

RAZON PRACTICA Y LEGISLACION.*

Manuel ATIENZA.**

1. En un breve trabajo de 1984 que constituyó la ponencia inaugural del Congreso *La ragione nel diritto*, celebrado en aquel año en Bolonia, Norberto Bobbio (1985) ofreció —con la maestría y elegancia que, efectivamente, le caracterizan (*cfr.* Pattaro, 1985)— un marco teórico para tratar el vastísimo y complejísimo problema de las relaciones entre el Derecho y la razón. El tema del que yo debo ocuparme aquí —razón práctica y legislación— no es probablemente menos complejo, pero sí menos vasto que aquél; en cierto modo, podría decirse que la relación que guardan entre sí es la que va del género (razón: Derecho) a la especie (razón práctica: legislación). Por todo ello, y porque a nadie puede hacerle daño un haz de claridad proyectada sobre un terreno en que la tendencia a la oscuridad es práctica habitual —y probablemente ni siquiera siempre condenable—, utilizaré como punto de partida para mi exposición el trabajo de Bobbio antes mencionado. La tesis que ahí se sostiene se reduce, en lo fundamental, a los tres siguientes puntos.

El primero es que —en opinión de Bobbio— plantearse el problema de las relaciones entre Derecho y razón adquiere un significado diferente, según que lo que se vea como sustantivo sea el primero o el segundo de estos términos. Así, cuando se habla de una “ley de la razón” o de un “Derecho racional”, “el término razón” (que aquí aparece como complemento, no como sustantivo) se usa predominantemente en sentido fuerte, como la facultad que es propia del hombre (el hombre animal racional de la tradición clásica), de captar la esencia de las cosas, o —por usar una fórmula querida por los juristas, que la usan siempre sin explicar nunca exactamente lo que quieren

* Ponencia presentada en el *Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social*, en Göttingen, Alemania, en agosto de 1991.

** Catedrático de la Universidad de Alicante.

decir— la “naturaleza de las cosas”, de establecer los nexos necesarios entre los entes de un conjunto y de recabar de ahí las leyes de conducta absolutamente vinculantes (p. 18). Por el contrario, en la expresión “razón jurídica”, “el mismo término (‘razón’, que ahora aparece como sustantivo) viene usado predominantemente en el sentido débil de capacidad de razonar en todos los sentidos en que se habla de ‘razonamiento’, como inferencia, como cálculo, como argumentación, etc.” (p. 18). En el primer caso, el problema fundamental que hay que plantearse es el de si existe o no un Derecho racional; en el segundo, la cuestión a resolver no es ya la de si existe un razonamiento jurídico (algo que nadie parece haber puesto en duda), sino la de cuáles son sus características, esto es, en qué se diferencia de otros tipos de razonamiento, como el que tiene lugar en la moral, en la esfera práctica en general o en la ciencia.

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

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

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

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

2. El concepto de racionalidad es, manifiestamente, uno de los conceptos centrales de la filosofía y posiblemente incluso su concepto central. Ello hace que su dilucidación presente dificultades formidables, pues aquí se dan cita prácticamente todos los grandes problemas filosóficos. Para darse cuenta de ello, basta con recordar que casi todas las grandes contraposiciones de la historia del pensamiento pueden contemplarse desde la perspectiva de la racionalidad. Así, por un lado, la razón —como hemos visto— se contrapone a la fe, a la voluntad, a la experiencia histórica o a las pasiones. Pero, por otro lado, dentro de lo racional, se contrapone la razón formal a la material, la teórica a la práctica, la subjetiva a la objetiva, la descriptiva a la normativa, la individual a la social, la analítica a la dialéctica, la instrumental a la

valorativa, la científica a la técnica, etc. Por lo demás, estas contraposiciones no tienen tampoco —o, al menos, no siempre o no en todos los casos— un simple carácter conceptual o clasificatorio, sino que con frecuencia se han utilizado como criterio de demarcación: lo que cae fuera del campo de la razón, o de la razón entendida de una cierta manera, es aquello de lo que no merece la pena ocuparse, de lo que no se puede hablar con sentido, etc. Además, el predicado “racional” lo empleamos usualmente para referirlo a cosas muy distintas. Racionales pueden ser las proposiciones, los agentes (individuales o colectivos), las creencias, las opiniones, las decisiones, las acciones, y quizás también los fines, los valores, las normas, las instituciones... En resumidas cuentas, el concepto de racionalidad no es sólo un concepto extraordinariamente rico —y, por tanto, inevitablemente ambiguo—, sino también enormemente controvertido; tan controvertido, que ni siquiera puede decirse que exista acuerdo a la hora de considerar que la racionalidad —lo que quiera que sea— es algo valioso; ni, por supuesto, a la hora de contraponer lo racional a lo emocional o a lo volitivo; o de caracterizar a la racionalidad como una capacidad privativa de los humanos; o incluso como una capacidad sin más, pues a veces se pone el énfasis en que se trata más bien de un método (Mosterín, 1978) (cuyo ejercicio, ciertamente, presupone algún tipo de capacidad). No es por eso de extrañar que Hans Lenk (1988), después de pasar revista —sin pretensiones de exhaustividad— a más de 20 significados diferentes de racionalidad, considere “dudoso que un concepto unitario amplio de racionalidad pueda cubrir todos los significados” (p. 115).

