



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA

ISTITUTO TARELLO PER LA FILOSOFIA DEL DIRITTO

TEMA:

**La racionalidad legislativa en las teorías de la
legislación**

Luis Eduardo Franco Mendoza

**Nombre de los tutores: Pierluigi Chiassoni y Andrej
Kristan**

LUGAR Y FECHA DE FINALIZACIÓN:

Génova, julio de 2023

Agradecimiento

A la Universidad de Génova y al Instituto Tarello, por su acogida en todos estos años.

A mis Tutores Pierluigi Chiassoni y Andrej Kristan, por el apoyo y guía en la dirección y seguimiento de mi tesis.

A toda la escuela genovesa por su gran ejemplo.

Dedicatoria

A la memoria de mi abuela Carmela, a mis padres Eduardo y Adriana y a mi hermana Adriana con amor.

Índice	
Carátula	1
Agradecimiento	2
Dedicatoria	3
Introducción	10
1. El interés de los estudios sobre la legislación	10
2. El uso de la locución «racionalidad legislativa»	12
3. El uso del término «racionalidad» y su fundamento filosófico	15
3.1. La unidad de la racionalidad teórica y práctica	16
3.2. La razón práctica y teórica en la legislación racional	17
3.3. Diferentes posturas sobre la noción de razón práctica	21
3.4. Racionalidad instrumental y razón práctica	22
3.5. La razón práctica y el modelo de racionalidad maximizadora	24
4. Una mirada al contenido de los capítulos	27
4.1. El primer capítulo	27
4.2. El capítulo segundo	29
4.3. El capítulo tercero	34
4.4. El capítulo cuarto	38
4.5. El capítulo quinto	41
4.6. El capítulo sexto	45
Capítulo I	48
La racionalidad legislativa en las teorías de la Ilustración	48
1. La “<i>Scienza della legislazione</i>” de Gaetano Filangieri y su relación con la racionalidad legislativa	48
1.1. La influencia de Montesquieu en la obra de Gaetano Filangieri	48
1.2. El proceso codificador según Filangieri	51
1.2.1. Una breve introducción a la <i>Scienza della legislazione</i>	52
1.2.2. Estructura del plan razonado de la obra	55
1.3. Bondad absoluta y bondad relativa de la ley	60
1.4. Dos concepciones antagónicas de la actividad legislativa: notas a propósito del comentario de Benjamin Constant sobre la <i>Scienza della legislazione</i>	63

2. La teoría de la legislación de Jeremy Bentham y su relación con la racionalidad legislativa	66
2.1 La influencia de la Ilustración en Bentham	67
2.2. Dos tipos de jurisprudencia: expositiva y censoria.	70
2.3. El principio de utilidad como fundamento normativo de la racionalidad legislativa benthamiana	73
2.4. El proyecto codificador benthamiano: algunos principios sobre la legislación	78
2.4.1. El principio de codificación de las leyes	79
2.4.2. El principio de claridad de la ley	84
2.4.3. El principio de comprensión de los hechos	84
2.4.4. El principio de adopción de la terminología adecuada.....	85
2.4.5. El principio de corrección de los problemas derivados de la vaguedad y carga emotiva del lenguaje	86
2.4.6. El principio de separación por materias en la codificación de la legislación	87
3. La teoría de la legislación de John Austin y su relación con la racionalidad legislativa.....	87
3.1. John Austin y el mapa del saber jurídico	88
3.2. El utilitarismo de la regla teológica como criterio de racionalidad legislativa.....	94
3.3. Austin y la noción de legislación judicial (<i>judicial legislation</i>): algunas anotaciones críticas	98
3.4. El saber jurídico austiniano y la racionalidad legislativa.....	105
Capítulo II.....	107
La racionalidad legislativa en la legisprudencia de Luc J. Wintgens.....	107
1. La libertad como <i>principium</i>	107
1.1. La reflexividad como primera dimensión de la libertad	112
1.2. Del origen al <i>Principium</i>: la igualdad como segunda dimensión normativa de la libertad.	112
1.3. La dimensión social de la libertad: <i>principium</i> en contexto	113
2. Las nociones de racionalidad empleadas por Wintgens	120

2.1. La noción de racionalidad en Descartes y Aristóteles.....	121
3. Los principios de la legisprudencia	138
3.1. Justificación teórica de los principios de la legisprudencia.....	138
3.1.1. El principio de coherencia	140
3.1.2. La teoría de los niveles de coherencia.....	140
3.1.3. Nivel de coherencia ₀ o coherencia sincrónica.....	140
3.1.4. Nivel de coherencia ₁ o coherencia diacrónica	141
3.1.5. El nivel de coherencia ₂ : coherencia y composibilidad del sistema....	142
3.1.6. El nivel de coherencia ₃ o coherencia incustada y dependencia de la ideología	143
3.1.7. Consideraciones sobre los principios de coherencia wintgensiano ...	144
3.2. El principio de alternabilidad	144
3.3. El principio de temporalidad	146
3.5. El principio de necesidad de la densidad normativa.....	147
Capítulo III	151
Prefacio.....	151
1. Una reconstrucción de las tesis principales de la teoría del empujón	151
1.1. El estatus epistémico de las ciencias comportamentales en la teoría económica.....	152
1.2. <i>Nudge</i> : una definición imprecisa.....	154
1.3. Heurística y sesgos dentro del modelo del hombre empujado	156
1.4. Las teorías del proceso dual del razonamiento.....	158
2. El paternalismo libertario como presupuesto de la teoría del empujón	163
2.1. El Paternalismo libertario de Thaler y Sunstein	163
2.2. Principales argumentos en contra del paternalismo en sentido amplio ..	167
2.2.1. El argumento utilitarista	168
2.2.2. El argumento del respeto de la autonomía individual	170
2.3. Algunos tipos de paternalismos.....	173
1.5. El modelo de racionalidad del <i>homo Economicus</i>	177
3.1. Las tesis adscritas al «Homo economicus».....	178
3.2. La teoría de la preferencia revelada	183

Capítulo IV	186
La racionalidad legislativa en la teoría de la legislación colaborativa (crowdlaw)	186
1. El <i>crowdlaw</i> en el proceso legislativo	186
1.1. Las tesis principales del <i>crowdlaw</i>	187
2. Las críticas heurísticas a la aplicación del <i>crowdlaw</i>	191
3. <i>Crowdlaw</i> como un método de legitimidad democrática	195
4. <i>Crowdlaw</i> como especie de <i>crowdsourcing</i>.....	197
5. ¿Qué se entiende por «<i>crowdsourcing</i>»?.....	198
5.1. <i>Crowdsourcing</i> activo y pasivo	201
5.2. Otros tipos de <i>crowdsourcing</i>	203
6. El <i>crowdsourcing</i> y la inteligencia colectiva	208
6.1. La Inteligencia colectiva	209
6.1.1. Algunas definiciones del término «inteligencia colectiva».....	209
6.2. Algunos problemas de la inteligencia colectiva en el contexto de la red colaborativa	215
6.3. El <i>crowdlaw</i> como tipo de inteligencia colectiva	217
7. El <i>crowdlaw</i> y la racionalidad legislativa: consideraciones finales	219
Capítulo V	221
Hacia un estudio analítico del legislador racional.....	221
1. ¿Qué se entiende por el término «legislador»?	221
1.1. El concepto de legislador racional	223
1.2. ¿Para qué es útil el fundamento metodológico del legislador racional? ..	225
1.3. Dos modelos de legislador racional.....	227
1.3.1. La racionalidad en relación con las características subjetivas del legislador	227
1.3.2. La racionalidad en relación con las determinantes objetivas de la conducta del legislador	230
1.4. Los sentidos adscritos a la expresión «legislador racional ideal»	232
1.5. Conclusión.....	233
2. Ambigüedad del término legislación	234

2.1. La legislación como proceso	234
2.1.1. La evaluación legislativa como parte esencial de la metodología legislativa.....	235
2.1.2. La técnica legislativa como aspecto formal de la legislación	236
2.3. La legislación como producto.....	238
2.4. Racionalidad del proceso y producto legislativo	240
2.5. Sociología de la legislación: parámetros del aval de la ley	241
2.5.1. La evaluación de la legislación: prospectiva y retrospectiva.....	242
2.5.2. Parámetros evaluativos de la legislación: efectividad, eficacia y eficiencia	243
2.5.3. Tres versiones de eficacia.....	247
2.5.3.1. Normas eficaces pero no efectivas.....	249
2.5.3.2. Normas no eficaces pero efectivas.....	249
2.5.3.2. El criterio de factibilidad y su relación con la eficiencia	250
2.5.4. ¿Hay espacio para evaluación en la actividad legislativa?	251
Capítulo VI.....	254
Dos aproximaciones teóricas a la racionalidad legislativa	254
Prefacio.....	254
1. Una primera mirada a las teorías argumentativistas de la racionalidad legislativa.....	254
2. La razonabilidad legislativa	256
3. La relación entre racionalidad y razonabilidad legislativa	258
4. La aceptabilidad de las razones legislativas.....	263
5. Las teorías realistas de la racionalidad legislativa: consideraciones introductivas	267
6. La legislación desde una perspectiva realista	267
6.1. El realismo jurídico.....	268
6.2. El uso del término «legislación» a la luz del realismo jurídico	269
7. Karl Olivecrona y la legislación como producto.....	273
8. La tesis de la voluntad del texto legislativo	274
9. La tesis de las formulaciones normativas.....	277

10. La tesis de la ausencia de correspondencia entre las disposiciones normativas y las normas	278
11. La tesis del pluralismo ideológico	279
12. La tesis de la indeterminación del sistema jurídico	279
Capítulo VII	282
Algunas conclusiones	282
Referencias bibliográficas.....	296

Introducción

1. El interés de los estudios sobre la legislación

En los últimos años hemos presenciado una notable proliferación de los estudios sobre la racionalidad de la legislación en el campo académico desde diversas perspectivas multidisciplinares. Este proceso de estudio y reflexión sobre la actividad legislativa también se ve reflejado en instituciones a nivel supranacional como la Unión Europea, quien ha dedicado esfuerzos en profundizar mecanismos y aplicación de procesos de «mejor regulación» parlamentaria¹.

Sin embargo, en lo que concierne a la experiencia de la cultura jurídica continental, el escepticismo radical con respecto a la legislación parece ser una constante en las actitudes de los juristas a través del tiempo. Los juristas se han circunscrito a las tareas de describir, interpretar, sistematizar y aplicar las leyes, mientras que su elaboración constituye un espacio desatendido. La ciencia jurídica ha insistido en preservar la vieja frontera entre el estudio del derecho positivo y el estudio sobre su *producción*, sin replantearse cómo y cuándo puede este contribuir a mejorar aquel².

La «jurisprudencia de la legislación»³ por tomar una expresión de Jeremy Waldron, continúa buscando un espacio relevante en la ciencia jurídica centrada en la actividad judicial, que muestra poco interés en desentrañar el potencial y los límites de la una supuesta «racionalidad» en la creación de las leyes.

En el mundo anglosajón, gran parte del descuido a los procesos de racionalidad de la legislación se debe sin duda al hecho de que la “ley” que se estudia en las facultades de derecho es principalmente la “ley” que emana de los tribunales. Este enfoque académico unilateral se basa en la suposición de que el lugar de resolución de conflictos por parte de los juristas se encuentra principalmente en el ámbito judicial. La influyente observación del juez Holmes de que “...*the prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*”⁴ le dio mayor realce a la idea de que el poder judicial está en el «centro del universo jurídico».

¹ La Comisión Europea, por ejemplo, ha emprendido un programa de mejoras llamado «*Better regulation*» con el objetivo de simplificar y mejorar la legislación de la Unión Europea; incrementar la participación política de los ciudadanos; y tomar acciones de regulación sobre la base de la evidencia empírica. Véase, https://commission.europa.eu/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation_en.

² Hurst, W. (1965). Legislation as a Field of Legal Research. *Harvard Journal on Legislation* 2. pp. 5-6.

³ Waldron, J. (1999). *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon press.

⁴ Holmes. (1897). *The Path of the Law*. 10 Harv. L. Rev. 457, 461.

Una explicación de este fenómeno centrado en rasgos de la cultura jurídica tradicional estadounidense es la siguiente: se prioriza el derecho de creación judicial como la fuente superior y auténtica de derecho, y se contempla a la legislación como una fuente inferior, una fuente que sería más bien *un asunto político*, no tanto jurídico⁵. Otras explicaciones adicionales apuntan a las características de la enseñanza jurídica estadounidense, que se basa, principalmente en el método de casos (más que en el estudio de leyes) para trabajar sobre las diferentes materias jurídicas. Esta forma de enseñar el derecho se remonta a la antigua tradición del *common law* inglés emprendida por el célebre maestro de la época Blackstone⁶.

Así, las investigaciones jurídicas han presentado tradicionalmente escasa atención al fenómeno de creación del derecho positivo en sede parlamentaria. Esta persistente actitud no resulta procedente dentro del contexto que algunos juristas han denominado como «cultura de justificación⁷» dada la sobresaliente significación que ha adquirido la ley como instrumento promotor de cambios sociales en nuestras sociedades contemporáneas.

El terreno de la «legisprudencia» (*legisprudence*) entendida como una filosofía de la legislación o como una teoría de la racionalidad de la legislación⁸ es considerablemente más accidentado que el de la «jurisprudencia judicial». La institución legislativa dentro de la disciplina jurídica evoca imágenes de parcialidad, emocionalismo, maniobras y tratos por el «poder», compromisos, etc. En cambio, la institución judicial, en el mejor de los casos, se considera reflexivo, deliberativo, objetivo y, sobre todo, dotado de algún tipo de «racionalidad». Se cree que los legisladores son susceptibles a las apelaciones al sentimiento o al poder; las audiencias sobre los méritos de la legislación propuesta deben lidiar con el compromiso partidista previo; las regulaciones legislativas propias del procedimiento de creación y promulgación de las leyes son intrascendentes ante la voracidad de lo político; los votos finales rara vez están influenciados por el debate; y las decisiones definitivas no se defienden mediante decisiones motivadas⁹.

Debido a estos factores, el proceso legislativo adquiere un carácter que se percibe como “político”. Podría preguntarse cómo es posible que un proceso tan indómito pueda

⁵ Stack. (2016). Lessons from the Turn of the Twentieth Century. Cit; R. West. Toward the Study of the Legislated Constitution. *Ohio State Law Journal* 72/6. pp. 1343-1366.

⁶ Eskridge, W.N. (et all) (2001). *Cases and Materials on Legislation: Statutes and the Creation of Public Policy*. West. St. Paul.

⁷ Celano, B. (2013). *I diritti nello Stato costituzionale*. Bologna: il Mulino. p. 13.

⁸ Aquello se discutirá en el párrafo siguiente.

⁹ Cohen, J. (1983). Legisprudence: Problems and Agenda. *Hofstra Law Review* 11. p. 1165.

ser domesticado intelectualmente mediante influencias normativas. La respuesta bien podría ser que la relativa indisciplina del proceso legislativo no debería ser un impedimento mayor para la investigación teórica que la turbulencia del clima para el estudio de la meteorología.

Esta investigación, está enmarcada en esa turbulencia, ya no del clima, sino en la serie de significados que provienen de los conceptos de la literatura sobre la racionalidad legislativa que se abre paso en el campo iusfilosófico. Entrando en materia de análisis, es importante destacar que este trabajo se ubica lejos de los campos de la política del derecho muy extendidos al abordar un diseño institucional parlamentario para utilizar una teoría normativa de la legislación determinada. Más bien, se ubica en los campos de una perspectiva teórica descriptiva y analítica, en la que se enmarcan algunas consideraciones terminológicas previas.

2. El uso de la locución «racionalidad legislativa»

En este apartado se discutirá acerca del concepto de «racionalidad legislativa». Puesto que la pretensión final es emplear esa noción en el análisis de otros conceptos que serán desarrollados en los sucesivos capítulos, la tarea a desarrollar será de carácter metalingüístico. Consistirá, primero, en una revisión de los distintos significados con que se utiliza esta expresión en la discusión iusfilosófica. Sobre esta base será posible evaluar cuál de ellos contribuye a la mejor comprensión de los temas a estudiar en el desarrollo global del trabajo.

Teniendo esto en cuenta, se pueden identificar al menos dos usos de la locución «racionalidad legislativa» en la literatura contemporánea, a saber:

i) El uso en función de la idea de que el legislador debe ofrecer una motivación «racional» para sus leyes, es decir, una justificación explícita y una presentación de sus razones. Con la afirmación de los Estados constitucionales, el derecho está asistiendo a la expansión de una *cultura de la justificación* para la cual todo acto de producción legislativa está sujeto a un escrutinio axiológico de compatibilidad con los principios constitucionales¹⁰. En tal sentido, hay quienes asocian esta cultura de justificación con las modernas teorías de la argumentación jurídica, presuponiendo que el razonamiento jurídico tiene como característica fundamental la vinculación a la ley, donde la teoría de

¹⁰ Sobre las características y las tesis del Estado constitucional véase, Celano, B. (2013). *I diritti nello Stato costituzionale*. Bologna: il Mulino.

la argumentación jurídica debería considerar también en qué medida la racionalidad legislativa es un presupuesto de una argumentación jurídica racional¹¹.

No obstante, en la cultura del Estado democrático contemporáneo, la legitimidad del poder legislativo deriva del mandato electoral y esto a menudo se ha interpretado como una exención para el legislador de cualquier deber de argumentar sus decisiones. Esta concepción democrática está anclada en la visión absolutista hobbesiana más antigua de que es deber de quienes hacen las leyes imponerlas con su propio poder, no justificarlas con razones. Desde esta postura, la autoridad misma sirve de argumento para la justificación de la creación de leyes¹².

Además, en la cultura jurídica moderna existe probablemente un prejuicio desfavorable a la «racionalidad legislativa» entendida como la justificación en base a las razones de las leyes, sobre cuya base, exigir una justificación al legislador sería pedir demasiado: la legislación es el lugar de la irracionalidad y la retórica de baja categoría, de la negociación a corto plazo, de mediación entre intereses a menudo indecibles, de incompetencia técnica y jurídica.

Sin embargo, en el paradigma de los Estados constitucionales, la legitimación ya no es puramente política ni puede atribuirse al principio de mayoría simple. El legislador está cada vez más obligado por los límites de la constitución pero también por los del derecho internacional y supranacional. Además, al dialogar con otros poderes, el legislador se ve obligado a poder ofrecer razones que justifiquen sus elecciones. Por supuesto, para que esto suceda debe haber *buenas razones* para ofrecer: la legislación ya no sería solo la expresión de una voluntad política y no puede dejar de responder a la solicitud de «racionalidad» entendida como conformidad de las leyes a la carga axiológica de las constituciones modernas.

ii) En un segundo sentido más estricto que podría prescindir del paradigma del Estado constitucional, el vocablo «racionalidad legislativa» está comprendido bajo el término «*legisprudence*¹³» -etiqueta acuñada por Cohen- y vinculada a la elaboración de una «teoría racional de la legislación» adecuada que identifica los principios a los que debe ajustarse la legislación para ser considerada justificada. La racionalidad que se

¹¹ Marcilla Córdoba, G. (2004). *Argumentación jurídica y racionalidad legislativa en el Estado Constitucional. Anuario de filosofía del derecho*(21), 337-352.

¹² Raz, J. (1979). *The Authority of Law: essays on law and morality*. Oxford: Clarendon Press.

¹³ El término «*legisprudence*» fue originalmente acuñado por Cohen en un artículo de los años 50 titulado: *Towards Realism in Legisprudence*. Véase también, Cohen, J. (1983). *Legisprudence: Problems and Agenda. Hofstra Law Review*, 11(4), 1163-1183.

discute entonces, es la que presupone la *motivación* explícita (en los preámbulos u otros textos acompañantes) de las leyes¹⁴: haciendo especial referencia a la racionalidad del individuo participante a la legislación como proceso. Esta concepción se refiere a la *motivación formal* como oferta de justificaciones. La *motivación explícita* debe satisfacer las condiciones formales en la oferta de justificaciones.

Es conocido, que la *legisprudence*, fue un término inicialmente utilizado para mostrar la relevancia de los estudios de la legislación en la agenda académica norteamericana por parte de la reflexión teórica-jurídica, que ha sido rescatado por Wintgens¹⁵ para concebirla como una disciplina crítica o normativa que se ocupa de la racionalidad y justificación de la legislación. En este sentido, el término hace referencia a una teoría particular sobre la legislación: la teoría normativa de Luc. J. Wintgens¹⁶.

Según Wintgens, cualquier limitación externa de la libertad -agregaría negativa, haciendo uso de la clásica distinción de Isaías Berlin- debe ser justificada¹⁷. La *legisprudencia* se define como una rama de la filosofía del derecho que está a cargo de la «teoría de la legislación». Desde esta perspectiva, la locución «racionalidad legislativa» hace referencia a un determinado estándar de razones compatibles con criterios formales de producción normativa en aras de mejorar la calidad de las leyes¹⁸.

Pese a que la propuesta normativa de Wintgens se discute en la cultura jurídica continental europea, el término ni si quiera es aceptado comúnmente al referirse al campo práctico y teórico de la legislación. En los EE.UU., algunos autores emplearon hace algún tiempo el término pero, hoy en día, al campo jurídico de los estudios sobre legislación se suele hacer referencia simplemente como «legislación», o también a menudo como «legislación e interpretación de las leyes». En cambio, en el campo de las ciencias políticas se usa habitualmente la expresión «estudios legislativos» para denominar el área que estudia los parlamentos u órganos legislativos¹⁹.

¹⁴ Wintgens, L. J. (2006). *Legisprudence as a New Theory of Legislation*. *Ratio juris*, 19(1), 1-25.

¹⁵ Wintgens, L. J. (1992). *Création d'une banque de données en "Légisprudence"*. in : *LeGes*. Véase también, "Creation and Application of Law from a Legisprudential Perspective: Some Observations on the Point of View of the Judge and the Legislator" en A. Aarnio et al (eds) *Justice, Morality and Society: A Tribute to Aleksander Peczenik on the Occasion of his 60th Birthday on 16 November 1997* (*Juristförlaget* Lund, 1997) 469-89.

¹⁶ Wintgens, L. J. (2006). *Legisprudence as a New Theory of Legislation*. *International Journal for Education Law and Policy*, 2, pp. 85-100.

¹⁷ Según Wintgens, el deber de justificación de la legislación nace del respeto a la libertad como *principium*, en donde la justificación de la legislación es marcada como un proceso de pesar y balancear la moral y las limitaciones políticas de la libertad.

¹⁸ Estos criterios formales se analizarán con detenimiento en el capítulo II.

¹⁹ Esto es así en Martin, Shane, Thomas Saalfeld, and Kaare W. Strøm (eds), (2014). *The Oxford Handbook of Legislative Studies*, Oxford Academic.

En Europa, hasta cuando se escribe en lengua inglesa sobre cuestiones legislativas se emplea también una gran variedad de términos, tales como *legisprudence*, *legística* (*legistics* o *legistique*), para hacer referencia al campo que dentro de los estudios jurídicos que se dedica a la investigación y la enseñanza sobre teoría y práctica de la legislación²⁰.

Esta definición genérica permite reflejar la idea de que este campo incluye un amplio espectro de literatura académica, que abarca desde las discusiones teóricas y de fundamento filosófico de la legislación²¹ hasta trabajos eminentemente prácticos, como los dirigidos a instruir o formar *drafters* legislativos²².

Huelga decir, que en el primer sentido, la racionalidad es *sustancial*, es decir, de coherencia axiológica de conformidad a una escala de valores inherentes al ordenamiento jurídico de que se trate. Mientras que en el segundo sentido, la racionalidad es de tipo *instrumental* puesto que a primera vista, no se compromete con ninguna coherencia axiológica, más bien, utiliza una serie de procedimientos (que los autores consideran racionales) para lograr los fines de una legislación-producto.

3. El uso del término «racionalidad» y su fundamento filosófico

Pensar en la «naturaleza» de la racionalidad asociada a las virtudes no parece muy extraño (lo racional entendido como bueno). Hay muchas razones para pensar que esta ha sido la concepción dominante de racionalidad durante gran parte de la historia de la filosofía. Y, como se analizará a continuación, esta forma de pensar sobre la racionalidad encaja bien con gran parte de nuestro uso habitual del término.

Pero, ¿qué implica esta concepción teórica de la racionalidad como virtud? En un nivel abstracto, esta forma de pensar sobre la racionalidad comienza con la idea de que la racionalidad puede verse como una *capacidad* o como una *virtud* que uno posee cuando esta capacidad funciona bien. Esta noción hace referencia a las capacidades individualizadas, al menos en parte, por su actividad o función característica²³. Así, vista

²⁰ Karpen, U. (2005). On the State of Legislation Studies in Europe. *European Journal of Law Reform* 7. pp. 59-78.

²¹ Podemos categorizar el trabajo de Waldron en este marco. Véase, Waldron, J. (1999). *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University press.

²² Karpen, U. (2008). Instructions for Law Drafting. *European Journal of Law Reform* 10. p. 163.

²³ Esta tradición sobre la racionalidad como facultad se remonta a Aristóteles, también ocupa un lugar destacado en la discusión de Kant sobre nuestras facultades. De hecho, incluso alguien como Hume, que tiene una comprensión muy “deflacionaria” de las facultades mentales, considera que estas facultades se individualizan más o menos de esta manera. Para obtener más información sobre la comprensión de Hume

como una capacidad, la racionalidad se asocia con ciertos estándares de «bondad» o «funcionamiento adecuado» que se derivan de la actividad o función que le es característica: la idea de la racionalidad como virtud ha sido teorizada por Svavarsdóttir²⁴ y Wedgwood²⁵. De esta manera, una caracterización de la racionalidad basada en la teoría de las virtudes genera naturalmente tanto una «concepción de capacidad» como una «concepción de virtuosismo» de la racionalidad. Como tal, desde esta perspectiva, no es sorprendente que la racionalidad a veces se refiera a una capacidad (por ejemplo, la capacidad de comprensión). En el marco de la literatura en torno a la racionalidad legislativa, se habla de «legislador racional», «ley racional» o simplemente «buena legislación» como términos perfectamente intercambiables que denotan capacidad y virtud²⁶.

Por supuesto, ha sido materia de extenso debate sobre cómo se entiende mejor ese discurso de «capacidades» ya que cuando hablamos de capacidad para algo, esto se puede entender de dos formas relacionadas pero distintas. Por un lado, podríamos estar describiendo esta capacidad en términos de su *objetivo* o *función*. Pero, por otro lado, podríamos estar describiéndolo en términos de sus *actos* o *actividades* al servicio de esta función. Esta distinción nos invita a cuestionarnos ¿qué se entiende por racionalidad práctica y cuál es su relación con la racionalidad teórica? ¿Qué significa que la legislación racional deba ser considerada una actividad de la razón práctica?.

3.1. La unidad de la racionalidad teórica y práctica

Como se señaló anteriormente, podemos entender estas dos formas de racionalidad en términos de la capacidad general de racionalidad en la medida en que se

de la facultad de la razón, en: Hume, D. (1988). *A Treatise of Human Nature*. (ed. L. A. Selby-Biggs). Oxford University Press. p. 183.

²⁴ Véase, Svavarsdóttir, S. (2008). The Virtue of Practical Rationality. *Philosophy and phenomenological research*, 77(1), 1-33. Desde la perspectiva de Svavarsdóttir, la racionalidad práctica se considera mejor como una virtud: una excelencia en el ejercicio de las capacidades cognitivas de uno en los esfuerzos prácticos de uno. El autor desarrolla esta idea para producir una concepción humeana de la racionalidad práctica. Sin embargo, uno de los rasgos cruciales del enfoque no es distintivamente humeano y lo distingue de los enfoques neo-humeanos más familiares: la racionalidad práctica de un agente tiene que ver con la presencia y forma de su actividad cognitiva, así como con la forma en que se produce, compromete sus estados emocionales y motivacionales, en lugar de con el impacto que sus acciones tienen en su utilidad o con la forma en que sus acciones se relacionan con su utilidad esperada. El enfoque también contrasta con las explicaciones de la racionalidad con información completa.

²⁵ Véase, Wedgwood, R. (2007). *The Nature of Normativity*. Oxford: Oxford University Press.

²⁶ Véase, Edgley, R. (1964). The Varieties of Goodness. By Wright Georg Henrik Von (Routledge and Kegan Paul, 1963. Pp. 222. Price 28s.). *Philosophy*. 39(150), 362-364.

manifiesta en el pensamiento teórico o práctico. Según lo mencionado hasta el momento, se puede pensar que tanto el pensamiento teórico como el práctico tienen la función que es característica del pensamiento racional en general, a saber, la de generar *comprensión* entre los participantes. Pero al mismo tiempo, el pensamiento teórico y práctico se pueden distinguir entre sí por el tipo particular de comprensión que es su función de generar²⁷.

Entonces, ¿cómo deberíamos distinguir estas dos formas de comprensión entre sí? Hay al menos dos respuestas a esta pregunta que me parecen dignas de consideración.

Primero, existe la idea de que la comprensión teórica se puede distinguir de la comprensión práctica en términos de los diferentes estándares de corrección que son constitutivos de la comprensión en cuestión. Desde este punto de vista, la base de esta distinción radicaría en el hecho de que la comprensión teórica es *correcta* cuando su objetivo tiene una pretensión de verdad y que la comprensión práctica es correcta cuando su objetivo es *bueno*, prácticamente bueno, o *adecuado*²⁸.

La segunda respuesta está relacionada, pero comienza con la idea de que el razonamiento teórico y práctico tienen como objetivo responder a tipos de preguntas muy diferentes²⁹. Desde este punto de vista, la comprensión teórica y práctica se pueden distinguir entre sí al señalar que la comprensión teórica intenta resolver cuestiones de la forma «si p», mientras que la comprensión práctica intenta resolver cuestiones de la forma «si hacer p».

3.2. La razón práctica y teórica en la legislación racional

Se puede decir de manera general que la razón práctica es la capacidad humana para resolver, mediante la reflexión, la cuestión de *qué hacer*³⁰. Se puede considerar *práctica* la deliberación de este tipo en al menos dos sentidos. En un primer sentido es práctica por el tema en cuestión, en lo que se refiere a la acción. Pero también es práctica en un segundo sentido que apela a sus consecuencias o problemáticas en la medida en que la reflexión sobre la acción misma impulsa directamente a las personas a *actuar* (acción práctica).

²⁷ Engstrom, S. (2013). *Constructivism and practical knowledge*. In C. Bagnoli (Ed.), *Constructivism in Ethics*. pp. 133-152. Cambridge: Cambridge University Press.

²⁸ Velleman, J. D. (1996). The Possibility of Practical Reason. *Ethics*, 106(4), 694-726.

²⁹ Hieronymi, P. (2005). The Wrong Kind of Reason. *The Journal of philosophy*, 102(9), 437-457.

³⁰ Wallace, R. Jay, (2020). "Practical Reason", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*., Edward N. Zalta (ed.).

Sin embargo, existiría un espacio para una concepción *excéptica* de la razón práctica que reza así: la cuestión planteada es engañosa puesto que involucra dos problemas distintos. “Uno que se deba/pueda hacer en la situación S” y la otra “cómo hacer/lograr lo que se debe/puede hacer en la situación S”. La primera es una cuestión normativa, mientras que la segunda es una cuestión técnica o instrumental. Planteando así las cosas, no habría tal cosa como la razón práctica, pues no es otra cosa sino la razón aplicada a cuestiones técnicas relativas al logro de objetivos que se han elegido lograr o se asumen que se deben lograr.

Otra posibilidad de entender la noción de razón práctica es distinguirla de la razón teórica. Así, la razón teórica se la puede definir como el razonamiento sobre cuestiones de *explicación* y *predicción*. En retrospectiva, la razón teórica se pregunta por los eventos que ya han tenido lugar: por qué han ocurrido; mirando hacia el futuro, intentando determinar qué va a suceder en el futuro. De esta manera, la reflexión teórica se ocupa de los hechos y su explicación. Mirando hacia atrás a los eventos que ya han tenido lugar, se pregunta por qué han ocurrido; mirando hacia el futuro, intenta determinar qué va a suceder en el futuro. Además, trata estos temas en términos impersonales que son accesibles (en principio) a cualquier persona. El razonamiento teórico, entendido en esta línea, encuentra expresión paradigmática en las ciencias naturales y sociales.

La razón práctica, por el contrario, toma como punto de partida una dimensión claramente normativa. Por lo general, pregunta, de un conjunto de alternativas de acción, ninguna de las cuales aún se ha realizado, *qué se debe hacer* o *qué sería mejor hacer* en relación a fines establecidos. Por tanto, no se ocupa de cuestiones de hecho y de su explicación, sino de cuestiones *de valor*, de lo que sería deseable hacer. En el razonamiento práctico, los agentes intentan evaluar y sopesar sus razones para actuar, las consideraciones que hablan a favor y en contra de los cursos de acción alternativos que se les presentan. Además, lo hacen desde un punto de vista distintivo de primera persona, uno que se define en términos de una situación práctica en la que se encuentran.

No obstante, hay una forma diferente de entender el contraste entre la razón práctica y la teórica, enfatizando las semejanzas más que las diferencias entre las dos formas de deliberación. Según esta perspectiva, la reflexión teórica también se ocupa de las cuestiones normativas más que fácticas, es decir, de lo que uno *debe creer*. Intenta responder a esta pregunta normativa evaluando y sopesando las razones de *creencia*, las consideraciones que hablan a favor y en contra de las conclusiones particulares que uno podría concluir sobre la forma en que *es* el mundo. Nótese la diferencia de la primera

posibilidad de entender la noción de razón práctica: mientras la razón práctica responde a la pregunta qué se debe *hacer*, la razón teórica responde a la pregunta que se debe *creer*³¹. Solo en este sentido es también normativa. Además, lo hace desde un punto de vista de reflexión personal: la postura del razonamiento teórico en este sentido es la postura comprometida del creyente, no la postura de contemplación desprendida de las propias creencias³².

Desde esta segunda perspectiva, la razón teórica aborda las consideraciones que recomiendan aceptar afirmaciones particulares sobre lo que es o no es el caso. Es decir, implica una reflexión con miras a la verdad de las proposiciones, y las razones para creer en las que trata son consideraciones que hablan a favor de que tales proposiciones sean verdaderas o dignas de aceptación. La razón práctica, por el contrario, no se preocupa por la verdad de las proposiciones, sino por la *deseabilidad* o el *valor de las acciones*. Las razones por las que trata son consideraciones que hablan a favor de que determinadas acciones sean buenas o dignas de ejecución. La reflexión teórica referente a lo que uno debe *creer* produce cambios en el conjunto general de creencias, mientras que la razón práctica da lugar a cambios en curso de *acciones*.

En cuanto a los efectos de la razón teórica y práctica se puede decir lo siguiente. En primer lugar, el contraste recién trazado podría sugerir que existe una diferencia categórica en las consecuencias de la razón teórica y práctica, en la medida en que la primera produce cambios en estados mentales (**creencias**), mientras que la segunda da lugar a movimientos corporales o acciones institucionales (**acción**). Pero sería engañoso contrastar los dos tipos de capacidad racional en estos términos. El razonamiento práctico no da lugar a movimientos corporales *per se*, sino a acciones intencionales, y éstas son inteligibles como tales sólo en la medida en que reflejan estados mentales (**creencias**). Por tanto, sería más exacto caracterizar la cuestión de la razón tanto teórica como práctica como *actitudes*; en este sentido la diferencia sería que el razonamiento teórico conduce a modificaciones de **creencias**, mientras que el razonamiento práctico conduce a modificaciones de **intenciones**³³.

³¹ Visto así, el contraste entre la razón práctica y teórica es esencialmente un contraste entre dos sistemas de normas diferentes: los de regulación de la acción (razón práctica), por un lado, y los de regulación de la creencia (razón teórica), por otro.

³² Véase, Moran, R., (2001). *Authority and Estrangement*, Princeton: Princeton University Press.

³³ Véase, Harman, G., (1986). *Change in View*, Cambridge, Mass.: MIT Press. y; Bratman, M.(1987). *Intention, Plans, and Practical Reason*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Así es como arrivamos a la *acción conducta/comportamiento intencional*, que no es un mero movimiento corporal, sino que refleja una actitud distintiva de la intención del agente. Estar en este tipo de estado mental presupone haberse decidido por un plan que uno busca realizar a través de la acción. Claramente término «intención» se lo utiliza no asociándolo a un estado mental de creencia. Las actitudes proposicionales de las *creencias* tienen una función representativa; si uno descubre que el mundo no es como antes lo pensaba, uno reconocerá la presión para modificar su creencia en la dimensión relevante (presión a la que uno responderá si es no irracional). En cambio, con las *intenciones*, las cosas son diferentes³⁴. Por citar un ejemplo: la intención de ir a disfrutar de una piscina para practicar natación el miércoles, no es un estado que deba abandonarse al comprobar o confirmar que no se ha ido (todavía) a nadar el miércoles; más bien, una persona con tal intención normalmente tratará de alinear el mundo con la intención, yendo a nadar cuando llegue el miércoles.

Finalmente, se puede argumentar que lo que se llama «razón práctica» es la razón en tanto facultad que reflexiona sobre los medios más adecuados para lograr cierto fin. Siendo la racionalidad instrumental parasitaria de la racionalidad explicativa/causal. Si esto es así, no existiría “dos razones” sino una sola razón, que solo proporciona conocimientos acerca de premisas y consecuencias, causa y efectos, medios y fines.

Hechas estas distinciones podemos hablar de dos dimensiones *inseparables* de racionalidad legislativa: la dimensión teórica y la dimensión práctica. Nótese que ambas presuponen la idea del legislador racional (como capacidad de ser racional, o como virtud por poseer racionalidad). Hasta aquí, estas distinciones conceptuales «racionalidad como facultad»; «racionalidad como virtud» por un lado, y «racionalidad práctica y teórica» por otro, nos muestran los presupuestos de donde parten las diferentes teorías de la racionalidad legislativa, o del legislador racional que serán explicadas en los capítulos del presente trabajo.

En el siguiente apartado, me centraré en las diferentes posturas sobre la noción de razón práctica puesto que las teorías de la racionalidad legislativa presuponen explícitamente, una racionalidad de *hacer* o de *acciones*.

³⁴ Smith, M. 1987. The Humean Theory of Motivation. *Mind*. 96: 36–61.

3.3. Diferentes posturas sobre la noción de razón práctica

Dentro de la literatura filosófica general, se pueden distinguir al menos tres posturas con relación a la racionalidad práctica, a saber:

i. *El expresivismo* que representa una línea de respuesta a esta preocupación escéptica sobre la razón práctica. Los argumentos de este tipo ofrecen interpretaciones del lenguaje normativo y evaluativo que figura de manera distintiva en la reflexión práctica. Tal reflexión aborda las razones de un agente para actuar de una forma u otra; las conclusiones sobre tales razones se expresan de manera característica en términos evaluativos, como afirmaciones sobre lo que sería bueno hacer, o como conclusiones normativas sobre las acciones que uno debería realizar (racionalidad evaluativa y práctica). Sin embargo, el rasgo característico del expresivismo sostiene que las afirmaciones normativas y evaluativas de este tipo no representan logros cognitivos genuinos en el sentido de que sean capaces de tener *valor de verdad*, es decir, que sean verdaderos o falsos. Más bien dan expresión a estados no cognitivos, dirigidos a objetivos “que mueve” a los sujetos a la acción, como los deseos, sentimientos, planes y otras actitudes. La estrategia expresivista se basa en un contraste inicial entre la reflexión práctica, por un lado, y las formas genuinas de actividad cognitiva características del razonamiento teórico, por el otro. En fin, el expresivista sostiene que podemos dar sentido a la capacidad de la razón práctica para generar estados con la estructura y función peculiar de las intenciones solo si las afirmaciones evaluativas y normativas se entienden en este sentido³⁵.

ii. *El realismo* en el ámbito de la razón práctica, constituye la idea de que hay hechos sobre lo que tenemos motivos para *hacer* que son anteriores e independientes de nuestras deliberaciones, de los que esas deliberaciones son en última instancia responsables. Los realistas visualizan la razón práctica como una capacidad de reflexión sobre un cuerpo objetivo de verdades normativas sobre la acción.

iii. *El constructivismo* por su parte, niega que la razón práctica sea una capacidad de reflexión sobre un dominio objetivo de hechos normativos independientes (realismo); pero igualmente rechaza la sospecha naturalista del expresivista de la normatividad, en este sentido se muestra como una alternativa al realismo y al expresivismo. Según el

³⁵ Gibbard, A., 1990. *Wise Choices, Apt Feelings*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.; 2003, *Thinking How to Live*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
Blackburn, S., 1998. *Ruling Passions*, Oxford: Clarendon Press.

constructivismo, la razón práctica se rige por auténticas limitaciones normativas, pero lo que hace que estas limitaciones sean normativas es precisamente su relación con la voluntad de los agentes cuyas decisiones gobiernan. Los principios de la razón práctica son principios constitutivos de la agencia racional, vinculantes para los agentes en la medida de que nos comprometemos necesariamente a cumplirlos al querer cualquier cosa. El reino de lo normativo, en este enfoque, no se describe como un cuerpo de verdades o hechos que son anteriores e independientes de la voluntad; más bien, se considera que los agentes «lo construyen» a través de su propia actividad volitiva³⁶.

Hecha estas distinciones, bajo el expresivismo no se podría constituirse una teoría sobre la racionalidad legislativa (entendida como razón práctica) de carácter normativo. Con respecto a la postura *realista* en cambio, si cabría la posibilidad de una teoría de la racionalidad legislativa condicionada a que los hechos sobre los que se tiene motivos para *actuar* sean anterior o independientes a las deliberaciones de quienes conforman el parlamento. Si esta noción se condiera racional sería una racionalidad *parcial* o *condicionada*. Finalmente, para el constructivismo la adscripción de racionalidad legislativa sería *plena* en el sentido de que el cuerpo de verdades o hechos son construidos por la actividad volitiva de los agentes.

3.4. Racionalidad instrumental y razón práctica

Generalmente se entiende que la racionalidad instrumental, en su forma más básica, instruye a los agentes a tomar aquellos *medios* que son necesarios en relación con sus fines dados. El principio instrumental no hace suposiciones sobre las perspectivas de un escrutinio racional de los fines de las personas.

En el campo sociológico, uno de los usos más extendidos de este tipo de racionalidad se lo debemos a Weber en su obra *Conceptos Básicos en Sociología (Soziologische Grundbegriffe)*³⁷ según la cual distingue las expresiones «racionalidad de fines» (*zweckrationalität*) y «racionalidad de los valores» (*wertrationalität*). El primer criterio de racionalidad se predica de los fines que son medios para otros fines, por tanto

³⁶ Korsgaard, C., 1996. Skepticism about Practical Reason. En, her *Creating the Kingdom of Ends*. Cambridge: *Cambridge University Press.*; 1996. *The Sources of Normativity*. Cambridge: *Cambridge University Press.*; 1997. *The Normativity of Instrumental Reason*. in *Ethics and Practical Reason*, G. Cullity and B. Gaut (eds.), Oxford: Clarendon Press. Street, S., 2008. Constructivism about Reasons. *Oxford Studies in Metaethics*, 3: 207–45.; 2010. What is Constructivism in Ethics and Metaethics? *Philosophy Compass*. 5: 363–84.

³⁷ Weber M. & Guth K.-M. (2015). *Soziologische Grundbegriffe* (1. Auflage). Contumax Hofenberg.

relativos, mientras el segundo criterio de racionalidad se predica de los valores preferidos, por tanto, absolutos. Dicho de otra manera, la división de la racionalidad tiene dos perspectivas: la primera instrumental que se encuentra orientada hacia un objetivo y la segunda axiológica que se encuentra orientada a los valores.

La distinción fines-valores, tiene su paralelo en otras distinciones. Karl Mannheim por ejemplo distinguía entre racionalidad substancial (fines) y racionalidad funcional (medios), por su parte, Horkheimer y otros miembros de la Escuela de Frankfurt distinguían entre razón y “mera” razón instrumental³⁸.

Aunque el concepto de racionalidad de los medios y racionalidad de los valores es comprensible desde una perspectiva intuitiva, esta distinción para algunos no suele ser del todo compartida. Se puede por tanto, identificar algunas posiciones en las que: i) la racionalidad de los valores se considera como único criterio de racionalidad, siendo la racionalidad de los medios subordinada (racionalidad de los valores sin otra accesoria); ii) se considera a la racionalidad de los medios como único criterio de racionalidad puesto que si bien esta subordinada a la racionalidad de los valores, esos fines o valores son instrumentos para otros fines, no existiendo un valor absoluto único ni alcanzable en sí mismo, siendo *ad infinitum*, toda racionalidad instrumental, por tanto, prevalece la relación medio-fin en todo proceso de acción y pensamiento; iii) quienes afirman que son dos criterios de racionalidad diferentes y plenamente escindibles conceptualmente.

Por otra parte, la noción de racionalidad instrumental puede reconstruirse en términos de teoría de la decisión, cuya idea de “conexión causal” según Nozick es probabilística y constituye la conexión medios-fines. Baste recordar, que todas las teorías de la decisión o elección racional tratan de explicar de qué forma se construyen los principios que rigen y condicionan las acciones o decisiones que se tengan como fin a alcanzar. En palabras de Nozick “*Nuestros principios de decisión y nuestros principios de razonamiento están interimbricados. Razonamos acerca de los principios de decisión que hay que seguir. Y también podemos decidir qué principios de decisión seguir*³⁹”.

Para Nozick, hay una conexión entre usar principios como mecanismos para alcanzar decisiones correctas y usarlos para restringir la influencia de factores indeseados o irrelevantes como las preferencias personales. Resultando evidente que la relación entre medios y fines necesita establecer requisitos individuales que justifiquen una decisión racional. Desde esta perspectiva, la idea de requerimientos de racionalidad es normativa,

³⁸ Wiggershaus, R. (2012). *La Escuela de Frankfurt*. Fondo de Cultura Económica. USA.

³⁹ Nozick, R. (1995). *The Nature of Rationality*. Princeton University Press, New Jersey, p. 186.

debido a que las fuentes de donde provienen dichos requisitos son generalmente dictadas por las convicciones morales, cosmovisiones del mundo o la prudencia de los individuos que se trazan objetivos⁴⁰.

Así, una acción o decisión será racional siempre que cumpla con algunos propósitos predeterminados, que en el caso requiere de la identificación de los objetivos y los criterios para medir comparativamente la eficiencia de los medios disponibles. Por ello, las diversas nociones sobre la elección racional, racionalidad limitada y demás modelos que describen el proceso de toma de decisiones se consideran modelos de racionalidad que prescriben en sentido amplio, y que pueden ser consideradas formas de racionalidad instrumental⁴¹.

Muchos defensores del principio instrumental estarían de acuerdo en que no genera *razones para la acción*. El hecho de que un medio dado sea necesario, en relación con los fines dados de uno, no es una razón para tomar el medio. El principio instrumental funciona, más bien, como un requisito estructural de las actitudes de uno⁴². Por lo tanto, supongamos que uno tiene la intención del fin X y cree (verdaderamente) que X sólo se puede lograr si uno hace Q. Parece que hay dos formas en las que uno podría revisar las propias actitudes en respuesta a estas consideraciones, de manera compatible con el principio instrumental: se podría formar la intención en Q, o se podría abandonar la intención original en X. El principio instrumental, considerado en sí mismo, es indiferente entre estas dos posibilidades; debe entenderse como un requisito de amplio alcance, que gobierna combinaciones de actitudes, más que como una fuente de conclusiones normativas desprendibles sobre lo que uno tiene *razones para hacer* (razones para la acción).

3.5. La razón práctica y el modelo de racionalidad maximizadora

Según el modelo de racionalidad maximizadora, la tarea fundamental de la razón práctica es determinar qué curso de acción haría avanzar de manera óptima el conjunto completo de fines del agente. Por lo tanto, se acepta ampliamente que la acción racional que debe realizar un agente dado es aquella cuya utilidad subjetiva esperada, que refleja

⁴⁰ Broome, J. (2007). Is rationality normative?. *Disputatio*, 2(23), 1-18.

⁴¹ Véase. Nida-Rümelin. J. (2019). *Structural Rationality and Other Essays on Practical Reason*: Cham: Springer International Publishing.

⁴² Broome, J., (1999). *Normative Requirements*. *Ratio* 12: 398–419; (2004). *Reasons, in Reason and Value*, R. J. Wallace, P. Pettit, M. Smith, and S. Scheffler (eds.), Oxford: Clarendon Press.

tanto la utilidad de los posibles resultados, desde el punto de vista del agente, como las creencias del agente sobre la probabilidad de esos resultados, sea la más alta.

La concepción maximizadora de la racionalidad práctica se ha desarrollado de manera influyente en la teoría de la decisión y en la teoría de la elección racional (como se estudia, por ejemplo, en la economía moderna). Estas disciplinas articulan con precisión matemática la idea básica de que la racionalidad práctica es una cuestión de coherencia en la acción: las personas actúan racionalmente en la medida en que hacen lo que es probable que produzca el mejor estado de cosas, dadas sus preferencias sobre los resultados que pueden producirse, provocando a través de su agencia y sus creencias sobre la probabilidad de esos resultados.

Los defensores de estas teorías a veces reclaman para ellos la ventaja adicional de la adecuación empírica, argumentando que son lo suficientemente flexibles para adaptarse a la gama completa de comportamientos en los que participan los agentes humanos, tanto dentro como fuera del mercado. Especialmente si uno opera con la noción de «preferencias reveladas», es decir, preferencias que se atribuyen a los agentes únicamente sobre la base del comportamiento real, entonces prácticamente cualquier cosa que un agente pueda elegir hacer podría interpretarse como un intento de maximizar la utilidad esperada.

Según esta interpretación, las teorías de la decisión se convierten en un marco integral para comprender el comportamiento humano libre, según el cual todos los agentes que actúan libremente se esfuerzan por producir resultados que seleccionen óptimos, en relación con sus preferencias y creencias actuales.

Se supone que la maximización de la utilidad subjetiva representa un ideal normativo, uno por apelación al cual podemos evaluar críticamente las deliberaciones de los agentes. De esta forma, el atractivo del modelo maximizador radica en la idea de que puede haber requisitos racionales sobre la acción, derivados de la totalidad de las preferencias y creencias de un agente, incluso si no asumimos que existen estándares sustantivos e independientes para la acción crítica, evaluación de fines individuales.

Surgen más preguntas sobre la plausibilidad del requisito normativo para maximizar la utilidad esperada. Se han expresado dudas, por ejemplo, con respecto a la suposición de que es necesariamente irracional no seleccionar esa acción que sería óptima, en relación con las preferencias y creencias de uno. Los agentes perfectamente racionales a menudo parecen estar contentos con situaciones que son “suficientemente buenas”, desde la perspectiva de sus objetivos y deseos, incluso cuando saben que hay

alternativas disponibles que prometen un mayor rendimiento; “satisfacen”, en lugar de buscar maximizar el valor de los resultados que se pueden lograr a través de sus acciones⁴³.

También tratan sus intenciones y planes pasados como limitaciones de la deliberación fijadas de manera derrotable, en lugar de intentar maximizar la utilidad subjetiva de nuevo en cada situación que enfrentan⁴⁴. La experiencia subjetiva de miedo a un daño o riesgo pasado opera como factor normativo determinante a la hora de elegir un curso de acción de maximización de la utilidad.

Finalmente, pueden adoptar diferentes actitudes hacia el riesgo, dando mayor importancia a evitar malos resultados que a maximizar la utilidad esperada, como se concibe clásicamente⁴⁵. Los defensores del modelo maximizador sostienen que es lo suficientemente flexible para adaptarse a supuestos contraejemplos de este tipo⁴⁶. Sin embargo, si no es así, puede haber motivos para dudar de que represente una norma básica o una razón práctica.

Un tema diferente acerca de la maximización de la racionalidad se refiere al conjunto de deseos u objetivos que se considera fijo a los efectos de aplicar el requisito de maximización. Podemos distinguir dos enfoques básicos. El primero y quizás el más común de ellos toma la utilidad subjetiva de acciones alternativas que serán determinadas por las preferencias del agente en el momento de la deliberación. De acuerdo con esta interpretación del modelo de maximización, el agente es racional en la medida en que hace lo que mejor promueve la totalidad de los objetivos en su presente.

Una segunda interpretación, bastante diferente, sostiene que la expansión del conjunto de deseos que determinan las utilidades subjetivas del agente y sus preferencias pueden verse reflejadas en un tiempo futuro. Según este modelo, los agentes racionales apuntan a maximizar la satisfacción de todos sus deseos anticipados, aceptando la frustración de las preferencias presentes en aras de una mayor satisfacción en momentos posteriores. Esta interpretación del modelo maximizador defiende la idea común de que una cierta consideración prudencial por el propio bienestar futuro es un requisito de la razón práctica⁴⁷.

⁴³ Véase, Slote, M. (1989). *Beyond Optimizing*. Cambridge: Mass: Harvard University Press.

⁴⁴ Bratman, M. (1987). *Intention, Plans and Practical Reasons*. Cambridge: Mass: Harvard University Press.

⁴⁵ Bruchak, L. (2013). *Risk and Rationality*. Oxford: Oxford University Press.

⁴⁶ Pettit, P. (1984). *Satisficing Consequentialism*. *The Aristotelian Society*, 77, 99-130.

⁴⁷ Nagel, T. (1978). *The possibility of altruism*. Princeton: Princeton University Press. Cap. V-VIII.

4. Una mirada al contenido de los capítulos

4.1. El primer capítulo

El tema del capítulo primero es “la racionalidad legislativa en las teorías de la Ilustración”. La pregunta que pretende responder es ¿qué tipo de racionalidad legislativa subyace en las teorías de la legislación? Con este objetivo, el capítulo primero se divide en tres partes. La primera parte aborda la *Scienza della Legislazione* de Gaetano Filangieri. La segunda aborda las tesis principales de la teoría de la legislación de Jeremy Bentham. La tercera parte aborda la “Ciencia de la legislación” de John Austin.

La pertinencia del capítulo primero estriba en que la teoría jurídica actual se preocupa cada vez más por el estudio de la legislación. En el importante debate iusfilosófico sobre el futuro del estado de bienestar social, con su énfasis en la calidad y cantidad de la regulación, la creciente instrumentalización del derecho y la juridificación de las relaciones sociales, ha llamado el interés de la comunidad filosófico-jurídica, las reflexiones en torno al fenómeno legislativo y su racionalidad. Por estas consideraciones, este capítulo consiste en la operación que Tarello denominó «identificación del trasfondo» consistente en identificar las ideologías, las teorías, y los intereses que están detrás de los términos, conceptos, y construcciones empleadas por los «legisladores», en este caso por las diferentes nociones sobre la actividad legislativa y su racionalidad. Así, este capítulo primero pretende explorar las primeras concepciones sobre la actividad legislativa en la Ilustración (Filangieri, Bentham, Austin) junto con sus principales críticas en torno a la actividad codificadora. Todo ello, con el objetivo principal de mostrar, que nociones de racionalidad legislativa subyace en las diferentes teorías y cómo concebían la labor práctica de la legislación.

La sección primera proporciona un análisis de la *Scienza della legislazione* de Gaetano Filangieri. La pregunta a la que pretende responder es: ¿Qué concepción de la racionalidad legislativa subyace en la Ciencia de la Legislación de Filangieri? Para el efecto, la primera sección se articulará en cuatro partes. La primera parte analizará la

influencia de Montesquieu en la obra de Gaetano Filangieri. La segunda parte expondrá un análisis introductorio de la obra *Scienza della legislazione*. La tercera parte analizará la teoría de la bondad según Filangieri. Finalmente, la cuarta parte se ocupará de realizar un breve análisis sobre el comentario de Benjamin Constant de la obra de Filangieri, mostrando dos concepciones antagónicas de la actividad legislativa.

El *leitmotiv* de la obra de Filangieri descansa en la idea de que el trabajo de reforma del Reino de Nápoles debía comenzar a partir de la codificación de las leyes, para poder establecer a través de ellas, una relación correcta entre reyes y súbditos. Esta idea central, en gran medida, está influenciada por la *magnum opus* de Montesquieu *De L'esprit des lois* (1748). La influencia de Montesquieu, como el apego a la tradición iluminista es determinante para entender el contexto y el contenido filosófico de la *Scienza della legislazione* de Filangieri, que me propongo analizar en la primera parte. En la segunda parte, realizo una breve introducción, conjuntamente con el análisis de la estructura del plan razonado para mostrar el contenido de la obra y sus principales objetivos. La tercera mostrará la distinción entre la bondad absoluta y relativa en la obra de Filangieri -influencia de Montesquieu- como aspecto central del proceso justificatorio de la legislación y del tipo de racionalidad que subyace en el proceso de creación de leyes. Finalmente, la cuarta parte se ocupa del comentario «liberal» de Benjamin Constant de la obra republicana de Filangieri y la tensión en torno a la regulación -o no- de las interacciones humanas, mostrando los puntos más relevantes del debate.

La segunda sección trata la teoría de la legislación de Jeremy Bentham, dedicándose a la cuestión acerca de qué concepción de la racionalidad legislativa subyace en su teoría de la legislación. Para el efecto, la segunda sección se divide en cuatro partes.

La primera parte analizará los presupuestos de la ilustración en el pensamiento benthamiano para mostrar la fundamentación filosófica de su teoría del derecho y dentro de ella, su teoría de la legislación. La segunda parte explicará la distinción entre jurisprudencia expositiva y censoria para mostrar como Bentham concibió la tarea legislativa y que rol ocupa en su teoría del derecho. Además, realizará un análisis crítico de cómo en algunos pasajes, resulta “borrosa” la distinción. La tercera parte analizará el principio de utilidad como fundamento normativo de la racionalidad legislativa mostrando como el proceso de creación de leyes está condicionado a los postulados normativos del principio de utilidad. Finalmente, la cuarta parte analizará algunos principios sobre la actividad legislativa, mostrando el proceso práctico que Bentham idea para exportar su proyecto codificador a “todas las naciones”.

La tercera sección realiza un análisis de la concepción de «ciencia de la legislación» de John Austin. La pregunta a la que pretende responder es ¿qué concepción de la racionalidad legislativa subyace en la teoría de la legislación de John Austin? Para el efecto, la tercera sección se articulará en cuatro partes. La primera parte analizará el mapa del saber jurídico austiniano. La segunda parte expondrá un análisis del utilitarismo de regla teológico como criterio de racionalidad legislativa. La tercera parte analizará la noción de legislación judicial y mostraré ciertas anotaciones críticas según Austin. La cuarta parte abordará la relación entre el saber jurídico austiniano y la racionalidad legislativa.

La primera parte está encaminada a mostrar el mapa del saber jurídico austiniano para identificar que rol cumple su noción de «ciencia de la legislación». La segunda parte analizará el principio de utilidad de regla teológico como criterio normativo, en aras de mostrar la racionalidad legislativa que subyace en la teoría austiniana. La tercera parte analizará la noción «legislación judicial» defendida por Austin, y las razones prácticas y teóricas en contra de cualquier proyecto codificadorio para mostrar las limitaciones de la actividad legislativa. La cuarta parte pretenderá realizar una relación entre la teoría jurídica austiniana y la racionalidad legislativa con el propósito de identificar un contenido sustancial de valores en el proceso de creación de leyes.

4.2. El capítulo segundo

El segundo capítulo se titula “La racionalidad legislativa en la legisprudencia wintgensiana”. El capítulo explora los contornos de una teoría de la legislación llamada «*legisprudence*» como teoría de la legislación racional y basada en principios. Según el autor de esta teoría, Luc Wintgens, la legislación racional se centra en el papel de la razón práctica en la creación de normas jurídicas según las cuales los legisladores no se consideran meramente actores políticos, sino también actores jurídicos. Para mostrar aquello, Wintgens emprende una crítica hacia el «legalismo» en el razonamiento jurídico.

La principal crítica al legalismo según Wintgens es que ha impedido el surgimiento de una teoría de la legislación basada en principios. El legalismo limita al derecho a las órdenes o mandatos del soberano. Aquí, como en otros lugares, se demuestra que esta visión del derecho y la legislación se basa en un enfoque fundacionalista del pensamiento. Las principales características de lo que se llama «legalismo fuerte» hacen

que el derecho esté constituido por normas de Estado que tienen una forma universal que les otorga una legitimidad incuestionable.

Según Wintgens, no se puede cambiar el paradigma que subyace al pensamiento jurídico a menos que se explore con más detalle las raíces más profundas de los conceptos básicos del derecho y los supuestos centrales sobre la naturaleza del sujeto, la racionalidad y la libertad, así como la autoridad del derecho. Si bien existe un acuerdo general de que Descartes es el iniciador de lo que se llama filosofía “moderna”, esta visión se complementa con un breve esbozo de estos conceptos en la filosofía premoderna, centrándose principalmente en la posición nominalista de la imposibilidad de la existencia de universales «fuera de la mente».

Sobre esta posición, la naturaleza de la ley cambia de la comprensión de la naturaleza de la justicia a una caracterización normativista de la ley como un mandato que incluye una obligación moral de obediencia. Esta transición se ilustra brevemente sobre la base de algunas doctrinas representativas. Estas doctrinas apoyan la idea de que el derecho consiste principalmente en normas que expresan derechos y deberes impuestos externamente a los sujetos que deben cumplirlos. Esto se conoce inicialmente como «legalismo» que presenta a la ley y la elaboración de leyes como una expresión contextual de la *voluntad del soberano*.

Un análisis y una crítica más fundamentales de este patrón legalista de pensamiento está precedido según el autor por «una interpretación contextual del individualismo», el «racionalismo» y la «libertad» que allana el camino para una comprensión *legisprudencial* del derecho y la legislación.

Según Wintgens, la crítica al «legalismo» se basa en la idea de que una comprensión adecuada de los conceptos de sujeto, racionalidad y libertad debe proceder colocándolos en el centro de una teoría de la legislación racional. Para empezar, la «interpretación contextual» del sujeto procede a partir de una crítica del cogito solipsista de Descartes, ampliando así la “concepción del yo”. Este último enfoque se elabora a partir de la teoría del *interaccionismo simbólico* de Mead, según la cual el sujeto emerge a través de la interacción con otros. El «yo» del sujeto incluye un polo tanto social como individual. Al articular estos dos polos, se intenta tomar en serio al sujeto como actor moral autónomo.

En segundo lugar, dado que la legislación trata sobre reglas y las reglas sobre la conducta individual, tienen un impacto en la *libertad*. La legitimidad como teoría de la reglamentación racional necesita, por tanto, una teoría de la libertad que se base en una

interpretación contextual de la misma. La interpretación contextual de la libertad se une entonces a la interpretación contextual del sujeto y la racionalidad. La libertad como concepto práctico permite diferentes concepciones o concreciones. Las concepciones pueden ser concepciones *de* libertad o concepciones *sobre* libertad. Las primeras son las concreciones de la libertad del propio sujeto, mientras que las segundas son las de otra persona a la que el sujeto está sometido. Las concepciones de libertad se relacionan con la autonomía moral del sujeto social sobre la cual pueden enmarcar sus interacciones con otros.

Para tomar la autonomía moral de los sujetos sociales, Wintgens sostiene que el legislador debe proporcionar argumentos de por qué sus concepciones *sobre* la libertad de los sujetos tienen prioridad sobre las concepciones *de* libertad de los sujetos, disminuyendo así la autonomía de estos últimos. En el trasfondo de este deber de argumentación se encuentra la idea de que los sujetos sociales deben ser tomados moralmente en serio, y no se puede esperar que cedan al Estado su capacidad de actuar sobre sus concepciones de libertad. La elaboración ulterior de la jurisprudencia sigue este enfoque de la libertad.

La articulación de la razón práctica en la legislación procede de una distinción entre *legitimidad* por un lado y *legitimación* por el otro. La legitimidad es un aspecto contextual de las normas emitidas por soberanos que se consideran *ipso facto* irrefutablemente racionales. Esta idea es propia de un legalismo fuerte. La legitimación por su parte se refiere a un proceso de justificación activa de las normas por parte del soberano, argumentando así por qué es más racional organizar la libertad sobre estas normas que sobre la propia interacción autorreguladora de los sujetos. Esta es la premisa básica de la jurisprudencia. La jurisprudencia distingue entre legislación como producto y legislación como proceso. La distinción entre legitimidad y legitimación es una novedad que Wintgens quiere enfatizar al brindar una doble interpretación de la idea de contrato social.

La primera es la versión *proxy* del contrato social sobre el cual los sujetos dan un poder al soberano para emitir limitaciones posteriores de su libertad o normas. Desde el “momento” del contrato en adelante, el soberano está *ipso facto* legitimado al sustituir las concepciones *sobre* la libertad por las concepciones *de* la libertad. En la versión *proxy*, el soberano puede legítimamente, es decir, sin más legitimación, transformar cualquier contenido proposicional en una verdadera norma. La segunda interpretación del contrato social se denomina modelo de «intercambio» (*trade-off*).

En este modelo, los sujetos intercambian concepciones *de* libertad por concepciones *sobre* la libertad. Esto viene a decir que la sustitución de concepciones sobre la libertad por concepciones de libertad debe ser justificada por el dador de normas. Ninguna regla puede considerarse legítima si falta esta justificación o legitimación. La legitimidad como teoría de la legislación racional se basa en este último modelo, y puede considerarse que se basa en tres puntos principales entrelazados: la libertad como *principium*, que forma la base de los principios de la legislación racional, que finalmente puede concretarse en los deberes del legislador.

El tema de la sección primera es “la noción de libertad según Wintgens”. La pregunta a la que pretende responder es ¿Cuáles son los rasgos principales de la noción de libertad de Wintgens? Con este propósito, la sección primera se divide en cuatro partes. La primera abordará la noción de libertad como *principium*. Según Wintgens, dado que la legislación trata sobre reglas y las reglas sobre la conducta individual, tienen un impacto en la libertad: la legisprudencia como teoría de la legislación racional necesita, por tanto, una teoría de la libertad que se base en una interpretación contextual de la misma. La interpretación contextual de la libertad se une entonces a la interpretación contextual del sujeto y la racionalidad (tratada en la sección segunda del capítulo). La segunda parte abordará la dimensión social de la libertad que principalmente defiende la tesis que ninguna persona puede imponer concepciones sobre la libertad (*about freedom*) a otras, mientras no tenga un argumento racional: dado que los demás no tienen el derecho inicial de imponer una concepción sobre la libertad (*about freedom*), el agente tiene derecho a mantenerlos “a distancia”.

La tercer parte analizará el modelo del contrato social «intercambio» (*trade-off*) en el que los sujetos intercambian conceptos de *la* libertad (*of freedom*) por concepciones *sobre* la libertad (*about freedom*) por lo que la sustitución debe ser justificada por el legislador. La cuarta parte analizará el modelo de libertad republicana que principalmente sostiene la tesis de una libertad “política” contraria a la noción de libertad wintgensiana que considera la libertad como no-interferencia y por tanto, “pre-política”.

La sección segunda tratará las nociones de racionalidad empleadas por Wintgens para articular su teoría normativa de la racionalidad legislativa. La pregunta a la que pretende responder es ¿qué tipo de nociones de racionalidad concibe Wintgens para postular su teoría normativa de la racionalidad legislativa? Para el efecto, la sección segunda se divide en cuatro partes. La primera parte abordará las diferentes nociones de racionalidad en Descartes y Aristóteles. Según el primero, -que ha influido en la noción

de racionalidad moderna-, la racionalidad tiene naturaleza binaria: algo es racional o no lo es. Además, el conocimiento conjetural puede ser el comienzo del conocimiento y, mientras no sea seguro, no da acceso a la verdad: la certeza es el criterio del conocimiento. Para el segundo, en cambio, existen proposiciones necesariamente verdaderas, mientras otras son solamente “plausibles” y por tanto imprecisas, abriendo la posibilidad de nociones de racionalidad graduales que rechacen la distinción cartesiana. Cabe mencionar que Wintgens empieza contraponiendo estas nociones de racionalidad para explicar que la noción de racionalidad legislativa pertenece a las del discurso práctico general.

La segunda parte, analizará la falacia escolástica que según Wintgens, implica identificar la posición del analista que observa la realidad con el significado que “existe ahí fuera”. Dicho de otra manera, es la presuposición metodológica del analista que considera que los agentes que observa a lo largo de sus prácticas “piensan” exactamente de la misma manera que él: ven la imagen de sí mismo, sin tener en cuenta el significado de las prácticas que observan para los agentes involucrados en ellas. Una consecuencia importante de la falacia es la descontextualización de la razón. Para esta noción, la razón es universal y se identifica por y para todos. La tercera parte, abordará la crítica realizada por Perelman de la noción de racionalidad cartesiana que pretende -según Wintgens con razón- desafiar la epistemologización de la filosofía, que implicaba la limitación de la racionalidad a la mera razón teórica. Perelman critica cualquier forma de racionalidad binaria sobre la cual lo que es racional pueda probarse de manera empírica o lógica: lo que no puede probarse de esta manera no es, por tanto, racional, porque la prueba lógica o empírica es el único criterio binario de racionalidad. La cuarta parte, analizará las nociones de racionalidad, razonabilidad y racionalidad limitada que según Wintgens sirven para dar cuenta del discurso práctico que tiene su teoría normativa de la racionalidad legislativa.

El tema de la sección tercera analizará los principios de la jurisprudencia como estándares de racionalidad legislativa. Las preguntas a la que pretende responder son ¿cómo se articulan los principios de la jurisprudencia en la propuesta teórica de Wintgens? ¿De qué forma se pueden concebir otros principios que condicionen la actividad legislativa? Para el efecto, la sección tercera se divide en cuatro partes. La primera parte analizará los presupuestos teóricos de los principios de la jurisprudencia (cuyas nociones fueron tratadas en la sección primera -libertad- y sección segunda -racionalidad-) y cómo se articulan con los principios. La segunda parte analizará cada principio, a saber: i) el principio de coherencia y sus niveles. El nivel mínimo de

coherencia “cero” que requiere que las normas no se contradigan a sí mismas. El nivel de coherencia “uno” requiere que los legisladores den razones por las que las normas se modifican o no se modifican, instalando así la coherencia a lo largo del tiempo. Luego, los legisladores deben argumentar sobre el nivel de coherencia “dos”, o el nivel de coherencia del sistema, en el sentido de que sus reglas deben tener sentido como un todo dentro del sistema. Finalmente, el nivel de coherencia “tres” se refiere al hecho de que un sistema jurídico depende de teorías que no son derecho en sí mismas, pero a las que los legisladores deben referirse para justificar sus normas; ii) el principio de alternabilidad: los sujetos sociales son inicialmente libres y capaces de organizar racionalmente su libertad en un contexto con otros.

De ello se deduce que deben actuar principalmente sobre conceptos *de* libertad (*of freedom*). La sustitución de una concepción *sobre* la libertad (*about freedom*) por concepciones *de* la libertad (*of freedom*) solo puede ser legítima si está legitimada o justificada como una alternativa ante el fracaso de la interacción social; iii) el principio de temporalidad que estriba en que la limitación *de* la libertad (*of freedom*) en una concepción *sobre* la libertad (*about freedom*) debe justificarse constantemente en el tiempo. Esto implica que si la justificación de una norma tiene éxito, solo lo será temporalmente; es decir, las normas pueden volverse obsoletas. Requiere entonces una justificación permanente en el tiempo, y no solo en el momento en que se emite una norma; iv) el principio de necesidad de la densidad normativa que estriba en la siguiente idea: las reglas no deben contener automáticamente sanciones como la más fuerte de densidad normativa. Si se incluyen sanciones, esto requiere una justificación específica y complementaria de por qué no se retienen las alternativas más débiles (campaña de información, incentivos, etiquetado, convenios, etc.). La tercera parte explicará los principios de la jurisprudencia como estándares de racionalidad legislativa y pretenderá articular otros principios que partan de presupuestos que no versen sobre la libertad como *principium*.

4.3. El capítulo tercero

El tema del capítulo tercero es “La teoría del empujón (*nudge theory*) de Thaler y Sunstein”. La pregunta a la que pretende responder es ¿cuál es el papel de la racionalidad legislativa en la teoría del empujón de Thaler y Sunstein? Con este objetivo, el trabajo se

articulará en cuatro partes. La primera parte reconstruirá las ideas principales de la teoría del empujón y las someterá a una labor de claridad terminológica del término *nudge* (empujón). La segunda parte abordará los presupuestos teóricos del paternalismo libertario como justificación para la implementación de las medidas *nudge* y mostrará algunas críticas. También pretende realizar una labor de clarificación terminológica sobre el vocablo «paternalismo libertario». La tercera parte explicará las principales tesis del modelo de racionalidad del *homo economicus*.

Desde la publicación de *Thaler y Sunstein's Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, los conceptos de *nudge* (empujón) y su versión particular de paternalismo suave (*soft-paternalism*) llamado «paternalismo libertario» se han convertido en conceptos de creciente interés y debate entre los responsables de las políticas públicas y los académicos por igual. Sin embargo, las discusiones subsiguientes relacionadas con aplicaciones particulares, las implicaciones y la aceptabilidad de los empujones (*nudges*) en las políticas públicas y su relación con el paternalismo libertario han prestado muy poca atención a una serie de desacuerdos y ambigüedades con respecto a la forma en que se ha definido el concepto de empujón y cómo se relaciona con el del paternalismo libertario. De esto, en definitiva, tratarán los epígrafes 1 y 2. El epígrafe 3, por su parte, analizará el modelo de racionalidad del *homo economicus* para revisar si la teoría del empujón supera o en qué medida lo hace a este modelo de racionalidad.

Así, la primera parte se ocupa de la reconstrucción de las tesis principales de la teoría del empujón como presupuesto de racionalidad legislativa. Las preguntas a la que pretende responder son ¿qué relación tiene la teoría del empujón con la literatura en torno a la racionalidad legislativa? ¿qué relación tienen las ciencias comportamentales con la teoría del empujón? ¿cuáles serían posibles acepciones de la definición de *nudge*? ¿cuál es la extensión del término heurística dentro de la teoría del empujón? ¿cuáles son las principales tesis de las teorías del razonamiento dual y cuales son sus principales críticas?

Para el efecto, la primera parte se articulará en cuatro secciones. En la primera sección se analizará el estatus epistémico de las ciencias comportamentales para entender el marco teórico al cual se adscribe la teoría del empujón. La segunda sección realizará una labor de desambiguación del significado del término «*nudge*» puesto a que es patente de ambigüedad semántica. La tercera sección explicará qué se entiende por heurística y sesgos dentro del modelo del hombre empujado. La cuarta sección analizará los problemas en torno a las teorías del proceso dual del razonamiento.

Richard Thaler y Cass Sunstein presentaron originalmente el concepto de «paternalismo libertario» en su ensayo de 2003 del mismo nombre publicado en *The American Economic Review*. En él, definieron una política como «paternalista»: si se selecciona con el objetivo de influir en las elecciones de las partes afectadas de tal manera que mejore la situación de esas partes. Según Thaler y Sunstein, aunque muchos economistas creen que el término paternalista es despectivo porque piensan que el paternalismo siempre implica algún tipo de coerción, este no es necesariamente el caso, puesto que las políticas pueden seleccionarse con el objetivo de influir en las elecciones de las partes afectadas de una manera que mejore la situación de esas partes, pero donde no haya *coerción* involucrada.

Según la definición que brindan los autores, el paternalismo libertario sería: *an approach that preserves freedom of choice but authorizes both private and public institutions to steer people in directions that will promote their welfare*⁴⁸. Según Thaler y Sunstein el paternalismo libertario es un tipo de paternalismo relativamente débil, suave y no intrusivo porque las opciones no están bloqueadas, cercadas o cargadas significativamente. Sin embargo, cuenta como paternalismo, o «paternalismo suave» porque los *arquitectos de la elección* privada y pública no están simplemente tratando de rastrear o implementar las elecciones anticipadas de las personas. Más bien, intentan tímidamente “mover” a las personas en direcciones que les harán la vida mejor.

Con esta definición en mente, el tema de la segunda parte es el paternalismo libertario como presupuesto de justificación en torno a un tipo de racionalidad legislativa: *Nudge*. Para el efecto, se dividirá en tres secciones. En la primera sección se analizará el concepto de paternalismo libertario tal como Thaler y Sunstein lo han planteado. La segunda sección mostrará los principales argumentos contra el paternalismo en sentido amplio. Finalmente, la tercera sección realizará tipología de paternalismos según los discursos de la literatura que ha abordado el tema. La cuarta sección concluirá.

Por su parte, la tercera parte analizará las principales tesis del modelo de racionalidad del *homo economicus* que forma parte del discurso filosófico general y que se circunscribe como un modelo que pretende ser más amplio dando cuenta de una racionalidad económica que sirve en el plano explicativo para describir cómo los

⁴⁸ Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein. 2003. “Libertarian Paternalism”, 93(2) *American Economic Review*. p. 179.

individuos toman decisiones y en último término, cómo se puede justificar un tipo de racionalidad legislativa.

Generalmente se entiende que cuando un sujeto logra sus objetivos con un gasto mínimo actúa con racionalidad económica. Lo que está en juego es la relación entre gastos e ingresos. Cualquiera que logre los ingresos más altos posibles con el gasto más bajo posible actúa racionalmente. Formulando de manera más general: la racionalidad económica se mide sobre la base de la relación entre utilidad y costos. Para una empresa esta utilidad puede definirse como ganancia, para un consumidor como el valor de uso del producto en cuestión. Para un parlamento puede definirse como una legislación más eficiente. La racionalidad económica, sin embargo, puede entenderse tan ampliamente que parece que casi cualquier *praxis* de los seres humanos puede asumirse bajo su dominio.

La *optimización* es el objetivo que apunta a preservar la mayor cantidad posible de algo. En economía, la maximización de la utilidad se expresa a través de una función de utilidad consistente, el modelo más extendido de representación de las preferencias de los sujetos individuales en la esfera económica. En la canasta de bienes disponibles, el sujeto tiende a elegir el que posee la mayor utilidad. El objetivo de la optimización es la expresión de atribución de un valor. En este sentido, la optimización es siempre normativa e implica la validación de la consecuencia, debiendo saber cuáles son las ventajas y las desventajas que tienen las consecuencias.

En este escenario se circunscribe el término *homo economicus*, siendo el principal postulado de las teorías clásicas y neoclásicas, constituyendo una abstracción teórica que la literatura económica y filosófica general utiliza para describir a un individuo racional. En términos simples, es un modelo de racionalidad de un individuo con intereses y preferencias y con una capacidad racional orientada a maximizar esas preferencias, que generalmente se consideran egoístas.

Esta sección analizará las principales tesis del modelo «*homo economicus*» que forma parte del discurso filosófico general y que se circunscribe como un modelo que pretende ser más amplio dando cuenta de una racionalidad económica que sirve en el plano explicativo para describir cómo los individuos toman decisiones. Este análisis tiene relevancia puesto que comúnmente, la teoría del empujón (*nudge*) critica este modelo de racionalidad que considera como excesivamente “entusiasta” en cuanto a la maximización de las capacidades de cálculo y coherencia en la toma de decisiones de los sujetos. Con este objetivo, el epígrafe se divide en tres partes. En la primera parte se

realizará una labor de identificación de las principales tesis adscritas a este modelo de racionalidad económica. En la segunda parte se analizará la «teoría de la preferencia revelada» que forma parte de los discursos adscritos al *homo economicus*. La tercera parte concluirá mostrando que el modelo de *homo economicus* se asimila al modelo del *biases men* que gran parte de la literatura sobre el *nudge* defiende.

4.4. El capítulo cuarto

El tema del cuarto capítulo es “La racionalidad legislativa en la teoría de la legislación colaborativa (*crowdlaw*)”. Las preguntas que pretende responder son ¿qué se entiende por *crowdlaw*? ¿qué relación tiene la legislación colaborativa con la racionalidad legislativa? ¿Qué se entiende por *crowdsourcing* y cuál es su relación con la legislación colaborativa? ¿qué se entiende por inteligencia colectiva y qué relación tiene con la teoría de la legislación colaborativa. Para el efecto, el capítulo se divide en tres partes. En la primera parte, se realizará una reconstrucción de las ideas principales de la teoría de la legislación colaborativa (*crowdlaw*). La segunda parte revisará la noción de *crowdsourcing* y su relación con la teoría de la legislación colaborativa. La tercera parte, mostrará qué se entiende por inteligencia colectiva y qué relación con la teoría de la legislación colaborativa.

Es indudable que las nuevas tecnologías están determinando las interacciones sociales y la forma de entender nuestras instituciones. En este escenario, el proceso de creación, aprobación y evaluación de los textos normativos o fuentes del derecho también ha tenido notables avances e influencias provenientes de nuevas herramientas que la tecnología pone a disposición. Las instituciones públicas y la sociedad civil, junto a los proveedores privados de tecnología están comenzando a desarrollar estrategias para usar la inteligencia colectiva con la finalidad de mejorar la calidad de los procesos legislativos y sus resultados, repensando cómo las instituciones hacen uso de diversos insumos para mejorar la calidad de la toma de decisiones.

Los más entusiastas de esta modernización sostienen que las nuevas tecnologías ofrecen oportunidades sin precedentes para mejorar la legitimidad y, más en general, la calidad de los textos normativos (leyes) y la toma de decisiones en nuestros sistemas políticos puesto que tecnifican las perspectivas de coordinación así como la deliberación dentro del proceso de representación política.

Dentro de esta tendencia, nace «*crowdlaw*» un término acuñado por el Laboratorio de Gobernanza de la Universidad de Nueva York en septiembre de 2014 en el marco de una conferencia internacional que convocó a profesionales vinculados a parlamentos de todo el mundo que experimentaban con la participación pública facilitada por la tecnología. La propuesta originalmente fue impulsada por Beth Noveck, quien intentó introducir la idea de *crowdlaw*, como un mecanismo de participación pública en línea, aprovechando las nuevas tecnologías y las diversas fuentes de información, juicios y experiencia en cada etapa del ciclo de formulación de leyes y políticas para mejorar la calidad y la legitimidad de las leyes y políticas resultantes.

Sus defensores consideran que es una herramienta dentro del proceso legislativo, ejecutivo o de toma de diseño de políticas públicas que ofrece a los ciudadanos una participación más activa en las múltiples etapas del proceso de toma de decisiones. Haciendo uso de los procesos y tecnologías innovadoras *crowdlaw* mejora el proceso y el diseño de toma de decisiones y de esa forma “ayuda” a las instituciones gubernamentales a recolectar evidencia empírica y conocimientos relevantes que se nutren de opiniones e ideas para mejorar cada etapa del proceso de toma de decisiones en sede parlamentaria o de diseño de políticas públicas en general.

Aunque todavía estas herramientas tecnológicas están en desarrollo, ya se está comenzando a utilizar inteligencia artificial (AI) para ayudar a gestionar los procesos de inteligencia colectiva, aprovechando los algoritmos de aprendizaje automático para filtrar y clasificar contenido, para hacer del proceso de uso de entrada (*input*) más eficiente y manejable.

Algunas de estas iniciativas ya se aplican en algunos parlamentos, pero tienden a ser proyectos piloto de corto plazo. En América Latina, el «*Senador Virtual*», una plataforma del Senado de Chile, con más de 17 años de funcionamiento, es una de las más antiguas iniciativas de este tipo en el mundo, pero su funcionalidad es todavía limitada. En Europa, la plataforma «*Preparados para el Futuro*» diseñada por un grupo de expertos compuesto por representantes de los Estados miembros, los diversos Comités integrantes, el sector empresarial y las organizaciones no gubernamentales asisten a la Comisión Europea en su labor de mejora de los actos legislativos y de regulación en general de la Unión Europea.

Pese a que esta nueva forma de legislación está en constante desarrollo, queda elucidar qué se entiende por *crowdlaw* y qué relación tiene con la inteligencia colectiva. De esto se ocupará la sección primera.

Por su parte, la sección segunda explicará la noción de *crowdsourcing* y su relación con la teoría de la legislación colaborativa. ¿qué es crowdsourcing? En la edición de junio de 2006 de la revista *Wired*, el periodista Jeff Howe acuñó por primera vez el término «*crowdsourcing*» en su artículo «*The Rise of Crowdsourcing*». Posteriormente, publicó un blog complementario llamado «*Crowdsourcing: Tracking the Rise of the Amateur*» en donde explica que el *crowdsourcing* representa el acto de una empresa o institución de tomar el trabajo de la red de trabajadores a través de una convocatoria abierta. El acuño del término se vio motivado gracias a la publicación del libro «*The wisdom of crowds*» de James Surowiecki que tuvo un notable impacto en los estudios sobre organizaciones colectivas y de cómo a través de la inteligencia de los grupos, se podía obtener insumos para solucionar problemas prácticos.

Bajo la premisa del libro de Surowiecki, el *crowdsourcing* es el resultado de una historia de cooperación, agregación, trabajo en equipo, consenso y creatividad. Es un nuevo arreglo para hacer el trabajo, pero también es un fenómeno en el que, cuando las condiciones son adecuadas, los grupos de personas pueden superar a los expertos individuales: individuos no identificados pueden aportar nuevos conocimientos a los problemas internos y las personas geográficamente dispersas pueden trabajar juntas para producir políticas y diseños que son beneficiosas para quienes cooperan.

A esta nueva forma de obtener insumos (*inputs*) a través del uso de la inteligencia colectiva y las nuevas tecnologías le siguieron nuevas formas de organizaciones colectiva basadas en la programación y diseño de plataformas que recogen, procesan e implementan los resultados obtenidos de estas relaciones.

La sección tercera realizará una revisión y análisis de la literatura referente a los conceptos de inteligencia colectiva, inteligencia emergente e inteligencia colaborativa. Además, mostrará la problemática de los referidos conceptos en el ámbito de la denominada web 2.0 o web colaborativa.

Es indiscutible que los procesos de comunicación e interacción impulsados en las últimas décadas a partir de los adelantos tecnológicos y los avances acontecidos en el marco de la web 2.0 presentan nuevas realidades que desarrollan procesos creativos y productivos en las interacciones interpersonales. Al permitir promover y facilitar tanto la colaboración entre los usuarios como su participación en la creación de contenidos, lo que se ha producido es la aparición en la *web* de la inteligencia colectiva. La conducta colectiva ha emergido de las interacciones locales de todos los componentes y el sistema global se comporta como un superorganismo de componentes holgadamente conectados

que reaccionan de manera inteligente en un contexto tecnológico determinado. En este escenario, los estudios sobre la inteligencia colectiva se han profundizado. La multitud de internet es grande y heterogénea o un grupo más reducido de personas que se organizan de manera jerárquica.

A grandes rasgos se dice que la inteligencia colectiva es un tipo de sabiduría y conocimiento que surge de un grupo: cuando las personas trabajan juntas, forman un tipo de inteligencia que simplemente no puede existir a nivel individual. En este sentido se sostiene que la inteligencia colectiva es una inteligencia *compartida* o grupal que surge de la colaboración, el esfuerzo colectivo y la competencia de muchos individuos cuyo resultado no puede ser alcanzado por un solo individuo. Este enfoque que tradicionalmente ha sido abordado como un rasgo o actitud individual, la posibilidad de intercambio interpersonal ha puesto de relieve el estudio de nuevas formas de inteligencia resultantes de la interacción de múltiples agentes.

Teniendo esto en mente, la primera parte del presente acápite realizará un análisis conceptual de los términos inteligencia colectiva, inteligencia emergente e inteligencia colaborativa. La segunda parte abordará la problemática de estos conceptos en el ámbito de la denominada web 2.0 o web colaborativa. La tercera parte concluirá mostrando la relación que existe entre el *crowdlaw* y la inteligencia colectiva.

4.5. El capítulo quinto

El tema del capítulo quinto se titula “Hacia un estudio analítico del legislador racional”. Las cuestiones que pretende responder son las siguientes: ¿qué se entiende por legislador racional? ¿Cuáles son los diferentes modelos de legislador racional? ¿Cuántas concepciones del término legislación pueden distinguirse? ¿qué se entiende por proceso y producto de la legislación? ¿qué espacio tiene la «sociología de la legislación» y las técnicas de la evaluación legislativa en las teorías del legislador racional?. Con estas preguntas en mente, el quinto capítulo se articula del siguiente modo.

La primera parte explicará la noción de legislador racional, su fundamento metodológico, las características subjetivas y objetivas del legislador racional, así como los sentidos adscritos al legislador racional. El legislador racional puede definirse como un tipo *ideal* de legislador que actúa de acuerdo con el supuesto de racionalidad⁴⁹,

⁴⁹ Sobre el término racionalidad véase el capítulo introductorio.

promulgando estatutos o leyes que, según su conocimiento y sistema axiológico conduce a los resultados que prefiere⁵⁰. Si bien el concepto se desarrolló como una herramienta explicativa que permite descubrir una estructura de razonamiento jurídico lógico (justificando la premisa normativa), se ha convertido en la base de un intenso debate en torno a si “en realidad” se le puede adscribir racionalidad a los legisladores. Dejando a un lado este debate, el legislador racional puede verse como un *modelo ideal* para los legisladores reales o como un *fundamento metodológico* del racionamiento jurídico.

En cuanto a modelo *ideal*, este prescribe como *debería ser* el legislador racional, elevando exigencias epistémicas que lo llevan a “conocer” con mayor detalle, las actividades que este regula. En cuanto a fundamento metodológico, las afirmaciones idealizadoras que construyen el tipo ideal de legislador racional para el propósito del razonamiento jurídico incluyen: i) presunciones lógicas, ii) presunciones gnoseológicas y iii) las presunciones axiológicas.

La segunda parte, explicará las diferentes acepciones del término legislación y lo mostrará a la luz de sus principales elementos, características y fases tanto del proceso como del producto de la legislación. Puesto a que el término, «legislación» adolece de ambigüedad proceso-producto. Legislación-proceso podría definirse como el conjunto de operaciones, realizadas por personas que actúan como órganos “legislativos” de un orden jurídico, cuyo resultado consiste en “promulgar” o “aprobar” textos que se conocen habitualmente como “leyes”, “estatutos”, o “actos”. El producto de la legislación es el conjunto discreto de leyes, estatutos o actos que representan el resultado de un proceso de creación normativa que por lo general se entiende, pretender alterar la conducta de sus destinatarios⁵¹.

Por su parte, la legislación como *proceso* puede comprender diversas actividades, aunque relacionadas, muy diferentes entre sí, a saber:

i) Metodología legislativa, que se refiere al contenido de la legislación; propone una forma metódica de elaborar contenido normativo y desarrolla herramientas prácticas que facilitan los diferentes pasos o fases provenientes de un enfoque metodológico aplicado;

⁵⁰ Nowak, L. (1987). *A concept of Rational Legislator*. In Polish Contributions to the Theory and Philosophy of Law. Amsterdam: Rodopi.

⁵¹ En su significado más amplio, «legislación» se refiere a todo el dominio de los llamados escritos-ley (*ius scriptum*), es decir, la ley provista de una formulación autorizada, fija, en oposición a la ley no escrita (*ius non scriptum*), como principios implícitos de fondo y las *rationes decidendi* constituyendo el reservorio de precedentes judiciales.

ii) Técnica legislativa que tiene que ver con los aspectos formales de la legislación, es decir, con los diferentes tipos de actos normativos (estatutos sustantivos, procedimentales, declaraciones, actos jurídicos y políticos, formas de regulación (*nudge*, *smart legislation*, etc.) y su estructura formal, además combina una serie de saberes prácticos obtenidos de otras ciencias para regular casos específicos;

iii) El borrador (*drafting*) legislativo que tiene que ver, de manera general, con los aspectos lingüísticos de la legislación, esto es, la manera de expresar los contenidos normativos que contienden los textos. Mientras que la redacción legislativa o, en un sentido más amplio, la legística jurídica (*legal legistic*) es principalmente un asunto de juristas, la legística material (*material legistic*) no es en modo alguno una exclusividad de las personas con formación jurídica o un campo de actividad para el que los abogados están necesariamente mejor preparados que las personas con otra formación profesional;

iv) La promulgación legislativa que tienen que ver con el aseguramiento del principio de publicidad de la ley en su sede institucional a través de un registro oficial. En sede no-institucional, a través de canales de comunicación no-institucionales o informales;

v) El procedimiento legislativo en sentido propio que versa sobre el proceso de elaboración, promulgación y aplicación de la legislación; sigue normas procesales de diversa índole; estas normas pueden influir en cierta medida en la calidad formal y material o sustancial de la legislación; pueden favorecer u obstaculizar la metodología legislativa, es decir, las formas de elaborar una nueva legislación. También debe considerarse, la gestión de proyectos legislativos: la preparación de la legislación puede verse como una tarea a la que se aplican los principios y técnicas de la gestión de proyectos provenientes de otras ciencias sociales o exactas;

vii) La sociología de la legislación, entendida como el proceso que precede a la promulgación de la legislación: el proceso de implementación y búsqueda de los efectos de la legislación propio de los estudios sociológicos de la ciencia jurídica. En este campo, se desarrollan los procesos de evaluación legislativa que sirven como retroalimentación para mejorar los procesos y el contenido de futuros proyectos de ley.

