicas argumentativas similares a las del juez constitucional). Por último, es posible una argumentación o justificación de tipo empírico-sociológico, sobre los resultados de la puesta en práctica de la legislación. El segundo de los ámbitos citados puede nutrirse del mismo esquema de la ponderación o juicio de proporcionalidad. No ocurre lo mismo con el primer y tercer ámbitos.

6.1. La argumentación legislativa en el ámbito en el que se desarrolla el proceso de deliberación (*ad intra* y *ad extra* del parlamento)

Desde esta perspectiva la legislación se puede contemplar como una *actividad*, de modo que la argumentación que es preciso analizar o llevar a cabo conforme a pautas racionales es la que se desenvuelve en el debate político-parlamentario, y los modelos argumentativos pueden estar presentes en los discursos relativos a las condiciones que debe reunir la deliberación política: “la producción legítima del Derecho —escribe Habermas— está hermanada con la formación del poder comunicativo [...] las instituciones del Estado de Derecho tienen por fin asegurar el ejercicio efectivo de la autonomía política de ciudadanos socialmente autónomos, y ello de suerte que [...] pueda surgir el poder comunicativo resultante de la formación de una voluntad racional y encontrar expresión vinculante en programas legislativos”⁸⁰. Aun cuando desde estas premisas podría considerarse la legislación democrática como una institucionalización óptima del discurso moral, lo cierto es que en los últimos años se advierte un cambio en la percepción de los ciudadanos sobre el sistema de representación democrática y una actitud de rechazo frente al secuestro de la información y la falta de transparencia en la política. Y a mayor flujo de información sobre la cara oculta de funcionamiento real de la política, mayor descrédito de la misma ante los ciudadanos y, en parte, la apatía ciudadana de años atrás está siendo reemplazada por una disposición a cuestionarlo todo. En este contexto se inscriben los planteamientos filosófico-políticos de la democracia deliberativa, donde es precisamente la deliberación —entendiendo por tal la argumentación bajo una serie de condiciones que la distinguen tanto de la negociación como de la votación— el cauce del acuerdo imparcial sobre los intereses comunes⁸¹.

P., “Experimentalismo democrático, nuevas formas de regulación y legitimación del Derecho”, *op. cit.*, pp. 53-54.

80. Habermas, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Introducción y trad. sobre la 4.ª ed. rev. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, pp. 237 y 245.

81. *Vid.* Martí, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2006. En cualquier caso, merece la pena explorar si deliberación y negociación constituyen mecanismos de toma de decisiones genuinamente antagónicos. Dicho de otro modo: partiendo, de un lado, de la unidad del discurso práctico, pero aceptando, de otro lado, que la política es un contexto de argumentación distinto al de la ética, ¿tendría cabida como especialidad del discurso político la “negociación”? Como se ha dicho, la deliberación, suele presentarse como una forma de

Me parece que el enfoque de la democracia deliberativa, aunque idealista, es más respetuoso con los valores en los que se funda la democracia que el que sugiere Alexy cuando dice que “para poner los derechos humanos y la democracia en una correcta relación es finalmente necesario una jurisdicción constitucional que se entienda como la representación argumentativa de los ciudadanos”⁸².

6.2. La argumentación legislativa en el ámbito de la redacción del texto y de su inserción en el ordenamiento jurídico

Desde esta perspectiva, la legislación es el *resultado* de la actividad legislativa, del desarrollo del conjunto de actos conducentes a la producción de normas o leyes. La argumentación se centra en el análisis del texto legislativo —de modo similar a lo que ocurre cuando se analiza una sentencia— y se dirige a evaluar si la ley es racional en distintos niveles, que M. Atienza presenta del siguiente modo: racionalidad lingüística (R1), sistemática (R2), pragmática (R3), teleológica (R4), y axiológica (R5)⁸³. *La reflexión sobre el texto resultante del procedimiento legislativo sí que podría nutrirse de esquemas argumentativos semejantes a los empleados en la argumentación judicial y, en particular, del juicio de ponderación o proporcionalidad*⁸⁴: el test de racionalidad puede ser realizado por el propio legislador, paralelamente a la redacción de la ley (incluso del anteproyecto o proyecto de ley). Y no es muy distinto del que realiza el juez llamado a revisar la constitucionalidad de la ley. Es más, éste último, revisando la ley desde la óptica propuesta, podría considerar inconstitucional no sólo una ley que lesiona de modo desproporcionado bienes o derechos constitucionales, sino también aquella cuya redacción es defectuosa haciéndola incomprensible, o que presenta un grado intolerable de incoherencia interna (me refiero al supuesto de una ley cuyos preceptos se contradicen o en la que se observan incongruencias entre el preámbulo