Ahora bien, con independencia de que esta última sea una tarea posible, lo que no me parece es que constituya el camino más prometedor para esclarecer la noción de racionalidad, por lo menos a los efectos que aquí interesan. Con ello no pretendo decir tampoco que sea suficiente con partir de alguna contraposición simple (simple, en el sentido de que deja fuera muchos otros significados del concepto), como la sugerida por Bobbio al distinguir la razón débil, formal o instrumental, por un lado, de la razón fuerte, sustancial o final, por el otro. Lo que se necesita, en mi opinión, no es tanto una teoría general y completa de la racionalidad (algo que, desde luego, excede con mucho de mis posibilidades y probablemente también del marco de esta ponencia), pero sí una concepción *estructurada* de la racionalidad (en un sentido parecido a cuando hablamos de la teoría estructurada del delito) que, entre otras cosas, permita conectar entre sí (y no sólo separar) los dos sentidos o tipos de racionalidad a que se acaba de hacer referencia. Se trata, en definitiva, de articular diversos niveles de racionalidad, lo que

significa no sólo distinguir entre sí diversos sentidos o tipos de racionalidad, sino también ordenarlos de alguna forma.

Dentro de esa estructura, el nivel probablemente más básico lo constituye la racionalidad lógica-formal. La racionalidad aquí se predica esencialmente de enunciados o proposiciones o, mejor dicho, del paso de unas proposiciones a otras, esto es, de la inferencia. Deducir —o calcular— son, indiscutiblemente, operaciones racionales, pero que no agotan ni con mucho el campo de la racionalidad. Para darse cuenta de ello, puede ser útil comprobar cómo opera este nivel de racionalidad en el contexto de la aplicación del Derecho. Casi todos estamos de acuerdo en que un fallo judicial no está justificado —por irracional— si no tiene una forma deductiva o, como hoy se suele decir, si carece de justificación interna. Sin embargo, la utilización de la lógica deductiva como mecanismo de control racional deja abiertos aquí, por lo menos, los siguientes problemas: 1) no dice nada sobre cómo establecer las premisas, esto es, parte de ellas como algo ya dado; 2) no dice en rigor tampoco nada sobre *cómo* pasar de las premisas a la conclusión, sino que *únicamente* da criterios sobre *si* un determinado paso está o no autorizado; digamos, no tiene valor heurístico, sino de prueba, no opera en el contexto de descubrimiento, sino en el de justificación; 3) es dudoso —o al menos muchas veces se ha dudado— de que quepa una inferencia *normativa*, esto es, una inferencia en que al menos una de las premisas y la conclusión sean normas, como ocurre con el silogismo judicial (o, en general, con el silogismo práctico-normativo); 4) sólo suministra criterios formales de corrección: un juez que utilice como premisas, por un lado, una norma manifiestamente inválida y, por otro, un relato de los hechos que contradice frontalmente la realidad, no estaría atentando contra la lógica; 5) no permite considerar como argumentos válidos supuestos en que el paso de las premisas a la conclusión no tiene carácter necesario, aunque sea altamente plausible; 6) no permite dar cuenta tampoco de la que probablemente sea la forma más *típica* de argumentar en el Derecho (y fuera del Derecho): la analogía; 7) no determina, en el mejor de los casos, la decisión en cuanto tal (por ejemplo “condeno a X a la pena Y”), sino el enunciado normativo que es la conclusión del silogismo judicial (“debo condenar a X a la pena Y”): un enunciado como “debo condenar a X a la pena Y, pero no le condeno” no representaría una contradicción de tipo lógico.

Naturalmente, el que esta noción de racionalidad sea limitada no constituye de por sí ningún defecto. El problema está en que con alguna frecuencia se ha pretendido hacer de ella el centro —y no sólo la base— de la racionalidad. De acuerdo con lo que Brown (1990) llama el modelo clásico de racionalidad prevaleciente en el pensamiento occidental, solucionar racionalmente un problema significaría llegar a un resultado que pueda ser *universal* (cualquiera, a partir de los datos del problema, debe llegar a la misma solución), y ello de una manera *necesaria* y como consecuencia de seguir determinadas *reglas* que son además, *algoritmos*, esto es, cuando se aplican a un problema garantizan una solución en un número finito de pasos. Se trataría, pues, de una generalización —de una generalización indebida— a partir de las operaciones de deducir o calcular. Una concepción semejante de la racionalidad obligaría a calificar como no racional (aunque no forzosamente como irracional) a muchas de las actividades que usualmente consideramos racionales e incluso como el paradigma de la racionalidad; entre otras cosas, aspectos fundamentales de la actividad científica, incluida la propia lógica formal o la matemática. La capacidad para resolver problemas deductivos o de cálculo va mucho más allá de lo que sugiere ese modelo de racionalidad. Ser racional significa, sobre todo, ser capaz de enfrentarse con problemas inéditos, esto es, con problemas que no pueden solucionarse simplemente aplicando normas preestablecidas.

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

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

La racionalidad teórica, como se ha dicho, presupone la racionalidad lógica y, al mismo tiempo, es el presupuesto para la racionalidad práctica. Ello significa que actuar racionalmente supone hacerlo sobre la base de creencias racionales [*cfr.* Mosterín, 1978; Quintanilla, 1981; Bunge, 1988] lo que, por cierto, no es en absoluto una tesis trivial. Si se acepta este requisito, entonces la teoría de la decisión “racional”, que es el modelo prevalente de racionalidad práctica en nuestros días, no sería, cuando menos, una teoría plenamente racional, ya que parte de las creencias (y deseos) subjetivos del agente que, en lo esencial, no somete a ningún tipo de crítica [Bunge, 1988, p. 24; Höffe, 1988, p. 156]. La racionalidad práctica, por otro lado, puede entenderse en un sentido simplemente técnico-instrumental (lo que configura una noción de racionalidad no discutible en cuanto tal, aunque interpretable de diversas formas) o bien como razón ética o de fines (que constituye una noción más fuerte —y más polémica— de racionalidad).