La tercera parte, explicará qué se entiende por sociología de la legislación y analizará los parámetros de evaluación legislativa, junto con los criterios de efectividad, eficiencia y eficacia. En este apartado responderemos a la pregunta ¿Qué se entiende por evaluación de la legislación? Por su puesto, el término «evaluación» sufre de indeterminaciones puesto que es utilizado en diferentes contextos debido a que los

enfoques evaluativos han sido desarrollados por diferentes disciplinas. Evaluar los efectos de la legislación significa, en primera instancia, desarrollar suposiciones sensatas sobre las conexiones causales, potenciales o reales entre las disposiciones normativas y las actitudes, comportamientos y circunstancias observables. En segundo lugar, requiere que la validez de estos supuestos se pruebe utilizando toda la experiencia, información y conocimiento relevante que esté disponible o pueda estar disponible en un tiempo razonable y con un esfuerzo razonable.

Hay que notar que, en el contexto legislativo «evaluación» significaría: el análisis y calificación de los efectos de la legislación. Esta definición muy general consta de, al menos, tres elementos:

Primero, la evaluación tiene que ver con la legislación, con los actos normativos y, por implicación, con las decisiones administrativas basadas en ellos. Formalmente, su objeto difiere, por lo tanto, del análisis de las políticas.

Segundo, la evaluación se ocupa de la relación causal entre las acciones legislativas y la realidad social. Se interesa por los efectos. Examina el alcance y las consecuencias de los cambios de actitud, comportamiento y circunstancias que se deben potencial la «acción legislativa».

En tercer lugar, la evaluación trata de analizar y evaluar los efectos de la legislación de forma metódica. Este análisis y evaluación tiene tres características importantes. Se lleva a cabo de una manera que puede ser generalmente comprendida y seguida, en particular porque identifica claramente las bases sobre las conexiones causales, potenciales o reales, entre las disposiciones legislativas y la realidad social observable.

Definida la evaluación en estos tres elementos, son, por un lado, claramente mucho más que valoraciones políticas intuitivas puramente impresionistas; por otro lado, no necesariamente cumplen con los criterios más severos de un análisis verdaderamente “científico⁵²”.

En rigor, la evaluación legislativa toma en cuenta evaluaciones intuitivas de los efectos de la legislación hechas por los actores políticos relevantes o grupos destinatarios de las normas; se basan en experiencias, prácticas y especialmente en el conocimiento específico que poseen las autoridades que implementan la legislación y tratan de completar este conocimiento mediante análisis metódicos que incluye a menudo, pero no

⁵² Mader, L. (2001). Evaluating the Effects: A Contribution to the Quality of Legislation. *Statute law review*, 22(2), 119-131.

invariablemente, el uso de varios métodos científicos. Las evaluaciones legislativas también pueden servir como intento pragmático de producir información más relevante y más precisa sobre la relación causal potencial o real entre la acción legislativa y la actitud, el comportamiento o las circunstancias sociales observables.

4.6. El capítulo sexto

El tema del capítulo sexto se titula “Dos aproximaciones teóricas a la racionalidad legislativa” y se divide en dos partes. La primera parte (§ 1 a 4) está dedicada a las «Teorías argumentativistas de la racionalidad legislativa». La segunda parte (§ 5 a 12) está dedicada en cambio a “Las teorías realistas de la racionalidad legislativa”. Tratándose de las teorías argumentativistas de la racionalidad legislativa me propongo abordar las siguientes cuestiones: ¿qué relación tienen las teorías de la argumentación jurídica con la noción de racionalidad legislativa?; ¿cuales son los presupuestos de las teorías de la argumentación jurídica y que nos dicen de la racionalidad al interior de la labor legislativa?. Con estas preguntas en mente, la primera parte se divide en cuatro secciones.

En la primera sección se analizará las teorías argumentativistas de la racionalidad legislativa. En la segunda sección se descompondrá el término «razonabilidad legislativa» para mostrar sus diferentes acepciones. La tercera sección mostrará la relación entre racionalidad y razonabilidad legislativa. Para concluir, la cuarta sección explicará la noción de «aceptabilidad» de las razones legislativa. A grandes trazos, se puede decir que las teorías de la argumentación jurídica se han ocupado hasta ahora básicamente de la racionalidad del razonamiento y discurso jurídico en la fase de interpretación y aplicación del Derecho. Estas teorías parten del supuesto de que el razonamiento jurídico tiene como característica fundamental la vinculación a la ley. En ese marco, las teorías de la argumentación jurídica se han traspolado al debate en torno a la racionalidad de la ley en su fase de creación. Más precisamente, estas teorías están discutiendo en qué medida la racionalidad legislativa es un supuesto de una argumentación jurídica racional en sede interpretativa y aplicativa.

Desde la óptica de las teorías argumentativistas de la racionalidad legislativa, el fenómeno legislativo es visto como un proceso argumentativo relacionado con la adecuación entre medios y fines: se sirven de la relación entre legislación, entendida como un procedimiento que se rige por normas jurídicas (ya constituidas), en virtud de las cuales las decisiones políticas de las autoridades normativas (el legislador) se transforman

en derecho a través de la llamada teoría estándar de la argumentación jurídica dentro del proceso de creación de leyes: la ley ha de contar con los medios e instrumentos idóneos para conseguir el fin perseguido. En este sentido, el legislador debe lograr la claridad de la ley desde el punto de vista lingüístico y su adecuada composición, además de su correcta inserción en el sistema jurídico.

Tratándose pues de las «Teorías realistas de la racionalidad legislativa», me propongo abordar las siguientes cuestiones: ¿qué se entiende por realismo y qué relación tiene con la legislación?; ¿existe una teoría de la racionalidad legislativa dentro de las teorías realistas del derecho?; ¿qué autores de la tradición realista han desarrollado una teoría de la legislación?; ¿se puede atribuir racionalidad a la actividad legislativa? Con estas preguntas en mente, la segunda parte del sexto capítulo se divide en cuatro secciones. En la primera sección se analizarán las principales tesis del realismo jurídico. En la segunda sección se explicará el uso del término «legislación» a la luz del realismo jurídico. La tercera sección explicará la noción de legislación como producto según Karl Olivecrona. La cuarta sección concluirá mostrando algunos presupuestos que el realismo jurídico le atribuye a la actividad legislativa.

Comúnmente la comunidad jurídica acepta que no existe una teoría de la legislación (ni si quiera racional) en los presupuestos teóricos del realismo. Sin embargo, antes de arribar a esa conclusión se debe precisar los alcances del término realismo. No hacerlo imposibilita la explicación de porqué no existe una teoría de la legislación dentro del realismo. Parece pertinente entonces, elucidar primero qué se entiende por realismo jurídico para después verificar si existe o no una teoría de la legislación. Para el efecto la siguiente sección se divide en tres secciones. En la primera sección se explicará qué se entiende bajo el rótulo «realismo jurídico». La segunda sección, explicará el uso del término «legislación» a la luz del realismo jurídico para mostrar las dos formas de entenderlo: como proceso y como producto. La tercera sección, hará énfasis en la legislación como producto desde la perspectiva del realista escandinavo Olivecrona. Finalmente, la cuarta parte analizará las principales tesis del realismo con respecto a la legislación.

Hay que dejar dicho que lo que se quiera decir con el término realismo no es un espacio común en la teoría del derecho. De hecho, los estudiosos en el tema han advertido los diferentes sentidos del realismo en la literatura jurídica. Me referiré ahora al realismo jurídico de corte filosófico. En efecto, tal como sostiene Chiassoni, el realismo jurídico

de corte filosófico constituye un conjunto de actitudes acerca del derecho desde categorías epistémicas, teóricas y normativas.

En cuanto a la actitud epistémica, el realismo filosófico es entendido desde una perspectiva empirista, esto es, afirma que el conocimiento científico del derecho es viable en la medida que se provea cómo el derecho es de hecho. Esta afirmación tiene que estar corroborada por la experiencia, tratando de esquivar todo entendimiento metafísico acerca del derecho.

En lo que respecta a la actitud teórica, el realismo filosófico es el resultado de una consideración completamente empirista de los fenómenos que componen el «derecho positivo». Su punto central es la negación de la objetividad del derecho, esto es, sostener la idea según la cual el derecho constituido por el sistema jurídico positivo, es un conjunto ordenado de reglas «*out there*» a la espera de ser descubierto y aplicado a situaciones reales o imaginarias.

Para concluir con estas páginas introductorias es necesario advertir al lector que este trabajo de investigación puede ser dividido en bloques con respecto a las temáticas afines. El primer bloque comprendido por la introducción y los dos primeros capítulos cumplen una función de explicación filosófica y en menor medida histórica del fenómeno de la racionalidad legislativa. Los capítulos tercero y cuarto se hacen cargo de propuestas de políticas públicas y mecanismos en los cuáles se ponen a prueba diversas nociones de racionalidad y su justificación moral y política, sin perder de vista el análisis desde una perspectiva teórica. Por último, el capítulo quinto y sexto junto con la conclusión proponen las claves metateóricas de una “legislación racional” en clave descriptiva.

Capítulo I

La racionalidad legislativa en las teorías de la Ilustración

1. La “*Scienza della legislazione*” de Gaetano Filangieri y su relación con la racionalidad legislativa

En este capítulo se analizará qué tipo de racionalidad legislativa subyace en la obra de Filangieri. Para el efecto, este trabajo se articulará en cuatro partes. La primera realizará un análisis de la influencia de Montesquieu en la obra de Gaetano Filangieri. La segunda parte expondrá un análisis introductorio de la obra *Scienza della Legislazione* donde se analizará el proceso codificador filangieriano. La tercera parte analizará la teoría de la bondad filangieriana. Finalmente, la cuarta parte se ocupará de realizar un breve análisis sobre el comentario de Benjamin Constant de la obra de Filangieri, mostrando dos concepciones antagónicas de la actividad legislativa.

1.1. La influencia de Montesquieu en la obra de Gaetano Filangieri

Sin lugar a dudas, Gaetano Filangieri⁵³ (1753-1788) fue una figura destacada en la Europa de la segunda mitad del siglo XVIII donde sobrevivían los privilegios feudales y el lujo desenfrenado de la nobleza y el clero. El proyecto del joven napolitano -quien adquirió desde muy temprana edad, habilidades intelectuales muy destacadas- se enmarca en un modelo de monarquía ilustrada, emprendida por Carlos III, dispuesta a liderar una “revolución pacífica” que se implementaría a través de la reforma a la legislación del Reino de Nápoles. En este contexto, la *Scienza della legislazione* de Filangieri es el fruto de la concreción del pensamiento del siglo XVIII en búsqueda de reformar el estado en la era del absolutismo. El *leitmotiv* filangieriano descansa en la idea de que el trabajo de reforma debía comenzar a partir de la elaboración de las leyes, para poder establecer a través de ellas, una relación correcta entre reyes y súbditos. Esta idea central, en gran medida, está influenciada en la *magnum opus* de Montesquieu *De L’esprit des lois* publicado en 1748. La influencia, como el apego a la tradición iluminista, no resta ningún valor al reconocimiento de los méritos del napolitano, y no disminuyen su posición excepcional en el contexto del movimiento de la Ilustración. Parece por tanto, sensato,

⁵³ Liotta, G. (1913). *Gaetano Filangieri*. Polistena: Tip. Pascale. pp. 9-10.

exponer someramente las ideas principales de Montesquieu para dar cuenta de la génesis del pensamiento filangieriano y su pretención codificadora y reformista.

Los fundamentos del paradigma montesquiano, cuya exposición abre el *Esprit des lois* en su capítulo primero, comienzan con la famosa y muy discutida definición de las leyes como “las relaciones necesarias” derivadas de la “naturaleza de las cosas” por la cual “todos los seres tienen sus leyes: Dios, el cosmos, los ángeles, las bestias, y el hombre”. El significado de esta definición, puede resultar claro: las leyes a las que se refiere no son las jurídicas (prescriptivas), sino explicativas, ya que delimitan la “naturalezas de las cosas” y aseguran su subsistencia. El análisis montesquiano trae al campo del pensamiento político un método capaz de determinar un nuevo concepto de derecho, que considera de las leyes: “...*sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses; et, dans ce sens, tous les êtres ont leurs lois*⁵⁴”, junto a un método capaz de explicar la estrecha relación entre las leyes naturales (determinadas no solo por las condiciones geográficas, sino también por las condiciones económicas, culturales y religiosas), que regulan el desarrollo histórico y las leyes humanas, que rigen el comportamiento político de los individuos. Por tanto, vale la pena mostrar los rasgos filosóficos de la fundamentación de las leyes que recorren de manera transversal, gran parte del pensamiento iluminista, a decir:

i) Una *visión metafísica racionalista* del proyecto racionalizador en la que coexisten las leyes y al mismo tiempo la justicia, y que constituye para Montesquieu la prueba que da razón (ahora con certeza) de la piedra angular de su fe: la existencia de un dios creador y conservador del universo como entidad intencionada, ordenadora y respaldada en su existencia por leyes inmutables tanto para las cosas y los animales, como para los hombres. Este dios es el absoluto, y la “razón primitiva” con la que todo se relaciona, por el cual, las leyes son relaciones existentes entre él y los diferentes seres, así como las relaciones de estos seres entre sí. Del diseño de esta metafísica, se crean dos órdenes de leyes que se relacionan exclusivamente con el hombre y su doble cualidad de creador y receptor de leyes por derecho propio: las leyes naturales y leyes positivas⁵⁵.

ii) *El empiricismo* que acompaña a la argumentación metafísica como fundamento de las leyes. En este sentido, la corroboración empírica es el criterio de fiabilidad de “las

⁵⁴ Montesquieu. (1748). *De L'esprit des lois: livres I et XIII (imprimé et manuscrit)*. Genève: Barrillot & fils. Cap I. p. 1.

⁵⁵ Galli, C. (2001). *Manuale di storia del pensiero politico*. Bologna: Il mulino. p. 234.

relaciones necesarias”: la existencia de una ley natural estaría probada mediante una argumentación racionalista de los datos obtenidos por la experiencia del mundo.

iii) La afirmación del *principado de la razón humana universal* sobre las razones de casos particulares (libro I de *Esprit des lois*); el reconocimiento de la “sublimidad” de la razón como el hilo que conecta su actividad heurística, dirigida a determinar la relación de las leyes con la naturaleza de las cosas. Esta noción va aparejada con un principio filosófico de unicidad de la razón.

iv) Los principios son a partir de los cuales deducir racionalmente las normas e instituciones ideales; son los *criterios hermenéuticos* por los cuales es posible establecer cuál es el núcleo central que une cada contexto de significado y, por lo tanto, cuál es la condición de existencia de ese contexto. Por ende, las leyes y sus excepciones no son disposiciones normativas derivadas de un ser ideal, sino reglas históricamente existentes que son identificables gracias al “espíritu” o al “principio” de un contexto de significado dado. Son, por un lado, consistentes o inconsistentes con eso; por el otro, excepciones, justificadas por la peculiaridad objetiva de la situación⁵⁶.

v) La construcción del *caractère général*, está influenciado en la educación de las familias y en las formas de vida de las sociedades conferidas por las leyes, la religión y la educación (Filangieri también se ocupa del carácter pedagógico y religioso de su proyecto codificador en el capítulo IV y V respectivamente). Esta forma de instrucción junto con el empirismo que estudia “causas físicas” determinan el carácter general de una nación según Montesquieu. Existe por tanto, una proyección de juntar componentes morales y físicos: los primeros, son relativos a las costumbres, la ley, las actitudes, las creencias sociales y religiosas del pueblo, mientras que los segundos, tienen que ver con el clima y la naturaleza del terreno.

vi) Ante la multiplicidad de fuentes y normas particulares, Montesquieu al igual que Filangieri comparten la concepción acerca de la *libertad como tranquilidad nacida de la certeza de estar jurídicamente protegidos* frente a los impedimentos o restricciones arbitrarias fundadas por la confusión y pluralidad de fuentes normativas. La convicción ilustrada es asegurar las interacciones humanas a través del imperio de la ley. Esta es la piedra angular del republicanismo iluminista: reducir en lo posible el arbitrio de los jueces a través de la aplicación literal de la ley, se presenta en el pensador ilustrado como una

⁵⁶ Cotta, S. (1995). *Montesquieu*. Roma-Bari: Laterza. pp. 8-9.

conquista decisiva de la libertad. Acabar con el arbitrio de los tribunales significa acabar con el gobierno despótico de los hombres. Las consecuencias de esta idea han sido enormes: la antigua ley, tal vez aluvial e incierta, marcada por el pluralismo de la sociedad, fue reemplazada por una rigurosa, cierta y rígida ley monista, es decir, que expresa la única voz de los poseedores del poder: los redactores de las leyes positivas.

Pese a la afinidad de fundamentos filosóficos, Filangieri muestra un distanciamiento expreso en cuanto al objetivo de la obra del francés: “*Los que lean este libro no deberán admirarse de ver tratados en él algunos de estos objetos, de los cuales habló muy difusamente el autor de (...) el objeto que yo me propongo nada tiene que ver con el de aquel escritor. Montesquieu busca en estas relaciones el espíritu de las leyes, y yo busco en ellas las reglas. Él procura hallar en aquellas relaciones la razón de lo que se ha hecho, y yo trato de deducir de ellas las reglas de lo que se debe hacer*”⁵⁷. Este distanciamiento muestra la pretención práctica de la obra filangieriana de dejar a un lado el plano explicativo – que según él- tiene la obra de Montesquieu y empezar una labor prescriptiva de lo que *debe hacerse* para regular las interacciones humanas. Resulta, por tanto, pertinente realizar un breve análisis a la obra filangieriana de la que se ocupará la siguiente sección.

1.2. El proceso codificador según Filangieri

La obra de Filangieri se encuentra entre las más importantes que ha producido la Ilustración europea con miras a desarrollar un diseño institucional que a través de un proceso codificador garantice la seguridad y la felicidad de los subditos frente al soberano. En este contexto, la obra abre la polémica antifeudal que el napolitano considera una especie de gobierno que divide al estado en muchos estados pequeños y por tanto, divide el ejercicio de la autoridad, impidiendo la utilización del poder unitario y soberano. Ciertamente, la obra trasciende esta particular problemática y se sitúa en un contexto más amplio: cómo conciliar libertad con igualdad; cómo hacer de la jurisprudencia una ciencia segura y ordenada; cómo construir un sistema legislativo completo y razonado; y de cómo abordar la relación entre seguridad jurídica y dinamismo social⁵⁸.

⁵⁷ Filangieri, G. (1984). *La Scienza della Legislazione. Comento sulla scienza della legislazione*. Roma: Istituto poligrafico e zecca dello Stato. Cap. I, Plan de la obra, p. 23.

⁵⁸ D’Alessandro, L. (1991). *Gaetano Filangieri e l’illuminismo europeo*. Napoli: Guida. p. 7.

Por esta razón, la idea de ofrecer al mundo una legislación universal para todos los pueblos recorre el proyecto intelectual del napolitano como consta en sus primeros escritos (*Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia*. 1774), en la que argumenta con claridad y fuerza, su apoyo a la pragmática con la que los magistrados del Reino de Nápoles están obligados a producir motivación escrita de las sentencias dictadas, ajustadas a códigos completos que regulen el dinamismo social. Así, con solo 36 años de edad, Filangieri le ofrece a la cultura ilustrada europea, su *magnum opus*, la *Scienza della Legislazione*, obra que se difundió rápidamente en Italia, Francia, Alemania, Inglaterra, España, y que asombró al mundo de filósofos y escritores.

1.2.1. Una breve introducción a la *Scienza della legislazione*

La *Scienza della legislazione* (1780), fue publicada cuando ya habían aparecido todas las obras más originales e ingeniosas del pensamiento del siglo XVIII, desde la *Esprit des Lois* de Montesquieu (1748) al *Dictionnaire philosophique* de Voltaire (1764), desde la *Encyclopédie* de Diderot y d'Alembert (1751-1772) hasta el *Contrat social* de Rousseau (1762). Ya se había extendido toda una cultura prodigiosamente viva y distintiva del siglo XVIII. Sin embargo, la *Scienza*, constituye como veremos, la expresión global más clara y fiel de las doctrinas de la ilustración, y la imagen general de un pensamiento que ha llegado al florecimiento de la eficacia práctica⁵⁹.

Según el autor napolitano, pese a las enormes contribuciones de los jurisconsultos de la época, no había existido una obra que articule un sistema legislativo “completo y razonable”. En sus palabras: “*fra tanti scrittori che si sono consacrati allo studio delle leggi, chi ha trattato questa materia da solo giureconsulto, chi da filologo, chi anche da politico, ma non prendendo di mira che una sola parte di questo immenso edificio; chi, come Montesquieu, ha ragionato piuttosto sopra quello che si è fatto, che sopra quello che si dovrebbe fare; ma niuno ci ha dato ancora un sistema compiuto e ragionevole di legislazione, niuno ha ancora ridotta questa materia ad una scienza sicura ed ordinata, unendo i mezzi alle regole, e la teoria alla pratica. Questo è quello che io intraprendo di fare in quest'opera*⁶⁰”. Este salto de la teoría a la práctica del autor napolitano pretende

⁵⁹ Cotta, S. (1954). *Gaetano Filangieri e il problema della legge*. Torino: Giappichelli. p. 35

⁶⁰ Filangieri, G. (1984). *La scienza della Legislazione. Comento sulla scienza della legislazione*. Roma: Istituto poligrafico e zecca dello Stato. pp. 5-6.

alcanzar “...*el objeto único y universal de la ciencia de la legislación: la conservación y tranquilidad de las sociedades*⁶¹” abrumadas por los problemas del régimen jurídico imperante de pluralidad de fuentes: la legislación es esencialmente la fase final de la realización práctica-política de Filangieri.

Esta realización práctica está ligada a una noción “cientificista”. Por esta razón, Filangieri intenta mostrar que las leyes son concebidas como fenómenos determinados por la corrección que mantienen con otras dimensiones de la vida social, siendo necesario, observar los datos de la realidad, compararlos, registrar las “normalidades” y a través de la inducción, crear leyes “científicas” dotadas de capacidad explicativa y alcance empírico⁶². Según Filangieri, la racionalidad legislativa es parte de una “razón prudente” que es corroborada por la experiencia, a través de un discurso valorativo y normativo que se orienta a incidir sobre la realidad⁶³.

Este tipo de operación “científica”, sin embargo se desarrolla en el paradigma iusnaturalista que persigue objetivos distintos de los que cultivan los estudiosos del derecho positivo de la larga tradición de la *scientia iuris* que inicia con el derecho romano y se desarrolla en Europa con la participación de los glosadores, puesto que confiando en la capacidad heurística de la razón, dedican sus esfuerzos a la búsqueda de las reglas universales de la conducta humana. Descubiertos los principios supremos de justicia, pasan a prescribir como debería ser el sistema racional de la legislación, “...*yo trato de deducir de ellas las reglas de lo que se debe hacer*⁶⁴”. Este es el razonamiento que subyace a su noción de “ciencia”. Nótese que en el contexto de Filangieri, el término “deducir” no hace referencia a una operación lógica, sino a extraer un juicio a partir de hechos, proposiciones o principios generales.

Además, en su obra encontramos un *ethos* cívico que refleja en su republicanismo una carga axiología compleja propia del pensamiento político ilustrado, en el que la reivindicación de los “derechos del hombre” convive con los valores exigentes del comunitarismo. Por esta razón, Francesco Berti, examinando los contenidos ético-

⁶¹ Filangieri, G. (1984). *La scienza della Legislazione. Comento sulla scienza della legislazione*. Roma: Istituto poligrafico e zecca dello Stato. pp. 5-6.

⁶² Goyard-Fabre, S. (1979). *La philosophie du droit de Montesquieu*. Paris: Librairie Klincksieck. pp. 82-84.

⁶³ Berti, F. (2003). *La ragione prudente: Gaetano Filangieri e la religione delle riforme*. Firenze: Centro editoriale toscano. pp. 425-426.

⁶⁴ Filangieri, G. (1984). *La scienza della Legislazione. Comento sulla scienza della legislazione*. Roma: Istituto poligrafico e zecca dello Stato. Plan razonado de la obra, p. 23.

estatalistas de los libros IV y V, ha identificado su procedencia filosófica en la misma concepción iusnaturalista en la que se incardina la teoría ilustrada de los derechos humanos, postulando la existencia de valores absolutos racionalmente cognoscibles, de una moral ontológicamente fundada, de un orden natural al que debe ajustarse el orden político⁶⁵”.

Tal como apunta Ferrone, *“Toda la Scienza della legislazione risulta incomprensibile si se pierde de vista la inspiración que se halla presente en cada línea. Desde las leyes sobre la nueva religión civil necesarias para generar el patriotismo constitucional entendido como fuerte e indispensable vínculo comunitario, a la construcción de una esfera pública libre mediante la reivindicación de la libertad de prensa o a la reclamación de una enseñanza pública nacional abierta a todos, pasando por un sistema fiscal progresivo a fin de grantizar una mínima justicia distributiva y el respeto al derecho de todos a la búsqueda de la felicidad⁶⁶”*. Constante en el trabajo de Filangieri está la referencia a un republicanismo de los modernos considerado, no tanto como una aspiración a una forma específica de gobierno, sino como una tensión natural hacia la realización de una sociedad más justa y equitativa, que reconoce su mayor fuerza política en la autoridad de la opinión pública.

La concepción filangieriana de la legislación sostiene que sólo en el ámbito de la ley, el ciudadano puede tener seguridad. Esto constituye la libertad política del ciudadano desde una perspectiva republicana (de origen teórico del pensamiento Montesquieu) en el cual la libertad política es la libertad en el ámbito de la ley. En consecuencia, la actividad judicial -la aplicación por excelencia de la ley- es la traductora de la norma legislativa general de acuerdo con la controversia particular y específica. Esta concepción, da como nacimiento, al principio de legalidad, entendido formalmente como el apego al contenido de la ley de todas las decisiones de los poderes públicos. Por ello, el problema de la interpretación y aplicación de la ley se contrajo a la búsqueda de lo que el legislador quería en el momento de la producción normativa.

Aparejado a la idea de republicanismo se encuentra la importancia de la utilidad común. La utilidad común es para Filangieri y para gran parte del pensamiento iluminista,

⁶⁵ Filangieri, G. (1984). *La scienza della Legislazione. Comento sulla scienza della legislazione*. Roma: Istituto poligrafico e zecca dello Stato. Plan razonado de la obra, p. 23.

⁶⁶ Ferrone, V. (2005). Le radici illuministiche del costituzionalismo democratico e repubblicano dell'Italia contemporanea: il caso Filangieri, in *Diritti e costituzione. L'opera di Gaetano Filangieri e la sua fortuna europea*, a cura di Antonio Trampus. Bologna: Il Mulino p. 17.

la base de la sociedad civil. Por ello, el objetivo de su obra es la asociación política que descansa en la conversación y la prosperidad de sus miembros⁶⁷. El valor de la necesidad utilitaria también es reconocido por Rousseau, quien identifica en él, el fundamento psicológico (completamente natural y por lo tanto inmutable y eterno) de la unión de la sociedad. Esta noción de utilidad es vista como tendencia práctica -resultado del instinto- o consecuencia de un cierto sistema de creencias orientadas hacia la conveniencia de una comunidad dada, para aumentar su bienestar⁶⁸.

De ahí que, para asegurar la utilidad común, la noción de contrato social, constituye el fundamento jurídico-racional, puesto que la existencia del mismo, es indispensable en la fundamentación de la actividad legislativa. De hecho, todo el sistema penal filangierino está vinculado a la existencia del pacto social: “*la sociedad, que representa los derechos que cada individuo tenía en el estado de independencia natural, también ha heredado, a través del contrato social, lo que cada individuo toma sobre el otro individuo, cuando este viola las leyes naturales*⁶⁹”. Verbigracia, el derecho a castigar está fundamentado no sólo en la retribución del ilícito, sino más generalmente, en la justificación de la ley: “*le leggi sono le formole ch’esprimono i patti sociali*⁷⁰”. Cuando Filangieri se refiere a la violación del pacto hace referencia a su doctrina de la legitimación de la pena en base a la pérdida de un derecho, la cual, sería una consecuencia de la infracción del pacto por parte del delincuente. En párrafos posteriores se profundizará la racionalidad que supone el III libro de la *Scienza*, relativo al castigo y al procedimiento penal.

1.2.2. Estructura del plan razonado de la obra

En el plan razonado de la *Scienza*, se encuentra anunciado con nitidez el contenido de los cinco libros que constituyen “las reglas de lo que se debe hacer”. Esta nueva legislación se basa en principios que, concebidos en un modelo orgánico y racional, conducen a un progreso gradual hacia la felicidad de los ciudadanos. El esquema

⁶⁷ Filangieri, G. (1984). *La scienza della Legislazione. Comento sulla scienza della legislazione (1780)*. Roma: Istituto poligrafico e zecca dello Stato. Cap. III. p. 14.

⁶⁸ En esta línea, autores como Claude-Adrien Helvétius, fueron muy influyentes en el pensamiento republicano ilustrado gracias a su obra: *De l’Esprit* (1758), donde desarrolló la idea de la utilidad pública que consistía en dar mayor suma de felicidad individual y bienestar colectivo.

⁶⁹ Filangieri, G. (1984). *La scienza della Legislazione. Comento sulla scienza della legislazione*. Roma: Istituto poligrafico e zecca dello Stato. Cap. III. p. 26.

⁷⁰ Filangieri, G. (1984). *La scienza della Legislazione. Comento sulla scienza della legislazione*. Roma: Istituto poligrafico e zecca dello Stato. Cap. III. p. 25.

propuesto por Filangieri se estructura en un modelo que encuentra sus pilares en dos principios esenciales: el principio de “conservación” y el principio de “tranquilidad”. Como lo explica el mismo Filangieri *“La conservazione riguarda l’esistenza e la tranquillità riguarda la sicurezza... Lo stato bisogna dunque che sia ricco e che le ricchezze vi seino bene distribuite: ecco quello che riguarda la conservazione. Ma questo non basta. Si è detto che l’uomo non vuole solo conservarsi, ma vuol conservarsi tranquillo. Or per essere tranquillo bisogna che egli confidi⁷¹”*. Precisamente sobre la base de estos principios desarrollará cada capítulo de su obra, prescribiendo un diseño institucional que no sólo supone un cambio de paradigma en cuanto a las fuentes del derecho -imperantes difusamente en el Reino de Nápoles- sino un programa político de buen gobierno para toda Europa.

El primer capítulo es de carácter general y programático: representa la dirección y el proyecto editorial adecuado de todo el trabajo, junto con los principios inspiradores del mismo. El volumen se abre con una consideración general sobre la crisis de finales del siglo XVIII y la necesidad de oponerse a gobiernos absolutos con una fuerte conciencia igualitaria basada en una profunda reforma de las estructuras económicas, jurídicas -especialmente en el contexto de la ley y el juicio penal-, educativas y religiosas. Por ello, Filangieri destaca la primacía de la ley y la necesidad de su generalidad y abstracción, a fin de evitar que la legislación siga siendo entendida orgánicamente como una consecuencia necesaria de la naturaleza de las cosas, alejada de la posibilidad de modificación y mejora por el hombre. De modo que, la mayor parte del trabajo teórico de Filangieri tiene por objetivo curar el exceso de disposiciones legislativas vigentes en la mayoría de los países europeos a través de una racionalidad legislativa secularizada.

El segundo capítulo está dedicado a las leyes económicas y su relación con la política. Desarrolla estos conceptos analizando los motivos de la crisis del cambio de siglo en la conciencia de que, con el fin de un sistema puramente mercantilista, un ciclo importante de la historia europea había terminado, ya que el desarrollo del comercio impuso nuevas reglas adecuadas para establecer los derechos y las formas de libertad económica. La decadencia de Inglaterra, seguida por la de España y Francia, llevó a mirar a Filangieri hacia Europa del Este y el continente americano, mientras que las dificultades de Europa y su sistema económico hicieron necesario tener un plan de reforma basado en

⁷¹ Filangieri, G. (1984). *La scienza della Legislazione. Comento sulla scienza della legislazione*. Roma: Istituto poligrafico e zecca dello Stato. Cap. III. p. 12.

la subversión del feudalismo, en una mejor distribución de la riqueza y en una idea de los derechos de propiedad que satisfaga las aspiraciones de igualdad entre los hombres. Otros principios guían constantemente la reflexión, como la idea de la supremacía de la agricultura sobre todas las demás ramas de actividad (la agricultura es la “primera fuente” de la riqueza de los pueblos), o la creencia de que aún más importante que la gran población es la facilidad de sus condiciones económicas, o finalmente el principio de mínima interferencia gubernamental y administración con respecto a la libertad de comercio y la organización de la actividad productiva, lo que resulta en un liberalismo controlado por la ley⁷².

El tercer capítulo aborda el espinoso problema del juicio penal, haciendo una crítica a las injusticias y desigualdades del antiguo régimen, especialmente desde el momento en que se implementó el sistema inquisitivo. Filangieri analiza en detalle el alcance de la legislación, la sedimentación de las leyes penales, y la crítica a los bárbaros feudales y canónicos, que junto con la práctica jurisprudencial hicieron ineficaces los medios de protección de los derechos individuales y atenuaron las garantías de libertad. El autor napolitano realiza una fundada crítica al sistema inquisitivo y su condena basada no sólo en evidencia legal sino también en la certeza moral de los jueces.

La legitimación del derecho penal filangieriano descansa en dos ideas principales: a) si las leyes son las fórmulas que expresan el pacto social, cada transgresión de la ley significa la violación de un pacto; b) si los pactos sociales no son más que los deberes que cada ciudadano contrae con la sociedad, a cambio de los derechos que adquiere, cada violación de un pacto debe ir seguida de la pérdida de un derecho. Es por tanto, una legitimación del derecho penal en base al contrato social, siguiendo la tradición de Rousseau y del primer periodo de la Ilustración.

Para efectuar la crítica al sistema inquisitivo, la noción del pacto social resulta esencial, puesto que la violación de la ley es la inobservancia del pacto social, y de esta se sigue la gravedad del crimen, que debe ser proporcional a la falta de cumplimiento del pacto. En otras palabras, la infracción debe medirse en relación con lo valioso que es el pacto violado para la sociedad. *“La qualità del delitto è il patto che si viola; il grado è il grado di colpa o di dolo col quale si commette l’azione. Bisogna dunque proporzionare*

⁷² Balzano, M. S., & Vecchione, G. (2015). Gaetano Filangieri e l’istituzionalismo economico, in “Rivista economica del Mezzogiorno, Trimestrale della Svimez”. 583-612. p. 590.

*la pena alla qualità ed al grado*⁷³”. El principio de conservación del orden social establece una orientación general del derecho penal para adecuarse a ese propósito. Además afirma que, manteniendo la proporción (así establecida) entre crimen y castigo, esta es preferible que los castigos desproporcionados producto de la venganza.

Sin embargo, para Filangieri, los criterios así determinados son sólo relativos y separa los diversos delitos en función de su gravedad. Filangieri, además se refiere a la “calidad del crimen”, que debe ser valorada por otro elemento, como la “maldad de corazón” del infractor. La razón dada por Filangieri por la cual los dos criterios deben tomar la noción subjetiva del delito, consiste en el hecho de que revelaría la tendencia más o menos fuerte del delincuente a incurrir en una pena nuevamente.

De esta conclusión se desprende la teoría de la prevención filangieriana, según la cual, la consideración subjetiva del delito es necesaria sobre la base de reflexiones preventivas, ya que si el propósito de la ley al castigar es persuadir al que todavía no ha violado la ley, se puede garantizar a la sociedad, la reducción de los delitos que cualquier delincuente podría cometer en un futuro, si no fuera corregido o castigado por la pena.

Por su parte, en su modelo evolutivo de derecho penal, Filangieri arguye “*Se, a misura che il governo e la società si perfeziona, il valore assoluto di tutti i sociali diritti cresce in proporzione dei progressi che fa la pubblica prosperità; se, a misura che questa su aumenta, si diminuisce l’incentivo a delitti, e si accresce il dolore che porta seco la perdita dei sociali vantaggi; è chiaro dunque, che si potranno senza rischio raddolcire le pene a misura che si perfeziona la società*⁷⁴”. La disminución de los crímenes en una condición social estabilizada por el bienestar, claramente constituyen una amenaza menor para la conservación de la sociedad; de manera completamente coherente, Filangieri debe defender su teoría de la proporcionalidad contra las penas más leves.

Se puede decir que el autor napolitano, descubre con Montesquieu y Beccaria, la dimensión política y la centralidad constitucional del derecho penal. Ya que, de la amplitud de las prohibiciones, de las modalidades punitivas, y de la estructura del proceso dependen la seguridad y la libertad. Para asegurar estos objetivos de la sociedad civil, Filangieri considera necesaria la codificación de las normas prohibitivas, sancionadoras

⁷³ Filangieri, G. (1984). *La scienza della Legislazione. Comento sulla scienza della legislazione*. Roma: Istituto poligrafico e zecca dello Stato. p. 613.

⁷⁴ Filangieri, G. (1984). *La scienza della Legislazione. Comento sulla scienza della legislazione*. Roma: Istituto poligrafico e zecca dello Stato. p. 536.

y procesales: normas que deben ser pensadas a la luz de las exigencias de protección del individuo tanto frente a las acciones ofensivas de los particulares, como frente a las injusticias de los poderes públicos. A esto, se le debe sumar, la crítica de un ordenamiento penal arcáico y arbitrario en las decisiones y feroz en las penas, ya que el napolitano diseña un sistema garantista inspirado en la lógica de la limitación del poder⁷⁵.

Filangieri defiende un paradigma en el que la esfera de las prohibiciones legítimas se encuentra circunscrita por los principios de materialidad, lesividad y culpabilidad, que, al concebir los delitos como acciones exteriores, lesivas de los derechos de los demás e imputables a la responsabilidad de un individuo, amplía el ámbito subjetivo de las inmunidades y de las facultades jurídicamente protegidas. Así, diseña y propone una reforma de la jurisdicción orientada a *“quitar, lo más posible, todo espanto al inocente, al reo toda esperanza, y al juez todo arbitrio”*⁷⁶. En consecuencia, las sanciones en el modelo de Filangieri, están limitadas por los principios de necesidad, proporcionalidad y humanidad, que proscriben los castigos crueles e imponen la modulación de la severidad de las penas en función de la escala de gravedad de los delitos. Por ello, Filangieri reinvidinca la despenalización de los comportamientos inofensivos otrora criminalizados por ser contrarios a la moral o a la doctrina de la fe. Propone la secularización, humanización y codificación en su plan de política del derecho⁷⁷.

El cuarto libro está dividido en tres partes, se refiere a las costumbres, educación y opinión pública; completa el trabajo describiendo la estructura de una sociedad renovada en sus características esenciales a través de la reforma de la educación, las universidades y las academias científicas fundadas en la primacía de la educación pública y en la posibilidad de reproducir entre las sociedades, un modelo de virtud y de espíritu público ya presente en los autores de la ilustración europea. Filangieri imaginó una sociedad emancipada capaz de jugar un papel crítico en el ejercicio de la política, a través de la libertad de prensa y la fuerza crítica reconocida por la opinión pública.

En consecuencia, la educación e instrucción de los ciudadanos tienen una importancia decisiva para Filangieri, tanto que dedica todo el Libro IV de su trabajo codificador: la educación no es sólo la alfabetización y transmisión de conocimiento, sino

⁷⁵ Seelmann, K. (2001). Gaetano Filangieri e la proporzionalità fra reato e pena. Imputazione e prevenzione nella filosofia penale dell'Illuminismo, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 3-26. p.7.

⁷⁶ Filangieri, G. (1984). La scienza della Legislazione. Comento sulla scienza della legislazione. Roma: Istituto poligrafico e zecca dello Stato. Libro III, parte II, cap. I, p. 7.

⁷⁷ Prieto Sanchís, L. (2007). La filosofía penal de la Ilustración. Peru: Palestra Editores. p. 11.

que es la formación de una conciencia civil y política. Es una herramienta indispensable para un soberano comprometido en la creación de una república fundada en la participación activa y consciente de los sujetos. Por supuesto, la opinión pública es importante para Filangieri (como lo será para todos los liberales del siglo XIX).

Siguiendo esta tradición, Rousseau⁷⁸ y Helvétius son los autores de referencia para un sistema educativo complejo basado en la división sustancial en dos clases (talentos y armas: la primera tiene acceso a escuelas públicas ubicadas en la capital, mientras que los miembros de la segunda son educados localmente y para grupos pequeños). Fiel a la tradición iluminista, si las leyes no están acompañadas de virtudes republicanas como producto (positivo) de grandes pasiones humanas, sobre todo amor propio e interés individual, no se podrá reconciliar con el interés de la sociedad en su conjunto.

El quinto libro, fuertemente influenciado por la militancia masónica de Filangieri-inacabado y no publicado por el autor-, analiza los “bienes” que el legislador puede encontrar en la religión y los “males” que debe evitar. Pretende abordar la relación del hombre y la sociedad con la religión en busca del fundamento de una religión civil, entendida masónicamente como la búsqueda continua de la verdad más allá del tradición cristiana. Los libros sexto y séptimo estaban destinados a tratar los temas civiles de la propiedad y de la familia, que no se pudieron completar por la temprana partida del autor napolitano.

1.3. Bondad absoluta y bondad relativa de la ley

En el plan razonado de la *Scienza*, Filangieri comienza distinguiendo la *bondad absoluta* de las leyes de la *bondad relativa*, mostrando la armonía que la ley emanada por el legislador debe tener con los principios de la naturaleza humana y su relación con las condiciones “fácticas” de la nación. Así, el autor napolitano desarrolla su proceso de codificación, dependiente de este doble carácter de bondad que toda ley debe ostentar para alcanzar su perfección o grado de “cientificidad”.

La *bondad absoluta* de la ley tiene que ver con los principios universales del derecho natural, comunes a todas las naciones, a todos los gobiernos y adaptable a todos los climas. Según la corriente ilustrada, el derecho natural contiene los principios

⁷⁸ La importancia del *Emilio* de Rousseau en la labor pedagógica ha sido notable en la formación iluminista. Constituye un tratado sobre la educación en el mundo occidental.

inmutables que ningún hombre puede ignorar, el cual constituye razón universal de todo acto humano de voluntad. Puesto que la legislación, por antonomasia constituye un acto de la voluntad humana, no está exenta de las condiciones de la “recta razón” y de los principios que rigen las cosas y las instituciones mucho antes de su creación. Si la ley natural antecede a toda institucionalidad humana, la misma, debe estar condicionada por dichos principios imperecederos. Se puede sostener que la noción de bondad absoluta de las leyes es un intento de hacer explícitas las dimensiones dentro de las cuales se articulan los juicios de valor relacionados con el derecho positivo, tomados en un sentido absoluto, es decir, sin considerar las circunstancias. Y hace alusión a las características que debe tener un orden legal para ser considerado “bueno” o conforme a la razón.

Por su parte, la *bondad relativa* de la ley, refleja la relación que existe entre la ley natural y el estado de la nación que la recibe y que puede ser el resultado de la influencia de numerosos factores, como: i) la naturaleza del gobierno; ii) los principios del gobierno; iii) el genio del pueblo; iv) el clima; v) la fertilidad o infertilidad del terreno; vi) la situación y la extensión de la nación; vii) la religión del país; viii) la madurez del pueblo. El criterio de bondad relativa constituye todo el plan codificador filangieriano que toma en consideración los principios generales del derecho natural (bondad absoluta) para implementarlos en una sociedad determinada por peculiaridades físicas y sociales que gradúan la aplicación de estos criterios naturalísticos y absolutos, siendo, el criterio de bondad relativa, el conjunto de todas las reglas generales de la práctica de la ciencia de la legislación. Para Filangieri, una racionalidad legislativa sustantiva y valorativa que no tome en cuenta las características reales de los seres humanos y las formas de vida desarrolladas bajo el clima, espacio, y cultura, corre el riesgo de incurrir en errores legislativos que como el napolitano sentencia, pueden producir “*l’infelicità di un secolo*”⁷⁹.

La importancia de estos dos criterios de corrección para evaluar las leyes parece evidente no sólo en la medida en que gobiernan toda la estructura de la ciencia de la legislación, sino sobre todo en la medida en que plantean, en términos concretos, las relaciones del pensamiento filangieriano con la Ilustración y la demostración definitiva de un pensamiento racionalístico. Sin embargo, debe observarse que esta distinción entre

⁷⁹ Filangieri, G. (1984). *La scienza della Legislazione. Comento sulla scienza della legislazione*. Roma: Istituto poligrafico e zecca dello Stato. p. 56.

la bondad absoluta y relativa de las leyes es de clara inspiración Montesquiana⁸⁰. De hecho, como ha señalado Sergio Cotta, el argumento a favor de la existencia de un criterio de bondad absoluta de las leyes, que se encuentra en el libro I de la *Scienza*, se basa en ejemplos y observaciones de Montesquieu con el mismo propósito⁸¹.

Montesquieu ya había distinguido entre una ley que deriva únicamente de la constitución de nuestro ser (ley natural), y la ley sociológica derivada de la vida social. Mientras la primera ley es absoluta e inmutable, la segunda es necesariamente relativa. La ley natural montesquiana se refiere a la naturaleza física del hombre en sus características elementales y esenciales. De esta fisicalidad, se derivan las características de universalidad, imutabilidad y absoluteza.

Lo que resulta evidente, es que tanto Montesquieu como Filangieri, están muy próximos al modelo aristotélico de la *Ética a Nicómaco* según el cual, el estudio de la naturaleza de las cosas es la premisa indispensable del arte del gobierno, porque sólo una aguda sensibilidad de las formas de vida puede proporcionar a los responsables de tomar decisiones sobre la organización de la comunidad política, los parámetros para orientarse a las diferentes circunstancias. La atención de las circunstancias no es, como se ha dicho, una novedad que se puede atribuir ni a Montesquieu ni a Filangieri, ambos arraigados en los primeros esbozos aristotélicos sobre racionalidad práctica⁸².

Para concluir, un lector acucioso podría identificar los problemas en torno a la concepción de la bondad de Filangieri como criterio de evaluación y de creación de las leyes, ya que la identificación del derecho natural, sería el intento de hacer explícito el elemento de corrección constante de la ley positiva, que no cambia con las opiniones cambiantes de los seres humanos. Sólo sobre la base de esta premisa sería posible identificar formas de mejorar las leyes existentes.

Esta constituye una crítica fuerte al argumento de Filangieri según el cual, la bondad absoluta y relativa no se excluyen mutuamente, sino que su coexistencia es de hecho, estrictamente necesaria para la construcción de una legislación racional. Adicionalmente, vale la pena subrayar que en la misma parte, bajo el título de la bondad

⁸⁰ Aunque un predecesor inmediato a Filangieri formula una tesis similar: Georg Ludwig Schmid d'Avenstein en *Principes de la législation universelle*, publicado en Amsterdam en 1776. Él utiliza la expresión “bondad relativa” para expresar ideas muy similares a las del filósofo napolitano.

⁸¹ Cotta, S. (1954). *Gaetano Filangieri e il problema della legge*. Torino: Giappichelli. pp. 99-100.

⁸² Costa, P., Pascale, C. d., & Ricciardi, M. (2006). *La Scienza della Legislazione di Gaetano Filangieri* in “Iride, Filosofia e discussione pubblica”. 181-202. p. 196.

“relativa” de las leyes, el autor no deja de llamar la atención sobre la invariancia de algunos principios básicos que no pueden dejar de tener efecto, entrando en contradicción con el establecimiento de nuevas instituciones, -la tarea principal de las leyes (positivas)- y de esta forma, eliminar todos los escollos que con el tiempo han llegado a obstaculizar y retrasar el “curso libre” de la naturaleza.

De hecho, Filangieri, considera que la razón y la naturaleza están perennemente aliadas en la búsqueda del bien común, amenazado, cuando lo es, por la intervención humana, que ocurre cuando cae presa de la sed de poder (y la tarea de “destruir” este “amor por el poder” pertenece al gobierno y las leyes). Este es uno de los preceptos fundamentales de la ciencia de la legislación: no solo evitar obstáculos al curso de la naturaleza, sino eliminar esos obstáculos que el hombre mismo ha producido en el curso del desarrollo histórico⁸³. Este argumento hace de la bondad absoluta *pro tanto*, en la medida en que los objetivos del derecho positivo del momento no se vean impedidos de razones puramente metafísicas. Esta crítica supone un punto oscuro -o del todo contradictorio- en el pensamiento del napolitano.

1.4. Dos concepciones antagónicas de la actividad legislativa: notas a propósito del comentario de Benjamin Constant sobre la *Scienza della legislazione*

Se puede decir que para Filangieri, subrayar la plenitud de los poderes soberanos no sólo es aceptar una opinión generalizada propia de la tradición iluminista, sino que también constituye una herramienta esencial en vista de uno de los principales propósitos que persigue su diseño institucional a través de la legislación: la lucha contra el feudalismo. De esta forma, se da una convergencia espontánea entre la imagen más acreditada de la soberanía y las estrategias de reforma cultivadas por Filangieri para el Reino de Nápoles, ya que sólo una soberanía fuerte capaz de iniciativas autónomas y penetrantes puede ser el eje de un orden finalmente liberado de arbitrariedad y multiplicidad anárquica de poderes y fuentes normativas⁸⁴.

⁸³ Cotta, S. (1954). *Gaetano Filangieri e il problema della legge*. Torino: Giappichelli. pp. 37-38.

⁸⁴ Buena parte de este ideario se refleja en su precoz obra “*Riflessioni politiche su l’ultima Legge del Sovrano che riguarda la riforma dell’amministrazione della Giustizia*” (1774) donde defiende el proyecto político del iluminismo jurídico: la campaña a favor de la primacía del derecho codificado contra las fuentes tradicionales del derecho consuetudinario.

El proyecto de legislación filangieriano está conciente que es necesario utilizar todo el poder desplegado en el soberano para liberar al sujeto de adicciones y desigualdades⁸⁵. En consecuencia, abraza una visión optimista de la soberanía según la cual el soberano es un aliado del orden y protector natural de la seguridad de una comunidad, a través de la regulación gracias a la cual se guardan los derechos de libertad y propiedad.

Por otra parte, el mecanismo representativo que se ejerce a través de los parlamentos, permite según Filangieri, pensar en el ascenso espontáneo de los sujetos hacia la esfera pública. Es decir, permite pensar en una comunión entre el estado y la sociedad, hecha posible a través de la actividad legislativa, ya que transformaría, las pasiones privadas en virtudes públicas. Para el autor napolitano, la interacción social requiere de la intervención activa por parte del legislador, principal actor en la vida política y privada de los miembros de la comunidad.

Así es como arrivamos a la idea de que el soberano (legislador) es la fuerza capaz de llevar a cabo la transubstanciación milagrosa de los vicios privados en virtudes públicas, tesis propia de la tradición republicana. Sin embargo, las nuevas tensiones perceptibles en la *Scienza della legislazione* derivan de estos elementos tan esenciales como difíciles de conciliar. Por ello, existe un campo de tensión entre la privacidad del sujeto y su dimensión pública y participativa. En la *Scienza* existe una tensión interna entre el soberano y los sujetos, atribuible al contraste entre la espontaneidad de la interacción social y la intervención soberana. El intervencionismo del soberano, a través de la regulación legislativa: su acción voluntaria, su decisionismo, su artificialismo entra en tensión con la espontaneidad “natural” de las acciones individuales.

Esta tensión recorre toda la crítica de Constant al proyecto filangieriano “*El sistema de Filangieri en nada difiere del de Rousseau... La legislación, según Filangieri, así como la sociedad según Rousseau, sería un poder ilimitado y despótico, en cuyo provecho se enajenarían todos los seres individuales... Pretender como Mably, Filangieri y otros muchos que se extiende sobre todos los objetos la competencia de la ley, es organizar la tiranía y volver, después de infinitas declamaciones ociosas, al estado de esclavitud de que esperábamos libertarnos, sometiéndolo de nuevo los hombres a una*

⁸⁵ Ferrone, V. (2008). La società giusta ed equa: repubblicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri. Roma: Laterza. pp. 82-83.

fuerza ilimitada, tan peligrosa, ya sea que se le de su verdadero nombre que es despotismo, ya sea que se le adorne con un apelativo más suave, como la legislación⁸⁶”.

El liberalismo de Constant sostiene que aún elevando la libertad del individuo por medio de la razón, a través del orden político, resulta incapaz de escoger los medios adecuados a su objeto, terminando por diseñar un orden intrínsecamente contrario a la libertad y por tanto, despótico. Confiar en una “buena política” legislativa, la tutela de los derechos significa, en efecto, poner el destino de los individuos en manos del legislador, dejándolo todo a su bondad. Según Constant, el error fatal de Filangieri es el propio de aquellos teóricos del Estado que, a partir de la constatación de que muchos de los males derivan de las malas leyes, llegan a la conclusión de que la realización del bien depende del legislador.

Así, la entera crítica de Constant se mueve a través de una oposición entre su constitucionalismo liberal, sólidamente anclado en la protección de los derechos individuales frente al legislador, y el paradigma jurídico-político del ilustrado italiano, suspendido en la imagen fantasmal de un legislador que actúa como protector de los derechos: “*Io voglio che una costituzione prescriva al potere in favore della libertà quanto Filangieri vuole ottenere dal potere medesimo⁸⁷”*. Por ende, para el autor del discurso “*De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*” (1819) el sentido de la libertad es una exigencia presupuesta que debe condicionar la práctica política y de este modo, configurar las formas de gobierno a partir del cual se canalicen los asuntos de interés público.

La versión liberal de Constant sostiene que la existencia humana debe permanecer independiente de la voluntad legislativa, y los derechos individuales son derechos que la legislación no debe regular y derechos sobre los cuales, la sociedad en su conjunto no tiene jurisdicción. La legitimidad de la regulación legislativa, depende de su objeto, por tanto, cuando esa regulación -que supone autoridad- se extiende sobre objetos que están fuera de su alcance, se vuelve ilegítima. Existen actos y actividades humanas, según Constant, que no pueden asumir el carácter de ley. Contrario a los postulados republicanos, las leyes desde la óptica de Constant, no son la expresión de la voluntad

⁸⁶ Constant, B. (1825). *Comentario sobre la ciencia de la legislación de Filangieri, por M. B. Constant. Traducido al castellano por D. J. C. Pages*. Paris. pp. 85-86.

⁸⁷ Filangieri, G. (1984). *La scienza della Legislazione. Comento sulla scienza della legislazione*. Roma: Istituto poligrafico e zecca dello Stato. P.9.

general, más bien, son declaraciones de las relaciones entre sí, propios del establecimiento de condiciones y actividades mínimas en una sociedad.

En sus palabras *“La loi n’est donc point à la disposition du législateur. Elle n’est point une œuvre spontanée. Le législateur est pour l’univers moral ce qu’est le physicien pour l’univers matériel. Newton lui-même n’a pu que l’observer et nous déclarer les lois qu’il reconnaissait ou croyait reconnaître. Il ne s’imaginait pas sans doute qu’il fût le créateur de ces lois⁸⁸”*. Esta concepción minimalista del valor de la ley y su regulación está acompañada de una postura cautelosa con respecto a la actividad legislativa y su regulación: para Constant, los errores de la legislación son más fatales que sus supuestas bondades *“une erreur de politique ou de législation est la source inépuisable d’un siècle de maux, et son influence destructive s’étend jusqu’aux siècles à venir⁸⁹”*. En consecuencia, la postura con respecto a la legislación, según el autor francés, es reducir su ámbito de acción. En palabras más sencillas: cuando menos tenga la oportunidad de actuar el legislador, es menos probable que se equivoque.

La entera crítica de Constant se desarrolla en torno a la defensa de su constitucionalismo liberal que estriba en la protección a ultranza de los derechos individuales frente a las regulaciones legislativas. Bajo esta óptica, el paradigma filangieriano de legislación toma un aspecto despótico y contrario a los principios que, paradójicamente, pretende alcanzar: la conservación y la tranquilidad.

2. La teoría de la legislación de Jeremy Bentham y su relación con la racionalidad legislativa

Esta segunda parte tiene como tema la teoría de la legislación de Jeremy Bentham y su relación con la racionalidad legislativa. La pregunta a la que pretende responder es: ¿Cuál es la relación de la teoría de la legislación de Jeremy Bentham y la racionalidad legislativa? Para el efecto, el tema se divide en cuatro partes. La primera parte mostrará la influencia de la Ilustración en Bentham. La segunda parte explicará la distinción trazada por Bentham entre jurisprudencia expositiva y censoria. La tercera parte analizará

⁸⁸ Constant, B. A. D. T. (1822). *Commentaire sur l’ouvrage de Filangieri. Partie 1 / par Benjamin Constant: P. Dufart (Paris). Chapitre VIII. De l’état de nature, de la formation de la société, et du but véritable des associations humaines.* p. 26.

⁸⁹ Constant, B. A. D. T. (1822). *Commentaire sur l’ouvrage de Filangieri. Partie 1 / par Benjamin Constant: P. Dufart (Paris). Chapitre VIII. De l’état de nature, de la formation de la société, et du but véritable des associations humaines.* p. 35.

el principio de utilidad como fundamento normativo de la racionalidad legislativa. Finalmente, la cuarta parte analizará el proyecto codificador benthamiano y algunos principios sobre la legislación.

2.1 La influencia de la Ilustración en Bentham

Se puede decir que para adentrarse a los orígenes intelectuales benthamianos hay que revisar los presupuestos de su contexto. No se puede entender su obra, sin antes repasar el *background* histórico: la Ilustración del siglo XVIII, esa actividad poco organizada de destacados pensadores ilustrados en toda Europa. Este movimiento se caracterizó por la plena confianza en la capacidad de la razón para diluir las brumas de lo supersticioso, para hacer que los hombres sean mejores precisamente iluminándolos y educándolos. La idea era liberar al espíritu humano de la ignorancia y de los prejuicios, pidiendo razones y pruebas de todo para poder solidificar las instituciones sociales bajo una impronta de racionalidad⁹⁰. Así, la Ilustración se caracterizó por dos objetivos fundamentales: su optimismo en el poder de la razón y en la posibilidad de reorganizar a fondo la sociedad a través de principios racionales⁹¹.

Los principios racionales provienen del empirismo como nuevo paradigma epistémico, según el cual a partir de la ciencia, la nueva filosofía se fundamenta a través de la experiencia. Tanto las ideas como los principios se derivan de la experiencia: el “alma” se concibe como una *tabula rasa*, sobre la cual se trazan gradualmente los signos de la experiencia. Bajo esta noción, no hay ideas o conceptos innatos⁹². Este rasgo es muy visible en la ontología empirista benthamiana distinguiendo entre las “entidades reales” y las “entidades ficticias”(entidades abstractas, empíricamente no existentes pero asumidas como existentes, a las cuales se refieren términos ficticios o abstractos: justicia, deber, derecho subjetivo, etc.) las cuales propiamente son instrumentos conceptuales. Dentro de las entidades reales, identifica las entidades que llama “deducibles” cuya existencia no es perceptible a través de los sentidos sino que son resultado de conjeturas (el alma, fantasmas, etc) y las entidades “perceptibles” que provienen directamente de la

⁹⁰ Gallarate, F. C. S. F. d. (2006). *Enciclopedia filosofica*. In (Nuova edizione interamente riveduta ed.). Milano: Bompiani.

⁹¹ Burns, J. H. (1984). *Jeremy Bentham: From Radical Enlightenment to Philosophic Radicalism*. The Bentham Newsletter, 4-14.

⁹² La idea de Locke fue decisiva contra las doctrinas de las “ideas innatas” en Locke, J. (1965). *An essay concerning human understanding*. New York London: Collier Books Collier-Macmillan.

actividad sensorial, (objetos materiales, sustancias corpóreas, comportamientos, impresiones, etc) únicas sujetas al ámbito de las investigaciones científicas. Así, queda excluida la actividad propiamente creativa del espíritu.

En cuanto a las principales características del *Siècle des lumières* como corriente de pensamiento se pueden identificar los siguientes rasgos generales: i) un nuevo paradigma filosófico. Precisamente, en el mundo anglosajón, el ensayo de John Locke *An Enquiry Concerning Human Understanding* (1690) fue un texto de capital importancia y una fuente de rigor epistémico que examinó la comprensión humana para determinar los límites del conocimiento. Conocimiento y racionalidad por su puesto, son palabras claves de este movimiento intelectual, que explica el radicalismo de la obra de Bentham y su insistencia en “limpiar” las concepciones erróneas del derecho inglés. En sus palabras: “*To purge the science (of jurisprudence) of the poison introduced into it by him (Blackstone) and those who write as he does, I know but of one remedy; and that is by definition, perpetual and regular definition, the grand prescription of those great physicians of the mind, Helvetius and before him Locke*⁹³”.

Un ejemplo de esta preocupación por la racionalidad de la ciencia en general y de la legislación en particular, bajo un nuevo paradigma epistémico, se encuentra en el formato que Bentham eligió presentar la obra maestra de sus años posteriores, y políticamente radicales: *Constitutional Code for the Use of All Nations and All Governments professing Liberal Opinions* (1830). Los artículos de este código tienen según Bentham un carácter explosivo y ejemplar, que ordena el conocimiento de las leyes para su mejor comprensión y aplicación, haciendo gala de su sistematicidad.

ii) En ética, la filosofía de la experiencia sensorial da origen al hedonismo egoísta y al utilitarismo. De hecho, fue Helvétius con sus dos obras muy conocidas en el setecientos: *Dello Spirito* (1758) y *Dell'uomo* (1772) que desde una perspectiva política y jurídica introdujo el materialismo de la pedagogía individual, por un lado, y de la pedagogía social a través de la legislación, por otro. En ambos casos, una pedagogía “racional”, destinada a imponer el cálculo de las utilidades en visión de la búsqueda de la felicidad individual en el caso de la educación y la felicidad del número máximo de personas en el caso de la legislación. El centro del discurso de Helvétius es, por lo tanto,

⁹³ Bentham, J. (1977). *A comment on the commentaries and A fragment on government*. London: The Athlone Press. p. 399.

el papel del legislador como responsable de establecer mecanismos para obligar a los individuos a generar el bien y al máximo número a través de la virtud. Por el contrario, la infelicidad del mayor número y la falta de virtud pública deben ser reprochadas a los legisladores⁹⁴.

iii) El naturalismo, puesto que el culto a la experiencia deriva del altar de la naturaleza. La naturaleza es fuente de cada experiencia, verdad y bienestar. Por lo tanto, se debe recurrir a la naturaleza y no confiar en la historia engañosa y dañina de una tradición incierta. Esta exaltación de la naturaleza se manifiesta especialmente en la esfera de la religión y del derecho. Tal como sostiene Tarello, en la cultura enciclopedista aflora constatemente bajo la diversidad de formulaciones, el motivo de la naturaleza como criterio para juzgar la acción humana, como un criterio supremo o único para evaluar las instituciones⁹⁵. En buena medida, este presupuesto responde a la empresa benthamiana de “desmitificar” el derecho inglés (*common law*) que era considerado una construcción humana elitista. La desmitificación, como se usa en el vocabulario de la política radical benthamiana, es simplemente, desgarrar el velo del misterio para exhibir estas afirmaciones sobre las instituciones sociales creadas por los hombres como una ilusión y condicionarlas al principio “natural” de utilidad⁹⁶.

iv) La claridad y simplificación del pensamiento, puesto que la filosofía del iluminismo siendo fundada por la experiencia, tiene que ver con los factores internos y externos que todos podemos experimentar. Desde esta perspectiva, es una visión clara y consisa del mundo que va dirigida a la vida práctica. Este análisis epistémico, sería un patrón decisivo en el pensamiento radical utopista de la razón analítica benthamiana. Para Bentham, el proceso esencial de análisis estriba en la clasificación reductiva pero aparentemente exhaustiva de los elementos en la experiencia humana, el conocimiento del mundo material a través de los sentidos junto con la susceptibilidad a los sentimientos de placer y dolor; y el ordenamiento de esa experiencia a través del uso apropiado del lenguaje.

v) El relativismo según el cual, si todas nuestras ideas dependen de impresiones externas, y al asociarlas, están formadas por la experiencia, entonces, podrían ser

⁹⁴ Tarello, G. (1976). *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il mulino.

⁹⁵ Tarello, G. (1976). *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il mulino.

⁹⁶ Hart, H. L. A. (1973). *Bentham and the Demystification of the law*. *Modern Law Review*, 36(1), 2-17.

diferentes de lo que son si la experiencia y el comportamiento de los fenómenos cambian (la experiencia siempre nos da lo que es en realidad, nunca lo que debe ser). Si no tienen un fundamento, un tipo universal, eterno e inmutable, independiente de los acontecimientos de este mundo (como las ideas platónicas o las ideas divinas), no se puede hablar de cosas y cualidades verdaderas, buenas o malas, bellas o feas. Todo es relativo, nada absoluto según esta noción⁹⁷.

2.2. Dos tipos de jurisprudencia: expositiva y censoria.

La enorme influencia de Bentham en el nacimiento de la filosofía del derecho positivo como disciplina caracterizada por el estudio de un “objeto” como el derecho positivo en general, se mantiene hasta nuestros días condicionada por los dos nociones de jurisprudencia que distinguió en el capítulo XVII de *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789): la jurisprudencia expositiva y la jurisprudencia censoria⁹⁸.

Bentham consideraba que la jurisprudencia -tal como la concebían los defensores del *common law*- era una entidad ficticia que no puede encontrar significado excepto junto a alguna otra palabra que designe la entidad real. Bajo esta premisa Bentham distingue dos tipos de jurisprudencia. El libro de jurisprudencia “expositiva” que afirma qué cosa es el derecho, y que da la competencia al expositor de mostrarnos qué es el derecho (de tal y cual país) y el libro de jurisprudencia “censoria” que afirma qué cosa debería de ser derecho (como ciudadano del mundo) o en sus palabras “*arte de la legislación*”, esta última de acuerdo a Bentham “*enseña el modo en el cual una multitud de hombres, que componen una comunidad, puede ser ordenada para perseguir el curso de acciones que sea, en conjunto, el más idóneo para conducir a la felicidad de la comunidad entera*”⁹⁹.

Esto es, la jurisprudencia censoria, no es más que la crítica del derecho tal como es, con miras a su enmienda, perteneciendo al arte de la legislación. Esta empresa dinámica emprendida para mejorar los sistemas legales pretende responder a la pregunta: ¿qué estándar de valores se requiere para mejorar la ley? Perteneciéndole al censor el arte de

⁹⁷ Gallarate, F. C. S. F. d. (2006). *Enciclopedia filosofica*. In (Nuova edizione interamente riveduta ed.). Milano: Bompiani.

⁹⁸ Chiassoni, P. (2016). *Da Bentham a Kelsen: sei capitoli per una storia della filosofia analitica del diritto*. Torino: Giappichelli.

⁹⁹ Bentham, J. (1948). *An Introduction to the Principles of morals and legislation*. New York: Hafner Pub. Co, pp. 293-294.

sugerir lo que el legislador debe hacer en el futuro¹⁰⁰. Bentham es muy crítico con la falta de distinción de las enseñanzas de Blackstone entre el trabajo de un censor crítico con pretensión de efectuar cambios en las leyes, en oposición al trabajo de un expositor, entendido como la persona que describe el funcionamiento de las mismas. Ambas funciones según su opinión, no se distinguen claramente en la obra magna de Blackstone, *Commentaries on the laws of England* (1765-1770), lo que crea en las mentes de los lectores confusión entre la ley tal como es y la ley como debería ser.

Se puede decir que la noción de jurisprudencia censoria de Bentham, está influenciada en su proyecto de radicalismo político que es tributo de las ideas de Helvetius en un célebre artículo de 1758 titulado: *De L'Esprit*, que se hizo notorio por sus ataques a todas las formas de moralidad basadas en la religión. Por otra parte, la crítica política de Bentham a Blackstone refleja a la jurisprudencia censoria como una teoría de gobierno en sentido amplio que se funda en el principio de utilidad¹⁰¹. Me referiré al principio de utilidad como criterio de corrección de la jurisprudencia censoria, o más precisamente como fundamento normativo de la racionalidad legislativa en la siguiente sección.

En este espacio, me ocupa mostrar la borrosidad de la distinción expositiva-censoria, en los términos expuestos por Postema: si bien Bentham insistió en la importancia de la distinción entre el expositor y el censor, no intentó evitar apelar a consideraciones de moralidad política a través del principio de utilidad, al determinar las características formales necesarias del derecho, violando su distinción ser-deber ser. Además, su rechazo al derecho consuetudinario se basa en puntos cruciales y consideraciones de práctica utilitaria, y no en meras consideraciones conceptuales neutrales u observaciones empíricas¹⁰².

De hecho, mientras discute la tarea del expositor en el prefacio de *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (IPML) deja claro que la recomendación y las razones para la elaboración de las leyes, esta condicionado por el principio de utilidad¹⁰³. Pues la primera tarea del expositor es la de ordenar los materiales legales según algún

¹⁰⁰ Bentham, J. (1960). *A Fragment on Government: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Blackwell pp. 397-98.

¹⁰¹ Long, D. (1988). Censorial Jurisprudence and Political Radicalism: A Reconsideration of the early Bentham. *The Bentham Newsletter*, 12.

¹⁰² Postema, G. J. (1979). The Expositor, the Censor, and the Common Law. *Canadian Journal of Philosophy*, 9 (4), 643-670.

¹⁰³ Bentham, J. (1960). *A Fragment on Government: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Blackwell pp.414-418.

principio “natural” que, por supuesto, según Bentham, refleja el principio de utilidad, ya que todos los hombres apelan implícitamente a él, al evaluar las instituciones legales o al ordenar el material legal. De hecho, Bentham, sugiere en la misma obra, de ordenar la ley enteramente en términos de una división sistemática de delitos, determinada por apelación a la no-utilidad de consecuencias de clases de acciones. Dada esta disposición sistemática, el expositor intenta localizar el material legal real en ella. Por lo tanto, donde el material no encaja, v.g. donde lo que en realidad se tipifica como delito no es lo suficientemente malicioso como para justificar el empleo de la maquinaria coercitiva de la ley para disuadirlo, podemos decir inmediatamente que tenemos una mala ley, desprovista de todo criterio de racionalidad.

Por otra parte, en lo que respecta a la “*universal jurisprudence*”, según Bentham, debe guiarse por consideraciones utilitaristas al igual que la jurisprudencia censoria. En primer lugar, cabe señalar que la jurisprudencia universal incluye para Bentham mucho más que simplemente el análisis de conceptos jurídicos centrales. El objetivo de su trabajo sobre jurisprudencia universal fue elaborar un plan integral de un cuerpo de derecho, “*complete in all its branches, considered in respect of its form; in other words, in respect of its method and terminology...*”¹⁰⁴ con el auxilio de conceptos universales -construidos sobre la presunta naturaleza de las acciones y las normas – como los conceptos de ley, obligación, derecho, poder, libertad, etc. Pero también la determinación de principios de individualización de leyes y estándares de integridad; determinación de las características y relaciones esenciales entre las diversas partes del derecho, de los estándares de razonamiento judicial y principios de interpretación, de principios para la ordenación de los códigos de código público y de la ordenación adecuada de los códigos de instrucción pública, así como de principios de redacción legislativa.

Es decir, el objetivo de la jurisprudencia universal era proporcionar el marco conceptual, la terminología y la maquinaria técnica que requería el censor; más precisamente, la exigida por el censor que se dedica al proyecto de redactar un código completo de leyes, que proviene -este es el punto central de la crítica- del trabajo del expositor en un determinado lugar y tiempo. Incluso hay evidencia directa para la afirmación de que Bentham sostuvo que tanto la jurisprudencia universal como la censoria deben guiarse por el principio de utilidad: en el prefacio de IPML, Bentham

¹⁰⁴ Bentham, J. (1960). *A Fragment on Government: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Blackwell, p. 6.

enumera los títulos de diez obras proyectadas sobre temas legales cuya publicación cumpliría con su diseño de una visión crítica y expositiva del derecho.

De hecho, se incluyen trabajos sobre principios de legislación en materia de derecho civil, penal, procesal, constitucional e internacional, economía política y finanzas. El tema de la décima es un “*Plan of a body of law, complete in all its branches, considered in respect of its form*”, es decir, una obra sobre jurisprudencia universal. Después de enumerar estas diez, sostiene que “*the use of the ten parts, which exhibit what appear to the dictates of utility in every line*¹⁰⁵” es proporcionar materiales para la construcción de un código de leyes completo. Esto implica claramente que los dictados del principio de utilidad son tan relevantes para el objeto de la jurisprudencia universal como para los propósitos de la jurisprudencia censoria, lo que muestra la borrosidad de la distinción -por lo menos- desde una óptica práctica y declarativa.

En definitiva, resulta que el principio de utilidad condiciona la empresa tanto del censor como del expositor dentro del mapa del saber jurídico benthamiano. Teniendo esto en cuenta, me interesa indagar en la siguiente sección, de qué forma afecta el principio de utilidad como fundamento normativo de la racionalidad legislativa, dejando a un lado, las afectaciones al trabajo del “expositor”.

2.3. El principio de utilidad como fundamento normativo de la racionalidad legislativa benthamiana

En *A Fragment on Government* (1776) Bentham expresa el principio de utilidad con su celebre frase “*the greatest happiness of the greatest number*” pero es en su libro *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, sistematiza con mayor claridad las tesis principales de este principio. A manera general, su principio de utilidad, apela a una suerte de naturalismo puesto que Bentham realiza una explicación de la naturaleza humana a través de sus dos grandes dueños: “el dolor y el placer”, en el que las elecciones humanas son racionalizadas por estos polos que señalan la medida de lo correcto o lo incorrecto.

Se puede considerar que el principio de utilidad aprueba o desaprueba una acción según la tendencia que parece tener de aumentar o disminuir la felicidad de los individuos

¹⁰⁵ Bentham, J. (1960). *A Fragment on Government: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Blackwell, p. 6.

y en último término, de la comunidad. Así, una acción cuya tendencia es aumentar en lugar de disminuir la felicidad de la comunidad es entonces aquella cuya tendencia es aumentar en lugar de disminuir la felicidad de las personas individuales que componen la comunidad. En palabras de Bentham: “*The community is a fictitious body composed of the individual persons who are considered as constituting, as it were, its members*¹⁰⁶”.

Desde una óptica muy general podemos distinguir dos dimensiones del principio de utilidad: una de corte psicologista y la otra ética¹⁰⁷. La dimensión psicologista está íntimamente ligada al hedonismo que se suele asociar con el placer desmedido. En la época de los sofistas era frecuente considerar que el placer era causado por la armonía o buena disposición de distintos elementos corpóreos: un individuo sentía placer cuando estaba “lleno” en el sentido de corporeamente bien provisto; lo contrario era un “vacío” o carencia que originaba el deseo, el cual, al cumplirse engendraba placer. En consecuencia, el hedonismo pasó a ser la tendencia consistente en considerar que el placer es un bien o “el mayor bien”¹⁰⁸. De esta forma, las acciones según Bentham están psicológicamente determinadas por estos dos dueños: el placer y el dolor (carencia, vacío). Sin embargo, este psicologismo hedonista no puede ser entendido como egoísta *per se*, ya que en su lista de diferentes tipos de placer, él incluye: la amistad, la piedad, la benevolencia, etc.

Esto debido a la distinción entre el epicureísmo de corte hedonista y el utilitarismo. El epicureísmo es una doctrina del hedonismo egoísta, mientras que el utilitarismo (de la variedad hedonista clásica) es una etiqueta para el hedonismo universalista. Es decir, el epicureísmo considera la felicidad del agente como el valor básico o el fin adecuado de la acción de cualquier hombre, mientras que el utilitarismo considera que el fin de la acción es la felicidad como tal, la felicidad de todos y cada uno. Se pueden citar pasajes de Bentham para sugerir que estaba de acuerdo con el epicureísmo en lo que respecta a la vida privada, pero el tipo de ética que le importaba a Bentham era la ética pública; el fin de la legislación¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Bentham, J. (1789). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (An authoritative edition by J. H. Burns and H. L. A. Hart ; with a new introduction by F. Rosen and an interpretive essay by H. L. A. Hart ed.). Oxford: Clarendon press, Chapter I.

¹⁰⁷ Milne, A. J. (1973). *Bentham's Principle of Utility and Legal Philosophy*. Northern Ireland Legal Quarterly, 24, 9-38.

¹⁰⁸ Ferrater Mora, J. (Ed.) (1994) *Diccionario de filosofía* (Nueva edición. ed., Vols. Q-Z). Barcelona: Ariel.

¹⁰⁹ Raphael, D. D. (1983). *Bentham and the Varieties of Utilitarianism*. *The Bentham Newsletter*, 3-14.

La dimensión ética del principio de utilidad es derivada del hedonismo psicologista, ya que todas las acciones son motivadas por el deseo de satisfacción y por la aversión al sufrimiento, siendo, el placer es el único valor moral intrínsecamente bueno y el sufrimiento, el único antivalor moral intrínsecamente malo. Desde esta perspectiva ética, las acciones son buenas o malas en función de sus consecuencias. Este consecuencialismo esgrime que ningún acto humano, es bueno o malo por sí mismo sino en virtud de la mayor utilidad de placer. Para Bentham, todos los desacuerdos morales en realidad son desacuerdos acerca de cómo se aplica el principio de utilidad en sus dos polos, la maximización del placer y la minimización del dolor. Lo expresa de la siguiente manera “*Si un hombre calcula mal la culpa es suya y no de la aritmética*¹¹⁰”. Por tanto, una acción será moralmente buena cuando proporcione el mayor placer al mayor número de personas implicadas. Bajo este esquema de pensamiento, según Bentham, la única premisa de la argumentación moral es el principio de utilidad, ofreciendo una ciencia de la moral basada en medir, agregar y calcular la felicidad.

Arrivamos entonces a la convicción ética de considerar a la felicidad como sinónimo de placer, y la infelicidad de dolor. Las acciones que promueven la felicidad deben ser aprobadas porque promueven lo que es intrínsecamente bueno. Las acciones que se oponen a la felicidad o causan infelicidad deben ser desaprobadas porque promueven lo que es intrínsecamente malo. Este es el corazón del principio de utilidad. Bentham es claro en afirmar: “*By utility is meant that property in any object whereby it tends to promote benefit, pleasure, good, or happiness or cause unhappiness, all this in the present case comes to the same thing, or what again comes to the same thing, to prevent the happening of mischief, pain, evil, or unhappiness, to the party whose interest is considered*¹¹¹”.

Ahora bien, ¿Qué relación tiene el principio de utilidad con la actividad legislativa? Es muy simple: si la ley es conforme al principio de utilidad, permite a los miembros de una comunidad ser más felices de lo que podrían ser sin ella. Hay dos razones para considerar esto. Una surge del hedonismo egoísta: en ausencia de la ley, los únicos motivos que un hombre puede tener para considerar la felicidad de otras personas

¹¹⁰ Bentham, J. (1789). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (An authoritative edition by J. H. Burns and H. L. A. Hart ; with a new introduction by F. Rosen and an interpretive essay by H. L. A. Hart ed.). Oxford: Clarendon press. p. 18.

¹¹¹ Bentham, J. (1789). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (An authoritative edition by J. H. Burns and H. L. A. Hart ; with a new introduction by F. Rosen and an interpretive essay by H. L. A. Hart ed.). Oxford: Clarendon press. p. 10.

son el placer de la benevolencia y la amistad, y los dolores de las sanciones morales y religiosas. Pero si valora más los otros placeres, estos pueden ser insuficientes para evitar que haga daño a otras personas y, por lo tanto, disminuya la felicidad de la comunidad. La ley en forma de sanción política puede proporcionarle un poderoso motivo adicional para tomar la felicidad de la comunidad al reforzar las sanciones morales y religiosas contra el daño a otras personas.

La segunda razón, por la cual la ley permite que los miembros de una comunidad sean más felices de lo que podrían ser en ausencia de ella, podría llamarse su función creativa. Un ejemplo es la institución de la propiedad privada que asegura -según Bentham- la subsistencia, la abundancia, y las condiciones esenciales para la felicidad de una comunidad. Si la propiedad privada no estuviera asegurada por las leyes menoscabaría la felicidad de la comunidad puesto que no hubiera reglas para su posesión o aseguramiento.

Con arreglo a la función creativa, las finalidades de la legislación que están vinculada al logro de la felicidad, según Bentham, son cuatro: i) la subsistencia; ii) la abundancia, iii) la seguridad y iv) la igualdad. En entre estos fines, el más importante es la seguridad ya que está intrínsecamente unida con la capacidad de los seres humanos de diseñar proyectos de vida. Por lo tanto, la legislación debe primordialmente asegurar las condiciones de vida de las personas. En sus palabras *“Legislation must first determine what things are to be regarded as each man’s property before the general rules of ethics on this head can have any particular application”¹¹²*.

Con arreglo a la finalidad máxima de la legislación: la seguridad, es necesario explicar los dos sentidos de libertad que distingue Bentham. El primero se refiere a la ausencia de restricción, entendida como una especie de libertad “natural”. Ser libre es poder actuar como uno desee sin obstáculos. En la conocida distinción de Berlin este sería el sentido negativo de la libertad, que estriba en no ser importunado por otro: cuanto mayor sea el espacio de no interferencia, mayor será el de libertad¹¹³ o como la concebía Hobbes, en su magna obra, *“Un hombre libre es aquel(...) que no se ve impedido en la realización de lo que tiene voluntad de llevar a cabo”¹¹⁴*.

¹¹² Bentham, J. (1789). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (An authoritative edition by J. H. Burns and H. L. A. Hart ; with a new introduction by F. Rosen and an interpretive essay by H. L. A. Hart ed.). Oxford: Clarendon press. p. 292.

¹¹³ Berlin, I. (1958). *Two concepts of liberty*. Oxford: Oxford Clarendon Press.

¹¹⁴ Hobbes, T. (1991).ed Tuck, R. *Leviathan*. Cambridge. p. 146.

Pero esta libertad debe sacrificarse continuamente cuando se vive en sociedad bajo el imperio de la ley. El segundo sentido de libertad es el de vivir con regulaciones, basado en un principio de injerencia en las relaciones interpersonales, asegurado por la ley. Debido a que los dos sentidos de la libertad pueden confundirse y explotarse retóricamente con fines políticos, Bentham prefiere llamar al segundo tipo de libertad, “seguridad”. La libertad personal en este sentido es seguridad contra la opresión de otros; la libertad política es seguridad a través de la codificación¹¹⁵. Por esta razón, sostuvo que era necesario para el logro de los fines de la legislación un inmenso proyecto legislativo y codificador. Por esta razón, su crítica al *common law* hay que entenderla bajo el presupuesto de la función creativa que asegure la libertad política o seguridad¹¹⁶.

Por otra parte, Moreso identifica dos sentidos del principio de utilidad: el sentido descriptivo supone una concepción determinada de la naturaleza humana que presupone que el único fin de cada ser humano es buscar su propia felicidad, mientras que el sentido prescriptivo, establece que la mayor felicidad del mayor número de personas es el único fin universalmente deseable¹¹⁷. El sentido prescriptivo del principio de utilidad, Bentham lo enfrentó a otros principios que denominó contrarios al de utilidad, como: el principio del ascetismo que prescribe las acciones según su tendencia a disminuir la felicidad y el principio de simpatía y antipatía (*ipsedixisim*).

Una vez establecido el principio de utilidad como fundamento normativo de racionalidad legislativa, los juicios morales se convierten en juicios de carácter técnico. En consecuencia, una acción, o medida política es correcta si esta acción maximiza la felicidad del mayor número. Razón por la cual, Bentham trata de disponer de un instrumento adecuado para medir la felicidad producida por una acción determinada bajo un procedimiento de medición de estados subjetivos¹¹⁸. Bentham pensaba que hemos de multiplicar la magnitud del placer (la intensidad por la duración) por el resultado del producto de la proximidad y la certeza (la probabilidad) “sin explicitar” que estaba bosquejando un antecedente de las modernas teorías de la utilidad esperada.

¹¹⁵ Long, D. (1977). *Bentham on liberty: Jeremy Bentham's idea of liberty in relation to his utilitarianism*. University of Toronto Press.

¹¹⁶ Postema, G. J. (1986). *Bentham and the common law tradition*. Oxford: Clarendon press.

¹¹⁷ Moreso, J. J. (2013). *Jeremy Bentham: luces y sombras*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez(47), 221-248.

¹¹⁸ Bentham, J. (1789). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (An authoritative edition by J. H. Burns and H. L. A. Hart; with a new introduction by F. Rosen and an interpretive essay by H. L. A. Hart ed.). Oxford: Clarendon press.

Tal como apunta Moreso, se podría sostener que el procedimiento de Bentham condicionado por el principio de utilidad se asemeja a las modernas teorías de la decisión dado que aparece como un modelo -desarrollado ulteriormente por la teoría económica neoclásica y en general por las teorías de la elección racional en las ciencias humanas- que parte de la asignación hipotética a los individuos de una motivación de autopreferencia o persecución de lo que cada uno estima subjetivamente que es su propio interés.

Se puede concluir que el principio de utilidad condiciona el control racional de la justificación de cualquier acción u omisión de regulación por parte de la legislación. Puesto que la teoría de la legislación benthamiana parte de la base de que la legislación es un instrumento susceptible de variar los intereses de los individuos y de hacer que se conformen con el interés público, para Bentham, el utilitarismo constituye el fundamento necesario para construir una teoría de la legislación y una teoría de la política adecuada a las necesidades y aspiraciones de los seres humanos.

De este presupuesto se apoya el plan codificador benthamiano que como veremos forma parte de una ambiciosa pretensión teórica y práctica, que sienta las bases -diría sin exagerar- de los procesos de codificación modernos.

2.4. El proyecto codificador benthamiano: algunos principios sobre la legislación

Como se conoce, Bentham fue un crítico feroz al *common law* de finales del siglo XVIII y principios del XIX. Contrariamente a la tradición jurídica inglesa, abogó por la codificación sistemática de las leyes, la terminación de un sistema legal basado en la jurisprudencia mística y la racionalización de las leyes de acuerdo con el principio de utilidad. Este bosquejo preliminar de las ideas de Bentham entendía que un orden legal racional no puede limitar las aspiraciones, ni puede ofrecer a los hombres los placeres de una vida de fanatismo.

En particular, solo entendiendo e incluso hasta cierto punto prediciendo las expectativas de los hombres en una sociedad determinada, se puede elaborar leyes racionales beneficiosas para la comunidad. Esto requiere una apelación a una psicología social de la voluntad en el sentido de que la ley, lo que puede hacer es asegurar a los hombres, ciertas expectativas. La psicología social en manos de los legisladores, que

subyace a la ley no se muestra como terapia o por el bien del arte, sino como una ideología al servicio de la ley.

Por ello, el principio de utilidad benthamiano es una justificación política utilizada para un conjunto de principios propuesto. La utilidad y la psicología son dos sistemas diferentes en la teoría de Bentham, aunque se unen en manos de los legisladores; la psicología señala los detalles de expectativa que la ley debe abordar; el principio de utilidad es la justificación abreviada de Bentham para la legislación que se basa en la comprensión psicológica. La psicología de Bentham no es simple, ni es solo una variación más de la tradición sensacionalista dominante: es una imagen exitosa del tipo de psicología social que es útil para aquellos cuya preferencia política es el orden legal del estado moderno¹¹⁹.

Partiendo de los presupuestos psicologistas benthamianos y su principio de utilidad como fundamento normativo de la racionalidad legislativa, se pueden derivar varios principios que cumplen con el basilar principio de seguridad, para la convicencia de los hombres en la comunidad. Además, forma parte de un proceso práctico de codificación para todas “las naciones del mundo”.

2.4.1. El principio de codificación de las leyes

El conjunto de principios no escritos (*common law*) que los jueces aplicaban para resolver los casos, era para Bentham una entidad fabulosa, que servía al poder judicial inglés del momento para decidir los casos arbitrariamente (derecho *ex post facto*), lo que afectaba profundamente la seguridad entendida como fin último de la legislación: “*Nadie los ha escrito, nadie sabe qué palabras los integran, son parecidos al éter fantasioso que, a falta de materia sensible, completa el universo*¹²⁰”.

En principio, Bentham no niega que los jueces, en un sentido amplio, “legislan” las reglas generales. Sin embargo, sostiene con indignación que, al hacerlo, usurpan la autoridad. Se trata de acciones “autocráticas” y no autorizadas que adquieren el carácter de ley. Por ello, Bentham sugiere distinguir dos criterios de autoridad relacionados con el sujeto de quien la predica: los pronunciamientos autorizados (*authoritativeness*

¹¹⁹ Rosenblum, N. L. (1973). *Bentham's Social Psychology for Legislators*. Political Theory, 1(2), 171-185.

¹²⁰ Bentham, J. (1789). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (An authoritative edition by J. H. Burns and H. L. A. Hart ; with a new introduction by F. Rosen and an interpretive essay by H. L. A. Hart p. 8.

pronouncements) y no autorizados (*unauthoritative pronouncements*) que constituye una distinción en términos de función y cargo gubernamental. Por “ley autorizada”, arguye, “*I mean as assemblage of words purporting to express the Will of the Legislator, and by express declaration delivered by him for such*”. Mientras que por “ley no autorizada” “*I mean an assemblage of words expressing either 1st, the Will of certain Judges, acting as such, or else 2^{dly}, inferences drawn from what is supposed to have been such will, or 3^{dly}, what is supposed to have been the Will of a legislator*¹²¹”. Es decir, solo el campo legislativo (el soberano) está autorizado para dictar reglas generales de derecho; mientras que el campo judicial solo es capaz de declarar la ley y decidir casos particulares en virtud de ella.

Ante “la falta de autoridad” del poder judicial, le asignó otra función, a la que denominó “función de informes de interpretación impugnada”. Básicamente era un recurso que contemplaba que cuando un caso se fundamentara en una cuestión de derecho y no en una cuestión de hecho, un juez de apelación debía dar su opinión sobre la correcta interpretación de la ley, y se debía canalizar un informe en el que se establecieran los puntos en litigio a través del Ministro de Justicia y el Ministro de Legislación, a un comité permanente de la legislatura denominado: Comité de Interpretación Impugnada, que tomaría la decisión final sobre la cuestión de la ley y sobre cualquier enmienda o perfeccionamiento del código que pareciera necesario para poder aclarar la disposición pertinente¹²².

En lo que respecta a las leyes provenientes de los pronunciamientos autorizados que no sigan el procedimiento de informes de interpretación impugnada, estas han de ser conocidas por sus destinatarios y que han de ser claras, concisas y completas, así como “racionales” en el sentido de que contengan las razones para la conducción a una determinada solución legislativa.

Sin embargo, la preferencia de Bentham estuvo encaminada decididamente a la codificación guiada por la estricta aplicación del principio de utilidad “en todo estado, la mayor felicidad del mayor número requiere que se realice un código omnicompreensivo¹²³”. En lo que concierne a las leyes provenientes de los

¹²¹ Bentham, J. (1789). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (An authoritative edition by J. H. Burns and H. L. A. Hart ; with a new introduction by F. Rosen and an interpretive essay by H. L. A. Hart. II. 10. p. 260.

¹²² Bentham, J. (1983). *Constitutional Code*. Oxford: Clarendon Press. Bowring, ix. 502-4

¹²³ Bentham, J. (1983). *Constitutional Code*. Oxford: Clarendon Press. Bowring, ix. 502-4

pronunciamientos no autorizados, estas son por definición, leyes arbitrarias e irracionales que ponen en peligro la seguridad de los miembros de la comunidad por su incapacidad para regular con antelación y certeza la conducta humana. De hecho, la demanda recurrente de Bentham de la conversión de la ley hecha por jueces en ley estatutaria, se basó en la creencia de que, para ser validado por la obediencia habitual de la comunidad -a pesar de la improvisación por la crítica constructiva en términos utilitarios¹²⁴- la ley debe ser accesible, comprensible y justificable para los ciudadanos¹²⁵”.

Por estas razones, Bentham prefirió como diseño institucional un derecho codificado que limitara la discrecionalidad judicial. De hecho, trató de inventar un código de leyes completo, llamado “Pannomion”, que pudiera aplicarse universalmente (propuso que Estados Unidos, Rusia, España, Portugal, Grecia y América Latina, lo adoptaran). De hecho, en 1822, el recién nacido gobierno portugués decidió adoptarlo, sin embargo, cuando fue derrocado en 1823, el sueño de Bentham, al final, no se hizo realidad. El propósito del Pannomion era asegurar las expectativas legítimas de las personas ya que sin la seguridad de la expectativa (o simplemente seguridad), las personas no pueden diseñar vidas coherentes y continuas que son esenciales para la felicidad humana. El proyecto codificador ejecutado a través del Pannomion era “*an uniformly apt and all-comprehensive law, accompanied with a perpetually interwoven rationale, drawn from the greatest happiness principle*¹²⁶” que restringirían las desviaciones de los jueces y legisladores.

Dado que la publicación del derecho es importante para la seguridad de las expectativas individuales, Bentham dividió todo el Pannomion en códigos generales y códigos particulares para facilitar su memorización. Los códigos generales son códigos para las personas en general. En esta categoría se incluyen: el Código Constitucional, el Código Civil, el Código Penal y los Códigos Procesales. Los códigos particulares son para clases particulares de personas. Bentham consideró que mediante la introducción de

¹²⁴ Sobre este punto, es evidente que la teoría de adjudicación benthamiana esta condicionada por el principio de utilidad. Bentham considera que los jueces no deben adherirse estricta y mecánicamente a la ley promulgada, sino que deben aplicar el principio de utilidad a cada caso, partiendo de “la línea marcada por la ley preestablecida” por motivos utilitarios. En este sentido, algunos autores consideran que la concepción positivista del derecho y la concepción “utilitarista directa” de la toma de decisiones judiciales de Bentham, son incompatibles. Véase, Dinwiddy, J. R. (1989). *Adjudication under Bentham's Pannomion Utilitas*, 1, 283-289.

