

INVESTIGACIONES

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000100009>

Racionalidad teleológica legislativa y eficacia como éxito. Un panorama de dificultades

*Diego Almonacid Almarza**

RESUMEN

El trabajo desarrolla un análisis crítico de la formulación del concepto de eficacia como éxito que realiza Liborio Hierro y de la posibilidad de evaluar la racionalidad teleológica legislativa por su intermedio. A partir de un análisis de la actividad legislativa y su producto desde la teoría de la legislación y de una teoría minimalista de la acción colectiva, se sostiene que el concepto de eficacia como éxito o efectividad no captura algunas características de la actividad de asambleas legislativas; en concreto, su agencia colectiva, la diversidad y conflictividad entre sus miembros y la función que cumplen las reglas que formalizan el procedimiento legislativo focalizándolo en un texto. Se concluye con una corrección al concepto de eficacia como éxito de las leyes y negando la posibilidad de evaluar, mediante este concepto, la racionalidad teleológica legislativa.

Racionalidad teleológica legislativa; eficacia como éxito; teoría de la legislación

Legislative teleological rationality and effectiveness as success. An overview of difficulties

ABSTRACT

Abstract: This article discusses a critical analysis of the formulation of the concept of effectiveness as success carried out by Liborio Hierro and of the possibility of evaluating the legislative teleological rationality through it. Based on an analysis of legislative activity and its product from the theory of legislation and a minimalist theory of collective action, it is argued that the concept of efficacy as success or effectiveness does not capture some characteristics of the activity of legislative assemblies; in particular, its collective agency, the diversity and conflict among its members, and the role of the rules that formalize the legislative procedure, focusing it on a text. It concludes with a correction to the concept of effectiveness as success of the laws and denying the possibility of evaluating, through this concept, the legislative teleological rationality.

Legislative teleological rationality; effectiveness as success; theory of legislation

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6143-6524>. Correo electrónico: dalmonacid.a@gmail.com

Artículo recibido el 30.4.20 y aceptado para su publicación el 25.11.20.

I. INTRODUCCIÓN

En general, la discusión acerca del concepto de eficacia es más bien escasa. Los planteamientos suelen distinguir, con diversas denominaciones, tres sentidos del concepto: eficacia como cumplimiento, eficacia como aplicación y eficacia como éxito. Respecto de los dos primeros sentidos, se sostiene que una norma *N* es eficaz si y solo si es conocida por sus destinatarios y estos generalmente despliegan un comportamiento o estado de cosas coincidente con el establecido por la norma porque la conocen (eficacia como cumplimiento)¹ o, en aquellos casos de incumplimiento, generalmente los órganos de aplicación fuerzan su cumplimiento o imponen la sanción correspondiente (eficacia como aplicación)². La eficacia como éxito o efectividad de las normas jurídicas “consiste en que sirvan instrumentalmente para alcanzar el estado de cosas que el edictor de la norma se propone”³, vale decir, que mediante el cumplimiento o aplicación de la norma se alcancen los propósitos del edictor.

La preocupación por el éxito de las leyes parte de la intuición de que la actividad legislativa no se desarrolla sin finalidad alguna, sino que, por el contrario, se legisla para alcanzar estados de cosas que se estiman deseables. De ahí que el concepto de eficacia como éxito se relacione estrechamente con la noción de racionalidad teleológica de las leyes, según esto, una ley es racional si alcanza los propósitos de su edictor⁴.

El objeto de este trabajo es sostener que un concepto adecuado de la eficacia como éxito de las leyes debe capturar la manera en que actúan las asambleas legislativas en tanto agentes colectivos y no perder de vista las características de estas asambleas, así como la diversidad y conflictividad entre sus miembros y las reglas formales del procedimiento legislativo. Para mostrar esto bosquejo varias dificultades cuyo denominador común es la falta de atención a estas cuestiones y que surgen al evaluar la racionalidad teleológica de una ley por intermedio del concepto de eficacia como éxito según el esquema de Hierro.

Un aspecto importante del que no me ocuparé es la relación de la eficacia como éxito con los otros sentidos de eficacia. Esta relación puede ser problematizada notando que hay normas que no son susceptibles de cumplimiento⁵ y cuestionando la posibilidad

¹ HIERRO, 2003, pp. 83-84.

² HIERRO, 2003, p. 139.

³ HIERRO, 2003, p. 160. El término “efectividad” es más difundido en el contexto hispanohablante. Utilizaré las etiquetas propuestas por Hierro porque me limitaré principalmente a analizar sus argumentos. Sin embargo, las etiquetas para referirse a la eficacia como éxito son variadas. NAVARRO, 1990, p. 19, habla de cumplimiento de objetivos sociales; JEAMMAUD, 1984, p. 6, le llama eficacia; DELGADO, 2006, pp. 195-218, utiliza el término eficacia social.

⁴ ATIENZA, 1997, p. 37-38. La conexión entre la eficacia como éxito y el concepto de racionalidad teleológica de Atienza ha sido sugerida por el mismo Hierro. Véase, HIERRO, 2003, p. 169, nota 27. El nexa también ha sido advertido por OLIVER-LALANA, 2008, p. 537.

⁵ El cumplimiento “solo puede predicarse de las normas regulativas de mandato, es decir, de las que ordenan o prohíben (...). No cabría cumplimiento de las normas permisivas; tampoco de las que atribuyen poderes (normas de competencia); menos aún respecto de las normas puramente constitutivas o de enunciados conceptuales, como las definiciones”, DELGADO, 2006, p. 197.

de constatar que una norma sea eficaz como aplicación en subsidio de la ineficacia como cumplimiento⁶. Lo que busco es analizar si una difundida comprensión del éxito de las leyes captura aspectos importantes de la actividad legislativa.

Para llevar a cabo lo anterior, primero expongo el modelo de racionalidad legislativa multinivel de Atienza (apartado II.1), el esquema de medición de la eficacia como éxito de Hierro e identifico dos aspectos de este que exigen una corrección (apartado II.2). El primero se refiere a los medios por los que el legislador pretende alcanzar los propósitos, esto es, el producto de la actividad legislativa (apartado III). El segundo es la posibilidad de que el legislador en tanto agente colectivo tenga un propósito (apartado IV). Finalizo con algunas conclusiones provisionales.

II. RACIONALIDAD TELEOLÓGICA LEGISLATIVA Y EFICACIA COMO ÉXITO SEGÚN LIBORIO HIERRO

1. *Racionalidad teleológica de la ley*

Tradicionalmente en el estudio del derecho el punto de partida ha sido la norma promulgada⁷. Esto ha implicado dejar de lado el estudio de la génesis de las normas y evadir preguntas relevantes. La teoría de la legislación, que busca colmar este vacío, se entiende como una teoría de la producción de la ley, que aborda los problemas más abstractos y conceptuales, sin una finalidad de tipo práctico, lo que la distingue de la técnica de la legislación⁸. Además, supone dos condiciones mínimas que dan sentido a un estudio de este tipo⁹. Por un lado, es necesario concebir la legislación como un ámbito que, pese a pertenecer al plano político, puede llevarse a cabo bajo algunos criterios organizativos, de manera tal que la ley sea un medio para alcanzar los objetivos perseguidos. Por otro lado, es forzoso concebir la racionalidad legislativa como un objetivo posible y no superfluo. Esto implica negar tanto la irracionalidad de la legislación como la racionalidad intrínseca de la misma y preguntarse por las formas y la medida posible de racionalización de la actividad legislativa. Confrontar esta última pregunta es un objeto fundamental de la teoría de la legislación¹⁰.