En el primer sentido, actuar racionalmente significa adoptar los medios más adecuados para alcanzar los fines propuestos. Esta estructura de tipo teleológico se da tanto en la racionalidad puramente instrumental como en

la racionalidad estratégica, esto es, la racionalidad en contextos de interacción, que presupone la anterior. De forma parecida a lo que ocurría con la racionalidad teórica o cognoscitiva, también aquí se puede decir que una acción puede ser racional aunque no tenga éxito en alcanzar el fin perseguido, y que se puede alcanzar un fin perseguido, pero de manera plenamente irracional. Esta noción de racionalidad se puede aplicar, por supuesto, también en relación con las normas y, en particular, con las normas jurídicas: tanto a propósito de su establecimiento como de su seguimiento o aplicación. Así, tiene pleno sentido decir que un agente actuó racionalmente al establecer una norma si esta última puede verse, en efecto, como un medio adecuado para alcanzar el fin que se proponía; que alguien se comporta racionalmente al seguir una norma, porque tiene buenas razones para pensar que de otra forma sufriría una sanción (y desea evitar la sanción); o que al aplicar una norma un juez actúa racionalmente si lo que persigue es, por ejemplo, que sus decisiones no sean revocadas por los órganos jurisdiccionales de rango superior y consigue, en efecto, este objetivo.

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

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

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

En mi opinión, la concepción más plausible de la racionalidad práctica es la concepción discursiva, en la línea desarrollada por Habermas y Alexy y que yo suscribo en lo esencial. Por lo que se refiere en particular a las tesis de Alexy, su reconstrucción de las reglas y formas que rigen el discurso práctico racional general me parece convincente, aunque tengo bastantes dudas sobre el acierto de caracterizar el discurso jurídico (un concepto, por otro lado, que me parece no está siempre bien delimitado en su obra) como un caso especial del discurso práctico racional. La afirmación de Habermas (1987) —quien, según propio testimonio, habría sido convencido de ello por Alexy— de que “la argumentación jurídica, en todas sus acuñaciones institucionales, ha de entenderse como un caso especial del discurso práctico” (tomo 1, p. 60) (se sobreentiende que del discurso práctico *racional*, en el sentido en que se emplea esta última expresión en el contexto de esa teoría, y que presupone una situación de igualdad entre los participantes en el mismo y de ausencia total de coacción externa o interna al discurso), me parece no solamente falsa, sino también peligrosa; y el peligro deriva en mi opinión de que la teoría del discurso se use no como una instancia crítica para juzgar el Derecho positivo, sino como un modelo para la reconstrucción y justificación de un cierto tipo de Derecho. Ahora bien, una cosa es que la existencia del Derecho en cuanto tal pueda presentarse como una exigencia de la razón práctica —algo con lo que estoy de acuerdo—, y otra muy distinta suponer que vivimos (en los Estados democráticos constitucionales) “en el mejor de todos los mundos jurídicos imaginables” (Tugendhat, 1980, p. 4), y no tan sólo en el mejor de los mundos jurídicos existentes de hecho. Por lo demás, considero que la racionalidad práctica —y probablemente la ra-

cionalidad en general— ha de caracterizarse en términos procedimentales, más bien que sustanciales; como un proceso dialógico y no monológico; llevado a cabo por los hombres en las condiciones de su existencia real y no por un espectador imparcial o por los representantes de una hipotética situación originaria; y que en el procedimiento la objetividad se define por la capacidad para alcanzar un consenso en condiciones de libertad e igualdad que están ya presupuestas en el propio uso ordinario del lenguaje. Así entendida, la racionalidad práctica tiene un carácter limitado, pues no pretende efectuar juicios absolutos sobre los fines últimos, sino sólo juicios que tienen una pretensión de validez objetiva; presupone los anteriores niveles de racionalidad, por lo que sus juicios son efectivamente últimos, pero no irrevocables; y en ella predomina la dimensión crítica —negativa— sobre la constructiva: la razón práctica se manifiesta, sobre todo, en la capacidad de decir no a la persecución de ciertos fines y a la utilización de determinados medios (Muguerza, 1978 y 1990).

3. El problema de la racionalidad de la legislación puede entenderse al menos de tres maneras distintas. Por un lado, la racionalidad puede referirse a la legislación en cuanto tal, lo que implica plantearse cuál es el lugar que ocupa —qué función cumple— en el contexto de todo el sistema jurídico y en relación con los otros elementos del sistema —en particular, en relación con la jurisdicción—; o bien, cuál es su función en el contexto de la evolución de los sistemas jurídicos. En el conocido modelo weberiano (no histórico, sino ideal-típico) de desarrollo del derecho y de la cultura jurídica, la legislación —en particular, las codificaciones— se vincula obviamente con el tipo de Derecho racional-formal que representa la fase más elevada en el proceso de progresiva racionalización de la sociedad occidental. Por otro lado, la racionalidad legislativa puede entenderse referida al proceso de la producción de las leyes; la cuestión a plantearse entonces es bajo qué condiciones —o hasta qué punto— puede considerarse racional la actividad de legislar (entendiendo por tal, en sentido amplio, la producción deliberada de normas de carácter preferentemente general y abstracto). Finalmente, cabe hablar también de racionalidad en relación con el resultado de ese proceso, esto es, de racionalidad de las leyes. En lo que sigue, me ocuparé esencialmente de la racionalidad de la legislación, entendida en el segundo de los sentidos indicados; y digo “esencialmente” porque la racionalidad de la actividad de legislar presupone la racionalidad de la institución en cuanto tal y determina —por lo menos hasta cierto punto— la racionalidad de sus productos, de las leyes. Hay ocasiones en que puede tener sentido decir que una ley es racional aunque no lo haya sido el proceso de su producción (por

ejemplo, la ley resuelve algún problema social, aunque se dictara ignorando datos esenciales —y conocidos— de la situación), pero ello es más bien excepcional. La situación inversa es, por desgracia, más plausible: a pesar de haberse legislado racionalmente, es posible que la ley deje las cosas incluso peor de lo que estaban. Entendida de esta manera, la racionalidad legislativa, no es sino un aspecto —particularmente complejo— de la racionalidad práctica en general.

