

# LA EFICACIA Y EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS Y LA RACIONALIDAD MATERIAL DE LA LEY

CAROLINA FERNÁNDEZ BLANCO



La eficacia y efectividad de las normas y la racionalidad material de la ley

Normative Efficacy and Effectiveness and the Substantial Rationality of the Legislation

CAROLINA FERNÁNDEZ BLANCO

Investigadora postdoctoral, Universidad de Girona.

E-mail: [carolina.fernandez@udg.edu](mailto:carolina.fernandez@udg.edu)

#### ABSTRACT

Este trabajo se enmarca en las discusiones que se dan en el campo de estudio de la teoría legislativa y tiene como propósito principal proponer una pequeña modificación a uno de los niveles de racionalidad legislativa ideados por Manuel Atienza. El trabajo se estructura del siguiente modo: en primer lugar se presentan los desafíos que enfrenta la teoría legislativa como campo de estudio incipiente y en formación; luego se ofrece una explicación sobre los parámetros que se consideran los más importantes para evaluar la calidad legislativa y se concluye que la eficacia y la efectividad son los objetivos de calidad a los que debiera aspirar la legislación; finalmente se presenta, en sustitución del nivel de “racionalidad ética” propuesto por Manuel Atienza, un nivel llamado de “racionalidad material” que no solo supera los problemas encontrados en la propuesta de Atienza y resulta más fácilmente aceptable por un sector más amplio de la comunidad jurídica, sino que además funciona como una herramienta de impulso de la eficacia y la efectividad.

This paper is framed within the discussions that take place in the field of legislative theory and its main purpose is to propose a small modification to one of the levels of legislative rationality devised by Manuel Atienza. The paper is structured as follows: first, it presents the challenges facing legislative theory as an incipient and emerging field of study; then it offers an explanation of the parameters that are considered the most important for evaluating legislative quality and concludes that efficacy and effectiveness are the quality objectives to which legislation should aspire; finally, replacing the level of “ethical rationality” proposed by Manuel Atienza, a level called “material rationality” is presented, which not only overcomes the problems encountered in Atienza's proposal and is more easily acceptable to a wider sector of the legal community, but also functions as a tool for promoting efficacy and effectiveness.

#### KEY WORDS

legislation, theory of legislation, efficacy, effectiveness

legislación, teoría legislativa, eficacia, efectividad

# La eficacia y efectividad de las normas y la racionalidad material de la ley

CAROLINA FERNÁNDEZ BLANCO

1. *Introducción* – 2. *Sobre los fines últimos de la calidad legislativa* – 3. *Un análisis crítico de la racionalidad ética* – 4. *El nivel de racionalidad material* – 4.1 *¿Cuándo está justificada la sanción de una ley?* – 4.2 *La argumentación exigible* – 4.2.1. *Normas que restringen derechos o implementan diferenciaciones en el acceso a derechos* – 4.2.2. *Normas que establecen derechos o implementan derechos constitucionales* – 4.3. *La justificación de la permanencia de una norma en el sistema jurídico* – 4.4. *La coherencia del sistema jurídico como aspecto relevante de la racionalidad material* – 5. *Conclusiones*

## 1. *Introducción*

La actividad legislativa se ha desarrollado en los últimos siglos en un estado de singular aislamiento tanto del derecho y de la teoría jurídica como de otras disciplinas científicas. Se han brindado diversas razones sobre este aislamiento y actualmente otras explicaciones intentan, dar cuenta de por qué esta situación se está revirtiendo en los últimos años. Lo cierto es que desde hace algunas décadas el aislamiento del legislador ha comenzado a ser menor y la llamada teoría legislativa se encuentra en expansión como campo de estudio y como herramienta a disposición de los legisladores<sup>1</sup>.

A pesar de su crecimiento como campo de estudio, la teoría legislativa aparece todavía como altamente relegada dentro de la formación jurídica y la actividad de producción académica. Basta pensar en los pocos cursos universitarios de grado y posgrado que se ofrecen en Europa y América Latina sobre temas de legislación y teoría legislativa. Tampoco es observable todavía un impacto cierto en la actividad legislativa (por ejemplo, la mención en los antecedentes de un proyecto de ley de criterios de racionalidad legislativa) o el uso de argumentos provenientes de la teoría legislativa en debates parlamentarios. Lo que sí ha tenido algún tipo de desarrollo es el control semi-procedimental por parte de tribunales de la calidad de los debates legislativos, pero no es posible determinar si el desarrollo de la teoría legislativa ha influido o no en esa tendencia jurisprudencial<sup>2</sup>.

Entiendo que, tras la descripción anterior de la situación, la teoría legislativa tiene desafíos como área de estudio que deben ser tomados en cuenta seriamente: a) es necesario promover la

\* Este trabajo se ha realizado dentro del marco del proyecto de investigación “Los errores en la producción y en la aplicación del derecho” 2021-2024 (PID2020-114765GB-I00). Organismo financiador Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidad del Reino de España.

<sup>1</sup> Aunque puede haber algunas diferencias entenderé como sinónimos del área de estudios de la teoría legislativa a otras denominaciones tales como “Legisprudencia”, “Racionalidad Legislativa”, “Legislación Racional” o más ambiciosamente “ciencia de la legislación”.

<sup>2</sup> Ver sobre este tema OLIVER-LALANA 2016, OLIVER-LALANA 2019. El autor propone diversos ejemplos de este control de constitucionalidad atípico: la ausencia de estudio y discusión en el Congreso estadounidense contribuyó a convencer a la Corte Suprema de que una ley que pretendía salvaguardar la decencia en las comunicaciones violaba en realidad la libertad de expresión (*Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, 1997, 874 y 879). Otro ejemplo viene del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) quien ha concedido en ocasiones importancia a defectos argumentativos similares a los de la Corte de EE. UU (Cfr. STJUE 9/09/2010 (C-92/09, Volker y Markus Schecke y Eifert), §§ 81 y 83). De modo inverso, también un proceso argumentativo cuidado puede inclinar la balanza hacia el lado de resoluciones que mantengan la validez de la ley. Así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha valorado positivamente que una ley sea la «culminación de un análisis excepcionalmente detallado de las implicaciones sociales, éticas y jurídicas» del tema, así como «el fruto de mucha reflexión, consultas y debate» (TEDH 10/4/2007, *Evans v. UK*, § 86) (Cfr. por todo esto OLIVER-LALANA 2016, 5).

formación universitaria en este campo de manera más generalizada incluyendo la formación en el grado de ciertas carreras (principalmente derecho pero también podría pensarse en ciencias políticas o economía); b) es necesario promover la formación en esta área de estudio no solo en ámbitos universitarios sino en la comunidad jurídica ampliamente considerada; c) es menester generar puentes entre la teoría y las legislaturas en un doble sentido, por un lado, para llevar los desarrollos teóricos a la práctica y que esto se refleje en la calidad de las leyes y en la calidad de la justificación legislativa, y por otra parte, para entender los límites prácticos que la realidad legislativa puede señalar a los desarrollos teóricos, o mostrar cuáles son las cuestiones sobre las que se debería pensar para mejorar la legislación. Para ello hay que evitar el autoaislamiento de los académicos<sup>3</sup> y promover, entre otras vías de intercambio, la difusión de los desarrollos teóricos en los parlamentos y entre otros encargados de la creación de normas (como las agencias regulatorias, los ministerios, etc.). Uno de los propósitos de este trabajo es proponer una pequeña modificación a un modelo de racionalidad legislativa para que sea más universalmente aceptable por la comunidad jurídica general, así como por los encargados de la producción jurídica.

A partir de la aceptación de la posibilidad de que la teoría jurídica pudiera tener alguna injerencia en el ámbito legislativo comenzaron a dividirse las aguas entre los autores que consideraron que el posible aporte de los juristas se detiene en la optimización de los medios para conseguir los fines decididos por el legislador<sup>4</sup> y aquellos que entienden que los juristas no deben limitarse a dar pautas sobre cómo seleccionar y usar los mejores medios para maximizar objetivos o fines, sino también discernir entre los fines que pueden resultar preferibles o más justificados<sup>5</sup> o incluso éticamente aceptables<sup>6</sup>. Ambas corrientes fueron distinguidas entre sí apelando a la etiqueta de “minimalista” para referir a la primera y “maximalista” para mencionar a la segunda<sup>7</sup>. Así, un grupo de teóricos vinculados a la teoría legislativa en su versión maximalista ha promovido una preocupación por el contenido ético o axiológico de las leyes. En este trabajo propondré una versión maximalista (en el sentido que se entromete en los fines legislativos que pueden resultar preferibles o más justificados) pero que deja de lado la opción de juzgar ese contenido por su adecuación ética o axiológica. El nivel de racionalidad legislativa, que propondré y que llamaré “nivel de racionalidad material” entiendo podría ser satisfactorio (o al menos aceptable) para un sector más amplio de la comunidad jurídica y generaría menor resistencia entre los más escépticos.

Presentaré inicialmente algunas ideas sobre la calidad de la ley (§2); luego algunas observaciones sobre el nivel de racionalidad ética propuesto por Manuel Atienza (1997 y 2013) (§3), y a continuación una propuesta de reformulación del nivel de racionalidad ética al que denominaré “nivel de racionalidad material” (§4) y en donde distinguiré diferentes criterios de racionalidad material y obligaciones de justificación de los parlamentarios en este nivel, que se desarrollarán en subsecciones dentro de §4 (§4.1 ; §4.2 ; §4.3 y §4.4). Finalmente, en (§5) se ofrecen unas breves conclusiones.

