

**García Amado**

**ENSAYOS  
DE  
FILOSOFÍA  
JURÍDICA**

**TEMIS**



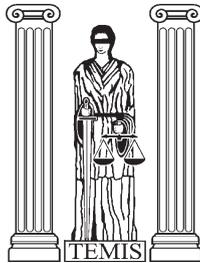
# ENSAYOS DE FILOSOFÍA JURÍDICA



JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Catedrático de la Universidad de León (España)

**ENSAYOS  
DE  
FILOSOFÍA JURÍDICA**



EDITORIAL TEMIS S. A.

Bogotá - Colombia

2021



#### ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Juan Antonio García Amado, 2021.

© Editorial Temis S. A., 2021

Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.

e-mail: [gerencia@editorialtemis.com](mailto:gerencia@editorialtemis.com)

[www.editorialtemis.com](http://www.editorialtemis.com)

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 958-35-0443-2

2084 200300074400

ISBN e-book 978-958-35-1887-4

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

## PRÓLOGO

De nuevo se me ofrece en Colombia la posibilidad de publicar un libro que recoge trabajos míos, la mayoría recientes. En las anteriores ocasiones la amable iniciativa fue de la Universidad Externado de Colombia, en 1997, y de la Universidad del Rosario, en 1997-1999. Mucho debieron esas dos publicaciones, respectivamente, al interés y el esfuerzo de dos buenos amigos e insignes juristas, los doctores Luis Villar Borda y William Zambrano. Esta vez el primer paso lo dio el doctor Roberth Uribe y el ofrecimiento generoso y entusiasta provino de la Editorial Temis. Con todos me declaro en deuda de gratitud, al igual que con quienes me habían hecho propuestas similares.

No solo por esa hospitalidad que brinda a mis escritos estoy agradecido a Colombia. Son ya más de veinte las visitas que en los últimos diez años he realizado a este país y mi deuda con él es elevada. Deuda por la acogida que siempre me han dispensado las universidades e instituciones con las que he trabajado; por la calidad de esos auditorios, plenos de un entusiasmo y un afán de saber que mucho desconcierta, primero, y estimula, luego, al profesor acostumbrado a la incuria y flojedad tan habituales en el estudiante, el profesional y el docente de la vieja y desmotivada Europa, por no decir de tantos gobernantes de universidades de mi país, que viven a medio camino entre la estulticia y la vesania y que, en su corteidad, usan la academia a modo de zancos y se convierten en rehenes y benefactores de zánganos y cobistas. Y deuda por el ejemplo de amistad personal y diálogo intelectual que durante todo este tiempo me han otorgado tantos amigos y colegas colombianos cuya enumeración detallada omito, porque la lista sería muy larga, y grande también el riesgo de incurrir en algún injusto olvido.

La mayoría de los trabajos que aquí se contienen han sido publicados previamente en revistas y libros colectivos. En reconocimiento también a todas esas fuentes, esta es la relación de obras y lugares:

— “Razón práctica y teoría de la legislación”, se publicó en *Derechos y libertades*, N° 5, julio-diciembre 2000, págs. 299-317, y en *Boletín Jurídico Cafetero*, N° 10-11, noviembre 1999, págs. 9-28.

— “Retórica, argumentación y derecho”, apareció en *Isegoría*, N° 21, noviembre 1999, págs. 131-147, y en *Teoría/Crítica*, N° 5, 1998, págs. 197-221.

— “La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias”, vio la luz en *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso), N° 45, 2000, págs. 103-129.

— “Sobre la interpretación constitucional”, se editó por iniciativa de la Asociación Colombiana de Especialistas en Derecho Administrativo, Acesdat-2002, en sus *monografías jurídicas*, Bogotá, 2002, págs. 13-46.

— “Sobre el argumento *a contrario* en la aplicación del derecho”, figura en *Doxa*, Nº 24, 2001, págs. 85-114.

— “Teoría de la justicia y argumentación en Ilmar Tammelo”, es el trabajo más antiguo de los que aquí aparecen, pues fue publicado originariamente en el libro *Estudios in memoriam del profesor Manuel Iglesias Cubría*, Universidad de Oviedo, 1994, t. I, págs. 359-375.

