

TEORIA Y TECNICA DE LA LEGISLACION*

Manuel ATIENZA

1. En los estudios sobre la **legislación** suelen distinguirse dos distintos niveles de análisis: el de la **técnica** y el de la **teoría de la legislación**. Mientras que la técnica legislativa se plantea como objetivo de **optimización** de la producción de las leyes, la teoría de la legislación trata de ofrecer una **explicación** del fenómeno y no persigue, al menos a corto plazo, una finalidad de tipo pragmático desde una perspectiva general. En todo caso, ambos niveles de estudio, o ambas disciplinas, centran su atención en el proceso de **producción de las leyes**, en la **legislación**. Dicho proceso puede verse como una serie de interacciones que tienen lugar entre elementos distintos: edictores, destinatarios, sistema jurídico, fines y valores. Desde una perspectiva muy abstracta, puede decirse que los **edictores** son los autores de las normas; los **destinatarios** aquéllos a quienes éstas se dirigen; el **sistema jurídico**, el conjunto normativo del que pasa a formar 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. El producto de tales interacciones son las **leyes**, consideradas como **enunciados lingüísticos**. Estas constituyen al mismo tiempo el punto de partida para nuevos procesos (la **interpretación y aplicación** de las leyes) en los que se centra la **dogmática jurídica** y que no pueden dejar

*Este trabajo es una primera versión, una parte de la ponencia del mismo título que el autor desarrollará en las IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídica (San Sebastián, 20-24 de setiembre de 1988).

de tomarse en consideración si se desea comprender e intervenir en la producción legislativa.

Ahora bien, en el análisis del fenómeno de la legislación no están solamente implicadas las disciplinas jurídicas de corte más o menos tradicional (a la **dogmática jurídica** habría que añadir, obviamente, el **Derecho comparado** y la **teoría general del Derecho**), sino también conocimientos de tipo **formal** (como la **lógica** o la **informática**), prácticamente todas las disciplinas **humanas y sociales** (de manera destacada, las **ciencias del lenguaje** y la **sociología**) y la propia **filosofía**. Por otro lado, el discurso sobre la legislación que se presenta bajo el rótulo de "**ciencia**", "**doctrina**", "**teoría**", "**técnica**", etc., suele ser, de hecho, heterogeneo, en cuanto que pretende cumplir una pluralidad de funciones: no sólo **describir** la actividad legislativa, sino también **explicarla**, **criticarla** y proponer medidas para su **mejora**. Finalmente, el auge actual (a partir de la década de los 70) de este tipo de estudios (cuyos orígenes se remontarían a principios del XVIII) se conecta con la **crisis actual del Derecho** que corre paralela e indisolublemente unida a la del **Estado del bienestar**; cabría decir incluso que la **técnica legislativa** surge de la necesidad de dar una respuesta práctica a la crisis y la **teoría de la legislación** de la necesidad de encontrar una explicación del fenómeno.

En consecuencia, los estudios de la legislación parecen enfrentarse, en esta fase incipiente de su desarrollo, con tres tipos de problemas distintos, a los que debe hacerse frente de una u otra forma. El primero es el de buscar una unidad, o al menos una cierta articulación, entre saberes tan heterogeneos como los aquí implicados, evitando la apelación a esquemas vagamente interdisciplinarios. El segundo es el de definir el estatuto epistemológico de este tipo de estudios precisando, quizás, la distinción entre

técnica y teoría. Y el tercero es el de evitar el uso de ambas como **ideologías** destinadas no a **superar** la crisis, sino a **enmascararla**; me parece que una actitud de este tipo es la que asumen quienes pretenden que la crisis actual del Derecho, la **crisis de la legislación**, es una crisis "de crecimiento" que se corrige simplemente **mejorando la calidad técnica de las leyes.**

2. Una forma de hacer frente a este triple desafío podría consistir en partir de la idea de **racionalidad** o **racionalización** que, de alguna forma, está presente en todos los estudios sobre la legislación, tengan o no una finalidad de carácter práctico. Sin embargo, la racionalización de la actividad legislativa podría entenderse (y, de hecho, se entiende) de diversas maneras. En mi opinión, pueden distinguirse cinco modelos, ideas o niveles de racionalidad: una **racionalidad comunicativa o lingüística (R1)**, en cuanto que el emisor (edictor) debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje (la ley) al receptor (el destinatario); una **racionalidad jurisdiccional (R2)**, pues la nueva ley debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico; una **racionalidad pragmática (R3)**, pues la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a lo prescrito en la ley; una **racionalidad teleológica (R4)**, pues la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos; y una **racionalidad ética (R5)**, pues las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética.