¹²⁵ Long, D. G. (1977). *Bentham on liberty: Jeremy Bentham's idea of liberty in relation to his utilitarianism*. Toronto: University of Toronto press. p. 201.

¹²⁶ Bentham, J. (1998). *Legislator of the world: writings on codification, law, and education*. Oxford: Clarendon press. p. 260.

códigos particulares sería posible reducir la cantidad de asuntos legales, ya que las personas las tendrían en cuenta en la regulación cotidiana de la vida diaria.

El trabajo principal de los códigos particulares era la “individualización” de las actividades humanas más cotidianas y poco complejas. No obstante, fiel a la tradición imperativista del derecho, Bentham argumentó que toda ley individual -así sea particular- debe contener una disposición penal imperativa y que aquellas leyes que sólo tienen disposiciones civiles, no pueden tener la naturaleza y los efectos de leyes sin estar conectadas con disposiciones imperativas sancionadoras. De hecho, en el campo civil, vg. las disposiciones de los derechos de propiedad no pueden tener efectos de ley a menos que estén conectadas con disposiciones imperativas que prohíben las injerencias en la propiedad sin títulos.

De esta forma, Bentham pretende satisfacer la seguridad de los miembros de la comunidad que adopte su *pannomion*. Sin embargo, el proceso de codificación tiene un escollo fundamental: la traspolación de las leyes a todos los rincones y para todas las personas. Bentham reconoció la universalidad de la naturaleza humana y las necesidades humanas, adoptando una visión naturalista y monista de las necesidades humanas, arguyendo que en los diferentes países el catálogo de placeres y dolores era el mismo.

De hecho, compartía con Montesquieu la idea de que una legislación exitosa debe tomar variedades sociológicas empíricamente reconocidas, es decir, ajustar las leyes y sus instituciones para adaptarlas a las circunstancias dadas. No observar dichas circunstancias podría generar problemas de cálculo, convirtiendo a la ley en perniciosa para la utilidad de la comunidad. Adicionalmente, Bentham también estableció parámetros de valoración de la insatisfacción de una ley, que básicamente están compuestos de tres criterios: i) la multitud de personas insatisfechas; ii) la intensidad de la insatisfacción en cada persona; y, finalmente, iii) la duración de la insatisfacción por parte de cada una de ellas¹²⁷.

En el plano de su política del derecho, el proceso codificador más ambicioso e inacabado es su *Constitutional Code* (1822-32). Es el trabajo principal de sus últimos años y contiene la declaración más importante de la teoría de la democracia constitucional que surgió después de sus conocidas “*Conversiones al Radicalismo Político*” (1809-10). Bentham desarrolla aquí en una forma final la teoría y las instituciones de una democracia

¹²⁷ Kaino, M. (2008). *Bentham's Concept of Security in a Global Context: The Pannomion and the Public Opinion Tribunal as a Universal Plan*. *Journal of Bentham Studies*, 11.

representativa ideal dirigida a “*all nations and all governments professing liberal opinions*”. Bentham concebía el código en cinco partes: el “enactivo (las disposiciones promulgadas), el “expositivo” (explicando los términos, etc.) y el “ratiocinativo”(dando razones) ; luego añadió dos más: ejemplificativo (proporcionando ejemplos); y el instruccional (dándole instrucciones al legislador)¹²⁸. Estas categorías sistemáticas tenían que ser integradas en todo texto normativo debido a que dotaba a las leyes de claridad, sistematización y “razones”.

Por otra parte, del principio de codificación de leyes se puede derivar: i) la necesidad de publicitar la ley; ii) encontrar una manera de mejorar los código y; iii) la capacidad de desarrollar habilidades específicas útiles para la legislación.

Bentham trazó la distinción entre un modo abierto y cerrado de redactar los códigos con respecto a la publicidad de los mismos. En el modo cerrado, la elaboración del código está a cargo de una persona o un pequeño grupo de personas designadas por el soberano, que no lo hace público hasta que esté vigente, sin ningún tipo de participación. Claramente es una forma de ocultar el proceso de escribir códigos al público. La gente no puede opinar sobre la redacción de leyes; están privados de la posibilidad de ingresar al proceso legal y político de creación de códigos.

Sin embargo, Bentham propone una alternativa: un modo abierto, donde el código, antes de su promulgación con fuerza de ley, se hace público en la forma en que las obras literarias en general se hacen públicas: y esto, con el propósito, si no se declara expresamente, al menos es implícito, de que se tome las observaciones de cualquier persona. Se fomenta la participación de las personas en el proceso de creación de un nuevo código, asegurando así el “mejor código posible”, que satisfaga a la gente y tranquilice la conciencia del soberano. Requerir publicidad a través del modo abierto requiere de una “escuela de legislación”, institución encargada de enseñar el arte de la legislación y todas sus técnicas con la finalidad de mejorar el proceso legislativo¹²⁹.

Una de las formas de mejorar la codificación es con sus niveles de competencia: el primero permite la competencia entre diferentes borradores de códigos que emanan no solo de las comisiones parlamentarias dentro del país sino también de personas extranjeras. Además, se debe asegurar que los ciudadanos del mundo y del país

¹²⁸ Bentham, J. (1983). *Constitutional Code*. Oxford: Clarendon Press.

¹²⁹ Bozzo-Rey, M. (2010). *Publicity and Nomography: Bentham's School of Legislation*. Journal of Bentham Studies.

involucrado tengan acceso a los borradores. Todas estas formas son explicadas en la escuela de la legislación como institución ofrecida al público en general para que puedan enmendar y criticar borradores de código (aproximadamente 188 años antes de la conexión a internet y de la capacidad que tenemos ahora de interconectividad que nos permite criticar proyectos de ley en tiempo real a través de aplicativos móviles).

Para desarrollar habilidades específicas, la escuela de la legislación pretende cualificar a las personas para que puedan criticar los códigos. Bentham considera la necesidad de cualidades y habilidades especiales para redactar un cuerpo legal completo. La falta de esta calidad en la legislación se deben, según Bentham a la falta de habilidades entre los miembros de las comisiones de redacción.

2.4.2. El principio de claridad de la ley

La publicidad de las leyes asegura la comunicación entre los legisladores y los destinatarios de la legislación. Este punto es precisamente, el que Bentham va querer mostrar en su escuela de la legislación. La publicidad como un requerimiento estricto, establece una conexión directa entre la publicidad y la educación. Entonces, una escuela legislativa tiene un objetivo claro: mejorar la participación a través de la comunicación del conocimiento y mostrar que el lenguaje juega un papel clave en la transmisión de información, ya que es un instrumento empleado para el intercambio de ideas. Lo importante aquí es el vínculo entre educación e idioma, por un lado, y por otro, derecho e idioma. Bentham pasa a continuación a establecer una comparación entre la gramática y la legislación y esto puede verse como una forma de cerrar la brecha entre la teoría del lenguaje y el arte de la legislación. El punto central de Bentham es insistir en el hecho de que la legislación es, después de todo, un discurso como cualquier otro y que opera con algunas reglas.

2.4.3. El principio de comprensión de los hechos

Este principio estriba en la idea de que el estudio doctrinal del derecho positivo según el método de Blackstone, fuese un obstáculo para aquella exacta comprensión de los hechos, que, en opinión de Bentham, debían preceder toda reforma consciente y racional del derecho para servir al interés general. El sistema imperante era el judicial y

consuetudinario basado en la regla del precedente, con poca intervención legislativa. Según Bentham, la capacidad de los jueces para juzgar racionalmente los “hechos” contemplados en una regla fija y establecida era un ideal que no respetaba la tradición del *common law*. Por ende, la capacidad de los jueces para juzgar de manera justa también es infundada. Según Bentham, existe una imposibilidad epistémica de valorar la racionalidad de una decisión judicial, ya que la regla según la cual se debe cumplir los precedentes anteriores bajo la identificación de los mismos puntos que aparecen en el litigio es oscura e imposible de conocer. Además no está dentro de las competencias de los jueces, alterar o variar una ley permanente, de acuerdo con sus sentimientos privados.

Los jueces no pueden pronunciar una ley nueva, exclusivamente deben pronunciarse sobre una ya establecida. Por esta razón, los litigantes afrontaban el máximo de confusión, vejación, demora por un procedimiento legal que era incierto. Por estos motivos, la actividad legislativa estaba llamada a ofrecer una correcta comprensión de los “hechos” que forman parte ya no de la regla del precedente, sino en función de establecer, utilizando la terminología de Alchourrón y Bulygin, correlaciones entre casos y soluciones¹³⁰.

2.4.4. El principio de adopción de la terminología adecuada

Estriba principalmente en la idea de desmitificar el derecho inglés. Para tal fin, era necesario adoptar instrumentos idóneos para asegurar una exposición verídica del mismo, con una técnica natural que consistiría en tomar en cuenta que las normas jurídicas tienen por objeto “formas de conducta” o acciones humanas y, que dichas acciones humanas tienden a la utilidad general o por el contrario, terminan siendo dañinas¹³¹. Un primer instrumento de desmitificación del derecho, consiste en el uso de formulaciones no imperativas sino afirmativas en la redacción de leyes, por ejemplo: “están prohibidos los perros”, “Está permitido entrar en el parque”. La actividad del legislador consistiría en informar de la presencia de normas preexistentes de algún modo. Según Bentham, los pseudotecnicismos o expresiones en jerga, tornan a los discursos jurídicos en incomprensibles contribuyendo así, a una cultura del mito y superstición. Los intentos de Bentham de mejorar lo que consideró “ciencia de la gramática”, cuyas imperfecciones

¹³⁰ Alchourrón, C. E., & Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*. Wien New York: Springer.

¹³¹ Bentham, J. (1977). *A comment on the commentaries and A fragment on government*. London: The Athlone Press. p. 25.

asociadas con el mal uso de la gramática, las consideraba como el mayor obstáculo para el desarrollo de la filosofía y la jurisprudencia.

Por esta razón, la *Nomografía*, es la ciencia de la legislación escrita benthamiana, que enseña a escribir con claridad. Se trata de una metodología de definición de términos clave, diseño de información, sintaxis, organización del material (numeración de párrafos, etc.¹³²), es decir, tiene que ver con la forma en que se enuncia el mensaje del legislador. Podría decirse que son los primeros esbozos de técnica legislativa para liberar de los errores en el proceso de creación de leyes, como: la ambigüedad, la oscuridad, la voluminosidad, las incertidumbres en las expresiones, así como su redundancia y desorden. Básicamente, el propósito de esta obsesión de precisión terminológica, era evitar que la redacción del cuerpo legal diera lugar a confusiones, lo que a su juicio, ocurría con frecuencia en el *common law* inglés.

2.4.5. El principio de corrección de los problemas derivados de la vaguedad y carga emotiva del lenguaje

Otra parte muy distintiva de la teoría general del derecho de Bentham se puede presentar de manera ilustrativa como en su proceso de “desmitificación” del *common law*. Bentham llama “Libro de las Falacias” a los apelativos “apasionantes” y a términos “impostores”. Son palabras que aparentan ser meramente descriptivas pero contienen una fuerte carga emotiva, estando presente los méritos y los deméritos en el propio término de manera “disfrazada” (v.g “mantenimiento del orden” en lugar de expresiones neutras como “aplicación de la ley”). Usarlos es mistificar, y mistificar puede ser encubrir la tiranía (como la tiranía de Calígula¹³³).

La preocupación de Bentham con los males de la mistificación y con innumerables remedios para la desmitificación se extendió por todo el campo de la cultura jurídica de su momento. La ley debía hacerse más simple, más apegada al sentido común, mejor expresada, mejor conocida y mejor entendida. Desde una perspectiva general, las definiciones “persuasivas” no deben utilizarse para definir los términos de la teoría jurídica o política según Bentham.

¹³² Bentham, J. *Nomography*. Works of Jeremy Bentham, ed. J. Bowring, 1838-1843, vol. 3, p. 242.

¹³³ Hart, H. L. A. (1973). *Bentham and the Demystification of the law*. Modern Law Review, 36(1), 2-17.

2.4.6. El principio de separación por materias en la codificación de la legislación

La asignación de Bentham del contenido de la codificación depende de su estudio de la “naturaleza” de la ley. Para Bentham, se podría investigar la naturaleza de las divisiones ente códigos (civiles, penales, etc) en sus palabras, *“What is a penal code of laws? What is a civil code? Of what nature are their contents? Is it that there are two sorts of law, the one penal, the other civil, so that the laws in a penal code are all penal laws, while the laws in a civil code are all civil laws? Or is it, that in every law there is some matter which is of a penal nature, and which therefore belongs to the penal code and at the same time other matter which is of a civil nature, and which therefore belongs to the civil code? Or is it that some laws belong to one code or the other exclusively, while the others are divided between the two?”*¹³⁴.

Se podría decir al respecto que el criterio diferenciador entre la naturaleza civil y penal es la consecuencia de una sanción o castigo en el caso de la segunda. Para Bentham, un delito es un acto prohibido que si se realiza conlleva la sanción o pena. Por otra parte, la naturaleza estrictamente civil carece de castigo o consecuencia de penalidad. Sin embargo, según Bentham, la rama criminal no puede operar sin las exposiciones de los deberes y obligaciones jurídicas provistos por la rama civil debido a su material expositivo. Por ello, el código civil benthamiano termina siendo un diccionario de material jurídico expositivo que debe ser consultado en aras de aplicar las penas previstas en el código penal, o en aras de aplicar con sistematicidad cualquier otra norma de la jurisprudencia expositiva. Esta modalidad de aplicar el derecho de los códigos, esta arraigada a su teoría del derecho de corte imperativista.

3. La teoría de la legislación de John Austin y su relación con la racionalidad legislativa

Trataré aquí, como ya he anticipado, la concepción de “ciencia de la legislación” de John Austin y su relación con la racionalidad legislativa. Aquí también abordaré las cuestiones siguientes: ¿cuál es la relación de la concepción de “ciencia de la legislación”

¹³⁴ Bentham, J. (1789). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (An authoritative edition by J. H. Burns and H. L. A. Hart ; with a new introduction by F. Rosen and an interpretive essay by H. L. A. Hart p. 299.

de John Austin con la racionalidad legislativa? Para el efecto, el trabajo se articulará en cuatro partes. La primera parte analizará el mapa del saber jurídico austiniano. La segunda parte expondrá un análisis del utilitarismo de regla teológica como criterio de racionalidad legislativa. La tercera parte analizará la noción de legislación judicial, y mostraré ciertas anotaciones críticas según Austin. La cuarta parte concluirá con la relación entre el saber jurídico austiniano y la racionalidad legislativa.

3.1. John Austin y el mapa del saber jurídico

El rol de John Austin (1790-1859) en la iniciación de la jurisprudencia analítica es incontrovertible: entre sus aporte más conocidos se debe mencionar el mapa que trazó su particular concepción de la jurisprudencia (*general jurisprudence*). Con notables influencias de Thomas Hobbes y Jeremy Bentham, así como de sus viajes a varias universidades alemanas para estudiar las doctrinas jurídicas dominantes de Savigny y la Escuela Histórica, Austin publica en 1832 “*The Province of Jurisprudence Determined*” que consistió en la compilación de sus primeras diez lecciones de la cátedra de “*Jurisprudence*” en London University (hoy: University College of London¹³⁵). Posterior a su muerte, se publicó el libro *Lectures on Jurisprudence*, que finalmente lo catapultó, como el pionero de lo que conocemos bajo el rótulo: *analytical jurisprudence*¹³⁶.

Condicionado por su cognocitivismo ético, Austin traza un mapa del saber normativo, que tiene por objeto normas o reglas. Austin agrupa las disciplinas cognoscitivas con función crítica como: i) ciencias éticas (*the science of ethics*); ii) ciencias de la deontología (*the science of deontology*). En el ámbito de las disciplinas cognoscitivas con función crítica que versan por el contrario, sobre las normas que deberían gobernar el comportamiento de los hombres, Austin distingue igualmente dos disciplinas, homólogas de las dos precedentes: i) la ciencia de la moral (*the science of morals*), que concierne a la valoración y a la crítica de la moral positiva; y, ii) la ciencia de la legislación o legislación (*the science of legislation*) que concierne, en cambio, a la valoración y crítica del derecho positivo.

¹³⁵ La última y más completa edición fue publicada en 1885, a cargo de Robert Campbell (Campbell compiló el trabajo editorial de la esposa de Austin, Sara Taylor, así como los apuntes de clase tomados por John Stuart Mill bajo el rótulo: *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*.

¹³⁶ Maher, G. (1978). *Analytical Philosophy and Austin's Philosophy of Law*. ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. 64, 401-416.

En el ámbito de las disciplinas puramente cognoscitivas, que en sentido amplio versan sobre normas sociales que gobiernan el comportamiento de los hombres en determinados contextos espacio-temporales, Austin distingue: i) la ciencia de la moral positiva (*the science of positive morality*), que tiene por objeto las normas o “leyes” de la moral positiva como las disciplinas cultivada en la perspectiva del derecho internacional, o derecho de las naciones (*jus gentium*); y, ii) la jurisprudencia (*jurisprudence*) que por el contrario, tiene por objeto al derecho positivo, en cuyo ámbito Austin distingue adicionalmente entre jurisprudencia general y jurisprudencia particular. Es decir, lo que Austin llama, la ciencia de la jurisprudencia (*jurisprudence*), se ocupa de las leyes positivas.

Algunas interpretaciones de la obra de Austin, no dudan en encasillarlo como un positivista que distinguió entre el derecho que es (*the law as it is*), del derecho que debería ser (*the law as it ought to be*), esto es, que la existencia de las leyes humanas son independientes de su mérito o demérito. Esta clásica distinción que refleja su positivismo analítico, ha causado que la discusión acerca del mapa ético austiniano para muchos juristas sea irrelevante para comprender la concepción de *jurisprudence*¹³⁷. Sin embargo, en el mapa austiniano del saber jurídico, las disciplinas normativas atinentes al derecho positivo -como veremos- cobran importancia en cuanto a su estudio. Estas son: i) la jurisprudencia particular (*particular jurisprudence o national jurisprudence*), que es una disciplina orientada a la práctica jurídica, encaminada a conocer el derecho vigente de una determinada comunidad política que se puede parangonar con lo que ahora denominamos “ciencia jurídica” o “doctrina jurídica”.

ii) La jurisprudencia general (*general jurisprudence*) caracterizada por Austin como: “*la ciencia que se ocupa de exponer los principios, las nociones y las distinciones comunes a los sistemas jurídicos (systems of law); entendiéndose por “sistemas jurídicos” los sistemas más amplios y maduros que, en razón de su amplitud y madurez, son en mayor medida ricos para la enseñanza*¹³⁸”. Teniendo ello en cuenta, la jurisprudencia general es presentada como la disciplina que: “*se ocupa directamente de los principios y de las distinciones que son comunes a los distintos sistemas de derecho particular y*

¹³⁷ Uno de los juristas que considera que la teoría de la utilidad austiniana no tiene relación con el desarrollo de su método analítico ni con las leyes positivas es Lord Bryce en *Studies in History and Jurisprudence* (1901), p. 613. En esta misma línea, Wolfgang Friedmann sentenció que el principio de utilidad no tienen ninguna influencia en las principales ideas de la doctrina de Austin. *Legal Theory* (5th ed. 1967), p. 258.

¹³⁸ Austin, J. (1954). *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*. London: Weidenfeld and Nicolson. p. 367.

positivo, los cuales están incluidos inevitablemente en cada uno de tales sistemas, sean éstos merecedores de aprobación o de reprobación (...) O, en otros términos, la jurisprudencia general (...) se ocupa del derecho como necesariamente es, antes que del derecho como debe ser; del derecho como no puede sino ser (*must be*), sea este bueno o malo, antes que del derecho como debe ser, por ser bueno¹³⁹". Austin concibe la jurisprudencia general como una actividad racional más que empírica, de distinciones y precisiones conceptuales de los "principios" y "nociones comunes" de los sistemas jurídicos. Esta actividad reflexiva es propia de lo que conocemos con el rótulo "filosofía del derecho positivo".

Finalmente, iii) La ciencia de la legislación (*science of legislation*) es aquella parte de la ética o deontología que se propone: "*determinar el test o el criterio (junto con los principios subordinados o conformes con tal criterio) sobre la base del cual el derecho positivo debe ser producido o al cual el derecho positivo debe ser adecuado*"¹⁴⁰ "(Bentham asignaba con esta misión a la *ensorial jurisprudence*, denominada también, *the art of legislation*). El cognitivismo ético austiniiano asigna algunas tareas a esta parcela de la ética. Una primera es determinar el conjunto de criterios, a la luz de los cuales valorar la bondad y legitimidad del derecho positivo con correspondencia al derecho que "debe ser" (*the law as it ought to be*). Una segunda tarea es identificar y comprobar que partes del derecho positivo no son como "debería ser" y de este modo, sugerir los cambios idóneos para adecuar el derecho positivo a través de derogaciones o sustituciones de normas positivas a nuevos contenidos conformes a lo que "debería ser"¹⁴¹". Dentro de las ciencias de la legislación, encontramos la distinción relativa a las fuentes y a los modos de producción del derecho, entre el derecho escrito, promulgado o producido mediante "legislación directa" (*direct legislation*), de un lado, y el derecho no escrito, no promulgado o producido mediante "legislación indirecta" (*indirect legislation*)¹⁴²).

Austin no considera que la ley deba ser estática e inmutable o independiente de la moral. Más bien defiende -de acuerdo con las opiniones de Bentham- que la reforma de la ley no es función de la ciencia jurídica (*jurisprudence*), sino que es asunto de la ética

¹³⁹ Austin, J. (1832). *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*. London: Weidenfeld and Nicolson. p. 32.

¹⁴⁰ Austin, J. (1954). *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*. London: Weidenfeld and Nicolson. p. 127.

¹⁴¹ Chiassoni, P. (2016). *Da Bentham a Kelsen: sei capitoli per una storia della filosofia analitica del diritto*. Torino: Giappichelli.

¹⁴² Austin, J. (1885). *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law* (5th edn. ed.). London: Murray Lectures XXVIII-XL.

en general y de la ciencia de la legislación en particular. Sin embargo, a diferencia de Bentham, Austin no limita la elaboración de leyes a la legislación, sino que también describe como la legislación judicial (*judicial legislation*) de hecho, crea normas que se introducen en el sistema jurídico.

De modo tal, la ciencia de la legislación austiniana encasillada en la parte de la ética que cambia el contenido del derecho positivo, no puede formar parte del análisis puramente cognoscitivo de identificación del derecho. Más bien, esta encaminada a la función crítica (*the law as it ought to be*) que pretende reformar o derogar el derecho vigente bajo “el conjunto de criterios y principios subordinados”, que según la moral objetiva de Austin debe adecuarse a su peculiar versión de utilitarismo teológico. Vale la pena decir que Austin pertenece a los objetivistas ontológicos y cognoscitivistas morales, su concepción moral considera: i) que hay principios y valores morales objetivos, que existen independientemente de las creencias, valoraciones, aspiraciones o actitudes normativas de los individuos, y que están dotados en sí mismos de normatividad o fuerza vinculante; y, ii) que tales principios y valores morales son susceptibles de un reconocimiento objetivo del mismo modo que, o de modo análogo a los fenómenos empíricos investigados por las ciencias naturales.

Por otra parte, la intención de Austin en separar “*the law as it ought to be*” era mostrar que el derecho positivo está establecido por el Estado (soberano) directa (a través de los parlamentos o ejecutivos) o indirectamente (a través del poder judicial) fiel a su naturaleza imperativa. De hecho, Austin inicialmente definió la ley como “una orden de la razón”, plenamente influenciado por Aquino en *Summa Theologica* (1265-1274): la ley es algo que un ser racional le da a otro. En este sentido parece pacífico sostener que Austin defendía el voluntarismo de la ley, según el cual, siendo las legislaturas órganos colectivos, existiría un contenido de significado dado en sus estatutos por una “voluntad”: Dios y su voluntad es a las leyes divinas, lo que el parlamento (soberano) y su voluntad es a las leyes terrenales.

Dicho esto, Austin considera que los parámetros normativos dotados de existencia objetiva y cognoscibles que determinan cómo debe ser el derecho positivo están constituidos por los principios de su utilitarismo teológico, fuertemente influenciado por el pensamiento del clérigo inglés William Paley (1743-1805). Para esta versión de utilitarismo, la virtud consiste en la obediencia a la voluntad de Dios. En efecto, Paley considera que la voluntad divina también debe ser conocida por la obra de Dios o la luz

de la naturaleza. Tal conocimiento requiere cálculos utilitarios de “*la tendencia de la acción a promover o disminuir la felicidad general*”¹⁴³. Dichos cálculos constituyen la virtud moral como “*el hacer el bien a la humanidad, en obediencia a la voluntad de Dios, y por el bien de la felicidad eterna*”¹⁴⁴. De un solo trazo, el utilitarismo teológico, engloba así el sujeto, la regla y el motivo de la vida moral, ya que las innegables demandas del interés propio coincidían con las necesidades de la sociedad: uno contribuía desinteresadamente al bien común con el propósito egoísta de lograr los placeres del cielo y evitar los dolores del infierno.

Precisamente, las “leyes” o “reglas” del derecho divino (“*divine laws*”, “*the law of god*”) se dividen en el derecho divino revelado (para los creyentes) y no revelado (para los no creyentes), y constituyen objetivamente la existencia de normas de conducta irrefutables, de donde se obtiene, la “verdadera” razón de todas las cosas. Bajo esta premisa, Austin rechaza el cognocitivism ético “irracionalista”, basado en la idea de un “*moral sense*” innato puesto que contradecería los mandatos de las leyes divinas y tornaría en subjetiva, las prácticas morales. Para Austin, las prácticas morales que desconocen el principio de utilidad teológico, muestran ignorancia e incapacidad de los seres humanos.

Además, la ley divina es la prueba o test del derecho y la moralidad positiva; en otros términos, el derecho y la moralidad, en la medida en que son lo que *deben ser*, para no oponerse a las leyes de Dios. Por consiguiente, uno de los objetos más importantes de la ciencia de la ética (o, en palabras de Bentham, “la ciencia de la deontología”) consiste en determinar la naturaleza de los indicios de los mandatos tácitos de la divinidad, o la naturaleza de los signos o pruebas mediante los que se pueden conocer aquellos mandatos. Por “ciencia de la ética” se debe entender, la ciencia del derecho y la moral tal y como deberían ser: en otras palabras, la ciencia del derecho y la moralidad como *deben ser* respectivamente si se adecuaban a su test o medida correspondiente.

Así trazado el mapa del saber jurídico austiniano, un lector atento se preguntará por la relación entre las ciencias de la legislación (disciplinas normativas atinentes al derecho positivo) y la concepción teólogo-utilitarista de Austin. Se puede replicar que,

¹⁴³ Los trabajos más importantes de Paley se encuentran en “*Moral and Political philosophy*”, en I The Works of William Paley, D. D. (1837).

¹⁴⁴ Austin, J. (1885). *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law* (5th edn. ed.). London: Murray Lectures XXVIII-XL.

aunque las ciencias de la legislación y la jurisprudencia son conceptualmente diversas, están conectadas “*by numerous and indissoluble ties*¹⁴⁵”.

En consecuencia, la determinación de las leyes divinas son un objetivo muy importante de la ciencia de la legislación según Austin. Además es un objetivo importante afín de obtener una *jurisprudence* racional y de utilidad para la comunidad. Austin defendió esta posición con varios argumentos, uno de los cuales refleja una teoría particular del impacto causal de las consideraciones utilitarias en la legislación, ya que la comprensión del significado de las leyes positivas requiere una explicación clara de sus propósitos, que a su vez, son incapaces de ser entendidos sin una apreciación de la naturaleza del principio de utilidad, ya que “*not only ought to guide, but has commonly in fact guided the legislator. The principle... well or ill understood, has usually been the principle consulted in making laws*¹⁴⁶”.

Este argumento implica que la explicación causal de las leyes positivas son propias del estudio de la jurisprudencia. En esa medida, la concepción austiniana de jurisprudencia, tiene un tinte sociológico, ya que incluye las explicaciones causales, y a la par, constituye una forma prescriptiva de legislar. En otras palabras, Austin, no sólo está interesado por circunscribir el mapa del saber jurídico de forma exclusivamente explicativa, sino también prescriptiva en lo que atañe a las disciplinas cognoscitivas con función crítica, como la ciencia de la legislación, puesto que Austin no solo dilucidó el significado del principio de utilidad, sino que también lo defendió como el índice de los mandamientos tácitos de Dios.

Al mismo tiempo, enfatizó la importancia de la ciencia de la legislación, cuya función es “*determine the test or standard by which positive law ought to be made, or to which positive law ought to be adjusted*¹⁴⁷”. Austin afirmaba que la ciencia de la jurisprudencia y la ciencia de la legislación estaban relacionadas ya que es “*impossible to consider Jurisprudence quite apart from Legislation*¹⁴⁸”. Así lo certifica su propuesta de reforma para la educación jurídica en Reino Unido: Austin afirmaba que el entendimiento de los principios generales de la jurisprudencia (*general jurisprudence*) haría simplificar

¹⁴⁵ Austin, J. (1954). *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*. London: Weidenfeld and Nicolson. p. 7.

¹⁴⁶ Austin, J. (1954). *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*. London: Weidenfeld and Nicolson. p. 81.

¹⁴⁷ Austin, J. (1954). *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*. London: Weidenfeld and Nicolson. p. 366.

¹⁴⁸ Austin, J. (1954). *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*. London: Weidenfeld and Nicolson. p. 373.

la adquisición del conocimiento práctico en las cámaras legislativas¹⁴⁹. Así, la *general jurisprudence* surge como disciplina imprescindible no solo para la preparación de juristas y futuros legisladores, sino también para la reforma del derecho.

Finalmente, si esta interpretación del saber jurídico austiniano es plausible, su discurso sobre las disciplinas con función crítica cobra especial importancia. Precisamente, las leyes positivas (*jurisprudence*) que no pueden ser valoradas por ser el derecho que es, encuentran una justificación valorativa antes de ser promulgadas por el soberano. Este es el terreno de la legislación y ética austiniana enteramente valorativa que se explica con su particular utilitarismo de regla de corte teológico.

3.2. El utilitarismo de la regla teológica como criterio de racionalidad legislativa

No parece controvertible afirmar que Austin desarrolla una teoría del mandato divino de la obligación moral (*divine-command theory of moral and legal obligation*) sin ningún intento de proporcionar evidencia para justificar sus premisas teológicas. De modo que, aunque dedica un denodado trabajo a defender su teoría del derecho positivo (*jurisprudence*), no hace ningún esfuerzo por asegurar las bases de su teoría moral. Este hecho, para algunos autores es la razón por la cual, los estudios sobre Austin han considerado que sus afirmaciones teológicas son superfluas y que en nada contribuyen a la explicación del fenómeno jurídico. Sin embargo, dentro de las disciplinas con función crítica, más precisamente, dentro de la “ciencia de la legislación” la postura ética austiniana cobra una relevancia fundamental y ayuda a explicar los fundamentos de su concepción de racionalidad legislativa.

Austin sostiene que la ley divina es el estándar moral infalible de la ley positiva moralmente dudosa y la moralidad positiva. Al mismo tiempo, sugiere a menudo que toda la ley divina es natural, en el sentido de moralmente necesaria, como cuando dice con frecuencia que “*the divine law is the measure or test of positive law*”¹⁵⁰ o cuando dice que la expresión “ley natural” tiene sentido literal solo si significa “la ley divina”. Estos pasajes parecen negar cualquier espacio conceptual para una ley divina positiva. Pero en

¹⁴⁹ Austin, J. (1954). *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*. London: Weidenfeld and Nicolson. p. 380.

¹⁵⁰ Austin, J. (1954). *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*. London: Weidenfeld and Nicolson. p. 175.

otros pasajes, Austin claramente crea espacio para una ley divina positiva: “la totalidad o una parte de las leyes establecidas por Dios a los hombres se denominan con frecuencia leyes de la naturaleza”. Como mínimo, el lenguaje de Austin es a menudo inconsistente en la pregunta de si existe una ley divina positiva.

La característica más notable de la concepción utilitaria de Austin es su creencia en el rol del derecho divino, (influido por Locke¹⁵¹). Las leyes propiamente dichas son órdenes generales y divisibles en dos tipos básicos: humano y divino. Las órdenes (*commands*) humanas pueden ser leyes positivas o normas morales positivas. En cambio, las leyes divinas son la “prueba” o “medida” suprema de ambos tipos de leyes humanas¹⁵². La ley divina es la piedra angular de su sistema ético. Sin embargo, esta distinción plantea un problema en cuanto a la identificación de las órdenes (*commands*) divinas y los deberes que estas imponen.

Al respecto, Austin prevee una solución: las órdenes tácitas del derecho divino se las podría conocer a través del principio de utilidad, y para determinar la utilidad de las acciones, la mejor alternativa austiniana es reconducible a la defensa del utilitarismo de regla, que a grandes rasgos se define, como la concepción utilitaria que considera que la decisión de un acto en particular debe seguirse de una regla. En otras palabras, las consideraciones utilitarias son relevantes sólo si están determinadas por una regla de conducta general. Así, las decisiones éticamente correctas son deducibles de las reglas establecidas en el principio de utilidad. Estas normas se revelan al calcular y comparar los efectos probables de cursos de acción alternativos sobre la felicidad general.

Contrariamente, el utilitarismo del acto -defendido por Bentham- afirma que la determinación de la acción no depende de una regla para justificar dicha acción. Sin embargo, para Austin, los efectos de intentar tomar decisiones mediante la aplicación directa del principio de utilidad son perniciosos, por al menos dos razones: i) la primera estriba en la lentitud e incertidumbre de realizar las mediciones de todos los efectos de acciones alternativas. Esto según Austin haría demasiada incierta nuestra vida; ii) la segunda, consiste en que la aplicación directa del principio de utilidad alentaría las excepciones a las reglas. Tales excepciones probablemente se extenderían para cubrir

¹⁵¹ Véase, Locke, J. (1965). *An essay concerning human understanding*. New York London: Collier Books Collier-Macmillan. Austin elogió el “gran y venerable” nombre de Locke y consideró a su predecesor como “el más grande y mejor de los filósofos” en *Supra*, nota 12 a 263, 75.

¹⁵² Las leyes divinas según Austin, también impone deberes religiosos, cuya violación son los pecados. Las sanciones por estas transgresiones son “los males o dolores, que podemos sufrir aquí o en el más allá, por el nombramiento inmediato de Dios, y como consecuencia de violar sus mandamientos.

casos que deberían regirse por reglas. Austin afirma de manera explícita que Dios prohíbe clases de acciones “*without exceptions*¹⁵³”. Para Austin, aunque en algunos casos excepcionales -sujetos a una regla útil-, no seguir la regla fuera más beneficioso que seguirla, la regla debe ser igualmente obedecida. Así lo expresa Austin “*Consecuentemente, cuando los actos considerados como una clase son útiles o perniciosos debemos concluir que Dios los ordena o los prohíbe y que lo hace por una regla que es, probablemente, inflexible*¹⁵⁴”.

La rigidez del principio de utilidad teológico austiniano es el *test* de la corrección de las reglas. Por ello, las acciones particulares deben ser medidas siempre a la luz de su adecuación a las reglas: “*La utilidad debe ser el test de nuestra conducta, en último término, pero no el test inmediato de nuestras acciones específicas o individuales. Nuestras reglas deben ser modeladas por la utilidad; nuestra conducta, por nuestras reglas*¹⁵⁵”. En la defensa del principio de utilidad de regla, Austin hace hincapié en las posibilidades ampliadas para la cooperación social y la coordinación de los esfuerzos individuales, y en la mayor previsibilidad de las acciones de los demás, donde las personas aceptan reglas de comportamiento comunes, permitiendo así, la convivencia pacífica¹⁵⁶. Lo contrario sería la incertidumbre de actuar bajo los impulsos y cálculos individuales que, pese a tener una justificación utilitaria -de acto-, no estaría sujeta a ninguna regla, contrariando el derecho divino -por estas razones, criticó la teoría del “*moral sense*”-. En resumidas cuentas, el utilitarismo de reglas asigna lugares tanto a la utilidad como a las reglas: en términos generales, los actos deben considerarse correctos si y sólo si, se ajustan a las reglas que deben apoyarse sobre bases utilitarias. La utilidad de un acto individual no se considera; pero una regla requiere una justificación utilitaria¹⁵⁷.

No obstante, a su vehemente defensa al utilitarismo de regla, éste tiene algunas versiones que pueden distinguirse con precisión. Una primera versión es el i) utilitarismo de regla idealista. Este utilitarismo es una forma de entender el principio de utilidad que sostiene que una acción es correcta si y sólo si, es conforme con un conjunto de reglas generalmente aceptadas que maximicen la utilidad. A un individuo no le está permitido

¹⁵³ Bayles, M. (1968). *Contemporary Utilitarianism*. Garden City, N.Y: Anchor Books. p.7.

¹⁵⁴ Austin, J. (1885). *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law* (5th edn. ed.). London: Murray. p. 109.

¹⁵⁵ Austin, J. (1885). *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law* (5th edn. ed.). London: Murray. p. 114.

¹⁵⁶ Harsanyi, J. C. (1976). *Essays on ethics social behavior and scientific explanation*. Dordrecht: Reidel.

¹⁵⁷ Lyons, D. (1965). *Forms and limits of utilitarianism*. Oxford: Clarendon press.

romper la regla en ninguna circunstancia. Por ello, si los miembros de la comunidad siguen la regla, la utilidad comunitaria será beneficiada. Verbigracia, la utilidad general se maximizara si todos pagaran sus deudas y cumplieran sus promesas, una persona debería pagar sus deudas y cumplir sus promesas sin importar lo que hagan otras personas. Precisamente, la atracción que tiene el utilitarismo de regla de corte idealista estriba en que los agentes individuales pueden mejorar su propia utilidad al participar con otros en ciertos tipos de prácticas gobernadas por reglas.

Sin embargo, los agentes completamente racionales, pueden considerarse no muy favorecidos por una regla “ideal” fuera de la construcción de sus preferencias o intereses. Dejando la posibilidad de que exista una forma de utilitarismo de regla más débil o no ideal, como: el, ii) Utilitarismo de regla real, que sostiene que las acciones son correctas si, y sólo si, se ajustan a las reglas tales que: a) su aceptación general maximizaría la utilidad; y b) que generalmente sean aceptadas por el grupo social relevante o mayoritario. Dependiendo del contexto, se podría tratar de toda la sociedad o de algún subconjunto de miembros que se ven beneficiados de su consentimiento común a los principios reguladores del comportamiento.

Por último, iii) el utilitarismo de regla condicionado, sostiene que un acto es correcto, si y sólo si a) se ajusta a una regla cuya aplicación siempre maximiza la utilidad; y b) si dicha regla contiene una excepción, del tipo: “decir la verdad, excepto cuando hacerlo pueda herir los sentimientos de alguien, en cuyo caso puede decir una mentira benevolente”. Si la aceptabilidad de las reglas está condicionada a su utilidad maximizadora en cada ocasión, entonces deberán agregarse cláusulas que permitan decir mentiras por una gran cantidad de motivos benévolos. Si bien, el utilitarismo condicional, rescata al agente utilitario de la situación paradójica de tener que negarse a veces a realizar una acción que maximiza la utilidad colectiva porque entra en conflicto con una acción que minimice la utilidad individual, se podría identificar a este tipo de utilitarismo de regla, como una especie de utilitarismo del acto. Los utilitaristas de reglas condicionadas, están preparados para remodelar sus reglas, y de esta manera están siendo impulsados por consideraciones del utilitarismo del acto.

Por esta razón, para algunos filósofos morales, el utilitarismo de las reglas es extensivamente equivalente al utilitarismo del acto en el sentido de que produce

exactamente el mismo conjunto de moralejas que la afirmación del utilitarismo de reglas hace más justicia que el de acto¹⁵⁸.

De las tres versiones de utilitarismo de regla, Austin parece sostener la idealista por su fiel convicción religiosa de las reglas divinas. Por ello, la racionalidad legislativa austiniana, esta condicionada a su concepción teológica-ética que prescribe un modelo de legislación que no contravenga las leyes de Dios. De este presupuesto parte su modelo de legislación y la forma en que el soberano (autoridad última) debe guiar los designios humanos¹⁵⁹.

3.3. Austin y la noción de legislación judicial (*judicial legislation*): algunas anotaciones críticas

La noción *judicial legislation* o *judge-made law* es propia del desarrollo del derecho inglés. En un sentido amplio, el término hace referencia a la potestad que tienen los jueces de crear derecho, o bien, introducir normas a los ordenamientos *-the growth of the law at the hands of the judges-*. Esta tendencia judicial fue defendida por Austin y férreamente criticada por Bentham (como ley burda, bastarda, vergonzosa para los hombres). Para Bentham, la manera de evitar este tipo de legislación arbitraria era una correcta codificación. En cambio, Austin influenciado por Savigny, sostenía que, aunque desde el punto de vista teórico la postura favorable a la codificación no admitía duda, desde el punto de vista práctico había muchas dificultades para llevarla a cabo. Por otra parte, Austin no imaginaba la codificación (al revés que Bentham) como una reforma del contenido del derecho sino como una formulación expresa y codificada del derecho (supuestamente) existente: “*La codificación aquí contemplada es meramente una reexpresión del derecho existente: la reducción del derecho judicial (judicial legislation) al derecho escrito*¹⁶⁰”.

Una diferencia importante entre los dos tipos de legislación son los distintos objetivos de sus respectivos autores. El propósito directo o propio del legislador judicial no es la creación de una regla. Más bien, es la “*decision of the specific case to which the*

¹⁵⁸ Scarre, G. (1996). *Utilitarianism*. London etc: Routledge.

¹⁵⁹ Murphy, C. F. (1986). *John Austin's Thought* - W. E. Rumble: The Thought of John Austin, Jurisprudence, Colonial Reform, and the British Constitution. (London: The Athlone Press, 1985. Pp. 271. *The Review of Politics*, 48(3), 469-472.

¹⁶⁰ Austin, J. (1885). *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law* (5th edn. ed.). London: Murray. p. 1026.

*rule is applied. He legislates as properly judging and not as properly legislating*¹⁶¹”. Para decirlo de otra manera, un juez es un funcionario cuyo objetivo principal es la resolución de disputas específicas. La consecución de este fin puede requerir o no una legislación cuya construcción es secundaria. Sin embargo, la función misma del legislador directo (soberano) es dictar reglas. Por el contrario, la ley estatutaria, o propiamente legislativa “*is made solely, and... professedly, as a law or rule. It is not the instrument or means of deciding a specific case, but is intended solely to serve as a rule of conduct*¹⁶²”.

Por otra parte, para algunos autores, resulta problemático compatibilizar la noción austiniana de soberanía con la *judicial legislation*. Austin explica sin mayor detalle que la potestad de crear derecho de los jueces, proviene del mandato tácito del soberano, ya que, las reglas que hacen los jueces son las órdenes tácitas del soberano. El juez vendría a ser un ministro político de esta fuerza suprema. Así, la autoridad que tienen los jueces para crear derecho es meramente delegada. Esta delegación puede ser expresa o tácita. Los casos de autorización expresa son más claros, mientras los tácitos pueden generar problemas.

Un posible criterio de solución sería el siguiente: si la delegación es tácita, su existencia se infiere del comportamiento del soberano. La conducta que justifica la inferencia es la tolerancia o aquiescencia por parte del comandante supremo de la ley dictada por el juez, ya que el estado puede revertir las reglas que el juez establece, y sin embargo le permite hacerlas cumplir por el poder de la comunidad política. De hecho, su propia idea de la *judicial legislation* presupone que la jurisprudencia consiste en reglas (reglas estatutarias o reglas judiciales). De esta forma lo expresa Austin “*Judiciary law consist of rules, or it is merely a heap of particular decisions inapplicable to the solution of future cases. On the last supposition, it is not law at all*¹⁶³”.

En consonancia, la “ley” regla que aplican los jueces, según Austin, puede ser de dos tipos: i) un tipo consta de reglas establecidas, cuyas fuentes son estatutos o precedentes; ii) el otro tipo consta de reglas recién creadas. Los jueces legislan en la medida en que la ley que aplican consista en reglas “recién creadas”. De acuerdo con los dos tipos de reglas que aplican los jueces, para Austin hay básicamente dos tipos de

¹⁶¹ Austin, J. (1885). *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law* (5th edn. ed.). London: Murray. p. 664.

¹⁶² Austin, J. (1885). *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law* (5th edn. ed.). London: Murray. pp. 621-622.

¹⁶³ Austin, J. (1885). *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law* (5th edn. ed.). London: Murray. p. 621.

resolución de conflictos judiciales: uno en el que los jueces aplican los estatutos y no crean nuevas reglas; y otro, en el que los jueces crean nuevas reglas y las aplican (*judicial legislation*).

Una diferencia apuntada por Austin, entre la ley estatutaria del soberano y la dictada por jueces estriba en su “forma”. Este último está incrustado en casos concretos, de los que debe extraerse “*is emdebbed in concrete cases, from which it must be extracted. Judicial legislation exists nowhere in general or abstract form*¹⁶⁴”, además la ley estatutaria “*wears the form or shape of a rule*¹⁶⁵”. La legislación judicial no existe en ninguna parte en forma general o abstracta; mientras que la ley estatutaria tiene la forma de una regla. Este hecho es responsable de una diferencia entre los discursos de los dos tipos de legislación: el peso que se debe atribuir al lenguaje del legislador y juez. Las palabras reales del juez son huellas más bien débiles a partir de las cuales se puede conjeturar el principio del caso, a manera de guía que debe seguirse inflexiblemente en caso de que su significado obvio sea perfectamente seguro. Si el lenguaje de un juez apenas es una pista para la regla que -su decisión implica, lo mismo definitivamente no es cierto para el lenguaje del legislador -de la ley estatutaria-.”*For the law of the direct legislator is not “the ratio legis, but the lex ipsa. The rule... must be collected from the terms wherein the statute is expressed*¹⁶⁶”.

Por ello, los casos de aplicación de los estatutos suponen un descubrimiento de la intención del legislador (*discovery of the legislative intent*) el índice principal al que corresponde el significado literal, gramatical, habitual u obvio de las palabras. Que tiene dos problemas fundamentales según Austin. El primero tiene que ver con la indeterminación del lenguaje. Algunas veces, el significado habitual del lenguaje legal es imposible de descubrir o indica una intención indeterminada. En estas circunstancias, el juez debe buscar indicios adicionales de la intención legislativa (incluyendo la *ratio legis*, la historia de los estatutos u otros estatutos relevantes). La segunda dificultad tiene que ver con la determinación de la *ratio decidendi*, elemento crucial en los sistemas del

¹⁶⁴ Austin, J. (1885). *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law* (5th edn. ed.). London: Murray. p. 622.

¹⁶⁵ Austin, J. (1885). *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law* (5th edn. ed.). London: Murray. p. 622.

¹⁶⁶ Austin, J. (1885). *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law* (5th edn. ed.). London: Murray. p. 628.

common law. La definición que da Austin de este término controvertido es “*general reasons or principles of a judicial decision*¹⁶⁷”.

La segunda dificultad plantea problemas por su vaguedad. Se puede entender que apela a un argumento psicologista, de razones justificativas o las causas de la decisión. Por otra parte, la *ratio* puede ser vista desde un punto de vista lógico, para denotar la regla implicada por la decisión. Austin parece acercarse a la segunda definición. Para el problema de la determinación de la *ratio decidendi*, Austin describe una posible solución “*Looking at the general reasons alleged by the Court for its decision, and abstracting those reasons from the modifications which were suggested by the peculiarities of the case, we arrive at a ground or principle of decision, which will apply universally to cases of a class, and which, like a statute law, may serve as a rule of conduct*¹⁶⁸”. Esta fórmula implica que una regla que sea la *ratio decidendi* de un caso debe cumplir dos requisitos. Por lo menos debe ser lo suficientemente amplio para gobernar situaciones de hechos de otros casos. De lo contrario, el caso no podría servir de precedente, ya que no hay dos casos exactamente iguales. Además, la relación no debe ser tan amplia que sea aplicable a varias clases de casos. Si lo fuera, entonces el juez estaría legislando para algunos asuntos que no tenía ante sí y que no tenía autoridad para resolver. En otras palabras, Austin considera que la *ratio decidendi* supone el establecimiento de una única regla para ciertos casos análogos.

Ahora bien, en lo que respecta a la *judicial legislation*, Austin la defendió por varios motivos, uno de los cuales es la ambigüedad de ciertos términos legales causados por la legislación estatutaria: la indefinición es incorregible, siendo el juez el llamado a subsanarla¹⁶⁹. Austin también sostuvo que la *judicial legislation* es una respuesta necesaria a la negligencia o incompetencia de la legislatura soberana en casi todas las comunidades. Sostenía que “*hay más estabilidad y coherencia en el derecho judicial de lo que podría, a primera vista, imaginar*¹⁷⁰”. De hecho, afirmó que el respeto judicial por

¹⁶⁷ Austin, J. (1885). *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law* (5th edn. ed.). London: Murray. pp. 161-162.

¹⁶⁸ Austin, J. (1885). *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law* (5th edn. ed.). London: Murray. p. 622.

¹⁶⁹ En consonancia, realistas como Lundstedt rechazan la distinción tradicional entre interpretación y legislación, y reconoce que la interpretación de los jueces en casos “dificiles” en realidad se comprende mejor como una forma de legislación. Lundstedt trató de señalar que tanto la *judicial legislation* como la parlamentaria se basan en lo mismo, es decir, concepciones en cuanto a su utilidad social y funciones sociales, porque la legislación en su propia naturaleza se preocupa por ser, de alguna manera, útil a la sociedad o con el cumplimiento de funciones y propósitos sociales definidos.

¹⁷⁰ Austin, J. (1885). *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law* (5th edn. ed.). London: Murray. p. 647.

los precedentes es “demasiado grande”. También tomó la posición de que las reglas hechas por los jueces son en la práctica menos inciertas que la ley estatutaria. Además, hizo hincapié que las normas creadas judicialmente son, de hecho, técnicamente superiores a las normas legales existentes. Incluso declaró que “*la ley de cada país que fue hecha por el juez ha sido mucho mejor hecha que ... los estatutos promulgados por el legislativo*¹⁷¹”. En fin, Austin creía que la superioridad técnica de las reglas hechas por los jueces era la razón principal de la aquiescencia del soberano por la legislación judicial.

En realidad, Austin estaba profundamente convencido de la negligencia o incapacidad de los legisladores, ya que “*For no legislator can anticipate all the situations which may possibly arise in practice. A system of law which attempted to provide for every conceivable case could be endless*¹⁷²”. En ausencia de estas contingencias, los jueces deberían simplemente aplicar la ley, de lo contrario, se vería amenazada la certeza jurídica. De hecho, Austin parece haber considerado la legislación judicial como necesaria o deseable en tres circunstancias. En primer lugar, los jueces tienen que aplicar reglas cuya indefinición es tan burda como para exigir legislación. Las reglas que involucran títulos son el ejemplo por excelencia. El juez que debe aplicarlos no tiene más remedio que hacer la ley. En segundo lugar, la *judicial legislation* es deseable como un medio para eliminar reglas inconsistentes. Aunque las leyes también pueden reducir este defecto en el *corpus juris*, el papel de la ley hecha por jueces es muy importante. En tercer lugar, puede ser deseable como un medio para ajustar la ley a cambios socioeconómicos o de otro tipo (regidos bajo el principio de utilidad teológico).

Aunque defendió la legislación judicial con vehemencia, también advirtió que era inadecuada por al menos tres consideraciones: i) la primera, estriba en el respeto por parte de la legislación judicial al lenguaje estatutario inequívoco. Si el caso ante el juez implica una interpretación legal, sólo debería “legislar” si no tiene otra opción. Como regla general, el juez debe atenerse al significado literal del lenguaje legal que considere el significado convencional de los términos; ii) la segunda consideración tiene que ver con la posición superior del legislador (soberano) directo en la cadena de mando legal. Ésta es una razón importante por la que el juez no debe dejar de lado la “voluntad solemne y sin cambios del legislador”, por mucho que pueda pensar que es deseable que se

¹⁷¹ Austin, J. (1954). *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*. London: Weidenfeld and Nicolson. p. 191.

¹⁷² Austin, J. (1885). *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law* (5th edn. ed.). London: Murray. p. 664.

modifique; finalmente, iii) la tercera consideración, y no menos fundamental es la gran incertidumbre que una interpretación espuria causaría. Esta legislación indirecta *-judicial legislation-* pone todas las leyes, buenas y malas, a merced de los tribunales. Tal arbitrariedad reduce notablemente, si no destruye por completo, la cierta orientación que las reglas estatutarias pueden y deben proporcionar.

En cuanto a la creación de reglas de forma judicial, Austin apunta que la introducción de una nueva regla es injustificada si interfiere los intereses y las expectativas que han surgido de las reglas ya existentes (reglas estatutarias) y sobrepasa las que no hay duda en torno a su aplicación. En otras circunstancias, la capacidad de los jueces y su experiencia debe medir cada oportunidad para crear leyes¹⁷³. Sin embargo, Austin está dispuesto en reconocer, al menos cinco desventajas del *law-making process* judicial: i) la relativa inaccesibilidad e incognoscibilidad de las reglas creadas judicialmente frente a un estatuto redactado de manera adecuada y sin ambigüedades¹⁷⁴. Las únicas excepciones son unas pocas reglas extremadamente simples del derecho penal y contractual. Otras reglas elaboradas por los jueces son prácticamente desconocidas para los “laicos ingenuos”. Por tal motivo, las reglas dictadas por los jueces son “*imperfectamente conocidas por la mayoría de los abogados, e incluso por los más experimentados de la profesión jurídica*”¹⁷⁵.

ii) Una segunda causa es la dificultad de determinar la *ratio decidendi* de un caso específico. A diferencia de ciertos juristas contemporáneos, Austin creía que este problema era soluble en principio. La proporción puede descubrirse mediante un análisis lógico de los hechos del caso y el fundamento de la decisión. Sin embargo, era muy consciente de que el proceso de descubrimiento en la práctica era “delicado y difícil” puesto que la identificación del *obiter dictum* como conjunto de razonamientos no vinculantes que soportan la normatividad de la *ratio decidendi* es en algunos casos imposible de separar categóricamente.

iii) Las reglas que hacen los jueces son *ex post facto*. Austin mostró su preocupación por la calidad retrospectiva y retroactiva de las reglas judiciales. En general, tiene todas las consecuencias dañinas, la ley *ex post* que no pueda ser conocida por los destinatarios

¹⁷³ Austin, J. (1885). Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law (5th edn. ed.). London: Murray. p. 147.

¹⁷⁴ Austin, J. (1885). Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law (5th edn. ed.). London: Murray. p. 652.

¹⁷⁵ Austin, J. (1885). Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law (5th edn. ed.). London: Murray. p. 652.

de la ley que esperan actuar conforme a ella. Esta expectativa se ve derrotada si todas las directivas que componen un sistema de reglas judiciales fueran válidas posterior a los hechos *in examine* (reglas retrospectivas); y, que cambie las consecuencias jurídicas de un acto cometido o el estatus legal de los hechos y sus relaciones existentes (reglas retroactivas). En este sentido, parece una obviedad que la denuncia de que una ley opera *ex post facto* se dirige con mayor frecuencia a las decisiones judiciales que a los estatutos redactados por los parlamentos. Además, bajo la concepción de Austin, la ley positiva es una guía de conducta o un medio para dirigir la conducta. La parte de esta ley que hacen los jueces es difícil de encontrar, conocer, predecir y, por tanto, seguir. Si los jueces deciden cambiar las reglas de sus predecesores, la ley que se hace es por definición *ex post facto*. En esta medida, la incertidumbre de la legislación judicial también es fuente de injusticia.

iv) Las circunstancias bajo las cuales los jueces legislan, sobre todo la prisa de los asuntos judiciales, están lejos de ser ideales. Como resultado, deben promulgar leyes sin la deliberación madura y la previsión necesaria que requiere una legislación “sensata”. Dado que la mayor parte de la legislación judicial se da en el nivel de la corte de apelaciones en el sistema de *common law*, esta admisión parece calificar seriamente la crítica de Austin.

v) Las reglas dictadas por jueces no sólo se dictan apresuradamente, sino que también carecen de exhaustividad¹⁷⁶. La principal razón de esta situación es la renuencia de los jueces a legislar de manera franca y sistemática. Un signo muy importante de esta falta de voluntad es la tendencia de los tribunales a interpretar los precedentes de manera restrictiva. En consecuencia, las exigencias de la sociedad se satisfacen poco a poco, de manera más lenta e ineficaz¹⁷⁷. En otras palabras, los jueces legislan el caso concreto sin estar obligados a guardar coherencia con todo el sistema jurídico, siendo un detente, por paulatino de la satisfacción de las exigencias sociales que según la idea religiosa de Austin debe estar condicionada por el utilitarismo de regla teológico. Así, la legislación judicial tiene un efecto negativo sobre la simetría del *corpus juris*.

¹⁷⁶ Austin, J. (1885). *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law* (5th edn. ed.). London: Murray. p. 657.

¹⁷⁷ Austin, J. (1885). *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law* (5th edn. ed.). London: Murray. p. 658.

3.4. El saber jurídico austiniano y la racionalidad legislativa

Austin delimitó el campo de la *jurisprudence*, con la frecuentada cita “la existencia de la ley es una cosa, su mérito o demérito es otra”, lo que se ha tomado en el sentido de que la ley positiva es un conjunto de órdenes (*commands*) sin valores adjuntos. Adicionalmente, la teoría del derecho austiniana sostiene que las normas legales, a diferencia de otros tipos de órdenes, siempre determinan una tipificación de acción que pretende ser de carácter general, incluso defendiéndolas como garantía de veracidad y honestidad del contenido del mandato. En este marco, es mucho más fácil que una orden ocasional sea falsa o deshonesto que una orden caracterizada por la continuidad en el tiempo. Por esta razón, muestra una ligera desconfianza de los mandatos emitidos por el poder judicial por no cumplir con el carácter general, entonces ¿por qué defender la *judicial legislation* sobre la codificación parlamentaria? Una posible respuesta podría sostener que las sentencias de los jueces entran en la definición de derecho positivo de Austin, sólo porque derivan indirectamente de la voluntad del soberano.

Dicho esto, resulta evidente afirmar que Austin defendía una concepción del derecho imperativista. Es decir, la concepción según la cual toda norma jurídica (propriadamente dicha) constituye un mandato o imperativo de la voluntad de un sujeto (soberano) que tiene reconocida la facultad de establecer, disponer o mandar, con absoluta libertad. Además, este sujeto no debe estar compelido para actuar por otro sujeto en rango superior. Debe ser libre para expresar su voluntad sin limitaciones. De hecho, gran parte de la crítica de Austin al llamado “derecho internacional” estribaba en la falta de un gobierno internacional que imponga dichos mandatos de manera soberana.

Las concepciones imperativistas como las de Austin, se encuentran generalmente bajo el rótulo “*command theories*” o “*will theories*” porque expresan y defienden una noción de voluntad del soberano para crear los imperativos. Es por ello que, dentro de la construcción teórica austiniana, hay espacio para el desarrollo de una teoría de la racionalidad legislativa condicionada a los presupuestos éticos del principio de utilidad teológico y de cierta concepción política (se conoce que Austin, a diferencia de Bentham, defendía una especie de conservadurismo político) puesto que expresamente reconoce una voluntad ordenadora de creación de las órdenes o mandatos, a través del ejercicio legislativo (*direct legislation*) o por “delegación” a través del poder judicial (*indirect legislation*).

Parece, entonces que, el tipo de racionalidad legislativa presupuesto en la teoría austiniana es de contenido (racionalidad de fines) y no de medios (racionalidad instrumental). Es decir, Austin no idea un conjunto de herramientas para perfeccionar el proceso de creación de leyes, más bien, prescribe un contenido en base a sus valores religiosos y políticos.

Con ello en mente, en el marco del saber jurídico austiniiano parece sensato sostener que no hay razones para que los valores o fines inherentes al derecho no deban incluirse en el estudio de la *jurisprudence*, prevaleciendo las diferencias entre el derecho positivo, y moral positiva o crítica en cuanto a su reconocimiento y aplicación. En consonancia, la ciencia de la legislación daría cuenta del fenómeno parlamentario en su proceso y producto (*legisprudence*). De hecho, en lo que respecta a las disciplinas cognoscitivas con función crítica que versan sobre las normas que “deberían” gobernar el comportamiento de los hombres, las disciplinas homólogas: la ciencia de la moral (*the science of morals*), que concierne a la valoración y a la crítica de la moral positiva; y, ii) la ciencia de la legislación (*the science of legislation*) que concierne, en cambio, a la valoración y a la crítica del derecho positivo forman parte del gran mapa del saber jurídico austiniiano. Más precisamente, la ciencia de la legislación según Austin es “*the portion of deontology or ethics, which is styled the science of legislation*¹⁷⁸”.

Finalmente, se puede concluir que el lugar de los valores de la ley (*statutes*), sean principios morales o políticos, no son los objetivos a realizar en cada aplicación de la ley según Austin. Sin embargo, esto no imposibilita que los medios para alcanzar los valores en el proceso de creación de leyes esten desprovistos de toda racionalidad en sentido amplio. De hecho, en la actualidad, la propia noción del Estado constitucional de derecho alberga un gran campo a los valores (sean políticos o morales) en donde se pretende abordar algún tipo de mecanismo razonable para definir el contenido ético sustancial al estado constitucional de derecho, que en el contexto de los casos fáciles -menos frecuentes- a legislar, donde solo hay un valor -o todos los valores relevantes pueden realizarse sustancialmente sin tener que sacrificar uno por los demás- o en los casos difíciles de legislar -más frecuentes, donde normalmente se pretende lograr un equilibrio entre ellos, subyace la idea de un contenido sustancial¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Austin, J. (1885). *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law* (5th edn. ed.). London: Murray. p. 33.

¹⁷⁹ Bowser, R. T., & McQuade, J. S. (2006). Austin's intentions: a critical reconstruction of his concept of legal science. *Campbell law review*, 29(1), 47.

Capítulo II

La racionalidad legislativa en la legisprudencia de Luc J. Wintgens

Prefacio

El presente capítulo, como se dijo en la introducción está dedicado a la propuesta de Luc J. Wintgens para una filosofía y ciencia jurídica de la legislación. La pregunta a la que pretende responder es ¿cómo entiende Wintgens la noción de libertad dentro de su teoría normativa de la legisprudencia? Con este propósito, la sección se divide en tres partes. La primera sección abordará la noción de libertad como *Principium* que sirve como fundamento de la teoría de la racionalidad legislativa en general y de los principios de la legisprudencia en particular. La segunda sección analizará la “dimensión social de la libertad”. Finalmente, tercera sección explicará el modelo del contrato de intercambio (*trade-off*) que sirve para legitimar (o no) las intervenciones legislativas.

1. La libertad como *principium*

Para justificar su teoría normativa de la legislación, Wintgens articula una noción de libertad que principalmente se apoya en la siguiente antiquísima¹⁸⁰ idea: dado que la legislación (proceso) crea normas jurídicas que regulan la conducta individual, la legislación (producto) tiene un impacto en la libertad individual¹⁸¹. Bajo esta premisa, Wintgens argumenta que la legisprudencia como teoría de la racionalidad legislativa necesita de una teoría de la libertad que se base en una interpretación “contextual” de la misma. Para contextualizar el concepto de libertad, Wintgens distingue entre dos concepciones de la libertad: las concepciones *de* la libertad (*of freedom*) y concepciones *sobre* la libertad (*about freedom*). Las primeras son autónomas, siendo las concreciones de la libertad por parte de cada agente moral y en relación con su propio actuar, mientras que las segundas son impuestas por otro sujeto y por tanto heterónomas (volveré sobre este punto más adelante).

¹⁸⁰ Piensese en Bentham que pone las leyes positivas en el transfondo de la “Ley universal de libertad” entendida como una norma “natural”, prejurídica y metajurídica según la cual “todo lo que no está prohibido está permitido. Véase, Chiassoni, P. (2017). *La tradición analítica en la filosofía del derecho. De Bentham a Kelsen*. Palestra. Perú. p. 116.

¹⁸¹ Wintgens, L. J. (2012). *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*. Surrey: Ashgate. p. 134.

Al presentar esta distinción, Wintgens destaca dos concepciones del contrato social: La versión del apoderado (*proxy*) y la versión de intercambio (*trade-off*). La primera, la versión “*proxy*” del contrato social sobre el cual los sujetos dan un poder absoluto al soberano para emitir limitaciones posteriores de su libertad: el soberano está *ipso facto* legitimado al sustituir sus concepciones *sobre* la libertad por las concepciones *de* la libertad de los subditos. En esta versión, el soberano puede legítimamente, transformar cualquier contenido proposicional en una norma (el soberano impone la visión de la libertad a los sujetos).

Esta versión del contrato social, está fuertemente influenciada en la concepción absolutista de Hobbes. La teoría del contrato social de Thomas Hobbes apareció por primera vez en *Leviatán* publicado en el año 1651 durante la Guerra Civil en Gran Bretaña. La teoría jurídica de Thomas Hobbes se basa en el contrato social: antes de él, el hombre vivía en el «Estado de Naturaleza». La vida del hombre en el Estado de naturaleza era una vida de miedo y egoísmo. El hombre vivía en una condición caótica de miedo constante. La vida en el Estado de naturaleza era solitaria, pobre, desagradable, brutal y breve.

El hombre tiene un deseo natural de seguridad y orden. Para asegurar la autoprotección y la autoconservación, y para evitar la miseria y el dolor, los individuos debían celebrar un contrato. Esta idea de autopreservación y autoprotección es inherente a la naturaleza del hombre y para lograrlo, voluntariamente entregó todos sus derechos y libertades a alguna autoridad por este contrato que debe exigir obediencia. Como resultado de este contrato, la autoridad más poderosa es proteger y preservar sus vidas y propiedades. Esto propició el surgimiento de la institución del gobernante o monarca, quien será el jefe absoluto. Los súbditos no tenían derechos frente a la autoridad absoluta o al soberano y éste debe ser obedecido en todas las situaciones por malas o indignas que sean. Sin embargo, Hobbes impuso obligaciones morales al soberano que estará obligado por la ley natural.

Por lo tanto, se puede deducir que Hobbes fue partidario del absolutismo. En opinión de Hobbes, la ley depende de la sanción del soberano y el gobierno sin espada no son más que palabras y no tienen fuerza para asegurar a un hombre en absoluto. Por lo tanto, reiteró que la ley civil es la ley real porque es ordenada y aplicada por el soberano.

Hobbes deduce así de su teoría mecanicista de la naturaleza humana que los seres humanos son necesaria y exclusivamente egoístas. Todos los hombres persiguen solo lo que perciben que es en sus propios intereses individualmente considerados mejores. Responden mecánicamente al sentirse atraídos por lo que desean y repelidos por lo que sienten aversión. Además de ser exclusivamente egoísta, Hobbes también argumenta que los seres humanos son razonables. Tienen en ellos la capacidad racional para perseguir sus deseos de la manera más eficiente y máxima posible. A partir de estas premisas de la naturaleza humana, Hobbes pasa a construir un argumento provocativo y convincente por el cual deberían estar dispuestos a someterse a la autoridad política. Lo hizo imaginando personas en una situación anterior al establecimiento de la sociedad, el Estado de Naturaleza.

Hobbes impulsa a los súbditos a entregar todos sus derechos y conferir todas las libertades al soberano para la preservación de la paz, la vida y la prosperidad de los súbditos. Es de esta manera que la ley natural se convirtió en una guía moral o directiva para el soberano para la preservación de los derechos naturales de los sujetos. Para Hobbes toda ley depende de la sanción del soberano. Toda ley real es ley civil, la ley mandada y puesta en vigor por el soberano y traída al mundo para nada más que limitar la libertad natural de los hombres particulares, de tal manera que no puedan dañarse sino ayudarse unos a otros y unirse contra un enemigo común¹⁸².

Pasando ahora a la segunda concepción de la interpretación del contrato social, Wintgens la denomina modelo de “*trade-off*” (intercambio). En esta versión, los sujetos intercambian concepciones *de (of)* la libertad por concepciones *sobre (about)* la libertad.

Según mi reconstrucción de la propuesta de Wintgens, las concepciones *de* la libertad de los súbditos son compartidas entre todos de manera tal que existiría algo así como un espacio de libertad individual que es igual a las libertades de los otros. Mientras que las concepciones *sobre* la libertad tiene que ver con la imposición de las concepciones que tiene el soberano sobre la libertad y que aplica de manera heterónoma a los subditos.

En el modelo de contrato social de intercambio la sustitución de concepciones *sobre* la libertad por concepciones *de* la libertad debe ser justificada por el legislador, por lo que ninguna norma jurídica puede considerarse legítima si falta esta justificación o legitimación. Wintgens concluye que la jurisprudencia como teoría de la legislación se

¹⁸² Hobbes, T. (1991).ed Tuck, R. *Leviathan*. Cambridge.

debe basar en la versión “*trade-off*” del contrato social, que forma la base de los principios de la legislación racional, que finalmente se concretan en deberes para el legislador.

Esta versión de contrato social está influenciada en la concepción liberal de Locke. La teoría del contrato social de John Locke es diferente a la de Hobbes. Según él, el hombre vivía en «estado de naturaleza», pero su concepto de estado de naturaleza es diferente al contemplado por la teoría hobbesiana. La visión de Locke sobre el estado de la naturaleza no es tan miserable como la de Hobbes. Era razonablemente bueno y agradable, pero la propiedad no era segura. El estado de naturaleza era un estado de paz, buena voluntad, asistencia mutua y preservación. En ese estado de naturaleza, los hombres tenían todos los derechos que la naturaleza les podía dar. Locke justifica esto diciendo que en el estado de naturaleza, la condición natural de la humanidad era un estado de perfecta y completa libertad para conducir su vida como mejor le pareciera. Estaba libre de la interferencia de otros.

En ese estado de naturaleza, todos eran iguales e independientes. Esto no significa, sin embargo, que fuera un estado de “licencia”. Era uno que no era libre de hacer nada en absoluto que le placiera, o incluso cualquier cosa que uno juzgase de su interés. Aunque era un estado en el que no había autoridad civil o gobierno para castigar a las personas por transgresiones contra las leyes, no era un estado sin moralidad. Era prepolítico, pero no era premoral. Se supone que las personas son iguales entre sí en tal estado y, por lo tanto, igualmente capaces de descubrir y estar sujetas a la ley de la naturaleza. Entonces, el estado de naturaleza era un estado de libertad, donde las personas son libres de perseguir sus propios intereses y planes, libres de interferencias y, debido a la ley de la naturaleza y las restricciones que impone a las personas, es relativamente pacífica.

La propiedad juega un papel esencial en el argumento de Locke a favor del gobierno civil y el contrato que lo establece. Según Locke, la propiedad privada se crea cuando una persona mezcla su trabajo con las materias primas de la naturaleza. Dadas las implicaciones de la ley de la naturaleza, existen límites en cuanto a la cantidad de propiedad que uno puede poseer: no se le permite tomar más de la naturaleza de lo que uno mismo puede usar, dejando así a otros sin lo suficiente para ellos mismos, porque la naturaleza se da a toda la humanidad para su subsistencia común. Uno no puede tomar más de su propia parte justa. La propiedad es el eje del argumento de Locke a favor del contrato social y el gobierno civil porque es la protección de su propiedad, incluida la

propiedad en sus propios cuerpos, lo que buscan los hombres cuando deciden abandonar el Estado de Naturaleza¹⁸³.

Con el presupuesto lockeano, el autor sostiene que las limitaciones «externas» de la libertad deben estar justificadas a través de cuatro principios “legisprudenciales”: i) alternabilidad; ii) necesidad de la densidad normativa, iii) temporalidad; y, iv) coherencia. No me detendré en el análisis detallado de los principios en este apartado, puesto que serán desarrollados en la tercera parte del capítulo. En este apartado me limitaré a explicar de qué forma los principios de la legisprudencia son concretizaciones de la libertad como *principium*. Los principios son considerados concretizaciones de la libertad en dos sentidos: a) como situación original (situación de libertad natural) y; b) como idea rectora en el derecho y la política (libertad política)¹⁸⁴.

Como situación original, Wintgens sostiene que en ausencia de cualquier limitación racional de la libertad, los sujetos deberían ser libres, lo que significa que la extensión de la libertad debería ser entendida como ilimitada¹⁸⁵. Ésta posición es compartida por Hobbes: debido a la ausencia de una norma limitante, el individuo tiene derecho a “todo”, siendo esta, la expresión máxima de su libertad, es decir, la ausencia de barreras externas que impiden sus acciones¹⁸⁶; y, b) como idea rectora en el derecho y la política.

Para justificar los dos sentidos de la libertad como *principium*, Wintgens desarrolla la siguiente línea argumentativa: i) todos somos igualmente libres debido a la extensión ilimitada de la libertad; ii) la igualdad constituye una dimensión normativa de la libertad, ya que nadie tiene derecho a limitar la libertad de otro sin consentimiento u otra justificación; iii) este consentimiento u otra justificación surge del carácter reflexivo de la libertad, ya que la libertad solo puede ser limitada por un sujeto libre.

¹⁸³ Locke, J. (1690). *An essay concerning human understanding*. New York London: Collier Books Collier-Macmillan.

¹⁸⁴ Wintgens, L. J. (2007). *Legitimacy and Legitimation from the Legisprudential Perspective*, en, *Legislation in Context: Essays in Legisprudence* 3, 23 (Luc J. Wintgens & Philippe Thion, eds.).

¹⁸⁵ Esta concepción es muy parecida a la sostenida por Berlin, libertad negativa ausencia de cualquier limitación externa, en Berlin, I. (1958). *Two concepts of liberty*. Oxford: Oxford Clarendon Press.

¹⁸⁶ Wintgens, L. J. (2012). *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*. Surrey: Ashgate. p. 121.

1.1. La reflexividad como primera dimensión de la libertad

Según Wintgens, el análisis conceptual del término «liberad» en las teorías del contrato social propone un conjunto de proposiciones sobre la libertad del sujeto. En este sentido, la teoría de Hobbes es paradigmática, porque sostiene que el sujeto es un objeto del poder del soberano. Como resultado, el sujeto está libre del miedo a la muerte violenta. El soberano protege esta libertad negativa (*freedom from*) al precio de sacrificar la libertad positiva (*freedom to*). La libertad solo tiene sentido cuando está relacionada con un contenido. Esta relación es necesaria para que la libertad tenga sentido. Este carácter necesario de la relación entre libertad y sujeto indica el «carácter *reflexivo* de la libertad», que según Wintgens se justifica sobre la base de los principios de la legislación (más adelante analizaré los principios que elenca Wintgens).

1.2. Del origen al *Principium*: la igualdad como segunda dimensión normativa de la libertad.

La libertad en el sentido de la jurisprudencia, surge como el *terminus ad quem*, es decir, la libertad en la situación original cuando retrocedemos al comienzo de la cadena de legitimación hasta el “momento” anterior al contrato social. El *terminus ad quem* es la ausencia de cualquier regulación donde cualquiera es libre¹⁸⁷. Se puede decir que es un término pre-político: en ausencia de cualquier obstáculo, todos tienen una cantidad limitada de libertad. Todos tienen el mismo rango indefinido de concretización de la libertad. La libertad como *terminus ad quem* se convierte en *principium* cuando es al mismo tiempo *terminus a quo*. Según el autor belga, el presupuesto de la igualdad es la libertad. En otras palabras, si los sujetos son libres, son también iguales. Si por el contrario, la posición de partida es la igualdad, todos podemos ser igualmente oprimidos por reglas generales.

En cambio, la igualdad se deriva de la extensión indefinida de la libertad del *terminus ad quem*. La igualdad es una dimensión normativa de la libertad que resulta de la “cantidad” igual de libertad que tiene todo agente. La igualdad es, por tanto, una condición sobre la que se ejerce la libertad.

¹⁸⁷ Wintgens, L. J. (2012). *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*. Surrey: Ashgate. p. 124.

Según Wintgens, la libertad como *principium* es un concepto formal y reflexivo. Es formal porque carece de contenido sustancial. Por definición, dado que la libertad es indefinida, no puede ser definida por otra cosa. Sin embargo, al ser un concepto formal. No se define su contenido; la libertad como *principium* permanece indefinida. Además, esta extensión no cambia cuando se empieza a ejercer la libertad. Dado que la extensión no cambia, el agente A no puede simplemente evitar que B actúe sobre una concepción de la libertad, sin un argumento racional que supere la igualdad de libertad: A no puede crear legítimamente una obligación para B porque si B no está de acuerdo, no hay obligación.

1.3. La dimensión social de la libertad: *principium* en contexto

La *dimensión social* de la libertad se refiere al hecho que otros agentes, bajo la dimensión normativa, no pueden imponer concepciones *sobre* la libertad (*about freedom*), mientras no tenga un argumento racional: ningún agente puede impedir que ningún otro agente actúe sobre una concepción *de* la libertad (*of freedom*). Como consecuencia de la libertad como *principium*, la igualdad aleja a los demás del agente. Dado que los “otros” no tienen el derecho inicial de imponer una concepción sobre la libertad (*about freedom*), el agente tiene derecho a mantenerlos “a distancia”. La facultad de mantener a los demás a distancia equivale a la ausencia por su parte de un argumento racional para imponer una concepción sobre la libertad (*from freedom*). Así se configura la libertad como *principium*: como el derecho a mantener a los demás a distancia. No se refiere a la igualdad como un valor básico. La igualdad es consecuencia de la extensión indeterminada de la libertad como *terminus a quo*. Por tanto, la igualdad se deriva de la libertad y no la libertad de la igualdad.

El primer tipo de determinación es una concepción *de* (*of*) la libertad en cuanto que es propia del agente. Las concepciones de la libertad son las concretizaciones de la libertad indefinida del agente. Expresan su autonomía en la elección.

El segundo tipo de determinación es una concepción *sobre* (*about*) la libertad. Las concepciones *sobre* la libertad por su parte están reñidas con la autonomía del agente. Muestran su dependencia de otro agente. Esto significa que el agente individual no lleva a cabo su concepción de libertad, sino que debe actuar sobre la concepción de libertad de

otra persona. Cuando este otro agente es el soberano, la concreción es una concepción política de la libertad.

Según Wintgens, La libertad como *principium* es abstracta, en el sentido de que no tiene contenido ni significado *a priori* puesto que no refiere a ningún valor último. Por lo tanto, no implica ninguna visión o contenido sustancial. Los conceptos no existen y no tienen ningún contenido independientemente de la interacción¹⁸⁸. Según este marco teórico (siguiendo a Mead), los conceptos no tienen significado propio porque el significado es significado para “alguien”. El significado está relacionado con el agente. Los agentes son intersujetos o agentes sociales. El significado del concepto de libertad, por lo tanto, es significado para el agente en un contexto social.

La libertad como *principium* también es “reflexiva” porque la libertad solo tiene sentido cuando se ejerce en libertad.

La libertad como *principium* tampoco es una concepción específica de la libertad. La contextualización de la libertad consta de dos pasos. El primero considera la libertad como un término *ad quem*, es decir, como el origen de toda acción. La acción es la operacionalización de la libertad como *terminus a quo*. Este es el segundo paso. La extensión de la libertad en el *terminus ad quem* es idéntica a su extensión como *terminus a quo*¹⁸⁹. De ello se desprende que la igualdad, como dimensión normativa de la libertad como *principium*, está relacionada con el contexto. La igualdad no está relacionada con la libertad como *terminus ad quem*, independientemente del hecho de que la extensión de la libertad sea igual para todos, sino que se sigue de la libertad como *terminus a quo*. De esta conexión se puede inferir que la igualdad como dimensión normativa de la libertad está relacionada con el contexto. Debido a su relación con el contexto, la igualdad es relacional. Se refiere a otros. Esto hace que la dimensión social de la libertad sea un elemento necesario de la libertad como *principium*, y no simplemente una de sus características accidentales.

Por su parte, la *libertad como distancia* no refiere a ningún valor último sino que es una concreción abstracta de la libertad, y por tanto, no es como otras concepciones.

¹⁸⁸ Sobre este punto Wintgens se vale de la teoría social del interaccionismo simbólico de Mead. Véase, H. Mead, G. (1934). *Mind, Self and Society*. Chicago: University of Chicago Press.

¹⁸⁹ Los vocablos: “*terminus a quo*” y “*terminus ad quem*” se utilizan, respectivamente, para designar el punto de partida (el punto desde el cual) y el punto de llegada (el punto al que) de un determinado estado de cosas.

Como se dijo, la libertad como distancia no es en sí misma suficientemente concreta, debe estar conectada a una concepción más concreta para ser operativa. Así se articulan cuatro sentidos de la libertad como distancia que paso a resumir: el primer sentido de libertad (1) se refiere a la necesidad de distancia entre sujetos para que cada uno sea un yo distinto. Si bien son sujetos sociales, para que puedan ser sometidos en absoluto, es necesaria la diferenciación y por tanto la “distancia” entre cada uno de ellos. Hay según Wintgens, cuatro importantes aspectos de este sentido:

- 1.1. En primer lugar, en oposición a la idea de un sujeto conceptual, a-contextual, a priori, y siguiendo el trabajo de George Herbert Mead, el individuo es un agente social cuyo sentido de sí mismo emerge y se integra en las interacciones sociales. Si los agentes están dotados de voluntad y razón, se trata de un potencial o capacidad que se activa en un contexto social a través de la interacción, y no un conjunto determinable a priori. Si se considera que el agente actúa sobre conceptos *de* la libertad, entonces se está definiendo a sí mismo en un contexto social. La autodeterminación de un agente basada en concepciones de la libertad incluye su ser diferente a los demás. Tener una identidad distinta es lo opuesto a ser idéntico a los demás. La identidad y la distancia se requieren mutuamente.
- 1.2. El segundo aspecto del primer estrato es que las concepciones de la libertad sobre las que actúan los agentes requieren externalización. Esta es una forma de conocer a lo demás y debe incluir la posibilidad de conflicto. Esta posibilidad de conflicto no es una prioridad moralmente mala en el sentido de que debe evitarse a cualquier precio porque toda interacción previa al entendimiento mutuo (que puede que nunca llegue) es una forma de conflicto o desacuerdo, por débil que sea. De hecho, la jurisprudencia como disciplina normativa, no niega la presencia de conflicto en la interacción. Mas bien, sugiere que los conflictos no son únicamente negativos. La razón misma de la interacción es el conflicto, ya que los actores con diferencias de opinión e intereses opuestos inicialmente carecen de entendimiento mutuo.
- 1.3. El tercer aspecto es que la interacción y el conflicto están estrechamente relacionados. Sin embargo, para evitar conflictos graves por interacción, los demás deben mantenerse “a distancia”. Esta es una consecuencia lógica del hecho de que la identidad del agente es autodeterminada en términos de concepciones de libertad.
- 1.4. El cuarto aspecto radica en sostener que mantener a los demás a distancia como una cuestión de autodefinición es en sí mismo una posible fuente de conflicto. Dado

que la autodefinición tiene lugar en un contexto social, hay otros con los que una concepción *de* la libertad y su exteriorización pueden entrar en conflicto. Esta posibilidad, sin embargo, debe incluirse porque de no ser así, la interacción está *a priori* excluida. Los agentes construyen relaciones y enmarcan su identidad en torno a concepciones *de* la libertad a través de la interacción. Para decirlo de manera muy general, siempre debe existir el otro, pero no demasiado cerca. Esta es la esencia del primer estrato “*freedom as distance*” libertad significa distancia.

El segundo sentido de libertad como distancia (2) se puede articular brevemente. Primero, si la distancia de los demás es tanto la fuente de la identidad del sujeto como necesaria para mantenerla, el argumento afirma que la libertad como distancia es en sí misma una cuestión de identidad. Por lo tanto, el propio agente primero debe dominarlo, porque si no lo hace, no está actuando sobre conceptos *de* la libertad. En cambio, estaría, desde el principio, actuando únicamente en concepciones *sobre* la libertad. Por tanto, la ley no es necesaria *a priori* para organizar la libertad y mantener a los demás a distancia. Sin embargo, se puede recurrir a la ley cuando la interacción se convierte en un conflicto que excede la capacidad de dominio del agente.

En segundo lugar, la ley debe actuar solo de manera subsidiaria. Actuar de manera subsidiaria significa que el derecho no debe determinar *a priori* las relaciones sociales a precio de destruir la interacción social, y con ello, la construcción y el mantenimiento de la identidad de los agentes. Por el contrario, el derecho actuando de manera subsidiaria solo interfiere cuando la interacción se rompe, es decir, cuando la distancia entre agentes corre el riesgo de volverse demasiado estrecha para permitirles actuar sobre concepciones *de* la libertad. Claramente, esta tesis pasa por alto la función constitutiva que el derecho juega para la interacción social. Retomando a Hobbes, sin derecho la interacción es la descrita por el estado de naturaleza (*ubi societas ibi ius*).

El tercer sentido (3) de la libertad como distancia “*freedom as distance*” se refiere a la relación entre el derecho y los propios agentes sociales: la ley misma, hasta que sea convocada, debe mantenerse alejada de la interacción social.

- 3.1 El primer aspecto se sitúa en la legislación; es la construcción de las propias normas jurídicas. Esto significa que, debido a la libertad como distancia, se deben construir reglas que dejen la prioridad de la resolución de conflictos a los propios

agentes. Hay varias formas de hacerlo. En términos generales, se debe incluir la necesidad de reconciliación de los agentes en conflicto antes de cualquier intervención del sistema jurídico. Otra es la construcción de reglas que proporcionen resultados en términos de interacción entre los propios agentes y no – como suele ser el caso- basados en sanciones o amenazas de sanción. Esto incluye, desde una perspectiva técnica, un uso prudente de la técnica de las reglas de orden público a favor de los mecanismos transaccionales privados. Este aspecto, requiere principalmente que un legislador se abstenga de intervenir.

- 3.2 En estrecha relación con el primer aspecto legislativo, el segundo aspecto se relaciona con el poder judicial, cuyo lugar y función enmarca el legislador. Debido a la libertad como distancia, el diseño institucional en el que opera el poder judicial no debe permitir que la ley estructure automáticamente las interacciones de los agentes en conflicto. Al llamar al juez, el patrón de interacción entonces activado debe estar lo más cerca posible de la interacción social horizontal. La razón para esto es clara: los sujetos enmarcan el significado y, en consecuencia, su identidad en interacciones sociales horizontales. La intervención del juez tiene la posible desventaja de reformular la interacción social horizontal en una interacción vertical basada en normas jurídicas. De hecho, la etapa final de la interacción jurídica basada en normas es la restricción por parte del poder judicial de uno de los socios o agentes de interacción.

Esto nos lleva al cuarto estrato de la libertad como distancia (4): el estrato de la “igualdad”. Si se considera que el sistema jurídico está constituido de reglas generales, respeta tanto la igualdad formal como la no discriminación. Además, si la regla general es también “formalmente válida”, la sustitución de una concepción *sobre* la libertad por una concepción *de* la libertad no puede, desde esta perspectiva, ser criticada. Sin embargo, desde la perspectiva de la libertad como distancia “*freedom as distance*”, descrita anteriormente, esta sustitución no se justifica por sí misma. Si lo fuera, el carácter “reflexivo” de la libertad quedaría anulado en la medida en que el agente ya no podría actuar sobre una concepción *de* la libertad. El estrato de la igualdad formal, pasa por alto que un derecho regido por reglas generales puede ser altamente discriminatorio (piensese en los derechos de los regímenes apartheidistas).

Según los planteamientos de Wintgens, podríamos obtener seis características de la libertad como *principium* que interactúan de la siguiente manera. (1) La libertad está en el origen (*terminus ad quem*) y es el (2) *terminus a quo*. En (1) la libertad es un contexto mientras que en (2) es una versión contextualizada. Bajo (1) y (2), la libertad es (3) de extensión indefinida. Sin embargo, para que la acción sea posible, se debe hacer una elección para que la extensión de la libertad ya no sea indefinida. Bajo (1), (2) y (3), la libertad es un *principium*, es decir, un comienzo y (4) tiene una dimensión normativa. La normatividad de la libertad como principio se deriva de la igualdad incluida en (2). De la naturaleza relacional de la igualdad se sigue (5), la dimensión social de la libertad, que se entrelaza con (4). El significado de libertad finalmente se relaciona con el aspecto “yo” del yo del agente, que explica (6) la naturaleza reflexiva del concepto de libertad en contexto.

1.4. El modelo del contrato de intercambio (*trade-off*)

Para explicar la noción wintgensiana del contrato social de intercambio (*trade-off*) es importante resaltar la distinción que el autor introduce entre la deliberación en la toma de decisiones de las normas jurídicas y su justificación, como proceso posterior al deliberativo. Según el autor belga, en el proceso de justificación, las normas jurídicas que surgen de un proceso deliberativo deben conectarse al entorno social en el que operarán: el objetivo es “tomar en serio la autonomía moral” de los sujetos sociales. Así, los legisladores deben aportar argumentos de por qué sus concepciones *sobre* la libertad de los sujetos tienen prioridad sobre las concepciones *de* la libertad de los sujetos, disminuyendo así la autonomía de estos últimos.

En lo que respecta al proceso de justificación, existen modelos de justificación de estas normas. Según un modelo sustantivo de legitimación, las normas jurídicas no pueden contradecir las normas “trascendentales” en las que se basan. Si lo hacen, pierden por completo su estatus de normas jurídicas. La correspondencia con el contenido “trascendental” sustantivo (por lo general las encontramos en las teorías iusnaturalistas) es condición necesaria y suficiente para su vigencia. Según este modelo, la legitimidad es considerada como la correspondencia de normas sustantivas a los criterios de validez.

Por otra parte, según los modelos no-sustantivos o procedimentales, esta correspondencia no es una condición necesaria ni suficiente para la validez de una norma.

Simplemente no hay contenido al que pueda o deba corresponder una norma jurídica. La accesibilidad y el conocimiento de cualquier contenido normativo no es, por definición, relevante en los modelos de legitimación procesal. Este es el núcleo de los modelos de legitimación democráticos o no-iusnaturalistas¹⁹⁰. Si bien las normas jurídicas son legítimas según los modelos de legitimación sustantiva, de acuerdo con los modelos de legitimación no-sustantivos deben ser “legitimadas”¹⁹¹. Wintgens concluye que dado que los modelos procedimentales están desconectados de cualquier contenido sustantivo, deben legitimar tanto un contenido como la forma de determinarlo. Desde esa perspectiva, un modelo procedimental se ocupa de la limitación de la libertad en cuanto a determinación de fines y medios.

Con estos modelos de justificación en mente, Wintgens traza la distinción entre legitimación vista como un proceso continuo y sucesivo de justificación de las normas jurídicas (modelos procedimentales) y legitimidad como un resultado ya acabado (modelos sustantivos). Al respecto se puede decir que los modelos procedimentales de legitimación producen legitimidad como resultado de alguna forma de legitimación activa. De hecho, Wintgens sostiene que la diferencia entre los modelos de legitimación sustantiva y procedimentales estriba en que los primeros producen normas legítimas, mientras que los segundos exigen una legitimación continua de las normas jurídicas.

Así, cobra importancia la distinción entre legitimidad y legitimación al proporcionar una doble interpretación de la idea de contrato social. La primera es la versión *proxy* del contrato social sobre el cual los sujetos dan un poder al soberano para emitir limitaciones posteriores de su libertad o normas. Desde el “momento” del contrato en adelante, el soberano está *ipso facto* legitimado al sustituir las concepciones *sobre* la libertad por las concepciones *de* la libertad. En la versión *proxy*, el soberano puede “legítimamente”, sin más legitimación, transformar cualquier contenido proposicional en una norma válida¹⁹². En otras palabras, las partes acuerdan aceptar las limitaciones *de* libertad impuestas “más adelante” y cumplen con las limitaciones de su libertad que aún desconocen en el “momento” del contrato.

¹⁹⁰ Según Wintgens, el modelo de contrato social de Rousseau guarda similitud con los modelos no-sustantivos.

¹⁹¹ Wintgens, L. J., & Thion, P. (2007). *Legislation in context: essays in jurisprudence*. Aldershot: Ashgate Publishing. p.6.

¹⁹² Wintgens supone que el contrato social es un acto de voluntad según el cual un grupo social decide someterse a un soberano (Hobbes) o constituirse como soberano (Rousseau).

La segunda interpretación del contrato social se denomina modelo de intercambio (*trade-off*). En este modelo, los sujetos intercambian concepciones *de* libertad por concepciones *sobre* la libertad. Esto viene a decir que la sustitución de concepciones *sobre* la libertad por concepciones *de* libertad debe ser justificada por el legislador. Ninguna norma jurídica debe considerarse legítima si falta esta justificación dentro del proceso de legitimación continuo (modelo procedimental). La jurisprudencia como una teoría normativa sobre la racionalidad legislativa se basa en este último modelo.