El proceso de la producción de las leyes puede verse como una serie de interacciones que tienen lugar entre elementos distintos: los editores, los destinatarios, el sistema jurídico, los fines y los valores. Desde una perspectiva muy abstracta, puede decirse que los editores son los autores de las normas; los destinatarios, aquéllos a quienes éstas se dirigen; el sistema jurídico, el conjunto del que forma parte la nueva ley; los fines, los objetivos o metas (entendidos en el sentido más amplio) que se persiguen al establecer las leyes; y los valores, las ideas que sirven para justificar dichos fines. A partir de aquí pueden distinguirse diversos niveles de racionalidad que se definen, pues, a partir de los mismos elementos, aunque interpretados de manera distinta. Los niveles están, a su vez, ordenados de la siguiente manera: en cada nivel, los valores funcionan como fines últimos y suministran, por tanto, los criterios para resolver posibles conflictos entre fines del mismo nivel; por otro lado, cada nivel de racionalidad es jerárquicamente superior al anterior, en el sentido de que los conflictos entre niveles de racionalidad deben resolverse dando la prioridad a los niveles superiores; finalmente, los cuatro primeros niveles responden a una misma noción de racionalidad (en cuanto racionalidad instrumental-estratégica), mientras que el quinto, la racionalidad ética, es de un tipo distinto: aquí —como se ha dicho— no se trata tanto de ver qué medios son adecuados para ciertos fines, sino más bien qué fines (y qué medios) están (o no están) éticamente justificados. Aparecen, pues, estos cinco niveles de racionalidad: una racionalidad lingüística (R1), en cuanto que el emisor (editor) debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje (la ley) al receptor (el destinatario); una racionalidad jurídico-formal (R2), pues la nueva ley debe insertarse armoniosamente en un determinado sistema jurídico; una racionalidad pragmática (R3), pues la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a lo prescrito en la ley; una racionalidad teleológica (R4), pues la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos; y una racionalidad ética (R5), pues las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores, que tendrían que ser susceptibles de justificación ética. El cuadro que sigue permitirá seguramente hacerse una idea de conjunto de todo ello:

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

En el nivel de la racionalidad R1, el editor y el destinatario de las leyes se ven, respectivamente, como emisores y receptores de cierto tipo de informaciones que se organizan en un sistema (el sistema jurídico es visto esencialmente como un sistema de información). Por eso, el editor no es tanto aquí (o no es sólo) el editor formal (por ejemplo, el parlamento), sino, sobre todo, el redactor del mensaje (el draftman). El sistema jurídico consistirá en una serie de enunciados lingüísticos organizados a partir de un código común al emisor y al receptor (un lenguaje) y de los canales que aseguran la transmisión de los mensajes (las leyes). El destinatario de la información puede no ser (o no ser básicamente) el destinatario formal de la norma. Dicho de otra manera, una ley puede no ser clara para quien tiene que cumplir los mandatos que la misma contiene (por ejemplo, los de una ley tributaria), sin que ello signifique que la misma sea defectuosa lingüísticamente (bastaría, por ejemplo, con que resultara clara para los asesores fiscales, inspectores de Hacienda, etc.). Los fines de la actividad legislativa en R1 son la accesibilidad, claridad y precisión de los mensajes normativos. Y el valor que subyace a dichos fines es la comunicación que, como se ha dicho, está a su vez subordinado a los valores de los niveles superiores: sin duda, una ley que restrinja oscuramente las libertades políticas puede ser preferible (o ser menos disvaliosa) que una que lo haga de manera clara e inequívoca. En el nivel R1 se puede decir que una ley es irracional (o no plenamente racional) si, y en la medida en que fracasa como acto de comunicación. La racionalidad en la producción de las leyes se mide entonces por el grado de adopción de las medidas necesarias para evitar defectos sintácticos u oscuridades semánticas, por la utilización de los canales adecuados para transmitir el mensaje (publicaciones oficiales o medios de comunicación), etc. Actuar racionalmente implica por tanto hacerlo utilizando conocimientos procedentes de disciplinas como la lingüística, la lógica, la informática o la psicología (pienso sobre todo en la psicología cognitiva).

En el nivel de la racionalidad jurídico-formal (R2), el editor y el destinatario de las leyes son los órganos e individuos designados como tales por el ordenamiento jurídico. El sistema jurídico se entiende aquí precisamente como un conjunto de normas válidamente establecidas y estructuradas en un sistema (la noción tradicional de ordenamiento jurídico). Y el fin de la actividad legislativa es la sistematicidad vista como adecuación de la forma y estructura de las leyes —cabría decir, quizás, sistematicidad sintáctica—, o bien como compatibilidad de la nueva ley con el conjunto más amplio en que se integra, a fin de evitar contradicciones, lagunas y redundancias. Ello hace que el Derecho pueda verse —y justificarse— como un mecanismo de