A partir de aquí, pueden intentarse dos tipos distintos de análisis. Uno es un análisis de tipo interno: cada modelo o idea de **racionalidad** construye de una cierta manera los elementos de la actividad legislativa, permite distinguir ciertas disciplinas que cumplen un papel rector de otras que tienen un carácter simplemente auxiliar, define una noción de **irracionalidad**

y sugiere qué técnicas utilizar para incrementar la racionalidad. El otro tipo de análisis podría llamarse externo, en cuanto que se trataría de mostrar las relaciones que guardan entre sí estos diversos niveles de racionalidad: así, cabría decir que entre ellas se dan tanto relaciones de **compatibilidad** (por ejemplo, entre **R1** y **R2**), como de **dependencia** (una mínima racionalidad lingüística o comunicativa es condición necesaria para los otros niveles de racionalidad), o incluso de **incompatibilidad** (por ejemplo, entre **R4** y **R5** o entre **R2** y **R4**).

En lo que sigue me limitaré a desarrollar un breve análisis de tipo interno de cada una de estas **racionalidades**.

3. En el nivel de racionalidad **R1**, el edictor 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**). Por eso, el edictor no es tanto aquí (o no es sólo) el edictor formal (por ejemplo, el parlamento), sino el redactor del mensaje (el **draftman**) y la serie de órganos y aparatos por lo que éste fluye. De la misma manera, 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.). El fin de la actividad legislativa en **R1** es sencillamente la comunicación fluida de mensajes normativos, y el valor que subyace a dicho fin no es más que un valor de tipo instrumental; como aquí no se trata de la comunicación libre de toda coacción a la que hacen referencia teorías como la

TEORIA Y TECNICA DE LA LEGISLACION

de Habermas para definir una situación ideal de diálogo, cabe decir que la claridad comunicativa sólo vale relativamente, en función de valores que habrá que encontrar en otros niveles de racionalidad: por ejemplo, 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** cabe decir que una ley es **irracional** (o, no racional, o no plenamente racional) si y en la medida en que fracasa como acto de comunicación. Como hay muchas oportunidades para que un acto fracase como acto comunicativo, las leyes acostumbra a no ser plenamente racionales ya en este primer nivel. Entre otros, pueden contener **defectos sintácticos** u **oscuridades semánticas**; pueden no haber funcionado correctamente los medios de comunicación encargados de transmitir el mensaje; es posible que los destinatarios no tengan un nivel de preparación adecuado para comprender el mensaje; etc. Un caso extremo de irracionalidad en **R1** se produce cuando el mensaje que se transmite es justamente el contrario del que se deseaba transmitir. Por ejemplo, el Art. 12 del Real Decreto XII-85 sobre procedimiento para sancionar las infracciones tributarias indica en su apartado 1, entre las circunstancias que agravan las sanciones, el "incumplimiento de obligaciones formales de gran trascendencia". Pero luego, en el apartado 2, señala que "a estos efectos se consideran obligaciones formales de gran trascendencia...k) falta de presentación de las declaraciones tributarias", de manera que el mensaje transmitido es que quien presenta declaraciones tributarias incumple una obligación formal de gran trascendencia, y que esta circunstancia agrava la sanción en que pudiera incurrir.