⁶ Esto lo advierte el mismo Hierro, 2003, 149-151, quien sostiene que la idea de que una norma sea eficaz como aplicación en subsidio de la ineficacia como cumplimiento es una tautología porque aparentemente se aplican las normas aplicables y no se aplican las no aplicables; en este sentido, todas las normas son absolutamente eficaces. La razón es la imposibilidad de constatar de manera externa, y por ello de verificar empíricamente, la hipótesis en que siendo una norma aplicable a un universo de casos, los jueces decidan no aplicarla. Para un análisis de los efectos de esta cuestión en el concepto de eficacia como éxito, véase FERNÁNDEZ, 2019, p. 266-267.

⁷ Para un análisis de las razones véase: WINTGENS, 2002, p. 10-15, MARCILLA, 2005, p. 257; GARCÍA, 2000, pp. 304-305.

⁸ ATIENZA, 1997, p. 23.

⁹ MARCILLA, 2005, pp. 275-276.

¹⁰ MARCILLA, 2005, pp. 292-294.

Manuel Atienza ha propuesto abordar la racionalidad de la legislación distinguiendo cinco niveles o modelos de racionalidad¹¹: una racionalidad comunicativa o lingüística, ese logro depende de que el edictor de la ley transmita de manera fluida el mensaje normativo al destinatario; una racionalidad jurídico-formal que exige que las leyes no erosionen la estructura o sistematicidad del ordenamiento jurídico; una racionalidad pragmática lograda si los destinatarios se ven influidos por la ley; una racionalidad teleológica, pues la ley debe alcanzar los fines sociales perseguidos con su aprobación; y una racionalidad ética, pues tanto el contenido como los fines de las leyes presuponen valores que deben justificarse éticamente¹². A estos cinco niveles se agrega un sexto nivel de razonabilidad o eficiencia que exige un equilibrio o ponderación entre los niveles anteriores, de modo que al no poder obtener la satisfacción de todos los fines, el sacrificio de todo o parte de uno de ellos debe hacerse a un coste razonable¹³.

En el nivel de racionalidad teleológica, sostiene Atienza, el sistema jurídico se ve como un medio para conseguir los fines deseados por los edictores de las leyes, quienes son portadores de los intereses sociales. Así, la racionalidad teleológica depende de la consecución de los objetivos sociales tenidos en cuenta por los edictores de la ley y de que no se produzcan efectos indeseados e imprevistos¹⁴. Cuando la racionalidad teleológica es alcanzada decimos que la ley tuvo éxito o fue eficaz. Justamente un concepto que permite operar el análisis de esta racionalidad y evaluar *ex post* el impacto de las leyes es el de eficacia como éxito.

La racionalidad teleológica es un aspecto considerado valioso de manera casi transversal en las teorías de la legislación. En efecto, los enfoques minimalistas y maximalistas de la legislación comparten su preocupación por la racionalidad teleológica¹⁵. Mientras el enfoque minimalista (entre sus defensores, J. Wróblewski, V. Zapatero) postula que la racionalidad legislativa alcanza a la adecuada selección de los medios para alcanzar los fines del legislador, el enfoque maximalista (entre sus defensores M. Atienza, J. A. García Amado, G. Marcilla) sostiene que la racionalidad legislativa requiere también de la justificación de los fines del legislador y los contenidos de lo que se prescriba. De esta manera, mientras el enfoque minimalista se ocuparía de la racionalidad lingüística, sistemática, pragmática y teleológica, el enfoque maximalista también aborda la racionalidad ética de la legislación.

¹¹ Modelo también seguido, con algunas precisiones, por CALSAMIGLIA, 1993 y DíEZ-RIPOLLÉS, 2019.

¹² ATIENZA, 1997, pp. 27-40.

¹³ ATIENZA, 2013, p. 714-715 y 2019, p. 199. En el mismo sentido DíEZ-RIPOLLÉS, 2019, pp. 57, 61.

¹⁴ ATIENZA, 1997, pp. 37-38.

¹⁵ MARCILLA, 2005, pp. 279-282. No obstante que existe un enfoque minimalista más estricto este análisis solo alcanza a la racionalidad lingüística y sistemática. Actualmente la autora prefiere distinguir entre un enfoque estrecho y amplio de la legisprudencia. El primero trata enfoques formales e instrumentales de la ley, sin ocuparse de los aspectos políticos y de legitimidad de la ley, mientras que el segundo se ocupa también de la legitimidad de la ley, Marcilla, 2019, p. 162.

2. *Eficacia como éxito. La formulación de Liborio Hierro*

Para Hierro, recordemos, la eficacia como éxito de las normas jurídicas consiste en que sirvan instrumentalmente para alcanzar el estado de cosas que el edictor de la norma se propone. El autor ofrece un esquema de medición de la eficacia como éxito para el que se requiere tener en cuenta cuatro aspectos: 1) el estado de cosas previo a la promulgación de la norma; 2) los propósitos del legislador; 3) la eficacia como cumplimiento o aplicación; y 4) el estado de cosas resultante¹⁶. El primer paso será “seleccionar una descripción adecuada de los propósitos del legislador” para luego, en segundo lugar, “reconstruir el estado de cosas previo a la edición de la norma y el alcanzado mediante el cumplimiento y la aplicación de esta”¹⁷. Por último, la medición del éxito supone descontar los efectos negativos previsibles e imprevisibles generados por la norma al estado de cosas resultante sumado a los efectos colaterales positivos previsibles e imprevisibles. La calificación de los efectos como positivos o negativos dependerá de su confluencia con el propósito pretendido; en tanto que la previsibilidad depende de los esfuerzos realizados y los medios disponibles para predecirlos¹⁸. Esta última cuestión supone redefinir la noción de éxito, pues una norma no tendría éxito si consigue el propósito pretendido (erradicar el consumo de una droga), pero tiene como efecto adicional uno negativo (incrementa el consumo de otra droga)¹⁹.

La propuesta de Hierro es especialmente útil, ya que permite conectar el concepto de eficacia como éxito con el de racionalidad teleológica. Esta conexión lleva a sostener que “una ley es teleológicamente irracional en la medida en que no produzca efectos, produzca efectos negativos o no produzca los efectos deseados o previstos por el legislador –sean o no efectos ‘declarados’–”²⁰. De esta manera, su esquema es un punto de partida para medir *ex post* este tipo de racionalidad o irracionalidad legislativa.

El modelo de Hierro forma parte de una investigación más general respecto de los distintos sentidos de eficacia de las normas. Sin embargo, emplear su esquema de la eficacia como éxito de las normas para evaluar el éxito de las leyes o su racionalidad teleológica, exige considerar la manera en que actúan y pueden actuar las asambleas legislativas. Esta consideración devela dos importantes aspectos en que el modelo de Hierro y la idea de racionalidad teleológica de la actividad legislativa se muestran errados.