El nivel de racionalidad material que se presentará contempla los aspectos relevantes de la racionalidad ética, pero resulta más fácilmente aceptable por un sector más amplio de la comunidad jurídica, y resuelve algunos de los problemas que se identificarán sobre el nivel de racionalidad ética.

<sup>3</sup> Tomo prestada la frase del título del artículo «*Scholars in Self-Strangement*» (TRUBEK, GALANTER, 1974) en el que los autores describieron crudamente cómo el aislamiento de la academia en el área del “Derecho y Desarrollo” (*Law and Development*) llevó a que prácticamente desapareciera como campo de estudio.

<sup>4</sup> MARCILLA CÓRDOBA 2005, 279.

<sup>5</sup> GARCÍA AMADO 2000, 301.

<sup>6</sup> ATIENZA 1997.

<sup>7</sup> MARCILLA CÓRDOBA 2005, 275 ss. Entre los autores que son identificados por Marcilla Córdoba como “minimalistas” se encuentran DASCAL, WROBLEWSKI 1991; BULYGIN 1991, 409-425 y, agregaría que de un modo más moderado también podríamos identificar a CALSAMIGLIA 1993.

## 2. Sobre los fines últimos de la calidad legislativa

La propuesta de Manuel Atienza sobre los niveles de racionalidad legislativa ha contribuido enormemente, –desde fines de la década del 80’ del siglo XX– al desarrollo de la teoría legislativa. Atienza proponía originalmente cinco niveles de análisis de la racionalidad legislativa: un nivel de racionalidad comunicativa o lingüística (Nr1); un nivel de racionalidad jurídico-formal (1997) que en las últimas versiones ha cambiado por la denominación de “racionalidad sistemática” (2013 y 2019) (Nr2)<sup>8</sup>; un nivel de racionalidad pragmática, vinculado a la eficacia normativa (Nr3); un nivel de racionalidad teleológica, vinculado a la efectividad o eficacia como éxito (Nr4)<sup>9</sup> y finalmente un nivel de racionalidad ética o axiológica (Nr5) (1997 y 2013)<sup>10</sup>.

Antes de abordar el tema de la racionalidad ética (que es el nivel que propongo redimensionar) comenzaré por una cuestión más básica sobre cuál o cuáles deberían ser los estándares sobre los que valorar la calidad de una ley y sostendré que los parámetros más importantes de racionalidad o calidad legislativa son la racionalidad pragmática (eficacia) y la racionalidad teleológica (efectividad).

Evidentemente la concepción de este trabajo acerca del derecho y la legislación es de tipo instrumentalista en la que el derecho se concibe como una serie de normas y reglas que el parlamento sanciona *para conseguir objetivos específicos de política pública* (ver Van Klink, 2019: 173)<sup>11</sup>. Asimismo, el análisis en este punto estará orientado primordialmente a normas prescriptivas ya que la eficacia es tradicionalmente entendida como una característica que se puede predicar únicamente de normas que imponen prohibiciones u obligaciones<sup>12</sup>.

Seguiré el uso del lenguaje propuesto por Atienza y denominaré a los niveles como él lo ha hecho, pero entendiendo que ellos nos permiten evaluar la calidad legislativa, en definitiva, entenderé a la racionalidad como un estándar de calidad legislativa. La “racionalidad” o “irracionalidad” en estos niveles se presenta generalmente de manera gradual: no hay prácticamente leyes completamente irracionales o racionales en todos o algunos de los niveles de análisis.

Considero que existe una diferencia de relevancia y una relación de instrumentalidad y condicionalidad entre los diferentes niveles de racionalidad legislativa que permite sostener que la eficacia y la efectividad deben ser considerados los principales objetivos de calidad legislativa. Afirmar lo anterior no significa que necesariamente sea aceptable el sacrificio de un nivel de

<sup>8</sup> Adoptaré esta última denominación y llamaré al Nr2 nivel de *racionalidad sistemática*.

<sup>9</sup> Es necesario aclarar que sigo aquí el lenguaje más difundido por los teóricos del derecho de habla castellana ya que en italiano, por ejemplo, los términos eficacia y efectividad se utilizan habitualmente en modo inverso al que se hace aquí y se han identificado, en ese idioma, por lo menos cuatro sentidos con que se ha empleado el término “eficacia” (PINO 2012, 174; TUZET 2016, 207).

<sup>10</sup> En su trabajo de 2013, el autor agregó un sexto nivel vinculado con una suerte de equilibrio entre los distintos niveles al que denomina nivel de razonabilidad (ATIENZA 2013, 715). De este modo, para Atienza en el nivel de la razonabilidad, habría una exigencia de que exista un equilibrio entre los distintos niveles de racionalidad y el sacrificio de alguno de esos fines (por ejemplo, de la racionalidad lingüística o de la sistemática) tiene que hacerse a un coste razonable (ATIENZA 2013, 715).

<sup>11</sup> En los últimos años han tomado fuerza versiones que se alejan del instrumentalismo jurídico. Se trata de modelos de legislación simbólica “positiva” y que se emparentan con el modelo de “Derecho como Símbolo” y también de versiones que le atribuyen al derecho una función eminentemente comunicativa. La diferencia esencial con el modelo tradicional de legislación es que la legislatura ya no emitirá comandos respaldados por sanciones severas sino normas abiertas y aspiracionales que pretenden modificar los comportamientos no ya mediante amenazas sino indirectamente mediante el debate y la interacción social (POORT et al. 2016, 2; ver también VAN KLINK 2016, 24). Algunos aspectos de este modelo han sido criticados, entre otros, por PŘIBÁŇ 2016, 107 y por FERRARO 2022,112-113.

<sup>12</sup> La posibilidad de explorar cuestiones no tradicionales de eficacia o de “uso” de normas no prescriptivas es muy interesante en general y además relevante cuando las reglas que establecen permisos, potestades, competencias, etc. que en general podemos llamar *anti-directivas* (SHAPIRO 2011, 146) forman parte de una política pública y el legislador tiene un interés especial en que se realice la conducta permitida o se haga uso de la potestad, etc. Ver FERNÁNDEZ BLANCO 2021 y FERNÁNDEZ BLANCO 2019.

racionalidad en favor de otro y mucho menos que se sacrifiquen ideales jurídicos indiscutibles como el del Estado de Derecho en pos de conseguir la eficacia y la efectividad.

El nivel de racionalidad lingüística (Nr1) es a mi entender principalmente instrumental (condición contribuyente) a los otros niveles. La exigencia de que las leyes sean claras y precisas en su redacción tiene sentido en tanto esa claridad y precisión contribuya a que puedan ser eficaces (Nr3) y luego efectivas (Nr4), así como en el nivel de la sistematicidad (Nr2), a evitar principalmente redundancias y contradicciones.

Por su parte, la exigencia de racionalidad sistemática (Nr2) es, por un lado, también instrumental (condición contribuyente) a los otros niveles, ya que normas que generen lagunas, redundancias o contradicciones con normas de la misma jerarquía (llamaré a estos supuestos “caso I de irracionalidad sistemática”) pueden promover deficiencias en el nivel pragmático (eficacia, Nr3) y/o en el nivel teleológico (efectividad, Nr4); sin embargo, por otro lado, el nivel de racionalidad sistemática puede ser (en casos de contradicción con normas de jerarquía superior) condición de validez de la legislación (caso II de irracionalidad sistemática); y por lo tanto, en estos casos, la ley sería inválida y por lo tanto, una vez detectada en un análisis teórico o declarada por un tribunal, no cabría analizar los restantes niveles de la racionalidad legislativa por no encontrarnos frente a una legislación válida.

Finalmente, el nivel de racionalidad ética o axiológica –y esto también será aplicable al nivel de racionalidad material que se propondrá– será de algún modo dependiente de los niveles de eficacia y efectividad, pues su concreción dependerá de la eficacia (racionalidad pragmática), es decir, que las personas adecuen sus conductas a lo que la ley ordena (Nr3); y también dependerá de que las leyes o normas obtengan los resultados para las que han sido sancionadas, es decir, de la efectividad (racionalidad teleológica, Nr4). La racionalidad pragmática (eficacia) y la racionalidad teleológica (efectividad) son entonces condiciones necesarias para la realización de la racionalidad axiológica y también de la propuesta racionalidad material (Nr5).

Albert Calsamiglia ha expresado esta última idea sobre el predominio que debiera asignarse a la eficacia y la efectividad de modo muy claro:

«Lo importante de una ley no es la declaración de principios que ofrece sino lo que consigue. Una ley muy excelsa éticamente pero que no se cumple no es una buena ley. Puede tener una racionalidad ética pero si no se cumple, si no se obedece, no consigue su objetivo fundamental. Puede estar legitimada desde cualquier punto de vista pero carece de suficiente fuerza como para regir la conducta humana. La función de un legislador no es hacer declaraciones de principios, sino dirigir la conducta y garantizar derechos»<sup>13</sup>.