Incrementar la racionalidad de la legislación en **R1** ha de significar, sobre todo, la utilización de conocimientos precedentes de la lingüística, la

lógica, la informática o la psicología (me refiero concretamente a la psicología cognitiva, es decir, la rama de la psicología que investiga cómo, de hecho, se efectúan razonamientos, lo que tiene una proyección práctica importante, en cuanto que muestra cómo habría que redactar un texto para facilitar su comprensión, ésto es, para evitar cometer errores de inferencia). No es posible, naturalmente, mostrar aquí las aportaciones concretas que estas disciplinas pueden prestar a la racionalización de la actividad legislativa en el nivel R1. Indicaré, simplemente como ejemplo, la técnica de "redacción normalizada de textos jurídicos" diseñada por L.E. Allen.

Como se sabe, lo que hace realmente Allen es explorar las posibilidades de la lógica proposicional, a fin de evitar las **ambigüedades sintácticas** que pueden (y suelen) aparecer en el lenguaje jurídico. Además, esta técnica ofrece la posibilidad de manejar esquemas que permiten, al redactor o redactores del texto jurídico, tener una visión de conjunto del mismo, de manera que ayuda también a evitar lagunas, incoherencias, etc. Las llamadas por Allen "**ambigüedades sintácticas**" (las que surgen del carácter impreciso que en los lenguajes naturales suelen tener nexos como "y", "o", "**si...entonces**", "**sólo**", "**no obstante**", "**salvo**", etc.) son, obviamente, tan sólo algunas de las imprecisiones que pueden aquejar al lenguaje jurídico; sin embargo (y de ahí la importancia decisiva de eliminarlas, aunque se conserven las otras), se trata de imprecisiones que no suelen ser intencionales y que tampoco son tan frecuentes como pudiera parecer (Cfr. L.E. Allen, "**Una guida per redattori giuridici di testi normalizzati**" en Informatica e Diritto, V (1979), nº 1, pp. 61-114).

4. En el nivel de la racionalidad jurídico-formal (R2) el edictor 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 de **ordenamiento jurídico** de la **teoría del Derecho**). El fin de la actividad legislativa es la sistematicidad, ésto es, el que las leyes constituyan un conjunto sin **lagunas**, **contradicciones** ni **redundancias**, lo que hace que el Derecho pueda verse como un mecanismo de previsión de la conducta humana y de sus consecuencias, ésto es, como un sistema de **seguridad**. Sin embargo, el valor seguridad no es tampoco un valor último. La idea de seguridad o previsibilidad implica en sí misma un valor (pues sin un mínimo de seguridad no habría Derecho, ni leyes, ni organización social), pero este valor es graduable en función de qué sea lo que se asegura; es decir, el valor de la seguridad remite a otros valores, como la libertad y la igualdad.

En el nivel **R2** puede decirse que la ley es **irracional** si y en la medida en que la misma contribuye a erosionar la estructura del ordenamiento jurídico. Esto se puede producir, 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, aún respetándolos, incurre en lagunas y contradicciones, introduce criterios ajenos a la "**lógica**" (a los principios) del ordenamiento, afecta negativamente al Derecho ya establecido (problema de las derogaciones y de las remisiones) etc. Incrementar la racionalidad de la actividad legislativa en el nivel **R2** significa mejorar lo que usualmente se llama "**técnica jurídica**". Condición necesaria para ello es elaborar una serie de directrices legislativas y establecer oficinas técnicas en los parlamentos, ministerios, etc. en las que éstas se apliquen. Es obvio que esta idea de racionalidad y, por tanto, esta manera de entender la técnica legislativa, es característica del jurista profesional, entendiendo por tal

tanto a los juristas prácticos como a los juristas teóricos (los cultivadores de la dogmática). Sin embargo, para su desarrollo es necesario ir más allá de los conocimientos característicos de la dogmática, no sólo en el sentido de que habría que adaptar éstos al contexto de la producción de las leyes, sino también en el sentido de que éstos deberían ser completados con un amplio uso del Derecho comparado (mucho mayor de lo que es usual en los trabajos característicos de la dogmática), de la **teoría general del Derecho** (que debe sufrir ahora una transformación importante como consecuencia de una orientación mayor hacia la legislación) o de la **lógica jurídica**.