tomar decisiones basada en el intercambio de argumentos que sean aceptables por todos y en el que participen todos los afectados en condiciones de igualdad, mientras que la negociación constituye un mecanismo decisional basado en estrategias que permitan llegar a una decisión que acepten todas las partes. La diferencia principal radica en que en la deliberación se asume que es posible lograr un acuerdo racional que represente el bien común o el interés general, y el segundo niega que tal bien común o interés general exista y que, en consecuencia, el procedimiento de decisión debe encaminarse a componer los intereses en conflicto. Pero, como señala De Páramo, *para conseguirlo no renuncia a emplear argumentos racionales*, que sería una estrategia más junto con otras. La deliberación es más idealista; recurre a Habermas, a su idea de que mediante el diálogo se puede llegar a conocer lo bueno y lo racional. La negociación parte del hecho del desacuerdo y el disenso y trata de lograr acuerdos para resolver los problemas de la interacción, *Vid.* De Páramo, J. R., “Convenciones y convicciones”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIV (2007).

82. Alexy, R., “Los principales elementos de mi filosofía del Derecho”, Trad. de D. Oliver Lalana, *Doxa*, 32 (2009).

83. Atienza, M., *Contribución...*, cit., pp. 27 y ss.

84. Prieto, L., “El juicio de ponderación”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 175 y ss.

y el articulado) o externa (por ejemplo, no derogando con claridad preceptos del mismo nivel jerárquico o inferior anteriores) o nada factible sino propagandística o simbólica como sucede con leyes que no se encuentran acompañadas de la oportuna memoria económica.

Y, siguiendo con el principio de proporcionalidad, naturalmente asumir que éste también sirve para analizar la argumentación (adecuada o defectuosa) que subyace a la redacción de una ley supone introducir en la argumentación legislativa las elaboraciones y construcciones de las disciplinas dogmáticas, del mismo modo que a ellas recurre la teoría de la argumentación jurídica cuando su objeto es la interpretación y aplicación del Derecho. Por ejemplo, en relación con las leyes penales habría que recurrir a las elaboraciones de la dogmática penal a propósito del principio de proporcionalidad⁸⁵. Básicamente, en virtud de tal principio, tendría que poder justificarse que la ley cumple con unos mínimos estándares de racionalidad en los distintos niveles: de un lado, debe cumplir con exigencias *formales* (R1, R2); de otro con exigencias *instrumentales* (R3, R4) y, por último, con exigencias *axiológicas* (R5). Esas exigencias formales mínimas bien podrían ser en el caso de las leyes penales la taxatividad y la sistematicidad; cualidades estas que, a primera vista, no se relacionan con el principio de proporcionalidad. En cambio, sí es fácil encontrar una conexión entre las exigencias instrumentales y axiológicas, de un lado, y el principio de proporcionalidad, de otro lado, en la medida en que la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto guardan una estrecha relación con los mencionados niveles de racionalidad legislativa R3 (eficacia o cumplimiento por los destinatarios), R4 (efectividad o consecución de los fines perseguidos) y R5 (carácter justificado).

Sin embargo, puede prescindirse de esa distinción entre exigencias *formales*, *instrumentales* y *axiológicas*, y reconducir todos los requisitos de racionalidad legislativa a las diferentes exigencias que emanan del principio de proporcionalidad. La racionalidad de la ley en el plano lingüístico y, en particular, *la exigencia de taxatividad* —que, en buena medida, es determinante de la calidad de la redacción de las normas penales— constituye un buen ejemplo para dar cuenta de ello: para evaluar si la ley tiene un nivel adecuado de calidad lingüística, habrá que estar a

85. Prieto, L., “Observaciones sobre la ponderación y su rendimiento como límite constitucional a la ley penal”, cit., p. 5). Tradicionalmente, en el ámbito penal, el principio de proporcionalidad hacía referencia al *justo equilibrio entre delitos y penas*. En la actualidad, se ha producido una *reformulación* de este principio, sirviendo de esquema de razonamiento referido a los límites materiales del *ius puniendi*. La difusión de esta nueva versión penal del principio de proporcionalidad guarda relación con el éxito de la teorización de Robert Alexy (*Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de E. Garzón Valdés, 2.^a reimp., Madrid, CEPC, 2001) y por su puesta en práctica por la jurisprudencia, sobre todo alemana, en el ámbito penal, pero también en todos los sectores del ordenamiento jurídico. En general, existe bastante coincidencia en la formulación de los subprincipios de la proporcionalidad, si bien las mayores divergencias tienen que ver con el entendimiento del principio de proporcionalidad en sentido estricto, que, para muchos autores coincide con la proporcionalidad de las penas, mientras que otros lo conciben como un balance de costes y beneficios de la regulación penal. En éste último sentido, *vid.* Lascuraín, J. A., “La proporcionalidad de la norma penal”, *CDP* 5 (1998), pp. 159-189.