Primero, establecer la eficacia como éxito de una ley requiere determinar los medios por los que el legislador pretende alcanzar los propósitos. En este punto la propuesta requiere un desarrollo en dos sentidos. El primero se vincula a la posibilidad de cuestionar si el legislador realmente se vale de normas para el cumplimiento de sus propósitos o si lo hace tan solo de textos normativos. Dicho de otro modo, no es pacífico que el producto de la legislación como actividad sea una norma; más bien, como sostendré, existen

¹⁶ HIERRO, 2003, p. 160.

¹⁷ HIERRO, 2003, p. 168.

¹⁸ HIERRO, 2003, p. 163.

¹⁹ HIERRO, 2003, p. 168.

²⁰ OLIVER-LALANA, 2008, p. 537.

buenas razones para decir que el resultado es un texto normativo. El segundo es que en ocasiones la medición de la eficacia como éxito requerirá la selección de una unidad de análisis y ella no siempre está conformada solo por el texto normativo resultante de la actividad legislativa. Esto se debe a que a menudo la actividad legislativa busca corregir programas, instituciones o políticas públicas ya en funcionamiento.

En segundo lugar, Hierro señala que el análisis de la eficacia como éxito requiere seleccionar una descripción adecuada de los propósitos del legislador. Al respecto, se limita a afirmar la posibilidad de describir los propósitos sopesando los motivos explícitos, antecedentes sociopolíticos, etcétera²¹. Una pregunta previa que requiere de una respuesta es ¿puede una asamblea legislativa tener un propósito? Abordaré esta cuestión en dos pasos. Primero, intentaré esclarecer el concepto de propósitos, pues el ofrecido por Hierro es insuficiente. Este autor define los propósitos del legislador como el fin indirecto u objetivos político-sociales que se perseguían mediante la promulgación de la norma²² y los diferencia tanto de las causas o motivos a los que se atendió al dictar la norma como de la *voluntas legislatoris* o fin directo de la norma. Las causas o motivos de una decisión legislativa no suponen una finalidad y pueden ser, por ejemplo, una catástrofe natural a la que se quiere hacer frente o la adecuación del ordenamiento jurídico a un tratado internacional. El fin directo de la norma es lo que se suele denominar intención del legislador y que las teorías subjetivas sostienen, debe ser una guía para la determinación del sentido y alcance de las disposiciones²³. Creo que algunas distinciones acerca del concepto de intención en general y otras de las intenciones y propósitos disponibles en la literatura respecto de interpretación y argumentación jurídica son útiles para aclarar el punto. Hecho esto, el segundo paso consistirá en examinar si la acción colectiva de la asamblea legislativa permite la existencia de un propósito colectivo en donde establecer la eficacia como éxito.

III. LOS MEDIOS PARA ALCANZAR LOS PROPÓSITOS

1. *¿Eficacia como éxito de las normas o de los textos normativos?*

El trabajo de Hierro busca desentrañar los distintos sentidos de la eficacia de las normas y por ello aplica a estas el concepto de eficacia como éxito. Sin embargo, al preguntarnos bajo qué condiciones es posible sostener que la actividad legislativa ha sido exitosa, es claro que debemos aplicar el concepto de eficacia como éxito al resultado de dicha actividad, es decir, un texto o documento normativo y no un conjunto de normas.

El término “legislación” es ambiguo porque se refiere tanto al proceso como al producto. La legislación-proceso es un conjunto de operaciones realizadas por los miembros

²¹ HIERRO, 2003, p. 161.

²² HIERRO, 2003, p. 161.

²³ HIERRO, 2003, pp. 161-162.

de los órganos legislativos, conducentes a la formación de la legislación-producto, esto es, el texto de una ley que contiene un conjunto de formulaciones normativas²⁴. Esto acarrea complicaciones para el esquema de Hierro. Si las normas, desde un punto de vista teórico, son contenidos de significado de formulaciones normativas y la legislación-producto es un conjunto de formulaciones normativas, entonces la relación entre la legislación-producto y el estado de cosas resultante es más indirecta a la manera en que Hierro la presenta, porque está inevitablemente mediada por la actividad interpretativa. El corolario es que las asambleas legislativas lograrían los propósitos en un sentido bastante débil.

Hay quien podría sostener que pese a que la legislación-producto es un documento normativo, al menos en ciertos casos las leyes son sancionadas con intenciones específicas y en esos casos es relevante para la evaluación poslegislativa la consideración de estas intenciones como parte del medio²⁵. En este punto es necesario avanzar una distinción que luego retomaré. Se suele distinguir como clases de intenciones del legislador, por un lado, aquellas intenciones referidas a un estado de cosas que el legislador intenta alcanzar o evitar, que aquí he venido denominando propósitos, e intenciones referidas a expectativas respecto de la adecuada aplicación de la ley, a las que me referiré como intenciones de aplicación²⁶. Pues bien, si para el análisis de la eficacia como éxito y la racionalidad teleológica legislativa es relevante el estado de cosas que se quiso alcanzar o evitar, ¿no es también relevante la intención de aplicación? Es decir, si es relevante lo que el legislador quiso lograr ¿por qué no es también relevante para el análisis la manera en que se quiso lograr?

El concepto de la legislación-producto como texto normativo y la irrelevancia de las intenciones legislativas de aplicación se justifican por las características y sobre todo por las restricciones de la legislación-proceso. Los procedimientos parlamentarios en el mundo suelen compartir ciertas características porque, como ha señalado Waldron, responden a un mismo problema: cuando se requiere tomar un curso de acción común, resultado de una deliberación, en circunstancias de diversidad y desacuerdo entre quienes actúan, se percibe la necesidad de formalizar el debate, la aprobación y el producto de una asamblea legislativa²⁷. Por ello, las asambleas legislativas pueden ser entendidas como arreglos institucionales para sortear las diferencias y adoptar una solución común.

Para permitir la acción conjunta bajo este contexto, la legislación-proceso se articula en un nivel alto de formalismo en que los textos se constituyen como elemento ordenador del debate legislativo y punto focal de la deliberación, enmiendas y posterior votación²⁸ (tesis del formalismo del procedimiento). La determinación textual respecto de aquello que se discute es relevante pues evita la existencia de propuestas simultáneas en discusión y limita los malos entendidos y entendimientos tácitos de algunos miembros. Esta

²⁴ CHIASSONI, 2019, p. 258.

²⁵ Por ejemplo, véase MARMOR, 2001, p. 218-219.

²⁶ MARMOR, 2001, p. 213.

²⁷ WALDRON, 2005, p. 94.

²⁸ WALDRON, 2005, pp. 92-95.

centralidad del texto en la legislación-proceso se transmite a la legislación-producto, pues lo que cuenta como acto del parlamento es la fórmula lingüística específica aprobada por la que se manifestaron individualmente los miembros de la asamblea legislativa por medio de su voto (tesis de la canonicidad del texto)²⁹. El único objeto de volición es el texto de la ley y es esto lo que cuenta como resultado de la legislación-proceso³⁰. Puede afirmarse que la legislación-actividad produce normas tan solo puntualizando que produce un texto más un conjunto de interpretaciones viables en virtud de las reglas interpretativas aceptadas en la cultura legal³¹.