2. Las nociones de racionalidad empleadas por Wintgens

Una vez esclarecida la noción de libertad y su conexión con el derecho, pasamos ahora a lidiar con la concepción de la racionalidad de Wintgens. Ahora bien, ¿qué tipo de nociones de racionalidad concibe Wintgens para postular su teoría normativa de la racionalidad legislativa?. Intentaré proporcionar una respuesta en cuatro pasos. En el primer paso se abordarán las diferentes nociones de racionalidad en Descartes y Aristóteles. En el segundo se analizará las consideraciones que realiza Wintgens a la falacia escolástica-racionalista. En el tercero se abordará la crítica realizada por Perelman de la noción de racionalidad cartesiana que pretende -según Wintgens con razón- desafiar la epistemologización de la filosofía, que defiende la tesis de la limitación de la racionalidad a la mera razón teórica. Mientras que finalmente, el cuarto paso, analizará la noción de racionalidad en términos de razonabilidad que Wintgens presupone en su teoría normativa de la racionalidad legislativa.

Empezando por el primero, Según Descartes -que ha influido en la noción de racionalidad moderna-, la racionalidad tiene naturaleza binaria: algo es racional o no lo es. Además, el conocimiento conjetural puede ser el comienzo del conocimiento y, mientras no sea seguro, no da acceso a la verdad: la certeza es el criterio del conocimiento.

Para Aristóteles, en cambio, existen proposiciones necesariamente verdaderas, mientras otras son solamente “plausibles” y por tanto imprecisas, abriendo la posibilidad de nociones de racionalidad graduales que rechacen la distinción cartesiana. Cabe mencionar que Wintgens empieza contraponiendo estas nociones de racionalidad para explicar que la noción de racionalidad legislativa pertenece a las del discurso práctico general, que prioriza la racionalidad práctica a la teórica.

El segundo paso que analiza la falacia escolástica-racionalista que según Wintgens, implica identificar la posición del analista que observa la realidad con el significado que “existe ahí fuera”. En otras palabras, es la presuposición metodológica del analista que considera que los agentes que observa a lo largo de sus prácticas “piensan” exactamente de la misma manera que él: ven la imagen de sí mismo, sin tener en cuenta el significado de las prácticas que observan para los agentes involucrados en ellas. Una consecuencia importante de la falacia es la descontextualización de la razón. Para esta noción, la razón es universal y se identifica por y para todos.

El tercer paso abordará la crítica realizada por Perelman de la noción de racionalidad cartesiana que pretende -según Wintgens con razón- desafiar la epistemologización de la filosofía, que defiende la tesis de la limitación de la racionalidad a la mera razón teórica. Perelman critica cualquier forma de racionalidad binaria sobre la cual lo que es racional pueda probarse de manera empírica o lógica, siendo que, lo que no puede probarse de esta manera no es, por tanto, racional, porque la prueba lógica o empírica es el único criterio binario de racionalidad.

El cuarto paso analizará la noción de racionalidad en términos de razonabilidad que Wintgens presupone en su teoría normativa de la racionalidad legislativa. Bajo esta noción, lo que es “razonable”, no se puede probarse de manera concluyente, sino que se basa en el “apoyo argumentativo” de una afirmación o decisión. Este apoyo argumentativo se proporciona en un contexto dado y se construye de manera subjetiva a través de los sujetos. Por lo tanto, la razonabilidad abre el camino para un concepto de racionalidad que es sensible al contexto. En este marco, la cuarta parte analiza los presupuestos de la racionalidad limitada en la actividad legislativa y la racionalidad del legislador en las circunstancias de la legislación.

2.1. La noción de racionalidad en Descartes y Aristóteles

El pensamiento de Descartes se circunscribe en la corriente de pensamiento llamada “racionalismo continental” que refiere a un conjunto de puntos de vista más o menos compartidos por varios filósofos activos en el continente europeo durante los dos últimos tercios del siglo XVII y principios del XVIII. Este racionalismo se caracteriza en términos generales, como una posición epistemológica. Según este punto de vista, ser racionalista requiere al menos una de las siguientes características: i) privilegiar la razón

y la intuición sobre la sensación y la experiencia; ii) considerar todas o la mayoría de las ideas como innatas en lugar de adventicias; y iii) priorizar el conocimiento cierto más que meramente probable como objeto de la investigación¹⁹³. En lo que respecta a Descartes, el conocimiento conjetural (iii) puede ser el comienzo del conocimiento, y mientras no sea seguro, no da acceso a la verdad, solo la certeza puede hacerlo, siendo la certeza el criterio del conocimiento y el conocimiento la clave de la “verdad”¹⁹⁴. Sobre este punto radica la metafísica descartiana.

En este sentido, la *philosophia prima* de Descartes expresa una ontología binaria, trazando una línea divisoria entre lo que es y lo que no es “racional”: la ontología de Descartes en lo que respecta a la racionalidad, no permite grados de “ser”. Descartes combina esto con la tradición agustiniana y proporciona una base metafísica más profunda para la individualidad del sujeto, por tanto afirma las siguientes tesis:

- La individualidad es el estado ontológico de todas las criaturas.
- La marca ontológica distintiva del sujeto es el pensamiento.
- El pensamiento es una condición necesaria para ser, y ser es una condición necesaria para pensar.
- El no pensar es el estado del objeto.

Esto aclara la naturaleza binaria de la ontología de Descartes: ser como sujeto es ser una sustancia pensante individual¹⁹⁵. El anclaje ontológico del sujeto se basa en su capacidad racional. Esto le permite pensar en sí mismo como una sustancia pensante.

Según Descartes, el *cogito* no es una conclusión ni una definición. Es una *vérité de raison* (verdad de la razón) que es más fuerte que las matemáticas¹⁹⁶. El desarrollo metafísico de la primera verdad muestra a su vez el carácter binario de la ontología. Bajo esta ontología, el sujeto se opone al objeto mientras que la marca distintiva de la racionalidad es la certeza. La certeza es la base del conocimiento y el conocimiento es la

¹⁹³ Dea, Shannon, Julie Walsh, and Thomas M. Lennon, “Continental Rationalism”, The Stanford Encyclopedia of *Philosophy* (Winter 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.)

¹⁹⁴ Descartes, R. (1996). *Les principes de la philosophie* in *Œuvres de Descartes*, edited by C. Adam and P. Tannery. Paris: Vrin. (Vol. 9). pp. 25-62.

¹⁹⁵ Wintgens, L. J. (2012). *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*. Surrey: Ashgate. pp. 92-94.

¹⁹⁶ Descartes, R. (1996). *Les principes de la philosophie* in *Œuvres de Descartes*, edited by C. Adam and P. Tannery. Paris: Vrin. (Vol. 9). pp. 26-67.

condición para acceder a la verdad. La “ontología binaria” se caracteriza por la oposición entre sujeto y objeto por un lado y la certeza como condición para el acceso a la verdad.

La ontología de Descartes defiende el carácter binario de la certeza: algo es seguro o no lo es. La certeza da acceso a la verdad, mientras que la incertidumbre o el desacuerdo es la marca del error¹⁹⁷. El acceso a la verdad o la realidad basado en la certeza del conocimiento borra el hecho de que la verdad o la realidad pueden existir por sí mismas, mientras que la certeza no. La certeza se expresa en un juicio y los juicios los hacen los agentes. La búsqueda de la certeza como objetivo principal del proyecto filosófico moderno pasa por la determinación de criterios. Los criterios para la certeza de una idea son que sea clara y distinta. La determinación de estos criterios, sin embargo, procede independientemente de cualquier idea porque la certeza en la visión de Descartes es evidente por sí misma. Una vez determinada de esta forma, los criterios de certeza se aplican a una idea. Si una idea satisface los criterios, es ontológicamente verdadera. La racionalidad se revela junto con sus criterios. Esto es lo mismo que decir que la verdad se muestra junto con su criterio (*veritas index sui*), que es un vestigio más de la escolasticismo en Descartes. Esto significa que la verdad viene envuelta con certeza.

Descartes explora esta distinción y la convierte en una separación, que es tributo a su metafísica dualista. Una consecuencia de esto es que la racionalidad es una cuestión de todo o nada; no puede ser una cuestión de grado, ni está conectado a un contexto. El sujeto de Descartes es un individuo *solipsista* que participa en la razón universal a-contextual. En contra de este punto de vista, la noción de “audiencia” permite una articulación argumentativa de la “racionalidad” misma.

En lo que se refiere a la racionalidad según **Aristóteles**, su ontología puede ser no binaria, en el sentido de que permite cierto grado de ser. La ontología aristotélica es no binaria en el sentido de que permite grados de ser. Dentro de la ontología aristotélica, tiene sentido decir que un caballo es un “caballo real” porque tiene más “equitación” que un caballo ordinario de pradera. Esto tiene poco sentido dentro de la ontología cartesiana. Sería absurdo decir que se es un ser “en grado superior”. Esta posición es claramente diferente de la visión aristotélica.

¹⁹⁷ Descartes, R. (1996). *Règles pour la direction de l'esprit*, translated by J. Sirven. Paris: Vrin. in *Œuvres de Descartes*, edited by C. Adam and P. Tannery. Paris: Vrin. pp. 6-7.

Para Aristóteles, algunas proposiciones son necesariamente verdaderas, mientras que otras son solo plausibles y, por tanto, inciertas¹⁹⁸. La forma clásica de racionalidad aristotélica articula una forma de abordar la realidad. La realidad es un cosmos ordenado y el ser se manifiesta a través del orden cosmológico. Ni la existencia del mundo ni su orden pueden cuestionarse racionalmente. La existencia de la realidad no tiene relevancia filosófica mientras su orden pertenezca al mundo eterno. Este estado ontológico del mundo excluye su completa y última accesibilidad al conocimiento humano. Aristóteles descarta la posibilidad de una ciencia como un conjunto final y fijo de proposiciones relativas al ser. Niega la posibilidad de una teoría última y perfecta de las ideas platónicas, sin embargo, rechazar toda forma de trascendencia. Lo trascendente en este contexto se refiere a la tesis de la perfección de los movimientos de los cuerpos pesados que Descartes defiende.

La limitación del conocimiento según la noción aristotélica, da como resultado la exclusión basada en principios de un despliegue racional completo de la realidad. Un resultado de esto es la tesis de la aceptación del conocimiento conjetural en dominios donde la certeza no está disponible. Para Aristóteles, el método para descubrir la verdad, es decir, la dialéctica o la argumentación por un lado y la demostración por el otro, depende del tipo de problema tratado¹⁹⁹. La opinión de Descartes, por el contrario, sostenía que no depende del problema ya que la razón es universal.

La racionalidad práctica en la teoría de la legislación de Wintgens es aristotélica en el sentido explicado en esta sección, puesto que defiende una noción de racionalidad “gradual” en contextos decisionales complejos. Gracias a ello, los principios de la jurisprudencia adquieren justificación y relevancia práctica, constituyéndose como parte del discurso práctico general de la actividad legislativa.

2.2. La falacia racionalista y la filosofía epistemologizada

La falacia racionalista es una variante de la falacia escolástica que ha sido articulada por Pierre Bourdieu. La falacia escolástica, según Bourdieu, implica identificar

¹⁹⁸ Aristotle. (1984). *The Complete Works of Aristotle*, edited by J. Barnes. Princeton, NJ: Princeton University Press. p. 1112^a.

¹⁹⁹ Aristotle. (1984). *Nicomachean Ethics*, in *The Complete Works of Aristotle*, edited by J. Barnes. Princeton, NJ: Princeton University Press. p. 1112.

la posición del erudito, típicamente el sociólogo o el etnólogo, observando la “realidad” con el significado de que “existe ahí fuera”²⁰⁰. Dicho de otra manera, la presuposición del académico es que los agentes que observa a lo largo de sus prácticas piensan exactamente de la misma manera que él²⁰¹. Los ve en la imagen de sí mismo, sin tener en cuenta el significado de las prácticas que observa para el agente o agentes involucrados en ellas²⁰². Bajo la falacia escolástica, el científico social imputa a su objeto de estudio aquello que pertenece a la forma en que el académico lo aprehende²⁰³.

Un ejemplo de la falacia escolástica es la creencia de los teóricos de la elección racional de que los sujetos actúan de acuerdo con decisiones racionales. Incluye la creencia de que todo el mundo tiene acceso a la racionalidad exactamente de la misma manera que el teórico de la elección racional. Al hacerlo, la mayoría de las veces sin darse cuenta, el científico social da por sentado una visión específica sobre el agente, sujeto o actor.

Un resultado de esto es que no se hace distinción entre la forma de conocer el objeto y su significado para el sujeto observado. La “verdad” y el “significado” se combinan en la confusión del erudito entre la perspectiva de un participante y la perspectiva de un observador²⁰⁴. Cuando se descuida esta distinción, se borra la diferencia entre lo que observa un observador y lo que está sucediendo. Por tanto, se considera que el significado es universal. Esta pretensión universalista se apoya en un presupuesto metodológico: la falacia escolástica. Bajo la falacia racionalista, el filósofo opera sobre la presuposición de que los conceptos que usa tienen validez universal. Al dar por sentada su universalidad, presupone que lo que es autoevidente es autoevidente para todos y que la racionalidad es idéntica en todos los sujetos racionales. La falacia racionalista, como argumenta Bourdieu, implica descuidar la distinción entre una teoría *de* la realidad y una teoría *sobre* la realidad²⁰⁵.

Este aparente error metodológico da como resultado la ilusión ontológica que Wintgens llama falacia racionalista: la imagen de la realidad se toma por la realidad

²⁰⁰ Bourdieu, P. (1990). *The Scholastic Point of View*. *Cultural anthropology*, 5(4), 380-391.

²⁰¹ Winch, P. (1960). *The idea of a social science and its relation to philosophy*. London: Routledge & Kegan. pp. 87-91.

²⁰² Bourdieu, P. (2003). *Participant Objectivation*. *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, 9(2), 281-294.

²⁰³ Bourdieu, P. (1994). *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*. Paris: Seuil. p. 225.

²⁰⁴ Winch, P. (1960). *The idea of a social science and its relation to philosophy*. London: Routledge & Kegan. pp. 46-51.

²⁰⁵ Bourdieu, P. (1994). *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*. Paris: Seuil. p. 228.

misma. Como resultado, la visión del mundo transforma la física cualitativa aristotélica en una teoría cuantitativa. Se considera que la cantidad es la única cualidad de la realidad, lo que da como resultado lo que se cree que es una teoría de la realidad. El dominio en desarrollo de la razón, así lo demuestra, lleva consigo el dominio en desarrollo de la razón teórica sobre la práctica. Ésta es la esencia de la filosofía epistemologizada que Wintgens critica y que es el presupuesto del “legalismo fuerte” que ha impedido una teoría de la legislación racional.

De hecho, dentro del pensamiento teórico, el método de la filosofía epistemologizada idealiza la naturaleza después de liberarla de sus incidencias teológicas. Esta matematización de la naturaleza²⁰⁶ - o la naturalización de las matemáticas²⁰⁷ - se deriva de la concepción de la naturaleza como idea metafísica desde mediados del siglo XVII en adelante. El resultado de la filosofía epistemologizada es que a lo largo del proyecto filosófico moderno, los problemas prácticos se transforman en teóricos. Ambos tipos de problemas se manejan con las mismas herramientas. El tratamiento de los problemas teóricos con la ayuda de la lógica y las matemáticas, por un lado, y la verificación y corroboración empírica, por el otro, resultó tan exitoso en las ciencias naturales del siglo XVII que la solución de problemas prácticos se intentan con el mismo método²⁰⁸.

La “filosofía epistemologizada”, revela una paradoja. La matematización de la naturaleza o la naturalización de las matemáticas es casi evidente como método paradigmático de las ciencias naturales. A este respecto, Heidegger sostiene que “lo matemático” es la posición fundamental que adoptamos frente a las cosas mediante las cuales asumimos las cosas como ya nos han sido dadas, y también como deben darse. Esto implica la afirmación de que “lo matemático” es el presupuesto fundamental para el conocimiento de las cosas²⁰⁹. Esta presuposición trae consigo la cuestión del estatus ontológico de las matemáticas²¹⁰. Además explica el impacto generalizado del método

²⁰⁶ Husserl, E. (1970). *The Crisis of the European Sciences and Transcendental Phenomenology: An Introduction to Phenomenological Philosophy*, translated by D. Carr. Evanston, IL: Northwestern University Press. p. 23.

²⁰⁷ Heidegger, M. (1962). *Die Frage nach dem Ding. Zu Kant's Lehre von den transzendentalen Grundsätzen*. Tübingen: Niemeyer. pp. 50-83.

²⁰⁸ Taylor, C. (1985). *What's Wrong with Negative Freedom*, in *Philosophy and the Human Sciences*. *Philosophical Papers*, vol. 2. Cambridge: Cambridge University Press.

²⁰⁹ Heidegger, M. (1962). *Die Frage nach dem Ding. Zu Kant's Lehre von den transzendentalen Grundsätzen*. Tübingen: Niemeyer. pp. 50-83.

²¹⁰ Wintgens, L. J. (2010). *Modern Science as Freedom. An Essay on the Mechanisation of the Worldview, Religion, and the Epistemologisation of Philosophy*. *Rechtstheorie*, 41(2), 199-232.

matemático en el siglo XVII y durante la Ilustración: la creencia de que las matemáticas conducen a la verdad es parte del fundacionalismo mismo, aunque es una posición práctica en el sentido de que se basa en la elección de las matemáticas. La “filosofía epistemologizada” tal como la define Wintgens opera como constructura de la noción de “legalismo fuerte”, ya que la “falacia racionalista” da por sentada la universalidad de la razón.

Esta crítica a los presupuestos filosóficos y metodológicos del legalismo fuerte está encaminada a defender otro tipo de noción de racionalidad que de cuenta del carácter gradual, argumentativo, y contextual de las prácticas de los participantes.

2.3. La racionalidad del contexto según Perelman

El trabajo intelectual de Chaïm Perelman estuvo encaminado a criticar la concepción de la razón y racionalidad de Descartes a mediados del siglo pasado, con el objetivo de articular una teoría de la racionalidad práctica desde la perspectiva argumentativa²¹¹. Su crítica desafió la epistemologización de la filosofía, que implica la limitación de la racionalidad a la mera razón teórica articulando un giro pragmático que critica los límites de la lógica formal deductivista bajo los parámetros de la racionalidad práctica que Perelman pretende defender²¹². A breves rasgos y tal como Wintgens ha interpretado el trabajo de Perelman que le sirve para articular su concepción de racionalidad práctica en “contexto” al campo de la racionalidad legislativa, las tesis de Perelman pueden ser resumidas de la siguiente manera:

i) *En cuanto a la ontología de la racionalidad.* Perelman critica la noción de racionalidad binaria sobre la cual lo que es racional pueda probarse de manera empírica o lógica. Según esta forma de entender la racionalidad, lo que no puede probarse no es por tanto racional, porque la prueba lógica o empírica es el único criterio (binario) de racionalidad. Perelman refuta esta noción y concluye que las capacidades racionales del sujeto están indebidamente limitadas: la prueba lógica o empírica como condición

²¹¹ Perelman, C. (1976). Ce que le philosophe peut apprendre par l'étude du droit, in Perelman, C. (1976). *Droit, morale et philosophie* (2 ed.). Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.

²¹² Véase, Husserl (1970). *The Crisis of the European Sciences and Transcendental Phenomenology: An Introduction to Phenomenological Philosophy*, translated by D. Carr. Evanston, IL: Northwestern University Press. pp. 3-7.

necesaria para la racionalidad la hace concluyente e impersonal²¹³. Así, Perelman intenta “recontextualizar” la racionalidad, o devolver la razón a un contexto, replanteando la naturaleza impersonal o universal de la racionalidad.

ii) *En cuanto al estatus del método matemático*. Perelman sostiene que el método matemático en las ciencias naturales es principalmente una cuestión de elección o decisión, no de verdad. Su elección es una cuestión práctica, no teórica. Este enfoque extrae toda la consecuencia de la oposición entre sujeto y objeto, según la cual este último es para siempre desconocido. De la posición de Perelman se sigue que la primacía de la racionalidad formal o demostrativa como la única forma posible de racionalidad no puede establecerse en sí misma dentro de este mismo modelo de racionalidad teórica. Por esta razón, la racionalidad está incrustada en una *argumentación* ligada a un contexto.

iii) *En cuanto a la relación de la racionalidad con los sujetos*. En lo que concierne a los sujetos, estos pueden considerarse racionales sin que la racionalidad esté conectada a una sustancia o *res cogitans*, como sostenía Descartes. En el nuevo paradigma de racionalidad perelmaniano, los sujetos están inmersos en un contexto social: ni sujeto ni racionalidad existen independientemente de cualquier contexto. Perelman intentó argumentar a favor de que el sujeto como un “ser” era un sujeto de significado y no meramente un sujeto de verdad anclado ontológicamente *a priori*. El anclaje ontológico del sujeto como sustancia pensante y, por tanto, sujeto de verdad y racionalidad que se revela a sí misma, desde esta perspectiva, son dos caras de la misma moneda.

iv) *En cuanto a la crítica de la racionalidad demostrativa*. La naturaleza evidente de la racionalidad demostrativa la convierte en un criterio para la verdad ontológica²¹⁴. En consecuencia, lo que es evidente por sí mismo es racional, y viceversa, como lo sostiene Descartes. En contra de esta tesis, Perelman sostiene que lo que no es evidente por sí mismo no está, sólo por esa razón, privado de racionalidad²¹⁵. Según Perelman, la racionalidad demostrativa marcada por “autoevidencia” es una forma de tener sentido. De ello se desprende que la autoevidencia como una forma de dar sentido es autoevidencia *para* un sujeto. Por el contrario, la autoevidencia como certeza es certeza

²¹³ Perelman, C., & Olbrechts-Tyteca, L. (1976). *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique* (3rd ed.). Brussels: Editions de l'Université de Bruxelles.

²¹⁴ Contrariamente, Aristóteles consideraba que la argumentación encaja en problemas que no se pueden abordar de manera demostrativa.

²¹⁵ Perelman, C., & Olbrechts-Tyteca, L. (1976). *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique* (3rd ed.). Brussels: Editions de l'Université de Bruxelles. p. 4.

de algo (como creía Descartes). Según esta caracterización, la racionalidad demostrativa es solo una forma de racionalidad que implica la certeza de algo para alguien. Esta crítica de la razón demostrativa se complementa desde una concepción ampliada de la racionalidad. Tomando la racionalidad demostrativa para involucrar “tener sentido” para un sujeto, Perelman propone su idea de razón argumentativa o razonabilidad.

v) *En cuanto a la racionalidad como argumentación.* La razón argumentativa o razonabilidad se encuentra dentro de la práctica del discurso en general. Se practica de acuerdo con una presentación dialéctica de argumentos sobre los que se llega a una conclusión. Esta conclusión, se apoya a su vez en argumentos. Este modelo dialéctico de argumentación se aleja del modelo más geométrico, predominante en el proyecto filosófico moderno: rearticula el modelo dialéctico aristotélico de razonamiento criticado por Descartes como modelo ejemplar de la filosofía *tout court*. Desde esta perspectiva, una persona que toma una decisión ya sea en un contexto institucional o no, está realizando dos actividades. Primero, está tomando una decisión. En segundo lugar, está dando razones para la elección. El apoyo argumentativo para la elección puede resultar en calificar la decisión como “razonable”. El soporte argumentativo para una decisión se presenta a una audiencia. Una audiencia es particular cuando el hablante simplemente quiere persuadir, como ocurre en los mensajes publicitarios. La aprobación o adhesión a una conclusión argumentativa hace que esta última sea razonable cuando la audiencia está formada por personas razonables. Personas razonables forman parte de la audiencia universal; la audiencia universal sólo aprueba o se adhiere a la argumentación razonable, como en la argumentación filosófica²¹⁶.

Esta crítica, por profunda que sea, no opone la racionalidad demostrativa a la razonabilidad argumentativa. Al contrario, permite una relectura de las *Méditations* de Descartes como un intento de convencer a la audiencia universal. Según esta lectura, las *Méditations* se basan en una regla específica de argumentación que afirma que es imposible argumentar contra la autoevidencia²¹⁷. Según Descartes, cuando una idea satisface este criterio, es verdadera. En consecuencia, la audiencia que se enfrenta a una idea clara y distinta está “sin argumentos”. Como no hay argumentos disponibles, se llega

²¹⁶ Perelman, C., & Olbrechts-Tyteca, L. (1976). *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique* (3rd ed.). Brussels: Editions de l'Université de Bruxelles.

²¹⁷ Perelman, C., & Olbrechts-Tyteca, L. (1976). *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique* (3rd ed.). Brussels: Editions de l'Université de Bruxelles. pp. 42-43.

a la verdad. En la lectura argumentativa de Descartes, la indisponibilidad de los argumentos no es lo mismo que decir que no existen o son imposibles.

Esto es precisamente lo que apunta Perelman. Contra lo que es evidente por sí mismo, ahora no hay argumentos disponibles. La disponibilidad de argumentos depende de la audiencia que encapsula la razón. La autoevidencia puede ser una señal de verdad a la que se adhiere la audiencia universal. Sin embargo, la adhesión de la audiencia universal no es un criterio de verdad. Si lo fuera, su adherencia sería un criterio de racionalidad que hace que la teoría de la argumentación colapse en una teoría independiente del contexto. La adhesión de la audiencia universal es una marca de *razonabilidad*, que no es más que, racionalidad en contexto. La contextualización de la racionalidad marca el escape de su universalidad, de ahí la falacia racionalista.

Perelman expande la racionalidad a la aceptabilidad racional por parte de la audiencia universal que se compone de sujetos razonables. Su ampliación de la noción de racionalidad hace que sea una cuestión de intersubjetividad y no simplemente una cuestión de autorrevelación de la razón a un sujeto solipsista.

vi) *En cuanto a la noción de audiencia.* Esta noción se enmarca en el plano discursivo de la argumentación persuasiva, en la cual, el orador solo quiere obtener la aprobación de la audiencia. La relación dialéctica entre el hablante y su audiencia, especialmente la audiencia universal, está íntimamente relacionada con la idea de razonabilidad del hablante. Una variante de la audiencia universal que merece especial atención se refiere a las deliberaciones del sujeto consigo mismo. El sujeto que delibera consigo mismo proporciona razones para una elección o una decisión. A lo largo de este proceso de deliberación, el sujeto discute con otros dentro de “sí mismo”. Los otros dentro de él, como en una argumentación exteriorizada, proporcionan la audiencia a la que se dirige la argumentación. En la deliberación interna, como en la argumentación externa, la audiencia expresa la idea de razonabilidad del hablante. De acuerdo con esta idea, los sujetos razonables deben aprobar o adherirse a la argumentación: la deliberación externa o interna son, desde esta perspectiva, estructuralmente similares²¹⁸.

La argumentación como práctica, hace de la articulación de la racionalidad en sí misma una cuestión argumentativa. Es así que dentro de la teoría de la argumentación es

²¹⁸ Perelman, C., & Olbrechts-Tyteca, L. (1976). *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique* (3rd ed.). Brussels: Editions de l'Université de Bruxelles. pp. 19-53.

donde debe responderse la pregunta “¿qué es la racionalidad?”. Esta respuesta es una respuesta abierta porque la racionalidad no es necesariamente demostrativa. En opinión de Perelman, la argumentación es el método apropiado de la filosofía que incluye la articulación filosófica de la racionalidad a través de la práctica de la argumentación²¹⁹.

En las siguientes páginas comentaré brevemente la idea que concibe la racionalidad en términos de razonabilidad. Esto según Wintgens, convierte la idea de racionalidad -racionalidad cartesiana- en razonabilidad, entendida como la racionalidad “contextual”.

2.4. La racionalidad en términos de razonabilidad

En la obra de Perelman encontramos un intento convincente de mostrar cómo la razón no se agota en la demostración deductiva sino que abarca también una dimensión argumentativa, no deductiva sino retórica-práctica. En su crítica de la racionalidad cartesiana, Perelman argumentó que la noción de racionalidad formal es una limitación indebida de las capacidades racionales del agente²²⁰. El primer movimiento de la estrategia de su argumento implica una recontextualización del concepto de racionalidad, lo que implica una conexión de la racionalidad con el sujeto a través del concepto de “auditorio”: habiendo conectado la racionalidad con la aceptabilidad, Perelman deja claro que la racionalidad no es una cuestión de todo o nada (binaria) como lo fue para Descartes.

Al demostrar el papel de la argumentación en cuestiones prácticas, Perelman abrió el camino a una nueva noción de racionalidad. La razón práctica de hecho ya no está subordinada a la razón teórica, como ilustra la predilección por un modelo argumentativo en la ciencia. En otras palabras, la crítica de Perelman a la racionalidad cartesiana toma partido por el epistemocentrismo o por la opinión de que la racionalidad está esencialmente conectada con una *episteme*. Aparte de lo que se puede demostrar racionalmente, la racionalidad también cubre un campo llamado “razonable”.

De esto se sigue que la autoevidencia lógica o empírica no está separada de lo que es razonable, sino que ambas equivalen a “formas de dar sentido” por parte de personas racionales. Este enfoque elimina cualquier “teoría del acceso directo” que sostenga que

²¹⁹ Toulmin, S. (1990). *Cosmopolis: The Hidden Agenda of Modernity*. New York: Free Press. p. 34.

²²⁰ Perelman, C., & Olbrechts-Tyteca, L. (1976). *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique* (3rd ed.). Brussels: Editions de l'Université de Bruxelles. p. 4.

la realidad está “ahí fuera” esperando ser descubierta mediante el uso correcto de la razón. Por tanto, lo “racional” y lo “razonable” se sitúan en un eje bipolar, bajo el cual la racionalidad como concepto genérico puede considerarse una cuestión de grado. En el antiguo paradigma lo “racional” era considerado todo aquello que se puede probar de forma demostrativa o concluyente. Por tanto, la lógica y las matemáticas se denominan propiamente “racionales” en este sentido. Sin embargo, lo que es “razonable” en el nuevo paradigma perelmaniano, no se puede probar de manera concluyente, sino que se basa en el apoyo argumentativo de una afirmación o decisión. Este apoyo argumentativo se proporciona en un contexto dado y se construye de manera subjetiva a través de los sujetos. Desde esta perspectiva, la racionalidad está incrustada dentro de una argumentación ligada al contexto. El contexto consta de sujetos sociales.

Por lo tanto, la razonabilidad abre el camino para un concepto de racionalidad que es sensible al contexto. La crítica de Perelman es instructiva porque abre una vía más amplia hacia la “racionalidad en contexto” que según Wintgens opera como presupuesto necesario que justifican su teoría de la racionalidad legislativa.

En definitiva, como se empezó advirtiendo al identificar las tesis principales de la propuesta de Perelman, Wintgens adopta este modelo de racionalidad práctica que le permite criticar la noción de “legalismo fuerte” influenciado por el proceso filosófico moderno que junto al paradigma de racionalidad cartesiana, impedían articular una noción de racionalidad fuera de la demostrativa-formal. Sobre esta consideración, Wintgens subraya la similitud estructural entre la teoría de la racionalidad de Perelman y la teoría del sujeto de Mead²²¹. La teoría de Mead articula un “yo” que emerge interactivamente, es decir, un “yo” que emerge a través de la interacción con los demás. Esta interacción, como vimos, muestra al sujeto tanto como un individuo (“yo”) como como un agente social (“yo”) esencialmente conectado a las prácticas en las que está involucrado.

Mientras Mead enfatiza el surgimiento del yo, la teoría de Perelman se enfoca en una forma de interacción, a saber, la argumentación. El hablante tiene una cierta idea de su audiencia que se manifiesta en su mente. Sin embargo, la audiencia “real” está formada

²²¹ Mead, G. H. (1962). *Mind, Self and Society from the Standpoint of a Social Behaviorist*, edited by C.W. Morris. Chicago, IL and London: University of Chicago Press.

por individuos que son, como el hablante, “yoes” -entendida com pluralización del “yo”- social que interactúa con el hablante a través de la argumentación.

La práctica argumentativa, por lo tanto, puede interpretarse como una variante de la idea de interacción social de Mead, de la cual la “toma de roles” es el aspecto esencial. El “otro generalizado” de Mead, como instancia normativa de interacción social, guarda un parecido estructural con la idea de Perelman de la audiencia universal, y la deliberación interna del sujeto consigo mismo como instancia de la audiencia universal²²².

Tanto la noción de interacción de Mead como la noción de argumentación de Perelman, involucran a otros. A través de la interacción y la argumentación, los sujetos adoptan posiciones entre sí. Al hacerlo, los sujetos comparten un contexto de significado, que es formativo tanto para la racionalidad como para ellos mismos. De acuerdo con la filosofía social de Mead, la racionalidad y el sujeto están relacionados en un contexto de participación.

2.5. El presupuesto de la racionalidad limitada en la actividad legislativa

Herbert Simon²²³ por su parte se ha centrado en la problemática en torno a la toma de decisiones económicas que muestra algunas conexiones importantes con la racionalidad en contexto que Wintgens pretende explicar²²⁴. La postura de Simon critica la teoría económica neoclásica que postula un modelo de racionalidad humana que puede etiquetarse bajo el rótulo “*homo economicus*”(hombre económico) que presupone un tipo de racionalidad “perfecta” en la que el agente hipotético tiene información completa sobre las opciones disponibles para elegir, una previsión perfecta de las consecuencias a elegir y los medios para resolver un problema de “optimización” que identifica una opción que maximiza la utilidad personal del agente²²⁵.

²²² Perelman, C., & Olbrechts-Tyteca, L. (1976). *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique* (3rd ed.). Brussels: Editions de l'Université de Bruxelles. pp. 18-19.

²²³ Simon, H. A. (1955). *A Behavioral Model of Rational Choice*. The Quarterly journal of economics, 69(1), 99-118.

²²⁴ Para Wintgens, el *homo economicus* que Simon critica es el gemelo del *homo rationalis* en Descartes.

²²⁵ John Stuart Mill, describía al *homo economicus* como un individuo hipotético, egoísta, que busca maximizar la utilidad personal. Véase, Mill, J. S. (1844). *On the Definition of Political Economy*, reprinted in John M. Robson (ed.), *The Collected Works of John Stuart Mill*, Vol. IV, Toronto: University of Toronto Press.

Simon, critica este modelo de racionalidad neoclásica de la economía como el estudio de la asignación racional de bienes escasos por agentes “optimizadores” que se consideran maximizadores de la riqueza. Este enfoque se basa en el axioma de que los agentes maximizan la riqueza. Sin embargo, el maximizador de riqueza es solo un tipo de “hombre racional”. Los optimizadores actúan de acuerdo con la tesis de la maximización de beneficios y toman la decisión económicamente más sólida en cualquier situación. Los sujetos optimizadores dejan de buscar beneficios una vez que creen que se han explorado todas las opciones²²⁶.

Según este paradigma de racionalidad, un agente perfectamente racional, es aquel que evalúa comparativamente un conjunto de consecuencias y satisface la recomendación de maximizar la utilidad esperada. No obstante, al pretender maximizar la utilidad esperada, se presupone que los juicios comparativos de las preferencias del agente, están estructurados de forma axiomática. De hecho, bajo este modelo de racionalidad perfecta, se podría identificar al menos cuatro axiomas: i)el perfecto conocimiento de los aspectos relevantes del entorno del decisor; ii)un sistema de preferencias bien organizado y estable; iii)habilidades en el cálculo de las posibles alternativas y sus efectos; y, iv)plena identificación de cursos de acción alternativos que están siempre disponibles²²⁷.

En contraposición, la propuesta de Simon es la siguiente: los seres humanos son “limitadamente” racionales, por lo que su conducta racional está delimitada por sus capacidades cognoscitivas y por restricciones que son parte del contexto de toma de decisiones. De acuerdo con esto, identifica al menos, tres tipos de limitaciones para la toma de decisiones: i)las limitaciones pertenecientes a las habilidades mentales, hábitos y reflejos; ii)la limitación de la extensión del conocimiento y la información que posee; y finalmente, iii)la limitación en torno a los valores o conceptos de propósito que pueden discrepar de los objetivos del sujeto. Es por ello, que en este modelo de racionalidad limitada, los individuos u organizaciones simplifican el proceso de decisión con la finalidad de reducir la incertidumbre y hacer frente a la complejidad²²⁸. Según la terminología de Simon, este sujeto limitado es un “*satisficer*”(satisfactor).

²²⁶ Simon, H. A. (1997). *Models of Bounded Rationality* (Vol. 3). Cambridge: The MIT press. pp. 295- 298.

²²⁷ Simon, H. A. (1955). *A Behavioral Model of Rational Choice*. The Quarterly journal of economics, 69(1), 99-118.

²²⁸ Simon, H. A. (1997). *Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organizations* (4 ed.). New York: The Free Press.

Se puede decir, por comparar los dos modelos de agentes racionales que los optimizadores (*homo economicus*) actúan racionalmente, mientras que los “satisfactores” actúan razonablemente en el marco de un contexto decisional complejo y limitado. Según el enfoque de Simon, los optimizadores actúan de manera óptima según la teoría, sin costos de información, transacción o deliberación. Los satisfactores, por su parte, actúan sobre la premisa de que también su conocimiento es un bien escaso, y que una decisión, *all things considered*, les satisface. Los optimizadores son optimistas sobre sus capacidades y conocimientos; su racionalidad es ilimitada. Los satisfactores, por su parte, actúan en un contexto en el que los costos de información adicional, deliberación y transacción se comparan con sus necesidades o perspectivas, teniendo en cuenta que el tiempo para tomar una decisión no es ilimitado. En algún momento, toman una decisión sobre bases intuitivas²²⁹. Así, los agentes satisfactorios se alejan de la racionalidad perfecta, sustancial o demostrativa en el sentido de que sus capacidades están “limitadas”.

Wintgens, por su parte, asemeja el modelo de racionalidad neoclásica del *homo economicus*, con el modelo de racionalidad cartesiana, asumiendo una perspectiva crítica. Al igual que Simon, pretende criticar un modelo de racionalidad legislativa perfecta cuya racionalidad se presuponga ilimitada. En efecto, la teoría de la racionalidad limitada es utilizada por el autor belga y conectada con su noción de racionalidad en “contexto”. Si los legisladores fueran perfectamente racionales y se esforzaran por tomar decisiones óptimas, este modelo presupondría un tipo de racionalidad de corte cartesiana porque se compromete con una versión sustantiva de la racionalidad que es perfecta y completa. En las siguientes líneas desarrollaré la racionalidad del legislador y las circunstancias de la legislación.

2.6. La racionalidad del legislador y las circunstancias de la legislación

La noción de racionalidad en “contexto” como se argumentó opera de forma limitada. Las limitaciones vienen dadas, en sentido amplio, por las capacidades del sujeto y por la imposibilidad de los cursos de acción alternativos y todos sus efectos. Sobre esta base, Wintgens critica la filosofía epistemologizada, -como se argumentó en la sección 2.2.- porque opera sobre la afirmación de que los conceptos utilizados tienen validez

²²⁹ Conlisk, John. (1996). Why Bounded Rationality? *Journal of Economic Literature*, 34(2), 669-700.

universal, y que lo racional es racional de la misma manera, para cualquiera, en cualquier lugar y en cualquier momento. Sobre este “monopolio de la universalidad”, la racionalidad se considera idéntica para todos los sujetos racionales²³⁰. Bajo esta noción cartesiana de racionalidad, se asume que la racionalidad de los tomadores de decisiones tienen un problema bien definido, así como una gama completa de alternativas a considerar, junto con información de referencia completa, sobre las consecuencias de cada alternativa, información completa sobre los valores y preferencias del agente, así como el tiempo, las habilidades y los recursos totalmente adecuados.

Wintgens identifica esta noción cartesiana de racionalidad, como la base del “legalismo fuerte”. En este marco, la legislación producto es racional porque se cree que su autor es racional. Su argumento es el siguiente: sobre la base de la teoría del contrato social *proxy*, creemos en la racionalidad del legislador. Según esa teoría, la creencia en la racionalidad del legislador está racionalmente justificada. El concepto de racionalidad involucrado en esta articulación del derecho y la legislación es la visión cartesiana: la racionalidad se revela a sí misma en el sentido de que puede pensarse de una manera racional.

De hecho, bajo la noción de “legalismo fuerte” presupuesto en la teoría *proxy* del contrato social que principalmente versa sobre la legitimación del derecho, afirma que el concepto de soberanía es un producto de la “racionalidad perfecta”. Supone que los “productos” de la soberanía misma son perfectamente racionales. Dicho de otra manera, si el marco de la legislación es racional, el producto resultante de este marco también será racional.

Para Wintgens, la racionalidad del legislador, y por tanto de la legislación como resultado, opera como paradigma dentro de la teoría jurídica, en el sentido de que supone que los legisladores son tanto técnica como socialmente racionales. La racionalidad técnica significa, entre otras cosas, que el legislador utiliza un lenguaje inequívoco, evita antinomias y redundancias, se basa en un conjunto coherente de valores y respeta la Constitución. A su vez, se presume que un legislador socialmente racional se esfuerza por redactar normas jurídicas equitativas y evitar resultados injustos o absurdos y medidas

²³⁰ Bourdieu, P. (1994). *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*. Paris: Seuil. p. 230.

inútiles. Además, se compromete con afirmar que desarrolla una relación proporcional entre medios y fines, y que su acción no sea fundamentalmente imprevisible²³¹.

En respuesta a esto, Wintgens ha propuesto una interpretación contextual de la racionalidad, para lo cual encontró apoyo en el obra de Perelman y Simon. La visión de Simon en particular sobre la “racionalidad limitada” es de interés, ya que contrasta los presupuestos de la racionalidad perfecta con las condiciones del “mundo real” según las cuales vivimos. La racionalidad limitada es una variante de la “racionalidad en contexto” en el sentido de que se refiere a la racionalidad de la toma de decisiones en un contexto determinado y problemático para la actividad legislativa por las carencias propias del modelo de racionalidad limitada.

De hecho, la racionalidad a este respecto está limitada de dos maneras. En primer lugar, está limitada por su propia naturaleza, en el sentido de que es limitada. Estas limitaciones hacen referencia a la escasez de información, atención, habilidades, conocimientos y capacidad de cálculo, así como a la limitada previsibilidad de consecuencias futuras, entre otras. En segundo lugar, la racionalidad está limitada, en el sentido de que se conecta a un contexto cuyas decisiones apuntan a cambiar. Estos dos aspectos de la racionalidad limitada caracterizan la racionalidad de la legislación según los principios de la legisprudencia, en la que la noción de racionalidad limitada explica las “circunstancias de la legislación²³²”.

Así es como el presupuesto de la racionalidad limitada articula los principios de la legisprudencia en “contexto” que conciben, las circunstancias de la legislación como: el contraste entre la racionalidad cartesiana (un tipo de racionalidad perfecta) y el mundo real (racionalmente limitado²³³). De hecho, las circunstancias, conectadas a la racionalidad limitada, apuntan a una limitación esencial de las capacidades racionales. Según la propuesta de Wintgens, la «legisprudencia» debe ser entendida como una nueva

²³¹ Debido a esta intuición claramente contrafáctica, autores como Ziembinski la ha calificado como como una ficción. Véase, Ziembinski, Z. (1970). *La notion de rationalité du législateur*: Archives de Philosophie du droit. 23. pp. 177-8.

²³² Wintgens, L. J. (2012). *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*. Surrey: Ashgate. pp. 288-294.

²³³ Wintgens, utiliza esta terminología de la teoría de la justicia de Rawls: las “circunstancias de la justicia” pueden ser objetivas como subjetivas. Las circunstancias objetivas apuntan a hechos inevitables de la experiencia humana, mientras que las circunstancias subjetivas refieren a las concepciones de los actores del bien como planes racionales a largo plazo. Véase, Rawls, J. (1971). *A theory of justice*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.

rama de la teoría jurídica, que articula una visión diferente sobre la racionalidad del legislador.

3. Los principios de la legisprudencia

En esta tercera parte trataré la discusión en torno a los principios de la legisprudencia que Wintgens ha articulado como concreciones de los deberes del legislador para tutelar la libertad como *principium*. La pregunta que pretendo responder es ¿cuál es la justificación para que el legislador observe los principios de la legisprudencia y cómo se explican cada uno de ellos? Con este propósito, la tercera parte se divide en cinco secciones. La primera sección abordará la justificación teórica de los principios de la legisprudencia que legitiman o no, las intervenciones legislativas. La segunda analizará el principio de coherencia y la teoría de los niveles de coherencia (sincrónica, diacrónica, composibilidad del sistema y dependencia teórica). La tercera explicará el principio de alternabilidad que opera cuando se justifica una limitación externa como alternativa ante el “fracaso de la interacción social”. La cuarta explicará el principio de temporalidad que prescribe a los legisladores el deber de argumentar por qué una norma o limitación externa es necesaria al momento “*all things considered now*” (ATCN). Finalmente, la quinta sección estudiará el principio de necesidad de la densidad normativa que se pregunta principalmente: i) por qué es necesaria; ii) qué tan necesaria; y iii) cuál es el grado aceptado de la densidad normativa de una limitación externa.

3.1. Justificación teórica de los principios de la legisprudencia

En el modelo de contrato social que Wintgens denomina de “intercambio” (*trade-off*) los sujetos intercambian concepciones *de* libertad por concepciones *sobre* la libertad. Esto viene a decir que la sustitución de concepciones *sobre* la libertad por concepciones *de* libertad debe estar justificada por el legislador, por lo que ninguna norma jurídica puede considerarse legítima si falta esta justificación o legitimación. Según la propuesta de Wintgens, la legitimidad es un proceso continuo de la tarea legislativa que se articula a través de los principios de la legisprudencia.

En este marco, los principios de la legisprudencia son, propiamente, concreciones de la libertad como *principium*, es decir, de la libertad como inicio de la organización política. Bajo la libertad como *principium*, las limitaciones externas de los poseedores del

poder –los legisladores- deben estar justificadas: los principios de la jurisprudencia concretan este requisito. Dado su arraigo en la libertad como *principium*, se deduce que los principios de la jurisprudencia no son elementos de una lista de verificación que deben ser marcados una vez que se satisfacen sus requisitos. Tampoco hay un orden léxico entre ellos, lo que haría que uno de ellos fuera más importante que otros, por lo que había que satisfacerlo antes que los demás. Una de las razones de esto es que los principios son concreciones de la libertad como *principium* y deben usarse para justificar la sustitución de una concepción *sobre* la libertad por una concepción *de* la libertad. Por lo que, los cuatro principios tienen el mismo “peso” y satisfacen los mismos presupuestos. Se puede decir que tienen la misma vocación: deben respetarse para que se justifiquen las limitaciones externas que supone la incorporación de una norma jurídica.

El autor belga argumenta que el respeto a los principios de la jurisprudencia no puede ser evaluado como una cuestión de todo o nada; es una cuestión de grados, propio de la racionalidad práctica. Según Wintgens, la racionalidad de los asuntos prácticos no es demostrativa sino argumentativa. La noción de racionalidad práctica constituye un eje nuclear de la propuesta wintgensiana: la argumentación, frente a la demostración, nunca es concluyente²³⁴. Además, una concepción de racionalidad limitada, en oposición a la racionalidad ilimitada, está ceñida por varias condiciones, como la ausencia de información completa, la falta de tiempo, la falta de medios para recopilar más información, etc. En este doble aspecto, es decir, la naturaleza propia de la argumentación y la racionalidad limitada del legislador, la justificación de la legislación-producto se encuentra “abierta”.

En definitiva, Wintgens articula su propuesta teórica de racionalidad legislativa con tres nociones nucleares: i) la noción de contrato social de intercambio (*trade-off*), ii) la noción de libertad como *principium* y iii) la noción de racionalidad práctica, para “concretizar” y dar fundamento a los principios de la jurisprudencia que serán analizados a continuación. Esto son cuatro: el principio de coherencia, alternabilidad, temporalidad y necesidad de la densidad normativa.

²³⁴ Como ha sido analizado en la segunda parte del capítulo, Wintgens se vale de la propuesta de Perelman que defiende una nueva concepción de racionalidad gradual y no binaria que se basa en la aceptación de las conclusiones por medio de la argumentación. Desde esta concepción, la racionalidad no puede tener una rigidez demostrativa como defendía el modelo de racionalidad cartesiana.

3.1.1. El principio de coherencia

El principio de coherencia requiere que las normas emanadas por el legislador “tengan sentido” en su conjunto. Para el efecto, Wintgens propone una visión diferente de la relación entre consistencia y coherencia. La consistencia es un aspecto lógico de un conjunto de proposiciones: significa que se está libre de contradicciones; la coherencia, por su parte, significa que un conjunto de proposiciones “encajan” o “tienen sentido”. Puede decirse que la coherencia y la consistencia son cuestiones de relación²³⁵. Según el autor belga, una forma habitual de articular la relación entre consistencia y coherencia está vinculada a una conexión lógica. Sin embargo, todas las proposiciones de un conjunto pueden ser coherentes de una manera específica sin ser consistentes. La consistencia por su parte requiere “menos” que la coherencia: simplemente equivale a la falta de contradicciones entre las normas jurídicas. Por su parte, la inconsistencia es un fenómeno que puede estar asociado al hecho de que las reglas pertenecientes a un determinado orden jurídico, por lo general, han sido promulgadas en diferentes momentos, bajo diferentes circunstancias y por diversas autoridades normativas. Realizando esta distinción, Wintgens propone una teoría muy particular que pretende “graduar” los niveles de coherencia que será analizada a continuación.

3.1.2. La teoría de los niveles de coherencia

La teoría de niveles de coherencia, Wintgens identifica al menos cuatro niveles de coherencia. Estos niveles son: i) el nivel de coherencia₀ (coherencia interna o sincrónica); ii) el nivel de coherencia₁ (coherencia diacrónica o de reglas); iii) el nivel de coherencia₂ (composibilidad o coherencia del sistema), y finalmente; iv) el nivel de coherencia₃ (coherencia del entorno). Desde el nivel de coherencia₀ hasta el nivel de coherencia₃, la teoría de los niveles de coherencia, permite, según Wintgens, una mayor explicación de la “contextualidad” de la legislación.

3.1.3. Nivel de coherencia₀ o coherencia sincrónica

El nivel de coherencia₀ tiene que ver con la falta de coherencia semántica y sintáctica que hace referencia a la unidad explicable en el texto mismo (Coherencia

²³⁵ Wintgens, L. J. (2012). *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*. Surrey: Ashgate. p. 238.

intratextual)²³⁶. Importa que los enunciados se encadenen añadiendo información nueva, que no presente contradicciones internas y que exista una oportuna ordenación semántica y sintáctica: la coherencia depende de la inteligibilidad. En cuanto a la tarea legislativa, el elemento con pretensión de inteligibilidad son las normas de carácter general. Como es conocido, una norma solo puede formar parte del sistema legal si es válida de acuerdo con las normas del sistema²³⁷. La identidad de una norma, sin embargo, no es sólo cuestión de que se produzca correctamente de acuerdo con las normas de producción de un sistema jurídico: debe satisfacer al mismo tiempo los requisitos semánticos y sintácticos, sin los cuales una norma puede ser formalmente válida pero incoherente por no tener sentido como estándar de conducta o de juicio. Esta incoherencia afecta a la estructura de la norma general en sí misma. Cuando se utiliza la expresión «norma» se la utiliza en tanto que enunciados *semánticamente inconcistentes* (obligatorio ponerle cadena al perro y no ponerle cadena al perro) o enunciados semánticamente ininteligibles (obligatorio perro con cadena).

La coherencia₀, por tanto, es para cualquier forma de discurso una condición necesaria para su solidez o para que tenga sentido en sí mismo. Lo que determina las partes elementales de un discurso y el nivel de coherencia₀ es el principio lógico de identidad, puesto que tiene ver con la identidad de las entidades individuales del sistema. Una entidad individual no puede ser contradictoria de acuerdo al principio de identidad.

Así, la coherencia₀ es un requisito para cualquiera de las unidades elementales de un sistema, ya sea estático o dinámico. De hecho, la ausencia de contradicciones como requisito de coherencia a nivel de coherencia₀ permite concebir un sistema jurídico como un cúmulo de unidades válidas no contradictorias, sin otra relación relevante que la de su validez jurídica.

3.1.4. Nivel de coherencia₁ o coherencia diacrónica

²³⁶ Este nivel de coherencia está relacionado a la formulación de otras propuestas como la racionalidad comunicativa o lingüística que ha sido desarrollada por Manuel Atienza. Para el autor español la racionalidad lingüística consiste en la capacidad del redactor de los textos legislativos para transmitir cierto tipo de información a través de una serie de enunciados lingüísticos organizados a partir de un código común y de los canales que aseguran la transmisión de los mensajes. Desde esta óptica, el sistema jurídico es visto esencialmente como un sistema de información. Véase en, Atienza, M. (1997). *Contribución para una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas.

²³⁷ Guastini, R. (1999). *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa. pp. 311-312.

Para explicar este nivel de coherencia, Wintgens parte de una apreciación muy particular: la decisión judicial es una concreción de una norma legislativa general. Este presupuesto muestra que la sucesión de las unidades elementales o decisiones judiciales, están sometidas a las normas de “trato justo” o de justicia formal que requiere una aplicación igual de la norma general a casos esencialmente similares. La justicia formal, o principio de igualdad formal, se refiere al trato justo y refleja la regla característica del derecho según Wintgens. Esto se entiende por coherencia diacrónica, también llamada continuidad horizontal. Desde esta óptica, el cambio de normas por parte del poder judicial equivale a una usurpación del poder legislativo y por tanto una violación al principio de separación de poderes²³⁸.

En efecto, el nivel de coherencia₁ o coherencia diacrónica está relacionada con la pura justicia formal. Así, la disminución del grado de coherencia₁ a través de enmiendas legislativas cuando el legislador se involucra en dirigir la legislación a su vez crea una expectativa de injusticia formal, ya que frustra las expectativas legítimas y, por lo tanto, puede contrariar el trato justo²³⁹. En el contexto del nivel de coherencia₁, la perspectiva legislativa respalda la idea de que cualquier cambio normativo tiene un aspecto, por leve que sea, de retroactividad. Esto es evidente cuando la retroactividad es clara, v.g. una ley tributaria retroactiva. Por otra parte, la retroactividad menos manifiesta o “implícita” está implicada en el cambio de normas que involucran una injusticia formal. El resultado de la injusticia *prima facie* de cualquier cambio de norma es que el legislador tiene el deber de proporcionar argumentos en el nivel de coherencia₁ que lo superen (argumentos pragmáticos, cambio de circunstancias, etc.).

3.1.5. El nivel de coherencia₂: coherencia y composibilidad del sistema

El nivel de coherencia₂, desde la perspectiva del legislador, requiere que se tome en consideración el carácter sistemático del ordenamiento jurídico en su conjunto. Este tipo de coherencia según Wintgens, está asociada a la etiqueta “legislación sistemática” puesto que las normas legalmente válidas que satisfacen los requisitos de coherencia₀ y coherencia₁ pueden no tener sentido en el nivel de coherencia₂ por no ser “composibles”,

²³⁸ Wintgens, L. J. (2012). *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*. Surrey: Ashgate. p. 244.

²³⁹ Campbell, T. D. (1973). *Formal Justice and Rule-Change*. *Analysis*, 33(4), 113-118. p. 116.

tirando en diferentes direcciones, anulan el efecto del otro; seguir ambas normas supondrá un efecto (prácticamente) nulo.

Así, la composibilidad significa según el autor belga, “lo que es posible juntos”. A diferencia de la coherencia₀, la coherencia₂ como composibilidad es un requisito que se busca en conjunto. Si la coherencia en grado₀ es universal y abstracta, sin determinar qué se debe hacer en concreto, la coherencia₂ o composibilidad, es una formulación más general que implica la viabilidad de las elecciones con relación a otras normas.

Bajo la coherencia₂, o coherencia del sistema, las normas deben ser composibles en la etapa operativa, en el sentido de que deben respetar el efecto de las demás: reconstruir el telos de las normas o combinar las normas en diferentes sentidos es un rasgo característico de la argumentación del nivel de coherencia₂. Este tipo de interpretación sistemática implica un examen hipotético a realizar: una norma debe ser leída a luz de otras normas del sistema. Según Wintgens, de acuerdo con esa afirmación, todas las decisiones judiciales se basan en una interpretación sistemática, en el sentido de que cualquier decisión involucra *-idealiter-* a todo el sistema legal. Los jueces que interpretan estas normas de manera sistemática argumentan sobre el nivel de coherencia₂: la interpretación sistemática en este caso supera la argumentación en el nivel de coherencia₁ que según Wintgens favorece la aplicación de normas “lineales”.

Wintgens está consciente de que el fundamento que legitima el uso de la interpretación sistemática es el supuesto de fondo de una intención unificadora por parte del legislador. Este supuesto de fondo se denomina comúnmente presunción de racionalidad del legislador. Sobre esta presunción, se considera que el legislador actuó de manera racional a lo largo de toda su actividad legislativa.

3.1.6. El nivel de coherencia₃ o coherencia incustada y dependencia de la ideología

Finalmente, el nivel de coherencia₃ se refiere al hecho de que un sistema jurídico depende de ideologías que no son derecho en sí mismas, pero a las que los legisladores deben referirse para justificar sus normas. Este nivel de coherencia, típicamente, se refiere a teorías como el carácter rector de las normas, la separación de poderes y otras, todas las cuales, según argumenta Wintgens, se refieren a la libertad como *principium*. En este

sentido, el nivel de coherencia₃ tiene un impacto discursivo en los otros niveles de coherencia, así como en los otros tres principios de legisprudencia²⁴⁰.

3.1.7. Consideraciones sobre los principios de coherencia wintgensiano

Los principio de coherencia wintgensiano presuponen una teoría de la interpretación de disposiciones legales conocida como *sentence-meaning theory* que principalmente sostiene que: i) las leyes son conjuntos de disposiciones asociadas a los enunciados de un lenguaje natural que procuran expresar normas en sentido amplio; ii) los enunciados son las unidades mínimas de toda la comunicación lingüística, siendo los objetos básicos de la interpretación; iii) para interpretar el enunciado descriptivo o la cláusula proposicional correspondiente, no hace falta ninguna habilidad especial²⁴¹.

Implícitamente Wintgens sostiene que con miras a interpretar un enunciado normativo, entendido como, una disposición que procura expresar una norma, regla, mandato, orden u otro estándar de conducta, se debe tomar bajo consideración e interpretar “bien” el enunciado descriptivo correspondiente o la cláusula proposicional correspondiente, siendo la actividad interpretativa en sentido amplio, una actividad de conocimiento. Resulta entonces a lo menos extraño cómo el principio de coherencia que responde a la crítica del “legalismo fuerte”, paradójicamente termina abrazando sus presupuestos teóricos, pues la concepción que tiene Wintgens de la relación norma -en sentido amplio- y su significado es defendida por el legalismo fuerte, tal como Wintgens lo ha presentado en sus trabajos.

3.2. El principio de alternabilidad

Según Wintgens, la idea para explicar el principio de alternabilidad (PA) es la siguiente: si consideramos a los sujetos sociales como inicialmente libres y capaces de organizar racionalmente su libertad en un contexto con otros, de ello se deduce que deben actuar principalmente *sobre* conceptos de libertad. La sustitución de una concepción *sobre* la libertad por concepciones *de* la libertad solo puede ser legítima si está justificada como una alternativa para la interacción social fallida.

²⁴⁰ Wintgens, L. J. (2012). *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*. Surrey: Ashgate. p. 252.

²⁴¹ Chiassoni, P. (2019). *El problema del significado jurídico*. Ciudad de México: Fontamara. pp. 76-77.

Al igual que el principio de coherencia, el principio de alternabilidad es una concreción de la libertad como *principium* en el sentido de que requiere que se justifique una limitación externa como alternativa ante el fracaso de la interacción social. Este principio se enmarca en el modelo de compensación (*trade-off*) que requiere que se justifique cualquier limitación de la libertad. Opera en el plano argumentativo justificando por qué una limitación externa de la libertad es preferible a la no limitación. Según el autor belga, se pueden distinguir dos aspectos importantes de este principio. El primer aspecto es de carácter ideológico: concibe la libertad como un *principium*, en el sentido de que solo las limitaciones externas que pueden justificarse como alternativas para la interacción social fallida pueden considerarse legítimas. El segundo aspecto tiene que ver con su carácter ético. Me explico.

Comencemos con el primer aspecto. El modelo de contrato social de compensación (*trade-off*) presupuesto necesario de los principios de la jurisprudencia, en contraste con el modelo *proxy*, requiere una justificación para cada limitación de la libertad, es decir, una justificación para una concepción *sobre* la libertad que es preferible a cualquier concepción alternativa de la libertad. Por tanto, además de la justificación del contenido de la limitación de la libertad, debe ofrecerse una justificación de por qué una limitación de la libertad en una concepción *sobre* la libertad es preferible a ninguna limitación de este tipo. Dicho de otra manera, la intervención del legislador debe estar justificada, ya que no existe una justificación *a priori* para ella en el modelo de compensación.

El segundo aspecto de carácter ético, versa sobre la creencia según la cual, la interacción social es la ausencia de limitaciones externas que puede representarse como una posición “horizontal” donde los sujetos son libres de cualquier limitación externa del soberano: los sujetos tienen derecho a actuar libremente de acuerdo con la libertad como *principium*, es decir, a actuar *sobre* concepciones de libertad. En contraste, las condiciones de creciente interacción “vertical” están basadas en derechos y deberes que reemplazan cada vez más a la interacción “horizontal”. En consecuencia cuantas más normas jurídicas existan, más interacción vertical reemplaza la interacción horizontal. Por lo que cualquier regla o limitación externa de la libertad corre el riesgo de alterar este rasgo horizontal de interacción: cuantas más limitaciones externas emita la autoridad legislativa, mayor es el riesgo de que esto ocurra y mayor es el riesgo para la libertad del sujeto.

3.3. El principio de temporalidad

En palabras sencillas, el principio de temporalidad (PT) prescribe a los legisladores el deber de argumentar por qué una norma o limitación externa es necesaria al momento “*all things considered now*” (ATCN). La cláusula ATCN indica en otras palabras, que es el momento “adecuado” para emitir una norma. En este sentido, según el principio de temporalidad, el legislador tiene que argumentar por qué actúa en un momento determinado. Según Wintgens, el tiempo es un aspecto esencial de la coherencia, puesto que los sistemas legales son dinámicos en el sentido de que cambian con el tiempo. Esto según el autor belga afecta la coherencia intrínseca del sistema. Por consiguiente, las normas pueden volverse obsoletas, como se puede apreciar con frecuencia²⁴². La obsolescencia no es más que la indicación de la influencia de la época en que se promulgó la legislación. Esta se puede considerar desde dos perspectivas.

La primera perspectiva estriba en que las normas jurídicas obsoletas pueden basarse en distinciones que ATCN son arbitrarias o discriminatorias. Por ejemplo, la distinción entre personas permitida en el momento en que se emitió una norma puede, después de un lapso de tiempo, convertirse en discriminación. Una distinción es arbitraria y discriminatoria en la medida en que no puede dar una justificación racional que la respalde. Desde este ángulo, las normas obsoletas pueden ser impugnadas con éxito en los tribunales en la medida en que violen los requisitos de igualdad. Así, la temporalidad de las normas se hace visible dentro de un sistema jurídico por la luz que le arroja el principio de igualdad.

La segunda perspectiva relacionada con la obsolescencia es que las normas emitidas en un momento y debidamente justificadas o legitimadas según el principio de temporalidad bajo la formulación “*all things considered now*” pueden perder su legitimidad con el tiempo. En ese contexto, el principio de temporalidad en combinación con el principio de coherencia requiere que el legislador vuelva a considerar la cláusula “*all things considered now*”. Puede darse el caso de que una norma ya no esté justificada a razón del principio de coherencia, por lo que se requiere una nueva acción legislativa. Las circunstancias cambiantes pueden requerir que se modifique una norma o, por el contrario, se mantenga con el tiempo. Hablando de manera más general, el principio de

²⁴² Calabresi, G. (1982). *A Common Law for the Age of Statutes*. Harvard University Press. p. 5.

temporalidad requiere que las normas se justifiquen simplemente bajo las condiciones de la ATCN. La justificación en el marco del principio de temporalidad es una justificación permanente, en el sentido de que los legisladores deben ser capaces de defender continuamente sus intervenciones. La segunda perspectiva es de particular importancia, ya que destaca el hecho de que la justificación de las limitaciones externas no se limita al momento de su promulgación por su carácter histórico: se requiere una justificación continua debido a la información limitada del legislador sobre el futuro.

Por otra parte, la justificación continua de las normas vigentes está directamente relacionada con el modelo de contrato social de compensación (*trade-off*) cuyo deber de legitimación se mantiene en el tiempo. En consecuencia, la legitimidad de una norma es solo “*all things considered now*” temporal.

3.5. El principio de necesidad de la densidad normativa

En palabras sencillas el principio de necesidad de densidad normativa (PNDN) se puede expresar de la siguiente manera: si una limitación externa resulta justificada según el principio de alternabilidad, bajo el principio de necesidad de la densidad normativa el legislador debe justificar la “necesaria” densidad normativa de la limitación externa²⁴³. De hecho, mientras el principio de alternancia predica sobre si intervenir o no, el PNDN predica sobre el impacto normativo de las limitaciones externas. Esto consiste según Wintgens, en el “peso normativo” que el legislador establecerá en la que va a producir. En definitiva, la justificación del peso normativo o densidad normativa es de lo que trata el principio de densidad normativa. Dos explicaciones son pertinentes al respecto.

En primer lugar, se debe considerar cómo está conectado el PNDN con el modelo de contrato social de compensación (*trade-off*). Tomando la libertad como un *principium*, según el modelo de compensación, cualquier limitación externa debe justificarse y no debe ser preferible a ninguna limitación externa. El PNDN se pregunta principalmente: i) por qué es necesaria; ii) qué tan necesaria; y iii) cuál es el grado aceptado de la densidad normativa de una limitación externa.

De hecho, si bajo el principio de alternancia, la concretización de la libertad resulta tener más sentido, o incluso ser la única posibilidad, esto no significa que la

²⁴³ Wintgens, L. J. (2012). *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*. Surrey: Ashgate. p. 271.

concepción *sobre* la libertad deba reducir la posibilidades de acción que se reduce a seguir o no la regla. Para explicar esto Wintgens parte del hecho de que la limitación de la libertad sirve a un objetivo o propósito: este modesto propósito general de un sistema legal, como lo subraya repetidamente, es la libertad como *principium*. Las sanciones impiden que los sujetos actúen, aunque sea temporalmente, sobre concepciones *de* libertad, excluyendo cualquier forma alternativa de “concretizar” la libertad. La concretización de la libertad es una limitación externa que excluye la acción sobre una concepción *de* la libertad.

En segundo lugar, si la acción requerida no se realiza libremente, se produce una segunda reducción de la libertad. Esta segunda reducción es a una reducción temporal (prisión) o material (dinero) del carácter reflexivo de la libertad. La primera limitación puede justificarse en el marco del principio de alternabilidad, mientras que la segunda no. Sin embargo, esta segunda limitación debe justificarse por separado, como lo requiere el modelo de compensación. En consecuencia, se necesita un segundo principio para justificar la segunda reducción de libertad incluida en la limitación externa. La exigencia de esta última justificación es la razón de ser del PNDN.

En relación con la conexión entre norma y sanción se puede decir lo siguiente: si se toma en serio la libertad como *principium*, como lo hace el modelo de contrato social por compensación, se debe abandonar la conexión necesaria entre norma y sanción, y en ese contexto no tendría sentido formular el principio de necesidad de la densidad normativa, ya que lo que se incluye en la idea que conecta conceptualmente las limitaciones externas con las sanciones es que no hay otro medio de realizar el fin, la meta o el valor contenido en la concepción *sobre* la libertad expresada por limitaciones externas específicas²⁴⁴. Solo sería posible justificar una limitación externa en los términos del principio de alternabilidad.

Por su parte, si la relación entre una limitación externa de la libertad entendida como una norma jurídica y su sanción no es necesaria sino contingente, esto nos lleva a formular el principio de necesidad de la densidad normativa. Así, la libertad como

²⁴⁴ Teorías imperativistas como la de Austin. Según Austin, las normas son mandatos, es decir, la expresión de los deseos humanos encaminados a guiar la conducta de los demás mediante la amenaza de una sanción. Si se entienden como mandatos, las normas tienen un origen psicológico: son la expresión de actitudes subjetivas dotadas de un contenido normativo, es decir, estas actitudes consisten en la pretensión de dirigir la conducta ajena. Véase en Austin, J. (1954). *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*. London: Weidenfeld and Nicolson.

principium, tal como opera bajo el modelo de compensación, requiere que la meta, el fin o el valor que la limitación externa pretende realizar implique el menor impacto posible sobre la libertad misma. Por lo tanto, al operar una doble reducción de la libertad, las normas con sanciones deben usarse con cautela. Es decir, no deben prohibirse por completo en el discurso regulativo.

Se puede decir que si bajo el principio de alternabilidad, las limitaciones externas deben justificarse sobre la base de que las concepciones *sobre* la libertad son sustituidas por las concepciones *de* la libertad, entonces las sanciones pueden -pero también deben- justificarse para evitar una segunda reducción de la libertad. Bajo el PNDN el impacto o densidad normativa de una limitación externa debe demostrarse como necesario para alcanzar la meta, fin o valor de la norma que pretende ser expedida por el legislador. Desde este punto de vista, ambas limitaciones externas de la libertad deben estar justificada: la limitación que tiene que ver con la medida limitante PA que pretende regular la interacción social, y la limitación que tiene que ver con la sanción de la medida limitante PNDN.

Mientras que el PA requiere una justificación del propósito, el PNDN pide una justificación de los medios para realizarla: las sanciones son solo uno de los posibles medios. Dicho de otra manera, PN, sugiere que se argumente las formas de realizar un propósito, mientras que el PA se ocupa de la determinación de ese propósito. La sugerencia implica es que los medios y los fines están separados, no son sino aspectos distintos del presupuesto de “concretización” de la libertad.

Supongamos que el propósito está justificado bajo el principio de alternabilidad; esta justificación no significa, sin embargo, que la elección de la limitación máxima de la libertad, es decir, una sanción, esté justificada. El requisito de justificación de esta última opción es la esencia de la principio de necesidad de la densidad normativa wintgensiano.

Del respeto del presupuesto de libertad como *principium*, se sigue que los medios con el menor impacto sobre la libertad son preferibles a cualquier otro. La preferencia debe estar justificada, en el sentido de que todas las alternativas con un impacto normativo menor deben “discutirse”. Teniendo en cuenta la disponibilidad de alternativas, la limitación externa con el impacto normativo más bajo o el peso normativo más débil, en comparación con una sanción que tiene el impacto normativo más fuerte posible, debe preferirse según el PNDN.

Hasta aquí podemos concluir que la propuesta de Wintgens de cómo debe guiarse una legislación racional es *normativa*. Consta de 3 principales elementos: las concepciones de libertad que Wintgens adopta para fundamentar los principios de la jurisprudencia; la concepción de racionalidad que está presupuesta en los principios de la jurisprudencia; y, la concretización de los principios de la jurisprudencia.

Las secciones de este capítulo han esbozado los contornos de la jurisprudencia como teoría normativa de la legislación racional. Se ha argumentado que la legislación se basa sobre principios según los cuales las normas impuestas desde el “exterior” deben ser justificadas. Al respecto, se identificaron cuatro principios. Estos principios operan como concreciones de la libertad como *principium*.

Por su parte, en lo que tiene que ver con la libertad como *principium* se ha argumentado que: 1) en ausencia de cualquier limitación racional y normativa sobre la libertad, el agente es libre; 2) la extensión de la libertad (en sentido prepolítico) es indeterminada; 3) es bajo la extensión ilimitada de la libertad que todos somos igualmente libres; 4) la igualdad es la primera dimensión normativa de la libertad, en cuanto que nadie tiene derecho a limitar la libertad de otro sin su consentimiento; 4) el consentimiento se refiere a la limitación de la libertad del “yo” o a la “naturaleza reflexiva de la libertad”, por tanto la libertad solo puede ser limitada por un sujeto libre; 6) la reflexividad o autonomía, es por tanto, la segunda dimensión normativa de la libertad. Cualquier otra limitación equivale a una dominación que viola la igualdad.

De allí se colige que el concepto de racionalidad que Wintgens propone para una teoría de la racionalidad legislativa es el de *razonabilidad*, entendida como un proceso de justificación de las normas legislativas. Una norma es razonable cuando está suficientemente justificada; es irrazonable cuando no lo es. La “razonabilidad” no es algo que falte o no; es una cuestión de grado que sólo puede evaluarse negativamente en términos de “deficiencia”. Sin embargo, la falta de justificación hace que una norma sea irrazonable, no en sí misma, sino porque el proceso de creación de leyes es defectuoso.

Capítulo III

La racionalidad legislativa en la teoría del empujón de Thaler y Sunstein

Prefacio

El tema central de este capítulo es la teoría del empujón (*nudge theory*) de Thaler y Sunstein. La pregunta a la que pretende responder es ¿qué concepción de la racionalidad legislativa (si la tienen) adoptan y cual es el papel que juega en su teoría? Con este objetivo, el trabajo se articulará en tres partes. La primera parte reconstruirá las ideas principales de la teoría del empujón y las someterá a una labor de claridad terminológica del término *nudge* (empujón). La segunda parte abordará los presupuestos teóricos del paternalismo libertario como justificación para la implementación de las medidas *nudge* y mostrará algunas críticas. También pretende realizar una labor de clarificación terminológica sobre el vocablo «paternalismo libertario». La tercera parte explicará las principales tesis del modelo de racionalidad del *homo economicus*.

1. Una reconstrucción de las tesis principales de la teoría del empujón

En este apartado me propongo reconstruir las tesis principales de la teoría del empujón, contestando a las preguntas siguientes: ¿qué relación tienen las ciencias comportamentales con la teoría del empujón? ¿cuáles serían posibles acepciones de la definición de *nudge*? ¿cuál es la extensión del término «heurística» dentro de la teoría del empujón? ¿cuáles son las principales tesis de las teorías del razonamiento dual y cuales son sus principales críticas? Las cuestiones serán abordadas en subapartados. En el primero se analizará el estatus epistémico de las ciencias comportamentales para entender el marco teórico al cual se adscribe la teoría del empujón. El segundo realizará una labor de desambiguación del significado del término «*nudge*» puesto a que es patente de ambigüedad semántica. El tercero explicará qué se entiende por heurística y sesgos dentro del modelo del hombre empujado. El cuarto analizará los problemas en torno a las teorías del proceso dual del razonamiento.

1.1. El estatus epistémico de las ciencias comportamentales en la teoría económica

Como se sabe, *nudge* (empujón) no es un concepto nuevo, sino el legado de una larga tradición en el pensamiento económico para la cual la economía debe tener correspondencia con las prácticas de las relaciones sociales. En consonancia, se dice que las ciencias comportamentales deben ser «positivas²⁴⁵». Para iniciar nuestro análisis, hay que precisar el rótulo «positivo». Podría decirse que, en la economía del comportamiento, la utilización de este adjetivo inició en un primer artículo sobre economía del comportamiento publicado en 1980 en donde Thaler afirma que la teoría económica del consumidor es una combinación de teorías “positivas o descriptivas” y “normativas²⁴⁶”.

Es importante destacar que la teoría económica ha exhibido desde temprana edad el dilema descriptivo/normativo. Por ejemplo, John Neville Keynes, padre de John Maynard, quien en un libro publicado en 1891 distingue tres enfoques de la economía: i) una ciencia positiva (léase descriptiva) acerca de “lo que es”; ii) una ciencia normativa acerca de criterios de “lo que debe ser”; iii) un “arte” o conjunto de reglas para la obtención de determinados fines. Keynes concluye que sobre estos tres enfoques existe confusión y subraya la necesidad de reconocer claramente una ciencia económica descriptiva. Esta distinción es desarrollada en autores como Milton Friedman cuando analiza las bases de la economía “positiva”.

Son teorías *positivas* (o descriptivas) porque intentan *describir* la realidad pretendiendo decir cómo se comporta el mundo en ciertas condiciones. Además, pretenden tener un carácter *general* expresando una ley general que se aplica a todos los casos que cumplen las mismas condiciones. De esta forma, las teorías positivas o descriptivas, pretenden predecir cuál sería el comportamiento de la porción del mundo a la cual se aplica, en condiciones y tiempos determinados²⁴⁷. Así por ejemplo, la teoría de la utilidad en clave descriptiva, nos dirá los niveles, grados, sujetos y situaciones que la utilidad adoptará a través del tiempo a partir de ciertas condiciones iniciales en cierto momento inicial.

²⁴⁵ Caplin, A., & Schotter, A. (Eds.). (2017). *The Foundations of Positive and Normative Economics: A Hand Book*. Oxford: Oxford University Press; Cserne, P. (2017). Behavioural Law and Economics as Litmus Test. *Economia. History/Methodology / Philosophy*, 7. 3. pp. 305–329.

²⁴⁶ Thaler, R. (1980) Toward a positive theory of consumer choice. *Journal of Economic Behavior and Organization*, 1, 39-60.

²⁴⁷ Hempel, C. G. (1988). *La explicación científica. Estudios sobre la filosofía de la ciencia*. Paidós, Barcelona.

Por su parte, también algunas corrientes son de carácter *normativo* puesto que, ya no pretenden describir la realidad, sino *modificarla* a través de cambios en el comportamiento humano, más precisamente, en las relaciones económicas²⁴⁸. En la literatura económica, una teoría es normativa cuando deriva de axiomas que *a priori* aparecen como *razonables*, acerca del comportamiento humano, existiendo una especie de acuerdo tácito por el cual ciertas pautas de conducta o de creencia son razonables y *deberían* ser aceptadas, bajo la forma de axiomas²⁴⁹.

Si bien es cierto que en general, los economistas tienden a estar de acuerdo que su disciplina sea a nivel micro o macro es descriptiva, utilizan frecuentemente ambos modelos (el descriptivo y el normativo) sin advertir la diferencia. En este escenario el “éxito” de estas teorías se consagrará en situaciones donde coinciden el ámbito “positivo o de descripción” con el ámbito “normativo o de prescripción”. Así, según von Mises la economía es *descriptiva* en cuanto descripción de leyes “naturales” del mercado, pero es *normativa* en cuanto a suministrar reglas para alcanzar fines libres adoptados por el individuo²⁵⁰. Este tipo de racionamiento instrumental le da el carácter normativo a las ciencias económicas.

Por ejemplo, el modelo de maximización racional muy utilizado en la teoría económica neoclásica, *prescribe* cómo *deben elegir* los consumidores, pero se supone que también *describe cómo eligen*. De hecho, las principales críticas de Thaler a las teorías neoclásicas, afirmaban que en determinadas situaciones bien definidas, muchos consumidores actúan de forma “incompatible” con la teoría económica tradicional. En estas situaciones, la teoría económica cometería “errores sistemáticos” al predecir el comportamiento.

Partiendo del análisis descriptivo de las relaciones económicas, las teorías del comportamiento pretenden describir cómo los individuos eligen entre alternativas probabilísticas en las que hay riesgo y se desconoce la probabilidad de diferentes resultados. Este tipo de teorías son etiquetadas como con el rótulo «*prospect theory*». Esta teoría fue formulada en 1979 y desarrollada en 1992 por Amos Tversky y Daniel

²⁴⁸ Sunstein, C. R. (2019). El ascenso de la economía del comportamiento: Misbehaving, de Richard Thaler. *Revista de economía institucional*, 21(41), 5-20.

²⁴⁹ Este es el sentido de “normativo” que emplean autores comportamentales como Tversky y Kahneman: siguiendo el método científico clásico, se apresuran a postular una hipótesis sobre el “sentido común” o sobre preconcepciones o prejuicios o esquemas teóricos previos, verificarlas y descubrir que esas hipótesis no eran confirmadas por sus experimentos. Véase, Tversky, A. & Kahneman, D. 1986. Rational Choice and the Framing of Decisions. *Journal of Business*. pp. 251-278.

²⁵⁰ Véase, Von Mises, L. (1967). *La Acción Humana: Tratado de Economía*. Sopena: Madrid.

Kahneman, y tiene como propósito considerar los aspectos psicológicos sobre cómo se toman las decisiones en comparación con la teoría de la utilidad esperada (*expected utility theory*). Con este breve antecedente de cómo surgió la teoría del empujón (*nudge*) en el pensamiento económico tradicional, afrontaré los problemas relativos a la extensión del término.

1.2. *Nudge*: una definición imprecisa

Es indudable que el término *nudge* (empujón) es patente de ambigüedad semántica: basta leer de manera diagonal toda la literatura que sobre el *nudge* se ha esgrimido hasta el momento, a partir de la publicación de Thaler y Sunstein en 2008. En general, a los usos del término le son adscritos múltiples, diversos y hasta contradictorios significados. Esto obedece a la oscuridad del término puesto que denota varios fenómenos, posiblemente relacionados, pero no necesariamente implicados entre sí. Por ejemplo, en algunas ocasiones el término *nudge* se utiliza para hacer alusión a una *técnica* es decir, a un método particular de realizar una actividad, generalmente un método que involucra habilidades prácticas, de diseño de políticas públicas, y otras veces, se lo adscribe a una *ideología* que promueve mejoras en la legislación a través de ideas y concepciones del bien y el bienestar en el diseño de las políticas públicas.

Nótese que el término *nudge* como técnica, no se compromete con ninguna evaluación sustantiva sobre los valores del bien y del bienestar colectivo, más bien, serían *procedimientos* a emplear para alcanzar ciertos objetivos, a diferencia de una concepción sobre el *nudge* puramente ideológica y comprometida con valores últimos del bien y el bienestar en la implementación de las políticas públicas. En este sentido el *nudge-ideología* (con contenido sustantivo del bien) es ideología que favorece el uso del *nudge-técnica* (serie de pasos instrumentales que son utilizados por las ciencias comportamentales). Con esta distinción en mente, veamos qué dicen sus principales defensores.

La teoría del empujón (*nudge theory*²⁵¹) -adscrita según la diferencia *et supra* con un contenido *ideológico*- se presenta como una herramienta para promover objetivos

²⁵¹ El término «*nudge*» fue acuñado por Richard Thaler y Cass Sunstein: ha sido presentado por ellos en numerosos artículos y en dos libros. El primer libro, de Thaler y Sunstein conjuntamente, se publicó en 2008 y se llama *Nudge*. Véase, Thaler, R. H., & Sunstein, C. R. (2008). *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven: Yale University Press. Posteriormente, Cass Sunstein escribe

regulatorios, caracterizada por ser mínimamente onerosa, de bajo costo y que preserva las opciones. Según sus defensores, se diferencia de las formas típicas de intentar cambiar el comportamiento, como la persuasión racional, la coerción, el ajuste de incentivos financieros y prohibiciones.

Inspirándose en el «paternalismo libertario²⁵²» la teoría sugiere que los formuladores de políticas, al explotar algunos patrones de irracionalidad, a menudo llamados «sesgos cognitivos», pueden conducir a los ciudadanos a tomar decisiones positivas como individuos dentro de la sociedad, mientras preservan la «elección individual».

Un *nudge*, según Sunstein y Thaler, es “*cualquier aspecto de la arquitectura de elección (choice architecture) que altera el comportamiento de las personas de una manera predecible sin prohibir ninguna opción o cambiar significativamente sus incentivos económicos. Para que cuente como un simple empujón, la intervención debe ser fácil y barata de evitar*²⁵³. Actuando como «arquitectos de elección» los responsables de la formulación de políticas organizan contexto, proceso y entorno en el que los individuos toman decisiones. Si bien el *nudge* incorpora varios hallazgos de la investigación del comportamiento, aparece también una mera técnica para la elaboración de reglas informadas sobre el comportamiento. Colectivamente, este conjunto de herramientas regulatorias a menudo se diseña como bien informadas en aspectos empíricos. Consiste principalmente en (i) requisitos de divulgación, (ii) reglas por defecto y (iii) simplificación.

Estas herramientas, parten del supuesto de «racionalidad limitada²⁵⁴» de los agentes destinatarios de las medidas *nudge*. Así, las limitaciones como las capacidades cognitivas, la dificultad del problema y el tiempo disponible para tomar una decisión podrían superarse si los arquitectos de elección “empujan” a los destinatarios hacia opciones beneficiosas²⁵⁵.

de manera autónoma un segundo libro titulado: Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism; véase, Sunstein, C. (2014) Why Nudge: The Politics of Libertarian Paternalism, New Haven/London: Yale University Press.

²⁵² Sobre las propiedades de este vocablo versará el epígrafe 2.

²⁵³ Thaler, R. H., & Sunstein, C. R. (2008). *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven: Yale University Press. p. 6.

²⁵⁴ Véase, Simon, H. A. (1997). *Models of Bounded Rationality* (Vol. 3). Cambridge: The MIT press.

²⁵⁵ La noción de «arquitectura de elección» fue tomada del libro de 1990 del científico cognitivo e investigador de diseño Donald Norman; véase, Norman, D.A. (1990). *The design of everyday things*. New York: Doubleday.

La primera crítica a los defensores de la arquitectura de elección es *ética*: al diseñar opciones para superar los sesgos en la toma de decisiones, los arquitectos de elecciones solo pueden hacerlo imponiendo costos a la agencia, como limitar las opciones, pese a que los sujetos son “libres” de elegir entre las opciones que se les presentan, el diseño decisional original de las opciones es dirigido²⁵⁶.

La segunda crítica es de carácter *epistémico*. Si la toma de decisiones individuales tiene una racionalidad limitada (*bounded rationality*) entonces los arquitectos de elección (gobiernos, parlamentos, y diseñadores de políticas públicas en general) también compuestos de individuos acarrean este “vicio”. Es más, si se sostiene que dichas instituciones poseen una base de recursos superiores que conlleva a un nivel más alto de “racionalización” de opciones en términos de conocimiento, la crítica hacia los sujetos individuales que conforman esta comunidad epistémica persiste²⁵⁷. Con ello, el principal objetivo de los arquitectos de decisiones en clave de *nudge ideológico*, se derrumba, cual es: “*improving decisions about health, wealth and happiness*” (mejorar las decisiones sobre salud, riqueza y felicidad).

La defensa de Thaler y Sunstein es que la posición anti-arquitectura de elección es literalmente imposible, porque los sujetos están fatalmente influenciados por el contexto de toma de decisiones de todos modos: los decisores están fatalmente condenados a tomar decisiones en un contexto que influye determinantemente en la decisión.

1.3. Heurística y sesgos dentro del modelo del hombre empujado

Daniel Kahneman y Amos Twersky colaboraron en una investigación pionera que analizó cómo las personas forman juicios cuando no están seguras de los hechos. En su artículo publicado en la revista *Science* en 1974, revelaron que: i) los sujetos tienden a confiar en la heurística y los sesgos cognitivos para reducir el esfuerzo cognitivo y que ii) estos atajos mentales tienden a conducir a resultados subóptimos. En particular, documentaron errores sistemáticos en el pensamiento de los sujetos, identificando sesgos

²⁵⁶ Selinger, E., & White, K. (2011). Is there a right way to nudge? The practice and ethics of choice architecture. *Sociology Compass*, 5(10), 923-935.

²⁵⁷ Esto se conoce como “*rationality paradox*” (paradoja de la racionalidad) véase Lodge, M., & Wegrich, K. (2016). The rationality paradox of nudge: Rational tools of government in a world of bounded rationality. *Law & Policy*, 38(3), 250-267.

cognitivos y atribuyeron estos errores al diseño de la “maquinaria de cognición” en lugar de la corrupción del pensamiento por la emoción²⁵⁸.

Estos estudios son propios de la psicología comportamental que ha introducido un tema de muchas aristas: las llamadas teorías del sistema dual (*dual-system*). Estas teorías conforman una familia de teorías dentro de los estudios sobre psicología cognitiva del razonamiento que busca superar un debate entre dos proyectos teóricos que intentan explicar el razonamiento humano.

Uno de esos proyectos teóricos ha sido enarbolado por la tradición *heurística*. La tradición *heurística* ha sido encabezada por Daniel Kahneman demostrando que los seres humanos son “irracionales”. La idea central es que el razonamiento humano es llevado a cabo a través de heurísticas que conducen a errores sistemáticos y severos de razonamiento. Por ello, comúnmente se considera que la tradición de heurística y sesgo ofrece una visión que puede ser considerada *pesimista* de la racionalidad humana²⁵⁹. Dentro de los “laboratorios psicológicos” donde se evalúan las habilidades cognitivas de los seres humanos, estos parecen cometer errores sistemáticos de razonamiento. Según autores como Kahneman en lugar de que los individuos se comporten como «sujetos racionales», la creciente evidencia empírica de la psicología cognitiva muestra que la racionalidad de los individuos a menudo está “limitada”, lo que significa que los individuos están influenciados en su toma de decisiones económicas por emociones y distracciones²⁶⁰. En la literatura sobre *nudge*, este fenómeno se lo conoce como «heurística» o los errores denominados “sesgos cognitivos” (*biases*). Estos serían sistemáticos puesto que llevarían a decisiones que se desvían de lo que sugerirían la “lógica” o la “probabilidad”.

Por su parte, la tradición *evolucionista* de la psicología, donde los descubrimientos de la biología evolutiva son usados en la formulación de hipótesis psicológicas, ha puesto

²⁵⁸ Kahneman, D. & Tversky, A. (1974). Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*. New Series. Vol. 185 No. 4157. pp. 1124-1131. Entre los sesgos cognitivos más comunes encontramos: *framing*; *availability heuristics*; *probability neglect*; *confirmation bias*; *loss aversion*; *the sunk-cost fallacy*; *status quo bias*; *optimism bias*; *omission bias*.

²⁵⁹ Piattelli-Palmarini, M. (1994). *Inevitable Illusions: How Mistakes of Reason Rules our Mind*. New York: Wiley.

²⁶⁰ El trabajo de Amos Tversky y Daniel Kahneman a principios de la década de 1970 fue particularmente influyente en este sentido. Las heurísticas (*heuristics*) son reglas empíricas cognitivas, o técnicas de razonamiento no consideradas como finales y estrictas, sino como provisionales y plausibles, cuyo propósito es descubrir la solución del problema actual. Véase, Gilovich, T., & Griffin, D. (2002). *Introduction – Heuristics and Biases: Then and Now*. pp. 1-18, en T. Gilovich, D. Griffin, & D. Kahneman (Eds.), *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*. Cambridge: Cambridge University Press.

en duda los hallazgos de herísticos²⁶¹. Los evolucionistas han sostenido explícitamente que el razonamiento humano es llevado a cabo por mecanismos modulares producto de la selección natural, los cuales son normativamente “no problemáticos”. Los evolucionistas sostienen que los seres humanos cuentan con herramientas lingüísticas y de representación superiores a cualquier especie sobre la tierra, además la información compartida y su capacidad de creación ha dado lugar a teorías científicas y organizaciones institucionales complejas.

Teniendo en cuenta las diversas teorías que explican el razonamiento humano desde el campo de la ciencia cognitiva, el siguiente epígrafe tratará sobre las teorías duales de los sistemas del razonamiento insertos en la tradición heurística utilizada como presupuesto de la teoría del *nudge*.

1.4. Las teorías del proceso dual del razonamiento

Las teorías del proceso dual son una clase de teorías generales del razonamiento cognitivo que se insertan en los discursos de las ciencias cognitivas. Una de las teorías del proceso dual más difundidas han sido explicadas por Evans y Over en *Rationality and reasoning*²⁶². En esta obra, los autores sostienen que la cognición humana se funda en dos sistemas de razonamiento: uno *implícito* o tácito; y otro *explícito*. El sistema implícito es *innato* y sujeto a restricciones biológicas. El sistema implícito también es responsable de la representación de información y del foco de atención del sujeto cognoscente (proceso de relevancia). La adquisición de ciertas habilidades de razonamiento son automáticas y adquiridas sin ningún esfuerzo. Este sistema de razonamiento, se dice, es compartido con el mundo animal.

Por su parte, el sistema *explícito* es empleado en el razonamiento verbal de los sujetos, en el que conscientemente toman parte y con el que pueden ofrecer una relación verbal. Los sujetos son concientes y hasta cierto punto pueden controlar los procesos explícitos de razonamiento, mientras que no pueden hacer lo mismo con los procesos del sistema implícito. Este sistema constituye un rasgo característico de los seres humanos²⁶³.

²⁶¹ Cosmides, L & Tooby, J. (1992). *Cognitive Adaptations for Social Exchange*. En Barkow, J. Cosmides; L. Tooby, J. (eds.). *The Adapted Mind: Evolutionary Psychology and the Generation of Culture*. New York: Oxford University Press. pp. 163-228.

²⁶² Evans, J. & Over, D. (1996). *Rationality and Reasoning*. Hove: Psychology Press.

²⁶³ Evans, J. & Over, D. (1996). *Rationality and Reasoning*. Hove: Psychology Press. p. 154.

Este sistema provee flexibilidad y previsión del futuro que el sistema implícito no puede proveer.

La teoría dual de Evans y Over distingue dos formas de racionalidad: una manera personal y otra impersonal de la racionalidad. La racionalidad “personal” o racionalidad 1 es usada para evaluar el sistema implícito, mientras que la racionalidad “impersonal” es usada para evaluar el sistema explícito²⁶⁴. Deste la racionalidad 2, un sujeto es racional si sistemáticamente su razonamiento satisface a los principios normativos provenientes de la lógica, la matemática y la teoría de la probabilidad. Nótese que en la teoría del proceso dual de Evans y Over no existe un criterio normativo conjunto para medir la racionalidad de los dos procesos del razonamiento. Todo lo contrario, cada proceso de razonamiento tiene su propio criterio normativo de racionalidad. Por decirlo en otras palabras, cada proceso de razonamiento debe satisfacer los principios normativos adscritos a ellos.