— “Ernst Fuchs y la doctrina del derecho libre”, está en el Nº 14, 1997, del *Anuario de filosofía del derecho*, págs. 803-825.

— “Habermas y el derecho”, es un capítulo de un libro, por mí coordinado, *El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales*, publicado por la Editorial Dykinson, de Madrid, en 2001, dentro de la colección “Derecho y sociedad”, promovida por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati.

— “Filosofía hermenéutica y derecho”, es un trabajo escrito hace meses para el Nº 5 (2003) de *Azafea. Revista de filosofía* (Universidad de Salamanca), número monográfico sobre “Actualidad de la hermenéutica”.

— “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, se recoge en *Doxa*, Nº 23, 2000, págs. 233-264. Dicho trabajo nació como ponencia en el Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal que anualmente se celebra en la Universidad de León. El conjunto de todas las ponencias en él habidas hasta hoy está pendiente de publicación en Colombia.

— “Positivismo y obediencia al derecho”, corresponde a la ponencia que con el mismo título presenté en agosto de 1996 en Bogotá, dentro del Coloquio Internacional sobre “Sociedad Civil”, organizado por la Universidad Nacional de Colombia y el Departamento de Filosofía de la Facultad de Ciencias Humanas, de la misma Universidad. Hasta donde sé, dicho texto, en su momento enviado, no fue publicado nunca.

— “Sobre derechos colectivos. Dilemas, enigmas, quimeras”, constituye un capítulo del libro *Una discusión sobre derechos colectivos*, editado por Francisco Javier Ansuátegui Roig y publicado en 2001 por la editorial Dykinson de Madrid. El origen de dicho volumen fue un seminario organizado sobre el tema de los derechos colectivos por la Universidad Carlos III de Madrid. Este trabajo se reprodujo también en la *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, Nº 318, junio de 2001, págs. 103-119, por amable iniciativa de la doctora Sandra Morelli.

— “El individuo y los grupos en derecho laboral”, nació, por gentil invitación de mi amigo y colega el profesor Javier de Lucas, como ponencia en las XVII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, celebradas en Valencia (España) en abril de 1999. Posteriormente se recogió en las actas de dichas jornadas, publicadas en libro *El vínculo social. Ciudadanía y cosmopolitismo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002. Ya antes había figurado este trabajo en la *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, Nº 315, noviembre de 1999, págs. 118-145, de nuevo por impulso de la doctora Morelli.

— “¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?”, acaba de salir en el Nº 3, julio de 2003, de *Derecho migratorio y extranjería. Revista de Derecho de Extranjería*, págs. 9-28, gracias a la gentileza de la profesora Aurelia Álvarez, compañera y amiga en la Universidad de León. Proviene de una ponencia presentada en agosto de 2001 en el Seminario organizado en Rio de Janeiro por el Gedim, a invitación de quien entonces lo dirigía, mi muy apreciado André-Jean Arnaud.

— “Breve introducción sobre literatura y derecho”, es, en su simplicidad, una reelaboración de materiales docentes inicialmente escritos para el portal jurídico *Iustel.com*, dentro de la sección de Teoría y filosofía del derecho, que dirige el profesor Manuel Atienza.

— “Literatura como pretexto. Sobre libertad, coacción y justicia”, aparece en *Justicia, solidaridad, paz. Estudios en homenaje al profesor José María Rojo Sanz*, Valencia, 1995, vol. I, págs. 167-180.

— “Las reglas, la razón y la fuerza. A propósito de *El señor de las moscas*, de William Golding”, forma parte del número primero, y único, de la *Revista Jurídica de la Universidad de León. Anales de la Facultad de Derecho*, 1997, págs. 115-131.