Ekins ha ofrecido una lectura alternativa de la legislación-proceso y de las reglas que formalizan el procedimiento de producción de la ley para justificar un concepto distinto de legislación-producto. Para este autor, la existencia de reglas procesales no prueba la superfluidad de la intención legislativa, por el contrario, se entienden mejor como restricciones formales a la manera en que la intención legislativa debe ser expresada³². Ekins pone de relieve dos rasgos de los procedimientos legislativos. El primero es la existencia de una jerarquía interna en buena parte de las asambleas en donde existe una desigualdad entre los miembros. Esta desigualdad se refleja, entre otros elementos, en que algunos miembros tienen cargos con poderes para determinar la agenda legislativa y existe un acceso desigual al tiempo en sesiones plenarias³³. El segundo es que las reglas formales de los procedimientos legislativos no limitan la racionalidad de la asamblea sino que la permiten. Tomando como ejemplo el caso de la Cámara de los Comunes, Ekins muestra que los procedimientos legislativos se sustentan en la premisa de que los legisladores deben considerar los proyectos de ley como esquemas razonados, esto es, como medidas para abordar ciertos objetivos por razones específicas³⁴. Además, las etapas del procedimiento se articulan para permitir cambios consistentes con el desarrollo del esquema y propósito del proyecto y no con su transformación radical o su desmantelamiento³⁵. De estos rasgos se desprende que los procedimientos legislativos se estructuran para posibilitar que se desarrolle y los legisladores decidan respecto de

²⁹ WALDRON, 2005, pp. 95-100. Además, WALDRON, 2005, pp. 100-101, relaciona la tesis del formalismo del procedimiento y la tesis de la canonicidad del texto con la tesis del formalismo textual, esto es, la idea de que la legislación-producto se conecta con la institución del lenguaje natural en el sentido de que a la fórmula lingüística autoritativa que es resultado de la legislación-proceso la acompaña también el significado convencionalmente atribuido por el lenguaje natural. Pese a que para Waldron el derecho se conecte con la determinación interpersonal proveída por el lenguaje natural, esta tesis es una teoría normativa del significado. Un indicio es que está sospechosamente en sintonía con la ideología racionalista de la Ilustración acerca de cómo la legislación debería actuar y ser concebida (CHIASSONI, 2019, p. 262), pero además, parece indudable que esta tesis falla en describir la práctica de los intérpretes jurídicos, quienes se sirven de una gran cantidad de instrumentos conceptuales y argumentativos para elegir entre un conjunto de significados posibles (GUASTINI, 2012, pp. 47-49).

³⁰ CHIASSONI, 2019, pp. 260-261.

³¹ CHIASSONI, 2019, pp. 111, 262-263.

³² EKINS, 2012, p. 8.

³³ EKINS, 2012, pp. 165-169.

³⁴ EKINS, 2012, p. 228.

³⁵ EKINS, 2012, p. 228.

una propuesta detallada, coherente y razonada para modificar el derecho en un específico sentido y por determinadas razones. Esta propuesta, Ekins señala, es la intención legislativa en actos particulares del legislador³⁶.

La teoría de Ekins se afirma en varios pilares cuya consideración total rebasa los límites de este trabajo. Intentaré ahorrarme esa tarea mostrando que la descripción que este autor realiza de la legislación-proceso y la función que atribuye a las reglas del procedimiento es dependiente de una teoría normativa de la legislación y que, considerada de forma aislada, la descripción es compatible tanto con el concepto de legislación-producto entendido como documento normativo como con las tesis de la formalidad del procedimiento y de la canonicidad textual.

La normatividad de esta teoría es apreciable en dos aspectos. Por un lado, el trabajo de Ekins pretende comprender la naturaleza de la legislación identificando su caso central, es decir, mediante la comprensión de la forma que la legislación tendría si es elegida y mantenida por una persona con razonamiento práctico³⁷. Por otro, Ekins sostiene que para explicar la naturaleza de la legislación es necesario entender su capacidad, comprensión que resulta del entendimiento de sus actos, los que a su vez se entienden si se entiende su objetivo³⁸. Para Ekins, el objetivo de la legislación es promover el bien común en la comunidad y para esto debe tener la capacidad de modificar el derecho deliberadamente³⁹. De ahí que el acto de legislar sea un acto no de comunicación sino de decisión respecto de una modificación específica del derecho por específicas razones y que la legislación-producto sea un conjunto de normas de las que el texto de la ley es solo una formulación⁴⁰. Para Ekins, la manera en que la propuesta por la que se decide esté formulada, pese al carácter canónico de las palabras, es secundaria porque lo que debe buscar el legislador es cambiar el derecho; esto entraña cambiar el conjunto de normas que lo constituyen y ello no se asegura cambiando las formulaciones⁴¹.

Si dejamos de lado las asunciones metaéticas y éticas de Ekins (la metodología de los casos centrales y el rol del bien común) que determinan su concepto de legislación-producto, la descripción de las reglas del procedimiento legislativo que este autor realiza es compatible con las tesis de la formalidad del procedimiento y con la tesis de la canonicidad textual. Ekins resalta los aspectos de la legislación-proceso señalados para mostrar que las asambleas son capaces del razonamiento que legislar exige. Este razonamiento demanda, entre otras cuestiones, identificar cómo coordinar a la comunidad para realizar un estado de cosas particular valioso que es parte del bien común⁴². Este razonamiento se plasma en una propuesta para modificar el derecho en un sentido específico sobre la que se decide. Ekins muestra la legislación-proceso a la luz de estas

³⁶ EKINS, 2012, pp. 230-231.

³⁷ EKINS, 2012, p. 118.

³⁸ EKINS, 2012, p. 118.

³⁹ EKINS, 2012, p. 121.

⁴⁰ EKINS, 2012, pp. 136, 230.

⁴¹ EKINS, 2012, pp. 125-126.

⁴² EKINS, 2012, pp. 128-129.

consideraciones y por ello enfatiza que la discusión de proyectos de ley se circunscribe a un problema y a la necesidad para adoptar o no una propuesta.

Sin embargo, por un lado, la descripción de Ekins no niega que la propuesta con que se inicia el procedimiento, sobre la que se debate y respecto de la que se proponen enmiendas, sea un texto bajo una formulación lingüística específica. El rol secundario al que Ekins relega los textos se sostiene en la aludida capacidad que debe tener el legislador para cambiar el derecho según el concreto esquema de coordinación que en su razonamiento lleva al estado de cosas que es parte del bien común. Por otro lado, al explicar cómo las reglas del procedimiento permiten la racionalidad y no la impiden, Ekins no hace más que destacar mecanismos incluidos en el procedimiento de formación de la ley que facilitan la tarea de la asamblea legislativa, en el sentido que sería infructuoso que todos los parlamentarios se dedicasen a discutir y decidir detalladamente acerca de cada una de las cláusulas de todos los proyectos de ley o que en la discusión de un proyecto sea admisible una enmienda que diste radicalmente de su objetivo. Estos mecanismos, en efecto, tienden a la coherencia de los proyectos de ley y muestran un aspecto de la racionalidad de la legislación-proceso, pero no cambian el hecho que aquello de lo que se discute y se decide sea un texto.