Es decir, se exige racionalidad lingüística (Nr1) y sistemática (Nr2) (caso I, cuando no hay contradicción con una norma superior) para que (a) las personas guíen sus conductas de acuerdo con lo que las normas establecen (Nr3), y ello se requiere porque (b) hay ciertos objetivos sociales, económicos o de justicia que se quieren obtener como resultados de esas conductas (Nr4) y que, deberían ser racionales también en el nivel de racionalidad axiológica (para Atienza) o material (de acuerdo con lo que aquí se propone) (Nr5). Si bien no hay una relación conceptual entre eficacia y efectividad, sí existe una relación estadística importante que está condicionada al buen diseño de la norma (a una adecuación entre los medios y los fines de la norma). Es decir, las normas efectivas (exitosas en la consecución de sus fines) son por lo general previamente eficaces (los sujetos realizan la conducta ordenada o los jueces ordenan su cumplimiento y se alcanzan los objetivos o resultados previstos), por lo que entenderé, que habitualmente la eficacia es precondition de la efectividad<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> CALSAMIGLIA 1993, 173.

<sup>14</sup> Existen casos infrecuentes de normas no eficaces que logran efectividad, en otros trabajos he llamado a este fenómeno “efectividad impropia” (FERNÁNDEZ BLANCO 2019).

Si se acepta este esquema de relaciones instrumentales y condicionales, podemos entender, junto con autores como Xanthaki<sup>15</sup>, que los principales parámetros de calidad legislativa son la eficacia y la efectividad, y agregar que la racionalidad sistemática (caso II, o sea, cuando hay una antinomia con una norma superior) es condición de validez de la ley.

Dentro del binomio eficacia (racionalidad pragmática, Nr<sub>3</sub>) y efectividad (racionalidad teleológica, Nr<sub>4</sub>), se puede entender que hay también una relación de condicionalidad pues sin la realización de las conductas (Nr<sub>3</sub>) es muy improbable que se llegue a los resultados esperados (Nr<sub>4</sub>), lo que haría de la eficacia una buena candidata a ser el objetivo principal de la legislación. Sin embargo, también hay razones para entender que la efectividad es el nivel de evaluación más relevante: desde una visión instrumentalista del derecho, se puede entender que «(L)a legislación es simplemente una herramienta de regulación, es decir, una herramienta dentro del proceso por el que se llevan a cabo las políticas gubernamentales, en el grado y hasta el punto pretendidos por el gobierno»<sup>16</sup>. Si la idea anterior se comparte el fracaso de la efectividad sería entonces el fracaso de la legislación.

Desde otra perspectiva, pero en el mismo sentido, se podría argumentar que, en las normas prescriptivas, si las conductas son cumplidas o las leyes aplicadas (es decir, hay racionalidad pragmática o eficacia), pero no se alcanzan los objetivos sociales, económicos o de justicia para los que han sido sancionadas, es muy probable que se interfiera en la autonomía individual, prohibiendo u obligando a ciertas conductas sin que ello esté finalmente justificado. Pareciera entonces que las razones expuestas permiten aceptar que eficacia y efectividad, tienen una relevancia similar y que conjuntamente son los principales objetivos de la legislación siempre que las conductas ordenadas o prohibidas y los objetivos buscados por la norma o la ley se adecúen a las normas superiores del sistema que es su condición de validez.

### 3. *Un análisis crítico de la racionalidad ética*

Atienza ha presentado a lo largo del tiempo dos versiones sobre el nivel de racionalidad ética que difieren bastante entre ellas. En su primera versión sostenía: «...una ley es irracional si no está justificada éticamente, bien porque la haya dictado quien carece de legitimación ética, bien porque prescriba comportamientos inmorales (o porque no prescribe lo que moralmente sería obligatorio que prescribiese), bien porque persiga fines ilegítimos»<sup>17</sup>.

La impresión que transmiten los textos de esa primera época es que el juicio sobre la racionalidad ética justificaría la decisión de incumplir la norma por ser irracional en ese nivel (lo que pondría a la racionalidad ética por encima de la racionalidad pragmática y teleológica). Esto parecía aceptado por Atienza cuando sostenía que: «...en el nivel de 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 de obedecer a las leyes»<sup>18</sup>.

Esta propuesta me generaba dudas en muchos aspectos que simplemente mencionaré sin detenerme en ellos de manera detallada:

1) El primer problema es el de la aceptación del objetivismo moral del que esta propuesta de

<sup>15</sup> XANTHAKI 2019, 90-91.

<sup>16</sup> XANTHAKI 2019, 85.

<sup>17</sup> ATIENZA 1997, 39.

<sup>18</sup> ATIENZA 1997, 39.

racionalidad ética parece depender<sup>19</sup>. Esto se advierte cuando se indica que se debe identificar como irracional en este nivel a la norma que prescribe «...comportamientos inmorales (o porque no prescribe lo que moralmente sería obligatorio que prescribiese)». Como es sabido muchos juristas no aceptan los puntos de partida del objetivismo moral<sup>20</sup>, sin embargo, no me voy a detener en los debates sustantivos acerca de este tema pues no es ese mi interés en este trabajo. Ahora bien, sí merece destacarse una consecuencia para el éxito del propio modelo de análisis: buena parte de la comunidad jurídica y de los legisladores no estaría dispuesta a aplicar uno de los niveles de racionalidad del modelo. Entiendo que la *racionalidad material* que propondré podría ayudar a encontrar un modelo utilizable por un segmento más amplio de la comunidad jurídica además de que mantendría las virtudes más sustantivas que Atienza y otros juristas extraen de la racionalidad ética.

2) Como segunda cuestión, me resulta problemático identificar a una autoridad que carezca de “legitimación ética”. Entiendo que las autoridades pueden ser legítimas o ilegítimas y esto es una cuestión normativa que se centra en establecer quién debería tomar las decisiones o hacer las regulaciones, y en cómo deberían hacerse, esto es, en los procedimientos que deben seguirse para que pueda decirse que una decisión o norma genera obligaciones para las personas que se encuentran sujetas a ella<sup>21</sup>. Puede que Atienza no comparta el criterio normativo expuesto y se incline por una concepción descriptiva de la legitimidad que se vincula con la idea de que una autoridad es legítima si las personas así lo perciben, y si tienen la voluntad de obedecer las normas lo que se trata, básicamente de una cuestión empírica<sup>22</sup>.

En ninguna de las dos opciones de legitimación parece sostenerse realmente la racionalidad ética de las leyes y su vinculación con la legitimidad: si se trata de una cuestión normativa entonces las autoridades ilegítimas no producen normas válidas y la cuestión se dirime en el nivel de la racionalidad sistemática (Nr2). Por el contrario, si se trata de una cuestión de percepción de la legitimidad de la autoridad es la propia idea de “racionalidad legislativa” (en sus diversos modelos y enfoques no solamente en el de Atienza) la que pierde sentido e incluso la idea misma de estado de derecho podría quedar fuera de escena.

<sup>19</sup> Atienza ha defendido el objetivismo moral desde una perspectiva particular que puede ser presentada, en sus palabras, del siguiente modo: «Los criterios que puede ofrecer el objetivista moral a favor de que un determinado juicio moral (normativo o de valor) es objetivo son los que proporcionaría una argumentación racional sobre el tema; lo que respalda una pretensión de corrección es que eso es lo que aceptarían todas las personas razonables. Esa, como se sabe, es la base de todos los constructivismos de inspiración kantiana: lo objetivamente correcto sería aquello a lo que se llegaría por consenso, como fruto de una discusión en la que se respetaran determinadas condiciones que, según cada autor (por ejemplo, Rawls o Habermas), pueden variar algo, pero que, en el fondo, apuntan siempre en la misma dirección, hacia la idea de imparcialidad» (ATIENZA 2017, 33).

<sup>20</sup> Podrían citarse decenas de trabajos en esta dirección y fundados en argumentos muy diversos o mencionarse importantes juristas que no comparten ese punto de partida. Sin embargo, me limitaré a transcribir algunas ideas de García Amado en un texto en el que discute con Atienza justamente sobre sus diferencias acerca del objetivismo moral. Dice García Amado que la posición de Atienza (citada en la nota anterior) no es aceptable pues: « (...) cuando, ante un dilema moral, una persona maneja seriamente razones en pro y en contra de tal o cual acción y acaba decidiendo que pesan más las razones para lo uno que para lo otro, si hace seguidamente el experimento mental de preguntarle a la comunidad ideal de hablantes va a concluir... lo mismo. Seguro que ahí está la explicación de que con tanta frecuencia veamos a cinco magistrados ponderar con el mismo método las mismas normas y los mismos hechos en un mismo caso y que terminen en votación de tres contra dos; o que entre iusfilósofos objetivistas morales de corte constructivista haya un acuerdo pleno sobre los fundamentos de la teoría y una discrepancia radical sobre lo que es justo o injusto y, en consecuencia, sobre qué normas del Derecho son plenamente jurídicas y cuáles no. Ahora mismo podría citar a algún estimado latinoamericano, colega de Atienza y mío, cuyo iusmoralismo es perfectamente acorde con el de Atienza y que cita también con fruición a Alexy o Nino, amén de a Aristóteles, pero que coincidiría bien poco con Atienza a la hora de señalar enunciados morales objetivamente correctos e incorrectos o de indicar qué normas son plenamente jurídicas y cuáles no llegan a tales por su carácter tan injusto» (GARCÍA AMADO 2020, 34).

<sup>21</sup> LATORRE 2023, 1473; MARTÍ, BESSON 2018, 508.

<sup>22</sup> LATORRE 2018, 148.