los argumentos dogmáticos sobre las concretas exigencias del principio de legalidad. Tales exigencias reenvían a un razonamiento de tipo axiológico (si se quiere, axiológico-constitucional), por cuanto dependen de los valores constitucionales que tutelan las distintas ramas del ordenamiento. Sin duda, las consecuencias de la falta de taxatividad o precisión (y, por consiguiente, la falta de previsibilidad de las consecuencias establecidas por las normas) no revisten la misma gravedad para la libertad individual si el objeto de la regulación es un precepto de tipo mercantil que si se trata de un precepto de carácter sancionador, sobre todo si la sanción es una pena. Reafirma esta conexión entre el examen de la taxatividad y las consideraciones axiológico-constitucionales que, incluso, tratándose de un precepto penal, no está sometida a la misma exigencia de taxatividad la redacción de la norma de prohibición y de una eximente, atenuante o causa de justificación, como se señalará después.

Es indiscutible que la precisión reporta ventajas si el referente fundamental del Estado de Derecho es la certidumbre sobre el Derecho aplicable, por ejemplo, fijando el tipo impositivo en los impuestos. Evita la arbitrariedad, es decir, asegura la imparcialidad y la igualdad en la aplicación del Derecho, por ejemplo, fijando un límite de alcohol en sangre para conducir. Ahora bien, *la precisión no es un fin general o último de la legislación, porque la precisión lingüística también puede generar perjuicios*: diferenciar tramos de tipo impositivo y fijar un límite de alcohol en sangre es hasta cierto punto una elección arbitraria. Por tanto, más que exigir absoluta precisión, se trataría de exigir una precisión razonable. Y ello comporta siempre la ponderación entre los beneficios de la precisión (certeza e imparcialidad judicial) y los potenciales perjuicios (mayor dificultad para tomar en cuenta las peculiaridades del caso concreto)⁸⁶.

La idea de precisión o taxatividad razonable es compartida por Ferreres y Moreso. Ferreres concibe la taxatividad como un imperativo de precisión del lenguaje normativo en la redacción de preceptos de carácter sancionador (Derecho penal, Derecho administrativo sancionador) y en relación con conductas y sanciones. La taxatividad se fundamenta en la *certeza* del Derecho, en virtud de la cual se garantiza la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las conductas. La certeza es, desde este punto de vista, condición o *presupuesto de la libertad* individual. Asimismo, y en lo que respecta a los funcionarios u operadores jurídicos, la taxatividad garantiza la *imparcialidad* o la *igualdad en la aplicación de la ley*. La precisión del lenguaje normativo asegura, resalta Ferreres, la división de poderes y, por tanto, el igual trato o la no discriminación en la aplicación de la ley⁸⁷.

Pero, ¿es posible la precisión o taxatividad absoluta? La taxatividad, dice Moreso, exige la formulación precisa (en términos precisos) del supuesto de he-

86. Así, en el Derecho penal esta reflexión —sobre la precisión razonable— se ocupa especialmente de los riesgos de *sobreinclusión* e *infrainclusión*, Endicott, T., “Law is necessarily vague”, *Legal Theory* 7 (2001), pp. 379-385.

87. Ferreres, V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, *op. cit.*

cho de las normas penales. Esta exigencia suele concretarse en los dos siguientes imperativos: *a)* evitar el empleo de conceptos vagos, sobre todo a la hora de determinar los comportamientos prohibidos por las normas penales; *b)* evitar el uso de conceptos valorativos, es decir, preferencia por los conceptos de tipo descriptivo⁸⁸.

Esta tesis acerca de la redacción de las normas penales constituye una de las claves de la ciencia legislativa (penal) de Ferrajoli, quien define el principio de taxatividad (estricta legalidad penal) como una “regla metalegal de formación del lenguaje penal que a tal fin prescribe al legislador el uso de términos de extensión determinada en la definición de las figuras delictivas, para que sea posible su aplicación en el lenguaje judicial como predicados verdaderos de los hechos procesalmente comprobados”⁸⁹.