2. *Instrumentalismo y la selección de la unidad de análisis*

Es posible identificar una forma de pensar la relación entre cambio social y derecho que Summers denomina instrumentalismo ingenuo. Este tipo de pensamiento se puede resumir de la siguiente manera: las leyes sirven a objetivos sociales que se logran mediante un cambio en el comportamiento de las personas, por medio del establecimiento de conductas y sanciones que una autoridad se encarga de imponer en caso de incumplimiento⁴³. Summers identifica como parte de este pensamiento la creencia que una ley sirve a un propósito. Sin embargo, sostiene, “la eficacia [como éxito] del derecho casi nunca es atribuible a una sola ley”⁴⁴.

Esta crítica pone de relieve que, en ocasiones, una adecuada descripción de los medios supone reconstruir una unidad de análisis que excede a la ley cuya evaluación se realiza y que toma en cuenta el contexto normativo en que esta se inserta. A menudo la complejidad social exige que los cambios se pretendan alcanzar mediante conjuntos de leyes que conforman, por ejemplo, una institución y que apuntan a un mismo propósito; o bien dicha complejidad exige que programas, instituciones, sistemas, entre otros, ya en funcionamiento se corrijan o reorienten mediante la aprobación de nuevas leyes. De ahí que sea ingenuo creer que cada ley es un medio para el logro de un propósito o que cada ley es por sí sola una herramienta para el logro de un objetivo social.

⁴³ SUMMERS, 1977, p. 119.

⁴⁴ SUMMERS, 1977, p. 127.

El error de limitar el análisis a la ley cuya racionalidad teleológica se analiza también puede explicarse, tomando el esquema de racionalidad multinivel de Atienza, como una omisión de la relación entre la racionalidad teleológica y la racionalidad jurídico-formal. Recordemos que en este último sentido “una ley es irracional si y en la medida en que la misma contribuya a erosionar la estructura del ordenamiento jurídico”⁴⁵. Así pues, ambas racionalidades interactúan, primero, porque casi de seguro habría un obstáculo a la racionalidad teleológica de una ley si es incoherente con el resto del sistema o genera antinomias; y, segundo, porque la ley que se dicta puede ser solo un medio entre otros para el logro del propósito, ser solo una parte del medio o la modificación a un medio ya existente.

El problema que surge al advertir que en ocasiones es necesario formar una unidad de análisis que excede a la ley es que se requieren criterios para hacerlo. Sin ellos, esta idea puede llevar a implicaciones absurdas. Es difícil ofrecer criterios generales, sin embargo, formar esta unidad de análisis supone al menos establecer la relación medio-fin entre la ley que se analiza y un propósito, evaluar la existencia de otras leyes que busquen alcanzar el mismo propósito y, de existir, si hay una relación de dependencia entre dichas leyes.

IV. ¿PUEDE UNA ASAMBLEA LEGISLATIVA TENER UN PROPÓSITO?

1. *Concepto de propósitos*

Hierro define los propósitos como el fin directo u objetivo político-social que el legislador persigue mediante la promulgación de la norma. Además, precisa este concepto distinguiéndolo de las intenciones según suele ser utilizado por las teorías intencionalistas de la interpretación y los motivos. El concepto de propósitos que nos proporciona es un tanto difuso. En este apartado intentaré precisarlo para luego examinar su relación con la acción colectiva de la asamblea legislativa.

Como punto de partida recurriré a Anscombe, quien distingue tres usos del término intención: (1) la intención de actuar, esto es, una expresión de intención para el futuro (por ejemplo, “iré a comprar verduras”); (2) acción intencional, vale decir, la intención implícita en una acción (por ejemplo, en el hecho de mi compra de verduras); y (3) la intención en el actuar o intención con la que, esto es, aquella que cobra relevancia cuando nos cuestionamos con qué intención se ha hecho algo (por ejemplo, “salí de casa para comprar verduras”)⁴⁶.

Para Anscombe una acción es intencional si la pregunta “¿por qué?” en un sentido racional (*reason-giving sense*) es pertinente respecto de la acción, es decir, si la respuesta

⁴⁵ ATIENZA, 1997, p. 33.

⁴⁶ ANSCOMBE, 1963, p. 1.

a dicha pregunta es una razón para la acción⁴⁷. Así, la acción de golpear la mesa es intencional si la pregunta “¿por qué golpeaste la mesa?” es pertinente. Ahora bien, el tercer uso que distingue Anscombe, las intenciones en el actuar, es el sentido que utilizamos al responder dicha pregunta y decir “la intención con la cual golpeé la mesa fue matar una mosca”. De este modo, las intenciones en el actuar proveen una suerte de justificación a la acción.

Esta idea es importante para comprender la idea de propósitos tras la promulgación de un texto normativo, ya que son una respuesta a la pregunta “¿por qué?” en el sentido de dar razones para la acción del legislador. Ahora, no solo los propósitos son intenciones en el actuar, sino también las intenciones de aplicación. La diferencia entre propósitos e intenciones de aplicación radica en que mientras los primeros son intenciones en el actuar relativas a objetivos sociales deseados, las segundas son intenciones en el actuar relativas al sentido de las disposiciones contenidas en la ley. En el caso de los propósitos se alude al *telos* tras la promulgación del texto normativo. Los propósitos son aquello que los legisladores esperan que cambie en el mundo debido a la aprobación de la ley⁴⁸. En cambio, la intención de aplicación es el sentido que el autor de un texto quiso transmitir, el mensaje que pretendió comunicar mediante las palabras elegidas⁴⁹. Ambas son formas de justificar por qué un agente ha realizado una acción, en este caso porque la asamblea legislativa ha dictado un documento normativo.

Otra precisión es necesaria. Es frecuente en las tipologías de cánones interpretativos distinguir entre propósitos subjetivos (también reales, psicológicos, genéticos o ideas normativas del legislador histórico) y propósitos objetivos (también hipotéticos, teleológico-objetivos o razones sustantivas). En ambos casos el concepto se refiere a ciertos valores, fines, objetivos, intereses, políticas o funciones que con el texto normativo se buscaron conseguir. La diferencia está en que en el caso de los propósitos subjetivos se trata de un intento real, existente al tiempo en que se creó el texto, mientras que en los propósitos objetivos se trata de una finalidad hipotética en el sentido de que es aquella que hubiese tenido un autor razonable⁵⁰.

Para el análisis de la eficacia como éxito de una ley adquieren relevancia los propósitos subjetivos⁵¹. Si la finalidad de este esquema conceptual es evaluar la racionalidad teleológica de las acciones del Parlamento, devienen irrelevantes los propósitos objetivos en la medida en que son entidades que no dependen de las acciones de los miembros del Parlamento sino que “son fines caracterizados normativamente”⁵², vale decir, son

⁴⁷ ANSCOMBE, 1963, p. 9.

⁴⁸ WRIGHT, 2006, p. 992

⁴⁹ WRIGHT, 2006, p. 991

⁵⁰ Sigo aquí la conceptualización y las etiquetas de BARAK, 2005, pp. 120-126, 148-157. No obstante, la distinción se formula también en: LARENZ, 1980, p. 325 y ss; ALEXU, 2007, p. 326 y ss.; MACCORMICK y SUMMERS, 1991, pp. 514-515; TARELLO, 2013, pp. 327 y ss.