La mayor parte de los estudios sobre la **legislación** elaborados en estas dos últimas décadas (y que, no hace falta decirlo, son esencialmente obra de juristas) se sitúan en el nivel **R2**, y en parte también en el nivel **R1**, en cuanto que, como ya se ha dicho, **R2** presupone **R1**. Un buen ejemplo de ello es el libro del grupo GRETEL **La forma de las leyes, 10 estudios de técnica legislativa** (ed. Bosch, Barcelona, 1986). Los autores aclaran que la obra trata sólo de los "**aspectos formales**" de la técnica legislativa, es decir, de "lo que es común a cualquier ley si se hace abstracción de su objeto y contenido concretos" (p. 9) y señalan que dejan para otra ocasión (aunque hacen una excepción con temas como el de las remisiones) "los aspectos más materiales" de la técnica legislativa "como son, por ejemplo, los relativos al lenguaje legal y al utillaje conceptual que sirven para montar cualquier ley y ensamblarla adecuadamente con el resto del ordenamiento jurídico" (p. 9). No hay, desde luego, nada que objetar a un enfoque de este tipo y hay mucho que alabar en esta obra que es además "el primer libro de **técnica legislativa** que se ha escrito en España" (p. 9). Quisiera sin embargo hacer aquí un par de observaciones sobre el mismo. La primera es que el libro

sugiere -por lo menos en ciertos pasajes- una noción de técnica legislativa demasiado estrecha; en particular, y en contraste en cierto modo con lo indicado en la Introducción (en donde se caracteriza a la técnica legislativa como "ingeniería social" (p. 11)), el punto de vista de las ciencias sociales y, en general, de lo que no es el saber jurídico tradicional, no está muy presente. La segunda observación es que -y en buena parte por el anterior motivo- el tratamiento de algunos temas no logra sortear los peligros de deformación ideológica a que me referí anteriormente. Indicaré un ejemplo de ésto último.

En el capítulo III "Preámbulo y disposiciones directivas" se argumenta en contra de la necesidad de que toda ley vaya precedida de un preámbulo basándose en que "el Preámbulo no incorpora a la ley más contenido normativo del que por sí misma tiene ya la parte dispositiva" (p. 81). Un poco más adelante se afirma enfáticamente que el Preámbulo no debe pretender convencer a los destinatarios de la norma, lo que se justifica en estos términos: "El legislador que condesciende en convencer de la rectitud u oportunidad de sus mandatos renuncia a la obediencia cuando el destinatario del mandato no se deja convencer. Así rebaja el mandato -obligatorio por razón de su simple existencia- a la categoría de un consejo, eficaz sólo en la medida de su fuerza de convicción. Si quiere que el destinatario tienda a obedecer, y no a discutir, la función del legislador debe consistir en mandar, no en convencer" (p. 84). E igualmente se indica que debe excluirse también toda descripción o exposición de carácter instructivo, señalando como ejemplo a evitar el caso de una ley en cuyo preámbulo se enumeran "hasta 13 especies de flora y fauna del lugar (lugar que la ley declara Paraje natural de interés nacional), indicando también su nombre en latín" (p. 85).

Ahora bien, para quienes somos menos entusiastas de la obediencia al Derecho de lo que muestra serlo

el redactor de este capítulo, los preámbulos pueden ofrecer, aunque sea más contenido normativo, sí una posibilidad de criticar una ley mostrando, por ejemplo, la existencia de una inadecuación entre los fines que se señalan en el preámbulo y el contenido normativo de la misma; en definitiva, la cuestión podría enfocarse de una manera distinta si se tuviera en cuenta que la racionalidad legislativa no se acaba en el nivel **R2**. Por otro lado, es también posible que se viera en forma más matizada el problema de si las leyes deben cumplir o no una función docente, si uno se sitúa en una perspectiva menos formalista y más sociológica de la que se adopta en los textos traídos a colación. En el ejemplo indicado, el señalar las especies de flora y fauna existentes puede cumplir una función de motivación al cumplimiento de la ley, lo que puede ser bastante útil en relación con los sujetos que no propenden de manera natural (ésto es, sin que haya razones suficientes para ello) a obedecer a las leyes (incluidas las leyes dictadas en una democracia). ¿Por qué renunciar entonces a que exposiciones simplemente "instructivas" puedan cumplir en ocasiones la función de las sanciones tradicionales?