Sin embargo, la taxatividad es simplemente una aspiración del Derecho, porque los factores de imprecisión son insuprimibles. En lo que respecta al primer imperativo de la taxatividad, esto es, a *evitar conceptos vagos*, Moreso recuerda que la vaguedad es un rasgo ineliminable del lenguaje jurídico, al menos por dos razones: primera, por la idea que traduce la famosa distinción entre “núcleo de certeza” y “zona de penumbra”: respecto de todo concepto, hay casos a los que claramente éste es aplicable, pero hay casos respecto de los cuales puede dudarse si constituyen o no una instancia del mismo; segunda, por la “vaguedad potencial” del lenguaje del Derecho: nuestro mundo no está constituido por un número finito de propiedades, de modo que pueden aparecer casos futuros (o casos hipotéticos) respecto de los cuales surjan dudas sobre si es o no aplicable el concepto. Por ello, dice Moreso que Hart encontraba dos obstáculos a la hora de legislar regulando una conducta por medio de pautas generales en forma no ambigua y por adelantado: su relativa ignorancia de los hechos y su relativa indeterminación en los propósitos. Los legisladores no pueden tener conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro pueda deparar.

Y en lo que respecta al segundo imperativo de la precisión, *evitar conceptos valorativos*, Moreso pone en duda las tesis de L. Ferrajoli acerca del uso de conceptos descriptivos en lugar de valorativos en la medida en que los primeros permiten la formulación de proposiciones descriptivas aptas para la verdad o falsedad, objetivo que no puede conseguirse si las normas penales son redactadas a base de conceptos valorativos. Para Ferrajoli —señala Moreso— el problema que plantea el uso de conceptos valorativos en las normas penales es distinto al que plantean los conceptos vagos: los conceptos vagos sólo plantean problemas en los casos marginales, mientras que los conceptos valorativos son problemáticos en todos los casos de aplicación. Aun así, es posible distinguir entre los conceptos valorativos ligeros (*thin*) y los conceptos valorativos densos (*thick*)⁹⁰.

88. Vid. Moreso, J. J., “Principio de legalidad y causas de justificación”, *op. cit.*

89. Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, cit., p. 378.

90. Hare, R. M., *The language of Morals*; B. Williams, *Ethics and the limits of Philosophy*; J. Raz, “Notes on Value and Objectivity”, en *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, Oxford University Press, 1999

A los conceptos densos es posible atribuirles un contenido descriptivo (los conceptos honesto, valiente, etc.) poseen contenido informativo. El contenido de las expresiones o conceptos valorativos de las reglas no remite al juicio de valor que realice quien tiene que tomar la decisión, sino a las creencias y actitudes de determinada sociedad y describir las creencias y actitudes de un grupo social equivale a realizar una descripción. En suma, los conceptos valorativos densos disponen de contenido informativo, permiten formular enunciados descriptivos y en esto no se diferencian de los conceptos descriptivos. En palabras de J. J. Moreso: “El problema del uso de conceptos valorativos en la legislación penal no reside en que, como defiende Ferrajoli, carezcan de contenido informativo, sino en que son vagos en un alto grado”⁹¹.

Pero la *taxatividad*, aparte de constituir una aspiración que se podrá cumplir en mayor o menor medida, dice V. Ferreres que *no siempre es deseable*. ¿Cuáles son los riesgos de la taxatividad? En el ámbito penal, vienen dados por la infrainclusión: un alto grado de precisión corre el riesgo de dejar fuera del ámbito de aplicación del precepto conductas que el legislador desearía penalizar. De este modo, padece la eficacia del derecho penal. Y la sobreinclusión: un alto grado de precisión a la hora de redactar las excepciones a las puciones (causas de exclusión de la responsabilidad criminal, de justificación...) genera el riesgo de penalizar conductas que en realidad el legislador desea dejar fuera de la punición. Los ordenamientos de signo liberal, tratan desigualmente el riesgo de infra y de sobreinclusión: se estima que es más grave esta última, salvo en lo que se refiere, como se ha señalado, a las causas de justificación. Pero lo cierto es que la infrainclusión afecta a la eficacia del Derecho penal. Por ello, a juicio de Ferreres *debe tolerarse un cierto grado de imprecisión* o, lo que es lo mismo, debe transferirse al juez un cierto margen de discreción en la interpretación de un precepto: tolerar un cierto grado de imprecisión de las normas es una forma de permitir que el juez “colabore” con el legislador y evite riesgos de sobre e infrainclusión. Así, el intérprete se sirve de la imprecisión del lenguaje normativo para extender o reducir los casos a los que se aplica el precepto en el caso de observar una incongruencia entre la redacción del precepto y los fines o valores que el legislador quiere proteger. En suma, si la vaguedad del lenguaje normativo es un rasgo ineliminable, entonces la exigencia de taxatividad en la redacción de las normas penales se traduce en la exigencia de un determinado grado de precisión o de determinación semántica. El umbral de taxatividad dependerá de la *justificación* de la taxatividad⁹². En definitiva, incluso una exigencia que a primera vista parece de carácter formal, como es la taxatividad, se dirime (ya sea por el legislador, ya por el juez que evalúa la constitucionalidad de la ley) mediante los esquemas argumentativos del juicio de proporcionalidad o ponderación.