3) La última crítica al modelo originario de la racionalidad ética proviene de la siguiente posibilidad de irracionalidad ética: «...una ley es irracional si no está justificada éticamente, bien porque (...) o bien porque persiga fines ilegítimos»<sup>23</sup>. La persecución de fines ilegítimos puede ser captada de algún modo por el nivel de racionalidad material que presentaré, sin embargo, en el contexto de la racionalidad ética y la racionalidad sistemática, como las presenta Atienza otra vez nos encontramos en el mismo atolladero que se presentó sobre la legitimidad ética de las autoridades. Esto es: si la concepción de ilegitimidad de los fines es normativa, la ausencia de fines legítimos es la ausencia de racionalidad sistemática y colapsan los dos niveles; sin embargo, si la ausencia de legitimidad es entendida en un sentido descriptivo o empírico como *la percepción de las personas y la voluntad de obediencia*, que los fines sean ilegítimos dependerá de ese juicio de valor de los destinatarios de la ley y esto no solo afectaría la idea misma de racionalidad legislativa sino que se pondría en riesgo de manera muy significativa el estado de derecho, la idea misma de orden normativo y se perturbaría gravemente la seguridad jurídica.

Por algún motivo, Atienza modificó su modo de describir el nivel de racionalidad ética y en la versión de 2013 el autor sostuvo que para superar el análisis en este nivel NR5: «...las conductas prescritas y los fines de las leyes suponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética (tendrían que ser conformes con los valores constitucionales adecuadamente interpretados)»<sup>24</sup>.

Respecto de la versión más actualizada de la racionalidad ética de Atienza podría señalarse alguna oscuridad sobre el significado de la frase «valores constitucionales adecuadamente interpretados». Una posible interpretación de esa frase podría suponer la superposición de este nivel de racionalidad con el nivel de racionalidad sistemática (Nr2). En este sentido, podría interpretarse que una norma que se oponga a los valores constitucionales adecuadamente interpretados será inconstitucional, por lo tanto, inconsistente con el sistema jurídico en el cual pretende insertarse y por ello irracional en Nr2. También resulta poco claro que significa que los valores constitucionales estén “adecuadamente” interpretados. En este aspecto pareciera que surge nuevamente la impronta del objetivismo moral ya que o bien el “adecuadamente” significa que hay una única forma posible de interpretarlos, o bien “adecuadamente” queda al arbitrio de quien juzga o interpreta lo que no parece ser aceptable por Atienza.

Sin embargo, también es posible darle a la frase una lectura a otra luz que podría no superponerse con Nr2 y no presentar los problemas que se han señalado en el párrafo anterior, pero que capta la idea de una adecuación de las normas a los valores del sistema jurídico. A continuación, presentaré la idea central del nivel de racionalidad material.

#### 4. *El nivel de racionalidad material*

En la relectura que propongo el Nr5 puede ser entendido como un nivel que permite evaluar la racionalidad del contenido del derecho, desde una perspectiva jurídica amplia que incluye los valores adoptados por el sistema jurídico (no solo por la Constitución) y de racionalidad legislativa en sí misma. Además, esta propuesta podría mejorar la eficacia y efectividad de las normas (racionalidad pragmática y racionalidad teleológica) que son considerados aquí como los objetivos más importantes de calidad normativa.

De acuerdo con la relectura que propongo el nivel de racionalidad material debería contemplar los siguientes aspectos: (a) la necesidad de una justificación legislativa sobre *aspectos sustantivos para la sanción de las normas* y la necesidad de una *revisión adecuada y oportuna* de esa justificación y (b) la

<sup>23</sup> ATIENZA 1997, 34.

<sup>24</sup> ATIENZA 2013, 715.

necesidad de que la norma se inserte de una manera *coherente* en el conjunto de valores del sistema jurídico (que es, tal como lo entiendo, un concepto más amplio que el de la consistencia).

Propondré entonces que una ley es racional en el nivel material (Nr5) *si su sanción y su permanencia en el sistema jurídico está justificada sustantivamente y se inserta coherentemente dentro del conjunto de valores que promueve el sistema jurídico.*

Muchos aspectos que surgirán pueden ser entendidos como requisitos argumentativos o de justificación en los niveles de racionalidad lingüística (Nr1), de racionalidad sistemática (Nr2), de racionalidad pragmática (Nr3) y de racionalidad teleológica (Nr4). Sin embargo, en este nivel esas mismas exigencias serán entendidas como justificando cuestiones de índole material o sustantiva. Así, por ejemplo, en el nivel de racionalidad teleológica es razonable exigir frente a una restricción de derechos, una adecuación de medios a fines. En ese nivel la justificación se requiere para poder evaluar si la norma, una vez sancionada y en vigor, realizará el propósito para el que fue dictada, es decir, para poder valorar su efectividad. En el caso de la racionalidad material se requerirá de una argumentación similar sobre la adecuación de medios a fines, pero no ya para evaluar su efectividad sino, por ejemplo, para valorar si de todos los medios disponibles el legislador ha escogido aquel que colisiona en menor medida con otros principios constitucionales o que resulta menos disruptivo de la coherencia del conjunto de valores que promueve el sistema jurídico.

Desgranaré a partir de aquí la idea de la racionalidad material que, reitero, podría enunciarse diciendo que una ley es racional en el nivel material (Nr5) (i) si su sanción y (ii) su permanencia en el sistema jurídico está justificada y (iii) se inserta coherentemente dentro del conjunto de valores que promueve el sistema jurídico. Me referiré separadamente a los tres puntos señalados.

#### 4.1. *¿Cuándo está justificada la sanción de una ley?*

Para empezar a explorar la propuesta en este nivel Nr5 es menester, por un lado, preguntarnos *¿cuáles son los contenidos legislativos necesarios, es decir, aquellos contenidos que debe tener un sistema jurídico de acuerdo con su Constitución?* La respuesta a esta pregunta nos permitirá diferenciar cuándo una intervención legislativa es exigible o necesaria, o, por el contrario, simplemente está justificada en el nivel material.

Trataré de esbozar a continuación algunas respuestas generales a la pregunta de cuándo una legislación es exigible y cuándo está simplemente justificada. Luego en el §4.2 intentaré llenar estas respuestas generales con mayor contenido:

(i) **Contenidos necesarios:** el legislador debe dictar ciertas normas que permitan cumplir con el programa constitucional. Esto es, debe recoger legislativamente los principios, el programa político, económico y social que establece la Constitución. La Constitución no es entendida aquí únicamente como un límite a la actividad legislativa sino también, como lo ha hecho Wintgens<sup>25</sup>, como un mandato de actividad<sup>26</sup>. De este modo, se requiere que, cuando sea necesario, se traduzcan las directrices constitucionales en normas, programas o medidas concretas<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> WINTGENS 2012, 288.

<sup>26</sup> El Tribunal Constitucional español ha hecho referencia a esta obligación del legislador de un modo muy claro: «...de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa» Tribunal Constitucional Español, Sentencia 53/1985, de 11 de abril (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985) fundamento 4.

<sup>27</sup> Por supuesto que no es difícil identificar normas constitucionales que no requieran de una traducción legislativa y por ello se hace hincapié en la idea de que la obligación de actuar es sólo cuando resulte necesaria.

Cuando se piensa en este tipo de mandatos constitucionales que se pueden entender como obligaciones de hacer que pesan sobre el legislador, generalmente se vincula el contenido de estas obligaciones con la satisfacción de derechos fundamentales exigibles al Estado (tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales); sin embargo, creo que también deberían pensarse como incluidas cuestiones vinculadas al derecho privado que permitan ordenar la vida comercial, responder en caso de daños o regular la vida familiar y de las sucesiones hereditarias, en definitiva en un régimen liberal permitan el desarrollo de la autonomía personal. También se incluirían las obligaciones de los habitantes para con el Estado (por ejemplo, las obligaciones impositivas o de seguridad social), que resultan fundamentales para poder garantizar la propia estructura constitucional y la satisfacción de derechos<sup>28</sup>. Asimismo, disponer normas para el funcionamiento del Estado y la estructura política que dispone la Constitución es un mandato constitucional esencial. Finalmente, muchos de los mandatos constitucionales deberán ser satisfechos necesariamente por el poder legislativo (y no por cualquier edictor) pues, por ejemplo, las materias objeto de reserva de ley implican la obligación de regular, con el fin de que no queden delegadas en manos de la Administración o de los Tribunales.<sup>29</sup>

Estas obligaciones de dictar normas en determinado sentido, no relevan de la obligación de justificación o argumentación que se debe brindar durante el proceso legislativo y que será objeto de tratamiento más adelante.

Asimismo, para que estos mandatos tengan sentido debe entenderse que existe una obligación adicional a la anteriormente descrita que exige dictar las normas necesarias para evitar que se frustren las medidas adoptadas.

(2) Contenidos no necesarios pero autorizados y justificados: el legislador tiene amplio margen para legislar acerca de aspectos que no responden a mandatos constitucionales siempre que éstos estén justificados en los términos que se verán más adelante, que estén autorizados expresamente o no estén prohibidos directa o indirectamente por la Constitución, no se opongan a normas superiores a la que se dictará y no generen innecesaria hipertrofia normativa (estos últimos supuestos generarían además irracionalidad en Nr2). Además, propondré como requisito adicional de justificación que este tipo de contenidos no resulten en una ruptura de la coherencia del sistema jurídico – que como se ha dicho es un concepto más amplio que el de la consistencia. Es necesario aclarar que este último requisito, no se trata de un límite jurídico (no está impuesto por el derecho positivo) sino que se puede entender como un requisito propio del modelo de legislación racional.