Lo heterogéneo de los temas que en estos trabajos se tratan es consecuencia de una inquietud por abarcar campos diversos, de los muchos que se nos abren a la reflexión iusfilosófica, y por hacer de la filosofía del derecho una disciplina en diálogo con asuntos plurales, de interés no puramente especulativo y con alguna utilidad para el que en el día a día trabaja con las herramientas del derecho. Si al tiempo, con este libro, contribuyo mínimamente a fomentar una aún mayor atención a la teoría y filosofía del derecho en Colombia y a enriquecer todavía más el debate con mis amigos colombianos, mi satisfacción será plena.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO  
León, septiembre de 2003



# ÍNDICE GENERAL

Prólogo .....	VII
---------------	-----

## PARTE PRIMERA

### CREACIÓN, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO

#### CAPÍTULO I

#### RAZÓN PRÁCTICA Y TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN

1. El mapa .....	4
2. La guía .....	12
A) Una teoría formal-normativa de la legislación .....	13

#### CAPÍTULO II

#### RETÓRICA, ARGUMENTACIÓN Y DERECHO

1. Introducción .....	21
2. La tónica jurídica de Theodor Viehweg .....	29
3. La nueva retórica de Chaïm Perelman .....	32
4. Habermas como inspirador de la teoría de la argumentación jurídica ..	38

#### CAPÍTULO III

#### LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: LOGROS Y CARENCIAS

1. La teoría de la argumentación jurídica: logros y cuestiones abiertas ....	44
A) Dicotomías que se superan .....	45

B) A la razón lo que es de la razón. ¿Pero qué razón?.....	51
C) ¿Qué racionalidad y qué argumentación para el juez?.....	55
2. Hacia una más completa y precisa teoría de la argumentación jurídica	61

#### CAPÍTULO IV

##### SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. ¿Qué es interpretar?.....	67
2. Tres concepciones del derecho .....	79
3. Sobre los métodos de interpretación.....	91
4. ¿Y la interpretación de la Constitución? .....	98

#### CAPÍTULO V

##### SOBRE EL ARGUMENTO “A CONTRARIO” EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

1. Tres modos de concebir el derecho y la decisión jurídica correcta.....	103
2. Equívocos y confusiones con el argumento “a contrario” .....	107
A) El argumento “a contrario” y el silencio de la norma (o del legislador).	108
B) El argumento “a contrario” como desbordamiento del tenor literal de la norma .....	115
C) El argumento “a contrario” como directamente opuesto a la analogía	117
D) El argumento “a contrario” como instrumento para colmar lagunas	120
3. Tesis sobre el argumento “a contrario” .....	121
A) El argumento “a contrario” y las normas como bicondicionales.....	122
B) Dependencia del argumento “a contrario” respecto de la previa interpretación de la norma .....	129

#### CAPÍTULO VI

##### TEORIA DE LA JUSTICIA Y ARGUMENTACIÓN EN ILMAR TAMMELO

1. Introducción.....	134
2. Planteamiento y presupuestos de la teoría de la justicia .....	135
3. Desarrollo de la teoría de la justicia .....	140
A) Concepto de justicia .....	140
B) Criterios de justicia .....	142
C) La fundamentación de los juicios de justicia.....	144

**CAPÍTULO VII**

**ERNST FUCHS Y LA DOCTRINA DEL DERECHO LIBRE**

1. Lagunas, casos, lógica.....	149
2. La decisión jurídica y la interpretación .....	153
3. El sentimiento jurídico .....	159
4. Sobre la vinculación del juez a la ley .....	162
5. Hacia la verdadera ciencia jurídica .....	165
6. Propuestas de reforma: enseñanza del derecho y proceso .....	168

**PARTE SEGUNDA**

**LAS FILOSOFÍAS Y EL DERECHO**

**CAPÍTULO VIII**

**HABERMAS Y EL DERECHO**

1. La validez normativa.....	193
2. Sobre el derecho moderno y su validez .....	201

**CAPÍTULO IX**

**FILOSOFÍA HERMENÉUTICA Y DERECHO**

1. Dilemas de la ontología jurídica .....	219
A) El derecho como objeto dado .....	220
B) El derecho como construido en su praxis interpretativa/aplicativa .	222
2. Propósitos de la metodología de interpretación jurídica.....	227
3. ¿Qué aporta la hermenéutica de Gadamer a la teoría del derecho? .....	231
4. La recepción de la hermenéutica filosófica en la filosofía del derecho. Los ejemplos de Arthur Kaufmann y Josef Esser .....	236