⁵¹ En adelante hablaré de propósitos e intenciones aludiendo a propósitos subjetivos e intenciones de aplicación respectivamente.

⁵² ALEXU, 2007, p. 333.

aquellos que de acuerdo con el intérprete (en este caso, quien realice la evaluación) el legislador debería perseguir⁵³.

2. *¿Propósitos del legislador o propósitos en la legislación?*

Una intuición frecuente es que la legislación tiene un propósito. Se legisla día a día para garantizar derechos, corregir situaciones injustas, etcétera. Es más, como Ekins sostiene, pareciera que solo en una pequeña parte de la legislación-proceso se discuten las palabras que componen los textos normativos. Buena parte de la actividad parlamentaria se dirige a discutir si es valioso el propósito que se quiere alcanzar, si es eso necesario o plausible. Aun así, no es posible atribuir los propósitos a la asamblea legislativa que elabora la ley. La razón es la misma por la que negué que las intenciones de aplicación formaran parte de los medios para alcanzar los propósitos: las características de la legislación-proceso imponen límites a la profundidad intencional que impiden que el agente colectivo (la asamblea) tenga una intención en el actuar. Para explicar este punto, mostraré cómo incluso desde una teoría de la acción colectiva minimalista como la de Kutz, si bien es posible describir el acto del Parlamento como una acción colectiva y la promulgación de un texto normativo como intencional (en el sentido de acción intencional), no es posible atribuir propósitos (una intención en el actuar) al Parlamento en tanto agente colectivo.

Es admisible notar que esta tarea conlleva complicaciones. La mayor parte de las teorías de la acción colectiva⁵⁴ se han elaborado a partir de casos en que existe cierta intimidad entre los participantes y una cooperación recíproca en la actividad⁵⁵. La legislación se encuentra bastante lejos de estos casos. Primero, quien legisla es un grupo institucionalizado. Estos grupos se caracterizan porque los criterios de identidad de sus miembros no se limitan a la existencia de una intención compartida por estos, como ocurre por ejemplo con un grupo de amigos que decide preparar la cena juntos, sino que existen criterios adicionales⁵⁶. En el caso de los parlamentarios, estos requisitos adicionales consisten en ser electos conforme a las reglas válidas. En segundo lugar, entre los miembros del Parlamento no existe una cooperación recíproca como en el caso del grupo de amigos que se reúne a preparar la cena. Al interior de los Parlamentos existen grupos con intereses diversos y suelen no cooperar sino competir por hacer valer sus intereses e ideas. En consecuencia, las teorías de la acción colectiva que exigen como condiciones

⁵³ Esto no obsta a que los propósitos objetivos puedan ser relevantes para una evaluación legislativa de otro tipo.

⁵⁴ Estas son las teorías de SEARLE, 1992, pp. 401-415; GILBERT, 1989, pp. 146-203; BRATMAN, 1999, pp. 93-161; y TUOMELA y MILLER, 1988, pp. 367-389.

⁵⁵ KUTZ, 2000, p. 2. Existen otros intentos por dar cuenta de la legislación como una acción colectiva. Ekins (2012) lo hace a partir de los modelos de intención colectiva de Searle y Bratman. Abby Wright (2006) utiliza la concepción de la acción colectiva de Tuomela.

⁵⁶ KUTZ, 2000, p. 28. El autor distingue estos grupos de los grupos efímeros, en que la identidad del grupo consiste en el hecho de que un grupo de personas actúa con una intención compartida.

de suficiencia elementos tales como actitudes recíprocas de cooperación por parte de los miembros del grupo no permiten ilustrar la legislación como acción colectiva.

Kutz plantea una teoría minimalista de la acción colectiva que puede capturar el caso de la legislación pese a estas dificultades. El objetivo de este autor es elaborar una concepción general de la acción colectiva que permita dar cuenta de la cooperación entre agentes casi sin relación alguna, como ocurre en el caso de maniobras militares o en la producción industrial⁵⁷. La ventaja de esta estrategia minimalista es que identifica las condiciones necesarias para la existencia de todo tipo de acción colectiva intencional⁵⁸. Esto permite, en alguna medida, superar las dificultades señaladas para dar cuenta de la acción colectiva de las asambleas legislativas.

Para Kutz hay una acción colectiva intencional si los miembros de un grupo actúan con intenciones participativas superpuestas. El elemento central en la teoría minimalista –e irreducible en toda acción colectiva– son las intenciones participativas. Estas consisten en un compromiso por parte de los miembros del grupo de realizar su parte en la labor colectiva, para de esta manera llevar a cabo la actividad colectiva o producir el resultado deseado⁵⁹. Las intenciones participativas, entonces, se componen de dos elementos: un rol individual y un fin colectivo⁶⁰. El primero es el acto individual que debe realizar el miembro del grupo para alcanzar el fin colectivo. El segundo, es el objeto de una descripción constituida por diferentes actos individuales o que es consecuencia de estos mismos; de modo que puede ser un estado de cosas, una actividad e incluso un grupo social con una cultura interna, como una universidad.

Además, las intenciones participativas deben superponerse. Esto quiere decir que el componente colectivo de la intención participativa de los miembros debe referirse a la misma actividad o resultado y además debe existir una intersección no vacía entre los estados de cosas que satisfacen dicho fin colectivo⁶¹. Es más bien rara la existencia de una superposición total en las intenciones participativas y lo normal que exista un mayor o menor grado de superposición.

Atribuir los propósitos a la asamblea legislativa conlleva sostener que esta tiene una intención en el actuar colectiva. Para Kutz las intenciones colectivas corresponden a la región en que se superponen las intenciones participativas individuales, de modo que para atribuir a un grupo una intención colectiva deben reunirse tres condiciones: (1) los miembros del grupo deben pertenecer intencionalmente a él; (2) debe existir una regla explícita o implícita por la que la intención colectiva es asignada al grupo; (3) las intenciones participativas individuales deben superponerse de manera suficiente para cumplir con la regla de decisión grupal⁶².

⁵⁷ KUTZ, 2000, p. 1-3

⁵⁸ KUTZ, 2000a, pp. 89-96.

⁵⁹ KUTZ, 2000, p. 6.

⁶⁰ KUTZ, 2000, p. 10.

⁶¹ KUTZ, 2000, p. 20.

⁶² KUTZ, 2000a, p. 108.

Veamos entonces, de qué manera puede aplicarse este modelo a la actividad legislativa y si es posible atribuir al Parlamento en tanto agente colectivo los propósitos. El rol individual de los miembros de la asamblea es ostensible. Deben votar a favor o en contra de un proyecto de ley, introducir modificaciones a dicho proyecto y deliberar en torno a él. El componente colectivo de la intención participativa es decidir acerca de la promulgación del texto del proyecto de ley en discusión conforme con las reglas democráticas.