#### 4.2. *La argumentación exigible*

Si los argumentos dados hasta aquí son mínimamente convincentes, corresponde continuar preguntándose ¿qué tipo de argumentos o justificaciones deberían brindar los legisladores para que la adopción de una norma pueda entenderse como necesaria o justificada?

(a) Considero que, el primer requisito argumentativo debería ser muy general. Se vincula con las razones generales (el por qué) el legislador adopta determinada medida legislativa. Como indica Kristan:

«(...) toda decisión particular por parte del legislador debe ser acompañada por una notificación de las

<sup>28</sup> El goce efectivo de *todos* los derechos que las leyes y constituciones consagran tienen un coste. Como sostienen Holmes y Sunstein, ningún derecho es simplemente el derecho a que los funcionarios públicos no lo molesten a uno, y agregan que, si los derechos fueran sólo inmunidades contra la interferencia estatal la virtud suprema del gobierno en relación con el ejercicio de los derechos sería la parálisis o la incapacidad; pero un Estado incapacitado no puede proteger las libertades individuales, ni siquiera aquellas en apariencia completamente negativas como el derecho a no ser torturado por agentes penitenciarios o guardias de seguridad (HOLMES, SUNSTEIN 2011, 64).

<sup>29</sup> MARCILLA CÓRDOBA 2019, 330.

razones. Además, debido a que cada elección por los poderes autoritativos es cuestionable (por arbitraria), deben ser publicadas las razones que fundamentan el haber adoptado una de las diversas posibilidades de acción. En caso contrario, estas razones no se podrían realmente revisar»<sup>30</sup>.

El deber general de justificación del contenido de las normas se puede precisar un poco más a través de los siguientes requisitos adicionales. Algunos de estos requisitos se vinculan también con exigencias argumentativas de otros niveles anteriores.

(b) Es posible entonces adicionar a la exigencia argumentativa general señalada anteriormente la siguiente: como las personas no siempre están en condiciones de comprender algunos aspectos técnicos de la legislación, las decisiones legislativas deberían estar explícitamente conectadas a valores o intereses abstractos<sup>31</sup>. De esta manera, especialmente respecto de leyes complejas o muy técnicas, es posible controlar de alguna manera preliminar si el legislador al dictar una norma lo hace dentro de las alternativas que son mandato constitucional, que son permitidas (y en tal caso si está justificado su dictado) y si se inserta coherentemente en el sistema de valores.

(c) Lo anterior se conecta con otra idea que tomo de Kristan y que constituye el segundo requisito específico. Los legisladores deberían justificar que el contenido dado a la norma es necesario para proteger el valor, lograr el objetivo o el fin de la intervención legislativa<sup>32</sup>. Se trata de una argumentación similar a la que se debería llevar adelante en el nivel de racionalidad teleológica sobre adecuación entre los medios y los fines, pero *respecto de los valores* que informan la sanción de una norma.

(d) Finalmente pero no menos importante, la justificación legislativa en caso de materias que involucren la necesidad de decisiones científicas o el uso de conocimiento experto deben estar basadas en la mejor evidencia científica o técnica disponible libre de intereses. No profundizaré en este tema en este trabajo, pero se trata evidentemente de uno de los aspectos a los que la teoría legislativa debería tomar muy seriamente en el desarrollo de su campo de estudios.

Los siguientes requisitos son muy importantes y extensos por lo que se tratarán como subtítulos diferenciados, pero continúan siendo exigencias argumentativas respecto del contenido. Se trata de diferenciar entre normas que restringen derechos o de algún modo implementan diferenciaciones en el acceso a derecho entre personas, de aquellas normas que confieren derechos o que regulan legislativamente derechos constitucionales.

#### 4.2.1. Normas que restringen derechos o implementan diferenciaciones en el acceso a derechos

Si la norma en cuestión es restrictiva de derechos fundamentales o de algún modo implementa diferenciaciones en el acceso a derechos entre personas, surge un nuevo requisito: la justificación debería incluir, como mínimo, la proporcionalidad en sentido amplio (no solamente en su faceta de idoneidad como se hizo en el punto c) anterior y que se debería también aplicar al analizar la racionalidad teleológica). Este análisis de proporcionalidad en sentido amplio podría aumentarse adicionando o precisando requisitos de acuerdo con el tipo de derecho restringido. La idea es trasladar el análisis de proporcionalidad en sentido amplio a la instancia legislativa. Con diferentes enfoques y alcances han propuesto algunas ideas similares Marcilla Córdoba (2019) y Sieckmann (2019)<sup>33</sup>.

El test de proporcionalidad en sentido amplio, aunque en su versión más sencilla contiene los siguientes pasos o fases: a) la determinación explícita de la licitud del objetivo buscado al

<sup>30</sup> KRISTAN 2013, 483.

<sup>31</sup> Tomo esta idea de Andrej Kristan aunque él no encuentre para ella la misma razón de ser, pues para él la idea de la explicitación de los valores se vincula con la posibilidad de que el electorado escrute la conducta de los legisladores (KRISTAN 2013, 484).

<sup>32</sup> KRISTAN 2013, 486.

<sup>33</sup> MARCILLA CÓRDOBA 2019, 301-341 y SIECKMANN 2019, 267-300.

restringir el derecho; b) la argumentación sobre la idoneidad de medios a fines (que es también parte de la racionalidad teleológica); b) la argumentación acerca del medio menos lesivo alternativo o de la necesidad del medio empleado; c) y el análisis de proporcionalidad propiamente dicho. El fin es lícito cuando es necesario o justificado (de acuerdo con lo expuesto en el punto anterior); el medio es idóneo, cuando conduce al fin deseado; es necesario, cuando no pudo ser establecido otro medio igualmente adecuado para el logro del fin, pero que suponga una menor restricción para el derecho afectado (para ello se deberán descartar justificadamente los otros medios posibles). A su vez, la limitación al derecho fundamental debe ser proporcional en sentido estricto, esto es, debe guardar una relación razonable con el peso e importancia de los argumentos que hablan a favor de una mayor y mejor protección del derecho afectado<sup>34</sup>. De este modo, la proporcionalidad en sentido estricto (última fase del análisis) no impide totalmente el sacrificio de ciertos principios que se presuponen últimos. Lo que impide es que tal sacrificio resulte desproporcionado en relación con los beneficios<sup>35</sup>.

Estimo, sin embargo, que los anteriores pasos pueden ser incluso más exigentes si se trata de una restricción grave del derecho o de potenciales diferenciaciones discriminatorias (fundamentadas en categorías sospechosas o no)<sup>36</sup>. El legislador podría intentar en esos casos un estándar más exigente que podría ser una adaptación del llamado test de racionalidad intermedia (*intermediate scrutiny*) o de la prueba de la racionalidad estricta (*strict scrutiny test*) tomando como posible camino el que ha desarrollado la Corte Suprema de EE. UU. La prueba de racionalidad intermedia requeriría que el legislador argumente que los objetivos perseguidos son importantes (lo que requiere no solo ser un objetivo público legítimo o lícito) respecto de algún valor constitucional y que los medios utilizados para conseguirlo se dirigen sustancialmente a conseguir esos fines. Por su parte, una adaptación del test de racionalidad o proporcionalidad estricta requeriría expresar que se persigue un fin primordial dentro de los valores constitucionales y que el contenido de la norma se encuentra en directa relación con la necesidad de protección del valor.

#### 4.2.2. Normas que establecen derechos o implementan derechos constitucionales

Por lo general, cuando se establece un derecho o se implementa un derecho constitucional por medio de la legislación, se establecen ciertas normas que regulan el propio derecho (restringiéndolo de algún modo) o normas que restringen otros derechos para hacer posible el ejercicio del primero. Por lo tanto, habitualmente, el análisis propuesto en el punto anterior se debería realizar a la par con el que se propondrá aquí pues ambos son necesarios y casi con seguridad complementarios.

Cuando el legislador establece un derecho (o implementa un derecho constitucional por medio de la legislación), debe realizar un ejercicio similar al del análisis de proporcionalidad, pero con ciertas adaptaciones. Seguiré aquí de manera simplificada algunas de las ideas que Laura Clérico (2008) ha desarrollado al analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y que denomina, siguiendo a ese tribunal «mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente»<sup>37</sup>. En estos casos «...lo que afecta el derecho fundamental es una omisión o una

<sup>34</sup> CLÉRICO 2008, 126.

<sup>35</sup> Marcilla CÓRDOBA 2019, 330.

<sup>36</sup> En general se considera que la raza, el origen étnico, nacional o religioso, y en ciertas ocasiones el sexo o la orientación sexual son categorías sospechosas. No se trata de un *numerus clausus* y lo importante para identificar una categoría sospechosa es que la diferenciación se realice sobre la base de cuestiones inmutables o difícilmente modificables (*Lyng v. Castillo* 477 U.S. 365); que se trate de rasgos visibles o notorios y que el grupo diferenciado se encuentre en una situación inferior para proteger sus derechos por medio del proceso político (*United States vs. Carolene Products*, 304 U.S. 144). Sin embargo, más allá de estas líneas generales para reconocer las categorías sospechosas, es posible encontrar una variedad de matices en cada país de lo que podrían resultar categorías sospechosas de acuerdo con sus composiciones demográficas, culturales, entre otras circunstancias.