previsión de la conducta humana y de sus consecuencias (normativas), esto es, como un sistema de seguridad. En el nivel R2, la actividad legislativa es racional si, y en la medida en que no erosiona la estructura del ordenamiento jurídico. Esto último puede ocurrir bien porque en la producción de la nueva ley no se han respetado los criterios establecidos por el ordenamiento jurídico del que va a formar parte, o bien porque, aun respetándolos, incurre en lagunas y contradicciones, introduce criterios ajenos a la "lógica" (los principios) del ordenamiento, afecta negativamente al Derecho establecido (problema de las derogaciones y de las remisiones), etc. Lo que a veces se llama técnica legislativa en sentido estricto opera básicamente en este segundo nivel de racionalidad que, como se ha dicho, presupone el primero. La realización de este tipo de racionalidad está estrechamente vinculada a la utilización del saber jurídico tradicional, de la dogmática jurídica, aunque el conjunto de sus técnicas debe adaptarse a este nuevo contexto de la producción de las normas —la dogmática ha operado tradicionalmente en el de la interpretación y aplicación del Derecho— y completarse con un amplio uso del Derecho comparado, de la teoría general del Derecho y de la lógica jurídica; por otro lado, desde el punto de vista práctico y organizativo, las medidas a tomar pasarán por la adopción de directrices legislativas y el establecimiento de oficinas técnicas en los parlamentos, ministerios, etc., que cuiden de su aplicación.

La racionalidad pragmática (R3) consiste, en principio, en la adecuación de la conducta de los destinatarios a lo prescrito en la ley. Aquí el editor es el soberano político, entendiéndolo por tal quien tiene poder para ser obedecido (y no sólo para dictar normas formalmente válidas). Los destinatarios son quienes prestan obediencia (activa o pasiva); por tanto, aquellos a quienes la ley se dirige, pero en la medida en que adecuen (o no) su comportamiento a lo allí prescrito. El sistema jurídico es visto como un conjunto de normas eficaces o, si se quiere, como un conjunto de actos, de comportamientos. El fin es conseguir que las leyes se cumplan, esto es, que no sean sólo enunciados lingüísticos o directrices, sino "Derecho en acción". El valor que subyace aquí es la eficacia, el mantenimiento del orden. Ahora bien, una norma puede dictarse en ocasiones para no ser cumplida (uso simbólico del Derecho); en ese caso, la racionalidad legislativa no se mide —en este nivel— exactamente por el cumplimiento de lo preceptuado en las normas, sino por la adecuación de los comportamientos de los destinatarios a las intenciones del legislador. En términos generales, puede decirse que la consecución de este tipo de racionalidad implica poner los medios adecuados para evitar que las leyes sean ineficaces, lo que puede deberse a factores de tipo subje-

tivo (falta de motivación de los destinatarios que cabe combatir utilizando sanciones —negativas y positivas— adecuadas) o bien de tipo objetivo (falta de cobertura financiera, administrativa, etc.). Las técnicas para reducir la irracionalidad —o para promover la racionalidad— en el nivel R3 deberán provenir de disciplinas como la ciencia política, la psicología social, la sociología del Derecho, la ciencia de la administración o las teorías de la implementación.

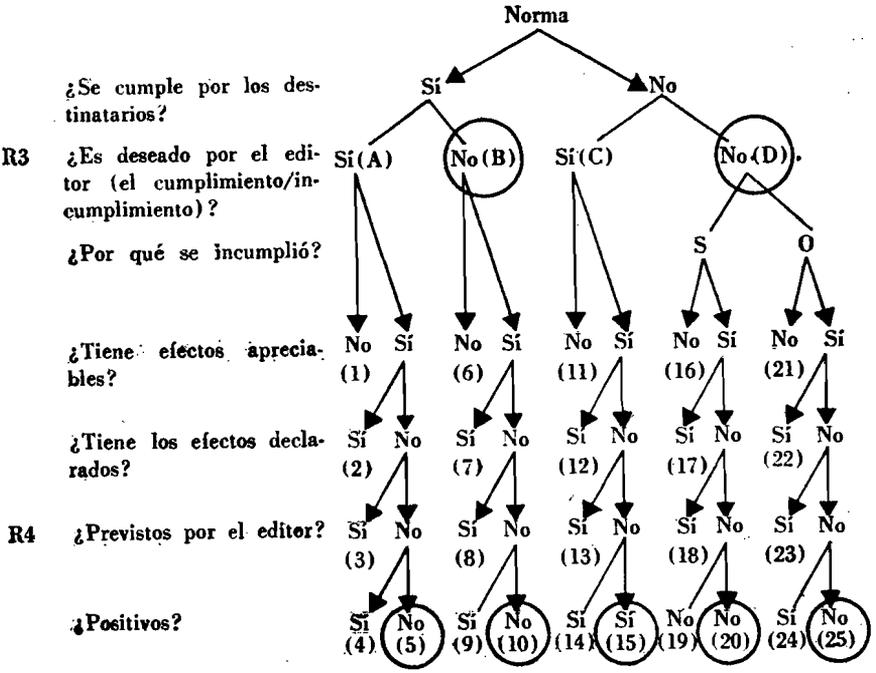
En el nivel de la racionalidad teleológica (R4) los editores son los portadores de los intereses sociales, particulares o generales, que logran que los mismos se traduzcan en leyes. Los destinatarios de las leyes no son únicamente los particulares o los órganos administrativos a los que se dirigen las disposiciones legales, sino que pueden serlo también individuos o grupos no implicados en el cumplimiento de la norma. Por ejemplo, los enfermos de un hospital pueden considerarse también como destinatarios de una ley dictada en materia sanitaria (que plantea como objetivo mejorar su situación en cuanto enfermos), aunque dicha ley no les atribuya ningún tipo de derecho o de obligación (por ejemplo, una ley que dote de recursos financieros a los hospitales). El sistema jurídico es visto como un medio para conseguir fines sociales; por tanto, no desde la perspectiva del jurista (o del jurista tradicional), sino desde la del científico o técnico social. El fin aquí podrá serlo la distribución de la riqueza, el aumento o disminución de la protección social, la reducción del desempleo, el mantenimiento de ventajas políticas o económicas, etc. Y el valor por el que se rige la consecución de tales fines es el de eficiencia: maximizar los efectos sociales deseados y minimizar los indeseados. Se trata de un nivel de racionalidad especialmente complejo, pues a las dificultades que comporta determinar cuáles son las intenciones o deseos del editor (en particular, cuando se trata de un órgano colegiado) se añaden los problemas de cómo establecer si los efectos se producen como consecuencia de la ley (de su cumplimiento o incumplimiento) o tienen otras causas: el problema de dónde cortar la cadena causal, etc. Simplificando bastante las cosas, podría decirse que la actividad legislativa es, en este nivel, racional si, y en la medida en que se utilicen los medios más adecuados para evitar que una ley no tenga efectos apreciables y, por tanto, sólo contribuya a la contaminación legislativa, o bien que no produzca los efectos deseados, con independencia de que éstos hayan sido o no declarados e incluso previstos. Es posible que haya situaciones sociales en las cuales lo que la racionalidad exige sea la desregulación, o bien la introducción de mecanismos de autorregulación (Teubner, 1985). Pero cuando esto no es así —y no lo es en la mayor parte de las ocasiones— habrá que recurrir a conocimientos