Hay dos razones para entender las intenciones participativas de los miembros del Parlamento de esta manera. Primero, para que se produzca una superposición de las intenciones participativas el modelo exige que el componente colectivo se refiera a la misma actividad o resultado. El problema para definir cuál es este objetivo compartido es que entre los miembros de las asambleas legislativas no existe una cooperación recíproca, por lo que se asimila más a la acción colectiva de grupos en contextos de competencia. Por ejemplo, en el ajedrez debido a que cada jugador tiene la intención de vencer al otro, al finalizar el juego no pueden satisfacerse las intenciones de ambos jugadores. Sin embargo, a un mayor nivel de abstracción sí existe un objetivo que ambos jugadores comparten: pretenden que se desarrolle un juego ordenado y conforme con las reglas⁶³. De manera análoga, en la legislación existen grupos de parlamentarios con intereses contrapuestos y el producto de la legislación-proceso no puede satisfacer a todos. El fin colectivo debe situarse en un nivel alto de abstracción para permitir que todos los miembros entiendan su rol individual como un medio para su realización. El fin colectivo es decidir respecto de la promulgación del texto del proyecto de ley en discusión conforme con las reglas democráticas porque mientras no todos tienen propósitos o intenciones, todos los miembros al menos actúan para producir un texto.

Una segunda razón es que en un contexto de diversidad y conflicto, para propiciar la acción común de las asambleas legislativas, se formalizan la legislación-proceso y su producto. Se produce una doble determinación normativa. Por un lado, hay reglas que focalizan la legislación-proceso en un texto y así limitan cuál puede ser el producto de la actividad legislativa. Por otro, hay reglas que regulan qué actos de los miembros cuentan como actos del grupo. Así, el rol individual es indirectamente determinado por estas reglas porque establecen el marco de acciones necesarias y suficientes para producir un texto normativo o rechazar su promulgación. Además, el fin colectivo (que es el objeto de una descripción que es consecuencia de actos individuales de los miembros del grupo) es indirectamente determinado por estas reglas porque al limitar el producto de la actividad y los actos que cuentan como actos del grupo, limitan también cuáles son los estados de cosas con que los miembros del grupo pueden, en definitiva, entender satisfecho el fin colectivo.

Esta última razón explica por qué el esquema parece no capturar adecuadamente lo que los parlamentarios creen estar haciendo. Es cierto que es poco probable que un parlamentario entienda estar produciendo solo un texto. Entonces, ¿por qué son irrelevantes sus intenciones y propósitos para la definición del rol individual? Primero, la

⁶³ KURTZ, 2000, p. 5.

acción colectiva no es una adición sino una superposición de intenciones participativas. No todas las acciones e intenciones individuales son relevantes para explicar la acción colectiva sino solo las que permiten alcanzar el fin colectivo. Segundo, los parlamentarios podrían no tener intenciones y propósitos y aun así se cumpliría con el fin colectivo de la asamblea legislativa⁶⁴. No juegan ningún papel en relación con el logro del fin colectivo porque no son ni necesarias ni suficientes.

Corresponde ahora preguntarse si la acción de la asamblea legislativa cumple con las condiciones de atribución de una intención colectiva antes enunciadas. Ciertamente se cumple la condición (1) al ser un grupo institucionalizado. Los miembros de la asamblea legislativa pertenecen a ella de manera voluntaria y ven su labor individual como una contribución al fin colectivo. La condición (2) debe entenderse cumplida por la existencia de la regla de la mayoría⁶⁵. Esta regla es un método para combinar intenciones individuales (de producir colectivamente un texto normativo) en una intención colectiva, ya que permite identificar el plan de acción en que los individuos convergen⁶⁶. Para esto, establece la medida necesaria de superposición de las intenciones participativas individuales. Por último, la condición (3) exige en el caso de la actividad legislativa que la superposición necesaria sea de la mayoría de las intenciones participativas. Para que esto ocurra es necesario que los miembros entiendan que su rol individual se dirige al menos al logro del fin colectivo –esto es, decidir acerca de la promulgación del proyecto de ley– y que los estados de cosas –básicamente, aprobar o rechazar el proyecto– que satisfacen dicho fin colectivo se superpongan en al menos la mayoría de los miembros. Así, será la intención de la asamblea legislativa aprobar un proyecto de ley si la mayoría de los miembros entienden satisfecho el fin colectivo de decidir respecto del texto del proyecto por el estado de cosas que consiste en su aprobación.

⁶⁴ Este es el punto que Waldron intenta sostener al describir la legislación con base en la imagen de la máquina de Wollheim. Véase, WALDRON, 2005, pp. 143 y ss.

⁶⁵ Agradezco a el o la evaluador/a quien me señaló que la regla de la mayoría y las reglas formales del procedimiento no están hechas para atribuir intenciones colectivas sino para identificar leyes válidas. Esto es parcialmente cierto. Estas reglas establecen bajo qué condiciones el grupo actúa válidamente. Luego, para identificar leyes válidas miramos los actos válidos del grupo. De la misma forma, para identificar intenciones colectivas usamos estas reglas porque determinan cuándo el grupo actúa y cuál es su producto.

Además, el revisor o la revisora me ha sugerido que una manera de aprehender mejor el rol individual de los parlamentarios es plantear la existencia de una regla implícita que asigne al grupo la intención de obtener un cierto resultado social mediante el texto normativo aprobado. Primero, vale recalcar que no captar cómo los parlamentarios entienden su propia actividad solo es un problema si entendemos que la acción colectiva es la mera suma de intenciones participativas y no su superposición. Segundo, esta sugerencia supone redefinir el fin colectivo como decidir acerca de la promulgación de un texto normativo para alcanzar un determinado propósito. Así, mientras la regla de la mayoría definiría la superposición necesaria de las intenciones participativas respecto de la aprobación de un texto normativo, la regla implícita definiría la superposición respecto del propósito. Ahora, parece improbable que la mayoría del grupo comparta una misma visión respecto del propósito, por lo que la regla implícita debería establecer una medida de superposición menor a la mayoría. La existencia paralela de estas dos reglas y la distinta medida de superposición que establecen, demuestra que en realidad esta regla implícita solo serviría para definir una acción distinta (intentar con el texto normativo alcanzar un propósito) de un grupo distinto (un subgrupo dentro de la asamblea colectiva).

⁶⁶ KURTZ, 2000a, p. 109.

Este esquema muestra que si bien las asambleas legislativas son capaces de actuar colectivamente, solo son capaces de tener intenciones de acciones intencionales de Anscombe. La promulgación de un texto normativo es una acción colectivamente intencional. No obstante, las características de las asambleas legislativas limitan su profundidad intencional. La diversidad entre los miembros de la asamblea, la conflictividad de la actividad legislativa y las reglas formales del procedimiento, circunscriben el rol individual y el componente colectivo de las intenciones participativas individuales e imposibilitan la atribución de una intención en el actuar (propósitos e intenciones) a la asamblea en tanto agente colectivo.

Para medir la eficacia como éxito, entonces, no hay otra alternativa que conformarse con algún propósito presente en la legislación-proceso y no el propósito de la legislación-resultado. Como he señalado, es ostensible que en la legislación-proceso algunos miembros de la asamblea legislativa ofrecen argumentos respecto de aquello que se quiere lograr con la ley; esto, en conjunto con los trabajos preparatorios y eventuales exposiciones de motivos⁶⁷ puede permitir elaborar una buena explicación teleológica del propósito (o uno de los propósitos) que el autor del proyecto o el grupo que impulsó la ley quiso conseguir. No obstante, por la razones señaladas, este propósito no puede ser atribuido a la asamblea en tanto agente colectivo.