<sup>37</sup> CLÉRICO 2008, 127.

acción estatal insuficiente, la que debe ser examinada para determinar si se respetó el mandato de prohibición por omisión, defecto o acción insuficiente (Untermaßverbot)»<sup>38</sup>. Dado que la autora analiza la cuestión en el ámbito jurisprudencial es posible que una de las opciones sea la de la “omisión” completa del legislador (lo que acarrearía posiblemente una “inconstitucionalidad por omisión” es decir, el incumplimiento de la obligación de legislar contenidos exigibles tal como se vio en el §4.1 que implica una irracionalidad en el nivel material de acuerdo con la propuesta que aquí se expone). En lo que sigue, el interés estará en el defecto o acción insuficiente para la consagración de un derecho o su reglamentación legislativa.

En este sentido, el legislador deberá argumentar que las medidas que adoptará son idóneas y suficientes para que el derecho pueda ser ejercido. Esto requiere considerar diversos aspectos de acuerdo con el tipo de derecho que se trate pues no será la misma argumentación si se trata de poner en marcha un derecho con “carácter de principio”, como el derecho a la libertad religiosa o de conciencia, que si se trata de un derecho que requiere que se dicten normas o reglas «indispensables para la aplicación técnica de la ley...»<sup>39</sup> como ocurriría si lo que se regulara fuese el acceso a la vivienda. La omisión de consideración de los medios adecuados podría tener como resultado un problema de ineficacia por factores objetivos.

Es posible realizar un análisis de proporcionalidad en la esfera de la consagración de derechos, pero es necesaria su adaptación: especialmente la identificación del fin, los mandatos de idoneidad y de medio alternativo o necesidad, deberán ser modificados. En el mandato de prohibición por exceso (cuando se trata de la evaluación de la restricción de un derecho) la identificación precisa del fin es muy necesaria pues ello permitirá que se evalúe no sólo la idoneidad del medio escogido sino también otros problemas como la sobre y subinclusión y muy especialmente la necesidad del medio empleado. En cambio, en el mandato de prohibición por defecto el legislador puede enfrentarse a situaciones en las que pretende hacer efectivo un derecho con “carácter de principio”, como garantizar la libertad religiosa; pero también puede intentar regular “derechos de prestación”. El mandato de idoneidad, entonces se verá necesariamente vinculado al tipo de fines de los derechos sobre los que legisla. Sin embargo, el legislador debería ser en todos los casos sumamente exigente en la evaluación de la idoneidad en este ámbito y evaluar la idoneidad, dependiendo del caso, respecto de cuestiones cualitativas, cuantitativas y de probabilidades.

#### 4.3. La justificación de la permanencia de una norma en el sistema jurídico

Como se adelantó, la racionalidad material incluye la evaluación de la necesidad de la permanencia de una ley o una norma en el sistema jurídico. Esta exigencia se vincula de manera directa con los deberes legislativos de retrospección y de corrección enunciados por Wintgens<sup>40</sup>. Sin embargo, lo ideal sería que el principal “filtro” de la racionalidad material estuviera no en el ámbito de la derogación sino en la justificación de la necesidad de incorporación de nuevas normas al sistema. En efecto, como sostiene Wintgens<sup>41</sup> los sistemas jurídicos se parecen bastante a Internet: una vez que pones algo en ellos es muy difícil eliminarlo. Las dificultades de la derogación para la consistencia y completitud de los sistemas jurídicos han sido señaladas con acierto por Bulygin<sup>42</sup>, al igual que también se han identificado problemas acerca de las derogaciones parciales de prohibiciones<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> CLÉRICO, 2008, 128.

<sup>39</sup> KELSEN 1963, 74.

<sup>40</sup> WINTGENS 2012, 302-303.

<sup>41</sup> WINTGENS 2012, 303.

<sup>42</sup> «Así como al promulgarse una norma se incorporan al sistema todas las normas que son derivables de la norma promulgada, en el caso de la derogación se produce un efecto análogo, pero en cierto modo inverso: cuando se deroga una norma quedan derogadas todas las normas de las que la norma derogada es consecuencia...pero puede suceder que la

Los criterios materiales para juzgar si una ley debe ser derogada (o sea justificar que su permanencia en el sistema jurídico ya no es deseable), entiendo que deben ser de cuatro tipos: (a) por resultar ineficaces o, (b) por resultar inefectivas (o ambas cosas); y por otra parte se debe aplicar también el criterio de (c) la incompatibilidad con nuevas interpretaciones de normas jurídicas jerárquicamente superiores o con criterios de aplicabilidad superiores (p.ej. norma posterior) y (d) por resultar incoherentes con los valores del sistema jurídico.

Los problemas de eficacia y efectividad que tornan materialmente irracional a la legislación no son los casos de ineficacia más comunes que se vinculan con la dificultad de la ley para motivar la conducta acerca de cuestiones que son de interés mantener para el legislador o que son congruentes con el sistema jurídico<sup>44</sup>. Los problemas de eficacia y efectividad que tienen impacto en el nivel de la racionalidad material son algo más complejos. Algunos de ellos pueden ser identificados como sigue:

A) Ineficacia porque la conducta que las normas mandan o prohíben ha dejado de ser relevante ya que ha desaparecido la situación generadora de la necesidad de la norma. Es decir, se trata de casos en donde la interacción social ya no está fallando<sup>45</sup>. El caso de la subsistencia de la regulación penal sobre el duelo en muchos códigos penales de occidente es un ejemplo de ello<sup>46</sup>. Las normas sobre duelo, por un lado, castigan la realización del duelo o la participación en él como padrinos, y por el otro, reducen las penas en caso de homicidios o lesiones. En este caso el resultado social esperado no ha perdido actualidad, es decir su resultado continúa siendo valioso. Nadie duda que sigue siendo un resultado social valioso que la gente no se bata a duelo, pero ha perdido sentido la norma por la desaparición de la conducta, la práctica social, que conducía al resultado social indeseado. También, por la misma razón, ha perdido sentido la disminución de las penas de homicidio y lesiones cuando estos resultados son producto de un duelo. Desde una perspectiva legisprudencial en el nivel de racionalidad material la norma estaría deslegitimada y

norma expresamente derogada no sea consecuencia de ninguna norma en particular, pero sí de una pluralidad, es decir, de un conjunto de normas. En tal caso este conjunto queda también derogado. Pero la derogación de un conjunto no significa que haya que eliminar todas y cada una de las normas que forman ese conjunto: basta con eliminar una de ellas para que el conjunto desaparezca como tal» (BULYGIN 1991, 421). En definitiva, señala el autor que «(...) mientras que la promulgación es siempre unívoca en el sentido de que al agregársele un conjunto de normas a un conjunto dado, el resultado es siempre un conjunto, la derogación no lo es, o al menos, no lo es siempre. El resultado de restar un conjunto de normas de otro conjunto puede no ser un conjunto, sino una pluralidad de conjuntos» (BULYGIN 1991, 422).

<sup>43</sup> Agradezco el ejemplo a Pablo Navarro quien refiere que el artículo 18 de la Constitución Argentina de 1853 establecía lo siguiente: 'quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento, los azotes y las ejecuciones a lanza o cuchillo'. Luego, en la reforma de 1860 se derogó parcialmente ese artículo y se suprimió la expresión 'las ejecuciones a lanza o cuchillo' y su redacción actual establece: 'Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes'. El problema es que, si se admite que la derogación parcial de una prohibición implica una autorización, entonces podría interpretarse que en caso de que correspondiese la pena de muerte, se podría utilizar la lanza y el cuchillo. Más adelante argumentaré sobre las regulaciones anacrónicas y en este caso pareciera que lo que se quiso suprimir fue justamente una modalidad de ejecución particularmente cruel y que ya no era coherente con los valores del sistema jurídico. Lo que propone Navarro es que si se admite esta última lectura (es decir que la derogación parcial funciona como una autorización), entonces es necesario un criterio adicional para determinar en qué casos la derogación de una prohibición puede verse como una autorización y en qué casos ella no tiene esa función permisiva.

<sup>44</sup> Por ejemplo, se dicta una nueva ley sobre reciclaje de residuos domésticos y ésta no logra motivar la conducta de los vecinos que siguen descartando los plásticos junto con los restos orgánicos. Aquí la ley es ineficaz pero el objetivo de su dictado sigue siendo valioso y coherente con los otros valores del sistema jurídico. En estos casos, la reforma de la ley o la mejora en sus condiciones de aplicación (v.gr. el aumento de las multas o la identificación más eficaz de los incumplidores) puede resultar en una mejora de la eficacia sin que sea necesaria o conveniente la derogación de la ley, pues la ley no es irracional en el nivel de racionalidad material sino en el de racionalidad pragmática.

<sup>45</sup> WINTGENS 2012, 283.

<sup>46</sup> Por ejemplo, el Código Penal argentino mantiene esta regulación en los artículos 97 a 103.

no estaría justificada debido a los principios de alternatividad y densidad normativa y, por lo tanto, debería ser derogada<sup>47</sup>.

Por supuesto que el análisis que debiera realizar el legislador en estos casos debe ser minucioso: si bien puede estar justificada la derogación de la regulación penal del duelo, ello no es equivalente a pensar que la derogación del delito de genocidio esté en el mismo plano, por más que haga más de 50 años que no se produce un genocidio en un determinado país (o que nunca se haya producido). En ciertos casos la existencia de una ley se justifica por razones vinculadas a los valores más importantes del ordenamiento jurídico y aunque su existencia sea solo simbólica (en el sentido positivo indicado por Van Klink)<sup>48</sup>, no resulta prudente su exclusión. Por otra parte, llevando el razonamiento a un extremo, la idea de derogar el genocidio por su no ocurrencia en mucho tiempo nos llevaría a la justificación de la derogación de todas las normas prohibitivas que han sido eficaces y efectivas.