provenientes de las ciencias sociales, como la sociología de las organizaciones, el análisis económico del Derecho, la sociología del Derecho, las teorías de la implementación, etc.; dicho de otra manera, es necesario proceder a una *evaluación legislativa*, entendiéndolo por tal, en un sentido amplio, el conjunto de técnicas dirigidas al análisis empírico de los efectos de la legislación (Mader, 1985).

Finalmente, en el nivel de la racionalidad ética (R5), los editores son vistos desde el punto de vista de quienes están legitimados, y en qué circunstancias, para ejercer poder normativo sobre otros. El problema esencial de los destinatarios es, por tanto, el de cuándo existe una obligación ética de obedecer —o desobedecer— las leyes. El sistema jurídico es visto aquí como un conjunto de normas o de comportamientos evaluables desde un cierto sistema ético. Los fines considerados valiosos variarán, naturalmente, según el sistema ético que se tome como referencia aunque, abstractamente, puede decirse que lo son la libertad, la igualdad y la justicia. Los valores éticos (entre los fines y los valores podría decirse que existe una especie de equilibrio reflexivo), finalmente, son las ideas (organizadas en teorías éticas) que permiten justificar tales fines (la naturaleza en el caso del iusnaturalismo, la dignidad humana en una concepción de tipo kantiano, la felicidad en las teorías utilitaristas, o el consenso en el neocontractualismo o en las éticas discursivas). Como antes se ha dicho, este nivel de racionalidad desarrolla una función más bien negativa que constructiva. La legislación puede resultar irracional —inmoral— por falta de legitimidad de los editores, de los fines o de los medios establecidos. Pero la racionalidad ética —a diferencia de los otros niveles de racionalidad— no genera ninguna técnica legislativa específica: no hay ningún procedimiento para lograr la libertad, la igualdad y la justicia a través de las leyes, fuera de las técnicas que generan las racionalidades R1-R4. El único “instrumento” del que dispone la ética es el discurso moral, pero justamente se trata de un instrumento que se desnaturalizaría si se utilizara para conseguir finalidades (fines perlocucionarios) que vayan más allá del propio discurso.

Lo anterior puede considerarse que configura un análisis de la racionalidad legislativa de tipo interno: desde cada uno de los niveles de racionalidad, los elementos de la actividad legislativa se ven de una cierta forma, con lo que se delimita un criterio de racionalidad y se sugiere una serie de técnicas a utilizar para incrementar la racionalidad. Además, podría llevarse a cabo un análisis de tipo externo en el que, a su vez, podrían distinguirse dos fases. La primera tendría lugar desde una perspectiva más bien estática, en

cuanto que se trataría de mostrar cómo se relacionan entre sí (pero, podríamos decir, abstractamente, prescindiendo del proceso *real* de la legislación) los diversos niveles de racionalidad R1-R5. La noción de racionalidad legislativa —como se ha visto— es considerablemente compleja, en cuanto que la misma envuelve técnicas y saberes de procedencia muy heterogénea y no fácilmente articulables entre sí. Por otro lado, los diversos niveles de racionalidad plantean a veces exigencias contradictorias o, por lo menos, no fácilmente armonizables. Como ejemplo de lo que quiero decir al referirme a este tipo de análisis (y por lo que atañe únicamente a los niveles R3 y R4), puede servir el siguiente esquema que muestra —entre otras cosas— cómo una situación a evitar (digamos, irracional, representada con un círculo), desde el punto de vista de la racionalidad pragmática [(B) y (D)], no conduce necesariamente a situaciones que habría que evitar desde el punto de vista de la racionalidad teleológica [y que serían (5), (10), (15) y (25)].



La segunda fase del análisis externo tendría un carácter dinámico, en cuanto que se trataría de mostrar cómo pueden combinarse estas nociones de racionalidad para dar cuenta del proceso *real* de la legislación. Obviamente, no es aquí posible entrar en detalles al respecto, pero el esquema que aparece en la página siguiente elaborado a partir de los modelos de Noll (1973), Wroblewski (1979 y 1987) y Losano (1984), y teniendo en cuenta la perspectiva asumida anteriormente, permitirá seguramente hacerse una idea de conjunto.