5. La **racionalidad pragmática**, como se indicó antes (aunque esta definición se matizará más adelante), consiste en la adecuación de la conducta de los destinatarios a lo prescrito en la ley. Aquí, el editor es, esencialmente, el soberano político, entendiendo 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, aquéllos a quienes la ley se dirige, pero en la medida en que adecúen 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 comportamientos, de actos. El fin es

TEORIA Y TECNICA DE LA LEGISLACION

conseguir que las leyes sean obedecidas o, dicho quizás en forma más general, el que las leyes no sean sólo **enunciados lingüísticos** sino también "**Derecho en acción**". Pero el valor de la obediencia o de la realización práctica del Derecho no es tampoco un valor último. Pensar de esta manera significaría incurrir en una deformación de tipo ideológico. Y me parece que éste es el caso de sociólogos del Derecho como Manfred Rehbinder que hablan de un **ethos** jurídico, ésto es, de un respeto al ordenamiento jurídico en cuanto tal y proponen medidas a fin de suscitar en los operadores jurídicos y en los simples ciudadanos sentimientos de adhesión más o menos incondicionados y garantizar así una mayor eficacia del Derecho.

En el nivel **R3**, una ley es **irracional** si y en la medida en que fracasa como directiva, ésto es, en su propósito de influir en el comportamiento humano. En términos generales, cabe decir que el fracaso puede deberse a motivos subjetivos, ésto es, a falta de motivación de los destinatarios (por ejemplo, por falta de sanciones adecuadas) o bien a factores objetivos (falta de cobertura financiera, administrativa, etc.). Las técnicas para reducir la irracionalidad en el nivel **R3** tendrán que provenir de disciplinas como la ciencia política, la psicología y, sobre todo, la sociología.

6. En el nivel de la **racionalidad teleológica**, los edictores 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 comprometidos 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 se 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; por tanto, no desde la perspectiva del jurista (o del jurista tradicional), sino desde la perspectiva del científico social. El fin podrá serlo la eficiencia económica, el aumento del nivel educativo de la población, la mejora de las condiciones sanitarias, la redistribución de la riqueza, la reducción del desempleo, la represión de cierto tipo de comportamiento político, etc. Naturalmente, el que el Derecho persiga ciertos fines sociales no significa que, por eso mismo, éstos estén justificados. La justificación última de los fines (y esto vale también para el de la eficiencia económica, a pesar de lo opinado por autores como Posner) sólo puede ser una justificación **ética**; aquí se trataría de ver, no si el Derecho persigue ciertos fines, sino si los fines que persigue son precisamente los que debería perseguir.

En el nivel **R4**, cabe decir que una ley es **irracional** si y en la medida en que no produzca efectos o produzca efectos no previstos y que no puedan tampoco considerarse como deseados o deseables. Para evitar estas situaciones habrá que acudir a la sociología de la organización, al análisis económico del Derecho, a la sociología del Derecho, a las teorías de la implementación.

7. Finalmente, en el nivel de la **racionalidad ética**, los edictos son vistos desde el punto de vista de quiénes 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 obligación ética para obedecer a las leyes. El **sistema jurídico** es visto aquí como un conjunto de normas o comportamientos evaluables desde un

TEORÍA Y TÉCNICA DE LA LEGISLACION

cierto **sistema ético**. Los fines considerados valiosos variarán, naturalmente, según el sistema ético que se tome como referencia aunque, abstractamente, puede decirse que son los de **libertad, igualdad y justicia**. Los **valores éticos**, 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**, etc.).

En el nivel **R5**, una ley es **irracional** si **no está justificada éticamente**, bien porque la haya dictado quien carece de legitimación ética, bien porque prescribe comportamientos inmorales (o porque no prescribe lo que moralmente sería obligatorio que prescribiese), bien porque persiga fines ilegítimos. En el estudio de los problemas de la racionalidad ética, el papel rector debe cumplirlo la filosofía del Derecho, de la moral y de la política, pero existen muchas otras disciplinas (por ejemplo, la sociología) que juegan aquí un papel auxiliar, aunque imprescindible.

Departamento de Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante
Director de la revista DOXA