B) Hay otras normas cuya necesidad de permanencia debería revisarse por su falta de efectividad, que son las que establecen como obligatorias o prohibidas conductas que han quedado obsoletas o desactualizadas, aunque, al igual que en el caso del duelo, el resultado social esperado de ellas sigue siendo valioso. La diferencia con el caso anterior es que en estos el resultado social no se logra alcanzar por la forma anacrónica en que está concebida la conducta (no porque haya desaparecido la posible interacción social que debe regularse). Schauer trae el ejemplo de la Séptima Enmienda de la Constitución de EE. UU. que prohíbe que se someta a juicio por jurados todo litigio que no supere los veinte dólares<sup>49</sup>. El resultado social esperado con la regla era evitar poner en movimiento la maquinaria judicial por juicios con poca relevancia económica, y esta, sigue siendo una razón subyacente válida, vigente y coherente con los valores del sistema jurídico. Sin embargo, la depreciación del valor de la moneda desde 1791 hasta hoy ha tornado a esa suma irrelevante y en este caso «las palabras de la ley derrotan a su propósito»<sup>50</sup>. La revisión de este tipo de situaciones generaría que normas jurídicas cuyo fin es relevante como contenido para el sistema jurídico volvieran a ser efectivas (rationales en Nr4, racionalidad teleológica) y por su valor, cuando son efectivas, las tornaría racionales también en Nr5.

C) El último caso de normas inefectivas que tiene impacto en la racionalidad material es tal vez el más grave, y se presenta cuando el resultado social esperado es el que ha quedado superado o desactualizado, y justificar o argumentar (hoy) para mantener la norma resultaría problemático para el legislador de acuerdo con los estándares de justificación presentados anteriormente y el que se presentará en el punto siguiente, vinculado con la coherencia del sistema jurídico. En estos casos, las normas pueden ser eficaces o no, pero más allá de ello el problema es que el resultado social esperado –a diferencia de lo que pudo haber ocurrido en el momento de su dictado y de lo que ocurre con los dos casos anteriores– es hoy considerado disvalioso, innecesario o superfluo con relación a los valores que ha incorporado el sistema jurídico.

Hay muchos ejemplos de este tipo de situaciones. Todavía están vigentes, por ejemplo, normas que prohíben a las mujeres administrar sus bienes cuando han contraído matrimonio (Art. 1749 del Código Civil chileno); o que impiden a las mujeres realizar ciertos trabajos como «el expendio de bebidas alcohólicas, destiladas o fermentadas y en cualquier local o dependencia en que se expendan» (Art. 11 de la ley 11.317 de Argentina). El cumplimiento de esta última norma llevaría al absurdo de que las mujeres tuvieran prohibido trabajar en todo tipo de restaurantes, cafeterías, bares e incluso en supermercados.

Las normas sobre trabajo femenino en Argentina son completamente ineficaces no así la del Código Civil chileno, pero ambas comparten un problema de racionalidad material por ser

<sup>47</sup> WINTGENS 2003, 39.

<sup>48</sup> VAN KLINK 2016, 24.

<sup>49</sup> SCHAUER 2013, 40.

<sup>50</sup> SCHAUER 2013, 41.

incompatibles con los valores actuales del sistema jurídico. Esto se vincula con el último requisito argumentativo que propondré en el nivel de racionalidad material: al dictar una norma los legisladores tienen la obligación de revisar que los valores o las razones de esas normas sean coherentes con los valores constitucionales y con los valores más relevantes que las otras normas del sistema jurídico promueven. Esto es lo que llamaré la coherencia del sistema jurídico.

#### 4.4. La coherencia del sistema jurídico como aspecto relevante de la racionalidad material

Habitualmente se evalúa la consistencia o inconsistencia de un sistema jurídico mediante la constatación de la presencia o no de antinomias. Es decir, la precisa contradicción entre un caso C de un universo de casos que está correlacionado con al menos dos soluciones incompatibles entre sí<sup>51</sup>. Esta visión de la consistencia de un sistema jurídico vinculada con la racionalidad sistemática (Nr<sub>2</sub>), es de suma importancia para que las normas resulten eficaces y válidas (casos I y II de irracionalidad sistemática vistos anteriormente). Sin embargo, es posible evaluar la congruencia de un sistema jurídico en términos que no se limiten a su consistencia lógica sino también a la coincidencia y armonía entre las razones como valores de las normas<sup>52</sup>, es decir a su coherencia<sup>53</sup>.

La ausencia de coherencia a la que me referiré no tendrá como consecuencia la exclusión de la aplicación de una norma como ocurre frente a la inconsistencia lógica, pero es posible prever que un más alto grado de coherencia promoverá no solo una mayor justificación sustantiva de las normas, sino que además contribuirá a la inteligibilidad de las reglas del juego presentes en una sociedad. Las incoherencias pueden presentarse en diferentes grados y en distintas versiones, solo exploraré aquí un puñado de ejemplos<sup>54</sup>.

Hay casos de incoherencias muy notables (que podrían acercarse a una inconsistencia) como cuando una ley contradice de manera directa las razones y valores que otras promueven. Los casos de Chile y Argentina respecto de las mujeres que se han planteado anteriormente pueden ser un buen ejemplo de ello. En este sentido Chile, ha firmado y ratificado la «Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer» y cuenta con leyes muy avanzadas sobre igualdad de género y de prohibición de la discriminación tales como la Ley 20.609. Sin embargo, el artículo 1749 del Código Civil todavía mantiene el régimen de que las mujeres casadas no pueden administrar el patrimonio conyugal ni el propio.

También hay casos menos evidentes en donde los efectos de una ley resultan contradictorios con los valores que promueven otras normas: como ya se ha dicho muchos países tienen normas sobre igualdad de género e igualdad de trato y condiciones laborales entre hombres y mujeres, pero al establecer que las bajas por nacimiento de un hijo rigen exclusivamente para las mujeres, producen un efecto disvalioso: que la contratación de una mujer sea siempre más riesgosa para el empleador y ante la opción de contratar un hombre o una mujer se decanten por el primero o trasladen el riesgo de la baja maternal a la desigualdad salarial.

<sup>51</sup> MORESO, VILAJOSANA 2004, 105.

<sup>52</sup> RODRÍGUEZ BLANCO 2018.

<sup>53</sup> Hay una razón más para sostener que la idea de racionalidad ética en las últimas versiones de Atienza colapsa en gran medida con la idea de racionalidad sistemática (Nr<sub>2</sub>), ésta radica en que para el autor la cuestión de la *coherencia* no es un problema de racionalidad ética sino que es un problema de racionalidad sistemática (Nr<sub>2</sub>). Así explica Atienza en un trabajo de 2019 que «... la noción de sistema jurídico quizás no pueda caracterizarse exclusivamente en términos de lagunas y contradicciones; o, mejor dicho, las lagunas y las contradicciones no involucran únicamente reglas, sino también principios y valores, como corresponde a nuestros sistemas jurídicos, en los que la Constitución juega un papel preeminente. Dicho de otra manera, esas razones no son simplemente formales, y eso es lo que me ha llevado a evitar hablar ahora (como hacía en anteriores ocasiones) de una «racionalidad jurídico-formal» (ATIENZA 2019, 384).

<sup>54</sup> Es posible asimilar la idea de coherencia que aquí transmitiré a lo que Wintgens denomina nivel de coherencia, y nivel de coherencia. Tomaré algunas de las ideas de Wintgens respecto de la coherencia, aunque sin pretender utilizar completamente su concepción de este término (ver WINTGENS 2012: 235-257).

Asimismo, la falta de coherencia podría aparecer a través de excepciones a las normas cuya justificación no resistirían el análisis de justificación de la racionalidad material. En la República Argentina, por ejemplo, el impuesto a las ganancias se aplica a todos los habitantes que perciban un ingreso que supere un monto que se ajusta anualmente. Sin embargo, sin ninguna razón jurídica que actualmente justifique tal diferenciación, los jueces, y otros miembros del Ministerio Público estaban hasta hace poco exentos del pago de ese impuesto generando una incoherencia en el sistema jurídico<sup>55</sup>.

Estas ausencias de coherencia en el sistema jurídico generan irracionalidades en el nivel material pero además son potenciales generadores de problemas en el nivel de la eficacia (Nr3) y ello no tanto por la dificultad para comprender una determinada institución o regla del juego sino para *entender el juego en sí mismo* y para poder comportarse de acuerdo a lo que el juego exige pudiendo prever cuál es el comportamiento exigido o esperable aunque se desconozca la norma precisa que rige en ese ámbito. La idea es que la eficacia (y luego la efectividad) se verá favorecida si somos capaces de comprender no sólo las reglas aisladamente sino cómo ellas se interrelacionan y, de alguna manera, el modo en que funcionan como sistema.