Por su parte, Stanovich también ha dado cuenta de dos tipos de procesos de razonamiento. La idea es que los juicios, toma de decisiones y procesos de razonamiento están sustentados por dos sistemas cognitivos: “sistema 1” y “sistema 2”. Estas etiquetas han servido para diferenciar dos categorías de procesos cognitivos con propiedades diferentes²⁶⁵. El sistema 1 es un proceso cognitivo intuitivo al que le son adscritos las siguientes propiedades: rápido, no-consciente, responde a sesgos, contextualizado, automático, asociativo, toma decisiones basadas en la experiencia y pretende tener una habilidad cognitiva independiente. Por su parte, el sistema 2 es un proceso cognitivo que requiere de memoria, es lento, con capacidad limitada, consciente, responde a condiciones normativas, es abstracto, controlado, planifica as consecuencias de una decisión.

Prima facie, esta diferencia de propiedades entre los dos procesos de razonamiento parece ser intuitiva y muy fácil de comprender, sin embargo, existen serias críticas que ponen de manifiesto: i) los problemas de falta de correspondencia empírica para delimitar las propiedades; ii) los problemas terminológicos que suelen ser intercambiables pero que denotan procesos diferentes (por ejemplo: *dual processes*, *dual systems*); y, iii) los problemas de suponer que el sistema 1 es *per se* «irracional».

²⁶⁴ Evans, J. & Over, D. (1996). Rationality and Reasoning. *Hove: Psychology Press*. p. 141.

²⁶⁵ Stanovich, K. E. (1999). Who is rational? Studies of individual differences in reasoning. Mahwah, NJ: Erlbaum.

En este párrafo me ocuparé de los problemas terminológicos ii) y las diferentes implicancias que tienen los términos adcritos a estas dos facultades. Existen autores que se refieren a *dual processes* (proceso dual). Otros se refieren a *dual types* (dos tipos) terminología que implica que los procesos duales son cualitativamente distintos. Los procesos de tipo 1 son en general intuitivos, mientras que los procesos del tipo 2 son reflexivos.

Por otra parte, es común en la literatura utilizar los términos “sistema 1 y sistema 2” (*dual systems*) para referirse a la distinción de tipo 1 y 2. Esta noción comúnmente está asociada con una distinción *evolutiva*. Los autores actuales ahora prefieren evitar esta terminología ya que sugiere “falsamente” que los dos tipos de procesos se ubican en solo dos sistemas cognitivos o neurológicos específicos: a veces puede actuar como sinónimo de una hipótesis de dos mentes, pero otros autores lo han utilizado para transmitir poco más que una distinción entre dos tipos de procesamiento²⁶⁶. Estos términos indican formas cualitativamente distintas de procesamiento, pero permiten que múltiples sistemas cognitivos o neuronales puedan subyacer a ellos.

Generalmente, la literatura habla de *modes of processing* (modelos de procesamiento). Los modos de procesamiento son formas de pensamiento de tipo 2 que pueden diferir en continuadas actuaciones humanas. Las diferencias individuales en tales casos a menudo se evalúan con medidas de “disposición de pensamiento”. Este término indica formas cualitativamente distintas de procesamiento, pero permiten que múltiples sistemas cognitivos o neuronales puedan subyacer a ellas.

En cuanto a sus propiedades o características los sistemas han sido nominados con diferentes nombres, a saber: experiencias-razional²⁶⁷; heurísticos-analíticos²⁶⁸; heurísticos sistemáticos²⁶⁹; implícitos-explicitos²⁷⁰; asociativos y basados en reglas²⁷¹, o los sistemas neutrales 1 y 2²⁷². Pese a estas etiquetas las propiedades que son adscritas a las diferentes teorías de los sistemas de razonamiento suelen ser confusas y lejos de dar

²⁶⁶ Sloman, S. A. (1996). The empirical case for two systems of reasoning. *Psychological Bulletin*, 119, 3–22.

²⁶⁷ Epstein, S. (1994). Integration of the cognitive and psychodynamic unconscious. *American Psychologist*, 49, 709-724.

²⁶⁸ Evans, J. St. B. T. (1989). *Bias in Human Reasoning: Causes and Consequences*. Brighton: Erlbaum.

²⁶⁹ Chen, S. & Chaiken, S. (1999). The heuristic-systematic model in its broader context. In S. Chaiken & Y. Trope (Eds.), *Dual-process theories in social psychology*. New York: The Guildford Press.

²⁷⁰ Evans, J. St. B. T. & Over, D. E. (1996). *Rationality and Reasoning*. Hove: Psychology Press.

²⁷¹ Sloman, S. A. (1996). The empirical case for two systems of reasoning. *Psychological Bulletin*. 119, 3–22.

²⁷² Stanovich, K. E. (1999). *Who is Rational? Studies of Individual Differences in Reasoning*. Mahway, NJ: Lawrence Erlbaum Associates.

claridad sobre los procesos solo han conseguido seguir aumentando posibles características. En este sentido, vale la pena mencionar algunas características adscritas a los distintos procesos de razonamiento a saber:

i) la tesis de que el sistema 1 es antiguo y el sistema 2 es moderno en términos evolucionistas²⁷³, llega a la conclusión que el sistema 1 es compartido con los animales mientras que el sistema 2 es un rasgo distintivo de la experiencia humana. De esta característica se arriba a la conclusión de que los procesos del lenguaje y la reflexión consciente son habilidades propias del sistema 2. Nótese que el término “proceso” da cuenta de un proceso evolutivo y de desarrollo del sistema 1 al sistema 2, manteniendo una especie de “unidad” de razonamiento. El razonamiento sería “uno solo” y no cabría hablar de dos tipos de razonamientos como si fueran ontológicamente diferentes. El debate en tono a la psicología evolutiva es relevante para esta característica del proceso dual.

ii) la tesis de que el sistema 1 es inconsciente y el sistema 2 es consciente²⁷⁴. La inconsciencia del sistema 1 generalmente suele estar asociada con la rapidez de respuesta en la elección o automaticidad del razonamiento. Por su lado, el sistema 2 suele estar descrito como lento, secuencial y controlado. En este tipo de características, los relatos en torno a los dos sistemas descritos están atados a una representación binaria entre dos sistemas ontológicos independientes. En este sentido, autores como Evans y Over²⁷⁵ argumentan que las formas de razonar requieren una representación explícita para el sistema 2 e implícita para el sistema 1²⁷⁶. Los discursos que apoyan esta tesis, por lo general, no coinciden con utilizar una noción de “control cognitivo consciente” que sirva para marcar la diferencia entre los dos sistemas descritos. Esta imposibilidad está atada a la falta de criterios comunes para fijar las propiedades y parámetros de la noción de “control cognitivo consciente”. Incluso, tampoco parece estar claro en que sentido el razonamiento consciente “controla” el comportamiento. Por ejemplo, para autores como Kahneman y Frederick, los procesos heurísticos en el sistema 1 controlan el

²⁷³ Mithen, S. (2002). Human evolution and the cognitive basis of science. In P. Carruthers, S. Stich, & M. Siegal (Eds.), *The cognitive basis of science*. Cambridge: Cambridge University Press. pp. 23-40.

²⁷⁴ Reber, A. S. (1993). *Implicit Learning and Tacit Knowledge*. Oxford: Oxford University Press.

²⁷⁵ Evans, J. St. B. T. (2006a). Dual system theories of cognition: Some issues. In R. Sun & N. Miyake (Eds.), *Proceedings of the 28th Annual Meeting of the Cognitive Science Society* (pp. 202 – 207). Mahwah, NJ: Lawrence Erlbaum Associates, Inc.

²⁷⁶ Evans, J. St. B. T. & Over, D. E. (1996). *Rationality and Reasoning*. Hove: Psychology Press.

comportamiento de los agentes por defecto a menos que se haga un esfuerzo “consciente” para anularlos a través del razonamiento explícito esforzado²⁷⁷.

iii) La tesis del dominio específico. La noción de que la cognición del sistema 1 es específica del dominio mientras que el sistema 2 es de dominio general. Stanovich al respecto considera que el pensamiento del sistema 1 está fuertemente contextualizado en línea con lo que él llama el “sesgo computacional fundamental” mientras que el sistema 2 de pensamiento es capaz de razonamiento abstracto que puede conducir a soluciones correctas a problemas del razonamiento lógico o estadístico²⁷⁸. El razonamiento del sistema 2 estaría circunscrito a competencias deductivas.

Según Evans hay tres formas en las que los dos procesos pueden interactuar²⁷⁹: i) Los modelos preventivos de resolución de conflictos (*pre-emptive conflict*) modelos paralelos (*parallel models*²⁸⁰) que sugieren que el pensamiento rápido y lento ocurren simultáneamente y por tanto hay una conexión continua y sentimientos de conflictos; ii) Por el contrario, los modelos intervencionistas predeterminados (*default-interventionist*) afirman que el pensamiento rápido genera respuestas predeterminadas intuitivas en las que el procesamiento posterior del pensamiento lento puede o no intervenir en serie (siempre que se disponga de los recursos adecuados²⁸¹); iii) los modelos híbridos (*hybrid two-stage model*) en el que siempre está activo un proceso de “monitoreo analítico superficial” para detectar posibles conflictos entre los dos sistemas, y una “etapa opcional de procesamiento más profundo” que se activa una vez que se encuentra un conflicto real entre el pensamiento rápido y lento²⁸².

²⁷⁷ Kahneman, D. & Frederick, S. (2002). Representativeness revisited: Attribute substitution in intuitive judgement. In T. Gilovich, D. Griffin, & D. Kahneman (Eds.), *Heuristics and biases: The psychology of intuitive judgement*. Cambridge: Cambridge University Press. pp. 49-81.

²⁷⁸ Stanovich, K. E. (1999). *Who is Rational? Studies of Individual Differences in Reasoning*. Mahway, NJ: Lawrence Erlbaum Associates.

²⁷⁹ Evans, J. S. B. (2007). On the resolution of conflict in dual process theories of reasoning. *Think. Reason.* 13, 321–339.

²⁸⁰ Denes-Raj, V., and Epstein, S. (1994). Conflict between intuitive and rational processing: when people behave against their better judgment. *J. Pers. Soc. Psychol.* 66, 819–829.; Sloman, S. A. (1996). The empirical case for two systems of reasoning. *Psychol. Bull.* 119, 3–22.

²⁸¹ De Neys, W., and Glumicic, T. (2008). Conflict monitoring in dual process theories of thinking. *Cognition* 106, 1248–1299.; Evans, J. S. B., and Stanovich, K. E. (2013). Dual-process theories of higher cognition: advancing the debate. *Perspect. Psychol. Sci.* 8, 223–241.

²⁸² Thompson, V. A. (2013). *Why it matters: The implications of autonomous processes for dual process theories-Commentary on Evans & Stanovich*. (2013). *Perspect. Psychol. Sci.* 8, 253–256.; Newell, B. R., Lagnado, D. A., and Shanks, D. R. (2015). *Straight Choices: The Psychology of Decision Making*. New York, NY: *Psychology Press*.

Autores como Sloman señala que la distinción entre los dos no puede explicarse como una simple discrepancia entre procesos conscientes e inconscientes, o entre procesos racionales e irracionales. De hecho, es posible a través de la introspección ser consciente de cualquier forma de pensamiento. La diferencia es que uno puede tener conciencia de los diversos pasos de procesamiento que involucran el pensamiento lento, pero solo el resultado del proceso de razonamiento del pensamiento rápido. Además, cualquiera de las dos modalidades de pensamiento puede llevar a sacar conclusiones racionales o irracionales. En particular, con el pensamiento rápido, se pueden formar conclusiones de razonamiento causal sofisticado, basadas en principios normativos²⁸³.

2. El paternalismo libertario como presupuesto de la teoría del empujón

Tratamos ahora, el paternalismo libertario como presupuesto de justificación en torno a un tipo de racionalidad legislativa: *Nudge*. Para el efecto, la sección se dividirá en tres partes. En la primera parte se analizará el concepto de paternalismo libertario tal como Thaler y Sunstein lo han planteado. La segunda parte mostrará los principales argumentos contra el paternalismo en sentido amplio. Finalmente, la tercer parte realizará tipología de paternalismos según los discursos de la literatura que ha abordado el tema.

2.1. El Paternalismo libertario de Thaler y Sunstein

Richard Thaler y Cass Sunstein²⁸⁴ presentaron originalmente el concepto de «paternalismo libertario» en su ensayo de 2003 del mismo nombre publicado en *The American Economic Review*²⁸⁵. En él, definieron una política como «paternalista»: si se selecciona con el objetivo de influir en las elecciones de las partes afectadas de tal manera que mejore la situación de esas partes²⁸⁶. Según Thaler y Sunstein, aunque muchos economistas creen que el término paternalista es despectivo porque piensan que el paternalismo siempre implica algún tipo de coerción, este no es necesariamente el caso, puesto que las políticas pueden seleccionarse con el objetivo de influir en las elecciones

²⁸³ Sloman, S. A. (2014). “*Two systems of reasoning, an update*” in *Dual Process Theories of the Social Mind*, eds J. Sherman, B. Gawronski, and Y. Trope (New York, NY: Guilford Press), 69–79.

²⁸⁴ Thaler es uno de los principales economistas conductuales del mundo y Cass Sunstein es, entre muchas otras cosas, un pionero y destacado erudito en *behavioral law*, un movimiento explícitamente enraizado en la economía conductual y el programa *Biases and Heuristics* de Kahneman y Tversky.

²⁸⁵ Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein. 2003. “Libertarian Paternalism”, 93(2) *American Economic Review*.

²⁸⁶ Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein. 2003. “Libertarian Paternalism”, 93(2) *American Economic Review*. p. 175.

de las partes afectadas de una manera que mejore la situación de esas partes, pero donde no haya *coerción* involucrada.

Según la definición que brindan los autores, el paternalismo libertario sería: *an approach that preserves freedom of choice but authorizes both private and public institutions to steer people in indirections that will promote their welfare*²⁸⁷. Según Thaler y Sunstein el paternalismo libertario es un tipo de paternalismo relativamente débil, suave y no intrusivo porque las opciones no están bloqueadas, cercadas o cargadas significativamente²⁸⁸. Sin embargo, cuenta como paternalismo, o «paternalismo suave» porque los *arquitectos de la elección* privada y pública no están simplemente tratando de rastrear o implementar las elecciones anticipadas de las personas. Más bien, intentan tímidamente “mover” a las personas en direcciones que les harán la vida mejor. Sin embargo, algunos críticos han señalado que la noción de paternalismo libertario de Thaler y Sunstein no es ni verdaderamente “libertaria” ni “paternalista²⁸⁹” y que es una *contradiction in terms*. Como se verá, las discusiones en torno al «paternalismo» o (*legal paternalism*) no suelen ser pacíficas en cuanto a determinar las propiedades extensionales del término.

Las discusiones filosóficas en torno al paternalismo involucran profundas reflexiones filosóficas en el campo de la ética normativa, política del derecho y filosofía política: donde se incluye la importancia de la “naturaleza” de la libertad y la autonomía, y la relación entre los individuos y el Estado²⁹⁰. Estas discusiones provienen de la literatura anglosajona popularizada por la objeción al paternalismo efectuada por John Stuart Mill en *On Liberty*. A partir de esta objeción, el desarrollo de la literatura sobre el paternalismo (en todas sus versiones) cobró especial importancia en los años ochenta y noventa del siglo pasado. Sin embargo, quienes reavivaron la polémica en torno a los presupuestos del paternalismo para concluir con una versión de paternalismo “diferente” que respetara la libertad y autonomía individual, fueron los autores Thaler y Sunstein a propósito de la obra *Libertarian Paternalism* que sirvió como presupuesto para justificar

²⁸⁷ Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein. 2003. “Libertarian Paternalism”, 93(2) *American Economic Review*. p. 179.

²⁸⁸ Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein. 2003. “Libertarian Paternalism”, 93(2) *American Economic Review*. p. 175.

²⁸⁹ Gregory Mitchell. 2005. “Libertarian paternalism is an oxymoron”, 99 *Northwestern University Law Review*. pp. 1245.

²⁹⁰ Véase, Coons, C., & Weber, M. (2013). *Paternalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press. p. 1.

un modelo de racionalidad y toma de decisiones sobre las preferencias y elecciones de las sociedades conocido como *Nudge*.

Thaler y Sunstein defienden un tipo de paternalismo que trata de afrontar las críticas tradicionales hechas por los autores liberales. En el corazón de la defensa de los autores, se incluye un cuerpo de investigaciones psicológicas que muestran que las elecciones de las personas están influenciadas por aspectos pequeños y aparentemente insignificantes del entorno de elección, o lo que ellos llaman la “arquitectura de elección”.

Pero, ¿cuáles son los presupuestos teóricos del paternalismo libertario como presupuesto de justificación de las acciones *nudge*? El paternalismo libertario constituye uno de los temas más álgidos en el diseño de políticas públicas que pretenden empujar (*to nudge*) a las personas hacia tomar mejores decisiones²⁹¹. Como se sabe los *nudge* (empujones²⁹²) son formas de influir en la elección sin limitar el conjunto de opciones. Se implementan tomando en consideración los “sesgos” (*biases*) en la toma de decisiones individuales, y funcionan haciendo uso de los sesgos.

Según Thaler y Sunstein, el paternalismo libertario está compuesto de dos elementos constitutivos: i) el respeto por la libertad de elección del individuo (*dimensión sobre la libertad*); y ii) la ayuda al individuo a tomar las mejores decisiones para ellos mismos (*dimensión paternalista*²⁹³). La dimensión paternalista apela a lo que comúnmente en la literatura anglosajona se conoce como «*legal paternalism*» (paternalismo jurídico). Para mejor comprensión de este fenómeno, es necesario adentrarse a la literatura anglosajona donde se ha desarrollado el término «paternalismo jurídico».

De manera general, el paternalismo jurídico justifica la coacción estatal para proteger a las personas del daño autoinfligido o, en su versión extrema, para guiarlas, les guste o no, hacia su propio bien²⁹⁴. Esta corriente, defiende que siempre hay una buena

²⁹¹ Hausman, D. M., & Welch, B. (2010). *Debate: To Nudge or Not to Nudge*. *Journal of Political Philosophy*, 18(1), 123-136.

²⁹² Thaler y Sunstein consideran lo siguiente como empujones: campañas educativas, etiquetas de advertencia en los cigarrillos, requisitos de que las empresas notifiquen a los empleados sobre los peligros y letreros de advertencia. A diferencia de restringir a alguien o sustituir su juicio por el de ellos, proporcionar información y dar consejos trata a los individuos como tomadores de decisiones totalmente competentes.

²⁹³ Richard Thaler y Cass Sunstein reavivaron la polémica en torno al paternalismo jurídico, con su definición de “paternalismo libertario” en Sunstein, C. R., & Thaler, R. H. (2009). *Nudge: Improving decisions about Health, Wealth and Happiness*. New York: Penguin Book.

²⁹⁴ Véase, Feinberg, J. (1971). *Legal Paternalism*. *Canadian journal of philosophy*, 1(1), 105-124.

razón en favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone esta medida²⁹⁵.

Thaler y Sunstein definen una acción como paternalista en los casos que se “*trata de influir en las elecciones de una manera que mejore la situación de quienes eligen, según lo juzguen ellos mismos*”²⁹⁶. Según esta definición, los rasgos que distinguen al paternalismo de la pura beneficencia en general son: i) que el paternalismo tiene como objetivo beneficiar a las personas al hacer que tomen decisiones que sean buenas para ellos mismos en lugar de proporcionarles beneficios de alguna otra manera; y ii) que los que eligen estarían de acuerdo con esta evaluación de su elección. Con estos dos elementos, se asegura que la persuasión racional (conocida como *nudge*) respete tanto la libertad individual como el control del agente sobre sus propias decisiones. Así, la dimensión paternalista tiene como objetivo afectar la elección, ya sea cambiando el conjunto de alternativas disponibles entre las que un agente puede elegir o empleando medios no racionales para influir en cómo el agente elige entre un conjunto inalterado de alternativas. De las acciones paternalistas se dice que coaccionan a las personas o usan imperfecciones en sus habilidades deliberativas para “dar forma” a sus elecciones valiéndose del lugar y el contexto de la toma de decisiones y de los órdenes de preferencia según la “bondad” de determinada elección.

Así, los autores estadounidenses sostienen que el paternalismo se puede reconciliar con el respeto de la libertad individual puesto que el beneficio que persigue las medidas *nudge* no entran en conflicto con las limitaciones a las opciones que los agentes pueden elegir: «*nudge leave the choice set*». Entonces según la visión de los autores, una acción es paternalista “en sentido amplio” solo si limita lo que el agente puede elegir (dimensión sobre la libertad²⁹⁷). Es decir, hace referencia al control que tiene todo individuo sobre sus propias evaluaciones y decisiones.

²⁹⁵ Garzón Valdés, E. (1988). ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa*, 5(5), 155.

²⁹⁶ Thaler, R. H., & Sunstein, C. R. (2003). Libertarian Paternalism. *The American economic review*, 93(2), 175-179.

²⁹⁷ La noción de libertad es utilizada en el sentido de lo que Isaiah Berlin llamaba “libertad positiva” esto es al control que los individuos tienen sobre sus propias evaluaciones, deliberaciones y opciones. Véase, Berlin, I. (1958). *Two concepts of liberty*. Oxford: Oxford Clarendon Press.

La razón por la que los “*nudge*” parecen, en contraste, ser paternalistas, es que además de la persuasión racional, pueden “empujar” a los individuos a tomar una decisión en lugar de otras²⁹⁸, lo que algunos autores avizoran como un vicio en la racionalidad de la elección a modo de simple “manipulación”, viéndose comprometida la libertad “positiva”, en el sentido de que las alternativas se pueden elegir, pero cuando este “empujón” no toma la forma de persuasión racional, su autonomía —el grado en que tienen control sobre sus propias evaluaciones y deliberaciones— se ve disminuida. En este supuesto, las decisiones de los agentes destinatarios de las medidas *nudge*, constituirían meros reflejos de las tácticas del “arquitecto elegido” quien diseña las medidas. Desde esta perspectiva, sigue existiendo una diferencia importante entre las opciones que se moldean “intencionalmente” y las opciones que no son perseguidas decididamente. Incluso cuando las elecciones sin forma hubieran sido fuertemente influenciadas por fallas deliberativas, la forma calculada de las elecciones todavía impone la voluntad de un agente sobre otro.

Claro está que en los diversos tipos de *nudge* podemos encontrar diferencias en torno a si existe o no información, si simplemente se alteró el orden de las elecciones, o si existe un objeto que nos persuade (o manipule) a hacer algo. Pese al grado de persuasión de cada una de estas técnicas, todas están siendo diseñadas por el “arquitecto de la decisión” que de una u otra forma influye en la decisión.

2.2. Principales argumentos en contra del paternalismo en sentido amplio

Existen diferentes niveles de discusión circundando el debate en torno al paternalismo: los prácticos y teóricos. El nivel de discusión *práctico* tiene que ver con un punto de partida claramente normativo. Por lo general, se pregunta, de un conjunto de alternativas de acción, ninguna de las cuales aún se ha realizado, qué se debe hacer o qué sería mejor hacer. Por tanto, no se ocupa de cuestiones de hecho y de su explicación, sino de cuestiones de valor, de lo que sería deseable hacer. En estas discusiones de carácter práctico, los agentes intentan evaluar y sopesar sus razones para actuar, las consideraciones que hablan a favor y en contra de los cursos de acción alternativos que se les presentan. Además, lo hacen desde un punto de vista distintivo de primera persona,

²⁹⁸ Sunstein, C. R., & Thaler, R. H. (2006). *Preferences, paternalism and liberty*. Philosophy (London), p. 233.

uno que se define en términos de una situación práctica en la que se encuentran (ya sea individual o colectivamente; las personas a veces razonan en conjunto sobre lo que deberían hacer juntos).

Por su parte, el nivel de discusión *teórico*, aborda las consideraciones que recomiendan aceptar afirmaciones particulares sobre lo que es o no es el caso, o mejor dicho, las condiciones sobre las cuales una determinada medida puede ser considerada paternalista. Es decir, implica una reflexión con miras a la verdad (en algunos casos) de las proposiciones, y las razones para creer en las que trata son consideraciones que hablan a favor de que tales proposiciones sean verdaderas o dignas de aceptación. Así, las discusiones teóricas acerca del paternalismo tienen que ver con las conclusiones sobre cómo se “debería” considerar el paternalismo²⁹⁹.

Con esta distinción en mente, me ocuparé en el siguiente epígrafe de los discursos críticos al paternalismo a nivel teórico. A *grosso modo* se pueden identificar al menos tres discursos críticos: i) el argumento utilitarista; ii) el argumento del respeto a la autonomía de la persona; iii) el argumento de la violación del principio de igualdad.

2.2.1. El argumento utilitarista

Este argumento fue formulado por John Stuart Mill y puede ser resumido de la siguiente manera: i) nadie es mejor juez que uno mismo con respecto a lo que daña o no daña los propios intereses; ii) las interferencias de la sociedad para anular su juicio y sus propósitos en aquello que únicamente le compete al individuo tienen que estar basadas en presunciones generales que pueden ser todas equivocadas y, si son correctas, es probable que sean mal aplicadas a los casos individuales; iii) todos los errores que el individuo puede cometer en contra del consejo y la advertencia están contrarrestados por lejos por el mal de permitir a otros que lo obliguen a hacer aquello que consideran que es su bien; iv) la humanidad sale “ganando” si permite que cada cual viva como le parezca bien y no lo obliga a vivir como le parece bien al resto³⁰⁰. Utilizando el argumento utilitarista contra el paternalismo jurídico, se arriba a la conclusión de que las medidas

²⁹⁹ Coons, C., & Weber, M. (2013). *Paternalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press. p. 3.

³⁰⁰ Mill, J. S. (2012). *On Liberty*. Cambridge: Cambridge University Press.

paternalistas siempre darán subóptimos resultados por alterar la posición epistémica de quien decide sobre el propio bien.

El utilitarista antipaternalista, entonces, podría argumentar que el problema es que el paternalismo rara vez promueve el bien, puesto que nunca estará en condiciones de saber cuál es el bien del individuo. El paternalismo no estaría justificado desde una perspectiva utilitarista de cálculo por parte del propio sujeto ante la imposibilidad epistémica para saber el beneficio (o bien) del destinatario de la medida. Por otra parte, es importante destacar que el paternalismo explícitamente defiende la superioridad de los objetivos de la medida limitadora. Esta superioridad relevante expresada por el paternalismo se asienta en la firme creencia de que el objetivo es *all things considered* superior al del individuo. En este sentido, algunos autores han hablado de “imposición de los valores”.

Del presunto “desprecio” por el cálculo del individuo por parte del paternalismo, se desprende otra crítica bien conocida: el bien común (propuesto por la medida paternalista) puede llegar a expensas de la minoría, que, en cierto sentido, está siendo utilizada, o al menos sacrificada, como un medio para la producción de bienestar. Por ejemplo, un individuo con una expectativa de vida baja no podrá gozar de los beneficios de la medida paternalista que promueva sacrificar un goce momentáneo en beneficio de una larga vida (piense en el tabaquismo). En este sentido se puede decir que toda medida paternalista tiene sus “víctimas”. Para el utilitarismo *there is not standard actors*.

Sin embargo, pese a las fuertes críticas utilitaristas, Mill propone al menos dos excepciones: a) cuando alguien cree que lo que más le conviene es firmar un contrato de esclavitud y renunciar de esta manera a su libertad para siempre. Esta primera excepción, abandona la idea de la libertad como valor absoluto; b) y cuando los ciudadanos no han llegado a un nivel de desarrollo comparable con el de los pueblos civilizados de Europa³⁰¹. La excepción (a) apunta a proteger una renuncia que según Mill no puede ser parte escindible de un individuo “racional” y “libre”: el hipotecar su libertad. La excepción (b) tiene que ver con el sacrificio del cálculo individual cuando las sociedades no hayan alcanzado un grado civilizatorio europeo. Nótese que la excepción (b) puede ser utilizado para justificar cualquier medida paternalista. De hecho, muy generalmente, el “arquitecto de decisiones” tiene en mente una idea de progreso y desarrollo social

³⁰¹ Mill, J. S. (2012). *On Liberty*. Cambridge: Cambridge University Press. p. 136.

“superior” o más elevado que el estado de cosas actual, entonces, su medida paternalista apunta a estimular directamente sobre la base de esa justificación “loable” de desarrollo. Parece ser, que las grandes críticas hechas al paternalismo por el utilitarismo serían “derrotables” por la excepción (b).

2.2.2. El argumento del respeto de la autonomía individual

Existe una opinión muy difundida desde la ideología liberal que sostiene que la intervención paternalista del estado destruye la autonomía individual conduciendo fatalmente a la “sevidumbre”. La relación entre el «principio de autonomía» y el paternalismo siempre ha estado conflictiva³⁰². Por ejemplo, autores como Nozick consideraba una “agresión paternalista” moralmente inaceptable, las interferencias en la vida de los ciudadanos del llamado «Estado social³⁰³». Nino por su parte, arguye que “... siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe intervenir en esa elección o adopción limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución³⁰⁴”. Salta una pregunta pertinente ¿por qué la literatura relevante realza el conflicto entre el principio de autonomía individual y el paternalismo? Veamos.

El principio de autonomía está relacionado con el principio de la «dignidad humana» desarrollado en épocas recientes por Kant, que requiere que tratemos a la humanidad en nosotros mismos y en los demás siempre como un “fin” y nunca como un “mero medio”, puede interpretarse en el sentido de que nunca estará justificado tomar medios por un agente individual. La «humanidad» en los sujetos recae sobre la capacidad de libre albedrío y *racionalidad*³⁰⁵. En este sentido, se puede decir que la locución «dignidad humana» posee al menos dos acepciones diferentes. Por un lado, «dignidad» indica la posición especial del hombre en el cósmos; por el otro, la posición que ocupa dentro de la vida pública. El primer sentido está ligado al hombre como *animal rationale*. El segundo sentido está ligado a la posición jerárquica que ocupa en el constructo

³⁰² Hayek, F. A. (1982). Law, Legislation and Liberty. *Philosophy* 57 (220):274-278.

³⁰³ Nozick, R. (1974). *Anarchy state and utopia*. London: Blackwell. p. 34.

³⁰⁴ Nino, C.S. (1989). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea. p. 204.

³⁰⁵ Scoccia, D. 2008. In Defense of Hard Paternalism. *Law and Philosophy*, 27(4), 351–381.p. 4.

social³⁰⁶. Es así, que el principio de autonomía esta estrechamente ligado al principio de dignidad humana en su versión *rationale* por el simple hecho de pertenecer -el hombre en cuanto a tal- a una escala superior dentro de la naturaleza (cósmos). El paternalismo se convierte en “intolerable” como presuposición de quien lo comete sabe *más o mejor* de quien recibe la medida patenalista³⁰⁷.

Por otra parte, el paternalismo jurídico presupone un principio que entra en radical oposición al principio de autonomía -en su versión: dignidad como sujetos de racionalidad- y es el principio de «*beneficencia*» que refiere a un tipo de “obligación moral” de actuar en beneficio de otros: imponiendo una obligación de ayudar a otros a promover sus legítimos intereses. Muy generalmente el principio de beneficencia debe considerar lo que es «bueno» para los sujetos de una manera que sea temporalmente neutral en lo que respecta al presente y al futuro: puesto que «el bien» ahora no cuenta más que el bien en el futuro por el solo hecho de ser en un momento determinado.

Debido a esta diferencia en el enfoque temporal de los dos principios (autonomía y beneficencia) , siempre existirá la posibilidad de conflicto entre ellos sin importar qué cuenta de valor prudencial esté incorporada en la beneficencia³⁰⁸. Esto significa sostener que no hay beneficio *para* otro, que no entre en conflicto con el principio de autonomía.

De hecho el argumento por parte del principio de beneficencia para justificar las intervenciones contra la “aparente” voluntad proveniente del principio de autonomía suele ser el siguiente: siempre que alguien sobre la base de una concepción “falsa o irrazonable” del bien se opone a una interferencia paternalista en su libertad, no se opone “realmente” a la interferencia, porque su voluntad “verdadera” es una voluntad “idealmente racional” que sabe lo que le conviene, no su voluntad “empírica” cegada por falsas ideologías. El problema con este tipo de argumento es que tergiversa lo que en realidad es una negación de la autonomía en nombre de la beneficencia, como si no fuera una negación de la autonomía en absoluto³⁰⁹. Además, distingue entre dos tipos de verdad: i) una verdad “idealmente racional” en la que concuerda tanto quien dirige las medidas paternalistas como quien recibe las medidas de interferencia; y ii) una verdad empírica

³⁰⁶ Becchi, p. (2013). *Il principio dignità umana*. Brescia: Morcelliana.

³⁰⁷ Kleining, J. (1984). *Paternalism*. Totowa, N.J: Rowman and Allanheld. p.4.

³⁰⁸ Brink, D. O. (2003). Prudence and Authenticity: Intrapersonal Conflicts of Value. *The philosophical Review* v. 112, no. 2. pp. 215-245.

³⁰⁹ Berlin ha señalado aquel argumento como “deshonesto” en Berlin, I. (1958). *Two concepts of liberty*. Oxford: Oxford Clarendon Press. p. 134.

“equivocada” sin el empleo de ningún método racional que concluya con una “verdad” sobre el dominio de las cosas.

Además, apelar al consentimiento futuro presenta, dos tipos de escenarios: i) el consentimiento posterior podría de alguna manera ser “fabricado” por el proceso paternalista. Por ejemplo, piénsese en los casos de regímenes políticos no solo paternalista sino autoritarios. En estos casos, según autores como Nozick, el paternalismo jurídico es el primer paso hacia la dictadura; ii) quien fue objeto de las medidas paternalistas no esté dispuesto a aceptarlas. En estos casos, habría que decidir que la persona en cuestión debe seguir siendo objeto de atención paternalista porque no comprende la bondad de la medida.

El paternalismo tradicional puede ser acusado de ignorar la propia visión del objetivo de lo que se *debe hacer*, o peor aún, volver esa propia visión en su contra cambiando el entorno externo de modo que la “opción favorecida” ahora se vuelve racional en relación con el propio punto de vista paternalista. El contraargumento liberal a esta justificación de las medidas paternalista reza así: poder elegir es un bien que es independiente de la sabiduría de lo elegido. El «poder elegir» está atado a la capacidad intrínseca que debe tener el la persona en cuanto tal. Mill lo explica de la siguiente manera: “*mode of laying out his existence is the best, not because it is the best in itself, but because it is his own mode*³¹⁰”.

Ahondando en las discusiones en torno a la incompatibilidad del principio de beneficencia que supone el paternalismo con el principio de autonomía, quiero introducir una distinción analítica del principio de autonomía que considero útil para dar cuenta a qué tipo de autonomía hacen referencia los autores de *nudge*.

Douglas N. Husak ha distinguido por lo menos tres versiones de la autonomía que entran en conflicto con el paternalismo: i) la autonomía como *oportunidad* del agente para ejercer su capacidad de elección. En esta versión, una persona es autónoma en la medida en que han eliminado todos los impedimentos para que en la oportunidad del caso pueda ejercer su libertad de acción; ii) la autonomía como *capacidad* de elección, en el sentido de estar bajo una coacción y sin embargo, no perder la capacidad de elección; y, iii) autonomía como *conformidad* con la ley moral. Esta tercera versión afirma que no hay que confundir autonomía con “libertinaje” moral, por tanto, lo que le interesa es no

³¹⁰ Mill, J. S. (2012). *On Liberty*. Cambridge: Cambridge University Press. p 197.

solo la capacidad de elegir sino el contenido de la elección. En este sentido, podría hablarse de autonomía si este contenido coincide con un tipo de moral positiva³¹¹. Nótese que de conformidad con la versión (i) de autonomía individual, el «paternalismo libertario» tal como ha sido teorizado por Thaler y Sunstein no estaría *prima facie* en contradicción con el respeto de la autonomía individual, puesto que según los autores, las medidas paternalistas que *nudge* pretende implementar, dejan intacta la *oportunidad* del agente para elegir.

Teniendo en mente estas distinciones, pretendo ocuparme de las consideraciones, o las condiciones de posibilidad que permiten aceptar afirmaciones particulares sobre lo que es o no el paternalismo desde el estudio de la literatura relevante realizando una tipología -no excluyente- de paternalismos.

2.3. Algunos tipos de paternalismos

En la literatura anglosajona que ha acogido el debate en torno al paternalismo encontramos distintos usos del término. Muchas veces las discusiones o aparente contradicciones en torno a su uso, ya sea para defenderlo o para criticarlo, pasan por alto a qué tipo de paternalismo se está refiriendo. Valdría entonces realizar una distinción conceptual sobre los diferentes usos del término «paternalismo». Por ello, el análisis conceptual de corte descriptivo que se pretende realizar indaga en los aparatos conceptuales y terminológicos actuales con el objetivo de esclarecer y precisar su alcance a la luz de las “intuiciones” de quienes utilizan el término “cotidianamente³¹²”. Con este presupuesto en mente, se pueden distinguir al menos los siguientes usos del término, a saber:

i) Un paternalismo en sentido «restringido» (*narrow*) se preocupa por la cuestión de la coerción estatal, es decir, el uso de la coerción en los ordenamientos jurídicos. La cuestión de la coerción es el elemento identificativo de si existe o no paternalismo.

ii) Un paternalismo en sentido «amplio» (*broad*) se preocupa por cualquier acción paternalista estatal, institucional o individual. Desde esta noción, los límites del debate en torno al paternalismo escapan del elemento indentificativo de si existe o no coerción,

³¹¹ Husak, D. N. (1981). *Paternalism and Autonomy*. *Philosophy & public affairs*, 10(1), 27-46.

³¹² Para más sobre el método analítico descriptivo, véase, Leither. (2007). *Naturalizing jurisprudence. Essays on American Legal Realism and naturalism in legal philosophy*. Oxford University Press. Oxford.

más bien, se “amplian” utilizando el término en cualquier contexto donde exista una medida que pretende ser “buena” u “óptima” para quien recibe la medida.

iii) Otra forma de decirlo es refiriéndose a «*means paternalism*» paternalismo de los medios y “*ends paternalism*” paternalismo de los fines. El paternalismo de los medios significa que los paternalistas solo consideran moralmente correcto intervenir en los medios que las personas eligen para perseguir sus propios objetivos, mientras que los defensores del paternalismo de los fines, consideran correcto actuar sobre esos mismos objetivos imponiendo así los fines que consideran moralmente valiosos³¹³.

iv) Un paternalismo «débil» (*weak*) en el sentido de que se dirige a las personas que se cree que han adoptado medios inadecuados para lograr sus propias metas. Un paternalista débil cree que es legítimo interferir con los medios que los agentes eligen para lograr sus fines, si es probable que esos medios los derroten. Entonces, si una persona realmente prefiere la seguridad a la comodidad, entonces es legítimo obligarla a usar el cinturón de seguridad. Nótese que si se adopta un paternalismo débil, solo se puede interferir con errores sobre los hechos, no con errores sobre “valores”. Es decir, hay una perfecta correspondencia entre los valores del agente que impone la medida paternalista y los valores del agente que recibe la medida paternalista. Podemos hablar entonces de “valores comunes” y “medios diferentes” (es aquí donde radica la medida paternalista) para alcanzar esos valores.

v) El paternalismo «fuerte» (*strong*) se dirige a las personas cuyas metas se supone que están equivocadas o mal orientadas de alguna manera³¹⁴. Un paternalista fuerte cree que las personas pueden tener fines equivocados, confusos o irracionales y es legítimo interferir para evitar que logren esos fines. Si una persona realmente prefiere el viento que susurra a través de su cabello para una mayor seguridad, es legítimo hacer que use cascos mientras conduce una motocicleta porque sus extremos son irracionales o equivocados.

Por su parte, Gerald Dworkin ha realizado una operación analítica distinguiendo dos tipos de paternalismo: «*puros e impuros*».

³¹³ Zorzetto, S., & Ferraro, F. (2019). Legislation and Nudging. Towards a Suitable Definition. In *Conceptions and Misconceptions of Legislation*. p. 123.

³¹⁴ Arneson, R. J. (1989). Paternalism, utility, and fairness. *Revue internationale de philosophie*, Vol 43, 409–437.

vi) En el paternalismo «*puro*», la clase de personas cuya libertad está restringida es idéntica a la clase de personas cuyo beneficio se pretende promover mediante tales restricciones. En los casos del paternalismo puro, la realización del daño requiere de la “cooperación de la víctima”.

vii) En el caso del paternalismo «*impuro*», la clase de personas cuya libertad está restringida no es la beneficiaria de lo que se pretende proteger. En otras palabras, se trata de proteger el bienestar de una clase de personas, restringiendo la libertad de otras personas que no son las beneficiadas. Ahora bien, podría pensarse que no hay casos de paternalismo “impuro”, ya que cualquier caso de este tipo siempre podría justificarse sobre bases no paternalistas, es decir, en términos de prevención “de daños a otros”. En los casos de paternalismo impuro, la realización del daño viene dado por sujetos fuera del beneficio de los ofendidos a quienes una determinada medida busca limitar.

En ambos casos el paternalismo implica limitaciones a la libertad de algunos individuos tal como lo ha desarrollado la literatura anglosajona.

viii) El paternalismo «duro» (*hard*) que algunos autores asocian con la coerción, también pretende utilizar el engaño para imponer una medida a un agente. Se presupone que es un paternalismo que viola el principio de autonomía. Este principio sostiene que el agente competente debe tener la libertad de tomar sus propias decisiones sobre cómo vivir su vida en función de sus propias preferencias, creencias religiosas, concepciones de la justicia, creencias sobre el honor y la dignidad y puntos de vista sobre lo que es prudencialmente mejor para sí. El paternalismo duro (*hard*) es entendido muy generalmente como restringir la libertad de un adulto competente para su propio bien en condiciones que “violan su autonomía”, por tal motivo es rechazado como moralmente incorrecto por la mayoría de los teóricos liberales³¹⁵. Cuando el Estado adopta una medida paternalista impone a sus ciudadanos una concepción única de la vida individual que algunos de ellos rechazan, violando así el requisito (sostenido por muchos de estos teóricos) de que el Estado permanezca “neutral” (principio de neutralidad) en dichas

³¹⁵ Richard J. Arneson. (1980). Mill versus Paternalism. *Ethics* 90: 470-89; Gerald Dworkin, “Paternalism.” reprinted in Gerald Dworkin (ed.), *Mill’s On Liberty: Critical Essays* (Lanham, MA, Rowman and Littlefield: (1997), pp. 61-82; Joel Feinberg, *Harm to Self* (New York: Oxford University Press, 1986); Alvin Goldman, “The Refutation of Medical Paternalism”, reprinted in John D. Arras and Bonnie Steinbock (eds.), *Ethical Issues in Modern Medicine*, 5th ed.

cuestiones. El paternalismo duro ignora la *voluntariedad* y el *conocimiento* del propio bien del agente a quien pretende proteger.

La medida considerada paternalista en sentido “duro” insiste en que la ausencia de una autorización previa, real o hipotética actual, no tiene ninguna consecuencia moral, porque se debe a que la persona tiene valores erróneos. A veces, la afirmación será que la persona tiene una concepción errónea de lo que es prudencialmente mejor para ella. Por ejemplo, una medida paternalista “dura” consideraría que la prohibición de fumar tiene que decir que los fumadores exageran el valor prudencial de tomar sus propias decisiones por sí mismos y subestiman el valor prudencial de una mayor longevidad y una mejor salud. Otro ejemplo de esta versión de paternalismo es la legislación penal (coercitiva) basada en el paternalismo “duro” (*hard*) es que “impone sus propios valores y juicios a las personas³¹⁶”. Viola la autonomía de la persona al someterla a la voluntad, preferencias y valores de otro.

ix) Por su parte, el paternalismo «suave» (*soft*) o blando es entendido como la opinión de que las únicas condiciones bajo las cuales se justifica el paternalismo estatal (por lo general en su versión “dura”) es cuando es necesario determinar si la persona que está siendo interferida está actuando de manera voluntaria y con conocimiento. Algunos autores asocian la noción de paternalismo suave con la no-coerción. Aquí vale la pena detenerse para identificar dos elementos propios del argumento del paternalismo suave: el primer elemento es la *voluntariedad*; el segundo elemento es el *conocimiento*. Así, el paternalismo suave constituye una interferencia en nombre de la “propia” voluntad, preferencias y valores de la persona y, por lo tanto, no viola la “autonomía de la persona”.

En este sentido, las versiones «*hard/soft*» del paternalismo, está relacionadas con el principio de autonomía en la forma que acabamos de describir. Desde una perspectiva moral, el principio de autonomía a veces entra en conflicto con el principio de beneficencia (el principio que motiva la interferencia paternalista en las acciones de otros), y en los casos de las medidas paternalistas, la beneficencia triunfa sobre la autonomía³¹⁷.

Autores como Feinberg trata de defender el absoluto derecho a la propia determinación (autonomía) presentando una analogía entre la soberanía de los estados y

³¹⁶ Feinberg, J. (1986). *Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. p. 12.

³¹⁷ Brock, D. (1988). Paternalism and Autonomy. *Ethics* Vol 98. pp. 550-565. P. 551.

el derecho de las personas³¹⁸. La segunda opinión es que, dado que el derecho a la libre determinación sólo tiene valor como medio para promover el propio bien, la beneficencia siempre prevalece sobre la autonomía cuando los dos entran en conflicto. Esta es una posible posición paternalista en su versión “dura”, pero no la única. El tercer punto de vista es que el principio de respeto a la autonomía es tan básico o no derivado como el principio de beneficencia, y algunas veces la beneficencia prevalecerá sobre la autonomía mientras que otras veces la autonomía prevalecerá sobre la beneficencia.

Finalmente, hay una línea de pensamiento que podemos caracterizar como paternalismo «*asimétrico*». Defiende la idea de que se debe diseñar políticas públicas que ayuden a las personas menos favorecidas de la sociedad, imponiendo los menores costos posibles a las más favorecidas³¹⁹. Por su parte, el Paternalismo «*simétrico*» defiende la idea de que se debe diseñar políticas públicas a todos los integrantes de la sociedad, sin distinguir quien se beneficiará de la medida en mayor medida. Este tipo de distinción, da cuenta del carácter pragmático del paternalismo. No da cuenta de ningún elemento de valor teórico.

1.5. El modelo de racionalidad del *homo Economicus*

En esta sección se analizarán las principales tesis del modelo «*homo economicus*» que forma parte del discurso filosófico general y que se circunscribe como un modelo que pretende ser más amplio dando cuenta de una racionalidad económica que sirve en el plano explicativo para describir cómo los individuos toman decisiones. Este análisis tiene relevancia puesto que comúnmente, la teoría del empujón (*nudge*) critica este modelo de racionalidad que considera como excesivamente “entusiasta” en cuanto a la maximización de las capacidades de cálculo y coherencia en la toma de decisiones de los sujetos. Con este objetivo, el epígrafe se divide en dos partes. En la primera parte se realizará una labor de identificación de las principales tesis adscritas a este modelo de racionalidad económica. En la segunda parte se analizará la «teoría de la preferencia revelada» que forma parte de los discursos adscritos al *homo economicus*.

³¹⁸ Feinberg, J. (1986). *Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. p. 55.

³¹⁹ McCrudden, C. & King, J. (2015). *The Dark Side of Nudging: The Ethics, Political Economy, and Law of Libertarian Paternalism*. En *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging*. 2016. Oxford, Hart Publishing. p. 80.

3.1. Las tesis adscritas al «Homo economicus»

Generalmente se entiende que cuando un sujeto logra sus objetivos con un gasto mínimo actúa con racionalidad económica. Lo que está en juego es la relación entre gastos e ingresos. Cualquiera que logre los ingresos más altos posibles con el gasto más bajo posible actúa racionalmente. Formulado de manera más general: la racionalidad económica se mide sobre la base de la relación entre utilidad y costos³²⁰. Para una empresa esta utilidad puede definirse como ganancia, para un consumidor como el valor de uso del producto en cuestión. Para un parlamento puede definirse como una legislación más eficiente. La racionalidad económica, sin embargo, puede entenderse tan ampliamente que parece que casi cualquier *praxis* de los seres humanos puede asumirse bajo su dominio.

La *optimización* es el objetivo que apunta a preservar la mayor cantidad posible de algo. En economía, la maximización de la utilidad se expresa a través de una función de utilidad consistente, el modelo más extendido de representación de las preferencias de los sujetos individuales en la esfera económica. En la canasta de bienes disponibles, el sujeto tiende a elegir el que posee la mayor utilidad. El objetivo de la optimización es la expresión de atribución de un valor. En este sentido, la optimización es siempre normativa e implica la validación de la consecuencia, debiendo saber cuáles son las ventajas y las desventajas que tienen las consecuencias.

En este escenario se circunscribe el término *homo economicus*, siendo el principal postulado de las teorías clásicas y neoclásicas, constituyendo una abstracción teórica que la literatura económica y filosófica general utiliza para describir a un individuo racional. En términos simples, es un modelo de racionalidad de un individuo con intereses y preferencias y con una capacidad racional orientada a maximizar esas preferencias, que generalmente se consideran egoístas.

Este modelo tiene su fuente inmediata en John Stuart Mill³²¹, con antecedentes en ciertos economistas del siglo XIX, rastreables en última instancia hasta Adam Smith,

³²⁰ Nida-Rümelin, J. (2017). *Per un'economia umana: la trappola dell'ottimizzazione*. Milano: Angeli.

³²¹ Los críticos le atribuyen a Mill el acuño del término *homo economicus*. Mill refiere a él únicamente como un ser que desea poseer riquezas y que es capaz de juzgar la eficacia comparativa de los medios para obtener ese fin; véase, Mill, J. S., *Essays on Some Unsettled Questions of Political Economy*. Indianapolis: Library of Economics and Liberty, 1874. V, p. 38. Siendo un agente con interés en la ganancia económica

quien tenía una visión más amplia del ser humano. Originalmente, el *homo economicus* no se concibió como una descripción precisa de la naturaleza humana sino como un modelo de comportamiento económico; sin embargo, con el tiempo, se convirtió en un elemento crucial del esquema de las teorías económicas clásicas y neoclásicas de equilibrio de precios, e incluso en la “única forma” de entender el comportamiento económico organizacional.

Los presupuestos teóricos por los que se asienta el modelo de *homo economicus* son principalmente:

i) *El interés propio (self-interest) como motivación para actuar*. En cualquier modelo de *homo economicus*, el interés propio es el motor exclusivo de la acción. La *psicología hedonista* establece límites estrictos sobre el número y la calidad de las cosas que pueden impulsar a los agentes racionales. De acuerdo con este enfoque, el interés propio generalmente se asocia con motivos de dinero, poder, reputación, placer y recompensas similares, así como con la evitación del trabajo. La psicología hedonista es demasiado marcada en este modelo, al punto de negar los comportamientos altruistas³²². Explicando este rasgo, Edgeworth en un trabajo con el nombre *Mathematical Psychics*, publicado en 1888, afirmó que “*el primer principio de la economía es que todo agente es impulsado solo por el interés propio*”. Su visión del hombre ha sido persistente en los modelos económicos, y la naturaleza de la teoría económica parece haber estado muy influenciada por esta premisa básica³²³.

ii) La racionalidad *se reduce a la capacidad de calcular qué medios son más eficientes para lograr fines específicos*, sin preocuparse por evaluar el valor de ese fin. Este tipo de “racionalidad instrumental” o “racionalidad económica³²⁴” no permite considerar por qué uno debe actuar, sólo de cómo ser eficiente en el uso de los medios disponibles o cómo maximizar tal eficiencia para un fin dado. Vale decir que aceptar el modelo de racionalidad del *homo economicus* no excluye que la persona real actúe o pueda actuar racionalmente respecto de objetivos éticos, sociales o humanos, pero esto

y una capacidad racional para evaluar los medios para este fin. El agente económico de Mill está impulsado por dos pasiones, la “aversión al trabajo” y el “deseo del disfrute presente de indulgencias costosas”.

³²² Véase, Jensen, M. C. and W. H. Meckling, (1994). “The Nature of Man”. In, *Journal of Applied Corporate Finance*, 7, 2: 4–19. p. 14.

³²³ Edgeworth, F. Y. (1881). *Mathematical psychics: an essay on the application of mathematics to the moral science*. London: Kegan.

³²⁴ Becker, G. S., (1976). *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: The University of Chicago Press. p. 5.

no se contempla en el modelo, donde el sujeto solo trata de alcanzar un determinado objetivo: llegar a la meta de un costo mínimo.

iii) *La libertad se entiende como la mera capacidad de elegir sin coerción alguna.* La libertad como libre elección es consistente con la racionalidad instrumental, con personas que eligen cursos de acción y determinan su propio destino. Los objetivos quedan fuera del alcance de la razón, y hay una ausencia total de restricciones o impulsores (morales, sociales, etc.) sobre la acción espontánea de un agente autónomo. Por eso, en el modelo del *homo economicus*, la libertad es la ausencia de coerción sobre el individuo cuando éste ejerce su elección. Tal concepción de la libertad se basa en el “supuesto analítico de mercados perfectos como una aproximación relevante y realista a las relaciones económicas reales³²⁵”.

Esta comprensión de la libertad es problemática en dos sentidos. En un primer sentido, el alcance de libertad es tan estrecho que se desvanece en su papel funcional como el lugar donde ocurren las transacciones de mercado. En segundo lugar, la libertad está completamente determinada por la racionalidad instrumental puesto que los agentes económicos siempre tratan de maximizar “la mejor opción” disponible – por eso Sen la llama la “teoría de la mejor elección³²⁶” -de una manera que podría caracterizarse como una libertad automática. La toma de decisiones parece un proceso mecánico de cálculo de pros y contras que involucra preferencias para producir la mejor opción. Se podría decir que paradójicamente, la libertad está “condicionada” por el cálculo utilitarista puesto que en el modelo del *homo economicus* no considera que el agente racional pueda hacer una elección diferente a la que determinaría dicho cálculo.

Por otro lado, la libertad como ausencia de coerción al elegir implica que el *homo economicus* hace elecciones que son independientes de: i) elecciones precedentes, ii) el carácter del individuo y iii) la evaluación moral de medios y fines³²⁷.

³²⁵ Gramm, W. S., (1980). “The Selective Interpretation of Adam Smith”. In *Journal of Economic issues* 14. 1: 119–142. p. 130.

³²⁶ Sen, A. (2002). *Rationality and Freedom*. Cambridge, MA & London, England: Harvard University Press. p. 604.

³²⁷ En la concepción austriaca, la libertad se condensa en la capacidad de elegir, y el mercado es visto como el lugar donde los agentes ejercen su libertad individual, no simplemente como el medio para una asignación eficiente de recursos, como lo ven los neoclásicos. Esta visión de la libertad surge de la falta de certeza. Sólo si fuéramos omniscientes, dice Hayek habría poco espacio para la libertad. Así, la libertad tiene su fuente en la incertidumbre radical que rodea al agente racional. Véase, Hayek, F. A. von. (1960). *The Constitution of Liberty*. Londres: Routledge & Kegan Paul Ltd. p. 142.

iv) *No se considera ningún presupuesto ético.* La dimensión ética no es considerada como criterio de racionalidad. Si se defiende una concepción de la ética, y una concepción relacionada de la “naturaleza” humana, según la cual ciertos principios morales establecen condiciones racionales sobre el deseo y la acción, las consideraciones éticas pueden ser consideradas como racionales³²⁸. Este presupuesto es claramente irrelevante para el modelo *homo economicus*. La moralidad individual es un elemento “ajeno” a la elección racional y la maximización de la utilidad³²⁹. Las valoraciones morales son superfluas, a menos que se considere el comportamiento “egoísta” como una obligación moral. Esto es lo que ha propuesto el egoísmo ético, categoría dentro de las teorías éticas introducida por Sidgwick³³⁰ que considera ético cualquier comportamiento en el que el agente actúa en su propio interés³³¹.

En rigor, los defensores de la “no-moralidad” en las relaciones económicas, han defendido que el ámbito de la economía es de “medios”, mientras que el ámbito de la ética es de “fines³³²”: postulando un conjunto de teorías económicas como la neoclásica como una ciencia libre de valores. Esto lleva inexorablemente a lo que Freeman ha denominado «*the separation thesis*³³³» (la tesis de la separación), según la cual existen decisiones económicas sin ninguna referencia a la ética y decisiones éticas sin contenido económico. Esto corresponde a la comprensión de la economía como libre de valores, ya que la experiencia moral del individuo, lo que se conoce como «conciencia moral», no se considera en absoluto.

v) *La experiencia no es tomada en cuenta en los procesos de decisión.* El *homo economicus* no está determinado por sus acciones previas. Dado que cada decisión está desconectada del pasado, su vida “comienza de nuevo” a voluntad con cada decisión. Las acciones pasadas del *homo economicus* y su proceso de aprendizaje no contribuyen a mejorar ni empeorar la decisión. Este rasgo desconoce que las decisiones y acciones se

³²⁸ Véase, Nagel, T. (1978). *The possibility of altruism*. Princeton: Princeton University Press.

³²⁹ Véase, por ejemplo, la postura de: Mises, L. von. (2007). *Human Action: A Treatise on Economics*. 4th ed. rev. Vol I. Indianapolis: Liberty Fund.

³³⁰ Sidgwick, H., (1907). *The Methods of Ethics*. 7th ed. London: Macmillan.

³³¹ Para más ahondamiento, véase, Rand, A. (1964). *The Virtue of Selfishness*. New York: Signet.

³³² Archer, M. S., (2000). *Being Human: The Problem of Agency*. West Nyack, NY: Cambridge University Press. p. 53.

³³³ Freeman, R. E. (1994). The Politics of Stakeholder Theory: Some Future Directions. *Business Ethics Quarterly*. 4: 409–429.

sustentan en conocimientos, habilidades y hábitos adquiridos a través de acciones anteriores, que modifican y refuerzan las disposiciones previas para actuar³³⁴.

vi) La economía neoclásica, con su idea de *homo economicus*, refuerza la idea de un *individualismo radical*³³⁵. La sociedad se concibe como un mero conjunto de interacciones de los individuos y los sujetos están vinculados exclusivamente por transacciones comerciales. En este sentido, según Mises, la sociedad es simplemente lo que llamamos el sistema provocado por las acciones de los individuos cuando cooperan en la búsqueda de sus intereses personales³³⁶. Los seres humanos solo entran en cooperación debido a la “desigualdad en la distribución geográfica de los factores naturales de producción³³⁷”.

vii) *El modelo no considera las emociones*. Emociones como el orgullo, la vergüenza, la angustia y la culpa, experimentadas por los seres humanos, están asociadas a reacciones psicosomáticas y estados mentales. Podría argumentarse, sin embargo, que las emociones se consideran indirectamente a través de las preferencias, pero sin referencia particular al agente, ni ninguna consideración de la variedad de emociones. En consecuencia, también se omite la relación entre emociones y racionalidad³³⁸. Este rasgo desconoce que las emociones pueden influir en la toma de decisiones más allá de una estricta racionalidad calculadora. Actualmente por ejemplo, existe una fuerte evidencia de una conexión entre las emociones y la racionalidad, explicada en el concepto de inteligencia emocional se ha vuelto popular reconocida como la capacidad humana para identificar, evaluar y controlar las emociones en uno mismo y en los demás³³⁹.

viii) *La estabilidad de las preferencias* es bastante frecuente en los modelos del *homo economicus*. Esto se debe a la necesidad de la economía de ganarse un lugar como

³³⁴ Senge, P. (1990). *The Fifth Discipline: The Art and Practice of the Learning Organization*. New York: Doubleday.

³³⁵ También se puede hablar en este mismo sentido de «individualismo metodológico». Véase, Heath, J. (2020). “Methodological Individualism”. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edward N. Zalta (ed.)

³³⁶ Mises, L. von. (2007). *Human Action: A Treatise on Economics*. 4th ed. rev. Vol I. Indianapolis: Liberty Fund. p. 143- 229. p.143.

³³⁷ El individualismo de Mises es metodológico. En su «*praxeología*», o ciencia de la acción humana, defiende un modelo de individuo solitario que actúa solo por sí mismo e independientemente de sus semejantes, lo hace en aras de una mejor comprensión de los problemas de cooperación social. Véase, Mises, L. von. (2007). *Human Action: A Treatise on Economics*. 4th ed. rev. Vol I. Indianapolis: Liberty Fund. p. 143- 229. p.161.

³³⁸ Solomon, R. C. (ed.), (2004). *Thinking about Feeling: Contemporary Philosophers on Emotions*. New York: Oxford University Press, Incorporated.

³³⁹ Goleman, D. (1996). *Emotional Intelligence: Why It Can Matter More Than IQ*. New York: Bantam Books.

ciencia al cumplir con los requisitos de pronóstico. Este rasgo está ligado a la falta de atención al proceso de aprendizaje (v), una de las principales formas en que cambian las preferencias del sujeto. La estabilidad de las preferencias en la toma de decisiones racional se basa en la constancia: el agente siempre se esfuerza por maximizar su utilidad, pero esto cambia con el tiempo³⁴⁰.

De todos los presupuestos hasta ahora identificados y analizados se pueden extrar algunas conclusiones. En primer lugar, se puede decir que este tipo de racionalidad es *consecuencialista* por evaluar la corrección de los actos solo por las consecuencias o las ganancias que generan³⁴¹. En segundo lugar, es un enfoque de evaluación de actos más que de evaluación de reglas (*utilitarismo de actos*³⁴²). Y, en tercer lugar, las únicas consecuencias consideradas al evaluar la corrección de los actos son las que afectan a los *propios intereses*, siendo todo lo demás, en el mejor de los casos, un producto intermedio que a este tipo de racionalidad no le interesa como parámetro de corrección o adecuación en el proceso de toma de decisiones.

En consonancia con la conclusión de corte consecuencialista, la teoría de la preferencia revelada como se verá, constituye un presupuesto central del modelo de *homo economicus*. Sobre este tema tratará el siguiente epígrafe.

3.2. La teoría de la preferencia revelada

La teoría de la preferencia revelada postulada por Paul Samuelson en 1938 ha constituido una de las teorías más populares en el debate económico. A grandes rasgos, proporciona un enfoque estructural para analizar el comportamiento de la demanda identificando la mejor opción posible de preferencias, sobre la base del comportamiento del consumidor³⁴³. Las elecciones observadas de un consumidor proporcionan información sobre sus preferencias subyacentes. Este comportamiento recibe el nombre de «elección racional» o consistencia interna de las preferencias del consumidor: las elecciones de una persona se consideran «racionales» en este enfoque si y solo si todas estas elecciones pueden explicarse en términos de alguna relación de preferencia. Esto es,

³⁴⁰ Sen, A. 1987. *On Ethics and Economics*. Oxford: Blackwell Publishing.

³⁴¹ Williams, B. (1973). A Critique of Utilitarianism. in J.J.C. Smart and B. Williams, *Utilitarianism: For and Against*. Cambridge.

³⁴² Véase el capítulo primero sobre la racionalidad legislativa de John Austin.

³⁴³ Samuelson, P. A. (1938). A note on the pure theory of consumer's behaviour. *Economica* 5: 61-71.

si todas sus elecciones pueden explicarse como la elección de las alternativas “más preferidas” con respecto a una relación de preferencia manifiesta.

Dentro de esta teoría económica encontramos al menos dos axiomas. El *axioma débil* proporciona una prueba de la forma más simple de la hipótesis de maximización de la utilidad: conlleva la ausencia de inconsistencias en las preferencias. Así, por ejemplo, si el agente revela que prefiere X a Y entonces una preferencia libre de contradicción no puede revelar también la afirmación contraria (que Y es preferido sobre X). Por su lado, el *axioma fuerte*³⁴⁴ establece que la relación de preferencia es *acíclica*: requiere de la transitividad del orden de preferencias, así garantiza la existencia de una función de utilidad que racionaliza las elecciones del consumidor, conectando, al menos en abstracto, los datos de demanda con la hipótesis del agente racional (maximizador de la utilidad).

Así, cuando en las elecciones del agente se *verifican* los axiomas de la preferencia revelada, pueden ser vistas como soluciones óptimas de un programa de optimización con restricciones cambiantes solo por los cambios de la oferta. Nótese, que lo que puede ser considerado como una decisión sub-óptima, de conformidad a la teoría, respondería al hecho de cambios en la oferta, el agente entonces, seguiría maximizando su utilidad o su propio beneficio. En este escenario, la violación de dichos axiomas no revela ni irracionalidad ni ineficiencia alguna: simplemente revela que los precios de la oferta no son información suficiente para explicar los cambios del comportamiento del consumidor. Para este enfoque, es irrelevante el proceso mental que lleva al sujeto a la inconsistencia con sus axiomas, siendo un enfoque de la elección racional de corte *externista*.

La teoría de la preferencia revelada, no se compromete con suponer nada en absoluto acerca de las causas psicológicas de la conducta de los agentes dentro del proceso de elección. Más bien, el comportamiento se resume en la elección racional o toma de decisiones basadas en deseos o preferencias junto con creencias e información sobre el mundo.

4. Nudge y la racionalidad legislativa: consideraciones finales

Se puede concluir que el *nudge* entendido como técnica, puede ser introducido dentro del proceso de creación, implementación y publicidad de la legislación, sin

³⁴⁴ El axioma fuerte fue postulado por Houthakker en 1950. En, Houthakker, H.S. (1950). Revealed Preference and the Utility Function. *Economica*. 17: 159-174.

embargo, podríamos preguntarnos: ¿qué tan racional es su inclusión dentro del proceso legislativo? Al respecto, es importante señalar, que el *nudge*, al ser una técnica es racional en la medida que alcanza satisfactoriamente los objetivos o valores sustantivos que el legislador se ha propuesto alcanzar. Desde esta perspectiva no se valora la idoneidad de los objetivos o los valores, más bien, lo que supone es la idoneidad de los medios (*nudge*) para ser alcanzados.

En cuanto al *nudge* entendido como ideología, este se expresa como idóneo de manera sustantiva sobre otros tipos de legislación. Obtiene así, un contenido normativo: es *mejor* adoptarlo puesto que preserva las opciones disponibles y protege a los destinatarios. Es por tanto, un *ideal* de buena legislación.

Ahora bien, en lo que respecta al cambio de modelo del *homo economicus* al hombre empujado que los autores del *nudge* defienden, tengo una consideración propia. Según mi modo de ver, el modelo de *homo economicus* persiste incluso en la implementación de las medidas *nudge*. Esto es así porque incluso si aceptamos que el arquitecto de la decisión está alterando las opciones o implementado una medida considerada como *nudge*, desde la óptica del individuo o destinatario de la medida, la decisión más óptima se sigue considerando. El individuo sigue aumentando su placer o ganancia desde *su* perspectiva. Siendo así las cosas, no habría un verdadero cambio de paradigma. En mi opinión se mantiene el *axioma débil* de la preferencia revelada que como mencioné, proporciona una prueba de la forma más simple de la hipótesis de maximización de la utilidad: conlleva la ausencia de inconsistencias en las preferencias.

Esto tiene especial relevancia dentro de la teoría de la racionalidad legislativa puesto que revela el tipo de operación racional que realizan los destinatarios de una norma o regulación que se implementa con una medida *nudge*. Por su parte, la distinción entre técnica e ideología de la medida *nudge* le sirve al legislador racional para dotar de contenido valorativo y objetivos a las técnicas *nudge* que se quieran implementar, y en el marco de la ideología, entender que la *buena* legislación puede entrar en conflicto con otro tipo de valores sustantivos como la *correcta* o la *adecuada* legislación.

Capítulo IV

La racionalidad legislativa en la teoría de la legislación colaborativa (*crowdlaw*)

Premisa

El presente capítulo está dedicado a “La racionalidad legislativa en la teoría de la legislación colaborativa (*crowdlaw*)”. Me propongo en particular proporcionar una respuesta a las cuestiones siguientes: ¿qué se entiende por legislación colaborativa (*crowdlaw*)? ¿qué relación tiene la legislación colaborativa con el proceso legislativo? ¿qué relación tiene el *crowdlaw* con el *crowdsourcing*? ¿qué se entiende por inteligencia colectiva y que relación tiene con la legislación colaborativa?. Para el efecto, el capítulo se articula de la siguiente manera. La primera sección analiza las tesis principales del *crowdlaw* y su relación con el proceso legislativo. La segunda explica el concepto de *crowdsourcing* y su relación con la legislación colaborativa. Finalmente, la tercera explica qué se entiende por inteligencia colectiva para analizarla dentro del contexto de la red colaborativa.

1. El *crowdlaw* en el proceso legislativo

El término *crowdlaw* fue acuñado por el Laboratorio de Gobernanza de la Universidad de Nueva York en septiembre de 2014 en el marco de una conferencia internacional que convocó a profesionales vinculados a parlamentos de todo el mundo que experimentaban con la participación pública facilitada por la tecnología³⁴⁵. La propuesta originalmente fue impulsada por Beth Noveck, quien intentó introducir la idea de *crowdlaw*, como un mecanismo de participación pública en línea aprovechando las nuevas tecnologías y las diversas fuentes de información, juicios y experiencia en cada etapa del ciclo de formulación de leyes y políticas para mejorar la calidad y la legitimidad de las leyes y políticas resultantes³⁴⁶.

Según la autora *crowdlaw* constituye una idea muy simple: los parlamentos, los gobiernos y las instituciones públicas funcionan mejor cuando impulsan la participación ciudadana, aprovechando las nuevas tecnologías para nutrirse de diversas fuentes de información, juicios y experiencia en cada etapa del ciclo de formulación de leyes y

³⁴⁵ Véase: <http://thegovlab.org/crowdlaw-in-action-details-a-preview-of-next-weeks-online-event>

³⁴⁶ Alsina, V. & Martí, J.L. (2018). “The Birth of the CrowdLaw Movement: Tech-Based Citizen Participation, Legitimacy and the Quality of Lawmaking”. *Analyse & Kritik*, vol. 40, no. 2, pp. 337-358.

políticas para mejorar el proceso de legitimidad de las leyes y las políticas públicas, así como los resultados obtenidos de esos procesos.

Sin embargo, como es usual con todo término “novedoso” los usos lingüísticos no suelen ser claros ni precisos. Sus condiciones de aplicación condicionadas por los usos lingüísticos no suelen ser bien determinadas. Para dar un poco de luz sobre estas cuestiones, el acápite se dividirá en tres partes. En la primera parte se identificará las principales tesis que se defienden bajo el rótulo «*crowdlaw*». La segunda parte reconstruirá diversos significados adscritos al término conforme a los usos comunes de los autores que están presentes en la literatura. Finalmente, la tercera parte presentará algunas críticas provenientes de la evidencia empírica sobre el trabajo de los grupos y la calidad epistémica de sus resultados.

1.1. Las tesis principales del *crowdlaw*

Según el trabajo titulado *Crowdlaw: Collective Intelligence and Lawmaking*, Beth Noveck ha postulado las tesis principales del movimiento *crowdlaw*, a saber:

i) *Crowdlaw* es un instrumento para una mayor *deliberación* con la finalidad de garantizar una mayor *legitimidad procesal* al tener mejores aportes en los procesos legislativos (es decir, para mejorar los procesos de toma de decisión). Mejora la calidad epistémica de la elaboración de leyes (*lawmaking process*). Deliberación para garantizar una mayor legitimidad procesal al tener mejores aportes a los procesos legislativos que una demanda práctica de enfoques más colaborativos para la resolución de problemas (*Process-legitimacy*).

ii) *Crowdlaw* pretende mejorar la calidad y la eficacia de los *resultados* al permitir que la autoridad normativa interactúen con un público más amplio utilizando métodos diseñados para satisfacer las necesidades tanto de las instituciones como de las personas. Es decir, se mejora los resultados³⁴⁷ (*Output-legitimacy*).

iii) *Crowdlaw* se enfoca en obtener *experiencia* e *ideas* en lugar de *opiniones*³⁴⁸. No debe asimilarse a sondeos de opinión o una forma de ganar adeptos para causas políticas partidistas, es un diseño para aplicar la inteligencia colectiva a la resolución de

³⁴⁷ Landemore, H. (2017), Beyond the Fact of Disagreement? The Epistemic Turn in Deliberative Democracy, in: *Social Epistemology* 31, pp. 277–295.

³⁴⁸ Noveck, B. S. (2018). *Crowdlaw: Collective Intelligence and Lawmaking*. *Analyse & Kritik*, 40(2), 359–380. p. 366.

problemas a través de la experiencia de la multitud. Desde esta perspectiva, *crowdlaw* sería un instrumento tecnológico para *obtener pericia*, experiencia, ideas y datos en lugar de opiniones³⁴⁹, mediante el uso de big data e inteligencia colectiva. La experiencia arraigada en la experiencia en vivo o en hechos científicos está ampliamente distribuida en la sociedad. Hemos sido testigos de un cambio de expertos acreditados a expertos ciudadanos en todo, desde reseñas de restaurantes hasta asesoramiento médico. *CrowdLaw* proporciona una forma de vincular esta experiencia distribuida con el gobierno. Además, presagia un futuro en el que gobernar es menos algo perpetrado sobre el público que algo hecho en colaboración con los ciudadanos, permitiéndoles participar activamente. En cada etapa, desde la identificación del problema hasta la evaluación, la mejora de los resultados puede requerir la obtención de información e ideas además de evaluar opiniones. Ambos son importantes pero requieren diferentes diseños para lograrlos.

iv) *Crowdlaw* enfatiza los mecanismos para poder digerir todo el conocimiento recopilado, no solo el diseño necesario para que las personas participen. En ese sentido, el proceso de *crowdlaw* se puede entender como un mecanismo para el *procesamiento de la información* proveniente de las experiencias de la multitud.

v) Aunque toma diferentes formas, los procesos de *crowdlaw* generalmente implican ceder cierto control sobre algún aspecto de la formulación de políticas, al menos en parte, a una audiencia más diversa. Esto constituye un cambio de sujeto de autoridad normativa. Mientras que los sujetos de autoridad normativa estaban plenamente identificados de conformidad al diseño institucional (presidentes, asambleas, funcionarios públicos en general, etc), el *crowdlaw* presenta una diversidad de sujetos que forman parte de una co-autoría normativa y por tanto constituye un sistema *descentralizado de creación normativa (open government*³⁵⁰).

Se coloca en esta línea por ejemplo, “*Parlement et Citoyens*” una plataforma que permite al público francés proporcionar información para la redacción legislativa a través de un proceso de consulta en línea de varios pasos. En la plataforma, los representantes pueden organizar una consulta que consta de tres a cinco oportunidades de participación diferentes (Figura 3). Por ejemplo, un representante plantea un problema que los

³⁴⁹ Landemore, H. (2012), *Democratic Reason. Politics, Collective Intelligence, and the Rule of the Many*, Princeton University Press.

³⁵⁰ Saxena, S. (2018), “Asymmetric Open Government Data (OGD) Framework in India”, *Digital Policy, Regulation and Governance* 20, no. 5 (2018): 434-48.

ciudadanos ayudan a definir, y para el cual luego ayudan a generar solución y evalúan las soluciones propuestas. Los ciudadanos también pueden participar en conversaciones por video con el representante. Al final del proceso, un informe concluyente explica si, cuándo y cómo se incorporaron los aportes de los ciudadanos en el proyecto de ley resultante. (Los procesos de consulta, aunque patrocinados por representantes que están presentes durante todo el proceso, en realidad son administrados por voluntarios.

vi) Al estar presente en todas las etapas del proceso legislativo, *crowdlaw* adquiere un rol protagónico en la *evaluación del resultado* del proceso legislativo o de política pública. No solo sirve como un mecanismo para mejorar los resultados del proceso legislativo, sino que una vez producidos, potencialmente puede tener la capacidad de evaluar si se cumplen o no los fines para los cuales se creó la iniciativa legislativa.

vii) Al tener una evaluación clara de los resultados obtenidos del proceso legislativo de creación de leyes, estos criterios también servirían para determinar responsabilidad o rendición de cuentas (*accountability*) a las autoridades normativas que emprendieron los procedimientos o fueron autores directos del resultado legislativo.

viii) La verdadera inteligencia colectiva es mucho más que una mera agregación de opiniones o incluso juicios, como pueden presuponer los defensores de las visiones agregativas o económicas de la democracia. Requiere un proceso colectivo de aclaración y argumentación mutua, en el que los ciudadanos y las instituciones públicas debe interactuar dialógicamente, y puede medirse por sus méritos epistémicos, su capacidad para tomar decisiones correctas³⁵¹.

ix) *CrowdLaw* es cualquier proceso de elaboración de leyes o políticas que ofrece una ocasión significativa para que el público participe en una o varias etapas de la toma de decisiones, diversificando las oportunidades de participación ciudadana y ampliándolas a cada etapa del ciclo de elaboración de leyes y políticas, incluidas, entre otras, limitado a los procesos de identificación de problemas, identificación de soluciones, elaboración de propuestas, ratificación, implementación o evaluación. Las formas tradicionales de participación, como las iniciativas o consultas ciudadanas, normalmente se enfocan solo en las primeras etapas de este ciclo sin tener en cuenta que permiten canales de compromiso para la co-creación, la co-implementación y la co-evaluación de impacto de leyes y políticas también puede ser extremadamente fructífero en términos de mejorar su calidad y eficacia.

³⁵¹ Estlund, D. (2007). *Democratic Authority. A Philosophical Framework*, Princeton.

Estas tesis dan cuenta de un *crowdlaw institucionalizado*, ya que tiene el potencial de afectar la forma en que se ejerce el poder, se toman las decisiones al interior del proceso legislativo. Está conectado conceptualmente con la elaboración de leyes y la toma de decisiones públicas de cualquier tipo y en cualquier nivel, desde la elaboración de una constitución hasta la legislación, la formulación de políticas. En esta modalidad, *crowdlaw* se diferencia de cualquier forma de participación en línea en que se centra principalmente en los órganos legislativos. En este escenario, se puede referirse a toda la gama de actividades legislativas, incluida la legislación, la regulación, la constitución e incluso la formulación de políticas.

Las formas tradicionales de participación política generalmente se concebían como mecanismos para agregar e infundir aportes directos al sistema representativo, en forma de referéndums, iniciativas populares. Un ejemplo de *crowdlaw* institucionalizado es *Mi senado* en Colombia. Es una aplicación para teléfonos móviles que se esfuerza por “acercar a los ciudadanos colombianos a la legislatura” a través de un mayor acceso a la información, canales de comunicación directos con los senadores y oportunidades de *votación* en tiempo real. Los ciudadanos colombianos pueden reaccionar y votar en las sesiones plenarias parlamentarias en tiempo real y recibir notificaciones automáticas para saber cuándo están programadas las sesiones plenarias en vivo para que puedan participar. A través de la aplicación, los usuarios también tienen acceso a los registros de asistencia y votación de los representantes electos.

Por otra parte, *crowdlaw* comprende una variedad de formas en las que los ciudadanos comunes pueden participar directamente en las deliberaciones institucionales de manera indirecta y los procesos de toma de decisiones para contribuir a su calidad de la legislación. En consonancia, las iniciativas de *crowdlaw* pueden ser desarrolladas en un nivel no institucional (vedurías, ONG’s, grupo de ciudadanos interesados) que utilizan los beneficios de las nuevas tecnologías para formar parte del procedimiento legislativo y post-legislativo en todos sus niveles. En estos casos se estaría de frente a un *crowdlaw no-institucionalizado*³⁵². Debido a que los *inputs* y los *outputs* coadyuvan al proceso legislativo de forma indirecta. Además, este tipo de plataformas no constituye un canal institucional puesto que no refleja un diseño entre la institución reguladora y la multitud.

³⁵² Habermas ha puesto de relieve el «modelo de dos vías» de la deliberación pública: la institucional y la no-institucional que interactúan de forma argumentativa. Véase Habermas, J. (1996), *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, (Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy, transl. by William Rehg, Cambridge/MA.

En América Latina, son múltiples las iniciativas no institucionales que han ocupado las potencialidades de internet y las nuevas tecnologías para desarrollar herramientas de participación de los procesos de toma de decisión. La ONG *Asuntos del Sur*, con su red de capítulos nacionales es parte de este tipo de iniciativas; también *Social Tic* de México, que busca empoderamiento de líderes y uso estratégico de tecnologías digitales y datos para incidir socialmente; *Apertura Radical*, en Ecuador, es una iniciativa que busca promover la transparencia y colaboración en espacios digitales (desde *software* libre hasta *hardware* de código abierto, desde los bienes comunes creativos hasta el *open science*).

La mejora de nuestros procesos de elaboración de leyes y políticas ha oscilado tradicionalmente entre dos ideales que a veces se considera que empujan en sentido opuesto. El ideal de *legitimidad democrática*, que enfatiza la plena inclusión de los puntos de vista de todos, y el ideal de *calidad epistémica*, que enfatiza tener los mejores resultados. Si bien el foco de atención más común es la legitimidad, la agenda de investigación de *crowdlaw* está diseñada para explorar también el impacto de los nuevos procesos tecnológicos en la calidad y eficacia de las decisiones públicas³⁵³.

2. Las críticas heurísticas a la aplicación del *crowdlaw*

En un libro del año 2006 titulado «*Infotopia. How Many Minds Produce Knowledge*» Cass Sunstein, a propósito del auge de la «sociedad de la información» mostraba con cautela las nuevas formas de compartir y agregar información a través de internet. En el libro, mostraba como los *wikis*³⁵⁴ pretendían cubrir una amplia gama de las interacciones sociales, desde la política y planes de negocios hasta los deportes y prácticas culturales a través de los *software* de código abierto que permite que un gran número de personas participen en el desarrollo tecnológico. Sunstein muestra cómo los usuarios pueden asimilar información agregada sucumbiendo a errores heurísticos que dificultan los procesos de participación (creación, agregación, modificación y cancelación) que estas plataformas pretenden estimular.

Estos errores heurísticos pueden resumirse en los siguientes: i) *amplificación de los errores*. Los seres humanos no procesan bien la información, puesto que hacen uso de

³⁵³ Alsina, V. & Martí, J.L. (2018). “The Birth of the CrowdLaw Movement: Tech-Based Citizen Participation, Legitimacy and the Quality of Lawmaking”. *Analyse & Kritik*, vol. 40, no. 2, pp. 337-358.

³⁵⁴ El término *wiki* proviene del hawaiano, significa «rápido». Es un término con el que se alude a una comunidad virtual que puede participar en las páginas *webs* creando, modificando, corrigiendo o eliminando contenidos que se comparten.

heurísticas, o reglas empíricas, que los llevan a cometer errores predecibles. Están sujetos a sesgos identificables, que pueden producir grandes errores. Por ejemplo, las personas se equivocan porque usan la heurística de disponibilidad para responder preguntas difíciles sobre probabilidad³⁵⁵. El uso de la heurística de disponibilidad no es irracional, pero puede conducir fácilmente a errores serios de hecho. La mayoría de las personas también son sorprendentemente vulnerables al encuadre efectos (*framing effects*), tomando diferentes decisiones dependiendo de la redacción del problema³⁵⁶.

Los seres humanos también siguen la heurística de representatividad (*representativeness heuristic*), según la cual nuestros juicios de probabilidad están influenciados por evaluaciones de semejanza. Para efectos de evaluar la deliberación, una pregunta central es si los grupos deliberantes evitan los errores de los individuos que los componen. Si la mayoría de las personas se equivocan, por ende, los grupos estadísticos también se equivocarán. No hay evidencia clara de que los grupos deliberantes eliminen los efectos de la heurística y los sesgos a través de la aspiración de corrección de los errores individuales a través de la deliberación. El hallazgo más general es que la deliberación puede ayudar cuando uno o unos pocos miembros del grupo tienen sesgos, pero cuando un sesgo es ampliamente compartido, las interacciones grupales en realidad aumentarán su efecto. Los grupos deliberantes amplifican, en lugar de atenuar, la confianza en la heurística de representatividad³⁵⁷.

ii) Perfiles ocultos y conocimiento común (*hidden profiles and common knowledge*). Los sesgos denominados «perfiles ocultos» se ha convertido en el término estándar para los conocimientos precisos que los grupos pretenden llegar a obtener pero no lo hacen. Es más probable que los grupos discutan información que todos los miembros del grupo “ya conocen” al comienzo del proceso de decisión grupal (información compartida), mientras que es menos probable que la información única que solo poseen los miembros individuales del grupo (información no compartida) ser mencionado³⁵⁸. Los perfiles ocultos son un claro fracaso de la agregación de información

³⁵⁵ Sunstein, C. (2006). *Infotopia. How Many Minds Produce Knowledge*, New York: Oxford University Press. p. 75.

³⁵⁶ Para mayor ahondamiento, véase Lakoff, G. (2004). *Don't Think of an Elephant! : Know Your Values and Frame the Debate: the Essential Guide for Progressives*. White River Junction, Vt.: Chelsea Green Pub. Co.

³⁵⁷ Mark F. Stasson et al., (1988). “Group Consensus Approaches on Cognitive Bias Tasks: A Social Decision Scheme Approach,” *Japanese Psychological Research Journal* 30 : pp. 74–75.

³⁵⁸ Reimer, Torsten & Hoffrage, Ulrich. (2005). Can Simple Group Heuristics Detect Hidden Profiles in Randomly Generated Environments? *Swiss Journal of Psychology*. 64. pp. 21-37.

y son demasiado comunes. Los perfiles ocultos son, a su vez, un producto del efecto de conocimiento común (*common knowledge effect*), a través del cual la información en poder de todos los miembros del grupo tiene mucha más influencia en los juicios del grupo que la información en poder de unos pocos miembros³⁵⁹. La consecuencia del sesgo denominado *common knowledge effect* es que la información en poder de todos o la mayoría de los miembros del grupo tiene la mayor influencia en los juicios del grupo, mucho más que la información en poder de un miembro o unos pocos³⁶⁰.

iii) Presión social (*social pressures*). La información que tienen todos o la mayoría de los miembros del grupo influye en los juicios individuales, y esos juicios, a su vez, afectarán los juicios del grupo³⁶¹. Los integrantes del grupo que no tienen experiencia o que se cree que ocupan un lugar “bajo” en la jerarquía son particularmente reacios a enfatizar su información privada a medida que avanza la discusión, esto es, se muestran “más tímidos”. Este hallazgo sugiere que los miembros del grupo, especialmente los de “estatus más bajo” ya sea por su experiencia, su nivel sociocultural o condición epistémica, se muestran nerviosos por enfatizar información de la que carecen la mayoría de los miembros del grupo. A este tipo de miembros se los denomina “miembros cognitivamente periféricos” ya que tienen poca influencia en el grupo. Quienes poseen información de manera única terminan participando menos que quienes han compartido información, y lo que tienen que decir no se valora mucho. En muchos grupos de deliberación, las personas que enfatizan la información que se posee de manera única asumen un riesgo social evidente. Aquellos que discuten información compartida obtienen recompensas en forma de un mayor sentido de competencia a los ojos de los demás miembros del grupo y también a ojos de los grupos periféricos.

Los perfiles ocultos están estrechamente relacionados con las cascadas de información, que perjudican mucho los juicios grupales. Las *cascadas (informational cascades)* son un fenómeno descrito en la economía del comportamiento en el que varias personas toman la misma decisión de manera secuencial no necesitan involucrar deliberación, pero los procesos deliberativos a menudo involucran cascadas. Como en el caso de los perfiles ocultos, el punto central es que los involucrados en una cascada no

³⁵⁹ Daniel Gigone and Reid Hastie. (1993). The Common Knowledge Effect: Information Sharing and Group Judgments. *Journal of Personality and Social Psychology* 65: pp. 971–73.

³⁶⁰ Daniel Gigone and Reid Hastie. (1993). The Common Knowledge Effect: Information Sharing and Group Judgments. *Journal of Personality and Social Psychology* 65: pp. 971–73. p. 973.

³⁶¹ Daniel Gigone and Reid Hastie. (1993). The Common Knowledge Effect: Information Sharing and Group Judgments. *Journal of Personality and Social Psychology* 65: pp. 971–73. p. 960.

revelan lo que saben. Las personas que están en la cascada no divulgan la información que tienen en privado. Esto conlleva consecuencias: la decisión del grupo no refleja el conocimiento general o el conocimiento agregado de los integrantes del mismo. En una cascada reputacional, las personas creen que saben lo que es correcto, o lo que es probable que sea correcto, pero, no obstante, siguen la corriente de la multitud para mantener la “buena opinión de los demás”. En el mundo real de las decisiones grupales, la gente, por supuesto, no está segura de si las declaraciones expresadas públicamente son producto del conocimiento independiente, la participación en una cascada de información o la presión de la reputación. La mayor parte del tiempo, los oyentes y observadores probablemente exageran hasta qué punto las acciones de los demás se basan en información independiente. Como resultado, los grupos de deliberación a menudo fracasan en sus objetivos.

iv) La *polarización*. Existen vínculos claros entre los perfiles ocultos, las cascadas sociales y el fenómeno bien establecido de la *polarización grupal*, por el cual los miembros de un grupo deliberante suelen terminar en una posición *más extrema* de acuerdo con sus tendencias antes de que comenzara la deliberación³⁶². La polarización grupal es una patrón habitual con los grupos deliberantes. Las causas de la polarización son muy variadas³⁶³. La primera y más importante implica influencias informativas. En cualquier grupo con alguna inclinación inicial, las opiniones de la mayoría de las personas en el grupo inevitablemente estarán sesgadas en la dirección de esa inclinación. Una gran cantidad de trabajo sugiere que la polarización grupal aumenta cuando las personas tienen un sentido de *identidad compartida*, y este punto ayuda a sugerir otra explicación de la polarización.

Estos errores heurísticos, a mi parecer distorcionan el contenido *sustantivo* de la deliberación que se pretende alcanzar con herramientas propias del *crowdlaw* dentro del proceso legislativo. Los contenidos sustantivos (como pueden ser la justicia y la legitimidad de determinada decisión legislativa) parecen ser cruciales para cualquier estándar complejo de calidad de la elaboración de leyes. Parece natural suponer que la legitimidad será al menos parte del estándar que medirá la calidad del *proceso* de

³⁶² Brown, R., & Pehrson, S. (2019). *Group Processes: Dynamics within and Between Groups*. Hoboken: New Jersey: John Wiley & Sons. p. 202-6.

³⁶³ Baron RS, Hoppe SI, Kao CF, Brunzman B, Linneweh B, Rogers D. (1996). Social Corroboration and Opinion Extremity. *J Exp Soc Psychol.*; 32(6):537-60.

elaboración de leyes, es decir, responderá a la pregunta: ¿Qué tan legítimo es el proceso de elaboración de leyes bajo la implementación del *crowdlaw*?

Mientras que la justificación sobre un contenido de justicia jugará necesariamente un papel -si es que lo tiene- en la evaluación de la calidad de los *resultados* de la elaboración de leyes. Es decir, responderá a la pregunta: ¿qué tan justos son los resultados alcanzados por la implementación del *crowdlaw*?

3. *Crowdlaw* como un método de legitimidad democrática

La teoría democrática más afín a la idea de *crowdlaw* es la teoría *epistémica* de la democracia deliberativa y participativa. La concepción de la democracia epistémica está basada en la confianza de que el procedimiento democrático genera, en grados variables según la medida en que se satisfacen esas exigencias, una dinámica de acción colectiva que tiene una tendencia mayor a aproximarse a decisiones *imparciales* que cualquier otro procedimiento alternativo de decisión³⁶⁴. Esta concepción no solo está generada por la *publicidad* del debate y la necesidad estratégica de obtener mayor apoyo mayoritario, sino también por la *participación* de todos los participantes en el debate político, y en la decisión y oportunidad que todos tienen de hacer conocer a los demás sus intereses: por la exigencia de que las soluciones que se propugnen se justifiquen. Este tipo de teoría democrática tiene como objetivo alcanzar la *verdad* dentro del procedimiento democrático imparcial en la formación de las opiniones a través de la deliberación integrando las convicciones compartidas de los sujetos ³⁶⁵.

A su vez, el proceso democrático de decisión colectiva, al reemplazar la exigencia de consenso unánime de ese discurso por la decisión mayoritaria en un momento prefijado preserva parte del valor epistémico de aquel consenso, gracias a una serie de factores subyacentes a ese proceso que determinan una dinámica de interacción que tiende a la *imparcialidad*.

Autoras como Cristina Lafont distingue entre el rol epistémico del procedimiento deliberativo y la función socialmente integradora del acuerdo de opiniones que se llega

³⁶⁴ Nino, C.S. (1991). La democracia epistémica puesta a prueba. Respuesta a Rosenkrantz y Ródenas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 10. p. 300.

³⁶⁵ Habermas, J. (2023). Comentarios sobre Democracia sin atajos de Cristina Lafont. *Revista Derecho del Estado*, 55. p. 8.

mediante la deliberación³⁶⁶. Las deliberaciones políticas conducen no solo a creencias *verdaderas* o *correctas*, sino también a la puesta en común de las convicciones compartidas intersubjetivamente. Esta es quizás la fuente de la que derivan su legitimidad las políticas y leyes vinculantes y, en última instancia, el orden político en su conjunto.