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

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

La prueba de que se trata, en efecto, de una noción común de racionalidad es que tendría pleno sentido trasladar el análisis anterior al contexto de la aplicación del Derecho. Así, por ejemplo, una sentencia judicial también es, por regla general, un texto del que cabe exigir precisión y claridad (las técnicas de *legal writing* son, en principio, de aplicación, tanto a la redacción de leyes como de contratos, sentencias, etc.). Una exigencia fundamental de

Fases



Inicio	Planteamiento de un problema social	Recepción o planteamiento de un problema por un órgano legislativo	Entrada en vigor de una ley
Operaciones intermedias	<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-bottom: 5px;">Análisis del problema</div> <div style="text-align: center;">↓</div> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-bottom: 5px;">Determinación de objetivos</div> <div style="text-align: center;">↓</div> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-bottom: 5px;">Propuesta de medios legales y no legales para alcanzar el objetivo</div> <div style="text-align: center;">↓</div> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px;">Justificación ética del objetivo y de los medios</div>	<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-bottom: 5px;">Análisis del problema</div> <div style="text-align: center;">↓</div> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-bottom: 5px;">Determinación de objetivos</div> <div style="text-align: center;">↓</div> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-bottom: 5px;">Propuesta de medios legales (contenido de la ley)</div> <div style="text-align: center;">↓</div> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-bottom: 5px;">Justificación ética de objetivos y medios</div> <div style="display: flex; justify-content: space-around; font-size: small;"> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px;">análisis lingüístico</div> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px;">análisis sistemático</div> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px;">análisis pragmático</div> </div> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px;">Redacción del texto articulado</div> <div style="font-size: x-small; margin-top: 5px;">Realización de las operaciones de acuerdo con su regulación jurídica (en la medida en que estén reglamentadas)</div>	<p>Examen de la adecuación de la ley en sus dimensiones:</p> <div style="display: flex; justify-content: space-around; align-items: center; height: 150px;"> <div style="border-left: 1px solid black; border-right: 1px solid black; width: 20%; text-align: center;">Linguística</div> <div style="border-left: 1px solid black; border-right: 1px solid black; width: 20%; text-align: center;">Sistemática</div> <div style="border-left: 1px solid black; border-right: 1px solid black; width: 20%; text-align: center;">Pragmática</div> <div style="border-left: 1px solid black; border-right: 1px solid black; width: 20%; text-align: center;">Teleológica</div> <div style="border-left: 1px solid black; width: 20%; text-align: center;">Ética</div> </div>
Fin	Propuesta de una solución legislativa	Promulgación de una ley	Propuesta de modificación de la ley
Conocimientos y técnicas utilizables para controlar la racionalidad	Método científico; conocimiento objetivo disponible; criterios y reglas de la argumentación práctica racional	Control de legalidad; directrices legislativas; <i>checklists</i> ; técnicas de implementación; técnicas reticulares; análisis costes/beneficios; técnicas de redacción de documentos; dogmática, y teoría del Derecho	Estudios sobre impacto de las normas jurídicas; técnicas de implementación; dogmática jurídica; investigaciones KOL; <i>checklists</i>
Niveles de racionalidad implicados preferentemente	R4 y R5	R1-R5	R2, R3 y R4

la interpretación jurídica —en cuanto operación previa a la de la aplicación— es la preservación del carácter sistemático del ordenamiento y, de hecho, no parece que exista un gran trecho entre las técnicas a utilizar para llenar las lagunas o resolver las contradicciones, una vez que éstas se presentan, y las que habría que emplear para evitar que surjan (*cfr.* Guastini, 1985). Las sentencias judiciales o las resoluciones administrativas no pueden confundirse con los actos de ejecución de las mismas, por lo que la eficacia también es aquí un objetivo a perseguir (y a veces extraordinariamente difícil de lograr; por ejemplo, cuando es la propia Administración la encargada de ejecutar las sentencias contencioso-administrativas). La eficiencia no puede, obviamente, ser un objetivo ajeno a la aplicación del Derecho y —como se sabe— una influyente dirección del pensamiento jurídico contemporáneo entiende que la maximización de la riqueza es la clave para comprender y evaluar la actuación de los jueces [al menos, de los del *common law* (Posner, 1990)]. Y, finalmente, en la aplicación del Derecho surgen con alguna frecuencia problemas de ética que sería falaz pretender resolver apelando exclusivamente a criterios como la aplicación correcta del Derecho vigente, la obediencia al legislador o la eficiencia económica; el juez necesita también disponer —y dispone— de alguna concepción de la ética aunque se trate de la más cruda de las éticas del legalismo o de la más ingenua de las éticas del activismo.

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

(cfr. Febbrajo, 1981). O en Luhmann (1972), cuando señala que con la positivización del Derecho (esto es, el momento en la evolución del Derecho en que las normas entran en vigor y se cambian mediante decisión, lo que implica que no se consideran ya como inmutables) tiene lugar una diferenciación funcional entre los procedimientos para reaccionar normativamente frente a las expectativas no realizadas (jurisdicción) y los procedimientos para aprender (momento cognoscitivo) de las expectativas no realizadas (legislación); la una sería, pues, una racionalidad normativa u orientada hacia el *input* (R2), mientras que la otra constituiría una racionalidad de las consecuencias u orientada hacia el *output* (R4).

Esta diferencia de orientación —que lleva consigo también diferencias de tipo organizativo, institucional, etc.— es sin duda cierta, pero debe relativizarse en diversos sentidos. En primer lugar, porque —como se ha visto— la distinción radica en una cuestión de énfasis: ni la racionalidad legislativa se interesa sólo por la racionalidad teleológica, ni la racionalidad en la aplicación del Derecho obedece exclusivamente al modelo normativo o jurídico-formal. En segundo lugar, la racionalidad ética opera en ambos casos como el último nivel de racionalidad; los niveles de racionalidad instrumental pueden estar organizados de manera diferente en el momento de la legislación y en el de la aplicación pero, en cualquier caso, la racionalidad instrumental está subordinada a la ética. Finalmente, la racionalidad legislativa —o, al menos, cierto grado de racionalidad legislativa— es un presupuesto necesario para poder hablar de racionalidad en la aplicación del Derecho. Precisamente, una de las críticas que se puede dirigir a la tesis de Alexy antes recordada de que el discurso jurídico —el elaborado por el intérprete, el aplicador del Derecho o el dogmático— es un caso especial del discurso práctico general, en que sólo funciona si se presupone la justicia (la racionalidad— del Derecho establecido.