## 5. Conclusiones

La teoría legislativa hasta el momento continúa teniendo un papel relegado en el mundo jurídico y por lo tanto enfrenta diversos desafíos como es frecuente en todo campo de estudio incipiente y en formación. Entre estos desafíos he identificado el de que se logren difundir y aceptar sus ideas en la comunidad jurídica ampliamente considerada y en que se advierta su relevancia para la formación de juristas en todos los niveles educativos. Estos dos objetivos requieren de herramientas que puedan discutirse, por supuesto, pero que integren a un grupo más amplio de la comunidad jurídica. Lo mismo ocurre con un desafío todavía mayor que es el de evitar el aislamiento académico y poder construir puentes con la actividad legislativa de manera tal que esta área del razonamiento práctico tenga un resultado en la obtención de leyes de mejor calidad y en la mejor justificación de las razones para legislar.

El modelo de análisis legislativo de Manuel Atienza es un excelente candidato a llevar la bandera en los tres desafíos, pues se trata de un modelo accesible a cualquier tipo de formación jurídica (no es necesario tener una formación filosófica para comprenderlo, por ejemplo), que encaja con naturalidad en la cultura jurídica de varios países del sur de Europa como España, Italia y Portugal y también con la de los países herederos de la tradición jurídica de Europa del sur como son los países de América Latina. Por otra parte, el modelo de Atienza es, a mi entender, el más completo en cuanto al análisis que promueve de las leyes y de la justificación legislativa y puede cazar bien con otra área imprescindible para la legislación que es la técnica legislativa o legística.

<sup>55</sup> Solo pagan impuesto a las ganancias los jueces y funcionarios del Ministerio Público nombrados con posterioridad a 2017 pues la ley 27.346 derogó este privilegio, pero no lo hizo para los jueces ya nombrados. Se trata de una discusión que se remonta a 1936 cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina declaró la inconstitucionalidad del impuesto que gravaba el sueldo de los jueces federales. En 1996 se eliminaron legislativamente algunas exenciones de impuestos, como el de Ganancias para los jueces. Sin embargo, a las pocas semanas de que la ley entró en vigor la Corte Suprema dictó una acordada en la que declaró inaplicable esa norma por el principio constitucional que establece que los salarios de los jueces no pueden ser disminuidos (no declaró la inconstitucionalidad sino la inaplicabilidad y lo hizo por un medio heterodoxo como es una acordada y no una sentencia judicial). La razón de esta inaplicabilidad es el artículo 110 de Constitución argentina que dispone que los jueces recibirán por su servicio «una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna». Evidentemente lo que la norma constitucional intentaba preservar era la inamovilidad y la independencia judicial pero difícilmente ese mecanismo de preservación de la independencia judicial sea extensible al no pago de un impuesto que recae sobre toda la población que recibe ingresos por encima de cierto monto.

Sin embargo, el modelo de Atienza (al menos para ser aceptado en su totalidad) no puede no ser mirado con recelo por un sector importante de la comunidad jurídica que no comparte las ideas del objetivismo moral. Este trabajo ha intentado poner énfasis en dos cuestiones: en primer lugar, promover una discusión sobre qué características de las leyes son las más importantes para valorar su calidad y, en segundo término, aportar a las ideas de Atienza un conjunto de propuestas que, creo que no serían rechazables de plano por el autor, y que promoverían una mayor posibilidad de aceptación de la teoría legislativa por grupos más extensos de juristas, estudiantes y legisladores. Estos dos temas están además conectados entre sí porque entiendo que los parámetros más importantes de la calidad de la ley son la eficacia y la efectividad, y el nivel de racionalidad material que se propuso, tiene impacto positivo en ellas también.

*Referencias bibliográficas*

- ATIENZA, M. 1997. *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas.
- ATIENZA M. 2013. *Curso de argumentación jurídica*, Trotta.
- ATIENZA M. 2017. *Objetivismo moral y Derecho*, en ORTEGA GARCÍA R. (ed.), *Problemas constitucionales contemporáneos*, Fontamara, 11 ss.
- ATIENZA M. 2019. *Un modelo de análisis de la argumentación legislativa*, en OLIVER-LALANA D. (ed.), *La Legislación en Serio*, Tirant lo Blanch, 343 ss.
- BESSON S., MARTÍ J.L. 2018. *Legitimate Actors of International Law-making: Towards a Theory of International Democratic Representation*, en «Jurisprudence», 2018, 504 ss.
- BULYGIN E. 1991. *Teoría y Técnica de Legislación*, en BULYGIN E., ALCHOURRON C., *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales.
- CALSAMIGLIA A. 1993. *¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?*, en «Doxa, cuadernos de filosofía del derecho», 13, 1993, 161 ss.
- CLÉRICO L. 2008. *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*, en CARBONELL M. (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, 125 ss.
- DASCAL M., J WROBLEWSKI J. 1991. *The rational law-maker and the pragmatics of legal interpretation* en «Journal of Pragmatics (North-Holland)», 15, 421 ss.
- FERNÁNDEZ BLANCO C. 2019. *Normas sociales y problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas*, en «DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho», 42, 259 ss.
- FERNÁNDEZ BLANCO C. 2021. *Una mirada jurídica sobre la efectividad de las políticas públicas*, en «Diritto & Questioni Pubbliche» 2, 2021, 8 ss.
- FERRARO F. 2022. *Deception and Expression: The Puzzling Rationality of Symbolic Legislation*, en FERRARO F., ZORZETTO S. (eds.), *Exploring the Province of Legislation*, Springer, 103 ss.
- GARCÍA AMADO J.A. 2000. *Razón Práctica y Teoría de la Legislación*, en «Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas», 2000, 299 ss.
- GARCÍA AMADO J.A. 2020. *Objetivismo moral y derecho. Argumentos para el debate con Manuel Atienza*, en «Teoría y Derecho», 27, 2020, 14 ss.
- HOLMES S., SUNSTEIN C. 2011. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI Editores.
- KELSEN H. 1963. *Teoría Pura del Derecho*, EUDEBA.
- KRISTAN A. 2013. *¿Cómo justificar una (no) intervención legislativa?*, en GRÁNDEZ P., MORALES F. (eds.), *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, Palestra Editores, 479 ss.
- LATORRE I. 2018. *La Legitimidad Democrática de las Agencias Reguladoras Domésticoglobales*, Tesis doctoral Universitat Pompeu Fabra. Disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/664136/tilg.pdf?sequence=1> (consultado el 13/06/2023).
- LATORRE I. 2023. *Las agencias reguladoras independientes y sus desafíos de legitimidad democrática: revisión de literatura y agenda para el derecho constitucional en Latinoamérica*, en «International Journal of Constitutional Law», 20, 2023, 1431 ss.
- MARCILLA CÓRDOBA G. 2005. *Racionalidad Legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- MARCILLA CÓRDOBA G. 2019. *La importancia de la proporcionalidad en la legislación: un intento de fundamentación desde una concepción constitucionalista y no positivista del derecho*, en OLIVER-LALANA D. (ed.), *La Legislación en Serio*, Tirant lo Blanch, 301 ss.
- MORESO J.J, VILAJOSANA J.M. 2004. *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons.
- OLIVER-LALANA D. 2016. *¿Le importa a alguien que los legisladores razonen? Sobre el análisis y el control del debate parlamentario de las leyes*, en «Lisbon Law Review», LVII, 2, 2016, 5 ss.
- OLIVER-LALANA D. 2019. *Deliberación legislativa y control judicial de las leyes: entre el respeto y la desconsideración por los legisladores electos*, en OLIVER-LALANA D. (ed.), *La Legislación en Serio*, Tirant lo Blanch, 397 ss.
- PINO G. 2013. *Norma giuridica*, en PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, 144 ss.
- PRIBÁÑ, J. 2016. *On Legal Symbolism in Symbolic Legislation: a systems theoretical perspective*, en VAN KLINK, B., VAN BEERS B., POORT L. (eds.), *Symbolic Legislation Theory and Developments in Biolaw*, Springer.
- RODRÍGUEZ BLANCO V. 2018. *Transnational Rule of Law and Practical Reason: The Principles Lie in the Author Herself*, en HIMMA K., JOVANOVIĆ M., SPAIC B. (eds.), *Unpacking Normativity*, Hart Publishing.
- SCHAUER F. 2013. *Pensar como un abogado*, Marcial Pons.
- SHAPIRO S. 2011. *Legality*, The Belknap press of Harvard University Press.
- SIECKMANN. 2019. *La legislación como ponderación*, en OLIVER-LALANA D. (ed.), *La Legislación en Serio*, Tirant lo Blanch, 267 ss.
- TRUBEK D., GALANTER M. 1974. *Scholars in Self-Estrangement: Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*, en «Wisconsin Law Review», 1974, 1062 ss.
- TUZET G. 2016. *Effettività, Efficacia, Efficienza*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», XLVI, 1, 2016, 207 ss.
- VAN KLINK B. 2016. *Symbolic Legislation: an Essentially Political Concept*, en VAN KLINK B., VAN BEERS B., POORT L. (eds.), *Symbolic Legislation Theory and Developments in Biolaw*, Springer, 19 ss.
- WINTGENS L. 2012. *Legisprudence. Practical Reason in Legislation*, Ashgate.
- WINTGENS L. 2003. *Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación*, en «Doxa, cuadernos de filosofía del derecho», 2003, 261 ss.
- XANTHAKI H. 2019. *Malentendidos sobre la calidad de la legislación: un enfoque fronético del drafting legislativo*, en OLIVER-LALANA D. (ed.), *La Legislación en Serio*, Tirant lo Blanch, 63 ss.