91. Vid. Moreso, J. J., “Principio de legalidad y causas de justificación”, cit., p. 17.

92. Vid. Ferreres, *El principio de taxatividad...*, cit.

6.3. La argumentación legislativa en el ámbito de la implementación o puesta en práctica de la ley

La legislación es aquí contemplada como un *hecho*. En consecuencia, la argumentación legislativa en este caso tiene por objeto los efectos o consecuencias que empíricamente —sociológicamente, si se quiere— puede comprobarse ha tenido la ley, es decir, si se han conseguido los resultados esperados o, por el contrario, la ley ha sido ineficaz en mayor o menor grado o no efectiva, si ha provocado efectos colaterales (no previstos e indeseables), y las razones/causas por las que se puede suponer esto ha sido así. En este último caso, los modelos argumentativos se recabarían fundamentalmente de la sociología del Derecho⁹³.

En cualquier caso, y en relación con estos ámbitos diferenciados de la argumentación legislativa, sería conveniente matizar realizando dos observaciones: en primer lugar, es posible establecer una relación entre los distintos *ámbitos argumentativos* y las distintas *fases de la legislación*. Así, en la fase prelegislativa cobra la máxima atención la argumentación parlamentaria, si bien, en esta fase también resulta sumamente útil el análisis del texto —del proyecto o proposición de ley— sobre el que se lleva a cabo la discusión parlamentaria atendiendo a los distintos niveles de racionalidad de la ley. En la fase legislativa o de redacción definitiva de la ley tiene gran interés la argumentación o análisis del texto legislativo, pasando a un segundo término el debate parlamentario ya finalizado; finalmente, en la fase postlegislativa pasa a tener importancia la argumentación relativa a la eficacia y efectividad real de las normas, aunque estos argumentos tendrían importancia en la argumentación en la fase prelegislativa por cuanto pueden impulsar una reforma legislativa y, en consecuencia, un debate legislativo y la redacción de un proyecto de ley.

En segundo lugar, y precisamente por lo que acaba de señalarse, los ámbitos de argumentación no están desconectados por completo: de hecho, desde el punto de vista del contenido, los mismos argumentos usados en el debate parlamentario suelen figurar en el preámbulo de la ley y subyacen a su articulado. Pero a la hora de analizar y proponer modelos argumentativos para la legislación, sí parece conveniente distinguir entre estos ámbitos: es cierto que con el modelo judicial de la ponderación se puede tratar de las mismas cuestiones que en un debate parlamentario (necesidad de la ley, idoneidad de la misma, justificación en el marco constitucional), pero no es un esquema extrapolable al debate o deliberación parlamentaria, debido a las peculiaridades de esta última: una cosa es que la ley encuentre un límite en la Constitución y otra muy distinta que la ley sea ejecución del texto constitucional. Asimismo, durante la elaboración de la ley se puede realizar un juicio prospectivo de su eficacia y efectividad, pero este juicio

93. Vid. Oliver Lalana, D., “Los argumentos de eficacia en el discurso parlamentario”, *Doxa* 31 (2008), pp. 533-566.

es distinto al relativo a la comprobación de los efectos que de hecho ha producido la legislación.

A modo de recapitulación: la democracia, pilar de la legitimidad de las leyes, guarda también una estrecha relación con la justificación de las decisiones del poder, en virtud de un procedimiento transparente y en el que se dé verdadera oportunidad de participar a los destinatarios del Derecho. De hecho, los términos “argumentación” y “deliberación” sugieren un consenso que se alcanza a través de un procedimiento que estipula reglas sobre el modo en el que se intercambian argumentos. De ahí que desde la argumentación legislativa en ningún caso se puede pretender debilitar el fundamento democrático de la legislación. Una de las premisas de la razón práctica legislativa es que la Política es el ámbito del pluralismo político y moral. La presencia de buenos y variados argumentos en la confección de las leyes no puede sino reforzar el prestigio y dignidad democrática de la ley.