Crowdlaw vendría a operar como mecanismo democrático que aboga por la dimensión de la justificación mutua con los aspectos epistémicos propiamente dichos. Si bien *crowdlaw* no garantiza que los participantes hagan un uso público de la razón, inducen a que lo hagan con mayor probabilidad que cualquier otro método de decisión. Veamos algunos ejemplos.

“*E-Democracia*” es una plataforma de participación dirigida por The Hacker Lab que brinda al público brasileño tres oportunidades de participación: (1) redacción legislativa colaborativa a través de WikiLegis (*drafting*); (2) participación con diputados en un foro de discusión (Express o) y; (3) audiencias públicas a través de Internet conferencias con los representantes. A través de las diversas herramientas, *E-Democracia* permite a los ciudadanos proponer y editar textos legislativos con múltiples oportunidades para la respuesta del gobierno. Los informes finales aseguran que los ciudadanos entiendan cómo y cuándo su actividad en la plataforma informó el proyecto de ley.

Dentro del proceso legislativo se puede encontrar las siguientes fases: la configuración de la agenda que comprende la elaboración de qué temas abordar y legislar. En este marco, el “empirismo” que propugna *crowdlaw* puede ser considerado en el proceso legislativo a través de la contribución pública de experiencia e información al darle al público la oportunidad de proponer, priorizar y criticar los problemas a abordar; la elaboración de las propuestas. Por ejemplo, «*Parlement & Citoyens*» en Francia permite a los ciudadanos presentar propuestas sobre las causas y soluciones al problema planteado por el representante.

Este tipo de plataformas se trata de redes más centradas en el individuo y basadas en lo que Castells llama relaciones terciarias, ya no sustentadas en las relaciones familiares, de comunidad territorial ni de asociación, sino vinculadas a la identidad personal³⁶⁷. Se relaciona en parte con la crisis de legitimidad política por la distancia

³⁶⁶ Lafont, C. (2020). *Democracy without Shortcuts. A participatory conception of deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, p. 98.

³⁶⁷ Castells, M y P. Chemla (2001), *La galaxia Internet*. Barcelona: Debolsillo.

creciente entre ciudadanos y Estado, llevando a que el individuo se retire de la esfera pública tradicional y se repliegue en lo que se ha llamado “individualismo en red³⁶⁸”.

Como manifiesta Castells, el individualismo en red constituye un modelo social, no una colección de individuos aislados. Los individuos construyen sus relaciones en línea y de manera presencial sobre la base de sus intereses, valores, afinidades y proyectos. Debido a la flexibilidad y el poder de comunicación de Internet, la interacción social en línea juega un papel cada vez más importante en la organización social en su conjunto. Vinculado con la virtualización de las comunicaciones, el ámbito digital abre la posibilidad de que las relaciones sociales dependan menos de la localización geográfica y potencie los vínculos basados en los intereses de las personas³⁶⁹.

Siendo el *crowdlaw* un tipo de *crowdsourcing*, constituye un método que busca alcanzar las fuentes primarias de información sobre un tema por medio de la llamada abierta y voluntaria a participar en el desarrollo de una tarea en línea³⁷⁰. Esto bajo el supuesto que la experiencia está distribuida en la sociedad y que los talentos de las personas pueden ser usados para una gobernanza exitosa.

4. Crowdlaw como especie de crowdsourcing

En la edición de junio de 2006 de la revista *Wired*, el periodista Jeff Howe acuñó por primera vez el término «*crowdsourcing*» en su artículo «*The Rise of Crowdsourcing*». Posteriormente, publicó un blog complementario llamado «*Crowdsourcing: Tracking the Rise of the Amateur*» en donde explica que el *crowdsourcing* representa el acto de una empresa o institución de tomar el trabajo de la red de trabajadores a través de una convocatoria abierta. El acuño del término se vio motivado gracias a la publicación del libro *The wisdom of crowds* de James Surowiecki que tuvo un notable impacto en los estudios sobre organizaciones colectivas y de cómo a través de la inteligencia de los grupos, se podía obtener insumos para solucionar problemas prácticos.

Bajo la premisa del libro de Surowiecki, el *crowdsourcing* es el resultado de una historia de cooperación, agregación, trabajo en equipo, consenso y creatividad. Es un

³⁶⁸ Wellman, B. y otros (2001), “Does the Internet increase, decrease, or supplement social capital? Social networks, participation, and community commitment”, *American behavioral scientist*, 45(3), 436-455. p. 152.

³⁶⁹ Meikle, G. (2016). *Social media: communication, sharing and visibility*. Routledge.

³⁷⁰ Brabham, D. C. (2013). *Crowdsourcing*. Cambridge, MA: MIT Press.

nuevo arreglo para hacer el trabajo, pero también es un fenómeno en el que, cuando las condiciones son adecuadas, los grupos de personas pueden superar a los expertos individuales: individuos no indentificados pueden aportar nuevos conocimientos a los problemas internos y las personas geográficamente dispersas pueden trabajar juntas para producir políticas y diseños que son beneficiosas para quienes cooperan.

A esta nueva forma de obtener insumos (*inputs*) a través del uso de la inteligencia colectiva y las nuevas tecnologías le siguieron nuevas formas de organizaciones colectiva basadas en la programación y diseño de plataformas que recogen, procesan e implementan los resultados obtenidos de estas relaciones.

A partir de allí, basta recorrer la extensa literatura que se ha desarrollado hasta el momento tanto en el plano teórico como práctico para dar cuenta de este fenómeno. En el plano *teórico* encontramos los debates entorno a la extensión del término y a identificar si determinadas dinámicas a través del uso de plataformas digitales corresponden o no a la definición de *crowdsourcing*. Por su parte, el plano *práctico* pone de relieve las experiencias y los resultados de dichas prácticas mostrando sus ventajas y desventajas de conformidad al tipo de trabajo y los objetivos que se pueden alcanzar con este modelo de organización de trabajo. Dejando claro esta división, las siguientes líneas versarán sobre el plano teórico para determinar: i) ¿Qué se entiende por «*crowdsourcing*»?; ii) ¿cuál es la diferencia entre el crowdsourcing activo y pasivo?; iii) ¿Qué tipos de crowdsourcing se pueden identificar a partir de las definiciones que ofrece la literatura al respecto?; y finalmente, iv) ¿Qué relación tiene el crowdsourcing con la inteligencia colectiva?

5. ¿Qué se entiende por «*crowdsourcing*»?

Como ya se dijo, el primer uso del término lo realizó Howe. El autor definió el *crowdsourcing* como un modelo de producción y resolución de problemas distribuidos en línea que aprovecha la inteligencia colectiva de las comunidades en línea para cumplir objetivos organizacionales específicos. Las comunidades en línea, también llamadas multitudes (*crowd*), tienen la oportunidad de responder a las actividades de *crowdsourcing* promovidas por la organización y están motivadas para responder por una variedad de razones (beneficios directos del resultado de la actividad, beneficios económicos, reconocimiento social, etc.)

En el *crowdsourcing*, convergen un proceso compartido de creación abierta (*open creation*) de la producción creativa de bienes e ideas de abajo hacia arriba (*bottom-up*) por parte de la multitud y una gestión de arriba hacia abajo (*up-bottom*) por parte de los encargados de servir los intereses estratégicos de una organización. Este proceso compartido entre una organización y la multitud hace que el *crowdsourcing* sea distinto de procesos creativos que aparentan ser similares pero que siguen las viejas formas de producción creativa centralizada y poco colaborativas con respecto a la información proporcionada por la multitud³⁷¹. Se puede decir que la interacción entre la organización (*crowdsourcer*) y la multitud (*crowd*) es crucial para el *crowdsourcing* porque asegura un resultado mutuamente beneficioso que probablemente no podría haber existido sin los esfuerzos cocreativos de ambas partes.

Otros autores como Estellés-Arolas y González-Ladrón-de-Guevara definen al *crowdsourcing* como un tipo de actividad *online* de carácter participativa en la que un individuo, una institución, una organización sin fines de lucro o una empresa propone una tarea a un grupo de personas de diversos conocimientos, heterogeneidad y número, a través de una convocatoria abierta y flexible.

La realización de la tarea, de complejidad y modularidad variable, y en la que la multitud debe participar aportando su trabajo, dinero, conocimientos y/o experiencia, siempre conlleva un *beneficio mutuo*. La multitud recibirá la satisfacción de un determinado tipo de necesidad, ya sea económica, de reconocimiento social, de autoestima o de desarrollo de habilidades individuales, mientras que el *crowdsourcer* (quien realiza el diseño y la gestión de la tarea) obtendrá y utilizará en su beneficio lo que el usuario ha aportado al emprendimiento, cuya forma dependerá del tipo de actividad que se realice³⁷².

Cuando el lugar del control de la tarea reside solamente en la organización (*crowdsourcer*), la multitud (*crowd*) se convierte en un mero peón en los objetivos generales de la organización. Para los autores citados, esta práctica no constituirá un *crowdsourcing* puesto a que el beneficio solo se inclina hacia el *crowdsourcer*. Para

³⁷¹ Bajo esta definición los proyectos de *software* de código abierto (por ejemplo *wikipedia*) no serían un ejemplo de *crowdsourcing* porque los bienes comunes que se organizan y producen, no están encargados de servir a los intereses estratégicos de la organización. Estos bienes comunes son solo gestionados (*bottom-up*).

³⁷² Estellés-Arolas, Enrique, and Fernando González-Ladrón-de-Guevara. (2012). Towards an Integrated Crowdsourcing Definition. *Journal of Information Science* 38 (2):189–200.

Estellés-Arolas y González-Ladrón-de-Guevara el beneficio mutuo es un elemento constitutivo del *crowdsourcing*.

Con respecto a *la persona que inicia la actividad*, el «*crowdsourcer*» la mayoría de los autores lo identifican implícita o explícitamente, como una empresa³⁷³. Sin embargo, en la definición germinal realizada por Howe también se incluye instituciones u organizaciones sin especificar si son empresas o no. Cierta literatura emplea el término «solicitante» o «*crowdsourcer*» sin especificar características. Se puede concluir que una definición abierta del *crowdsourcer* identifica a cualquier entidad que disponga de los medios para llevar a cabo la iniciativa considerada, ya sea una empresa, institución pública o privada, organización sin ánimo de lucro o un particular.

Con respecto al *modelo de gestión*, para ciertos autores, cuando el lugar del control de la tarea reside solamente en la comunidad (*crowd*), como en *Wikipedia* o en proyectos de software de código abierto, la multitud se autogobierna y proporciona sus propios objetivos estratégicos, no existiría *crowdsourcing* puesto que el *crowdsourcer* o la organización (que en estos casos diseña la plataforma) sería un sujeto meramente incidental al trabajo de la multitud. El *crowdsourcer* no recoge, ni administra la información proporcionada por la multitud. Además, tampoco se beneficia.

Con respecto a la *multitud (crowd)* es posible distinguir dos características de las multitudes: el número de personas y su calidad o tipología. En cuanto al número, la mayoría de los autores hacen referencia a un grupo indeterminado y numeroso de individuos, un grupo de personas que no necesariamente se conocen entre sí, y un público heterogéneo³⁷⁴. La única excepción son las comunidades en línea ya establecidas, donde existe una mayor posibilidad de que las personas se conozcan entre sí. En cuanto a la calidad o tipo de multitud, este se obtiene describiendo las características que identifican a los individuos (usuarios, consumidores, amateurs, estudiantes, profesionales, jóvenes, científicos, etc.). Si las multitudes son relativamente homogéneas y de élite en su composición, entonces la práctica de *crowdsourcing* pueden reproducir los valores hegemónicos de quienes están en el poder a través de su participación. Esto es especialmente problemático cuando el proceso de decisión de los insumos es democrático.

³⁷³ Burger-Helmchen T. and Penin J., (2010). The limits of crowdsourcing inventive activities: What do transaction cost theory and the evolutionary theories of the firm teach us?. In: *Workshop on Open-Source Innovation*, Strasbourg, France.

³⁷⁴ Wexler, M. N. (2011). Reconfiguring the sociology of the crowd: exploring crowdsourcing, *International Journal of Sociology and Social Policy* 31 (1) pp. 6-20.

Con respecto a la *tarea* que debe realizar la multitud, se detectan dos tendencias; uno más general y otro más concreto. La tendencia general incluye dos grupos de autores. El primero considera que la multitud debe simplemente realizar tareas, especificando en ocasiones la dificultad o el tamaño de estas tareas, una característica dada como ser realizado a través de la web³⁷⁵. La segunda se refiere a que la multitud tiene que resolver problemas, en muchos casos de empresas³⁷⁶. Los autores también hacen referencia de manera general a lo que la multitud debe emprender: una función o actividad, un trabajo, o simplemente contribuir a la empresa. Sobre la tendencia específica, otros autores hacen referencia al desarrollo de un nuevo producto, o a la explotación de ideas creativas (generación de ideas).

Teniendo en cuenta estos elementos se puede concluir que los rasgos característicos del *crowdsourcing*, según la literatura relevante son: i) una organización (*crowdsourcer*) que tiene ii) una tarea que necesita realizar; iii) una comunidad (*crowd*) que está dispuesta a realizarla voluntariamente; iv) un entorno en línea que permite que el trabajo se lleve a cabo lugar; y finalmente, v) un *beneficio mutuo* para la organización (i) y la comunidad (ii).

5.1. Crowdsourcing activo y pasivo

El *crowdsourcing* puede dividirse al menos en dos grandes grupos: *crowdsourcing activo* y *pasivo*. El *crowdsourcing activo* tiene al menos dos modalidades. La primera es el *crowdsourcing dirigido*, donde un solo individuo intenta reclutar y guiar a un gran grupo de personas para ayudar a lograr un objetivo; la segunda es el *crowdsourcing autodirigido*, donde un grupo se reúne en función de un interés compartido y persigue ese objetivo juntos.

En lo que respecta al *crowdsourcing pasivo*, la multitud o el colectivo no se reúnen ni coordinan, pero es posible extraer información de sus patrones de comportamiento colectivo. A menudo, el *crowdsourcing* se percibe como que requiere que un solicitante obtenga directamente el esfuerzo humano. Sin embargo, la relación entre el solicitante y la multitud también puede ser *indirecta*. En el *crowdsourcing pasivo*, la multitud produce

³⁷⁵ Yang J., Adamic L.A. and Ackerman M.S., Crowdsourcing and knowledge sharing: strategic user behaviour on taskcn. In: *Proceedings of the 9th ACM conference on Electronic commerce*. (2008). ACM, New York. 246-255.

³⁷⁶ Brabham D. C., (2008). Crowdsourcing as a Model for Problem Solving: An Introduction and Cases, *Convergence: The International Journal of Research into New Media Technologies* 14(1) 75-90.

un “producto de trabajo” útil simplemente como parte de su comportamiento habitual (*ordinary behavior*). En lugar de dirigir los esfuerzos de la multitud como en los escenarios activos, el solicitante monitorea pasivamente los rastros de comportamiento y los aprovecha³⁷⁷. La multitud aquí está trabajando para el “solicitante”, están ayudando a organizar los resultados de búsqueda, pero esto es simplemente un efecto secundario (*side-effect*) de cómo usarían el sistema normalmente, que es encontrar resultados de interés.

La dificultad de este enfoque es que los sistemas de *crowdsourcing pasivo* están diseñados explícitamente para evitar interferir con el comportamiento “ordinario” del trabajador. Esto requiere instrumentación, calibración e inferencia efectivas que permitan al diseñador del sistema pasar de una señal ruidosa, que en el mejor de los casos está débilmente conectada con el producto de trabajo deseado, a algo útil. Por ejemplo, el motor de búsqueda no le pide directamente al usuario final que indique qué resultado es el mejor, sino que observa el comportamiento del *clic* e infiere el mejor resultado.

El objetivo de este enfoque es la captura de medidas específicas mediante la extracción de medidas indirectas basadas en los comportamientos de *acreción* y *erosión* de las poblaciones a medida que se mueven en su vida diaria. Los comportamientos de *acreción* son aquellos que involucran la extracción de artefactos. Esto puede implicar todo, desde catalogar lo que las personas tiran en sus botes de basura y ponen en la acera para comprender los patrones de consumo de alimentos³⁷⁸ hasta el seguimiento de las actualizaciones de estado en Twitter para comprender la propagación de enfermedades³⁷⁹. Por el contrario, los patrones de *erosión* rastrean el (tradicionalmente) desgaste físico de un objeto.

Aunque la noción de “erosión” es menos obvia en contextos digitales, sistemas como *Waze* han analizado de manera similar caminos individuales (medidos por huellas de teléfonos celulares) para identificar la ruta más rápida de un lugar a otro.

³⁷⁷ Como un ejemplo simple, tome un motor de búsqueda web que recopila registros de usuario de comportamiento de búsqueda y clic (es decir, en qué resultados se hace clic después de la búsqueda). El sistema observa que cuando la mayoría de los usuarios buscan algún concepto (digamos, “árboles frutales”) concluyen su sesión de búsqueda en una entrada particular en la página de resultados de búsqueda (digamos, el tercer resultado). A partir de esto, el sistema infiere que la tercera página es probablemente la mejor respuesta a la consulta y el resultado se eleva a la parte superior de la lista. G. Culliss. 2000. Method for organizing information. (June 20 2000). US Patent 6,078,916.

³⁷⁸ William L Rathje and Cullen Murphy. (2001). *Rubbish!: the archaeology of garbage*. University of Arizona Press.

³⁷⁹ Adam Sadilek, Henry A Kautz, and Vincent Silenzio. (2012). Modeling Spread of Disease from Social Interactions. In *ICWSM*.

Muchos sistemas y comportamientos cambian con el tiempo (por ejemplo, los *resultados del motor* de búsqueda cambian, un sistema de redes sociales se usa de manera diferente o la interfaz agrega funciones adicionales o elimina otras). En consecuencia, es necesario tener mucho cuidado en estos sistemas pasivos para garantizar que los modelos y las inferencias sigan siendo predictivos a lo largo del tiempo³⁸⁰. Idealmente, un sistema de multitud pasivo mediría el comportamiento de la manera más cercana posible a lo que realmente es el objetivo de la medición, y que cualquier inferencia se actualice.

5.2. Otros tipos de *crowdsourcing*

Comúnmente se entiende que las tipologías se encargan de resumir las diversas características, situaciones, fenómenos que comparten algún carácter más evidente o notorio y que puede identificarse como modelo o prototipo diferenciado. Teniendo en cuenta este presupuesto, este acápite mostrará dos tipos de tipologías. La primera desarrollada por el Howe, el autor que acuñó el término *crowdsourcing* y que prefiero llamar *modalidades de crowdsourcing*. La segunda, presentará una tipología a razón de los *sujetos* que forman parte del *crowdsourcing* y a razón del *problema* que se quiere solucionar. Empezemos por la propuesta de Howe³⁸¹.

El autor americano identificó diversas modalidades del *crowdsourcing*, a saber: i) *crowdwisdom* relacionadas con la inteligencia colectiva que divide en: a) predicción de mercados, que consiste en averiguar el resultado de eventos a partir del conocimiento de la multitud plasmado físicamente en la compra-venta de acciones; b) competiciones o *crowdcasting*, donde, tras proponer un problema o reto a la multitud, se premia únicamente a aquel que primero lo resuelva; c) tormenta de ideas en línea o *crowdstorming*, que es una tormenta de ideas pero con una participación masiva³⁸².

ii) *Crowdproduction* (también llamada *crowdcreation*) relacionadas con tareas creativas y que buscan la obtención de un producto (ya sea en forma de diseño de un coche, en forma de un post de un blog, o de un logotipo, por ejemplo). Aquí, el promotor

³⁸⁰ David M Lazer, Ryan Kennedy, Gary King, and Alessandro Vespignani. (2014). The Parable of Google Flu: Traps in Big Data Analysis.

³⁸¹ Una propuesta similar ha sido esgrimida por Ross Dawson, quien ofreció una clasificación que se centró en seis funciones del *crowdsourcing*: plataformas de innovación distribuida (*distributed innovation platforms*), plataformas de ideas (*idea platforms*), premios a la innovación (*innovation prizes*), mercados de contenido (*content markets*), mercados de predicción (*prediction markets*) y plataformas de competencia (*competition platforms*).

³⁸² Howe, J. (2008) *Crowdsourcing: How the Power of the Crowd is Driving the Future of Business*. Business Books: Great Britain.

de la iniciativa (crowdsourcer) externaliza actividades que necesitan la energía creativa de los colaboradores para obtener un nuevo producto o servicio (una base de datos o cualquier tipo de contenido generado por los usuarios). Wikipedia es un ejemplo.

iii) *Crowdvoting*, destinadas a recoger la opinión de los usuarios sobre un diseño, una prenda de ropa, votar en el senado, etc. Recoge también opiniones de los usuarios (ejemplo *Threadless*, empresa de camisetas que pide a los usuarios que elijan sus diseños referidos para lanzarlos al mercado.)

iv) *Crowdfunding*, que son tareas que buscan la obtención de fondos económicos. En este supuesto, se pide una cantidad determinada de dinero a cambio de una recompensa. Como esos casos de *crowdfunding* donde cualquier tipo de profesional puede buscar financiación³⁸³. Esto quiere decir que el *crowdsourcing* no solo sugiere un modelo de negocio para las empresas, sino que también es una herramienta potencial de resolución de problemas para el gobierno y el sector sin fines de lucro³⁸⁴. Por tanto, se puede concluir que el crowdsourcer puede ser cualquier entidad que disponga de los medios para llevar a cabo la iniciativa considerada, ya sea una empresa, institución, organización sin ánimo de lucro o un particular.

En los casos de *crowdfunding* donde cualquier tipo de profesional puede buscar financiación³⁸⁵. Esto quiere decir que el *crowdsourcing* no solo sugiere un modelo de negocio para las empresas, sino que también es una herramienta potencial de resolución de problemas para el gobierno y el sector sin fines de lucro³⁸⁶. Por tanto, se puede concluir que el *crowdsourcer* puede ser cualquier entidad que disponga de los medios para llevar a cabo la iniciativa considerada, ya sea una empresa, institución, organización sin ánimo de lucro o un particular.

La segunda tipología es desarrollada por varios autores que han clasificado a razón de los sujetos y de los problemas que pretende solucionar la práctica del *crowdsourcing*.

En lo que respecta a los sujetos, Nicholas Carr propone una tipología de seis tipos de multitudes (*crowd*) condicionadas *a la tarea asignada*: multitudes de producción

³⁸³ La plataforma «Indiegogo» le brinda a los innovadores de todo el mundo una plataforma para lanzar productos nuevos e innovadores, ayudamos a que surjan innovaciones en tecnología, diseño y mucho más, todo antes de que se generalicen.

³⁸⁴ Brabham D. C., (2008). Crowdsourcing as a Model for Problem Solving: An Introduction and Cases, *Convergence: The International Journal of Research into New Media Technologies* 14(1) 75-90.

³⁸⁵ La plataforma «Indiegogo» le brinda a los innovadores de todo el mundo una plataforma para lanzar productos nuevos e innovadores, ayudamos a que surjan innovaciones en tecnología, diseño y mucho más, todo antes de que se generalicen.

³⁸⁶ Brabham D. C., (2008). Crowdsourcing as a Model for Problem Solving: An Introduction and Cases, *Convergence: The International Journal of Research into New Media Technologies* 14(1) 75-90.

social, multitudes de promedio, multitudes de minería de datos, multitudes de redes, multitudes transaccionales y multitudes de eventos. La tipología de multitud de Carr incluye *Wikipedia* y el proyecto de software de código abierto *Linux*, pero clasifica las comunidades según el tipo de trabajo que realizan para varios proyectos y las formas en que las personas de la multitud se comunican y colaboran entre sí³⁸⁷. Esta tipología es útil para reflexionar sobre las diversas habilidades que poseen las multitudes y las muchas formas en que pueden trabajar juntos o de forma aislada para realizar el trabajo de una organización.

En lo que respecta a las motivaciones de los sujetos que forman parte de la multitud, Eric Martineau presentó una tipología de cuatro tipos de estilos de participación de multitudes, *centrándose en las motivaciones* de las multitudes para participar en aplicaciones de *crowdsourcing*. Agrupa a los individuos en multitudes en las siguientes categorías: *comunales*, que combinan sus identidades con la multitud y desarrollan capital social a través de la participación en el sitio; *usuarios*, que crean capital social mediante el desarrollo de sus habilidades individuales a través del sitio; *aspirantes*, que ayudan a seleccionar contenido en concursos de *crowdsourcing*, pero no aportan contenido original ellos mismos; y merodeadores, que simplemente observan³⁸⁸. Esta categorización proporciona el nivel de precisión que una organización necesitaría para determinar si y cómo utilizar el *crowdsourcing* en su beneficio.

Por su parte, en un artículo conjunto de 2011 de Gabriella Kazai, Jaap Kamps y Natasa Milic-Frayling adoptaron un enfoque similar y ofreció cinco tipos de trabajadores para las personas en la multitud: *spammers* (quien envía mensajes o información no solicitada o irrelevante), descuidados, incompetentes, competentes y diligentes. Si bien estos marcos son útiles para comprender los diferentes *niveles de compromiso* que pueden tener los individuos en la multitud y las habilidades gerenciales que se necesitan para obtener soluciones de calidad de diversas multitudes, estas tipologías se enfocan más en los miembros de la multitud que en los problemas que el *crowdsourcing* puede resolver³⁸⁹.

³⁸⁷ Carr, Nicholas. (2010). *A Typology of Crowds*. Rough Type.

³⁸⁸ Martineau, Eric. (2012). *A Typology of Crowdsourcing Participation Styles*. Master's thesis, Concordia University.

³⁸⁹ Kazai, Gabriella, Jaap Kamps, and Natasa Milic-Frayling. (2011). Worker Types and Personality Traits in Crowdsourcing Relevance Labels. In Proceedings of the Twentieth ACM International Conference on Information and Knowledge Management, 1941–1944. New York: Association for Computing Machinery.

En un artículo de 2011, Eric Schenk y Claude Guittard propusieron una tipología matizada basada en la naturaleza integradora o selectiva del proceso junto con tareas que son simples, complejas o creativas³⁹⁰.

Las tipologías a razón del tipo de problemas que se quiere solucionar. Los cuatro tipos dominantes de *crowdsourcing*, basados en el tipo de problemas que se pretende resolver son: i) el enfoque de descubrimiento (*knowledge-discovery*) y gestión del conocimiento (*management approach*), el enfoque de búsqueda de transmisión (*broadcast-search approach*), el enfoque de producción creativa examinado por pares (*the peer-vetted creative-production approach*) y el enfoque de asignación de tareas de inteligencia humana distribuida (*the distributed-human-intelligence tasking approach*).

En el enfoque de gestión y descubrimiento del conocimiento (*knowledge-discovery*), las comunidades en línea (*crowd*) tienen el reto de descubrir el conocimiento existente en la red, amplificando así las capacidades de descubrimiento de una organización con recursos limitados. La suposición es que existe una gran cantidad de conocimiento desorganizado “allá afuera” y que un proceso administrado de arriba hacia abajo (*top-down*) puede dispersar de manera eficiente una gran cantidad de información en línea de personas para encontrar conocimiento específico y recopilarlo de maneras específicas en un repositorio común (*management approach*).

Los enfoques de búsqueda de difusión (*broadcast-search approach*) para el *crowdsourcing* están orientados a encontrar un solo especialista, que probablemente esté fuera del campo directo de experiencia del problema y que tenga el tiempo y sea capaz de adaptar el trabajo anterior para producir una solución. En teoría, cuanto más amplia sea la red lanzada por el *crowdsourcer*, más probable es que la empresa. El enfoque de búsqueda de difusión es apropiado para problemas en los que existe una respuesta comprobable y empíricamente “correcta”, pero una organización aún no la conoce. Transmitir el problema de manera abierta en línea atrae soluciones potenciales³⁹¹. Los problemas científicos, como el desarrollo de nuevos productos químicos y materiales o la localización de recursos para la minería utilizando datos geofísicos, se adaptan mejor al enfoque de búsqueda por difusión³⁹².

³⁹⁰ Schenk, Eric, and Claude Guittard. (2011). Towards a Characterization of Crowdsourcing Practices. *Journal of Innovation Economics*. 7 (1):93–107.

³⁹¹ Brabham D. C., (2008). Crowdsourcing as a Model for Problem Solving: An Introduction and Cases, *Convergence: The International Journal of Research into New Media Technologies* 14(1) 75-90.

³⁹² En el enfoque de búsqueda de transmisión, las recompensas monetarias son comunes para las personas de la multitud que brindan una solución a un desafío, aunque el incentivo financiero no es la única motivación para que estas multitudes participen en estos arreglos.

El enfoque de producción creativa examinado por pares (*the peer-vetted creative-production approach*). Con el enfoque de producción creativa examinado por pares, la fase creativa de un producto diseñado se abre a una red de usuarios de las plataformas web 2.0, que envían una avalancha de presentaciones, incluidas algunas ideas particularmente creativas. El proceso de investigación por pares identifica simultáneamente las mejores ideas y colapsa el proceso de investigación de mercado en una instancia de cocreación empresa-consumidor. La producción creativa revisada por pares es apropiada para la resolución de problemas relacionados con el gusto y la preferencia de los usuarios relativas a problemas estéticos y de diseño.

Los enfoques de producción creativa para las políticas públicas podrían expandirse para incluir la planificación y el diseño de proyectos de arte público o desarrollo urbano a gran escala, la elaboración de políticas públicas y la redistribución de distritos escolares y planes de transporte escolar. Y la asignación de tareas de inteligencia humana distribuida para la gobernanza podría incluir análisis de documentos históricos, traducción de idiomas para sitios web y documentos gubernamentales, y el *crowdsourcing* de todo tipo de entrada de datos.

Finalmente, el enfoque de asignación de tareas de inteligencia humana (*distributed-human-intelligence tasking*) distribuida para el *crowdsourcing* es apropiado cuando se conoce un corpus de datos y el problema no es producir diseños, encontrar información o desarrollar soluciones, sino *procesar* datos.

Los grandes problemas de datos se descomponen en pequeñas tareas que requieren inteligencia humana, y las personas de la multitud son compensadas por procesar los *bits* de datos. Cada servicio permite la distribución abierta de microtareas a través de Internet a una comunidad de trabajadores. Tomando los principios de descomposición de problemas en la computación distribuida y reemplazando las computadoras en la red con humanos, se produce un proceso híbrido humano-computadora (*computer-human process*³⁹³). Grandes conjuntos de datos que requieren inteligencia humana se pueden procesar a través de computación humana de la misma manera que la computación distribuida procesa grandes conjuntos de datos que solo requieren computación. El tipo de asignación de tareas de inteligencia humana distribuida de *crowdsourcing* y

³⁹³ Von Ahn, Luis, Ben Maurer, Colin McMillen, David Abraham, and Manuel Blum. (2008). reCAPTCHA: Human-based Character Recognition via Web Security Measures. *Science* 321 (5895): 1465–1468.

computación humana son los mismos conceptos, y la investigación sobre *crowdsourcing* desde una perspectiva informática ha combinado las terminologías y las teorías de la computación distribuida, la computación humana y el *crowdsourcing*.

6. El *crowdsourcing* y la inteligencia colectiva

Se puede decir que el *crowdsourcing* es un caso especial de inteligencia colectiva, donde un tercero (llamado solicitante/*requestor*) quien propone la tarea con algún objetivo interno solicita a un grupo de individuos (multitud) (llamados trabajadores o *crowdworkers*) que realicen un conjunto de tareas interrelacionadas al servicio de ese objetivo. El objetivo del solicitante puede expresarse en forma de una función de utilidad sea pública o privada a maximizar. Por lo general, los objetivos del solicitante están condicionados por la función de maximización de la utilidad.

En el *crowdsourcing* podemos diferenciar entre dos amplias clases de usuarios: *solicitantes* y *multitud de trabajadores*. Los solicitantes son las personas o grupos para quienes se realiza el trabajo o que asume la responsabilidad de agregar el trabajo realizado por el colectivo. El trabajador de la multitud (o miembro de la multitud) es uno de los que se supone que son “muchos” participantes para aportar. La modalidad del “trabajo” puede verse de diferentes formas: se puede trabajar por pago o no, trabajar por períodos cortos de tiempo de forma sincrónica y asincrónica, trabajar en tal forma que la contribución de cada individuo puede ser difícil de discernir de la colectiva, etc.

Una posible definición general de *crowdsourcing*, debe considerar ocho elementos claramente identificables: la multitud, la tarea a realizar, la recompensa obtenida, el *crowdsourcer*, el resultado obtenido por el *crowdsourcer*, el tipo de proceso, la llamada a la participación y el medio utilizado. En cada tipo concreto de iniciativa de *crowdsourcing*, estos elementos se manifestarán de una manera distinta. Por ejemplo, en el *crowdfunding*, la tarea a realizar será la donación monetaria, mientras que en el *crowdvoting*, implicará la manifestación de la opinión de la multitud a través de un voto o comentario sobre un producto.

En todas estas iniciativas que constituyen tipos de *crowdsourcing*, un lector acucioso se podría preguntar: ¿es cualquier tipo de iniciativa de *crowdsourcing* una manifestación de inteligencia colectiva? ¿existe una relación entre ambos? Si es así, ¿qué tipo de relación y en qué grado?.

Si bien se puede concluir que el «crowdsourcing» es una manifestación particular de la inteligencia colectiva, no todas las actividades de inteligencia colectiva deben clasificarse como *crowdsourcing*. Una vez realizado el análisis del término *crowdsourcing* junto con los modos y tipologías realizadas por la literatura relevante, el siguiente apartado explicará qué relación tiene con la inteligencia colectiva y de qué manera se puede concebir esta.

6.1. La Inteligencia colectiva

El presente apartado realizará una revisión y análisis de la literatura referente a los conceptos de inteligencia colectiva, inteligencia emergente e inteligencia colaborativa. Además, mostrará la problemática de los referidos conceptos en el ámbito de la denominada web 2.0 o web colaborativa. La primera parte del presente acápite realizará un análisis conceptual de los términos inteligencia colectiva, inteligencia emergente e inteligencia colaborativa. La segunda parte abordará la problemática de estos conceptos en el ámbito de la denominada web 2.0 o web colaborativa. La tercera parte concluirá mostrando la relación que existe entre el *crowdlaw* y la inteligencia colectiva.

6.1.1. Algunas definiciones del término «inteligencia colectiva»

Es indiscutible que los procesos de comunicación e interacción impulsados en las últimas décadas a partir de los adelantos tecnológicos y los avances acontecidos en el marco de la web 2.0³⁹⁴ presentan nuevas realidades que desarrollan procesos creativos y productivos en las interacciones interpersonales. Al permitir promover y facilitar tanto la colaboración entre los usuarios como su participación en la creación de contenidos, lo que se ha producido es la aparición en la *web* de la inteligencia colectiva. La conducta colectiva ha emergido de las interacciones locales de todos los componentes y el sistema global se comporta como un superorganismo de componentes holgadamente conectados que reaccionan de manera inteligente en un contexto tecnológico determinado. En este escenario, los estudios sobre la inteligencia colectiva se han profundizado. La

³⁹⁴ El término web 2.0 o *web social* fue acuñado por Darcy DiNucci en 1999 para dar cuenta de la «segunda» dinámica en la forma en que los desarrolladores de *software* y los usuarios del servicio de internet que utilizan la web. Mientras que la web 1.0 desarrollada entre los años 1997-2001 hace referencia a la información que se podía acceder en la web sin posibilidad de interactuar entre quien diseña el contenido y el usuario final, la web 2.0 permite a los usuarios interactuar y compartir contenido en la web. A grandes rasgos la característica que distingue la web 2.0 de la 1.0 es la participación colaborativa de los usuarios.

multitud de internet es grande y heterogénea o un grupo más reducido de personas que se organizan de manera jerárquica³⁹⁵.

A grandes rasgos se dice que la inteligencia colectiva es un tipo de sabiduría y conocimiento que surge de un grupo: cuando las personas trabajan juntas, forman un tipo de inteligencia que simplemente no puede existir a nivel individual. En este sentido se sostiene que la inteligencia colectiva es una inteligencia *compartida* o grupal que surge de la colaboración, el esfuerzo colectivo y la competencia de muchos individuos cuyo resultado no puede ser alcanzado por un solo individuo³⁹⁶. Este enfoque que tradicionalmente ha sido abordado como un rasgo o actitud individual, la posibilidad de intercambio interpersonal ha puesto de relieve el estudio de nuevas formas de inteligencia resultantes de la interacción de múltiples agentes³⁹⁷.

Una de las definiciones más citadas en la literatura sobre la inteligencia colectiva es la del investigador en ciencias de la comunicación Pierre Lévy. El filósofo francés define la inteligencia colectiva como «*inteligencia repartida en todas partes, valorizada constantemente, coordinada en tiempo real, que conduce a una movilización efectiva de las competencias*³⁹⁸». Como se intuirá esta definición encaja en casi todas relaciones sociales donde interactúan más de un sujeto como la familia, las relaciones institucionales y demás. Esto invita a pensar que todo lo que se realiza en conjunto y de manera minimamente «inteligente» entraría por definición en casos de inteligencia colectiva.

Aquello es sensato de argumentar de conformidad a la definición planteada. Es por esta razón que los estudios sobre la inteligencia colectiva son trazados por algunas disciplinas siendo un tema de campo interdisciplinario. Se han ofrecido definiciones del término en el campo psicológico, económico, sociológico, teoría de la organización. Esto da como resultado una superposición de los distintos conceptos que se le adscriben al fenómeno. El campo de la inteligencia colectiva también se superpone con otros campos

³⁹⁵ Leimeister, J. (2010). Collective Intelligence. *Business & Information Systems Engineering*, 2(4), 245-248.

³⁹⁶ Uno de los primeros artículos académicos en acuñar el término «inteligencia colectiva» fue el de David Weschler en Wechsler, D. (1971). *Concept of collective intelligence*. *American Psychologist*, 26(10), 904-907.

³⁹⁷ Una propuesta para realizar un test de inteligencia colectiva ha sido esgrimida por Howard Bloom. (2000). *The Global Brain: The Evolution of Mass Mind from the Big Bang to the 21st Century*. New York: N.Y. Willey. Bloom propuso extrapolar el test de inteligencia individual utilizado para comparar las habilidades en resolución de problemas a los conjuntos de personas que constituyen grupos de inteligencia colectiva.

³⁹⁸ Lévy, P. (1997). *Collective intelligence: Mankind's Emerging World in Cyberspace*. Cambridge: Perseus Books.

como la informática (que utiliza términos como *crowdsourcing*, computación humana y trabajo cooperativo asistido por computadoras³⁹⁹).

Teniendo en cuenta la dimensión multidisciplinaria del término, trataré de precisar su connotación principalmente en la literatura que tiene que ver con la teoría de la organización y el *crowdsourcing*. También realizaré explicaciones de la utilización del término de manera tangencial y siempre que expliquen (aunque en algunos casos de manera metafórica) el fenómeno en la literatura relevante.

A grandes rasgos, la *inteligencia colectiva* puede ser entendida como una forma de inteligencia emergente de la acción de un conjunto de individuos que se vinculan entre sí mediante algún tipo de interacción, lo cual posibilita la obtención de resultados que portan valor agregado. La diferencia principal que se desprende de ambas definiciones radicaría entonces en la presencia o ausencia de interacción entre los autores involucrados. De modo tal que, en principio, la inteligencia colaborativa implicaría, como mínimo, la existencia de interacción; con independencia de que tal interacción se traduzca, además, en actividades coordinadas en involucramiento hacia un fin común.

Smith lo definió como un “*grupo de seres humanos que llevan a cabo una tarea como si el grupo en sí mismo fuera un organismo coherente e inteligente que trabaja con una mente, en lugar de una colección de agentes independientes*”⁴⁰⁰. Bajo esta definición, el resultado de la inteligencia colectiva. La inteligencia colectiva se podrá entender como los comportamientos inteligentes derivados de la intervención de un conjunto de agentes, *diferenciables de los comportamientos procedentes de la acción de cada uno de los agentes individuales*.

En el libro de James Surowiecki «*La sabiduría de las multitudes*»⁴⁰¹ los grupos manifiestan una inteligencia notable y son con frecuencia más inteligentes que sus miembros de forma individual. El autor describe decisiones colectivas exitosas que *no se toman por consenso, sino como resultado de la competencia entre opiniones independientes*.

Por su parte, Malone y Bernstein definen la inteligencia colectiva cuando grupos de individuos actúan colectivamente de manera que parezcan inteligentes. Esta definición

³⁹⁹ Bigham, J. P., Bernstein, M. S., & Adar, E. (2015). Human-computer interaction and collective intelligence. In T.W. Malone & M. S. Bernstein (Eds.), *Handbook of collective intelligence*. Cambridge, MA: MIT Press.

⁴⁰⁰ Smith, J. B. (1994). *Collective intelligence in computer-based collaboration*. Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum Associates. p. 1.

⁴⁰¹ Surowiecki, J. (2005). *The wisdom of crowds*. New York: Anchor Books. p.13.

es la más *amplia y general*. Al definir la inteligencia colectiva como “grupos de individuos que actúan colectivamente de manera inteligente”, pronto se desea precisar el significado de individuo. Los individuos pueden ser agentes de *software* y/o personas y el colectivo puede ser una mezcla de ambos. El surgimiento de la inteligencia colectiva permite nuevas posibilidades de integrar a la perfección la inteligencia humana y de máquinas a gran escala, uno de los santos griales de la IA, conocido en la literatura como sistemas de iniciativa mixta (*mixed-initiative systems*⁴⁰²).

i) Esta definición no se compromete con una definición sustantiva de la inteligencia. Es por tanto compatible con cualquier concepción sobre la inteligencia.

ii) Al utilizar el verbo “actuar” la inteligencia colectiva se debe de manifestar en algún tipo de comportamiento. Por tanto, no dice nada acerca del *producto* (cual fuere, y que calidad tenga) de la inteligencia colectiva, sino dice mucho acerca de *quienes* conforman el *proceso* de inteligencia colectiva.

iii) La definición requiere que para catalogar a un grupo como inteligencia colectiva se debe especificar quienes están involucrados en aquellos “actos”. Aquí podemos encontrar diferentes actores que forman parte del proceso de inteligencia colectiva como humanos, computadoras inteligentes que realizan pronósticos y resuelven problemas sin ayuda humana, etc.

iv) La definición requiere que los individuos actúen colectivamente, es decir que haya alguna conexión entre sus actividades. Aunque las acciones de los individuos deben estar conectadas, los individuos no necesitan cooperar entre si ni tener los mismos objetivos. Ni si quiera es exigida una participación sincrónica. Podemos encontrar actitudes colectivas con o sin objetivos en común que se realizan de manera asincrónica.

v) Finalmente, al utilizar el término “parecer” la definición enfatiza que lo que se considera inteligente depende de la observación de un espectador. La definición requiere de un punto de vista *externo*, ya no del participante del proceso colectivo sino de quien lo observa externamente.

La inteligencia colectiva puede verse como un *proceso* mediante el cual se logra obtener un resultado con valor agregado a partir de la sumatoria de intervenciones de cada individuo. Bajo esta noción, la inteligencia colectiva no tendría ningún parámetro de evaluación de los resultados. Sería más bien una *actividad* que puede ser descrita y calificada de «inteligente». El factor de la coordinación y las tareas específicas que

⁴⁰² Horvitz, E. (2007). Reflections on challenges and promises of mixed-initiative interaction. *AI Magazine* 28(2):13-22.

motivan al grupo a trabajar en equipo es determinante para este rasgo de la actividad colectiva. Hiltz y Turoff, utilizaron el término «inteligencia colectiva» para describir el objetivo de los sistemas de conferencia computarizados (*computerized conferencing systems*) y definieron el término como “una capacidad de decisión colectiva que es al menos tan buena o mejor que cualquier miembro individual del grupo⁴⁰³”. Franks utilizó el término para describir fenómenos del comportamiento animal en grupo⁴⁰⁴. Mataric utilizó el término en grupos móviles de robots⁴⁰⁵.

Por otra parte, la inteligencia colectiva puede indentificarse con el *producto* resultante de un conjunto de individuos que aunque no interactúan directamente entre sí, contribuyen al logro de un resultado con valor agregado. Este producto *a priori* debería considerar parámetros de evaluación de resultados que establezcan los criterios por los cuales se califica a determinado resultado como “inteligente”. En esta línea, David Wechsler el psicólogo que desarrolló el test de inteligencia (IQ) enfatizó en su artículo del año 1971 *Concept of collective intelligence*⁴⁰⁶ que la inteligencia colectiva era algo más que el comportamiento colectivo.

Teniendo en cuenta esta distinción, encontramos en la literatura relevante al menos 3 conceptos diferentes de «inteligencia colectiva»: inteligencia colectiva proceso; inteligencia colectiva producto; y un concepto *integrador*, inteligencia colectiva como proceso y como producto.

Otro de los términos con el que comunmente se relaciona a la inteligencia colectiva, es el adjetivo «emergente». La *inteligencia emergente* se entiende en cambio como el producto final que resulta de las intervenciones de un conjunto de microagentes que actuarían a un nivel subyacente. En esta definición implica el *proceso* mediante el cual se logra obtener un resultado con valor agregado a partir de la sumatoria de intervenciones del agente. Dicho ello, el término «emergente» supondría aquello que sucede cuando un sistema interconectado de elementos relativamente simples se *auto-organiza* para desarrollar comportamientos más inteligentes y adaptativos⁴⁰⁷. Nótese, que

⁴⁰³ Hiltz, S. R., & Turoff, M. (1978). *The network nation: Human communication via computer*. Reading, MA: Addison-Wesley. p. 44.

⁴⁰⁴ Franks, N. R. (1989). Army ants: A collective intelligence? *American Scientist*, 7(2), 138–145.

⁴⁰⁵ Mataric, M. J. (1993). Designing emergent behaviors: From local interactions to collective intelligence. In A. Meyer, H. Roitblat, & S. Wilson (Eds.), *Proceedings of the Second International Conference on Simulation of Adaptive Behavior* (pp. 432–441). Cambridge, MA: MIT Press.

⁴⁰⁶ Wechsler, D. (1971). Concept of collective intelligence. *American Psychologist*, 26(10), 904–907.

⁴⁰⁷ Johnson, S. (2001). *Emergence. The connected lives of ants, brains, cities and software*. New York: Scribner.

el concepto de inteligencia emergente está asociado a la noción de inteligencia colectiva como *producto*.

En rigor, el término «inteligencia emergente» puede identificarse junto al término inteligencia de enjambre (*swarm creativity*). Este tipo de inteligencia colectiva, está basada en los estudios organizacionales de optimización de las colonias de hormigas. Bajo inteligencia de enjambre, los agente individuales generan modelos y se auto-organizan mediante interacciones individuales: es una inteligencia propia de los insectos sociales y de las formas colectivas de existencia y de organización. La «conducta» de enjambre se convierte en inteligencia colectiva cuando un grupo puede usarla para resolver un problema colectivamente, de forma tal que los miembros que forman parte del grupo no lo pueden hacer de forma individual⁴⁰⁸. La auto-organización constituye un atributo propio de las especies sociales, y se refiere a la capacidad -en ausencia de control externo- para generar mejoras en el orden o para producir nuevas formas de organización. Un sistema de inteligencia de enjambre para solucionar problemas exige un conocimiento profundo no solo de las conductas individuales que deben ser implementadas sino también de las interacciones necesarias para producir una conducta global determinada.

Sobre este tipo de inteligencia se pueden considerar al menos 3 características del agente participante: i) *autonomía*, por lo que el agente puede completar activamente las tareas relacionadas sin interferencia externa; ii) *adaptabilidad*, referida a sus habilidades para percibir y adaptarse al entorno y para estudiarlo, y la iii) *coordinación*, que le permite completar de forma conjunta una actividad. La capacidad de un sistema multiagente (una red) no está determinada por un simple agente sino por la inteligencia mostrada por una coordinación mutua entre agentes⁴⁰⁹.

Por otra parte, también se puede identificar en la literatura relevante sobre la inteligencia colectiva el término «*colaborativo*». Así, la inteligencia colaborativa está basada en interacciones capaces de dar *emergencia* (en el sentido descrito por la inteligencia emergente) a producciones que *agregan* valor, aún en ausencia de una aparente conciencia colaborativa e involucramiento para alcanzar un objetivo común. Nótese que bajo esta definición, lo esencial es el valor «agregativo» de los sujetos interactuantes. Este tipo de inteligencia puede estar identificada con los *crowdsourcing* por agregación que pretenden agregar información de un grupo heterogéneo.

⁴⁰⁸ Fisher, L. (2009). *Perfect Swarm: The Science of Complexity in Everyday Life*. New York: Basic Books.

⁴⁰⁹ Guo, Q. y Zhang, M. (2009). Multiagent-based scheduling optimization for Intelligent Manufacturing System. *International Journal of Advanced Manufacturing Technology*, 44, 595–605.

6.2. Algunos problemas de la inteligencia colectiva en el contexto de la red colaborativa

El elemento de la colaboración parece ser problemático. En el marco de la psicología social experimental, se propone una clasificación entre grupos *nominales* y grupos *colaborativos*. Los grupos *nominales* son entendidos como grupos artificiales *ad hoc* formados a partir de las mejores respuestas individuales recogidas por un investigador, en los cuales no mediaría la interacción social⁴¹⁰. En oposición, los grupos colaborativos se desenvuelven con la presencia de la interacción social entre los miembros. El investigador solo debe describir estas dinámicas.

Al parecer, esta distinción nos ayuda a diferenciar los tipos de inteligencia colectiva propiamente colaborativos. Resulta preciso destacar que en algunos ámbitos de la web 2.0. la inteligencia colaborativa en tanto proceso resulta indisoluble de sus productos parciales o finales. Un ejemplo característico de esta situación está representado por las *wikis*. Una wiki es un sitio web colaborativo que puede ser editado por varios usuarios. Los usuarios de una wiki pueden crear, editar, borrar o modificar el contenido de una página web de forma interactiva, fácil y rápida. Se trata de una herramienta gestora de escritura colaborativa que promueve un producto despojado de valor personal o de autorías individuales, en donde se lograría un *modo fusión resultante* de la interacción de distintos sujetos que aportan contenidos, definiciones e ideas. La wiki tiene su esencia en el trabajo colaborativo.

En el contexto de la web 2.0. emprendedores tecnológicos como Ross Mayfield sugiere que ha existido una transición de la inteligencia colectiva a la inteligencia propiamente propiamente «colaborativa», lograda a través de distintas etapas que implican actividades con mayor grado de involucramiento. Entre ellas incluye: leer contenidos, seleccionar favoritos, etiquetar contenido (*bookmarking*), comentar, suscribir, compartir, interconectarse, escribir, refactorizar, colaborar, moderar y liderar⁴¹¹. En un esbozo de los *productos* derivados de la inteligencia colaborativa en el contexto de la web 2.0. la colaboración puede expresarse a través de distintos modos: un

⁴¹⁰ Ehuletche, A.M. & Terroni, N. (2004). La técnica del grupo nominal analizada desde los efectos de la interacción social en grupos colaborativos. *Perspectivas en psicología*. 1(1). 47-52.

⁴¹¹ Mayfield en su blog de 2006 titulado «*Power Law of Participation*» utilizaba el término «*social software*» para referirse a las plataformas que unen a los “grupos” con el objetivo de descubrir y crear valor, surgiendo patrones en los que la participación equivale a un tipo de inteligencia colectiva en modo colaborativo.

modo fusión, donde cada individuo aporta algo a un producto final donde esa contribución queda fusionada; un *modo molecular*, como en el caso de un libro escrito por varios autores; un *modo colección* donde cada contribución aporta a un conjunto mayor abierto; o un *modo agregador*⁴¹², como en el caso más simple de los comentarios en blogs.

Estas actividades refiere al factor temporal, teniendo en cuenta que las interacciones que se producen en este contexto, pueden llevarse a cabo tanto de manera *sincrónica* como *asincrónica*. La interacción no se efectiviza en una sesión única de contacto interpersonal, sino que se asume como un proceso en el cual no es necesario que todos los miembros de la red estén presentes al mismo tiempo. En la observación en el marco de la web 2.0., los usuarios deciden participar en forma espontánea, involucrándose por motivación propia y no por imposición de condiciones experimentales o artificiales.

Una posible *ventaja* del contexto del trabajo en el marco de la web 2.0. es la siguiente: mientras que en interacciones *face to face* (cara a cara), el incremento del número de miembros atentaría contra la calidad de la comunicación y toma de decisiones, los fenómenos desplegados antes procesos colaborativos mediados por el uso de herramientas web 2.0, se vería favorecido por el aumento del tamaño de los grupos. En efecto, la ausencia de restricciones temporales, el carácter no presencial de las interacciones (que aunque pueden realizarse de modo sincrónico a través de tecnologías de chat y videochat, en general ocurre de modo asincrónico, a través de producciones plasmadas en blogs, foros, wikis, podcasts, etc.) y la existencia de una voluntad participativa; resultan factores ostensibles capaces de amortiguar y hasta diluir aquellos efectos inhibitorios de la inteligencia colectiva vista en su forma tradicional, es decir, *no colaborativa*.

Algunas *desventajas* de los grupos colaborativos pueden provenir de la *monopolización del diálogo* en unos pocos miembros y el fenómeno de *inhibición colaborativa* que producen resultados que no reflejan la opinión grupal. Por ejemplo, aquellos miembros cognitivamente centrales influirán sustantivamente en la

⁴¹² Otro ejemplo emparentado de procesos de inteligencia colectiva bajo el modo *agregador* ocurre cuando cada persona consciente del aporte realizado a un fin común, aun cuando no exista intercambio y contacto entre los distintos aportantes. Plataformas como IdeaStorm de Dell (www.ideastorm.com) en las cuales numerosos miembros del sitio ofrecen soluciones alternativas o sugerencias ante distintos problemas publicados en el sitio web.

configuración del producto final. (Estos dos fenómenos son hayazgos significativos en los estudios de psicología social experimental⁴¹³).

6.3. El *crowdlaw* como tipo de inteligencia colectiva

Como se vio en el acápite 4.2.1. el *crowdsourcing* se trata de un proceso orientado a la formación específica de fuerzas de trabajo que consiste en externalizar tareas que, tradicionalmente, realizaban un empleado o contratista, a un grupo numeroso de personas o una comunidad (multitud) a través de una convocatoria abierta. La multitud puede aportar y construir conjuntamente ideas en relación a la tarea o pregunta publicada. Además utiliza recursos tecnológicos para la gestión de plataformas que mezclan inteligencia humana e inteligencia artificial⁴¹⁴.

Se concluye además, que el *crowdlaw* es una especie de *crowdsourcing*. La relación que existe entre el *crowdsourcing* y el *crowdlaw* es de género-especie. Toda práctica de *crowdlaw* presupone un tipo de *crowdsourcing*. Al contrario, toda práctica de *crowdsourcing* no presupone un tipo de *crowdlaw*.

Si tomamos la distinción que Malone pretende articular que en buena medida está implícita en las definiciones sobre la inteligencia colectiva entre una *inteligencia especializada* (*specialized intelligence*) que hace referencia a la habilidad para alcanzar objetivos específicos en un contexto dado y una *inteligencia general* (*general intelligence*) entendida como la habilidad de alcanzar diferentes objetivos de manera efectiva en diferentes contextos⁴¹⁵. Estas dos distinciones, proporcionan una forma útil de resumir varios resultados de la inteligencia colectiva.

El *crowdlaw* sería una expresión de *inteligencia colectiva especializada* debido a que se involucran grupos que realizan tareas específicas dentro de todas las fases del procedimiento legislativo.

Inteligencia colectiva general. Sugiere la existencia de un factor general de inteligencia colectiva para los grupos. Esto se conoce como factor c ⁴¹⁶. La evidencia hasta la fecha respalda la conclusión de que existe un factor general de inteligencia colectiva

⁴¹³ Sobre este tema vease el acápite 1.2 sobre los errores heurísticos de los grupos.

⁴¹⁴ Weld, D.S.; Mausam; and Dai, P. (2011). Human intelligence needs artificial intelligence. In *HCOMP*.

⁴¹⁵ Malone, T. W. (2018). *Superminds: The surprising power of people and computers thinking together*. Boston: Little, Brown and Company. p. 20.

⁴¹⁶ Woolley, A. W., Chabris, C. F., Pentland, A., Hashmi, N., & Malone, T. W. (2010). Evidence for a collective intelligence factor in the performance of human groups. *Science*, 330 (6004), 686–688.

que depende de las tareas cognitivas individuales de los individuos que forman parte del agente colectivo⁴¹⁷.

Otro factor determinante en la relación entre *crowdlaw* y la inteligencia colectiva es la *motivación de sus miembros*. La literatura generalmente identifica dos tipos de motivación: motivación extrínseca (*extrinsic motivation*), a menudo asociada con los incentivos pecuniarios y motivación intrínseca (*intrinsic motivation*) derivada de la satisfacción interna de los individuos por permanecer en un grupo. La motivación extrínseca, como los incentivos monetarios tienen por objetivo inducir altos niveles de esfuerzo en entornos organizacionales, está muy presente en tipos de inteligencia colectiva como: *crowdsourcing*. Por otra parte, la motivación intrínseca que proviene de la satisfacción de los miembros del grupo está relacionada al *crowdlaw*. El ciudadano que participa de la herramienta de mejoramiento de la legislación a través del *crowdlaw*, no percibe un beneficio pecuniario, más bien, le satisface el hecho de participar y pretender buscar una utilidad pública de hacerse efectiva su idea o aportación al proceso de creación de leyes.

En cuanto a *los procesos cognitivos*, para cualquier tipo de sistema inteligente, ya sea un ser humano, una máquina o un grupo. Es claro que la relación del *crowdlaw* en el sistema colectivo es de interdependencia. La multitud necesita *decidir* qué acción tomar. Para hacer esto, el sistema colectivo necesita *crear* de alguna manera posibles opciones de acción. Esta combinación de creación y decisión se puede llamar resolución de problemas (*problem-solving*), y para resolver problemas de manera efectiva, un sistema generalmente también necesita *sentir* el mundo externo y recordar información relevante. Finalmente, para hacer todas estas cosas mejor con el tiempo, el sistema necesita *aprender de su propia experiencia*: este es uno de los rasgos característicos de la inteligencia artificial.

En cuanto al factor de decisión, los «*independent decision-makers*» son útiles para algunos tipos de decisiones, los grupos que interactúan suelen ser mejores cuando las opciones no están bien definidas o cuando el grupo necesita aceptar una decisión para que se implemente (método democrático). Malone identifica cinco tipos comunes de procesos de decisión grupal: *jerárquicos* en los que la decisión es tomada por una autoridad delegada; *democráticos* la decisión es tomada a través del voto de la mayoría; de *mercado*

⁴¹⁷ Woolley, A. W., Kim, Y., & Malone, T. W. (2018). Measuring collective intelligence in groups: A reply to Credé and Howardson. Social Science Research Network Paper No. ID 3187373, Rochester, NY.

en el que la decisión es tomada por los acuerdos implícitos y explícitos entre compradores y vendedores; los *comunitarios* en el que las decisiones se toman por consenso informal basado en normas sociales de reputaciones compartidas, y finalmente; los *ecosistemas* en los que las decisiones se toman en base al poder: la ley de la selva y la supervivencia del más apto⁴¹⁸.

Los procesos de decisión, pueden ser vistos como la habilidad de los grupos para tomar decisiones efectivas. Esto es, compartir detalles relevantes, pesar información apropiada y arribar a la mejor elección (*team performance*). Los estudios sobre el *decidir* de los grupos han sido estudiados por las teorías de la decisión colectiva. En general es aceptado que las preferencias previas a la decisión de los individuos se cambian para influir en una decisión conjunta⁴¹⁹.

En cuanto al factor de crear, a menudo implica participar en pensamientos divergentes, donde los miembros del grupo aportan la mayor variedad posible de opciones o agregaciones de preferencia.

7. El *crowdlaw* y la racionalidad legislativa: consideraciones finales

El *crowdlaw* promete mejorar la calidad y la eficacia de los resultados al permitir que los formuladores de políticas interactúen con un público más amplio utilizando métodos diseñados para satisfacer las necesidades tanto de las instituciones como de las personas. Siendo que, *crowdlaw* es un receta para mayor deliberación para garantizar una mayor legitimidad procesal al tener mejores aportes en los procesos de elaboración de leyes que una demanda práctica de enfoques más colaborativos para la resolución de problemas que produzcan mejores resultados, a saber, políticas que mejoran los fines previstos.

Como se dijo a lo largo del capítulo, *crowdlaw* difiere en cantidad y calidad de formas anteriores de participación pública, primero, porque está institucionalizado y tiene el potencial de afectar la forma en que se ejerce el poder, se gasta el dinero y se toman decisiones. En segundo lugar, el *crowdlaw* se centra en obtener experiencia e ideas en

⁴¹⁸ Malone, T. W. (2018). *Superminds: The surprising power of people and computers thinking together*. Boston: Little, Brown and Company.

⁴¹⁹ Davis, J. H. (1973). Group decision and social interaction: A theory of social decision schemes. *Psychological Review*, 80(2), 97–125.

lugar de opiniones. No es simplemente una forma de mejorar las encuestas de opinión o una forma de ganar seguidores para las causas políticas de los partidos, sino que está diseñado para hacer que la inteligencia colectiva actúe para resolver problemas.

En tercer lugar, el crowdlaw enfatiza el diseño institucional necesario para poder digerir todo el conocimiento recopilado, no solo el diseño necesario para que las personas participen.

Cuarto, aunque toma diferentes formas, los procesos de crowdlaw generalmente implican ceder cierto control sobre algún aspecto de la formulación de políticas, al menos en parte, a un público más diverso. Muchas de estas plataformas son todavía poco más que buzones de sugerencias electrónicos glorificados, pero con el tiempo apuntan a cambiar la institución y hacerla más democráticamente responsable. Aunque todavía es pronto, algunos de estos proyectos están

Capítulo V

Hacia un estudio analítico del legislador racional

Prefacio

El presente capítulo se propone desarrollar una reflexión analítica sobre la noción de legislador racional. Las preguntas que pretende responder son las siguientes: ¿qué se entiende por legislador racional? ¿Cuáles son los diferentes modelos de legislador racional? ¿Cuántas concepciones del término legislación pueden distinguirse? ¿qué se entiende por proceso y producto de la legislación? ¿qué espacio tiene la “sociología de la legislación” y las técnicas de la evaluación legislativa en las teorías del legislador racional?.

Con estas preguntas en mente, el quinto capítulo se articula del siguiente modo. La primera sección explicará la noción de legislador racional, su fundamento metodológico, las características subjetivas y objetivas del legislador racional, así como los sentidos adscritos a la expresión «legislador racional». La segunda, explicará las diferentes acepciones del término legislación y lo mostrará a la luz de sus principales elementos, características y fases tanto del proceso como del producto de la legislación. La tercera, explicará qué se entiende por sociología de la legislación y analizará los parámetros de evaluación legislativa, junto con los criterios de efectividad, eficiencia y eficacia.

1. ¿Qué se entiende por el término «legislador»?

Aunque intuitivamente no se advierte ningún tipo de ambigüedad del término «legislador» en el lenguaje común, dentro de la literatura jurídica existen algunas propuestas teóricas que se refieren al término utilizando acepciones diferentes: términos como «legislador» pueden tener más de un significado. Podemos encontrar en la literatura jurídica, *inter alia*⁴²⁰:

i) Individuos que realmente influyen en la forma y el contenido de las disposiciones promulgadas que pueden llamarse legisladores «reales». Bajo esta acepción encontramos a individuos de «carne y hueso» que muchas veces son descritos

⁴²⁰ Wronkowska, S. (1987). *The Rational Legislator as a Model for the Real Lawmaker*. In Ziembinski, Z. Polish Contributions to the Theory and Philosophy of Law. Amsterdam. Rodopi. pp. 147-163.

por la *realpolitik*: término utilizado para explicar las actuaciones de los legisladores motivados por principios de orden práctico más que moral o ideológico⁴²¹.

ii) Los «cuerpos legislativos» entendidos como órganos colectivos compuestos por legisladores reales involucrados en procesos propios de la actividad legislativa, como un comité parlamentario, pueden denominarse «legisladores institucionales».

iii) Esos dos términos -tanto el legislador real como el legislador institucional- deben distinguirse de un legislador *formal*: sujeto autorizado por las disposiciones normativas para dictar disposiciones ya quien convencionalmente se le atribuye la ley. La diferencia entre el legislador institucional del legislador formal estriba en que el primero no necesariamente tiene la atribución de «aprobar» disposiciones normativas pero participan de manera directa en las fases de la actividad parlamentaria (comités de redacción, participación ciudadana, etc).

iv) Finalmente, el término «legislador racional⁴²²», -que se describirá en detalle en el siguiente párrafo-, puede definirse como un tipo *ideal* de legislador que se supone que cumple con ciertos criterios y se cree que promulga disposiciones normativas con base en su conocimiento y sistema axiológico. Es de notar que bajo esta ascepción, puede considerarse tanto al legislador *institucional* como al *formal* puesto que las teorías de la racionalidad legislativa tienen como principal objetivo el procedimiento de creación de disposiciones normativas y no si en efecto, si el legislador está formalmente legitimado a tomar decisiones en el marco de sus competencias legales. Además, el legislador racional se encuentra condicionado por una determinada concepción del derecho que condicionan sus valores axiológicos y epistémicos.

Esta cuarta y última concepción de legislador permite a la teoría del derecho resolver los problemas típicos de la dogmática, como el de identificar las normas vigentes en el ordenamiento jurídico y cómo califican los actos de los asociados: el presupuesto de un legislador racional orienta la actividad de los intérpretes. El legislador racional es visto como un ente dotado de un sistema de conocimientos no contradictorios y de un «set de valores» congruentes, ordenados y suficientemente estables. Las preferencias son asimétricas y transitivas.

⁴²¹ Emery, H.C. (1915). What is *realpolitik*? *International Journal of Ethics*. 25 (4):448-468.

⁴²² Véase, Krotoszyński, M. (2018). Legislative History, Ratio Legis, and the Concept of the Rational Legislator. In Verena Klappstein & Maciej Dybowski (eds.), *Ratio Legis: Philosophical and Theoretical Perspectives*. Springer Verlag. pp. 57-73.

1.1. El concepto de legislador racional

El legislador racional puede definirse como un tipo ideal de legislador que actúa de acuerdo con el supuesto de racionalidad⁴²³, promulgando estatutos que, según su conocimiento y sistema axiológico conducen a los resultados que prefiere⁴²⁴. Si bien el concepto se desarrolló por parte de la ciencia jurídica como una herramienta explicativa que permite descubrir una estructura de razonamiento jurídico lógico (justificando la premisa normativa), se ha convertido en la base de un intenso debate en torno a si “en realidad” se le puede adscribir racionalidad a los legisladores. Dejando a un lado este debate, el legislador racional puede verse como un modelo ideal para los legisladores reales o como un fundamento metodológico del razonamiento jurídico.

En cuanto a modelo ideal, este prescribe como debería ser el legislador racional, elevando exigencias epistémicas que lo llevan a “conocer” con mayor detalle, las actividades que este regula. En cuanto a fundamento metodológico, las afirmaciones idealizadoras que construyen el tipo ideal de legislador racional para el propósito del razonamiento jurídico incluyen: i) presunciones lógicas, ii) presunciones gnoseológicas y iii) presunciones axiológicas.

De acuerdo con las presunciones lógicas (i), el conocimiento del legislador racional forma un sistema y no es autocontradictorio, mientras que las preferencias son tanto asimétricas como transitivas⁴²⁵. Una relación es asimétrica cuando el legislador tiene una preferencia para el estado de cosas X1 a X2 lo que significa que no prefiere el estado de cosas X2 sobre X1. Una relación es transitiva cuando el legislador tiene una preferencia por el estado de cosas X1 sobre X2 y de X2 sobre X3, estableciendo una preferencia estable de X1 sobre X3. Estas pueden concernir también a la coherencia normativa del legislador ideal (el legislador ideal nunca dicta normas antinómicas).

Las presunciones gnoseológicas por su parte (ii) son un conjunto de diversas afirmaciones relativas al conocimiento lingüístico y jurídico del legislador. En cuanto al conocimiento lingüístico, presupone que: a) trata las disposiciones normativas como un instrumento lingüístico para promulgar disposiciones normativas inequívocas; b) tiene el mejor conocimiento sobre las características de redacción de las disposiciones normativas; c) es consciente de las directivas interpretativas existentes en la cultura

⁴²³ Sobre el término racionalidad véase el capítulo introductorio.

⁴²⁴ Nowak, L. (1987). *A concept of Rational Legislator*. En Polish Contributions to the Theory and Philosophy of Law. Amsterdam: Rodopi.

⁴²⁵ Existe una tradición muy arraigada, sobre todo en las ciencias económicas que considera que la plena transitividad de las preferencias es un requisito previo y necesario de la racionalidad. Véase Ramsey, F P., (1928), “Truth and Probability”. en *The Foundations of Mathematics and other Logical Essays*, ed. R. B.; Braithwaite. (1950). London: Routledge & Kegan Paul. pp. 156–198. p. 182.

lingüística y espera que los intérpretes las sigan⁴²⁶; finalmente, d) se le atribuyen conocimientos generales contemporáneos, así como experiencia en el área objeto de regulación.

Las afirmaciones relativas al *conocimiento jurídico* del legislador racional incluyen las suposiciones de que el legislador: i) conoce las disposiciones normativas del proceso de creación legislativa y se adhiere a ellas; ii) tiene el mejor conocimiento sobre las opiniones de la jurisprudencia contemporánea y las sentencias del poder judicial y los tiene en cuenta al formular disposiciones normativas; y iii) promulga disposiciones normativas consistentes con disposiciones superiores en la jerarquía del sistema jurídico (constitución, tratados internacionales); iv) el producto de la actividad legislativa, guarda consistencia con el ordenamiento jurídico existente.

Finalmente, las *presunciones axiológicas* (iii) el legislador racional crea la ley de acuerdo con su sistema jerárquico de valores. Estos valores se decodifican principalmente de textos legales, principalmente de la constitución. El legislador, desde esta perspectiva se convierte en un “axiólogo” racional, ya que profesa valores definidos, ordenándolos en jerarquía y relativamente estables en este sistema. Los valores atribuidos al legislador se pueden dividir en tres categorías: a) valores jurídicos⁴²⁷; b) valores de “referencia”; y c) valores de carácter universal.

a) Los valores jurídicos o jurídicamente vinculantes están determinados por el estado de derecho (*rule of law*) que implica una serie de valores jurídicos detallados que ordenan las características del sistema jurídico (esto con relación al legislador ideal de un estado de derecho). Dentro de los valores jurídicos *formales* que están condicionados por el estado de derecho encontramos: la seguridad jurídica, la previsibilidad de las actuaciones de los funcionarios públicos, la irretroactividad de la ley, el principio de jerarquía de los actos normativos, la primacía de la constitución y la ley, etc. Dentro de los valores jurídicos *materiales* encontramos: el principio de la dignidad humana, la autonomía de la persona, los derechos fundamentales, la igualdad y la justicia material, etc⁴²⁸.

b) Los valores de “referencia” que son los que no tienen el carácter de valores jurídicamente vinculantes; sin embargo, el hecho de que los tribunales estén prestos a

⁴²⁶ Atienza, M. (1989). Contribución para una teoría de la legislación. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n6. p. 285-403.

⁴²⁷ Véase, Fuller, L. L. (1969). *The Morality of Law* (Rev. ed ed.). New Haven: *Yale university press*.

⁴²⁸ Krotoszyński, M. (2018). Legislative History, Ratio Legis, and the Concept of the Rational Legislator. In: Klappstein, V., Dybowski, M. (eds) *Ratio Legis*. Springer, Cham. pp. 22-23.

aceptarlos los convierte en “incorporados” al ordenamiento jurídico por “referencia”. Por ejemplo, el interés social, el interés público, el principio de equidad, el principio de buena fe, etc⁴²⁹. Por su parte, los valores de carácter universal (c), son valores definidos como los valores considerados en la cultura jurídica y política de un país. Son por tanto, particularistas y no corresponden a los valores jurídicamente vinculantes ni a los valores por referencia.

1.2. ¿Para qué es útil el fundamento metodológico del legislador racional?

De conformidad con estas tres presunciones que sirven de fundamento metodológico, la racionalidad del legislador no constituye una hipótesis falsificable sino un dogma irrefutable: los operadores jurídicos no justifican su inacción ante la «irracionalidad» del legislador⁴³⁰. Además, desde esta perspectiva metodológica, cuando se trata de análisis jurídico, el concepto de legislador racional no incluye ningún reclamo sobre «legisladores reales».

Como señala Ziemiński, el «legislador racional» “...es una construcción mental aplicada por los juristas como una ficción útil para el establecimiento de un sistema jurídico basado en las fuentes aceptadas del derecho⁴³¹.” El «legislador racional» como obra de pensamiento jurídico tendrá las características que le atribuimos.” Así, suponer que la ley es promulgada por el legislador racional es lo mismo que declarar que durante el análisis jurídico se seguirán ciertas directivas metodológicas.

Estas reglas metodológicas condicionan en algunos casos, el proceso de interpretación jurídica que conduce al establecimiento de un sistema de normas jurídicas coherente, eficaz y axiológicamente legitimado. El concepto de legislador racional también puede establecer límites a la libertad interpretativa de los tribunales, fundamentando el análisis jurídico en un conjunto de supuestos metodológicos fijos⁴³². Por lo tanto, se puede decir que el concepto de legislador racional también tiene una dimensión ética.

⁴²⁹ Krotoszyński, M. (2018). Legislative History, Ratio Legis, and the Concept of the Rational Legislator. In: Klappstein, V., Dybowski, M. (eds) Ratio Legis. Springer, Cham. p.23.

⁴³⁰ Wronkowska, S. (1987). *The Rational Legislator as a Model for the Real Lawmaker*. In Polish Contributions to the Theory and Philosophy of Law. Amsterdam: Rodopi.

⁴³¹ Ziemiński Z (1980) *Problemy podstawowe prawoznawstwa (Fundamental issues in jurisprudence)*. Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa. pp. 271-272.

⁴³² Ziemiński, Z. (1985). Two concepts of rationality in legislation. In: Arnaud, André Jean., Risto. Hilpinen, and Roberto José. Vernengo. *Juristische Logik, Rationalität Und Irrationalität Im Recht: Juristic Logic, Rationality and Irrationality in Law*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985. Print. Rechtstheorie. Beiheft ; 8. pp. 139-150.

Puede argumentarse que el «legislador racional» tiene el mejor conocimiento sobre el curso de un procedimiento legislativo, debe ser consciente de que si la «historia legislativa» es clara, la *intención* que se atribuye a la disposición propuesta en cuestión o al proyecto de ley en su totalidad puede atribuirse a la disposición o disposiciones de la ley promulgada. No obstante, si la ley se aprueba en la forma propuesta, es razonable suponer que el legislador racional al menos acepta el hecho de que sus disposiciones pueden interpretarse de acuerdo con su *historia legislativa*. De hecho se sostiene que si el legislador se opusiera a este resultado, la forma de la ley cambiaría para indicar claramente tal hecho. Por lo tanto, el acto de votar dentro del parlamento -por ejemplo- puede verse como una suposición de que el legislador racional acepta la posibilidad de utilizar un registro legislativo claro como fuente subsidiaria para el establecimiento de la *ratio legis*.

De hecho, como señala Raz, la aceptación de la premisa de que la interpretación de la legislación derivada de la elaboración deliberada de leyes debe reflejar las intenciones del legislador, lo que Raz llama «La tesis de la intención autoritaria» (*the authoritative intention thesis*), no presupone ninguna teoría interpretativa. La voluntad de interpretar la ley de acuerdo con la intención del legislador puede basarse únicamente en el hecho de que la idea de la autoridad legislativa debe asumir el poder de introducir leyes compatibles con la voluntad del legislador⁴³³.

La tesis parte de la “idea esencial de que los legisladores tienen el control de la ley⁴³⁴” y solo tiene un propósito: legitimar su existencia. Lo que guía la comprensión del derecho son las convenciones predominantes de las directivas interpretativas. Raz deja en claro que la idea de intención del legislador solo debe aplicarse a los legisladores «reales», ya sean individuales o institucionalizados.

Sin embargo, se puede considerar que las convenciones predominantes de las directivas interpretativas sobre las que escribe Raz pueden equipar al legislador con características idealizadoras, creando así un tipo ideal e inexistente de legislador. En este caso, la legislación real se atribuye convencionalmente a tal legislador ideal, y el deseo

⁴³³ Raz, J. (1996). Intention in Interpretation. In: Robert P. George (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*. Oxford. Oxford University Press. pp. 249-286. p. 256.

⁴³⁴ Raz, J. (1996). Intention in Interpretation. In: Robert P. George (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*. Oxford. Oxford University Press. pp. 249-286. p. 267.

de establecer la intención de tal legislador se basa no solo en la naturaleza de la legislación en sí misma sino también en una dimensión mucho más amplia, teórica y ética⁴³⁵.

En definitiva, el concepto de «legislador racional» denota el tipo *ideal* del legislador racional que se caracteriza por los supuestos de una teoría modelo dada: el legislador racional debe cumplir con los supuestos de esta teoría, algunos de ellos de carácter idealizante y otros cuasi-idealizantes. En otras palabras, el concepto de «legislador racional» se refiere a un legislador que, en la base de ciertos conocimientos, dicta disposiciones normativas porque «quiere» con la ayuda de ellas, establecer o consolidar ciertos estados de cosas que son preferibles en el sistema de valores compartido por él.

Debido al hecho de que el término «racional», especialmente en lo que respecta al legislador, se usa libremente en el discurso jurídico, me parece importante subrayar que la racionalidad no se identifica aquí con ninguna característica de conducta de un sujeto dado. La racionalidad se entiende aquí como un rasgo de la conducta del sujeto que en sus actividades se guía exclusivamente por sus conocimientos y valoraciones.

1.3. Dos modelos de legislador racional

Se puede argumentar, que en el discurso jurídico se han elaborado dos modelos del legislador racional: i) según la cual la racionalidad se vincula con las *determinantes subjetivas de la conducta del legislador*, es decir, con su conocimiento y preferencia y ii) según el cual la racionalidad se vincula con *determinantes objetivas de la conducta del legislador*, mientras que estas determinantes objetivas son las condiciones de la actividad del legislador: moldeadas previamente por la capacidad organizativa del legislador.

1.3.1. La racionalidad en relación con las características subjetivas del legislador

Consideremos primero el modelo de legislador racional que relaciona la racionalidad con los determinantes subjetivos de su conducta. Estos determinantes satisfacen cuatro condiciones básicas, *inter alia*:

- i) El conocimiento del legislador no es auto-contradictorio;
- ii) El conocimiento del legislador incluye sus consecuencias lógicas;

⁴³⁵ Para una explicación detallada del papel de la *ratio legis* y los discursos sobre la racionalidad del legislador, véase: Krotoszyński, M. (2018). *Legislative History, Ratio Legis, and the Concept of the Rational Legislator*. In Klappstein, V. & Dybowski, M. (2018). *Ratio Legis. Philosophical and Theoretical Perspectives*. Springer.

iii) Las preferencias del legislador son asimétricas;

iv) Las preferencias del legislador son transitivas;

Los supuestos antes mencionados sobre el conocimiento del legislador racional son de carácter formal, están relacionados con la estructura lógica de los enunciados que componen el conocimiento y con las relaciones entre ellas. Se añaden unos supuestos que imponen a este conocimiento ciertas condiciones materiales que determinan su ideología y su ámbito temático. Permiten distinguir el conocimiento *empírico* del legislador racional, su competencia lingüística y su conocimiento *jurídico* (en particular, en lo que se refiere a los principios de la estructura del ordenamiento jurídico).

En cuanto a la completitud del conocimiento del legislador:

i) El conocimiento dado permite hacer un diagnóstico del estado de cosas inicial en el campo en consideración a ser regulado, por lo que se trata de incluir todos los datos del “mundo” necesarios para ello;

ii) El conocimiento dado permite formular medios de influencia jurídica admisibles en un estado de cosas dado; incluye datos necesarios para determinar las relaciones entre el comportamiento señalado en las disposiciones normativas que se diseñarán y sus consecuencias;

iii) Este conocimiento permite formular predicciones sobre sí, y en qué medida, la promulgación de disposiciones normativas particulares influirá en los destinatarios en circunstancias dadas de tal manera que realizarán el comportamiento indicado en ellas; así, incluye datos necesarios para determinar las relaciones entre el hecho de promulgación de ciertas disposiciones normativas, las posibles interpretaciones y normas derivadas; y las influencias de este hecho en la mitificación de los destinatarios;

iv) Finalmente, este conocimiento permite formular predicciones sobre el “costo” en un sentido amplio, de todos los medios alternativos discutidos para alcanzar un texto jurídico (costos materiales, organizacionales y sociales); por lo tanto, incluye los datos necesarios para determinar la “eficacia” de los medios jurídicos en consideración.

El conocimiento que condiciona la realización de las tareas enumeradas en estos supuestos se lo podría denominar como, conocimiento “*empírico*” del legislador racional. Las siguientes asunciones del conocimiento relacionadas a las características subjetivas del legislador tienen que ver con su *competencia lingüística*⁴³⁶. La formulación de

⁴³⁶ En autores como Atienza, esta característica de racional tiene que ver a su aspecto lingüístico (R1). Véase, Atienza, M. (1997). Contribución para una teoría de la legislación. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. 385-403. p. 389.

disposiciones normativas en los textos jurídicos es una actividad dirigida a la interpretación, es decir, que el sujeto que la lleva a cabo asume que su sentido se realizará si es correctamente entendida (o por lo menos esto es lo que se presupone del legislador racional). Por lo tanto, la competencia lingüística del legislador incluye:

i) Conocimiento sobre las reglas de sintaxis y vocabulario de la lengua natural que es utilizada por el legislador para formular textos jurídicos para prescribir definiciones. Siendo el lenguaje ordinario, el lenguaje en que fundamentalmente se expresan las disposiciones normativas, se emplean términos generales para hablar de grupos de objetos (esto se conoce como extensión) dado que tienen ciertas propiedades en común. Siendo que el criterio para el uso correcto de las palabras es la presencia de un determinado objeto de las propiedades en cuestión;

ii) Conoce las reglas de uso del lenguaje ordinario, es decir, para qué sirve y cuáles son las oportunidades, circunstancias o fenómenos en presencia de los cuales es “correcto” según las reglas de uso, valerse de la expresión utilizada⁴³⁷.

iii) Conocimiento de las características específicas del lenguaje jurídico, de su vocabulario y de las formas adoptadas de formulación de normas en las disposiciones jurídicas, es decir, de todas las modificaciones introducidas por el legislador en el lenguaje natural para verbalizar las disposiciones normativas en los textos jurídicos;

iv) Conocimiento acerca de las reglas de interpretación del lenguaje natural adoptadas en una tradición jurídica determinada.

También se afirma que el tipo ideal del legislador racional cumple con los supuestos relacionados con el *conocimiento completo sobre el sistema jurídico* existente al momento de la acción legislativa, a saber:

i) Las disposiciones normativas adoptadas en un sistema jurídico que determinan la *competencia legislativa* de los organismos del Estado y otros sujetos competentes para promulgar en una forma determinada disposiciones normativas de determinadas clases (creación, derogación, abrogación, etc);

ii) Las reglas de solución de antinomias y lagunas adoptada por la comunidad jurídica;

iii) Las reglas de inferencia adoptadas por el sistema jurídico;

iv) Las disposiciones normativas vigentes en el sistema jurídico (las existentes y las introducidas por el legislador).

⁴³⁷ CARRIO, G., 1965: *Notas sobre derecho y lenguaje*. Citado por la 4ª ed., de 1990. Lexis Nexis, Abeledo-Perrot: Buenos Aires. p. 92.

Hasta ahora hemos nombrado los componentes del conocimiento lingüístico y jurídico del modelo de legislador racional sin discutir el problema epistémico que supone cada uno de estos presupuestos. Desde este punto de vista, es necesario adoptar una última suposición adicional: el conocimiento del legislador se basa en el estado actual del “mundo”. Esto quiere decir que conoce su completitud de los datos fácticos: idealizando la relación entre el sujeto (el legislador racional) y objeto (lenguaje y estados de cosas que se pretende regular) sobre los juicios de la “realidad”.

1.3.2. La racionalidad en relación con las determinantes objetivas de la conducta del legislador

Discutamos ahora el segundo modelo del legislador racional. La toma de decisiones finales (promulgación de actos jurídicos) sobre la base del conocimiento y de un sistema de valores que reúna condiciones específicas requiere que el legislador *organice adecuadamente* su trabajo. En este segundo modelo, el legislador es racional como *organizador*, si -para decirlo simplemente- se preparó adecuadamente para promulgar actos jurídicos: llevó a cabo una serie de trabajos preparatorios necesarios para tomar decisiones finales. Estos trabajos se pueden dividir en dos grupos.

i) El primer grupo está compuesto por trabajos que son realizados por el legislador que prepara y ejecuta actos jurídicos particulares. Debe realizar lo siguiente: a) crear un plan praxiológico de actividades y ejecutar las tareas incluidas en él, y b) recopilar conocimientos y fijar un sistema de valores en base al cual deberá tomar las decisiones normativas.

ii) El segundo grupo incluye esfuerzos para formar estructuras organizativas apropiadas en las que se toman decisiones legislativas de un tipo dado; también incluye esfuerzos destinados a dar forma al proceso legislativo de tal manera que garantice que los valores que se han elegido, se ordenen correctamente y que se recopile y analice toda la información relevante accesible al legislador.

Las condiciones que se establecen al respecto se basan en dos presunciones. Primero, el cuerpo legislativo, desde el punto de vista organizacional, no es una institución sin dinámica, llamada a promulgar actos jurídicos: las instituciones particulares que lo componen son relativamente independientes entre sí. En segundo lugar, el proceso de elaboración de leyes tiene el carácter de un proceso de toma de decisiones secuencial: la ejecución adecuada de una tarea dada en este proceso depende de la forma en que una tarea anterior (asignada a algunas otras instituciones que participan

en este proceso) se ha llevado a cabo. Teniendo esto en cuenta, se pueden formular los siguientes tres supuestos que constituyen el tipo ideal de legislador como organizador racional del proceso legislativo:

i) Si el legislador es racional, incluye en la estructura organizativa del proceso legislativo aquellas instituciones cuyo fin es el conocimiento de los efectos y costos de los actos legislativos.

ii) Si el legislador es racional, incluye en la red organizativa del proceso legislativo aquellas instituciones cuyo objetivo es recopilar información sobre casos de promulgación de disposiciones normativas que no han cumplido con los criterios formales y sustanciales de validez, derogando aquellas disposiciones del sistema.

Por ejemplo, en el contexto del constitucionalismo que Ferrajoli ha denominado “garantista”, la sujeción de la legislación (producto) a normas sobre la producción no solo es formal, esto es relativo a la forma (al quién y al cómo) sino también sustancial, es decir, relativo a los contenidos de las normas producidas (al qué no se debe o se debe decidir), cuya violación genera antinomias por acción o lagunas por omisión⁴³⁸. Esta concepción del constitucionalismo defiende la idea de la subordinación de los poderes públicos - incluido el legislativo- a una serie de disposiciones superiores que son las que en las actuales constituciones “modernas” establecen derechos fundamentales. En el contexto del estado constitucional, el sistema jurídico, equivale a un conjunto de límites y vínculos, no solo formales sino también sustanciales. En este escenario, un legislador racional en sentido organizacional, diseñará la red organizativa idónea para cumplir con los criterios de validez del estado constitucional.

Huelga decir que existen conexiones instrumentales entre el concepto de legislador racional (*ideal*) y el modelo de legislador *organizacionalmente racional*. Debe recordarse que el legislador racional (o ideal) es percibido como un sujeto con una estructura organizativa no complicada cuya función es realizar racionalmente, por suposición, actos jurídicos. Al introducir el modelo de legislador organizacionalmente racional se anula este supuesto. Se supone, a saber, que hay muchos legisladores que realmente elaboran disposiciones normativas, que cada uno de ellos tiene una estructura organizativa muy complicada, que tomar una decisión legislativa requiere la ejecución de muchas tareas fragmentarias mutuamente condicionadas que son llevadas a cabo por

⁴³⁸ Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 0(34), 15-53. p. 44.

diferentes instituciones, y finalmente que el legislador ideal puede no ser organizacionalmente racional o perfecto.

1.4. Los sentidos adscritos a la expresión «legislador racional ideal»

Los sentidos adscritos a la expresión «legislador racional ideal» realizadas por algunas fuentes del derecho tales como la dogmática o la jurisprudencia son, inter alia:

i) *En el sentido dogmático*, el legislador es un sujeto que convencionalmente se cree que es el autor del producto de la actividad legislativa, a pesar del hecho obvio de que este producto es el resultado de muchas actividades emprendidas por varias personas o grupos de personas. En otras palabras, el legislador en este sentido es una agencia estatal (parlamento o gobierno) autorizada por las normas de un sistema jurídico dado para llevar a cabo un tipo específico de actividades, es decir, la promulgación de disposiciones normativas.

ii) *En sentido real o sociológico*, el legislador racional está circunscrito a los mecanismos del proceso de decisión legislativo, es decir, del comportamiento social de los sujetos involucrados en el proceso de elaboración de leyes (miembros de cuerpos legislativos, políticos, expertos, redactores de proyectos de ley) y el condicionamiento de estas actividades: procesos psicológicos que conducen a una decisión legislativa particular. En los procedimientos de creación legislativa modernos, es muy difícil identificar las personas que realmente “influyen” en las decisiones legislativas.

Por lo tanto, se pueden obtener unas características posiblemente completas del legislador real cuando se define en categorías institucionales y normativas. En este sentido, el legislador real es un cuerpo colectivo institucional dotado por las normas de un sistema dado con el poder de tomar decisiones legislativas o de participar en la preparación de tales decisiones. Tal cuerpo colectivo suele ser un conjunto de individuos, sin embargo, este cuerpo no es idéntico a un conjunto dado de sujetos que la conforman. Se puede decir que hace falta abandonar el individualismo metodológico.

Nótese que el legislador dogmático es distinto al legislador en el sentido sociológico del término a quien a menudo se le denomina «legislador real» de acuerdo con una intuición comúnmente compartida que entiende a las personas involucradas en el proceso de preparación y promulgación de los actos jurídicos, las que ejercen una influencia real en el contenido final de tales actos.

Para el análisis de la legislación, el problema del concepto antes mencionado es insatisfactorio. El concepto de legislador dogmático permite analizar la competencia

legislativa de los órganos del Estado, las clases de actos jurídicos dictados por estos órganos y ordenar estos actos según su jerarquía. Este concepto, sin embargo, se refiere solo a la decisión final del proceso legislativo (el acto convencional de promulgación de normas), no permite analizar las actividades intelectuales preparatorias que llevaron a la promulgación de estos actos a través del proceso de creación legislativa.

iii) Por su parte, el legislador racional en *sentido institucional* tiene su propia estructura organizacional consistente en un número de instituciones creadas por normas parlamentarias a las cuales le son asignadas normas vinculantes o costumbres políticas que fragmentan las tareas del proceso de creación de leyes (comisiones, mesas técnicas, etc). El concepto de «cuerpo legislativo» como compuesto por varias instituciones asume que el proceso legislativo es un conjunto de actividades ordenadas, secuenciales y mutuamente condicionadas que permite analizar las etapas particulares del trabajo sobre los actos jurídicos. Permite también analizar el funcionamiento de dichas instituciones y, en particular, analizar las relaciones entre la estructura orgánica de un órgano legislativo en su conjunto y las instituciones particulares que lo componen, y la tarea llevada a cabo por estas instituciones. Además determina si, y en qué medida, la estructura institucional de creación de leyes fomenta la creación de actos jurídicos de la forma deseada y sustancia⁴³⁹.

1.5. Conclusión

Pues bien, la atribución de características de racionalidad al legislador puede adoptar una forma descriptiva o prescriptiva. Como tesis descriptiva, es claramente falsa, tanto porque el derecho objetivo parece estar caracterizado por lagunas y entinomias, como porque los verdaderos legisladores obviamente no son inmortales ni omniscientes. Si se toma como cierta, la tesis constituye un enmascaramiento ideológico de las operaciones que los juristas realizan de acuerdo con sus preferencias políticas y jurídicas.

Por otra parte, si se toma como una "ficción prescriptiva" la del legislador racional aparece como norma metodológica para la dogmática: hay que imaginar que el legislador es racional, pues ello permitiría encontrar una respuesta jurídicamente correcta en todo caso con el único ayuda de las normas de sentencias ya disponibles (convirtiendo así el

⁴³⁹Nowak, L. (1969). De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique. *Logique et Analyse*, 12 (45), 65–86.

sistema jurídico en un sistema cerrado, capaz de autointegrarse sin recurrir a materiales extra-jurídicos⁴⁴⁰.

2. Ambigüedad del término legislación

El término «legislación» adolece de ambigüedad proceso-producto. Legislación-proceso es el conjunto de operaciones, realizadas por personas que actúan como órganos “legislativos” de un orden jurídico, cuyo resultado consiste en “promulgar” o “aprobar” textos que se conocen habitualmente como “leyes”, “estatutos”, o “actos”. El producto de la legislación es el conjunto discreto de leyes, estatutos o actos que representan el resultado de un proceso de creación normativa que por lo general se entiende pretender alterar la conducta de sus destinatarios⁴⁴¹.