V. CONCLUSIONES

La comprensión de la legislación que he presentado tensiona la idea de que el derecho es un medio para el logro de los fines sociales de los edictores de las leyes. Primero, porque la legislación-producto no es más que un texto normativo y antes de lograr cualquier objetivo social o propósito, requiere de una actividad interpretativa respecto del que el legislador tiene poco control. Segundo, porque al sancionar un texto la asamblea legislativa (como agente colectivo) solo lleva a cabo una acción intencional y no es capaz de tener una intención en el actuar.

Esta cuestión impacta en el concepto de eficacia como éxito de las leyes porque el éxito no depende estrictamente de la actividad legislativa. Así, un mejor concepto de eficacia como éxito de las leyes parece ser el siguiente: una ley L (que constituye en sí misma una unidad de análisis o forma parte de una unidad de análisis) es eficaz como éxito como la medida en que, mediante el cumplimiento o aplicación de una norma N (o un conjunto de normas), que forma parte del marco normativo de una disposición D (o de un conjunto de disposiciones), que pertenece a la ley L (o al conjunto de leyes

⁶⁷ Las motivaciones formales de las leyes no son, por regla general, resultado de la acción colectiva de las asambleas legislativas en tanto no se suelen tramitar como un artículo y suelen ser un requisito de iniciativas legislativas que no se refleja en la legislación-producto. Hay excepciones importantes como el caso de España. Un análisis del rol de las motivaciones explícitas en estos casos excepcionales requiere consideraciones tales como su generalidad o especificidad, qué pasa si la motivación parece deshonestas, etcétera. Por ello su análisis excede a este trabajo.

que forman parte de la unidad de análisis), consiga el propósito P, que corresponde a la mejor explicación teleológica, a partir de la historia de la ley y trabajos preparatorios, de ciertas intenciones en el actuar de algunos miembros de la asamblea legislativa.

La racionalidad teleológica legislativa es una idea que debe ser reexaminada, pues parece verse implicada de un modo distinto en la legislación-proceso y en la legislación-resultado. En la actividad legislativa la racionalidad legislativa depende de qué se discorra en torno a uno o más propósitos pretendidos. En cambio, en la legislación-resultado la idea de racionalidad teleológica pierde sentido, ya que la asamblea legislativa no ejerce un control voluntario específico sobre el derecho (pues entre la ley como producto y los resultados sociales se interpone la actividad interpretativa) y en tanto agente colectivo no tiene un propósito. Ahora, si se quiere conservarla, solo puede ser atribuida en un sentido bastante débil, con matices análogos a los ya señalados respecto de la eficacia como éxito.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, 2007: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Lima, Palestra Editores.
- ANSCOMBE, Elizabeth, 1963: *Intention*, Cambridge (Massachusetts) y Londres, Harvard University Press.
- ATIENZA, Manuel, 1997: *Contribución para una teoría de la legislación*, Madrid, Editorial Civitas.
- ATIENZA, Manuel, 2013: *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Editorial Trotta.
- ATIENZA, Manuel, 2019: "Legislation and Argumentation: Toward a Model for the Analysis of Legislative Reasoning", en A. Daniel Oliver-Lalana (editor), *Conceptions and Misconceptions of Legislation*, Springer, pp. 175-206.
- BARAK, Aharon, 2005: *Purposive interpretation in law* (trad. Sari Bashi), Princeton y Oxford, Princeton University Press.
- BRATMAN, Michael, 1999: *Faces of intention. Selected essays on intention and agency*, Cambridge, Cambridge University Press.
- CALSAMIGLIA, Albert, 1993: "¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?", *Doxa*, N° 13.
- CHIASSONI, Pierluigi, 2019: *Interpretation without Truth. A Realistic Enquiry*, Springer.
- DELGADO, Jesús, 2006: "Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles", *Doxa*, N° 29.
- DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis, 2019: "Rationality in Criminal Law Making. Rational Decision Making in a Complex Socio-Legislative Process", en A. Daniel Oliver-Lalana (editor), *Conceptions and Misconceptions of Legislation*, Springer, pp. 51-80.
- EKINS, Richard, 2012: *The nature of legislative intent*, Oxford, Oxford University Press.
- FERNÁNDEZ, Carolina, 2019: "Normas sociales y problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas", *Doxa*, N° 42.
- GARCÍA AMADO, Juan, 2000: "Razón práctica y teoría de la legislación", *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, volumen 9.
- GILBERT, Margaret, 1989: *On social facts*, Londres, Routledge.
- GUASTINI, Riccardo, 2012: "El escepticismo ante las reglas replanteado", *Discusiones*, N° 11.
- HIERRO, Liborio, 2003: *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona, Ariel.
- JEAMMAUD, Antoine, 1984: "En torno al problema de la efectividad del derecho", en *Crítica jurídica*, N° 1.

- KUTZ, Christopher, 2000: "Acting Together", *Philosophy and Phenomenological Research*, volumen LXI, N° 1.
- KUTZ, Christopher, 2000a: *Complicity. Ethics and law for a collective age*, Cambridge, Cambridge University Press.
- LARENZ, Karl, 1980: *Metodología de la ciencia del derecho* (trad. Marcelino Rodríguez), Barcelona, Ariel.
- MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert, 1991: "Interpretation and justification", en MacCormick, Neil y Summers, Robert (editores), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Londres y Nueva York, Routledge.
- MARCILLA, Gema, 2005: *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MARCILLA, Gema, 2019: "Proportionality in Lawmaking", en A. Daniel Oliver-Lalana (editor), *Conceptions and Misconceptions of Legislation*, Springer, pp. 153-173.
- MARMOR, Andrei, 2001: *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa.
- NAVARRO, Pablo, 1990: *La eficacia del derecho: una investigación sobre la existencia y el funcionamiento de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudio Constitucionales.
- OLIVER-LALANA, Daniel, 2008: "Los argumentos de eficacia en el discurso parlamentario", *Doxa*, N° 31.
- SEARLE, John, 1992: "Collective intentions and actions", en Cohen, P., Morgan, J. y Pollack, M. (editores), *Intentions in Communication*, Cambridge (Massachusetts) y Londres, The MIT Press, pp. 401-415.
- SUMMERS, Robert, 1977: "Naïve instrumentalism and the law", en Hacker, P.M.S., y Raz, J. (editores), *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, pp. 119-131.
- TARELLO, Giovanni, 2013: *La interpretación de la Ley* (trad. Diego Dei Vecchi), Lima, Palestra Editores.
- TUOMELA, Raimo y MILLER, Karlo, 1988: "We intentions", *Philosophical studies: An international Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, vol. 53, N° 3.
- WALDRON, Jeremy, 2005: *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons.
- WINTGENS, Luc, 2002: "Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence", en Luc Wintgens (editor), *Legisprudence: a New Theoretical Approach to Legislation*, Oxford y Portland Oregon, Hart Publishing, pp. 9-39
- WRIGHT, Abby, 2006: "For all intents and purposes: What collective intention tells us about Congress and Statutory Interpretation", *University of Pennsylvania Law Review*, volumen 154, N° 4.
- ZAPATERO, Virgilio, 1994: "De la jurisprudencia a la legislación", *Doxa*, N° 15-16.