En definitiva, me parece que la noción de racionalidad debería constituir el eje en torno al cual articular la diversidad de los saberes y prácticas jurídicos. Tendríamos así, por un lado, una serie de técnicas jurídicas encaminadas a incrementar la racionalidad del Derecho y en donde cabría diferenciar —aunque únicamente como momentos de un mismo proceso de racionalización— la técnica (o técnicas) legislativas y la técnica de la interpretación y aplicación del Derecho (la dogmática jurídica en su sentido tradicional). Por otro lado, a partir de aquí habría que desarrollar una teoría del Derecho que elabore los marcos conceptuales en que se inscriben esas técnicas, que ofrezca una explicación totalizadora del fenómeno jurídico —que incluya,

pues, tanto el momento de la aplicación como el de la producción de las normas—, y que permita conectar la cultura y la práctica jurídica en general con el conjunto de los saberes y de las prácticas sociales. Pero ello exige partir de una concepción unitaria, estructurada y amplia de la racionalidad, que no limite el comportamiento racional a la actividad de seguir normas preestablecidas, ni renuncie a plantearse la cuestión de la justificación —la racionalidad— de los fines. Necesitamos, en definitiva, lo que Bobbio llamaba la razón en sentido fuerte, tanto en el momento de la legislación como en el de la aplicación del Derecho, y en ninguna de las dos instancias podemos tampoco prescindir de la razón en sentido débil.

Para acabar, sólo me resta añadir que soy perfectamente consciente de que al haber recorrido el itinerario marcado por Bobbio para tratar la cuestión de la razón en el Derecho no he ido probablemente más lejos que él, pero he elegido en cambio un camino con demasiadas sombras y quizás pocas luces. Me consuelo, sin embargo, al pensar que hay paisajes que se contemplan mejor con una luz más bien tenue; y éste, el de la racionalidad del Derecho, bien pudiera ser uno de ellos.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, R. "Teoría de la argumentación jurídica", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ATIENZA, M. "Sociología jurídica y ciencia de la legislación", en *El Derecho y sus realidades*. R. Bergalli (coordinador), PPU, Barcelona, 1989a.
- . "Contribución para una teoría de la legislación", en *Doxa*. No. 6, 1989b.
- AUDI, R. "Practical Reasoning", London, 1989.
- BOBBIO, N. "La razón en el Derecho (Observaciones preliminares)", en *Doxa*. No. 2, 1985.
- BUNGE, M. "Racionalidad y realismo", Alianza Editorial, Madrid, 1988.
- BROWN, H.I. "Rationality", London y New York, 1990.
- FEBBRAJO, A. "Capitalismo, stato moderno e diritto razionale-formale", en *Max Weber e il diritto*. R. Treves (ed.), Milano, 1981.
- GAUTHIER, D. "Moral by Agreement", Oxford, 1986.
- GUASTINI, R. "Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico", *Informatica e diritto*, 1, 1985.

- HABERMAS, J. "Teoría de la acción comunicativa", Taurus, Madrid, 1987.
- HÖFFE, O. "Estudios sobre teoría del Derecho y la justicia", Ed. Alfa, Barcelona, 1988.
- LENK, H. "Entre la epistemología y la ciencia social", Ed. Alfa, Barcelona, 1988.
- LOSANO, M. "Analisi empirica delle procedure giuridiche", en *Società, norme a valori. Studi in onore di Renato Treves*, U. Scarpelli y V. Tomeo (eds.), Giuffrè, Milano, 1984.
- LUHMANN, N. "Rechtssoziologie", Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1972.
- MACCORMICK, N. "Legal Reasoning and Legal Theory", Oxford University Press, 1978.
- MADER, L. "L'évaluation législative, Pour une analyse empirique des effets de la legislation", Payot, Lausanne, 1985.
- MOSTERIN, J. "Racionalidad y acción humana", Alianza Editorial, Madrid, 1978.
- MUGUERZA, J. "La razón sin esperanza", Taurus, Madrid, 1977.
- . "Desde la perplejidad. Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo", Fondo de Cultura Económica, México/Madrid/Buenos Aires, 1990.
- NOLL, P. "Gesetzgebungslehre", Rowohlt, Hamburg, 1973.
- PATTARO, E. "La razón en el Derecho. Comentario a Norberto Bobbio", en *Doxa*. No. 2, 1985.
- POSNER, R.A. "The Problems of Jurisprudence", Harvard University Press, 1990.
- QUINTANILLA, M.A. "A favor de la razón", Taurus, Madrid, 1981.
- TEUBNER, G. "Aspetti, limiti, alternative della legificazioni", en *Sociologia del diritto*, 1, 1985.
- TUGENDHAT, E. "Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen in modernen Recht", en *A.R.S.P.*, nueva serie, cuaderno 14, 1980.
- WROBLEWSKI, J. "A model of Rational Law Making", en *A.R.S.P.*, tomo LXV, 2, 1979.
- . "The Rational Law-Maker. General Theory and Socialist Experience", en *L'educazione giuridica*, A. Giuliani y N. Picard (eds.), vol. V, Perugia, 1987.