2.1. La legislación como proceso

La legislación como *proceso* puede entenderse de diversas formas, aunque relacionadas, muy diferentes entre sí, a saber:

i) Metodología legislativa, que se refiere al contenido de la legislación; propone una forma metódica de elaborar contenido normativo y desarrolla herramientas prácticas que facilitan los diferentes pasos o fases provenientes de un enfoque metodológico aplicado;

ii) Técnica legislativa que tiene que ver con los aspectos formales de la legislación, es decir, con los diferentes tipos de actos normativos (estatutos sustantivos, procedimentales, declaraciones, actos jurídicos y políticos, formas de regulación (*nudge*, *smart legislation*, *crowdlaw*, etc.) y su estructura formal, además combina una serie de saberes prácticos obtenidos de otras ciencias para regular casos específicos;

iii) El borrador (*drafting*) legislativo que tiene que ver, de manera general, con los aspectos lingüísticos de la legislación, esto es, la manera de expresar los contenidos normativos que contienen los textos. Mientras que la redacción legislativa o, en un sentido más amplio, la legística jurídica (*legal legistic*) es principalmente un asunto de juristas, la legística material (*material legistic*) no es en modo alguno una exclusividad

⁴⁴⁰ Núñez Vaquero, A. (2014). Dogmática jurídica. In *Eunomía*. 6. pp. 245-260. p. 251.

⁴⁴¹ En su significado más amplio, «legislación» se refiere a todo el dominio de los llamados escritos-ley (*ius scriptum*), es decir, la ley provista de una formulación autorizada, fija, en oposición a la ley no escrita (*ius non scriptum*), como principios implícitos de fondo y las *rationes decidendi* constituyendo el reservorio de precedentes judiciales.

de las personas con formación jurídica o un campo de actividad para el que los abogados están necesariamente mejor preparados que las personas con otra formación profesional;

iv) La promulgación legislativa que tienen que ver con el aseguramiento del principio de publicidad de la ley en su sede institucional a través de un registro oficial. En sede no-institucional, a través de canales de comunicación no-institucionales o informales;

v) El procedimiento legislativo en sentido propio que versa sobre el proceso de elaboración, promulgación y aplicación de la legislación; sigue normas procesales de diversa índole; estas normas pueden influir en cierta medida en la calidad formal y material o sustancial de la legislación; pueden favorecer u obstaculizar la metodología legislativa, es decir, las formas de elaborar una nueva legislación. También debe considerarse, la gestión de proyectos legislativos: la preparación de la legislación puede verse como una tarea a la que se aplican los principios y técnicas de la gestión de proyectos provenientes de otras ciencias sociales o exactas;

vi) La sociología de la legislación, entendida como el proceso que precede a la promulgación de la legislación: el proceso de implementación y búsqueda de los efectos de la legislación propio de los estudios sociológicos de la ciencia jurídica. En este campo, se desarrollan los procesos de evaluación legislativa que sirven como retroalimentación para mejorar los procesos y el contenido de futuros proyectos de ley.

2.1.1. La evaluación legislativa como parte esencial de la metodología legislativa

La evaluación legislativa tiene que ver con elementos de la sociología de la legislación y en su otra cara, con la metodología de la legislación. La evaluación legislativa versa sobre la metodología legislativa, es decir sobre su contenido más que los aspectos formales de la legislación y particularmente está relacionada con los aspectos normativos y sus consecuencias en la «realidad social».

En lo que respecta al enfoque en clave metodológica, se debe precisar, *inter alia*:

i) el análisis y la definición de los problemas que la acción legislativa pretende resolver;

ii) la determinación clara y precisa de los objetivos de la legislación;

iii) la identificación de los instrumentos jurídicos o medios que pueden ser utilizados para resolver el problema, y la elección de esos instrumentos;

iv) el borrador (*drafting*);

v) la promulgación oficial;
vi) la implementación de la legislación vigente;
vii) la evaluación retrospectiva del contenido normativo, y;
viii) de ser apropiado, la adaptación de la legislación producto, sobre la base de la evaluación retrospectiva. La implementación (vi) junto con la evaluación (vii) constituye un proceso de aprendizaje reiterativo.

La relación entre evaluación legislativa y metodología legislativa tiene sus limitaciones. En particular, su enfoque, se basa esencialmente en una visión instrumental de la legislación; la legislación se preocupa como instrumento de dirección y control social, como herramienta de “ingeniería social”. En otras palabras, este enfoque se basa en el supuesto de que la legislación es una actividad racional que se dirige a la realización de fines o metas específicas, a la consecución de resultados específicos en la realidad social. Sin embargo, como se intuirá no toda legislación tiene un carácter instrumental, o por lo menos, el carácter instrumental de la legislación no siempre es predominante.

2.1.2. La técnica legislativa como aspecto formal de la legislación

Este conjunto de saberes alude a conocimientos más prácticos y aplicados a la práctica de la legislación. Riccardo Guastini denomina “técnica legislativa” a los estudios que se ocupan de los medios o instrumentos para mejorar la calidad de las leyes o más precisamente, para mejorar las leyes en cuanto textos jurídicos a fin de favorecer el fin general de la legislación: dirigir las conductas de los destinatarios⁴⁴². Por su parte, Aguiló sostiene que el vocablo «técnica» hace referencia a un conjunto de medios (instrumentos y procedimientos) para conseguir un fin⁴⁴³. Cabe recalcar que ambas definiciones muestran un tipo de racionalidad instrumental neutral respecto de los contenidos que el legislador pretenda establecer. La técnica legislativa aludiría entonces, al estudio de los medios o instrumentos para alcanzar un tipo de «racionalidad legislativa» comoquiera que ésta se entienda, por lo que un estudio de técnica legislativa no implicaría necesariamente rechazar la exigencia de racionalidad de los fines de la legislación.

La expresión «técnica legislativa» se utiliza en resumen para eludir a los estudios sobre la *forma* de las leyes o de las normas en general, esto es, sobre el lenguaje y

⁴⁴² Guastini, R. Redazione e interpretazione dei documenti normative, en VV.AA. Bartole, S. (1988). *Lezioni di tecnica legislativa*. Padova: CEDAM. pp. 37-38.

⁴⁴³ Aguiló, J. (2000). Técnica legislativa y documentación automática de legislación en Carbonell, M. y Pedroza de la Llave, S.T. (coords.). *Elementos de Técnica legislativa*, Mexico UNAM. p. 245.

composición de los textos normativos (técnicas de redacción), así como la relación lógico-formal entre las disposiciones que integran el sistema jurídico.

En la actualidad, esta disciplina ocupa un sentido mucho más amplio, ya que se abre al campo de la *eficiencia* de las leyes contemplando medios e instrumentos que ayuden al legislador en el cumplimiento de sus objetivos o fines políticos. Los manuales de técnica legislativa inscritos en la tradición anglosajona, por ejemplo, resaltan que si bien clásicamente las técnicas legislativas se han dirigido a procurar la calidad lingüística de la ley mediante disposiciones claras y precisas, hoy también la técnica legislativa puede definirse como una disciplina que se ocupa también de que los objetivos de la legislación sean alcanzados a través de diferentes técnicas⁴⁴⁴.

La técnica legislativa tendría por objeto desarrollar a partir de una determinada concepción de la racionalidad legislativa (o teoría de la legislación), instrumentos concretos (*nudge*, *crowdlaw*) es decir, procedimientos, medios, tendentes a mejorar la calidad de las leyes. En este sentido, se puede decir que el desarrollo de las técnicas legislativas requiere tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas sociales o informáticas.

Las técnicas legislativas que constituyen todas las reglas relativas al lenguaje de la norma, al sistema, a su viabilidad práctica, a su grado de efectividad posible, son precondition de una legislación que pueda verse “racional” en cuanto producto de una actividad legislativa.

Precisamente, en aras de lograr un nivel óptimo de corrección en la redacción de las disposiciones normativas, principalmente leyes, eliminar los defectos de que habitualmente adolecen y evitar así los inconvenientes que genera toda situación de crisis legislativa, surge una técnica eminentemente formal, conocida como legística o técnica legislativa propiamente dicha, que formaría parte, como rama especializada, de un saber más amplio y general: la ciencia de la legislación o ciencia legislativa que tiene por objeto el estudio de la legislación en su aspecto evaluativo, institucional y procedimental, es decir, el proceso general de producción de las leyes y normas. La técnica legislativa tiene un objeto más concreto dirigido a establecer las condiciones de una mejor comprensión del texto legislativo reduciendo el área de incertidumbre, de indeterminación y de ambigüedad. (correcta redacción del texto legislativo).

⁴⁴⁴ Stijn D., Raf Van Kuyck & Bea Van Buggenhout (2000). Legislative Technique as Basis of a Legislative Drafting System. *Information & Communications Technology Law*. 9:2, 149-159.

Así pues, el objeto de análisis de la técnica legislativa tiene como ámbito primero de observación el lenguaje jurídico o sea, aquella parte del lenguaje natural que constituye el instrumento de expresión de una legislación determinada, sirviendo de vehículo para la transmisión del mensaje creado por el legislador y que habitualmente se configura como proposiciones del carácter prescriptivo. Las anomalías pueden referirse a aspectos ortográficos (uso incorrecto de letras mayúsculas, comas, abreviaturas), semánticos (empleo de conceptos oscuros, polisemia, neologismo, eufemismo), estilísticos (falta de claridad, sencillez y brevedad) o estructurales (alteración arbitraria del orden de las frases, construcción artificiosa y confusa de los párrafos).

El análisis técnico-legislativo del proyecto o proposición, debería argumentar la corrección de la estructura y ordenación lógica de sus preceptos, sobre el rigor de los aspectos ortográficos, léxico y estilo, sobre la corrección de las concordancias y remisiones y la adecuación del título, el preámbulo o las disposiciones complementarias, sobre la suficiencia de las cláusulas derogatorias.

De lo dicho hasta aquí podemos inferir dos características esenciales de las actividades propias de la técnica legislativa: i) técnica de redacción; ii) técnica del medio encagado de realizar el fin. Estas características propias de la técnica legislativa como se dijo, formarían parte de la “ciencia de la legislación”.

2.3. La legislación como producto

Como hemos visto en el párrafo anterior, uno de los sentidos que se le puede atribuir al término «legislación producto» es quizás el más intuitivo y extendido: la asunción de que el resultado de la legislación (es decir, su producto) es un instrumento para alterar la conducta de otro. Esta posición está muy arraigada desde posiciones iusfilosóficas como la de Austin que consideraba a la «ley» como *command*⁴⁴⁵. Sin embargo, en la actualidad no es el único sentido que le atribuimos al término, encontrando entre otros, las siguientes conotaciones de la legislación como producto:

- i) una expresión de acuerdos políticos;
- ii) un instrumento para solucionar problemas sociales (*smart legislation, nudge, crowdlaw*, etc.)
- iii) un acto *simbólico* sin ninguna ambición real de producir resultados prácticos.

⁴⁴⁵ Véase el capítulo primero sobre la racionalidad legislativa de John Austin.

La legislación producto como acuerdos políticos es vista como un producto fortuito como resultado del debate político más que como una construcción «racional» que tiene objetivos específicos. No se identifica con un producto particular, ya sea sancionador, de sugestión o dialogo abierto sino que, más bien, hace referencia al juego de poderes y consensos políticos sin preever el producto de esas dinámicas.

Por su parte, la legislación producto entendida como instrumento para solucionar problemas sociales es vista como una técnica que no necesariamente tienen un elemento sancionador para compeler a sus destinatarios. En ese sentido, se ve enriquecida por un amplio abanico de formas de regulación blandas (*soft regulations*) que se muestran más eficaces para cambiar patrones de conducta en determinados espacios de interacción social (*nudge*).

Como acto simbólico en el sentido de que su función principal es expresar a las autoridades políticas la conciencia de un problema, su voluntad de compartir las preocupaciones del público, una expresión de que están preocupados y sienten la necesidad de mostrar que la situación está «bajo control». Esto se conoce en la literatura como *symbolic legislation*. Este tipo de legislación ya no emite órdenes respaldadas con sanciones severas, como en un enfoque instrumentalista tradicional que utiliza operadores deónticos para fijar un permiso o sanción, sino que proporciona normas “abiertas” y aspiracionales que están destinadas a cambiar el comportamiento no por medio de amenazas sino indirectamente, a través del debate y la interacción social⁴⁴⁶. Tampoco, se adecua a una técnica de regulación de la conducta sobre la base de incentivos o jugando con la persuasión de las personas (*nudge*).

Es de notar que cada conotación de la legislación como producto presupone un sentido de legislación-actividad diferente. Así, si entendemos a la legislación producto como una sola expresión de acuerdos políticos, nos enfocaremos en los procesos de debate parlamentario o en su defecto, haremos un análisis de procedimientos propios de «*realpolitik*». Por el contrario, si entendemos que la legislación producto es un instrumento para solucionar problemas sociales, el sentido de la legislación como actividad sería los pasos o mecanismos de implementación de legislación inteligente o sistemas de regulación eficaz como *nudge*. Todos estos procesos pueden ser catalogados a lo menos de algún tipo de racionalidad instrumental.

⁴⁴⁶ Klink, B. (2014). Symbolic Legislation: An Essentially Political Concept. *SSRN Electronic Journal*.

2.4. Racionalidad del proceso y producto legislativo

De lo dicho hasta ahora se desprende una conclusión intuitiva. Existirían al menos dos tipos de racionalidades entendida como criterios para medir el grado de perfección de la legislación: i) la racionalidad del proceso que abarcaría la metodología legislativa, técnica legislativa, el *drafting*, la promulgación legislativa, el proceso legislativo en sentido propio y la sociología de la legislación en su fase de “implementación”; y, ii) la racionalidad del producto que comprende la racionalidad de las órdenes que pretenden influir en la conducta de los destinatarios de las disposiciones normativas; la expresión de acuerdos políticos; los instrumentos para solucionar problemas sociales, y finalmente; los actos de legislación simbólica. Es importante destacar que la técnica influye sobre el producto, da lugar a una racionalidad técnica del producto de la legislación, una actividad L es técnicamente racional si su producto es técnicamente racional.

En general, cuando se habla de «racionalidad legislativa» o «racionalidad de la legislación» se pasa por alto esta importante distinción que nos ubica en niveles de análisis -dependiendo en qué se considera racional- diferentes. Si por ejemplo, se considera racional la sola imposición de una orden para alterar la conducta de los destinatarios de las disposiciones normativas (racionalidad del producto), poco tiene que ver el análisis del procedimiento legislativo en torno a la legística legal. De igual forma, la irracionalidad del procedimiento legislativo no necesariamente conlleva a la racionalidad de su producto. Para aclarar este punto es necesario mostrar los mundos lógicos de esta relación:

- i) Proceso legislativo racional, producto racional;
- ii) Proceso legislativo racional, producto irracional;
- iii) Proceso legislativo irracional, producto racional;
- iv) Proceso legislativo irracional, producto irracional.

Hay que aclarar que es correcto presuponer que un proceso legislativo irracional puede tener un resultado irracional- de hecho en la mayoría de prácticas legislativas esto sucede así-. Sin embargo, la distinción conceptual entre la racionalidad del proceso y del producto nos hace advertir que pueden existir casos donde no *necesariamente* la irracionalidad de uno implica la irracionalidad del otro.

2.5. Sociología de la legislación: parámetros del aval de la ley

En este apartado responderemos a la pregunta ¿qué se entiende por evaluación de la legislación? Por supuesto, el término «evaluación» sufre de indeterminaciones puesto que es utilizado en diferentes contextos debido a que los enfoques evaluativos han sido desarrollados por diferentes disciplinas. Evaluar los efectos de la legislación significa, en primera instancia, desarrollar suposiciones sensatas sobre las conexiones causales, potenciales o reales entre las disposiciones normativas y las actitudes, comportamientos y circunstancias observables. En segundo lugar, requiere que la corrección de estos supuestos se “pruebe” utilizando toda la experiencia, información y conocimiento relevante que esté disponible o pueda estar disponible en un tiempo razonable y con un esfuerzo razonable.

Hay que notar que en el contexto legislativo «evaluación» significaría: el análisis y calificación de los efectos de la legislación. Esta definición muy general consta de, al menos, tres ideas:

Primero, la evaluación tiene que ver con la legislación, con los actos normativos y, por implicación, con las decisiones administrativas basadas en ellos. Segundo, la evaluación se ocupa de la relación causal entre las acciones legislativas (entendidas como las actividades propias del proceso legislativo) y la realidad social a la que quiere influir. Se interesa por los efectos. Examina el alcance y las consecuencias de los cambios de actitud, comportamiento y circunstancias que se deben a la realización del producto de la legislación.

En tercer lugar, la evaluación trata de analizar y evaluar los efectos de la legislación de forma metódica. Este análisis y evaluación tiene tres características importantes. Se lleva a cabo de una manera que puede ser generalmente comprendida y seguida, en particular porque identifica claramente las bases sobre las conexiones causales, potenciales o reales, entre las disposiciones legislativas y la realidad social observable.

Definida la evaluación en estas tres ideas, son, por un lado, claramente mucho más que valoraciones políticas intuitivas puramente impresionistas; por otro lado, no necesariamente cumplen con los criterios más severos de un análisis verdaderamente “científico⁴⁴⁷”.

⁴⁴⁷ Mader, L. (2001). Evaluating the Effects: A Contribution to the Quality of Legislation. *Statute law review*, 22(2), 119-131.

En rigor, la evaluación de la legislación (aval de la legis) toma en cuenta evaluaciones intuitivas de los efectos de la legislación hechas por los actores políticos relevantes o grupos destinatarios de las normas (a manera de meta-evaluación); se basan en experiencias, prácticas y especialmente en el conocimiento específico que poseen las autoridades que implementan la legislación y tratan de completar este conocimiento mediante análisis metódicos que incluye a menudo, pero no invariablemente, el uso de varios métodos científicos. Las evaluaciones legislativas también pueden servir como intento pragmático de producir información más relevante y más precisa sobre la relación causal potencial o real entre la acción legislativa y la actitud, el comportamiento o las circunstancias sociales observables.

En este sentido, resulta importante destacar que las relaciones causales son extremadamente difíciles de analizar puesto que la causalidad social es muy difícil de «comprobar». Dejando a un lado el debate epistémico, del que ningún parlamento hace eco, las acciones legislativas son implícitas o explícitamente basadas en una asunción relacionada con las relaciones causales. El propósito de la evaluación legislativa no es «probar» que las asunciones son buenas o malas, sino asegurar:

- i) que los supuestos causales que subyacen a la acción legislativa sean lo más explícitos y diferenciados posible cuando se preparan nuevas iniciativas legislativas;
- ii) que estén basados en las mejores bases teóricas posibles y en la información más confiable que se tenga al momento;
- iii) y que su exactitud (*accuracy*) sea examinada después de que la legislación sea adoptada y puesta en vigencia.

En resumen, la evaluación es un esfuerzo pragmático para mejorar las suposiciones y el conocimiento del legislador sobre los efectos de la legislación. Su objetivo es dar más plausibilidad en este campo y no en la «certeza» o «prueba científica».

De acuerdo con lo dicho, la evaluación debe realizarse tanto antes, como después de la promulgación formal de la legislación. Tenemos que distinguir, por tanto, entre dos perspectivas diferentes o entre dos tipos diferentes de evaluación: evaluación prospectiva (*ex ante*) y retrospectiva (*ex post*).

2.5.1. La evaluación de la legislación: prospectiva y retrospectiva

La evaluación *prospectiva* se realiza antes de tomar decisiones legislativas formales para tener una idea inicial de los efectos posibles o potenciales del producto de la legislación. En particular, puede ayudar a elegir las disposiciones apropiadas para

resolver un problema legislativo. Las evaluaciones *prospectivas* se basan en técnicas como pruebas prácticas, programas de demostración, modelado, simulaciones, pronósticos, análisis de sistemas y construcción de escenarios⁴⁴⁸.

Por su parte, la evaluación *retrospectiva* se realiza una vez que la legislación está en vigencia o, en algunos casos, especialmente en las normas que solo están en vigencia por un tiempo limitado, poco antes o después de la finalización de ese período. El propósito es tener un mejor conocimiento de lo que sucede después de la vigencia de la legislación y descubrir el efecto “real” de las acciones legislativas. Las mejores y más confiables evaluaciones *retrospectivas* utilizan los diferentes métodos y técnicas cualitativas y cuantitativas familiares en el campo de las ciencias sociales: por ejemplo, entrevistas, observación, análisis de textos, comparaciones estadísticas sincrónicas y diacrónicas entre poblaciones objetivo y poblaciones no expuestas al cambio legal.

Esta distinción es importante, en particular porque las herramientas, los métodos y las técnicas utilizadas para evaluar los efectos de la legislación difieren entre los dos tipos de evaluaciones. Sin embargo, incluso en un contexto metodológico, estas diferencias no deben exagerarse. De hecho, desde una perspectiva práctica, las dos formas de evaluación son en gran medida complementarias. Los esfuerzos prospectivos para evaluar metódicamente los posibles efectos de los proyectos de ley facilitan considerablemente la evaluación retrospectiva; cuanto más explícita y diferenciada sea la evaluación prospectiva, más fácil será obtener información confiable de forma retrospectiva porque fomenta la toma de conciencia del desconocimiento actual y proporciona un impulso para evaluarlo.

Por otro lado, una buena evaluación retrospectiva ayuda a crear una base más sólida para las evaluaciones prospectivas. Porque produce datos comparativos útiles y fomenta el desarrollo de conocimientos teóricos que permiten un pronóstico más preciso de los efectos de la legislación.

2.5.2. Parámetros evaluativos de la legislación: efectividad, eficacia y eficiencia

Comúnmente se entiende que el término «**efectividad**» (*effectiveness*) se refiere a la medida en que las actitudes y comportamientos observables de los destinatarios de la norma (individuos, empresas, funcionarios públicos a cargo de la implementación o

⁴⁴⁸ Tremper, C. & Sue, T. & Wagenaar, A., (2010). Measuring Law for Evaluation Research. *Evaluation review*. 34. 242-66.

aplicación de la legislación) corresponden y son consecuencia del modelo normativo; es decir, a las actitudes y conductas prescritas por el legislador⁴⁴⁹. Por lo general va acompañada de la expresión «efectividad de la legislación» mostrando que el resultado de la tarea legislativa realiza el “efecto” querido por el legislador. Para algunos tipos de normas, en particular para órdenes, mandatos judiciales o prohibiciones, la palabra «cumplimiento» se utiliza con mucha frecuencia⁴⁵⁰. Para otros, como las normas relativas al otorgamiento de permisos o subsidios por parte de las autoridades estatales, el término más utilizado es «implementación». De hecho, el término «implementación» está asociado a la idea de *policies*, entendida como un sistema deliberado de pautas para guiar las decisiones y lograr resultados “racionales” por parte de los órganos de gobierno dentro de una organización.

Con estos significados coincide Díez-Picazo, para quien la efectividad depende de dos tipos de factores: que los destinatarios adopten las conductas que la norma dispone (*la espontánea absorción de la norma por la vida social*) y que la norma sea de hecho aplicada por los jueces y órganos de aplicación en general⁴⁵¹. La noción de efectividad está asociada con el éxito o resultado de la observancia según los fines y objetivos de la norma.

En cuanto al término «**eficacia**», este puede ser entendido como *relación de correspondencia* entre un contenido semántico y un estado de cosas. Sin embargo, la literatura filosófica jurídica está más próxima a utilizar el concepto de eficacia vinculado al *funcionamiento* de las proposiciones normativas, es decir, a cómo operan en los estados de cosas. Así, el fracaso o éxito del funcionamiento de las proposiciones normativas puede medirse en relación a la eficacia de sus normas a través de la facultad interpretativa: en la incidencia real de la amenaza de castigos y promesas de recompensas en la conducta de los destinatarios de la norma.

Ocurre que la incidencia de los sistemas normativos entendidos como conjuntos sistemáticos de normas (producidos por los legisladores) está condicionada por tres elementos: los sujetos, los motivos y las acciones. Los sujetos o destinatarios de la norma pueden experimentar con mayor o menor intensidad la presión de los instrumentos de

⁴⁴⁹ Fernández Blanco, C. (2020). Normas sociales y problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. p. 266.

⁴⁵⁰ En este contexto es común en el lenguaje de los juristas escuchar la expresión «la norma se cumple (o no)».

⁴⁵¹ Díez-Picazo, L. (1999). *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Ariel, Barcelona.p. 206.

control social. El *grado de intensidad* que estos sujetos experimentan de los sistemas normativos depende de factores completos y diversos. Comúnmente se sostiene que cuando estos conjuntos se intersectan en al menos la mitad de sus elementos, serán denominados “conjuntos normales” o con eficacia aceptable. Mientras que los conjuntos que no son normales son conjuntos con “baja intensidad”. Cuando la mayoría de los sujetos realizan la mayoría de las acciones que pertenecen a la norma jurídica y en razón de la mayoría de los motivos se considera que el sistema jurídico que subyace a la conducta de los destinatarios de las normas, es un sistema jurídico “normal” o de “alta intensidad”.

Si los elementos “sujetos” y “acciones” se intersectan normalmente pero “los motivos” poseen baja intensidad -en sentido que no son observados por los sujetos y sus acciones no responden a estas-, entonces el sistema normativo fracasa en su función de *motivar* conductas. En estos casos, los sujetos producen las acciones prescritas por el sistema normativo pero el sistema normativo no es *relevante* para la decisión de los sujetos. La baja intensidad de los motivos convierten al sistema normativo en un sistema de baja intensidad ya que los sujetos realizan las conductas por motivos diferentes al “premio o al castigo”. Los sistemas normativos no cumplirían la *función* asignada pese a que los objetivos puedan alcanzarse, la legislación se convierte en ineficaz.

El concepto de eficacia vinculado a los *motivos* de los sujetos sirve como criterio para evaluar el funcionamiento de los sistemas jurídicos y pone de manifiesto que el problema de la eficacia no es un simple recuento de estados de cosas coincidentes con los contenidos normativos, es decir, no es la simple correspondencia (efectividad).

El término «eficacia» también puede ser entendido como *acatamiento*⁴⁵². Me explico. Una norma (N) prescribe realizar el estado de cosas o la acción (C1), los destinatarios de la norma (S) son eficaces si y solo si la subclase de sujetos normativos relevantes no infringen (N) en la *mayoría* de las ocasiones⁴⁵³. En cierta medida, la eficacia es compatible con el incumplimiento o no acatamiento esporádico de la norma, siempre y cuando en la *mayoría* de ocasiones se cumpla. Algo similar es sostenido por von Wright cuando afirma: “*El significado de (des)obediencia «excepcional» y «habitual» precisa de comentario. Si el mandato o prohibición es lo que hemos llamado [...] eminentemente*

⁴⁵² Fernández Blanco, C. (2020). Normas sociales y problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. p. 266.

⁴⁵³ Navarro, P. (1990). *La eficacia del Derecho: una investigación sobre la existencia y funcionamiento de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 23.

general, la desobediencia a la norma es excepcional cuando la mayoría de los sujetos en la mayoría de las ocasiones obedecen la norma⁴⁵⁴”.

Autores como Kelsen asigna a la noción de eficacia un doble sentido. Un primer sentido se relaciona de manera general con la adecuación de las conductas de los sujetos normativos a los prescrito por las normas jurídicas. El segundo sentido, está relacionado con el hecho de que la norma jurídica sea aplicada por los órganos jurídicos como los tribunales⁴⁵⁵. El primer sentido kelseniano de eficacia es el que se corresponde al párrafo anterior, esto es, a las relaciones entre las normas, las prescripciones y las acciones.

A partir de aquí se pueden desprender tres conclusiones. La primera, es que la eficacia no tiene que ver solamente con alcanzar los objetivos de la acción legislativa. La segunda, que la eficacia aún alcanzando los objetivos puede responder a una simple *correspondencia* lo que convertiría en ineficaz la acción legislativa. Finalmente, la tercer conclusión tiene que ver con la superposición de los términos efectividad y eficiencia de la legislación.

Por otro parte, el «ahorro de los costos» de la acción legislativa está estrechamente vinculado con el término «**eficiencia**» que hace referencia a alcanzar el mayor beneficio con el mínimo costo posible. La noción de eficiencia está aparejada con la utilización del término en el campo económico. Así, podemos entender por eficiente toda norma, decisión o medio que consigue un objetivo determinado con el mínimo costo. Para los economistas, el criterio crítico aplicado a las evaluaciones de políticas y programas es la eficiencia económica. Esencialmente, la eficiencia económica general se logra cuando los individuos de la sociedad maximizan su utilidad, dados los recursos disponibles en la economía⁴⁵⁶. En otras palabras, un aumento en la eficiencia económica mejora el bienestar de los miembros de la comunidad: el objetivo final de la mayoría de las políticas o esfuerzos regulatorios.

La eficiencia (*efficiency*) en definitiva, vendría a ser extrapolado al campo legislativo, la relación entre el «costo» y los «beneficios» de la acción legislativa. Las palabras «costo» y «beneficios» se utilizan en este contexto en un sentido muy amplio. El primero incluye no solo las consecuencias financieras directas de la implementación y

⁴⁵⁴ Von Wright, G. (1970). *Norma y acción: una investigación lógica*. Madrid: Tecnos. pp. 139-140.

⁴⁵⁵ Kelsen, H. (1979). *Teoría Pura del Derecho*. Segunda Edición. Traducido por Roberto Vernengo. México DF: UNAM. p. 25.

⁴⁵⁶ Esto se conoce comúnmente como «eficiencia pareto». Véase, Gibbard, A. (1974). A Pareto Consistent Libertarian Claim. *Journal of Economic Theory*. 7: 388-410.

el cumplimiento de las normas jurídicas; también tiene en cuenta factores no materiales, como molestias psicológicas o emocionales, e incluso todos los efectos negativos de la legislación.

El segundo sentido se refiere principalmente a los fines de la acción legislativa; todos los efectos que sean compatibles con estos objetivos, o favorezcan su realización, pueden ser considerados como beneficios. La evaluación de la eficiencia de una acción legislativa significa, por lo tanto, considerar sus costos y también la medida en que se logran sus objetivos. Esto ayuda a la elección entre varias medidas y un juicio sobre si una medida es una respuesta proporcional al objetivo que se busca. La evaluación de los costos y beneficios se realiza principalmente desde la perspectiva del legislador y del sector público. Sin embargo, puede, por supuesto, tener en cuenta otras perspectivas, especialmente la de aquellos a quienes se dirigen las normas jurídicas. En este sentido, se puede hacer una distinción entre costos y beneficios internos y externos.

Los resultados provenientes de la aplicación del criterio de eficiencia pueden ser inmediatos o mediatos. Estos no deben confundirse por la conducta prescrita por la norma, que cumple, en este caso, un medio para alcanzarlos.

Un resultado buscado por el legislador puede variar con el tiempo: ya que no solo constituye aquel que el legislador redactor “asignó” originariamente a la norma, sino también, las diversas interpretaciones -en algunas ocasiones contradictorias- que se le pueden asignar a esa norma, pueden constituir en un resultado social o económicamente valioso.

Si por ejemplo, la norma N1 dispone el aumento del impuesto al valor agregado (IVA) a los consumos no esenciales, se puede asumir que el resultado R1 que quiere alcanzar el legislador es la redistribución de la riqueza. También podemos asumir que el resultado mediano R2 es incentivar la compra de bienes y servicios esenciales por parte del consumidor. El resultado R1 vendría ser un objetivo más general y de largo plazo, mientras que el resultado R2 vendría ser un objetivo más particular y de corto plazo. Además, tendríamos que considerar las posibles interpretaciones de N1.

2.5.3. Tres versiones de eficacia

Habitualmente se identifican tres modelos de concebir la relación entre normas y la realización de las conductas o estados de cosas prescritas por ellas. Pablo Navarro las explica del siguiente modo:

1. Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción C1 y los sujetos normativos producen C1. Esta noción se adscribe al término «correspondencia»;

2. Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción C1, los sujetos normativos conocen la existencia de (N) y producen C1. Esta noción se adscribe al término «acatamiento»;

3. Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción C1, los sujetos conocen la existencia de (N) y producen C1 en virtud de (N). Esta noción se adscribe al término «cumplimiento⁴⁵⁷».

En el primer modelo encontramos una superposición del término efectividad (entendida como correspondencia) con el término eficacia. El segundo modelo puede ser interpretado como una superposición del significado de los términos (efectividad y eficiencia) si no se considera que el conocimiento *de hecho* hace que los destinatarios de la norma asuman un cambio de conducta y realicen un estado de cosas. Finalmente, en el tercer modelo ya no encontraríamos superposición de los términos, puesto que sería un ejemplo de eficacia. El cumplimiento que se presupone, conlleva a que se produzca un estado de cosas que *motivado* por una norma que compele al destinatario.

Es de notar, que en el caso de *correspondencia* se requiere solamente una coincidencia entre el contenido de la norma y la acción prescrita por ella. En el caso de *acatamiento* la coincidencia entre el contenido de la norma y la acción prescrita por ella, se le agrega el elemento del *conocimiento*. Finalmente, en el caso del *cumplimiento*⁴⁵⁸ se requiere además de la correspondencia y el conocimiento, la motivación para realizar el estado de cosas prescrito por la norma (el sujeto hace C1 porque N1 prescribe C1).

De lo dicho, hasta el momento existen cuatro mundos lógicos posibles:

1. Normas eficaces y efectivas;
2. Normas eficaces y no efectivas;
3. Normas no eficaces y efectivas;
4. Normas no eficaces y no efectivas.

En lo siguiente me detendré a analizar los mundos 2 y 3 que resultan ser más problemáticos.

⁴⁵⁷ Navarro, P. (1990). *La eficacia del Derecho: una investigación sobre la existencia y funcionamiento de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales. p. 16.

⁴⁵⁸ Esta noción es problemática puesto que algunos autores sostienen la tesis de “la incommensurabilidad de la obediencia” como imposibilidad de sumar y medir la obediencia. Véase, Hierro, L. (2003). *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona: Ariel Derecho. p. 156.

2.5.3.1. Normas eficaces pero no efectivas

Se trata de las normas con alto nivel de eficacia (en el sentido de que son cumplidas en la mayoría de las ocasiones por la mayoría de los destinatarios de ella) pero que no son acatadas por un subgrupo con relevancia instrumental dentro de los destinatarios. Por ejemplo, una norma que prohíbe la minería ilegal en las zonas rurales. El 95% de la población rural acata la norma y por tanto, es eficaz. El otro 5% perteneciente a las grandes empresas mineras que distribuyen bienes y servicios provenientes del giro del negocio no lo hacen. Debido a aquello, no se logran alcanzar los objetivos propuestos por la acción legislativa: disminuir el impacto ambiental en las zonas rurales. Este ejemplo permite divisar un posible elemento para sumar a los requerimientos de la eficacia: la necesidad de un análisis o consideraciones cualitativas y cuantitativas en el acatamiento de las normas.

1.5.3.2. Normas no eficaces pero efectivas

Es una buena práctica el hacer lo más explícito posibles los fines mediatos e inmediatos de las normas (R1) puesto que esta condición reforzaría diferentes aspectos de la seguridad jurídica y de la posibilidad de evaluar la efectividad y valorar críticamente la acción legislativa.

Se puede considerar el fracaso de «la efectividad» cuando: la conducta C1 no se cumple: sea porque (a) se omite la realización de la conducta obligatoria (o se realiza la conducta prohibida) o porque (b) además de omitirse su realización (o realizarse la conducta prohibida) se producen otras conductas (C2, C3 o C4). Como resultado de la falta de cumplimiento de N1 (C1) tampoco se obtienen los resultados esperados.

En muchas ocasiones lo realmente importante es que el grado de eficacia sea suficiente (o no) para alcanzar los resultados sociales esperados (R1). Una norma puede, en este sentido, ser cumplida por el 99% de la población y sin embargo, el 1% que la incumple concentrar un mayor número de oportunidades de incumplimiento u ocasiones cualitativamente más significativas y resultar suficientemente determinante para que se frustren los fines propuestos por la norma; por el contrario, una norma puede ser cumplida por menos de la mitad de la población y promover igualmente que se alcancen los fines propuestos por la norma (ejemplo paradigmático de normas no eficaces pero efectivas).

2.5.3.2. El criterio de factibilidad y su relación con la eficiencia

El criterio de factibilidad está íntimamente relacionado al concepto de eficiencia y en esa medida supone una apertura al análisis económico del derecho o al arsenal conceptual de los economistas que puede ser utilizado para conseguir un derecho “bien hecho” desde la perspectiva de la eficiencia⁴⁵⁹.

En cuanto respecta a la factibilidad, el juicio sobre las «posibilidades fácticas» constituye una valoración de la racionalidad de la legislación. El juicio de factibilidad de las leyes es un juicio de adecuación de los sistemas administrativos a la aplicabilidad específica de lo dispuesto por la ley. Aplicabilidad específica para distinguirla de aquella aplicabilidad genérica, que no es más que el grado de aptitud de un aparato a la funcionalidad requerida de él: cuando se dice -y se dice tan a menudo- que una determinada actividad, requerida por una determinación de dirección política, o por leyes, no es del todo factible porque una determinada administración no está a la altura en cumplir, la eventualidad es distinta a la de la factibilidad de una ley: entra en juego la actitud de un aparato administrativo para implementar impulsos, políticos o normativos que recibe.

La noción de factibilidad puede ser vista como parte de la planificación legislativa, entendida como técnica de elaboración de la ley y como técnica de elaboración de enunciados normativos. En este sentido, es importante mencionar algunas causas que ponen en riesgo la factibilidad de la legislación:

i) Causas internas, más relacionadas con la denominada «cobertura administrativa» de la ley: también cabe señalar que no sólo los aspectos o problemas de adecuación interna de los recursos administrativos reales a la carga de ejecución, sino también los relacionados con la uso más inteligente de los recursos materiales y personales existentes. Tales interrelaciones dan razón del acuerdo, subespecie de causas internas, también de ciertas causas que serían, por su naturaleza, más propiamente atribuibles a la técnica de la planificación legislativa;

ii) Dilatación de la fase procesal regida por las leyes, tanto en la fase de planificación y participación, como en el momento administrativo en sentido estricto. A la trascendencia política de la aplicación concreta de los principios de pluralismo y

⁴⁵⁹ Calsamiglia, A. (1997). Justicia, eficiencia y optimización de la legislación. en *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*. Mexico. Fontamara. p.68.

participación, en la aceptación generalizada de las técnicas del consentimiento, se suma una dilatación excepcional, y en cierto modo ya insostenible, de los aspectos procesales con repercusiones negativas en términos de temporalidad, eficiencia, a la responsabilidad y al control. En este escenario puede haber una contradicción entre alcanzar el consenso o la eficiencia de la norma.

iii) Una tercera causa que pone en riesgo la factibilidad está vinculada a la gama indeterminable de repercusiones externas que provocan las medidas legislativas, que rigen los más variados aspectos del acontecer de la sociedad civil, difícilmente atribuibles a clasificaciones y que a lo sumo son susceptibles de intentos de tipificación de procedimientos de adquisición de elementos o datos atribuibles a calificaciones. Estas causas resultan “desconocidad” por el legislador al momento de la planificación legislativa y pueden ser consideradas “sobrevinientes”. Pueden incluso, provenir con posterioridad a la vigencia de la disposición normativa, dejando sin “sentido” o “piso” la acción legislativa. Por ejemplo, se regula un mecanismo más eficaz para mitigar los casos de coronavirus en las instituciones públicas, cuando al momento de la vigencia de dicho mecanismo, los casos registrados no suponen un peligro a la salud pública, ni objeto de preocupación momentánea del legislador. En este ejemplo, encontramos una intersección entre el criterio de factibilidad en su versión externa con el criterio de eficiencia: toda la actividad legislativa (costes del proceso legislativo) se tornan en “superfluos” o innecesarios, habiendo gastado recursos.

2.5.4. ¿Hay espacio para evaluación en la actividad legislativa?

Se puede estipular que la **eficacia** se predica del cumplimiento de las normas mientras que la **efectividad** se predica de alcanzar los objetivos que el legislador se ha propuesto. Por su parte, la **eficiencia** se predica de la relación de los medios con sus costos con el que se quiere alcanzar los objetivos. Estos tres criterios destacan algunos aspectos de los efectos de la legislación; enfatizan aspectos que son particularmente importantes en el proceso de elaboración de leyes. Sin embargo, no revelan de manera exhaustiva las complejas relaciones causales que constituyen la realidad de la sociedad. No necesariamente abarcan todos los efectos relevantes de una acción legislativa en particular, a veces designados por la palabra impacto (*impact*).

En cuanto a las *versiones* de eficacia, estas dan cuenta de cuáles son los estándares para evaluar las normas producidas por la legislación. Por ejemplo, si entendemos eficacia

como mera *correspondencia*, sería más óptima la evaluación de la adecuación entre el contenido normativo y el estado de cosas realizadas por el sujeto haciendo uso de análisis cuantitativo sobre los números de casos en la que esta adecuación se produce. Si entendemos eficacia como mero *acatamiento*, al parecer serían más exigentes los estándares para evaluar dichas normas, puesto a que debemos adentrarnos a los aspectos *normativos* que influyeron o no en la conducta. Finalmente, si entendemos la eficacia como mero *cumplimiento*, las exigencias serían muy «fuertes» y la capacidad para medir dicho cumplimiento utilizando propuestas metodológicas serías, complicarían aún más el proceso de evaluación de la legislación. En este sentido, cabría la siguiente pregunta, ¿qué concepción de eficacia (correspondencia, acatamiento y cumplimiento) es más «racional» adoptar para mejorar los objetivos trazados por la actividad legislativa? No parece haber una respuesta concluyente. Todo depende del tipo de exigencia evaluativa que se quiera alcanzar por parte de la acción legislativa.

Ahora bien, ¿existen herramientas, métodos y técnicas que pueden ser utilizadas para evaluar los efectos de la legislación? la respuesta varía en función, entre otras cosas, de las circunstancias particulares de cada caso, los criterios específicos que se van a considerar, la perspectiva (*ex ante* o *ex post*) y el grado de plausibilidad y confiabilidad de los resultados. Evaluar prospectivamente los efectos de un cambio en la legislación fiscal sobre el ahorro privado no requiere las mismas técnicas que evaluar retrospectivamente la eficacia de las nuevas normas de seguridad en el ámbito de la construcción o de la eficacia de los nuevos derechos procesales a favor de las personas con discapacidad en materia del principio de igualdad de trato.

Sin embargo, incluso estas herramientas sofisticadas tienen sus límites metodológicos: rara vez pueden proporcionar una *certeza absoluta* sobre las conexiones causales, pero sin duda agudizan la sensibilidad del legislador sobre este aspecto crucial de la actividad legislativa. Pueden, en cierta medida, reducir la incertidumbre y, de este modo, contribuir a mejorar la calidad sustantiva de la legislación. Además, se debe ser conscientes de los límites prácticos que existen en el proceso legislativo; aplicar estas sofisticadas herramientas de evaluación requiere tiempo, recursos económicos y también se debe reconocer que existen limitaciones prácticas dentro de los recursos personales que no siempre están disponibles.

Incluso cuando los legisladores no puedan usar estas herramientas, al menos deben saber en qué situaciones sería posible y útil usarlas. Y por razones prácticas, la acción legislativa a menudo tiene que elegir herramientas más modestas; herramientas

que quizás sean más apropiadas para desarrollar suposiciones causales que para buscar “probar verdades” pero que, sin embargo, son muy útiles. Dos de estas herramientas, que ciertamente pueden ser utilizadas como instrumento auxiliar, deben mencionarse en este contexto: la tipología de los efectos de la legislación y la representación gráfica de las conexiones causales.

La tipología de los efectos de la legislación (typology of the effects of legislation) distingue diferentes categorías de efectos, por ejemplo efectos intencionales y no intencionales, efectos esperados e inesperados, efectos beneficiosos y adversos, efectos directos e indirectos, efectos inmediatos y retardados. Estas distinciones son capaces de agudizar la sensibilidad y la conciencia del legislador sobre la complejidad y las múltiples dimensiones de las relaciones causales de la realidad social.

La presentación gráfica (graphic presentation) de las conexiones causales entre una norma jurídica y la realidad social observable es una forma de visualizar la hipótesis causal. Ayuda a reconsiderar críticamente y examinar esta hipótesis. Por supuesto, el modelado gráfico inevitablemente reduce la complejidad de las conexiones causales potenciales o reales. En la práctica, sin embargo, ayuda considerablemente tomar conciencia de ciertas debilidades y deficiencias de las hipótesis que se han desarrollado o del análisis de las conexiones causales. El análisis del sistema de actores sociales e institucionales relevantes, los objetivos de la legislación particular y las áreas de actividad afectadas por la acción legislativa son un punto de partida útil para establecer dicho gráfico.

Capítulo VI

Dos aproximaciones teóricas a la racionalidad legislativa

Prefacio

El presente capítulo se articula en dos partes. La primera parte (§§ 1-4) está dedicada a las teorías argumentativistas de la racionalidad legislativa. La segunda parte (§§ 1-4) está dedicada, en cambio a las teorías realistas de la legislación.

La primera parte se propone lidiar con las cuestiones siguientes: ¿qué relación tienen las teorías de la argumentación jurídica con la noción de racionalidad legislativa?; ¿cuales son los presupuestos de las teorías de la argumentación jurídica y que nos dicen de la racionalidad al interior de la labor legislativa?. Con estas preguntas en mente, la primera parte se divide en cuatro secciones. En la primera sección se analizará las teorías argumentativistas de la racionalidad legislativa. En la segunda sección se descompondrá el término «razonabilidad legislativa» para mostrar sus diferentes acepciones. La tercera sección mostrará la relación entre racionalidad y razonabilidad legislativa. Para concluir, la cuarta sección explicará la noción de «aceptabilidad» de las razones legislativa.

1. Una primera mirada a las teorías argumentativistas de la racionalidad legislativa

A grandes trazos, se puede decir que las teorías de la argumentación jurídica se han ocupado hasta ahora básicamente de la racionalidad del razonamiento y discurso jurídico en la fase de interpretación y aplicación del Derecho. Estas teorías parten del presupuesto de que el razonamiento jurídico tiene como característica fundamental la vinculación a la ley. En ese marco, las teorías de la argumentación jurídica se han traspolado al debate en torno a la racionalidad de la ley en su fase de creación. Más precisamente, estas teorías están discutiendo en qué medida la racionalidad legislativa es un presupuesto de una argumentación jurídica racional en sede interpretativa y aplicativa.

Desde la óptica de las teorías argumentativistas de la racionalidad legislativa, el fenómeno legislativo es visto como un proceso argumentativo relacionado con la adecuación entre medios y fines⁴⁶⁰: se sirven de la relación entre legislación, entendida como un procedimiento que se rige por normas jurídicas (ya constituidas), en virtud de

⁴⁶⁰ Marcilla Córdoba, G. (2013). Razón práctica, creación de normas y principio democrático: una reflexión sobre los ámbitos de la argumentación legislativa. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47.

las cuales las decisiones políticas de las autoridades normativas (el legislador) se *transforman* en derecho a través de la llamada teoría estándar de la argumentación jurídica dentro del proceso de creación de leyes: la ley ha de contar con los medios e instrumentos idóneos para conseguir el fin perseguido. En este sentido, el legislador debe lograr la *claridad* de la ley desde el punto de vista lingüístico y su adecuada composición, además de su *correcta* inserción en el sistema jurídico.

Los ideales de legislación racional y la argumentación legislativa se pueden conectar de muchas maneras. Este vínculo podría expresarse en dos dimensiones que enfatizan el potencial *justificador* y *legitimador* de las deliberaciones legislativas en el parlamento. La primera dimensión expresa que, como decisión o conjunto de decisiones normativas y colectivamente vinculantes, toda ley implica una pretensión de *justificabilidad* que no puede cumplirse por ningún motivo, sino que existan *buenas razones*.

Según Wróblewski, el concepto de *justificabilidad* presupone algunas condiciones, tales como: i) el lenguaje adecuado utilizado en la formulación de la justificación; ii) la capacidad lingüística del sujeto; iii) que el sujeto tenga un mínimo de conocimiento de las características relevantes de la justificación de la decisión; iv) que las razones justificatorias tengan sentido en el discurso de justificación⁴⁶¹.

Sin embargo, las deliberaciones legislativas en el parlamento rara vez se conciben como un modo de razonamiento justificativo ni se abordan como un componente de la racionalidad o legitimidad de las leyes. Los enfoques escépticos y realistas⁴⁶² en torno a una supuesta «racionalidad» de la legislación siguen siendo dominantes tanto en la teoría política como en la jurisprudencia (lo mismo ocurre con la opinión pública y los ciudadanos comunes) y no dejan mucho espacio para la esperanza de una discusión racional⁴⁶³.

La segunda dimensión define la *legitimidad* de la legislación como una magnitud gradual y compuesta que no se agota en el propio funcionamiento de los sistemas democráticos y en la forma jurídica que se da a las leyes, pues está ligada también a los

⁴⁶¹ Wróblewski, J. (1985). Presuppositions of Legal Reasoning. In Man, Law and Modern Forms of Life. Ed. Eugenio Bulygin et al., 283-98. Dordrecht: Reidel.

⁴⁶² El enfoque realista se discutirá en la siguiente sección.

⁴⁶³ Oliver-Lalana, A.D. (2013). Rational Lawmaking and Legislative Reasoning in Parliamentary Debates. In: Wintgens, L., Oliver-Lalana, A. (eds) The Rationality and Justification of Legislation. Legsprudence Library, vol 1. Springer, Heidelberg.

argumentos que las sustentan, en especial, aunque no únicamente a los públicamente avanzada dentro de las instituciones y procedimientos legislativos⁴⁶⁴.

Al respecto de la dimensión justificativa, surge las siguientes preguntas ¿cómo entiende la literatura jurídica las «buenas razones»? y ¿de qué forma constituirían un modelo racional?. De las respuestas se ocupará el siguiente apartado.

2. La razonabilidad legislativa

La idea básica que prevalece en el pensamiento iusfilosófico contemporáneo es que lo razonable no es lo mismo que lo racional, ya que no hay conexiones lógicas o necesarias entre los dos términos. Con mucha frecuencia el término «razonabilidad» se ha utilizado para referirse a la plausibilidad y no exactitud lógica de las decisiones. Veamos algunas definiciones lexicales.

La Real Academia de la Lengua Española (RAE) define razonable como: i) adecuado, conforme a razón; ii) proporcionado o no exagerado. Por su parte, el diccionario Treccani de lengua italiana define razonable (*ragionevole*) como: i) de quien posee la facultad de razonamiento, ii) dotado de razón; iii) de quien se deja guiar por la razón, por lo tanto, equilibrado, concienzudo, o discreto; iv) de pensamientos, discursos, sentimientos, acciones y comportamientos de acuerdo con la razón.

Alexy se ha aproximado a estas definiciones con su tesis del caso especial «*sonderfallthese*» según la cual, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general mostrando que la argumentación jurídica tiene una doble dimensión. Por un lado, participa del carácter autoritativo del derecho que se muestra en su funcionamiento institucional, y por otro, está relacionado a una vertiente libre o discursiva, donde se evidencia la necesidad del discurso práctico en general⁴⁶⁵.

Según Alexy, esta necesidad del discurso práctico, entraña algo más que el mero razonamiento autoritativo que hace empleo de la lógica formal. Por esta razón principal, su teoría de la argumentación jurídica en particular sostiene que la lógica deductiva muestra serios límites, no siendo un instrumento suficiente para el estudio y manejo de

⁴⁶⁴ La legitimidad se utiliza aquí como un concepto crítico o normativo (como equivalente a la aceptabilidad racional dentro de contextos institucionales), no en el sentido empírico de aceptación social. Destacando la distinción entre racionalidad legislativa y legitimidad. Véase, Wróblewski, J. 1990. Principles, values and rules in legal decision-making and the dimensions of legal rationality. *Ratio Juris* 3(1): 100–117.

⁴⁶⁵ Alexy, R. (1999). La tesis del caso especial. *Isegoría*. (21). pp. 23-35.

los argumentos del discurso práctico⁴⁶⁶. Los discursos prácticos de dimensión discursiva, los podemos encontrar en los desarrollos de la lógica informal cuyo cometido consiste en analizar modelos, criterios y procedimientos de razonamientos no formales, que se utilizan en diferentes contextos como: el conflicto de opiniones, el debate público, la negociación o la búsqueda de información. En estos contextos dialógicos que forman parte del discurso práctico general -ya sea en esfera moral, política o jurídica- los argumentos no deductivos suelen ser de empleo común⁴⁶⁷.

Esta concepción, pone de manifiesto que las teorías de la lógica tradicional han tendido a enfatizar las relaciones formales que se dan entre los conjuntos de proposiciones, mientras que un enfoque pragmático y no formal, enfatiza el uso de estas proposiciones por parte de los agentes en un contexto comunicativo que se lleva a cabo por la realización de un objetivo dentro del diálogo. En palabras sencillas, el estudio de la lógica tradicional se ha centrado en las proposiciones que componen el argumento, entretanto, la lógica no formal tienen que ver con el uso y el sentido de estas proposiciones condicionadas por el contexto del diálogo.

La idea del Auditorio de Perelman, es central para comprender el uso del término razonabilidad sin pretensión de exactitud lógica: todo auditorio es concebido como construcción del orador quien debe adaptarse al auditorio para persuadir o convencer con la finalidad de ser aceptado y hacer admitir otras tesis que pueden ser controvertidas⁴⁶⁸. Según el autor belga, las técnicas discursivas nos permiten inducir o aumentar la adhesión de las mentes a las tesis presentadas para su aprobación, de esta forma los procesos retóricos se conciben como una configuración de fenómenos psicológicos sostenidos por un sistema lingüístico.

Esta acepción está dispuesta a afirmar que la construcción del razonamiento práctico se basa principalmente en razonamientos inferenciales, y no exclusivamente en la sistematización y aplicación abstracta de normas. Siendo que, en el ámbito de los asuntos humanos -el de la ética, la política y el derecho- la razón opera con una lógica que no es demostración científica acerca de lo verdadero que puede reducirse de algún modo a la evidencia, sino que es una «lógica» de la argumentación que versa sobre lo

⁴⁶⁶ Atienza, M. (2018). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta. p.175.

⁴⁶⁷ Walton, D. (2008). *Informal Logic: A Pragmatic Approach*. Cambridge: Cambridge University Press.

⁴⁶⁸ Perelman, C. (1979). *The new rhetoric and the humanities: essays on rhetoric and its applications*. Dordrecht: Reidel Publishing Company.

probable y lo verosímil y se apoya en esquemas de argumentación validados por la aceptación del público o del interlocutor.

La noción de «Nueva Retórica» esbozada por Perelman, nos obliga a abandonar el formalismo puro del razonamiento, aceptando ciertos modelos o estructuras inferenciales que pueden asimilarse metafóricamente a una red por su interconectividad. Por otra parte, la noción de inaceptabilidad es relativa a la contradicción entre los resultados que produciría una elección y los objetivos y metas que pretende alcanzar el orador y que no son aceptados por la comunidad destinataria del discurso.

En la misma línea, Aarnio considera que la racionalidad de las decisiones depende de la calidad de la discusión abierta e informal que las ha precedido, siendo un claro ejemplo: la noción de racionalidad comunicativa habermasiana que contrasta con la racionalidad legal formal y la racionalidad instrumental, y que se desarrolla en campos donde se han reunido representantes de muchos intereses diferentes para llegar a conclusiones “necesarias⁴⁶⁹”.

3. La relación entre racionalidad y razonabilidad legislativa

La noción de racionalidad desde una primera aproximación, se refiere a creencias y acciones realizadas según criterios o “principios” y no siguiendo el capricho o impulso o mera intuición. Bien lo dice Robert Nozick cuando recuerda que «...*los principios son barreras para que las personas sigan los deseos e intereses del momento*⁴⁷⁰». Una persona que cree o actúa según criterios o principios se garantiza, al menos en parte, contra tentaciones contingentes y desviaciones de sus intenciones. Además, un criterio general - que es el que construye la racionalidad-, al no ser un contenido meramente subjetivo, permite obtener el consentimiento de terceros y por tanto ofrecer evidencia intersubjetiva y pública a las propias creencias y acciones.

La racionalidad también puede llamarse un predicado de declaraciones y acciones. En esta perspectiva, por lo tanto, se argumentará que los seres humanos son racionales en la medida en que se atribuye la racionalidad a sus declaraciones o sus acciones.

La relación entre la racionalidad y la razonabilidad no suele ser pacífica. Una primera diferencia por donde se puede partir con sutileza es la siguiente: por

⁴⁶⁹Aarnio, A. (1987). *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: Reidel.

⁴⁷⁰Nozick, R. (1993). *The Nature of Rationality*. New Jersey: Princeton University Press. p. 9.

razonabilidad, se entiende un riferimiento a los valores, es decir, la semántica del razonable incluye un componente evaluativo⁴⁷¹. Lo razonable, a diferencia de lo racional, incluye un juicio de sentido común, sobre la aceptabilidad de los comportamientos y de las creencias. Esto explica la mutabilidad del sentido común en el tiempo. El juicio de sentido común, incorpora y presupone implícitamente un criterio axiológico (moral) difundido en la comunidad. Por esto se dice que hablar de «razonabilidad» comporta implícitamente a una dimensión social de moral compartida⁴⁷².

Más recientemente, Zagrebelsky ha formulado su distinción entre «racionalidad» y «razonabilidad», donde la «racionalidad» se la concibe como un mero criterio lógico de carácter coherente, mientras que la «razonabilidad» tiene un contenido axiológico: “*La razionalità consiste nella coerenza del sistema normativo; la ragionevolezza nella congruità della soluzione normativa alle caratteristiche di senso e valore del caso disciplinato, congruità valutata non liberamente ma alla stregua dei principi costituzionali*”⁴⁷³.

De manera muy general, la literatura jurídica habla de razonable cuando se respetan los criterios de racionalidad (lógica) y, al mismo tiempo se respetan algunos criterios morales. En este caso, el campo de lo razonable es el de la intersección entre lo racional y lo moralmente aceptable: en otras palabras, los comportamientos (o creencias o personas) razonables serían un subconjunto específico de lo racional, caracterizado por su *aceptabilidad*⁴⁷⁴.

En la jurisprudencia italiana, por citar un ejemplo, los usos del término «razonabilidad» también confirman la idea de que ésta presupone al mismo tiempo racionalidad y concordancia con ciertos principios axiológicos⁴⁷⁵. Es así que en sede jurisdiccional comúnmente se habla de «principio de razonabilidad» que puede ser entendido en dos sentidos, uno débil y otro fuerte. En un *sentido débil*, extrapolado a la

⁴⁷¹ Zorzetto, S. (2008). *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*. Milano. Franco Angeli; (2014). *Ragionevolezza. Filosofia del diritto*. pp. 285-299. p. 250.

⁴⁷² En filosofía política, el concepto de razonabilidad juega un papel central en la teoría rawlsiana. En *Liberalismo Político*, Rawls especifica que la razonabilidad implica proponer principios de cooperación que cada uno estaría dispuesto a aceptar por sí mismo y seguir, siempre que todos los demás hagan lo mismo: implica un deseo genuino de colaboración y una disposición a discutir con los demás y aceptar los principios que proponen, si son justos. vid. Rawls, J. (1993). *Political liberalism*. New York: Columbia University Press.

⁴⁷³ Zagrebelsky, G. (2005). *Principi e voti*. Torino. p. 85.

⁴⁷⁴ Sartor, G. (2009). Sufficientist Approach to Reasonableness in Legal Decision-making and Judicial Review. *Reasonableness and Law*. pp. 17-68. pp. 17-20.

⁴⁷⁵ Zorzetto, S. (2008). *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*. Milano. Franco Angeli. p. 37.

actividad legislativa, la razonabilidad se identifica con la racionalidad interna del acto legislativo, es decir, con su instrumentalidad respecto de los fines presupuestos: sólo los medios manifiestamente inadecuados no pasan este filtro y los jueces no valoran las finalidades de las leyes (las premisas normativas del razonamiento legislativo), siempre que no traspasen el vasto dominio de lo constitucionalmente aceptable. Esta noción o uso de la razonabilidad excluye únicamente normas completamente arbitrarias y se deriva claramente de una actitud de deferencia hacia las elecciones políticas.

En cambio, en un *sentido fuerte*, la razonabilidad se utiliza en un juicio de equilibrio e indica una cierta relación de proporcionalidad entre medios y fines⁴⁷⁶. En el sentido fuerte, la razonabilidad responde al modelo que se ha defendido de relación entre la racionalidad entendida como exactitud lógica y la aceptabilidad axiológica (variadamente argumentada). No existe una única «respuesta correcta» en lo que respecta a los problemas que la legislación debe afrontar al respecto a los valores o principios que deben prevalecer. Esta concepción de razonabilidad presupone una visión *no-objetivista* de los valores morales.

Otras concepciones, en cambio, han ligado la razonabilidad a una visión ética *objetivista* sobre la cual, los valores morales no son relativos a contextos determinados o culturalmente delimitados, más bien, son universales⁴⁷⁷. Finnis, por ejemplo, habla de «razonabilidad práctica» como uno de los siete bienes fundamentales, que constituyen valores autoevidentes y objetivos; los otros seis bienes son perseguidos solo con auxilio de la razonabilidad práctica, en la medida que esta guía nuestras elecciones respecto a cómo buscarlos. Los bienes fundamentales asquieren valor moral solo en la medida en la que su consecución se concretiza en acciones, intenciones proyectos; la elección sobre cuál bien buscar y cómo hacerlo (osea, entre el objetivo y las líneas de acciones alternativas para conseguirlo).

Por su parte, el filósofo australiano Richard Ekins, ha ofrecido un modelo de razonabilidad legislativa de corte objetivista que incluye primero que todo, una elección correcta de los fines a seguir, preliminares respecto a la de los medios necesarios⁴⁷⁸. En ese marco, el legislador racional deberá cumplir un ejercicio de evaluación empírica, de

⁴⁷⁶ El Tribunal Constitucional Federal alemán y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ofrecen ejemplos destacados de juicio de proporcionalidad de acuerdo con esta concepción.

⁴⁷⁷ Finnis, J.M. (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford. Clarendon Press.

⁴⁷⁸ Ekins se inspira en la reconstrucción ofrecida por Finnis del pensamiento de Tomas de Aquino y de su teoría de los cuatro órdenes de conocimiento. vid. Finnis, J. M. (1998). *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford. Oxford University Press. pp. 20-23.

lógica, de evaluación moral y de razonamiento técnico. La evaluación moral, en particular, requerirá primero que todo la identificación de algunos bienes y valores objetivos y universalmente dignos de ser perseguidos; después, el desarrollo de una idea de sociedad bien ordenada sobre la base de una teoría política; y finalmente, la comprensión de cómo los valores universales pueden ser concretizados con normas que se adapten a las especificidades de la comunidad particular en cuestión⁴⁷⁹.

Tanto la concepción de razonabilidad objetivista de Finnis como la de Ekins, presuponen que esta no consiste solo en la elección de determinados medios, sino también en una «correcta» elección de los fines o valores a perseguir, y en particular, en la construcción de una adecuada jerarquía axiológica entre valores. Dentro de ciertos límites, estas posiciones son compatibles. La razonabilidad en la elección de los medios es una consecuencia de la razonabilidad en la elección y en el ordenamiento jerárquico de los fines.

La elección de los medios es una cuestión de racionalidad instrumental: no solo es irracional elegir medios inadecuados al fin previsto, lo es también elegir medios que deniegan la consecución de fines considerados más importantes para el mismo agente, o que impidan el equilibrio entre los varios fines y valores que el agente considera deseable.

La razonabilidad en la elección del ordenamiento jerárquico de los fines, al menos en lo que respecta a la acción legislativa, responden al modelo que acepta la intersección entre racionalidad y aceptabilidad moral: es racional para el legislador proponerse fines y perseguir valores que sean aceptables a la luz de los principios constitucionales. Lo contrario sería un acto irracional: si el legislador se propone fines con malas razones, dado que no *deben* ser alcanzadas, la ley será presumiblemente declarada ilegítima.

Otro sentido del término «razonabilidad» no se compromete con algún tipo (objetivista o no) de criterio moral, sino simplemente con la «*aceptabilidad*» de las acciones o las decisiones. Las premisas que cuentan como «buenas razones» en términos de aceptabilidad relativos a una determinada audiencia o tipo de audiencia⁴⁸⁰. La «*aceptabilidad*» siempre depende de la audiencia: la pregunta sobre quién acepta las «buenas razones» y dónde lo hace, puede ser respondida dentro de la dimensión espacio-tiempo. El caso extremo es la aceptabilidad del «auditorio universal» como se explicó en párrafos anteriores. La aceptabilidad tiene que ver con un hecho sociológico

⁴⁷⁹ Ekins, R. (2012). *The Nature of Legislative Intent*. Oxford. Oxford Academic. pp. 127-131.

⁴⁸⁰ Perelman, C., & Olbrechts-Tyteca, L. (1976). *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique* (3rd ed.). Brussels: Bruylant. par. 3-9.

(*sociological acceptability*) o puede implicar una «aceptación cualificada» como aceptabilidad razonable (*reasonable acceptability*⁴⁸¹).

Este sentido del término «razonabilidad» es explícito dentro de la llamada concepción *pragmática* de la argumentación jurídica, encaminada a persuadir a los interlocutores específicos en determinados contextos, esto es, defender o rechazar una cierta tesis obteniendo su aceptación. En esta última concepción, lo importante no es la corrección lógica de la inferencia, ni la «verdad» o corrección de enunciados interpretados, sino la aceptación *de facto* de los enunciados de parte de los participantes de la práctica argumentativa⁴⁸². Al interior de la concepción pragmática, además, se puede distinguir dos dimensiones: una dimensión *retórica* en la que el auditorio es visto como un estático receptor de la argumentación del orador; y una dimensión *dialéctica*, en la que el «diálogo» se muestra como un proceso dinámico de intercambio de argumentos entre participantes⁴⁸³.

Según una presentación clásica de este enfoque, el argumento, a diferencia de la demostración lógica, apunta a la adhesión de una audiencia a los argumentos sustentados; por lo tanto, no puede ignorar por completo aquellas condiciones sociales y psicológicas que determinan su objeto y resultado⁴⁸⁴. Con esto, sin embargo, los teóricos de la argumentación no pretendían en absoluto ceder al irracionalismo y a la pura persuasión emocional. Más bien, buscaron un término medio entre la racionalidad absoluta y la irracionalidad, encontrándolo a menudo en el concepto de razonabilidad. Según estos autores, se puede decir que el dominio de lo razonable ocupa gran parte del campo del derecho y que, de este modo, su posición es intermedia respecto de una concepción unilateralmente racionalista y una concepción unilateralmente voluntarista del derecho⁴⁸⁵.

Estas teorías han considerado a la argumentación en el derecho como el más interesante ejemplo de la argumentación práctica en general.

⁴⁸¹ Aarnio, A. (1987). *The rational as reasonable: a Treatise on Legal Justification*. Dordrecht: Reidel.

⁴⁸² Atienza, M. (2006). *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*. Barcelona: Editorial Ariel.

⁴⁸³ Atienza, M. (2005). *Reasoning and Legislation. Essay in Legisprudence*. London-New York. Routledge. pp. 297-317. En Wintgens, L. J., Thion, P., & Carly, M. (2005). *The theory and practice of legislation: essays in legisprudence*. Aldershot: Ashgate Publishing.

⁴⁸⁴ Perelman, C., & Olbrechts-Tyteca, L. (1976). *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique* (3rd ed.). Brussels: Bruylant. p. 16.

⁴⁸⁵ Atienza, M. (1991). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

4. La aceptabilidad de las razones legislativas

La cuestión de la relación entre aceptabilidad (de un argumento y las razones que ofrece) y la racionalidad fue abordada, con especial atención al razonamiento jurídico, por Aarnio. El teórico finlandés llamó «racionalidad L» o «racionalidad *sensu stricto*» a ese tipo de racionalidad ligada únicamente al respeto a la coherencia lógica. En cambio, la racionalidad discursiva o «racionalidad D» es para él aquella ligada a la congruencia. La racionalidad «*sensu largo*» es por tanto aquella que incluye la racionalidad L y se extiende a la racionalidad D⁴⁸⁶. Para Aarnio, el concepto de aceptabilidad racional es reconducible a una propiedad del producto final de la argumentación. Y siendo la argumentación jurídica, una forma de comunicación humana, siguiendo a Habermas si puede llamar «racionalidad comunicativa» el tipo de racionalidad presupuesta en este caso⁴⁸⁷.

La racionalidad L es insuficiente, ya que un individuo podría razonar siguiendo una inferencia lógica impecable pero ser incapaz de participar en un discurso social considerado racional, o de sostener un comportamiento considerado como racional. El punto planteado por Aarnio, por lo tanto, es convencionalista y lingüístico: de hecho, se consideran racionalmente aceptados también los argumentos que van más allá de la racionalidad en sentido estricto, así como se consideran irracionales (racionalmente inaceptables) también argumentaciones impecables desde el punto de vista de la racionalidad en sentido estricto⁴⁸⁸.

Los méritos del enfoque de Aarnio sobre el problema de la motivación de las leyes se destacan si seguimos cómo el estudioso finlandés confronta a Perelman y Olbrechts-Tyteca y la conocida tesis de la «audiencia universal». Sobre la base de esta tesis, para convencer a una audiencia universal es necesario argumentar racionalmente: las razones dadas tendrán «validez absoluta» y «valor extratemporal y absoluto, independiente de contiguos locales o históricos⁴⁸⁹».

⁴⁸⁶ Aarnio, A. (1987). *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: Reidel. pp. 188-193.

⁴⁸⁷ Habermas, J. (2010). *Teoría de la acción comunicativa: I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. II. Crítica de la razón funcionalista. Madrid: Editorial Trotta.

⁴⁸⁸ Aarnio, A. (1990). *On Rational Acceptability. Some Remarks on Legal Justification*. In: Nerhot, P. (eds) *Law, Interpretation and Reality*. Law and Philosophy Library, vol 11. Springer. pp. 194-195.

⁴⁸⁹ Perelman, C., & Olbrechts-Tyteca, L. (1976). *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique* (3rd ed.). Brussels: Bruylant. p. 34.

En cambio, para persuadir a una audiencia en particular se puede recurrir a emociones y argumentos que *funcionan* solo hasta cierto punto en ese contexto particular. La persuasión es necesaria para impulsar la acción; la convicción, en cambio, es una adhesión racional que cualquier ser humano, en la medida en que este dotado de razón, puede otorgar⁴⁹⁰. Sobre la base de esta teoría, por lo tanto, los argumentos racionales son solo aquellos capaces de *convencer*, es decir, aquellos que hipotéticamente pueden «*funcionar*» incluso frente a una audiencia universal.

Perelman se refiere a la relación entre razón teórica y razón práctica. La razón teórica que constituyen los criterios de comprobación lógica o empírica eran también criterios vinculantes para la realización de la razón práctica. Perelman, invierte esta relación: los criterios del razonamiento práctico se convierten en la Nueva Retórica, en paradigma del razonamiento teórico. La originalidad de la obra de Perelman descansa en el hecho de que la «neutralidad lógica» y el «consenso» son reconducidos conjuntamente a un tronco común: la «aceptación». Así, el nuevo paradigma epistémico sustituye el requisito de prueba de la racionalidad de las proposiciones valorativas por el requisito de «aceptación». Gracias a esta nueva perspectiva, la razón teórica y la razón práctica ya no están separadas. La diferencia entre las proposiciones teóricas y las prácticas se convierte en una cuestión de grado entre la aceptación necesaria (evidente) y la no-necesaria, siendo que, esta diferencia se expresa en los términos «racional» y «razonabilidad⁴⁹¹».

En resumidas cuentas, el enfoque novedoso de la Nueva Retórica de Perelman, consiste en que no se pretende prioritariamente, encontrar una verdad demostrable, sino más bien, se intenta actuar o decidir con arreglo a los criterios de la «razonabilidad» entendida como el objetivo de la aceptación. Desde esta perspectiva, La racionalidad comporta una fuerte concepción sociológica⁴⁹². El concepto «sociológico» de racionalidad parte de dos supuestos: (i) que la racionalidad puede ser una virtud intrínseca de la sociedad; y (ii) que los criterios de racionalidad de las acciones individuales los ofrece la racionalidad inmanente de la sociedad.

⁴⁹⁰ Perelman, C., & Olbrechts-Tyteca, L. (1976). *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique* (3rd ed.). Brussels: Bruylant. pp. 28-37.

⁴⁹¹ Perelman, C. (1970). L'idéal de rationalité et la règle de justice. en *Le champ de l'argumentation, travaux de la Faculté de Philosophie et Lettres*. P.U. Brussels. Bruselas. pp. 287.336. p. 294.

⁴⁹² Wintgens, L. (1987). La nouvelle rhétorique et le droit. en *La philosophie à l'épreuve du phénomène juridique: droit et loi. Actes du 5ième colloque de l'Association française de philosophie du droit*. P.U. Aix-en-Provence, Aix-en Provence. pp. 139-150.

Por su parte, Aarnio examina la tesis de la «audiencia universal» como un caso de idealización y distingue cuatro casos diferentes de audiencia, afirmando que la universalidad de esta no implica en absoluto la racionalidad de sus miembros y, por tanto, de la argumentación dirigida a ellos. En primer lugar, distingue entre un público universal concreto (es decir, no idealizado) y un público concreto particular; luego, entre un público universal ideal (o idealizado) y uno particular.

i) El auditorio concreto universal no es de ningún interés para la teoría de la argumentación y su relación con las teorías de la racionalidad legislativa, en cuanto es imposible que los argumentos presentados vengan en serio a ser conocidos por todos los seres humanos vivientes sobre el planeta en un cierto momento.

ii) El auditorio concreto particular puede ser persuadido de argumentos de cualquier tipo menos racionales, como la autoridad, factores sociológicos o de pura coerción. Sin embargo, no pueden ofrecer por sí mismo, un criterio de aceptabilidad racional.

iii) El auditorio ideal universal puede ser convencido solo a través de la argumentación racional, pero debe concordar sobre las opciones de valores últimas, que son presupuestas como objetivamente universales y válidas. Aarnio era un no-cognitivista moral por tanto, rechaza este modelo.

iv) Finalmente, el público ideal particular, que comparte valores comunes -no presupuestos como universales, sino como propios de esa comunidad particular- es el que adopta Aarnio como modelo de idealización. Sus valores últimos no están sujetos a justificación racional (se supone que son válidos sólo en relación con esa comunidad) pero sobre la base de esos valores asumidos los argumentos aceptados son de tipo racional, según los dos niveles de racionalidad explicados en la sección anterior.

Según Aarnio, la aceptabilidad racional así entendida juega, para la dogmática como ciencia del derecho, el mismo papel que juega la verdad en las ciencias empíricas: el de principio de evaluación (de las tesis planteadas) y de ideal a alcanzar. Obviamente, esto no implica atribuir a la opinión mayoritaria el poder de establecer la verdad -aún porque la posición relativista adoptada por Aarnio niega la verdad o falsedad de los juicios normativos- sino que simplemente sirve como un recordatorio de que la argumentación jurídica no debe solo ser racional en sentido estricto, sino que debe obtener la aceptación de gran parte de los miembros de la comunidad⁴⁹³.

⁴⁹³ Aarnio, A. (1987). *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: Reidel. pp. 225-229.

Desde esta perspectiva, el número de sujetos involucrados en el procedimiento cobra relevancia en este punto: cuantas más personas den su asentimiento informado y razonado a una tesis, mayor será la plausibilidad de esta tesis. Evidentemente el número de sujetos implicados como tal no es una garantía, pero si le sumamos un procedimiento discursivo en el que hay un rico intercambio discursivo, entonces éste, el número de sujetos implicados, puede constituir primero un índice, y luego una de las condiciones, que califican positivamente el procedimiento y su resultado.

Entrando en materia legislativa, se puede concluir que un argumento racional sería aquel que fuera más aceptado por los miembros de la legislación en su conjunto y que además no se discuta sobre los «fundamentos últimos» o presupuestos fundamentales compartidos que se tienen como ciertos. Por ejemplo, si entre la mayoría de los legisladores acuerdan que el respeto de los derechos fundamentales es un requisito *sine qua non* para la democracia, si la mayoría adopta una decisión legislativa mayoritaria que abogue por este principio, podríamos decir que el parlamento ha actuado «racionalmente».

La razonabilidad (aceptación mayoritaria de presupuestos compartidos) se configura en este sentido como un criterio inclusivo, pero no reducible a la racionalidad. Como ha subrayado John Rawls, la razonabilidad se basa en consideraciones morales, entre otras, y no puede reducirse a la corrección del razonamiento ni a la racionalidad instrumental. Este uso del término razonabilidad está íntimamente ligado a una forma de racionalidad práctica, especialmente en el contexto de la filosofía política. Es la que introduce John Rawls en *Liberalismo político* con su distinción de racionalidad de la conducta, una orientación meramente instrumental y egocéntrica hacia ciertos fines subjetivos. Esto denotaría la orientación a principios intersubjetivos de justicia y la voluntad de observar las reglas que pueden derivar de esos principios.

Hasta aquí todo parece ser pacífico, sin embargo, surgen problemas cuando se trata de especificar exactamente cuáles son los presupuestos compartidos y cómo deben equilibrarse adecuadamente entre sí. De hecho, esta es la parte más problemática de lo razonable, tanto desde el punto de vista teórico como desde el punto de vista de la práctica legislativa. Desde un punto de vista teórico, esto plantea el problema de la objetividad de la razonabilidad, objetividad que se traduce en el problema de hacer que la razonabilidad sea compatible con la certeza, entendida en primera instancia como previsibilidad y

coherencia de los juicios, y de los procesos argumentativos dentro de la actividad legislativa.

5. Las teorías realistas de la racionalidad legislativa: consideraciones introductorias

La segunda parte del presente capítulo se dedica, como se dijo al comienzo a las «Teorías realistas de la racionalidad legislativa». Las preguntas que pretende responder son: ¿qué se entiende por realismo y qué relación tiene con la legislación?; ¿existe una teoría de la racionalidad legislativa dentro de las teorías realistas del derecho?; ¿qué autores de la tradición realista han desarrollado una teoría de la legislación?; ¿se puede atribuir racionalidad a la actividad legislativa? Con estas preguntas en mente, la segunda parte del sexto capítulo se divide en cuatro secciones. En la primera sección se analizarán las principales tesis del realismo jurídico. En la segunda sección se explicará el uso del término «legislación» a la luz del realismo jurídico. La tercera sección explicará la noción de legislación como producto según Karl Olivecrona. La cuarta sección concluirá mostrando algunos presupuestos que el realismo jurídico le atribuye a la actividad legislativa.

6. La legislación desde una perspectiva realista

Comúnmente la comunidad jurídica acepta que no existe una teoría de la legislación (ni si quiera racional) en los presupuestos teóricos del realismo. Sin embargo, antes de arribar a esa conclusión se debe precisar los alcances del término realismo. No hacerlo imposibilita la explicación de por qué no existe una teoría de la legislación dentro del realismo. Parece pertinente entonces, elucidar primero qué se entiende por realismo jurídico para después verificar si existe o no una teoría de la legislación. Para el efecto la siguiente sección se divide en cuatro partes. En la primera parte se explicará qué se entiende bajo el rótulo «realismo jurídico». La segunda parte, explicará el uso del término «legislación» a la luz del realismo jurídico para mostrar las dos formas de entenderlo: como proceso y como producto. La tercera parte, hará énfasis en la legislación como producto desde la perspectiva del realista escandinavo Olivecrona. Finalmente, la cuarta parte analizará las principales tesis del realismo con respecto a la legislación.

6.1. El realismo jurídico

Lo que se quiera decir con el término realismo no es un espacio común en la teoría del derecho. De hecho, los estudiosos en el tema han advertido los diferentes sentido del realismo en la literatura jurídica. Me referiré ahora al realismo jurídico de corte *filosófico*. En efecto, tal como sostiene Chiassoni, el realismo jurídico de corte filosófico constituye un conjunto de actitudes acerca del derecho desde categorías epistémicas, teóricas y normativas⁴⁹⁴.

En cuanto a la actitud *epistémica*, el realismo filosófico es entendido desde una perspectiva empirista, esto es, afirma que el conocimiento científico del derecho es viable en la medida que se provea cómo el derecho es *de hecho*. Esta afirmación tiene que estar corroborada por la experiencia, tratando de esquivar todo entendimiento metafísico acerca del derecho.

En lo que respecta a la actitud *teórica*, el realismo filosófico es el resultado de una consideración completamente empirista de los fenómenos que componen el «derecho positivo». Su punto central es la negación de la objetividad del derecho, esto es, sostener la idea según la cual el derecho constituido por el sistema jurídico positivo, es un conjunto ordenado de reglas «*out there*» a la espera de ser descubierto y aplicado a situaciones reales o imaginarias. El realismo teórico, considera la objetividad de la ley como un mito: una pieza de pensamiento metafísico, consciente o inconscientemente entretenida con propósitos ideológicos que urge ser disipada. En definitiva, afirma que:

- No existen reglas generales como prescripciones jurídicas completas, coherentes y listas para usar en los casos individuales. Esta tesis se la conoce como *escepticismo de las reglas (rule-scepticism)*.
- Las disposiciones normativas no tienen un significado «verdadero» que se infiere de la naturaleza del derecho y de las instituciones jurídicas (escepticismo sobre los conceptos) (*concept-scepticism*).

⁴⁹⁴ Chiassoni, P. (2019). *Interpretation Without Truth: A Realistic Enquiry*: Springer-Verlag. p. 258.

- Los ordenamientos jurídicos positivos no son, en sí mismos, sistemas normativos coherentes y sin lagunas. (escepticismo sobre el sistema jurídico).
- Los hechos jurídicos (*legal facts*) no son elementos duros y rápidos disponibles para el descubriendo judicial (escepticismo de los hechos).
- El razonamiento jurídico no funciona como un dispositivo de descubrimiento, sino más bien como un dispositivo de justificación, es decir, como una herramienta para la racionalización *ex post* (escepticismo sobre el razonamiento, *window-dressing theory*).
- La adjudicación judicial no es, y no puede ser, equivalente a una pura combinación de lógica más conocimiento objetivo, como lo sugiere la jurisprudencia mecánica y la teoría de los jueces «automatas» (*adjudicación-escepticismo*).
- El estudio doctrinal tradicional del derecho no es propiamente «ciencia jurídica»: es política jurídica, generalmente disfrazada (*escepticismo de la ciencia jurídica*).

Como perspectiva *normativa*, finalmente, el realismo filosófico equivale a la deontología jurídica que toma partido por el dominio de la razón sobre el derecho positivo. Los órdenes jurídicos positivos deberían ser, en la medida de lo posible, preocupaciones racionales: inspiradas y dirigidas por los principios de la *racionalidad formal y de medios afines*⁴⁹⁵.

6.2. El uso del término «legislación» a la luz del realismo jurídico

En cuanto al término «realismo» se refiere, no es una etiqueta unívoca incluso dentro de la teoría jurídica y a pesar de que se pueda tener certezas sobre quiénes fueron realistas (realismo histórico), sigue siendo un tema controvertido establecer cómo entender mejor el realismo y qué teorías del derecho encajan en la etiqueta. Se debe agregar que comúnmente se suele confundir en el lenguaje especializado de los juristas el término legislación con los estudios legislativos. Dentro de la categoría de estudios legislativos encontramos las reflexiones iusfilosóficas de la «racionalidad de la legislación».

Como se ha dicho en capítulos precedentes, el término «legislación» adolece de ambigüedad proceso-producto. Legislación-proceso es el conjunto de operaciones,

⁴⁹⁵ Véase, Kelsen, H. (1945). *General theory of law and state*. Harvard University Press. Cambridge. p. 123; Ross, A. (1958). *On law and justice*. Stevens & Sons, London; Tarello, G. (1962). *Il realismo giuridico Americano*. Giuffrè, Milano.

realizadas por personas que actúan como órganos “legislativos” de un orden jurídico, cuyo resultado consiste en “promulgar” o “aprobar” cosas que se conocen habitualmente como “leyes”, “estatutos”, o “actos”. El producto de la legislación es el conjunto discreto de leyes, estatutos o actos que representan el resultado de un proceso de legislación⁴⁹⁶.

La creación de leyes es conceptualmente ambigua porque indica al mismo tiempo que la ley que *ha sido* promulgada, y por lo tanto el objeto principal de muchas teorías modernas del derecho, pero también el *proceso* de elaboración, que muchas teorías del derecho suelen situar fuera del ámbito de la jurisprudencia y más específicamente en el ámbito de la política. La toma de decisiones (*decision-making*) trae a la mente una oposición fundamental dentro de la teoría del derecho, a saber, la que existe entre la legislación y la adjudicación (*adjudication*).

La legislación entendida como proceso también adolece de ambigüedad. La legislación puede referirse tanto a la autoridad legislativa como a la actividad de los jueces⁴⁹⁷. En este sentido, la legislación, ya sea parlamentaria o judicial, constituye una forma de intervención de una autoridad en la operación de un sistema jurídico existente y en funcionamiento, ya sea mediante la creación de una nueva base para la adjudicación o mediante la reformulación, derogación o enmienda de las existentes. La tarea poslegislativa de los jueces y legisladores es, en consecuencia, integrar estos nuevos textos enmarcados en el marco del sistema jurídico en *funcionamiento*.

Al vincular la legislación parlamentaria y judicial, autores provenientes del realismo escandinavo como Lundstedt trató de señalar que tanto la legislación judicial como la parlamentaria se basan en lo mismo, a saber, concepciones sobre su utilidad social y funciones sociales, porque la legislación por su propia naturaleza se preocupa por ser útil a la sociedad o con fines y funciones sociales definidos⁴⁹⁸.

Los jueces y legisladores contarían con herramientas de sobra para esta tarea: todo sistema jurídico contiene una gran cantidad de “reglas” o “cánones” de interpretación, que acumulativamente son capaces de proporcionar un marco conceptual para la

⁴⁹⁶ En su significado más amplio, «legislación» se refiere a todo el dominio de los llamados escritos-ley (*ius scriptum*), es decir, la ley provista de una formulación autorizada, fija, en oposición a la ley no escrita (*ius non scriptum*), como principios implícitos de fondo y las *rationes decidendi* constituyendo el reservorio de precedentes judiciales.

⁴⁹⁷ En los sistemas del *common law* es más fácil encontrar este tipo de ambigüedad del término legislación como proceso. Es común afirmar que los jueces en los sistemas de precedente también *legislan*. Autores realistas como Ross no excluye las decisiones judiciales de esto. Así como puede ocurrir de *lege ferenda* en su llamada «política jurídica», también puede ocurrir de «*sententia ferenda*» en sede judicial.

⁴⁹⁸ Arvind. (2013). Vilhelm Lundstedt and the social function of legislation. In Bruner, E. O., Millard, E., & Mindus, P. Realist Conceptions of Legislation. The Theory and practice of Legislation, 1.

transposición de textos legislativos al proceso adjudicativo y al estilo de pensamiento que subyace en el funcionamiento del sistema jurídico.

Según Lundstedt, la utilidad social (*samhällsnyttan*) de la tarea legislativa en sede judicial y parlamentaria, es en términos modernos un aspecto del componente interno de la discreción (indeterminación del derecho), que afecta tanto a los legisladores como a los jueces porque representa la comprensión de la «naturaleza» de la legislación (y, más ampliamente, de la ley) sobre la cual los actores dentro de sistema jurídico basan su recepción y compromiso con la legislación.

Lundstedt argumentó que cualquier cuestión de interpretación puede abordarse objetivamente con referencia a la función social de la disposición en cuestión. De manera similar, los objetivos de la legislación propuesta o existente pueden cuestionarse objetivamente analizando si sus disposiciones realmente cumplen con la función social dentro del sistema jurídico.

Otra perspectiva realista de la legislación entendida como proceso, es la sostenida por Ross, para quien la legislación es solo un elemento de las fuentes del derecho. Uno de los aspectos más sorprendentes de la teoría propuesta por Ross en *On law and justice* y la justicia se encuentra en sus capítulos finales, donde Ross desarrolla su concepto de política jurídica (*legal politics*). Ross desarrolla el concepto de «política jurídica» que se ve como una actividad práctica con base científica: ofrece orientación al legislador con el fin de articular las premisas necesarias para influir en la acción social y sugerir formulaciones que instruyan órganos legislativos cuando promulgan una ley.

A pesar de esto, según Ross, no existe un llamado desde un punto de vista científico para un estudio específico de la legislación y, en particular, de la creación de leyes. La política jurídica no es una actividad científica, sino una actividad *práctica* con base científica: da orientación al legislador con el fin de articular premisas para influir en la acción social y proponer formulaciones que instruyan a los órganos legislativos cuando expidan la ley.

En palabras de Ross, «*embrace all problems of action that arise from the use, for the attainment of social objectives, of the technique of the law*⁴⁹⁹». Sin embargo, la política jurídica es a su vez una peculiar ciencia social aplicada, «sociología jurídica aplicada o técnica jurídica⁵⁰⁰». El conocimiento particular necesario para ello es de relevancia tan

⁴⁹⁹ Ross, A. (1958). *On law and justice*. Stevens & Sons, London. p. 327.

⁵⁰⁰ Ross, A. (1958). *On law and justice*. Stevens & Sons, London. p. 328.

pronto como la técnica de la ley se emplea para la solución de problemas sociales independientemente de su objetivo.

El punto es que no se dispone de una sociología jurídica de esta forma. No hay conocimiento (hasta ahora) de este tipo, que es una ciencia sistemática, basada en la investigación metódica. Esto era cierto en la época de Ross, y tal vez siga siendo cierto, incluso si Ross menciona pequeños comienzos de esa ciencia e incluso si insta ardentemente a la construcción de tal sociología del derecho.

Pero lo que conocemos como sociología del derecho rara vez brinda respuestas basadas en un análisis sistemático de los hechos para ser utilizada como un saber exacto para la *política jurídica*. Además, en la política jurídica actual, el aspecto sociológico suele minimizarse en comparación con otros aspectos: la economía, por ejemplo, a través del enfoque de *Law and Economics*, o la ética. De ahí que Ross se vea obligado a aceptar que el abogado opera con «conocimientos obtenidos de la experiencia común de la vida, complementados con datos estadísticos más o menos fortuitos⁵⁰¹». El resultado es que la política jurídica está a menudo marcada por la vaguedad, que debemos aceptar, pero que tal vez condena la idea misma de una orientación legislativa racional y científicamente fundada.

En cuanto a la afirmación de que la política jurídica implica técnica jurídica, no hay problemas de legislación que sean específicamente jurídico-políticos, sino que todo problema de legislación tiene un aspecto jurídico-político, aunque este aspecto sea contingente en distintas situaciones⁵⁰². Pero esta contingencia no depende de la complejidad técnica. Ross indica, por ejemplo, que en el derecho tributario (un área muy técnica y evolutiva) los problemas técnico-jurídicos son de importancia secundaria: la política jurídica, o el problema técnico-jurídico, se ocupa del eslabón en la cadena causal entre los actos normativos y cumplimiento, y no de la complejidad técnica de las disposiciones. Por el contrario, los problemas técnico-jurídicos predominan en instituciones jurídicas más bien simples, como la propiedad, el contrato y el matrimonio. Esto se debe a que estas instituciones están profundamente arraigadas en una ideología relativamente permanente y, por lo tanto, pareciendo no ser políticas en una percepción común, se vuelven jurídico-políticas.

⁵⁰¹ Ross, A. (1958). *On law and justice*. Stevens & Sons, London. p. 332.

⁵⁰² Ross, A. (1958). *On law and justice*. Stevens & Sons, London. p. 329.

7. Karl Olivecrona y la legislación como producto

El realista escandinavo, Karl Olivecrona, toca cuestiones relacionadas con la legislación en sus escritos sobre jurisprudencia, que por lo demás tienen una orientación tradicional. Como cabría esperar, su descripción de la legislación sigue un patrón fiablemente realista en el sentido de que no se ocupa de la capacidad de los productos legislativos para establecer relaciones jurídicas, sino de su capacidad para hacer que las personas se comporten de una forma u otra.

Su relato presenta la legislación como parte de una “*chain of cause and effect*”⁵⁰³, no como algo que crea entidades y propiedades jurídicas. Según esta perspectiva, no hay (y puede haber) derechos ni deberes legales (o morales), sino solo demandas jurídicas (y morales), incluidas demandas legislativas, que funcionan en el nivel psicológico. Más específicamente argumentó, que cualquier análisis creíble de normas y juicios de valor tiene que ser no cognoscitivistista, y que tal análisis deja en claro que no existe tal cosa como un «debería» objetivo que habita en un mundo no natural y que es ámbito de las normas y los valores, sino sólo los esfuerzos de la legislatura (y otros emisores de normas) en el mundo del tiempo y el espacio para influir en los seres humanos en el nivel psicológico por medio de imperativos.

Así es como Olivecrona rechaza la idea de que el derecho (entiéndase la ley o los estatutos) tiene fuerza vinculante y la correspondiente descripción de las normas jurídicas como imperativos independientes (*legal rules as independent imperatives*). Habiendo argumentado que la forma de las normas jurídicas es imperativa, Olivecrona señala que el mandato (*command*) es el prototipo del imperativo, que actúa directamente sobre la voluntad del destinatario del mandato y esto significa que debe tener un carácter sugestivo: “*A command is an act through which one person seeks to influence the will of another (...) The command as such does not contain any reference to values. It works directly on the will. In order to do this the act must have a suggestive character. Whether words or other means are used, the purpose is obviously suggestion*”⁵⁰⁴.

⁵⁰³ Olivecrona, K. (1939). *Law as Fact*. Copenhagen, Einar Munksgaard & London, Humphrey Milford. pp. 21-22.

⁵⁰⁴ Olivecrona, K. (1939). *Law as Fact*. Copenhagen, Einar Munksgaard & London, Humphrey Milford. pp. 33-34.

Además de la legislación, Olivecrona llama *métodos informales de establecimiento de normas jurídicas*, a saber, la costumbre y el derecho creado por los jueces. Señala que, desde un punto de vista realista, las normas consuetudinarias se incorporan a la maquinaria jurídica prácticamente de la misma manera que las normas promulgadas por la legislatura: “En ambos casos, lo que tiene lugar es la introducción de nuevos imperativos en un sistema de imperativos que se considera vinculante y tiene efecto práctico. En ambos casos no hay nada más que una cadena de causa y efecto en el nivel psicológico⁵⁰⁵.” También observa que “...las fuerzas que dan efecto práctico a las reglas dictadas por los jueces son similares a aquellas que sustentan el poder legislativo”. La reverencia en la que se tiene la constitución es el factor dominante⁵⁰⁶.

Concluye que lo importante, tanto en el caso de la legislación como en el caso del derecho consuetudinario y judicial, es que se trata de hacer que los imperativos independientes sean eficaces en un sistema de reglas, y señala que es de esperarse que esto puede hacerse de diferentes maneras, como por medio de la legislación, por un lado, y por la costumbre o la toma de decisiones judiciales, por otro lado.

De esta distinción de la legislación como proceso-producto, se desprenden una serie de tesis que a grandes trazos una actitud realista de la legislación sostendría. A saber.

8. La tesis de la voluntad del texto legislativo

Seguramente, las leyes (*statutes*) son el resultado de los actos de voluntad de los componentes de un cuerpo legislativo o legislatura (legisladores). Los estatutos o leyes pueden presuponer, y generalmente lo hacen, conocimiento y razones por parte de los legisladores. Sin embargo, la condición *sine qua non* para que exista una ley puede ubicarse con seguridad en la idea de que los legisladores ejercen su facultad de querer: sin voluntad, no hay ley. Esta visión sobre la legislación es, a su vez, una instancia de la antigua y extendida visión sobre el derecho en general denominada “*voluntarismo*”.

Desde Tomas de Aquino, se considera a la ley como «ordenación de la razón» (*ordinatio rationis*⁵⁰⁷). Desde esa teoría inspirada en Aristóteles, la verdad práctica no

⁵⁰⁵ Olivecrona, K. (1939). *Law as Fact*. Copenhagen, Einar Munksgaard & London, Humphrey Milford. p. 18.

⁵⁰⁶ Olivecrona, K. (1939). *Law as Fact*. Copenhagen, Einar Munksgaard & London, Humphrey Milford. p. 63.

⁵⁰⁷ Aquino, T. *Suma Teológica*. I-II. p. 4.

está en algo exterior al sujeto, dado que ella refiere a la orientación de la conducta que va a realizarse, y por eso consiste en cierta adecuación entre la razón que juzga sobre los medios y la voluntad que quiere el fin o el bien que planifica el ser humano. Es así como la prudencia jurídica tiene por objeto discernir y dirigir las conductas jurídicas en tanto obligatorias, prohibidas o permitidas según el derecho vigente y válido, por eso, ella se requiere en todo aquel que define derechos y deberes propios o ajenos, con alcance más general, por ejemplo, el legislador.

Por su parte, en Francisco Suárez, ciñéndose al campo jurídico, el derecho subjetivo y la ley se asimila a la «voluntad de la autoridad» (*praeceptum commune, justum, stabile, habet promulgata*⁵⁰⁸). De ese modo, lo constitutivo de la ley se identifica con el querer del gobernante y lo que él decide y promulga. Este voluntarismo iusnaturalista y eclesiástico será reimpulsado por autores como Hobbes y Rousseau en donde cualquier resquicio de corrección racional queda descartado, a tal punto que puede decirse que la *voluntad* termina por eliminar a la *razón* y la pone a su servicio.

Con la Revolución Francesa y el proceso de codificación napoleónico iniciado en 1804, el voluntarismo jurídico logra ser consagrado y plasmado en la misma «ley» o sea en el «derecho» en tanto éste no es más que lo contenido en aquella, la ley es declarada conforme a las enseñanzas rousseauianas contenidas en el *Contrato Social*, como «inefable» e «incontrolable» y el fundamento es que fórmula la «voluntad general» canalizada por el poder legislativo. Esa voluntad general será soberana y el alma del cuerpo político «*dura lex, sed lex*» «un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley». Nada está sobre ella, y es prevaricación el eludir sus disposiciones so pretexto que no se encuentran de acuerdo con la equidad natural.

Esta influyente corriente que data de la teoría moderna del derecho natural, también se ha visto respaldada por eminentes “positivistas” como, John Austin, a quien el asunto de los actos de voluntad de los legisladores consistiría en algún contenido normativo de significado de los estatutos promulgados. Un espacio compartido y libre de controversa es quizás el tema de la «ciencia de la legislación». La frase fue acuñada por John Austin indicando la esfera de interés de Bentham, «*the portion of deontology or ethics, which is styled the science of legislation*⁵⁰⁹», es decir, cuyo negocio es determinar el derecho positivo como debe ser. Como muchos positivistas posteriores, Austin clasificó

⁵⁰⁸ Suárez, F. *De Legibus*. pp. 1-12.

⁵⁰⁹ Austin, J. (1873). *Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law*. Murray. London. p. 33.

la legislación como conceptualmente fuera del alcance de la jurisprudencia (*jurisprudence*) y esencialmente un asunto de moralidad política⁵¹⁰. Esta tesis ha sido ampliamente compartida por gran parte de la literatura realista.

Ahora bien, la teoría realista de la legislación afirma que esa imagen es impracticable para cualquier propósito teórico y, en consecuencia, debe ser abandonada. La visión voluntarista tradicional puede parecer más sólida cuando se trata de legislaturas monocráticas, como reyes absolutos y tiranos sin ataduras que ejercen directamente sus poderes. Incluso en tales casos, sin embargo, parece inútil la idea de un significado-contenido “vertido en el estatuto” por el legislador, a menos que podamos saber con certeza qué es o cómo se expresa⁵¹¹.

De hecho, ¿cómo podemos saber que lo que el legislador nos dice ahora que es el significado-contenido que pretendía adjuntar a su estatuto-ley es de hecho así? No, lo que realmente obtendríamos de nuestra investigación sería simplemente una nueva ley, dotada de fuerza vinculante *ex post facto* y, quizás, que necesitaría a su vez de un acto legislativo “aclarador”. En tal situación, cualquier afirmación sobre el «contenido» adecuado de la voluntad del contenido de las leyes está destinada a pertenecer a la *teoría normativa de la legislación*: no puede sino expresar y reflejar alguna ideología sobre *cómo debe* concebirse y aplicarse la legislación para actuar en consecuencia⁵¹².

Desde la perspectiva del realismo escandinavo, las construcciones ideológicas afectan estructuralmente a la ley, pero la normatividad jurídica no puede reducirse a la voluntad de quienes detentan el poder de *facto*: la ley no puede reducirse a ninguna idea de voluntad, incluida la de la mayoría o la de la gente. La última piedra de toque para mantener la (in)distinción del derecho y la política. Su conclusión es que el problema no puede explicarse en términos de descubrimiento de interés público, debido a su enfoque no cognitivista. Pero tampoco se puede explicar en términos de *toma de decisiones* (*decision-making*). Legislar aquí equivale al acceso y control de los procedimientos técnicos basados en una forma de fe, o en sus propios términos «*ideas governing men's minds*».

⁵¹⁰ En la experiencia continental, fue Maquiavelo quien derivó la distinción entre los dos sistemas normativos de ética y política de la distinción entre acciones finales e instrumentales.

⁵¹¹ Véase, Guastini, R. (2011). Interpretare e argomentare. Giuffrè, Milano; Chiassoni, P. (1999). L'ineluttabile scetticismo della “scuola genovese”. In: Comanducci P, Guastini R (eds) Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica. Giappichelli, Torino, pp 21–76; Chiassoni, P. (2011). Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires.

⁵¹² Esta concepción guarda sintonía con la ideología racionalista de la Ilustración que postuló cómo debería funcionar la legislación y cómo debería ser aplicada.

Todas las consideraciones anteriores llevan al realismo jurídico a la siguiente conclusión. Cada vez que una legislatura aprueba una ley, solo puede haber un objeto seguro de voluntad para cualquier propósito teórico: *el texto de la ley*. Cualquier afirmación más rica, cualquier afirmación que vaya más allá del texto, se encontraría teóricamente injustificada.

9. La tesis de las formulaciones normativas

De acuerdo con el sentido común, los parlamentos hacen «leyes», «regulaciones» o «normas». Tal afirmación, a su vez, generalmente se considera equivalente a decir, quizás en un lenguaje más preciso, que las legislaturas promulgan normas estatutarias, que «producen» conjuntos de normas estatutarias.

Aunque se basa en lo que parece ser evidencia incontestable, es probable que tal punto de vista, según afirma el realismo, sea engañoso. De hecho, lo que las legislaturas producen de hecho e indudablemente son *textos estatutarios* que vendría a ser un tipo de texto jurídico. Un texto jurídico es un conjunto de cadenas de palabras fijadas con autoridad, compuestas de acuerdo con el léxico y la gramática de un lenguaje natural. Entonces, hablando con propiedad, lo que las legislaturas producen son formulaciones de normas (disposiciones legales): oraciones (que se supone que son) que funcionan como expresiones lingüísticas oficiales de normas estatutarias.

Una posición no-realista en torno a la legislación producto, insistiría en que las legislaturas realmente producen no solo formulaciones de normas, sino, como se dice extendidamente, «normas». Sin embargo, a decir de Tarello, uno de los más preclaros exponentes del realismo genovés, «è immotivato scientificamente e inopportuno didatticamente identificare in limine la nozione di “norma” con quella di “testo legislativo”, perché ciò occulta il dato empirico per cui operatori diversi, in tempi diversi o contemporaneamente, per fini diversi o perseguendo con mezzi diversi gli stessi fini, individuano negli stessi testi legislativi norme diverse e magari tra loro confliggenti⁵¹³».

Es así que desde una concepción realista, la interpretación jurídica tiene su objeto ya no en «normas» sino en textos o documentos normativos, es decir, formulaciones de

⁵¹³ Tarello, G. (1976). Recensione di N. Irti, introduzione allo studio del diritto privato, in *Quaderni fiorentini*. Vol. 5. p. 936.

normas, enunciados que expresan normas/disposiciones. La «norma» vendría a ser el resultado y no el objeto de la actividad interpretativa⁵¹⁴.

10. La tesis de la ausencia de correspondencia entre las disposiciones normativas y las normas

Como hemos observado en la tesis anterior, los realistas afirman que lo que las legislaturas realmente «producen», teóricamente, no son normas, sino formulaciones de normas (disposiciones/formulaciones normativas). Esta afirmación trae como consecuencia la tesis de la no correspondencia entre las disposiciones normativas y las normas. Me explico.

Desde un punto de vista estrictamente teórico, las normas jurídicas son los contenidos de significado de las formulaciones normativas. Al ser contenidos de significado, su identificación depende de la interpretación de las formulaciones normativas. Las formulaciones normativas no se interpretan a sí mismas. Siempre se necesitan intérpretes, como jueces, abogados, juristas o personas en general (destinatarios). Las formulaciones de normas no se aplican a casos individuales o genéricos. Por el contrario, su aplicación siempre requiere, en última instancia, de algún organismo de aplicación de la ley, generalmente un juez.

Pretender lo contrario equivaldría a incurrir en la falacia *ex opere operato*: sería suponer erróneamente que las leyes pueden operar por sí mismas, como de manera automática, sobre las realidades sociales a las que se refieren. De hecho, debido al trabajo de varios factores conspiradores, incluida la indeterminación metodológica o y el pluralismo ideológico, no existe una correspondencia uno a uno entre las formulaciones de normas y las normas. Más bien, a cada formulación de normas le corresponde un marco de normas alternativas: es decir; cada formulación de normas puede traducirse de maneras alternativas, cada una de las cuales corresponde a una norma diferente.

Es así que, los resultados inmediatos y directos de la legislación (su producto) son formulaciones de normas; que a cada formulación normativa no le corresponde una y sólo una norma, sino un marco de normas alternativas; y que la identificación del marco de normas correspondiente a cada formulación normativa es una cuestión de interpretación.

⁵¹⁴ Guastini, R. (2011). *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè. p. 8.

11. La tesis del pluralismo ideológico

El pluralismo, en su sentido más amplio, es una creencia o compromiso con la diversidad o multiplicidad de existencia de muchas cosas o ideas. Se habla comúnmente de pluralismo político o pluralismo moral para denotar la existencia de multiplicidad de valores políticos y morales que entran en juego y que operan como elemento normativo. Este elemento normativo condiciona en cierta medida la interpretación que hacen los operadores jurídicos a la hora de elegir un cierto sentido a una disposición normativa. Normalmente, la tradición realista no niega que los elementos ideológicos operan de forma estable y condicionan la *prudencia* del decisor. Es así como se arriba a la conclusión que la ley (disposición normativa/estatuto) no tiene un contenido ya asignado antes de la evaluación del decisor. Esta tesis respalda las anteriores *et supra*.

Dentro del contexto del realismo americano, la teoría de la predicción (*prediction theory*) tiene una implicación importante para una teoría de la legislación. La teoría llama la atención sobre la posibilidad de que las normas jurídicas no tengan un efecto causal en las decisiones judiciales, no porque sean *per se* indeterminadas, sino porque los jueces se resisten a aplicarlas por razones morales o ideológicas⁵¹⁵.

12. La tesis de la indeterminación del sistema jurídico

Como consecuencia de las tesis anteriores, una teoría realista de la legislación sostiene la tesis de la indeterminación estructural del sistema jurídico. Pero ¿en qué consiste el determinismo y el indeterminismo de los sistemas jurídicos?

La tesis determinista puede significar dos cosas. En primer lugar, que para todas las situaciones previstas por un sistema jurídico hay una *acción regulada*: el sistema es completo y/o en segundo lugar, que *cualquier situación* está prevista por el sistema jurídico: el sistema es omnicompreensivo. Por su parte, el indeterminismo también ofrece dos interpretaciones posibles. O bien significa que los sistemas jurídicos tienen lagunas normativas en sentido estricto, ejemplo: hay situaciones previstas por el sistema para las que, sin embargo, no se regula acción alguna. O bien significa que los sistemas no son

⁵¹⁵ La teoría de la predicción del derecho fue un componente clave de la filosofía jurisprudencial de Oliver Wendell Holmes. En su forma más básica, afirma que la ley (formulaciones normativas) debería definirse como una predicción de cómo se comportan los tribunales. Véase, Holmes, O. (1897). *The Path of the Law*. *Harvard Law Review*, Vol. 10. pp. 457-478.

omnicomprensivos, ejemplo, hay situaciones no previstas por el sistema para las que, en consecuencia, no hay ninguna acción regulada.

Desde una perspectiva normativa, el determinismo suele ser tomado como sinónimo de regulación o calificación deóntica. Se dice que una acción está determinada en un sistema jurídico, si a dicho sistema pertenece una norma que califique esa acción, y está indeterminada si no existe en él una norma que la regule. En esta interpretación, el carácter determinado o indeterminado es una propiedad todo o nada y no se predica del derecho, sino de la *clase de acciones*. Una acción no está más o menos determinada, sino que lo está o no lo está. Desde esta perspectiva, la tesis determinista sostiene el carácter completo de las calificaciones ofrecidas por el derecho: toda acción encuentra una calificación en un sistema jurídico. Por el contrario, la tesis indeterminista defiende la posibilidad de que existan lagunas, y que no necesariamente toda acción está regulada en el sistema jurídico⁵¹⁶.

Otro sentido de esta relación, la encontramos en el carácter determinado e indeterminado del *contenido* de las disposiciones normativas. Ante este supuesto la tesis determinista afirma el carácter unívoco de las calificaciones que ofrece el derecho. Sostiene que, a pesar de discrepancias interpretativas, las acciones reguladas cuentan siempre con una única calificación «correcta⁵¹⁷».

Si a manera general, se sostiene que los sistemas jurídicos (las disposiciones normativas, estatutos, etc.) se encuentra indeterminados: la posibilidad de que un sistema jurídico brinde respuestas «unívocas» se desvanece. Esta posición puede ser etiquetada como «indeterminismo». Por el contrario, una posición «determinista» del derecho, en el caso de los ordenamientos jurídicos, el derecho puede ser identificado de forma definida mediante proposiciones necesariamente verdaderas o falsas para los casos concretos.

La confrontación entre estas dos concepciones está ligada a consecuencias teóricas y prácticas importantes para la teoría de la racionalidad legislativa. Desde una perspectiva teórica, al sostener la tesis del indeterminismo, no se podría predicar racionalidad de una acción legislativa *omnicomprensiva* que pretenda conocer y regular *todos* los casos. Por el contrario, al sostener la tesis determinista, como considero la mayoría de teorías de la racionalidad legislativa suponen, se podría predicar racionalidad

⁵¹⁶ Redondo, M. (1997). Teorías del Derecho e indeterminación normativa. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*. (20), p. 177.

⁵¹⁷ Según Dworkin, el derecho está siempre determinado. Es decir, siempre es posible identificar aquellos que se exige. Conforme al autor, los operadores jurídicos (jueces, legisladores, etc.) no solo no necesitan, sino que tampoco deben tomar decisiones «discrecionales».

de una acción omnicompreensiva siendo que, lo que no se considera regulado por el legislador, simplemente carece de «importancia» o no se consideraría comprendido dentro del sistema jurídico.

Desde una perspectiva práctica, la tesis indeterminista lejos de proporcionar a la sociedad reglas «duras y rápidas», listas para ser cumplidas y aplicadas, estas están a merced de sus intérpretes autorizados, como los jueces, legisladores y otros funcionarios encargados de aplicar la ley. La tesis, debe notarse, insiste en que los estatutos están en una situación de dependencia resultante de la forma en que los estatutos son y no pueden dejar de ser; una situación de dependencia resultante, como hemos visto, de que no son cadenas de palabras que se interpretan a sí mismas, no se aplican a sí mismas, y son estructuralmente indeterminadas.

Capítulo VII

Algunas conclusiones

Este capítulo tiene como propósito una sinopsis de las principales tesis que se han destacado en cada capítulo; realizando una tarea de reformulación quizás en términos más precisos. Con este propósito en mente, a continuación me dedicaré a esta empresa.

En el capítulo primero se revisó la racionalidad legislativa en las teorías de la Ilustración, la cuna de toda reflexión filosófica y técnica sobre la legislación y su racionalidad. Al respecto se puede agrupar algunas tesis principales. A saber:

(1) Según la concepción *receptiva* (legislador receptivo), la decisión legislativa se explica refiriéndose a intereses, relaciones de poder, factores *externos* al decisor o grupo de decisores. La importancia atribuida al componente voluntario es, por tanto, mínima. El tomador de decisiones solo puede registrar las necesidades de fuerzas superiores a él, adaptándose a ellas, para hacer correcciones y ajustes a las interacciones sociales como máximo. Las leyes a las que se refieren los autores iluministas no son en estricto sentido jurídicas prescriptivas, sino más bien, explicativas: que delimitan la naturaleza de las cosas y su subsistencia. Éstas también son dictadas, salvo excepciones, por la «naturaleza» de las relaciones, que el decisor podrá reconstruir según la «justa razón».

La concepción receptiva no se ajusta a la reflexión filosófica que tiene Bentham, puesto que para su realismo filosófico lo lleva a aceptar la idea de que el partidismo y el dañino carácter social del derecho inglés estuviesen ocultos bajo una espesa subienda de ritos y falsas creencias. En ese sentido, se dice que Bentham era un *empirista*, que enfatiza el papel de la experiencia y la evidencia, especialmente dentro de la percepción sensorial, en la formación de las ideas y en la adquisición del conocimiento. De allí se colige que la justificación y la limitación de los conceptos se encuentran en el mundo sensible.

Volviendo a la concepción receptiva, esta converge con corrientes del pensamiento heterogéneas entre sí. En primer lugar, está la asonancia con la más antigua tradición iusnaturalista, y en particular con el concepto de «naturaleza de las cosas». El resultado de esta doctrina, como ha sido efectivamente subrayado, es la hipótesis de un «legislador impotente»⁵¹⁸.

⁵¹⁸ Castignone, S., Guastini, R., & Tarello, G. (1978). *Introduzione teorica allo studio del diritto: lezioni*. Genova: ECIG. pp. 344-6.; *La natura delle cose*. In Bobbio, B. (1977). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di comunità. pp. 197-212.

La concepción receptiva, sin embargo, encuentra su expresión completa, en la versión que nos interesa, dentro del proyecto ilustrado de Filangieri y Austin. Aunque los iusnaturalistas se referían a una razón universal, sus propuestas tenían sobre todo un declarado significado político y polémico. Montesquieu, por otro lado, es uno de los primeros en emplear con fines descriptivos la hipótesis según la cual las leyes de un estado deben entenderse remontándose a un conjunto de factores independientes de la «voluntad del legislador».

La adopción de una ley, al estar dictada por un «orden natural» al que contribuyen variables geográficas, socioeconómicas, culturales, político-institucionales, es un ejemplo de razón humana aplicada. «Las leyes, en su sentido más amplio, son las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas» Esta citada afirmación autoriza a adjudicar a Montesquieu como un *antivoluntarista*⁵¹⁹.

La concepción *voluntarista* o *imperativa*, es el resultado de una persistente crítica radical frente a la teoría racionalista, según la cual el derecho es una expresión de la razón. Ya en la Edad Media, el derecho romano se entendía y difundía como *ratio scripta*, “razón escrita”³⁶. Si tomamos un texto de Thomas Hobbes, *A Dialogue Between a Philosopher and a Student of Common Law*, aparecido a mediados del siglo XVII, vemos que el problema allí discutido es si el derecho es una especie o un resultado de la razón o más bien el producto de la voluntad del soberano. En el diálogo el “filósofo”, que representa al propio Hobbes, defiende una noción imperativa del derecho: *auctoritas non veritas facit legem*, es la autoridad y no la verdad la que hace el derecho⁵²⁰.

Para Hobbes entonces, para quien el criterio de justicia nos lo proporciona el derecho positivo, la autoridad acaba no sólo por producir el derecho, sino la justicia misma (positivismo ideológico). Sin embargo, tenga en cuenta que en el diálogo en cuestión, esta no es la posición del “jurista”, el estudioso del derecho consuetudinario, representado allí. Por el contrario, defiende una concepción racionalista del derecho como “razón artificial”.

La concepción es la que concibe el derecho como una serie de mandatos emitidos por un “superior político” -como expresa uno de los teóricos de esta doctrina, el inglés John Austin-. La tradición imperativa se caracteriza pues, desde el inicio de su largo

⁵¹⁹ Tarello, G. (1976). Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: *Il mulino*. p. 266.

⁵²⁰ Hobbes, T. (1681). *A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*. Oxford University Press.

recorrido por los ordenamientos jurídicos históricamente vigentes, por una posición irracionalista latente. ¿En qué sentido irracional?, la ley es la voluntad del soberano. No existe una racionalidad intrínseca en las leyes y procedimientos legales. Por tanto, es irracional, no ya por su contenido (del que se puede predicar racionalidad por parte de quien interpreta las normas) sino por su procedimiento.

Por ponerlo en otros términos la “racionalidad” reside enteramente en la intención (en la voluntad) del legislador. Según esta tradición, a veces es incluso dudoso que la lógica común (la que se basa en el principio de no contradicción) pueda aplicarse al derecho ya los procedimientos jurídicos. Incluso cuando se utiliza la noción de norma para explicar el concepto de derecho, el positivista jurídico a menudo vuelve a caer en una visión imperativa cuando tiene que definir la norma y recurre de nuevo a la noción de mandato: «Toda norma es un imperativo». La lógica se aplica a las entidades simbólicas (semánticas) formales, no a las entidades psicológicas (como los deseos inmotivados que el imperativo atribuye a su “gobernante”). Donde, como en el caso del imperativo, la ley se concibe en términos de la psicología de un “superior”, en términos de sus emociones, impulsos y deseos.

Mientras que para el iusnaturalista es válido el postulado de Santo Tomás según el cual «*intellectum sequitur, non praecedat voluntas*», el positivista anula este axioma. Primero se da la voluntad, como acto de autoafirmación, luego, si acaso, la razón opera como racionalización del acto volitivo. La razón práctica acaba así siendo negada y burlada: «Una razón que crea normas -escribe Kelsen- es una razón que sabe y al mismo tiempo quiere, es a la vez saber y voluntad. Aquí está la noción contradictoria de la razón práctica⁵²¹».

En lo que respecta al capítulo segundo donde se analizó a la jurisprudencia como disciplina normativa. Según Wintgens, la ley debe actuar de manera subsidiaria, lo que significa que el derecho no debe determinar a priori las relaciones sociales a precio de destruir la interacción social, y con ello, la construcción y el mantenimiento de la identidad de los agentes. Por el contrario, el derecho actuando de manera subsidiaria solo interfiere cuando la interacción se rompe, es decir cuando la distancia entre agentes corre el riesgo de volverse demasiado estrecha para permitirles actuar sobre concepciones de la libertad.

⁵²¹ Kelsen, H. (1959). Justice et droit naturel, in aa.vv., Le droit naturel, 82; e cfr. g. zagrebelsky, Il diritto mite, cit., 163.

Además, en su tercer sentido de la libertad como distancia “*freedom as distance*” se refiere a la relación entre el derecho y los propios agentes sociales: la ley misma, hasta que sea convocada, debe mantenerse alejada de la interacción social. Este primer aspecto sitúa a la legislación “a distancia” puesto que se deben construir leyes que dejen la prioridad de la resolución de conflictos a los propios agentes.

Claramente esta tesis, pasa por alto la función constitutiva que el derecho juega para la interacción social. Retomando a Hobbes, sin derecho la interacción social es la descrita por el estado de naturaleza (*ubi societas ibi ius*). Hobbes construye la idea de un derecho natural de la autoconservación a través de un énfasis político del concepto de libertad. El contrato social es el modo de resolver la paradoja que subsiste en el estado de naturaleza. A partir de la definición hobbesiana del derecho a la autoconservación a través del concepto de libertad.

Así, para Bobbio, la obra de Hobbes fue una justificación teórica de la existencia del poder político, su necesaria unidad e indivisibilidad, en contrapartida de otros autores de la modernidad que buscaron defender la libertad frente a la tiranía⁵²².

El planteamiento político de Hobbes se apoya en un determinismo psicológico de las pasiones en el que ellas son el impulso fundamental e incontrolable que lleva a los hombres a actuar de forma egoísta. El egoísmo en el estado de naturaleza (pre-político) dificulta las labores y retos inherentes a la convivencia y hace necesaria la instauración de un contrato que establezca una autoridad que, por medio de la fuerza, regule las acciones de los hombres e impida de esa manera su destrucción mutua. Claramente, Hobbes responde a un problema moral mientras Wintgens pretende responder a un problema científico aplicado a la teoría política. En el *Tratado sobre el ciudadano* Hobbes expresa “*En el estado de naturaleza se da en todos una voluntad agresiva, pero no se da por la misma causa, ni es igualmente condenable. Ya que algunos, según la igualdad natural, permiten a los demás lo mismo que se permiten ellos (lo cual es propio de hombres modestos y que valoran rectamente sus fuerzas). Otros en cambio, creyéndose superiores a los demás, se permiten todo únicamente a sí mismos y se arrojan honor ante los demás (lo cual es propio de una condición feroz*⁵²³)”.

⁵²² Bobbio, N. (1992). *Thomas Hobbes*. México. FCE. pp. 36-38.

⁵²³ Hobbes, T. (1999). *Tratado sobre el ciudadano*. Madrid. Trotta. p. 17.

Ante el problema ético de las pasiones o la supuesta maldad originaria de los seres humanos que lleva a una teoría del poder como entidad indivisible. Pues es de allí, -de la libertad- que se derivan los ejes constitutivos del pensamiento político hobbesiano: la inconveniencia del estado de naturaleza, la justificación de la sociedad civil y el poder soberano como formas de garantizar la convivencia humana. Hobbes construye un concepto de la libertad desde un punto de vista político. Lo que le interesa a Hobbes, más que la cuestión del libre albedrío y su posterior relación con el mundo causal de la naturaleza, es la relación específica entre la libertad, derecho y autoconservación para explicar el origen de la sociedad civil por medio de un pacto o contrato.

Contrariamente, la noción de libertad que Wintgens defiende, Bobbio la llama en uso descriptivo «libertad de tinte liberal», también llamada libertad negativa o no impedimento y que se entiende como la facultad de realizar o no realizar ciertas acciones sin impedimento externo. Mientras que Hobbes, defiende un tipo de «libertad democrática» que el autor de Turín denominó también a veces libertad positiva o no-constricción y que definió como el poder de darse leyes a sí mismo⁵²⁴.

Bobbio añade un tercer significado de libertad que pasa por alto Wintgens. El tercer significado se refiere al entendimiento de la libertad como capacidad positiva material o poder positivo de hacer lo que la libertad negativa permite hacer. Este significado es una herencia del socialismo y sirve como fundamento de los derechos sociales.

El concepto de libertad también ha recibido un significado descriptivo inconfundible con el anterior e insustituible por él, proveniente de la teoría democrática. Desde esta segunda óptica, libertad significa autonomía, es decir, se refiere al «poder de no obedecer otras normas que las que me he impuesto⁵²⁵». De forma antagónica a la libertad liberal, la autonomía indica que ser libre no significa no tener leyes, sino *darse leyes así mismo*. Siendo que, el demócrata autónomico, no intenta eliminar todas las barreras posibles a la acción del sujeto, sino «aumentar el número de acciones regidas por procesos de autorreglamentación⁵²⁶». La libertad entonces sería el espacio regulado por

⁵²⁴ Bobbio. N. (1955). Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri. en Id. *Politica e cultura*. Einaudi, Torino. p. 160.

⁵²⁵ Bobbio. N. (1955). Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri. en Id. *Politica e cultura*. Einaudi, Torino. p. 113.

⁵²⁶ Bobbio. N. (1955). Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri. en Id. *Politica e cultura*. Einaudi, Torino. p. 113.

normas imperativas, siempre que estas sean autónomas y no heterónomas. Es así, que la libertad como autonomía se contrapone a constricción que quiere evitar la noción de libertad de Wintgens (libertad como distancia).

En lo que respecta al capítulo tercero, Thaler y Sunstein al defender su “paternalismo libertario” ilustran su compromiso *prima facie* con dos dimensiones éticas de cierta importancia. Uno es el compromiso de utilizar el “bienestar social” (*social welfare*) como el “concepto maestro” último que guía su enfoque, algo que debe juzgarse sobre la base de la evidencia empírica⁵²⁷. La “generalmente mejor respuesta”, en otras palabras, significa que la evidencia puede apoyar un enfoque diferente. El otro es su reconocimiento de que el principio de daño de Mill aconseja la moderación estatal solo con respecto a las acciones que nos dañan a nosotros mismos y no a otros.

Su libertarismo se basa principalmente en el argumento de John Stuart Mill de que los propios individuos están mejor posicionados para identificar sus propios fines y los medios óptimos para su realización. Considera que este es el mejor argumento de Mill a favor del principio del daño: el principio de que la sociedad no debe interferir con la elección a menos que prevenga el daño a los demás. El “argumento epistémico” de Mill, considera Sunstein, se basa, no obstante, en suposiciones empíricas inestables de que la gente se comporta racionalmente, suposiciones que son desmentidas por la psicología moderna y la economía del comportamiento: como especie, piensa Sunstein, los humanos somos impulsivos, miopes y dados a falsos optimismo.

Los autores afirman que el paternalismo libertario es un paternalismo blando (*soft*) en lugar de duro (*hard*) porque deja la elección abierta, y es un paternalismo de “medios” en lugar de “fines” porque solo ayuda a las personas a alcanzar sus propios fines elegidos por ellos mismos, esto es muy problemático en términos de la adopción de medidas públicas informadas sobre el comportamiento. También plantea una serie de preocupaciones relacionadas con su legitimidad democrática y responsabilidad. En particular, una objeción comúnmente planteada es que estas medidas podrían entrar en conflicto con el principio de autonomía, es decir, la capacidad de ordenar nuestras vidas de acuerdo con nuestras decisiones. Al intervenir en el proceso humano de toma de decisiones, la regulación basada en el comportamiento podría interferir sustancialmente,

⁵²⁷ Sunstein, C. (2014) *Why Nudge: The Politics of Libertarian Paternalism*, New Haven/London: Yale University Press. p. 18.

y puede percibirse como incompatible, con los derechos fundamentales de los ciudadanos a la libertad de expresión, privacidad y autodeterminación.

Como hemos visto, la defensa de Sunstein se basa ampliamente en que apoya la autonomía, pero ¿qué quiere decir con autonomía? Es extraño que solo veinte páginas de un manifiesto paternalista libertario estén dedicadas a explorar la relación entre el paternalismo y la idea de autonomía. No solo es peculiar su inclusión dentro de la regulación paternalista de una gran franja de intervenciones relacionadas con los demás, sino que también es peculiar su forma de conceptualizar la autonomía en sí misma. Sunstein parece adoptar una visión muy reducida del término autonomía. Lo que el autor quiere decir con autonomía está más cerca de “libertad” o “libertad de elección” en el sentido estricto y negativo, simplemente la ausencia de coerción. Un efecto de esto es que en aquellas áreas en las que todos podríamos estar de acuerdo que constituyen un paternalismo duro (aunque son mucho menos en número de lo que él supone), casi siempre habrá un “problema desde el punto de vista de la autonomía” según su concepción.

En cuanto al enfoque heurístico compete, ha sido muy controvertido. Un desafío particularmente influyente ha venido de aquellos que consideran que Kahneman y Thaler han exagerado la supuesta “irracionalidad” de la toma de decisiones en dos aspectos. Primero, sus críticos argumentan que la investigación que respalda las conclusiones de Kahneman y Thaler es en sí misma sesgada, enfatizando demasiados errores en el razonamiento y proyectándolos como la norma más que como la excepción. La evidencia de errores consistentes se deriva particularmente de los resultados de experimentos de laboratorio en los que tales errores son lo que se enfoca, más que las decisiones básicas de la vida diaria. Los “errores” pueden ser mucho menos frecuentes en la vida cotidiana de lo que sugerirían los producidos en el “laboratorio”.

En segundo lugar, los críticos de Kahneman y Thaler argumentan que las heurísticas que usamos son suficientemente buenas en la mayoría de los casos, ya que evalúan rápidamente lo que se debe hacer en ausencia de información completa. Son más «racionales» que irracionales y pueden producir resultados tan precisos como decisiones más plenamente razonadas. Estos desafíos al enfoque de “heurísticas y sesgos” están

particularmente asociados con el trabajo de Gerd Gigerenzer y el del Instituto Max-Planck para el Desarrollo Humano en Berlín, que él dirige⁵²⁸.

En cuando al *nudge* entendido como una técnica de regulación, este ocupa un sentido mucho más amplio, ya que se abre al campo de la *eficiencia* de las leyes contemplando medios e instrumentos que ayudan al legislador en el cumplimiento de sus objetivos o fines políticos. La técnica legislativa puede definirse como una disciplina que se ocupa también de que los objetivos de la legislación sean alcanzados a través de diferentes técnicas⁵²⁹.

La técnica legislativa tendría por objeto desarrollar a partir de una determinada concepción de la racionalidad legislativa (o teoría de la legislación), instrumentos concretos (*nudge, crowdlaw*) es decir, procedimientos, medios, tendentes a mejorar la calidad de las leyes. En este sentido, se puede decir que el desarrollo de las técnicas legislativas requiere tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas sociales. Las técnicas legislativas que constituyen todas las reglas relativas al lenguaje de la norma, al sistema, a su viabilidad práctica, a su grado de efectividad posible, son precondition de una legislación que pueda verse “racional” en cuanto producto de una actividad legislativa.

Sin conceptos fundacionales claros y consistentes, el nuevo paradigma político de la ciencia conductual aplicada puede fácilmente llegar a parecer mal fundado, dejando el concepto de empujón, así como la *ideología* del paternalismo libertario, vulnerables a acusaciones de pendientes resbaladizas, afirmaciones de inconsistencia conceptual. Cualquier tipo de intervención puede parecer fácilmente calificable como un *nudge*, lo que hace que cualquier profesional o lego afirme que hay pocas novedades en este enfoque y que cualquier objeción relacionada con el paternalismo libertario puede parecer que se refiere también al uso del *nudge*, y viceversa.

La literatura sobre el *nudge* postuló un modelo de hombre con sesgos que representaría mejor “la realidad” del proceso de toma de decisión. Esta “realidad” no estaba considerada en el modelo de racionalidad del *homo economicus* o como Thaler y Sunstein lo llaman en plural: *econs*. Los autores, así como gran parte de la literatura sobre *nudge* concluyen que en el modelo de racionalidad del *homo economicus* no hay lugar

⁵²⁸ Gigerenzer, G. (2014). *Risk savvy: How to make good decisions*. New York, Viking.

⁵²⁹ Stijn D., Raf Van Kuyck & Bea Van Buggenhout. (2000). Legislative Technique as Basis of a Legislative Drafting System. *Information & Communications Technology Law*. 9:2, 149-159.

para *nudges* (empujones) puesto que la racionalidad del hombre empujado “limitada” da cuenta de las habilidades cognitivas disminuidas para ejercer las habilidades de cálculo propias del modelo del *homo economicus*.

No obstante, según la identificación y explicación de las características que se le atribuyen al modelo del *homo economicus*, observamos que comparten ciertas características con el modelo de hombre empujado, esto es: i) la idea del interés propio para actuar; ii) la racionalidad vista como capacidad de cálculo (el hombre empujado también calcula y está motivado a aumentar su utilidad); iii) la libertad entendida como la mera capacidad de elegir sin coerción alguna (como se podrá cortejar en el epígrafe sobre el paternalismo libertario); iv) el no considerar ningún presupuesto ético; finalmente; v) el no considerar la experiencia dentro del proceso de toma de decisiones.

Tomar en consideración la superposición de estas características parece importante para identificar qué tipo de modelo de racionalidad (*econs* o *nudge*) está operando dentro de los procesos de toma de decisión legislativos. O dicho en otro modo, nos ayuda a identificar qué tipo de racionalidad legislativa subyace o podría subyacer dentro del proceso legislativo y el producto de la legislación (fuentes normativas).

En cuanto al capítulo cuarto, *crowdlaw* en tanto que propuesta basada en la aplicación de una serie de métodos y herramientas que utilizan como base las nuevas tecnologías para generar una interacción entre los ciudadanos y las instituciones públicas en los procesos de toma de decisiones políticas, debe ser visto como la propuesta de una *técnica legislativa* tendiente a promover determinados objetivos de la legislación. Esta técnica está inmersa dentro del procedimiento legislativo y dentro de la evaluación de la legislación.

Este espacio digital ofrece una serie de posibilidades novedosas y permite optimizar los métodos tradicionales de participación ciudadana en las diversas etapas del proceso legislativo e incluso en las etapas de seguimiento, evaluación y hasta rendición de cuentas por los funcionarios públicos respecto a las políticas públicas que puedan formularse.

El fenómeno de *crowdlaw* como propuesta particular ha sido abordada recientemente desde un punto de vista teórico, en su relación con la legitimidad y calidad de la producción legislativa, la producción de inteligencia colectiva. Desde esta perspectiva, *crowdlaw* tiene el potencial de satisfacer las condiciones que propone la

democracia deliberativa para legitimar las decisiones políticas utilizando nuevas tecnologías.

Pese a la creciente literatura al respecto, todavía cuesta definir las acepciones del término con precisión. A mi entender *crowdlaw* (literalmente: la ley de o por la multitud) consistiría en:

i) un instrumento para una mayor *deliberación* con la finalidad de garantizar una mayor *legitimidad procesal* al tener mejores aportes en los procesos legislativos. (es decir, para mejorar los procesos de toma de decisión). Mejora la calidad epistémica de la elaboración de leyes (*lawmaking process*). (Legitimidad del proceso). Deliberación para garantizar una mayor legitimidad procesal al tener mejores aportes a los procesos legislativos que una demanda práctica de enfoques más colaborativos para la resolución de problemas (*Process-legitimacy*).

ii) mejorar la calidad y la eficacia de los *resultados* al permitir que la autoridad normativa interactúen con un público más amplio utilizando métodos diseñados para satisfacer las necesidades tanto de las instituciones como de las personas. Es decir, se mejora los resultados (*Output-legitimacy*⁵³⁰).

iii) obtener *experiencia e ideas* en lugar de *opiniones*⁵³¹. No debe asimilarse a sondeos de opinión o una forma de ganar adeptos para causas políticas partidistas, es un diseño para aplicar la inteligencia colectiva a la resolución de problemas a través de la experiencia de la multitud. Desde esta perspectiva, *crowdlaw* sería un instrumento tecnológico para *obtener pericia*, experiencia, ideas y datos en lugar de opiniones⁵³²: mediante el uso de big data e inteligencia colectiva. La experiencia arraigada en la experiencia en vivo o en hechos científicos está ampliamente distribuida en la sociedad. Hemos sido testigos de un cambio de expertos acreditados a expertos ciudadanos en todo, desde reseñas de restaurantes hasta asesoramiento médico. *Crowdlaw* proporciona una forma de vincular esta experiencia distribuida con el gobierno. *Crowdlaw* presagia un futuro en el que gobernar es menos algo perpetrado sobre el público que algo hecho en colaboración con los ciudadanos, permitiéndoles participar activamente. En cada etapa, desde la identificación del problema hasta la evaluación, la mejora de los resultados puede

⁵³⁰ Landemore, H. (2017). Beyond the Fact of Disagreement? The Epistemic Turn in Deliberative Democracy, in: *Social Epistemology* 31, pp. 277–295.

⁵³¹ Noveck, B. S. (2018). Crowdlaw: Collective Intelligence and Lawmaking. *Analyse & Kritik*, 40(2), 359–380. p. 366.

⁵³² Landemore, H. (2012), *Democratic Reason. Politics, Collective Intelligence, and the Rule of the Many*, Princeton University Press.

requerir la obtención de información e ideas además de evaluar opiniones. Ambos son importantes pero requieren diferentes diseños para lograrlos.

iv) enfatizar los mecanismos para poder digerir todo el conocimiento recopilado, no solo el diseño necesario para que las personas participen. En ese sentido, el proceso de *crowdlaw* se puede entender como un mecanismo para el *procesamiento de la información* proveniente de las experiencias de la multitud.

v) Aunque toma diferentes formas, los procesos de *crowdlaw* generalmente implican ceder cierto control sobre algún aspecto de la formulación de políticas, al menos en parte, a una audiencia más diversa. Esto constituye un cambio de sujeto de autoridad normativa. Mientras que los sujetos de autoridad normativa estaban plenamente identificados de conformidad al diseño institucional (presidentes, asambleas, funcionarios públicos en general, etc), el *crowdlaw* presenta una diversidad de sujetos que forman parte de una co-autoría normativa y por tanto constituye un sistema *descentralizado de creación normativa (open government⁵³³)*.

El quinto capítulo lidia con la ambigüedad del término «legislador» y sus diferentes acepciones: i) legislador real, individuos que realmente influyen en la forma y el contenido de las disposiciones promulgadas, motivados por principios de orden práctico (moral o ideológico); ii) los cuerpos legislativos, entendidos como órganos compuestos por legisladores *reales* involucrados en el proceso de la actividad legislativa (comités parlamentarios); iii) el legislador formal, quien es el sujeto autorizado por las disposiciones normativas para dictar leyes. El legislador formal, no necesariamente participa directamente en las fases de la actividad parlamentaria (ii), más bien, puede aparecer al final de la misma, ejerciendo su voto hacia un determinado producto legislativo; iv) finalmente, el término legislador racional que se define como un tipo ideal de legislador que se supone que cumple con ciertos criterios y que cree que promulga disposiciones normativas con base en su conocimiento extensivo y sistema axiológico.

El legislador ideal o racional, es aquel que está dotado de un supuesto de racionalidad que las diversas teorías de la racionalidad legislativa le adscriben a este cualidades y exigencias propias de la función prescriptiva de estas teorías. Así por ejemplo, si idealizamos al legislador bajo la teoría de la jurisprudencia wintgeniana, los principios de la jurisprudencia (principios de coherencia, alternabilidad, temporalidad,

⁵³³ Saxena, S. (2018). Asymmetric Open Government Data (OGD) Framework in India. Digital Policy, Regulation and Governance 20, no. 5 (2018): 434-48.

necesidad de la densidad normativa) van a formar parte de las cualidades racionales del legislador.

Este discurso sirve para determinar la *ratio legis*, entendida como un valor jurídico vinculante que ofrece una perspectiva de los supuestos axiológicos adscritos al legislador racional cuyas preferencias se caracterizan por ser definidas, jerárquicamente ordenadas y formadas en un sistema relativamente estable. Los valores del legislador racional como valores jurídicamente vinculantes o valores de referencia extrajurídicos o valores de un carácter universal pertenecen a una determinada cultura jurídica.

El supuesto de la racionalidad del legislador, que se acepta en las ciencias jurídicas, predetermina, que también en el ámbito de la axiología se le adscriben acciones racionales. Como axiólogo racional, el legislador profesa valores definidos, ordenándolos en una jerarquía y haciendo relativamente estable este sistema. Los valores atribuidos al legislador se dividen en tres categorías: valores jurídicos (valores jurídicamente vinculantes), valores de referencia y valores de carácter universal. En la perspectiva del sistema axiológico de un legislador, la *ratio legis* puede calificarse como un valor, y también como un valor jurídicamente vinculante.

El supuesto subyacente, ya sea claramente establecido o implícito, tanto en la ciencia jurídica como en la aplicación de la ley, es el del legislador racional. El legislador como sujeto racional se rige consistentemente en su actividad por dos tipos de patrones que se caracterizan formalmente:

1. un sistema de conocimiento no contradictorio,
2. una clase coherente de valores, construida preferencialmente y suficientemente estable.

Así, de acuerdo con el principio general de racionalidad, si un legislador acepta un determinado conocimiento y ha dado preferencias, emprende tal acción de entre los disponibles (a la luz de ese conocimiento) que conduce indefectiblemente al estado de cosas que es el más fuertemente preferido.

El principio de racionalidad axiológica del legislador estriba en que para el legislador las normas jurídicas tienen justificación axiológica, por lo tanto, lo que debe intentarse es recrear los valores del legislador y atribuir tales significados a las disposiciones jurídicas que se interpretan y que expresarían órdenes que cumplen al máximo con esos valores. El legislador, siendo un axiólogo racional, no solo crea un conjunto dado de valores, sino que también es capaz de señalar las relaciones que se dan entre ellos.

En cuanto a la primera parte del sexto capítulo, se concluye que las teorías de la argumentación jurídica se han traspelado al debate en torno a la racionalidad de la ley en su fase creación, implementación y evaluación. Desde esta perspectiva, el fenómeno legislativo es visto como un proceso argumentativo relacionado con la adecuación entre medios y fines. La relación entre legislación, entendida como el procedimiento que se rige por normas jurídicas (ya constituidas), en virtud de las cuales las decisiones políticas de las autoridades normativas (el legislador) se *transforman* en derecho a través de la llamada teoría estándar de la argumentación jurídica.

Los ideales de legislación racional y la argumentación “legislativa” se pueden conectar de muchas formas. Este vínculo podría expresarse en dos dimensiones que enfatizan el potencial *justificador* y *legitimador* de las deliberaciones legislativas. En contraposición, encontramos los enfoques escépticos y realistas en torno a la racionalidad de la legislación. Estos enfoques básicamente afirman que no hay espacio para la discusión racional en el procedimiento legislativo y por tanto, no se puede predicar ningún tipo de racionalidad. El *leitmotiv* del procedimiento legislativo sería el juego de puros intereses.

Desde la perspectiva del fenómeno legislativo visto como proceso argumentativo, el término «razonabilidad» hace alusión a algún tipo de plausibilidad de las decisiones, dejando de lado la exactitud lógica de las decisiones. Alexy, se ha aproximado a esta definición con su tesis del caso especial «*sonderfallthese*» según la cual, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico en general mostrando que la argumentación jurídica tiene una doble dimensión: la dimensión autoritativa que muestra su funcionamiento institucional; y la dimensión discursiva, donde se evidencia la necesidad del discurso práctico en general. Aquí es donde se relacionan la racionalidad (entendida como la dimensión autoritativa, de exactitud lógica) y la razonabilidad (proveniente del discurso práctico en general, de lógica informal) legislativa.

En cuanto a la segunda parte del sexto capítulo, se desprende que la legislación desde una perspectiva realista debe precisar los alcances del término «realismo» para que pueda ser posible la explicación de por qué existe (o no) una teoría de la legislación dentro de la tradición realista.

En resumen, el realismo a nivel teórico afirma que: i) no existen reglas generales como prescripciones jurídicas completas, coherentes y listas para utilizar en los casos individuales; ii) las disposiciones normativas no tienen un significado verdadero que se infiera de la naturaleza del derecho; iii) los ordenamiento jurídicos positivos no son en sí

mismos, coherentes y sin lagunas; iv) los hechos jurídicos (*legal facts*) no son elementos duros y rápidos disponibles para el descubrimiento judicial; v) el razonamiento jurídico no funciona como un dispositivo de descubrimiento sino más bien como un dispositivo de justificación; vi) la adjudicación judicial no es equivalente a la pura combinación de lógica más conocimiento objetivo, como sugiere la jurisprudencia mecánica y la teoría de los jueces autómatas.

Teniendo estas afirmaciones en mente, el uso de término «legislación» a la luz del realismo jurídico afirma la ambigüedad proceso-producto del término. La legislación-proceso vendría a ser el conjunto de operaciones realizadas por personas que actúan como órganos legislativos de un determinado orden jurídico, mientras que el producto de la legislación es el conjunto discreto de leyes, estatutos o actos que representan el resultado de un proceso de legislación. Dentro de la ambigüedad proceso, encontramos tanto la actividad legislativa como la actividad de los jueces (siguiendo la teoría de la utilidad social de Lundstedt).

En cuanto a la legislación como producto, Olivecrona presenta a la legislación como parte de una *chain of cause and effect* que funciona a nivel psicológico. Solo existen los esfuerzos de la legislatura (y otros emisores de normas) en el mundo del tiempo y el espacio para influir en los seres humanos en el nivel psicológico por medio de imperativos a través de textos, estatutos o más sencillamente “leyes”. Dentro de la cadena de causas y efectos, encontramos los métodos informales de establecimiento de normas jurídicas que básicamente están determinados por otros sistemas normativos como la costumbre. Estos imperativos independientes son eficaces en un sistema de reglas tanto a nivel judicial, parlamentario o consuetudinario.

De la distinción de la legislación como proceso-producto el capítulo concluye con una serie de tesis que encierran una actitud realista de la legislación, a saber: i) la tesis de la voluntad del texto legislativo; ii) la tesis de las formulaciones normativas; iii) la tesis de la ausencia de correspondencia entre las disposiciones normativas y las normas; iv) la tesis del pluralismo ideológico; v) la tesis de la indeterminación del sistema jurídico.

Referencias bibliográficas

- Aarnio, A. (1987). *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: Reidel.
- (1990). *On Rational Acceptability. Some Remarks on Legal Justification*. en: Nerhot, P. (eds) *Law, Interpretation and Reality*. Law and Philosophy Library, vol 11. Springe. pp. 194-195.
- Adam Sadilek, Henry A Kautz, and Vincent Silenzio. (2012). Modeling Spread of Disease from Social Interactions. In *ICWSM*.
- Aguiló, J. (2000). Técnica legislativa y documentación automática de legislación. en Carbonell, M. y Pedroza de la Llave, S.T. (coords.). *Elementos de Técnica legislativa*, Mexico UNAM. p. 245.
- Alexy, R. (1999). La tesis del caso especial. *Isegoría*. (21). pp. 23-35.
- Alsina, V. & Martí, J.L. (2018). “The Birth of the CrowdLaw Movement: Tech-Based Citizen Participation, Legitimacy and the Quality of Lawmaking”. *Analyse & Kritik*, vol. 40, no. 2, pp. 337-358.
- Alvin Goldman. (2001). The Refutation of Medical Paternalism. reprinted in John D. Arras and Bonnie Steinbock (eds.), *Ethical Issues in Modern Medicine*, 5th ed.
- Aquino, T. *Suma Teológica*. I-II. p. 4.
- Archer, M. S., (2000). *Being Human: The Problem of Agency*. West Nyack, NY: Cambridge University Press. p. 53.
- Aristotle. (1984). *Nicomachean Ethics*, in *The Complete Works of Aristotle*, edited by J. Barnes. Princeton, NJ: Princeton University Press. p. 1112.
- (1984). *The Complete Works of Aristotle*, edited by J. Barnes. Princeton, NJ: Princeton University Press. p. 1112^a.
- Arneson, R. J. (1989). Paternalism, utility, and fairness. *Revue internationale de philosophie*, Vol 43, 409–437.
- Arvind. (2013). Vilhelm Lundstedt and the social function of legislation. In Bruner, E. O., Millard, E., & Mindus, P. *Realist Conceptions of Legislation. The Theory and practice of Legislation*, 1.
- Atienza, M. (1989). Contribución para una teoría de la legislación. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n6. p. 285-403.
- (1991). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

- (1997). *Contribución para una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas.
- (2005). *Reasoning and Legislation. Essay in Legisprudence*. London-New York. Routledge. pp. 297-317. En Wintgens, L. J., Thion, P., & Carly, M. (2005). *The theory and practice of legislation: essays in legisprudence*. Aldershot: Ashgate Publishing.
- (2006). *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*. Barcelona: Editorial Ariel.
- (2018). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta. p.175

Austin, J. (1873). *Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law*. Murray. London. p. 33.

- (1954). *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*. London: Weidenfeld and Nicolson. p. 127.

Balzano, M. S., & Vecchione, G. (2015). Gaetano Filangieri e l'istituzionalismo economico, in "Rivista economica del Mezzogiorno, Trimestrale della Svimez". 583-612. p. 590.

Baron RS, Hoppe SI, Kao CF, Brunsman B, Linneweh B, Rogers D. (1996). Social Corroboration and Opinion Extremity. *J Exp Soc Psychol.*; 32(6):537-60.

Bayles, M. (1968). *Contemporary Utilitarianism*. Garden City, N.Y: Anchor Books. p.7.

Becchi, p. (2013). *Il principio dignità umana*. Brescia: Morcelliana.

Becker, G. S., (1976). *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: The University of Chicago Press. p. 5.

Bentham, J. (1948). *An Introduction to the Principles of morals and legislation*. New York: Hafner Pub. Co, pp. 293-294.

- (1960). *A Fragment on Government: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Blackwell pp. 397-98.
- (1977). *A comment on the commentaries and A fragment on government*. London: The Athlone Press. p. 399.
- (1983). *Constitutional Code*. Oxford: Clarendon Press. Bowring, ix. 502-4
- (1998). *Legislator of the world: writings on codification, law, and education*. Oxford: Clarendon press. p. 260.
- *Nomography*. Works of Jeremy Bentham, ed. J. Bowring, 1838-1843, vol. 3, p. 242.

Berlin, I. (1958). *Two concepts of liberty*. Oxford: Oxford Clarendon Press.

Berti, F. (2003). *La ragione prudente: Gaetano Filangieri e la religione delle riforme*. Firenze: Centro editoriale toscano. pp. 425-426.

- Bigham, J. P., Bernstein, M. S., & Adar, E. (2015). Human-computer interaction and collective intelligence. In T.W. Malone & M. S. Bernstein (Eds.), *Handbook of collective intelligence*. Cambridge, MA: MIT Press.
- Bobbio, N. (1955). Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri. en Id. *Politica e cultura*. Einaudi, Torino. p. 160.
- (1992). *Thomas Hobbes*. México. FCE. pp. 36-38.
- Bourdieu, P. (1990). *The Scholastic Point of View*. *Cultural anthropology*, 5(4), 380-391.
- (1994). *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*. Paris: Seuil. p. 225.
 - (2003). *Participant Objectivation*. *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, 9(2), 281-294.
- Bowser, R. T., & McQuade, J. S. (2006). Austin's intentions: a critical reconstruction of his concept of legal science. *Campbell law review*, 29(1), 47.
- Bozzo-Rey, M. (2010). *Publicity and Nomography: Bentham's School of Legislation*. *Journal of Bentham Studies*.
- Brabham D. C., (2008). Crowdsourcing as a Model for Problem Solving: An Introduction and Cases, *Convergence: The International Journal of Research into New Media Technologies* 14(1) 75-90.
- (2013), *Crowdsourcing*. Cambridge, MA: MIT Press.
- Braithwaite. (1950). London: Routledge & Kegan Paul. pp. 156–198. p. 182.
- Brink, D. O. (2003). Prudence and Authenticity: Intrapersonal Conflicts of Value. *The philosophical Review* v. 112, no. 2. pp. 215-245.
- Brock, D. (1988). Paternalism and Autonomy. *Ethics* Vol 98. pp. 550-565. P. 551.
- Brown, R., & Pehrson, S. (2019). *Group Processes: Dynamics within and Between Groups*. Hoboken: New Jersey: John Wiley & Sons. p. 202-6.
- Burger-Helmchen T. and Penin J., (2010). The limits of crowdsourcing inventive activities: What do transaction cost theory and the evolutionary theories of the firm teach us?. In: *Workshop on Open-Source Innovation*, Strasbourg, France.
- Burns, J. H. (1984). *Jeremy Bentham: From Radical Enlightenment to Philosophic Radicalism*. The Bentham Newsletter, 4-14.
- Calabresi, G. (1982). *A Common Law for the Age of Statutes*. Harvard University Press. p. 5.
- Calsamiglia, A. (1997). Justicia, eficiencia y optimización de la legislación. en *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*. Mexico. Fontamara. p.68.
- Campbell, T. D. (1973). *Formal Justice and Rule-Change*. *Analysis*, 33(4), 113-118. p. 116.

- Caplin, A., & Schotter, A. (Eds.). (2017). *The Foundations of Positive and Normative Economics: A Hand Book*. Oxford: Oxford University Press.
- Castignone, S., Guastini, R., & Tarello, G. (1978). *Introduzione teorica allo studio del diritto: lezioni*. Genova: ECIG. pp. 344-6.; *La natura delle cose*. In Bobbio, B. (1977). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di comunità. pp. 197-212.
- Celano, B. (2013). *I diritti nello Stato costituzionale*. Bologna: il Mulino. p. 13.
- Cserne, P. (2017). Behavioural Law and Economics as Litmus Test. *Æconomia. History/Methodology / Philosophy*, 7. 3. pp. 305–329.
- Carr, Nicholas. (2010). *A Typology of Crowds*. Rough Type.
- CARRIO, G., (1965). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Citado por la 4ª ed., de 1990. Lexis Nexis, Abeledo-Perrot: Buenos Aires. p. 92.
- Castells, M y P. Chemla (2001), *La galaxia Internet*. Barcelona: Debolsillo.
- Chen, S. & Chaiken, S. (1999). The heuristic-systematic model in its broader context. In S. Chaiken & Y. Trope (Eds.), *Dual-process theories in social psychology*. New York: The Guildford Press.
- Chiassoni, P. (1999). L'ineluttabile scetticismo della "scuola genovese". In: Comanducci P, Guastini R (eds) *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Giappichelli, Torino, pp 21–76.
- (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires.
 - (2016). *Da Bentham a Kelsen: sei capitoli per una storia della filosofia analitica del diritto*. Torino: Giappichelli.
 - (2017). *La tradición analítica en la filosofía del derecho. De Bentham a Kelsen*. Palestra. Perú. p. 116.
 - (2019). *El problema del significado jurídico*. Ciudad de México: Fontamara. pp. 76-77.
 - (2019). *Interpretation Without Truth: A Realistic Enquiry*: Springer-Verlag. p. 258.
- Conlisk, John. (1996). *Why Bounded Rationality?* *Journal of Economic Literature*, 34(2), 669-700.
- Constant, B. A. D. T. (1822). *Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri. Partie 1 / par Benjamin Constant: P. Dufart (Paris). Chapitre VIII. De l'état de nature, de la formation de la société, et du but véritable des associations humaines*. p. 26.
- Coons, C., & Weber, M. (2013). *Paternalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press. p. 1.

- Cosmides, L. & Tooby, J. (1992). *Cognitive Adaptations for Social Exchange*. En Barkow, J. Cosmides; L. Tooby, J. (eds.). *The Adapted Mind: Evolutionary Psychology and the Generation of Culture*. New York: Oxford University Press. pp. 163-228.
- Costa, P., Pascale, C. d., & Ricciardi, M. (2006). *La Scienza della Legislazione di Gaetano Filangieri* in "Iride, Filosofia e discussione pubblica". 181-202. p. 196.
- Cotta, S. (1954). *Gaetano Filangieri e il problema della legge*. Torino: Giappichelli. p. 35.
- (1995). *Montesquieu*. Roma-Bari: Laterza. pp. 8-9. Austin, J. (1885). *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law* (5th edn. ed.). London: Murray. p. 664.
- D'Alessandro, L. (1991). *Gaetano Filangieri e l'illuminismo europeo*. Napoli: Guida. p. 7.
- Daniel Gigone and Reid Hastie, (1993). The Common Knowledge Effect: Information Sharing and Group Judgments," *Journal of Personality and Social Psychology* 65: pp. 971–73.
- David M Lazer, Ryan Kennedy, Gary King, and Alessandro Vespignani. (2014). The Parable of Google Flu: Traps in Big Data Analysis.
- Davis, J. H. (1973). Group decision and social interaction: A theory of social decision schemes. *Psychological Review*, 80(2), 97–125.
- De Neys. W., and Glumicic. T. (2008). Conflict monitoring in dual process theories of thinking. *Cognition* 106, 1248–1299.; Evans, J. S. B., and Stanovich, K. E. (2013). Dual-process theories of higher cognition: advancing the debate. *Perspect. Psychol. Sci.* 8, 223–241.
- Dea, Shannon, Julie Walsh, and Thomas M. Lennon, "Continental Rationalism", The Stanford Encyclopedia of *Philosophy* (Winter 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.).
- Denes-Raj, V., and Epstein, S. (1994). Conflict between intuitive and rational processing: when people behave against their better judgment. *J. Pers. Soc. Psychol.* 66, 819–829.; Sloman, S. A. (1996). The empirical case for two systems of reasoning. *Psychol. Bull.* 119, 3–22.
- Descartes, R. (1996). *Les principes de la philosophie* in *Œuvres de Descartes*, edited by C. Adam and P. Tannery. Paris: Vrin. (Vol. 9). pp. 25-62.
- Diez-Picazo, L. (1999). *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Ariel, Barcelona.p. 206.
- Edgeworth, F. Y. (1881). *Mathematical psychics: an essay on the application of mathematics to the moral science*. London: Kegan.
- Edgley, R. (1964). The Varieties of Goodness. By Wright Georg Henrik Von (Routledge and Kegan Paul, 1963. Pp. 222. Price 28s.). *Philosophy.* 39(150), 362-364.

- Ehuletche, A.M. & Terroni, N. (2004). La técnica del grupo nominal analizada desde los efectos de la interacción social en grupos colaborativos. *Perspectivas en psicología*. 1(1). 47-52.
- Ekins, R. (2012). *The Nature of Legislative Intent*. Oxford. Oxford Academic. pp. 127-131.
- Emery, H.C. (1915). What is realpolitik? *International Journal of Ethics*. 25 (4):448-468.
- Epstein, S. (1994). Integration of the cognitive and psychodynamic unconscious. *American Psychologist*, 49, 709-724.
- Estellés-Arolas, Enrique, and Fernando González-Ladrón-de-Guevara. (2012). Towards an Integrated Crowdsourcing Definition. *Journal of Information Science* 38 (2):189–200.
- Estlund, D. (2007). *Democratic Authority. A Philosophical Framework*, Princeton.
- Evans, J. & Over, D. (1996). Rationality and Reasoning. *Hove: Psychology Press*. p. 154.
- Evans, J. S. B. (2007). On the resolution of conflict in dual process theories of reasoning. *Think. Reason*. 13, 321–339.
- (1989). *Bias in Human Reasoning: Causes and Consequences*. Brighton: Erlbaum.
 - (2006). Dual system theories of cognition: Some issues. In R. Sun & N. Miyake (Eds.), *Proceedings of the 28th Annual Meeting of the Cognitive Science Society* (pp. 202 – 207). Mahwah, NJ: Lawrence Erlbaum Associates, Inc.
- Evans, J. St. B. T. & Over, D. E. (1996). *Rationality and Reasoning*. Hove: Psychology Press.
- Feinberg, J. (1971). Legal Paternalism. *Canadian journal of philosophy*, 1(1), 105-124.
- (1986). *Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. p. 12.
- Fernández Blanco, C. (2020). Normas sociales y problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. p. 266.
- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 0(34), 15-53. p. 44.
- Ferrater Mora, J. (Ed.) (1994) *Diccionario de filosofía* (Nueva edición. ed., Vols. Q-Z). Barcelona: Ariel.
- Ferrone, V. (2005). Le radici illuministiche del costituzionalismo democratico e repubblicano dell'Italia contemporanea: il caso Filangieri, in *Diritti e costituzione. L'opera di Gaetano Filangieri e la sua fortuna europea*, a cura di Antonio Trampus. Bologna: Il Mulino p. 17.

- Ferrone, V. (2008). *La società giusta ed equa: repubblicanesimo e diritti dell'uomo* in Gaetano Filangieri. Roma: Laterza. pp. 82-83.
- Filangieri, G. (1984). *La Scienza della Legislazione. Comento sulla scienza della legislazione*. Roma: Istituto poligrafico e zecca dello Stato. Cap. I, Plan de la obra, p. 23.
- Finnis, J. M. (1998). *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford. Oxford University Press. pp. 20-23.
- (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford. Clarendon Press.
- Fisher, L. (2009). *Perfect Swarm: The Science of Complexity in Everyday Life*. New York: Basic Books.
- Franks, N. R. (1989). Army ants: A collective intelligence? *American Scientist*, 7(2), 138–145.
- Freeman, R. E. (1994). The Politics of Stakeholder Theory: Some Future Directions. *Business Ethics Quarterly*. 4: 409–429.
- Gallarate, F. C. S. F. d. (2006). *Enciclopedia filosofica*. In (Nuova edizione interamente riveduta ed.). Milano: Bompiani.
- Galli, C. (2001). *Manuale di storia del pensiero politico*. Bologna: Il mulino. p. 234.
- Garzón Valdés, E. (1988). ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa*, 5(5), 155.
- Gerald Dworkin, "Paternalism." reprinted in Gerald Dworkin (ed.), *Mill's On Liberty: Critical Essays* (Lanham, MA, Rowman and Littlefield: 1997), pp. 61-82; Joel Feinberg, *Harm to Self* (New York: Oxford University Press, 1986).
- Gibbard, A. (1974). A Pareto Consistent Libertarian Claim. *Journal of Economic Theory*. 7: 388-410.
- Gigerenzer, G. (2014). *Risk savvy: How to make good decisions*. New York, Viking.
- Gilovich, T., & Griffin, D. (2002). *Introduction – Heuristics and Biases: Then and Now*. pp. 1-18, en T. Gilovich, D. Griffin, & D. Kahneman (Eds.), *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Goleman, D. (1996). *Emotional Intelligence: Why It Can Matter More Than IQ*. New York: Bantam Books.
- Goyard-Fabre, S. (1979). *La philosophie du droit de Montesquieu*. Paris: Librairie Klincksieck. pp. 82-84.
- Gramm, W. S., (1980). The Selective Interpretation of Adam Smith. In *Journal of Economic issues* 14. 1: 119–142. p. 130.
- Gregory Mitchell. (2005). Libertarian paternalism is an oxymoron. 99 *Northwestern University Law Review*. pp. 1245.

- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa. pp. 311-312.
- (2011). *Interpretare e argomentare*. Giuffrè, Milano.
 - (1988). Redazione e interpretazione dei documenti normative, en VV.AA. Bartole, S. *Lezioni di tecnica legislativa*. Padova: CEDAM. pp. 37-38.
- Guo, Q. y Zhang, M. (2009). Multiagent-based scheduling optimization for Intelligent Manufacturing System. *International Journal of Advanced Manufacturing Technology*, 44, 595–605.
- H. Mead, G. (1934). *Mind, Self and Society*. Chicago: University of Chicago Press.
- Habermas, J. (2010). *Teoría de la acción comunicativa: I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. II. Crítica de la razón funcionalista. Madrid: Editorial Trotta.
- (1996), Faktizität und Geltung, Frankfurt, (Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy, transl. by William Rehg, Cambridge/MA.
 - (2023). Comentarios sobre Democracia sin atajos de Cristina Lafont. *Revista Derecho del Estado*, 55. p. 8.
- Harsanyi, J. C. (1976). *Essays on ethics social behavior and scientific explanation*. Dordrecht: Reidel.
- Hart, H. L. A. (1973). *Bentham and the Demystification of the law*. *Modern Law Review*, 36(1), 2-17.
- Hausman, D. M., & Welch, B. (2010). *Debate: To Nudge or Not to Nudge*. *Journal of Political Philosophy*, 18(1), 123-136.
- Hayek, F. A. (1982). Law, Legislation and Liberty. *Philosophy* 57 (220):274-278.
- Hayek, F. A. von. (1960). *The Constitution of Liberty*. Londres: Routledge & Kegan Paul Ltd. p. 142.
- Heath, J. (2020). “Methodological Individualism”. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edward N. Zalta (ed.)
- Heidegger, M. (1962). *Die Frage nach dem Ding*. Zu Kant’s Lehre von den transzendentalen Grundsätzen. Tübingen: Niemeyer. pp. 50-83.
- Helsper, E.J. (2012), “A corresponding fields model for the links between social and digital exclusion”, *Communication theory*, 22(4), 403-426.
- Hemplel, C. G. (1988). *La explicación científica. Estudios sobre la filosofía de la ciencia*. Paidós, Barcelona.
- Hierro, L. (2003). *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona: Ariel Derecho. p. 156.
- Hiltz, S. R., & Turoff, M. (1978). *The network nation: Human communication via computer*.

Hobbes, T. (1971). *A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*. Oxford University Press.

- (1991).ed Tuck, R. *Leviathan*. Cambridge. p. 146.
- (1999). *Tratado sobre el ciudadano*. Madrid. Trotta. p. 17

Holmes, O. (1897). The Path of the Law. *Harvard Law Review*, Vol. 10. pp. 457-478.

Horvitz, E. (2007). Reflections on challenges and promises of mixed-initiative interaction. *AI Magazine* 28(2):13-22.

Houthakker, H.S. (1950). Revealed Preference and the Utility Function. *Economica*. 17: 159-174.

Howard Bloom. (2000). *The Global Brain: The Evolution of Mass Mind from the Big Bang to the 21st Century*. New York: N.Y. Willey.

Howe, J. (2008) *Crowdsourcing: How the Power of the Crowd is Driving the Future of Business*. Business Books: Great Britain.

Husak, D. N. (1981). *Paternalism and Autonomy*. Philosophy & public affairs, 10(1), 27-46.

Husserl (1970). *The Crisis of the European Sciences and Transcendental Phenomenology: An Introduction to Phenomenological Philosophy*, translated by D. Carr. Evanston, IL: Northwestern University Press. pp. 3-7.

Jensen, M. C. and W. H. Meckling. (1994). The Nature of Man. In, *Journal of Applied Corporate Finance*, 7, 2: 4–19. p. 14.

Johnson, S. (2001). Emergence. *The connected live of ants, brains, cities and software*. New York: Scribne.

Kahneman, D. & Frederick, S. (2002). Representativeness revisited: Attribute substitution in intuitive judgement. In T. Gilovich, D. Griffin, & D. Kahneman (Eds.), *Heuristics and biases: The psychology of intuitive judgement*. Cambridge: Cambridge University Press. pp. 49-81.

Kahneman, D. & Twersky, A. (1974). Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*. New Series. Vol. 185 No. 4157. pp. 1124-1131.

Kaino, M. (2008). *Bentham's Concept of Security in a Global Context: The Pannomion and the Public Opinion Tribunal as a Universal Plan*. Journal of Bentham Studies, 11.

Kazai, Gabriella, Jaap Kamps, and Natasa Milic-Frayling. (2011). Worker Types and Personality Traits in Crowdsourcing Relevance Labels. In *Proceedings of the Twentieth ACM International Conference on Information and Knowledge Management, 1941–1944*. New York: Association for Computing Machinery.

Kelsen, H. (1945). *General theory of law and state*. Harvard University Press. Cambridge. p. 123.

- (1979). *Teoría Pura del Derecho*. Segunda Edición. Traducido por Roberto Vernengo. México DF: UNAM. p. 25.
- (1959). Justice et droit naturel, in aa.vv., *Le droit naturel*, 82; e cfr. g. zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 163.

Kleining, J. (1984). *Paternalism*. Totowa, N.J: Rowman and Allanheld. p.4.

Klink, B. (2014). Symbolic Legislation: An Essentially Political Concept. *SSRN Electronic Journal*.

Krotoszyński, M. (2018). Legislative History, Ratio Legis, and the Concept of the Rational Legislator. In Verena Klappstein & Maciej Dybowski (eds.), *Ratio Legis: Philosophical and Theoretical Perspectives*. Springer Verlag. pp. 57-73.

Lafont, C. (2020). *Democracy without Shortcuts. A participatory conception of deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press. p. 98.

Lakoff, G. (2004). *Don't Think of an Elephant! : Know Your Values and Frame the Debate: the Essential Guide for Progressives*. White River Junction, Vt.: Chelsea Green Pub. Co.

Landemore, H. (2017), Beyond the Fact of Disagreement? The Epistemic Turn in Deliberative Democracy, in: *Social Epistemology* 31, pp. 277–295. Lawrence Erlbaum Associates. p. 1.

- (2012), *Democratic Reason. Politics, Collective Intelligence, and the Rule of the Many*, Princeton University Press.

Leimeister, J. (2010). Collective Intelligence. *Business & Information Systems Engineering*, 2(4), 245-248.

Leither (2007) *Naturalizing jurisprudence. Essays on American Legal Realism and naturalism in legal philosophy*. Oxford University Press. Oxford.

Lévy, P. (1997). *Collective intelligence: Mankind's Emerging World in Cyberspace*. Cambridge: Perseus Books.

Liotta, G. (1913). *Gaetano Filangieri*. Polistena: Tip. Pascale. pp. 9-10.

Locke, J. (1965). *An essay concerning human understanding*. New York London: Collier Books Collier-Macmillan.

Lodge, M., & Wegrich, K. (2016). The rationality paradox of nudge: Rational tools of government in a world of bounded rationality. *Law & Policy*, 38(3), 250-267.

Long, D. (1977). *Bentham on liberty: Jeremy Bentham's idea of liberty in relation to his utilitarianism*. University of Toronto Press.

- (1988). *Censorial Jurisprudence and Political Radicalism: A Reconsideration of the early Bentham*. The Bentham Newsletter, 12.
- Lyons, D. (1965). *Forms and limits of utilitarianism*. Oxford: Clarendon press.
- Mader, L. (2001). Evaluating the Effects: A Contribution to the Quality of Legislation. *Statute law review*, 22(2), 119-131.
- Maher, G. (1978). *Analytical Philosophy and Austin's Philosophy of Law*. ARSP: Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. 64, 401-416.
- Malone, T. W. (2018). *Superminds: The surprising power of people and computers thinking together*. Boston: Little, Brown and Company. p. 20.
- Malone, T. W. (2018). *Superminds: The surprising power of people and computers thinking together*. Boston: Little, Brown and Company.
- Marcilla Córdoba, G. (2013). Razón práctica, creación de normas y principio democrático: una reflexión sobre los ámbitos de la argumentación legislativa. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47.
- Mark F. Stasson et al., (1988). "Group Consensus Approaches on Cognitive Bias Tasks: A Social Decision Scheme Approach," *Japanese Psychological Research Journal* 30 : pp. 74–75.
- Martineau, Eric. (2012). *A Typology of Crowdsourcing Participation Styles*. Master's thesis, Concordia University.
- Mataric, M. J. (1993). Designing emergent behaviors: From local interactions to collective intelligence. In A. Meyer, H. Roitblat, & S. Wilson (Eds.), *Proceedings of the Second International Conference on Simulation of Adaptive Behavior* (pp. 432– 441). Cambridge, MA: MIT Press.
- McCrudden, C. & King, J. (2015). *The Dark Side of Nudging: The Ethics, Political Economy, and Law of Libertarian Paternalism*. En *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging*. 2016. Oxford, Hart Publishing. p. 80.
- Mead, G. H. (1962). *Mind, Self and Society from the Standpoint of a Social Behaviorist*, edited by C.W.
- Meikle, G. (2016), *social media: communication, sharing and visibility*. Routledge.
- Mill, J. S. (1844). *On the Definition of Political Economy*, reprinted in John M. Robson (ed.), *The Collected Works of John Stuart Mill*, Vol. IV, Toronto: University of Toronto Press.
- (2012). *On Liberty*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Milne, A. J. (1973). *Bentham's Principle of Utility and Legal Philosophy*. Northern Ireland Legal Quarterly, 24, 9-38.

- Mises, L. von. (2007). *Human Action: A Treatise on Economics*. 4th ed. rev. Vol I. Indianapolis: Liberty Fund.
- Mithen, S. (2002). Human evolution and the cognitive basis of science. In P. Carruthers, S. Stich, & M. Siegal (Eds.), *The cognitive basis of science*. Cambridge: Cambridge University Press. pp. 23-40.
- Montesquieu. (1748). *De L'esprit des lois: livres I et XIII (imprimé et manuscrit)*. Genève: Barrillot & fils. Cap I. p. 1.
- Moreso, J. J. (2013). *Jeremy Bentham: luces y sombras*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez(47), 221-248.
- Murphy, C. F. (1986). *John Austin's Thought* - W. E. Rumble: The Thought of John Austin, Jurisprudence, Colonial Reform, and the British Constitution. (London: The Athlone Press, 1985. Pp. 271. *The Review of Politics*, 48(3), 469-472.
- Nagel, T. (1978). *The possibility of altruism*. Princeton: Princeton University Press.
- Navarro, P. (1990). *La eficacia del Derecho: una investigación sobre la existencia y funcionamiento de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 23.
- Newell, B. R., Lagnado, D. A., and Shanks, D. R. (2015). *Straight Choices: The Psychology of Decision Making*. New York, NY: *Psychology Press*.
- Nida-Rümelin, J. (2017). *Per un'economia umana: la trappola dell'ottimizzazione*. Milano: Angeli.
- Nino, C. S. (1991). La democracia epistémica puesta a prueba. Respuesta a Rosenkrantz y Ródenas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 10. p. 300.
- (1989). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea. p. 204.
- Norman, D.A. (1990). *The design of everyday things*. New York: Doubleday.
- Noveck, B. S. (2018). Crowdlaw: Collective Intelligence and Lawmaking. *Analyse & Kritik*, 40(2), 359-380. p. 366.
- Nowak, L. (1969). De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique. *Logique et Analyse*, 12 (45), 65-86.
- (1987). *A concept of Rational Legislator*. En *Polish Contributions to the Theory and Philosophy of Law*. Amsterdam: Rodopi.
- Nozick, R. (1974). *Anarchy state and utopia*. London: Blackwell. p. 34.
- (1993). *The Nature of Rationality*. New Jersey: Princeton University Press. p. 9.
- Núñez Vaquero, A. (2014). Dogmática jurídica. In *Eunomía*. 6. pp. 245-260. p. 251.

Olivecrona, K. (1939). *Law as Fact*. Copenhagen, Einar Munksgaard & London, Humphrey Milford. pp. 21-22.

Oliver-Lalana, A.D. (2013). *Rational Lawmaking and Legislative Reasoning in Parliamentary Debates*. In: Wintgens, L., Oliver-Lalana, A. (eds) *The Rationality and Justification of Legislation*. *Legisprudence Library*, vol 1. Springer, Heidelberg.

Perelman, C. (1970). L'idéal de rationalité et la règle de justice. en *Le champ de l'argumentation, travaux de la Faculté de Philosophie et Lettres*. P.U. Brussels. Bruselas. pp. 287.336. p. 294.

- (1976). *Ce que le philosophe peut apprendre par l'étude du droit*, in Perelman, C. (1976). *Droit, morale et philosophie* (2 ed.). Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- (1979). *The new rhetoric and the humanities: essays on rhetoric and its applications*. Dordrecht: Reidel Publishing Company.

Perelman, C., & Olbrechts-Tyteca, L. (1976). *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique* (3rd ed.). Brussels: Editions de l'Université de Bruxelles.

Piattelli-Palmarini, M. (1994). *Inevitable Illusions: How Mistakes of Reason Rules our Mind*. New York: Wiley.

Postema, G. J. (1979). *The Expositor, the Censor, and the Common Law*. *Canadian Journal of Philosophy*, 9 (4), 643-670.

- (1986). *Bentham and the common law tradition*. Oxford: Clarendon press.

Prieto Sanchís, L. (2007). *La filosofía penal de la Ilustración*. Peru: Palestra Editores. p. 11.

Ramsey, F P., (1928). Truth and Probability. en *The Foundations of Mathematics and other Logical Essays*, ed. R. B.

Rand, A. (1964). *The Virtue of Selfishness*. New York: Signet

Raphael, D. D. (1983). *Bentham and the Varieties of Utilitarianism*. *The Bentham Newsletter*, 3-14.

Rawls, J. (1971). *A theory of justice*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.

- (1993). *Political liberalism*. New York: Columbia University Press.

Raz, J. (1996) Intention in Interpretation. In: Robert P. George (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*. Oxford. Oxford University Press. pp. 249-286. p. 256. Reading, MA: Addison-Wesley. p. 44.

Reber, A. S. (1993). *Implicit Learning and Tacit Knowledge*. Oxford: Oxford University Press.

- Redondo, M. (1997). Teorías del Derecho e indeterminación normativa. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*. (20), p. 177.
- Reimer, Torsten & Hoffrage, Ulrich. (2005). Can Simple Group Heuristics Detect Hidden Profiles in Randomly Generated Environments? *Swiss Journal of Psychology*. 64. pp. 21-37.
- Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein. (2003). Libertarian Paternalism. 93(2) *American Economic Review*.
- Richard J. Arneson. (1980). Mill versus Paternalism. *Ethics* 90: 470-89.
- Rosenblum, N. L. (1973). *Bentham's Social Psychology for Legislators*. *Political Theory*, 1(2), 171-185.
- Ross, A. (1958). *On law and justice*. Stevens & Sons, London.
- Samuelson, P. A. (1938). A note on the pure theory of consumer's behaviour. *Economica* 5: 61-71.
- Sartor, G. (2009). Sufficientist Approach to Reasonableness in Legal Decision-making and Judicial Review. *Reasonableness and Law*. pp. 17-68. pp. 17-20.
- Saxena, S. (2018), "Asymmetric Open Government Data (OGD) Framework in India", Digital Policy.
- Scarre, G. (1996). *Utilitarianism*. London etc: Routledge.
- Schenk, Eric, and Claude Guittard. (2011). Towards a Characterization of Crowdsourcing Practices. *Journal of Innovation Economics*. 7 (1):93-107.
- Scoccia, D. (2008). In Defense of Hard Paternalism. *Law and Philosophy*, 27(4), 351-381.p. 4.
- Seelmann, K. (2001). *Gaetano Filangieri e la proporzionalità fra reato e pena. Imputazione e prevenzione nella filosofia penale dell'Illuminismo*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 3-26. p.7.
- Selinger, E., & White, K. (2011). Is there a right way to nudge? The practice and ethics of choice architecture. *Sociology Compass*, 5(10), 923-935.
- Sen, A. (2002). *Rationality and Freedom*. Cambridge, MA & London, England: Harvard University Press. p. 604.
- Sen, A. (1987). *On Ethics and Economics*. Oxford: Blackwell Publishing.
- Senge, P. (1990). *The Fifth Discipline: The Art and Practice of the Learning Organization*. New York: Doubleday.
- Sidgwick, H., (1907). *The Methods of Ethics*. 7th ed. London: Macmillan.

- Stijn D., Raf Van Kuyck & Bea Van Buggenhout. (2000). Legislative Technique as Basis of a Legislative Drafting System. *Information & Communications Technology Law*. 9:2, 149-159.
- Simon, H. A. (1955). *A Behavioral Model of Rational Choice*. The Quarterly journal of economics, 69(1), 99-118.
- Simon, H. A. (1997). *Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organizations* (4 ed.). New York: The Free Press.
- Simon, H. A. (1997). *Models of Bounded Rationality* (Vol. 3). Cambridge: The MIT press. pp. 295- 298.
- Slooman, S. A. (1996). The empirical case for two systems of reasoning. *Psychological Bulletin*, 119, 3–22.
- (2014). “*Two systems of reasoning, an update*” in Dual Process Theories of the Social Mind, eds J. Sherman, B. Gawronski, and Y. Trope (New York, NY: Guilford Press), 69–79.
- Smith, J. B. (1994). *Collective intelligence in computer-based collaboration*. Hillsdale, NJ.
- Solomon, R. C. (ed.), (2004). *Thinking about Feeling: Contemporary Philosophers on Emotions*. New York: Oxford University Press, Incorporated.
- Stanovich, K. E. (1999). *Who is rational? Studies of individual differences in reasoning*. Mahwah, NJ: Erlbaum.
- Stijn D., Raf Van Kuyck & Bea Van Buggenhout (2000). Legislative Technique as Basis of a Legislative Drafting System. *Information & Communications Technology Law*. 9:2, 149-159.
- Sunstein, C. (2006). *Infotopia. How Many Minds Produce Knowledge*, New York: Oxford University Press. p. 75.
- (2014) *Why Nudge: The Politics of Libertarian Paternalism*, New Haven/London: Yale University Press.
 - (2019). El ascenso de la economía del comportamiento: Misbehaving, de Richard Thaler. *Revista de economía institucional*, 21(41), 5-20.
- Sunstein, C. R., & Thaler, R. H. (2006). *Preferences, paternalism and liberty*. *Philosophy* (London), p. 233.
- Surowiecki, J. (2005). *The wisdom of crowds*. New York: Anchor Books. p.13.
- Tarello, G. (1962). *Il realismo giuridico Americano*. Giuffrè, Milano.
- (1976). Recensione di N. Irti, introduzione allo studio del diritto privato, in *Quaderni fiorentini*. Vol. 5. p. 936.
 - (1976). *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il mulino.

- Taylor, C. (1985). *What's Wrong with Negative Freedom*, in *Philosophy and the Human Sciences*. Philosophical Papers, vol. 2. Cambridge: Cambridge University Press.
- Thaler, R. (1980) Toward a positive theory of consumer choice. *Journal of Economic Behavior and Organization*, 1, 39-60.
- Thaler, R. H., & Sunstein, C. R. (2003). Libertarian Paternalism. *The American economic review*, 93(2), 175-179.
- (2008). *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven: Yale University Press.
- Thompson, V. A. (2013). *Why it matters: The implications of autonomous processes for dual process theories*-Commentary on Evans & Stanovich. (2013). *Perspect. Psychol. Sci.* 8, 253–256.
- Toulmin, S. (1990). *Cosmopolis: The Hidden Agenda of Modernity*. New York: Free Press. p. 34.
- Tremper, C. & Sue, T. & Wagenaar, A., (2010). Measuring Law for Evaluation Research. *Evaluation review*. 34. 242-66.
- Tversky, A. & Kahneman, D. (1986). Rational Choice and the Framing of Decisions. *Journal of Business*. pp. 251-278.
- Van Dijk, J.A.G.M. (2005). *The deepening divide: Inequality in the information society*. Sage Publications.
- Fuller, L. L. (1969). *The Morality of Law* (Rev. ed ed.). New Haven: *Yale university press*.
- Von Ahn, Luis, Ben Maurer, Colin McMillen, David Abraham, and Manuel Blum. (2008). reCAPTCHA: Human-based Character Recognition via Web Security Measures. *Science* 321 (5895): 1465–1468.
- Von Mises, L. (1967). *La Acción Humana: Tratado de Economía*. Sopena: Madrid.
- Von Wright, G. (1970). *Norma y acción: una investigación lógica*. Madrid: Tecnos. pp. 139-140.
- Walton, D. (2008). *Informal Logic: A Pragmatic Approach*. Cambridge. Cambridge University Press.
- Wechsler, D. (1971). *Concept of collective intelligence*. *American Psychologist*, 26(10), 904-907.
- Wechsler, D. (1971). *Concept of collective intelligence*. *American Psychologist*, 26(10), 904– 907.
- Weld, D.S.; Mausam; and Dai, P. (2011). Human intelligence needs artificial intelligence. In *HCOMP*.
- Wellman, B. y otros (2001), “Does the Internet increase, decrease, or supplement social capital? Social networks, participation, and community commitment”, *American behavioral scientist*, 45(3), 436-455. p. 152.

Wexler, M. N. (2011). Reconfiguring the sociology of the crowd: exploring crowdsourcing, *International Journal of Sociology and Social Policy* 31 (1) pp. 6-20.

William L Rathje and Cullen Murphy. (2001). *Rubbish!: the archaeology of garbage*. University of Arizona Press.

Wiggershaus, R. (2012). *La Escuela de Francfort*. Fondo de Cultura Economica. USA.

Williams, B. (1973). A Critique of Utilitarianism. in J.J.C. Smart and B. Williams, *Utilitarianism: For and Against*. Cambridge.

Winch, P. (1960). *The idea of a social science and its relation to philosophy*. London: Routledge & Kegan. pp. 87-91.

Wintgens, L. (1987). La nouvelle rhétorique et le droit. en *La philosophie à l'épreuve du phénomène juridique: droit et loi. Actes du 5ième colloque de l'Association française de philosophie du droit*. P.U. Aix-en-Provence, Aix-en Provence. pp. 139-150.

- (2007). *Legitimacy and Legitimation from the Legisprudential Perspective*, en, *Legislation in Context: Essays in Legisprudence* 3, 23 (Luc J. Wintgens & Philippe Thion, eds.).
- (2010). *Modern Science as Freedom. An Essay on the Mechanisation of the Worldview, Religion, and the Epistemologisation of Philosophy*. *Rechtstheorie*, 41(2), 199-232.
- (2012). *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*. Surrey: Ashgate. p. 134.
- (2007). *Legislation in context: essays in legisprudence*. Aldershot: Ashgate Publishing. p.6.
- (2009). *Freedom and legisprudence- A more substantial view: a reply to Professor Perju*. *Boston University law review*, 89(5), 1795.

Woolley, A. W., Chabris, C. F., Pentland, A., Hashmi, N., & Malone, T. W. (2010). Evidence for a collective intelligence factor in the performance of human groups. *Science*, 330 (6004), 686–688.

Woolley, A. W., Kim, Y., & Malone, T. W. (2018). Measuring collective intelligence in groups: A reply to Credé and Howardson. *Social Science Research Network Paper No. ID 3187373*, Rochester, NY.

Wróblewski, J. (1985). Presuppositions of Legal Reasoning. In *Man, Law and Modern Forms of Life*. Ed. Eugenio Bulygin et al., 283-98. Dordrecht: Reidel.

- (1990). Principles, values and rules in legal decision-making and the dimensions of legal rationality. *Ratio Juris* 3(1): 100–117.

Wronkowska, S. (1987). *The Rational Legislator as a Model for the Real Lawmaker*. In Ziembinski, Z. *Polish Contributions to the Theory and Philosophy of Law*. Amsterdam. Rodopi. pp. 147-163.

Yang J., Adamic L.A. and Ackerman M.S., Crowdsourcing and knowledge sharing: strategic user behaviour on taskcn. In: *Proceedings of the 9th ACM conference on Electronic commerce*. (2008). ACM, New York. 246-255.

Zagrebelsky, G. (2005). *Principi e voti*. Torino. p. 85.

Ziemiński Z (1980). Problemy podstawowe prawoznawstwa (Fundamental issues in jurisprudence). Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa. pp. 271-272.

Ziemiński, Z. (1970). *La notion de rationalité du législateur*: Archives de Philosophie du droit. 23. pp. 177-8.

- (1985). Two concepts of rationality in legislation. In: Arnaud, André Jean., Risto. Hilpinen, and Roberto José. Vernengo. *Juristische Logik, Rationalität Und Irrationalität Im Recht: Juristic Logic, Rationality and Irrationality in Law*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985. Print. Rechtstheorie. Beiheft ; 8. pp. 139-150.

Zorzetto, S. (2008). *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*. Milano. Franco Angeli.

- (2014). Ragionevolezza. *Filosofia del diritto*. pp. 285-299. p. 250.

Zorzetto, S., & Ferraro, F. (2019). Legislation and Nudging. Towards a Suitable Definition. In *Conceptions and Misconceptions of Legislation*. p. 123.