**CAPÍTULO X**

**¿DOGMÁTICA PENAL SISTÉMICA?  
SOBRE LA INFLUENCIA DE LUHMANN EN LA TEORÍA PENAL**

1. Unas dosis de funcionalismo aderezado con sistemismo .....	242
2. Aporías de una dogmática penal sistémica .....	257
3. A modo de epílogo .....	270

**PARTE TERCERA****FILOSOFÍA POLÍTICA Y DERECHO****CAPÍTULO XI****POSITIVISMO JURÍDICO Y OBEDIENCIA AL DERECHO**

- |  |     |
|--|-----|
| 1. Validez del derecho y obligación jurídica ..... | 279 |
| 2. Obligación moral y obediencia al derecho .....  | 284 |

**CAPÍTULO XII****SOBRE DERECHOS COLECTIVOS.  
DILEMAS, ENIGMAS, QUIMERAS**

- |  |     |
|--|-----|
| 1. ¿Tiene algún sentido hablar de derechos subjetivos colectivos? .....  | 290 |
| 2. ¿Los derechos subjetivos colectivos son solamente los otorgados por alguna norma jurídica positiva, o hay de otros? ..... | 291 |
| 3. ¿Y qué sujetos son los sujetos colectivos? .....  | 293 |
| 4. Un mapa provisional .....   | 295 |
| 5. Geografía humana: más perplejidades .....   | 296 |
| 6. ¿Pero qué interés debe prevalecer? .....  | 298 |
| 7. ¿Y en qué quedamos? En la perplejidad .....   | 305 |

**CAPÍTULO XIII****EL INDIVIDUO Y LOS GRUPOS EN EL DERECHO LABORAL.  
LOS DILEMAS DEL VÍNCULO SOCIAL**

- |  |     |
|--|-----|
| 1. Planteamiento .....   | 307 |
| 2. Los polos de la tensión .....   | 312 |
| A) La protección del trabajador inasible .....                               | 312 |
| B) La mística de la empresa y el mercado. Una libertad que libera poco ..... | 321 |
| 3. ¿Hay salida? O de cómo conseguir la cuadratura del círculo .....          | 325 |

**CAPÍTULO XIV****¿POR QUÉ NO TIENEN LOS INMIGRANTES LOS MISMOS  
DERECHOS QUE LOS NACIONALES?**

- |   |     |
|---|-----|
| 1. Planteamiento de las hipótesis ..... | 334 |
|---|-----|

2. Las razones de la historia, razones de ayer .....	338
3. Las razones de la filosofía política: teorías que no asumen sus propios efectos .....	347
4. Razones pragmáticas, razones débiles .....	351

**PARTE CUARTA**

**LITERATURA Y DERECHO**

**CAPÍTULO XV**

**BREVE INTRODUCCIÓN SOBRE DERECHO Y LITERATURA**

1. Introducción .....	361
2. Las divisiones del objeto de estudio derecho y literatura .....	362
A) El derecho en la literatura .....	362
B) El derecho como literatura .....	367
3. Del “Law and Literature Movement” al “Cultural Studies of Law” .....	370

**CAPÍTULO XVI**

**LITERATURA COMO PRETEXTO.  
SOBRE LIBERTAD, COACCIÓN Y JUSTICIA**

**CAPÍTULO XVII**

**LAS REGLAS, LA RAZÓN Y LA FUERZA. A PROPÓSITO  
DE “EL SEÑOR DE LAS MOSCAS”, DE WILLIAM GOLDING**

Índice de autores .....	401
-------------------------	-----



## PARTE PRIMERA

### **Creación, interpretación y aplicación del derecho**



## CAPÍTULO I

### RAZÓN PRÁCTICA Y TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN

¿Qué relación puede existir entre razón práctica y legislación? Cabría en este tema un abordaje inmediato y, si se permite la expresión, “unilateral”, y ello de una doble forma. Podríamos entrar directamente a sostener una tesis de fondo, una tesis fuerte sobre esa relación, ya sea para negar que la legislación sea una actividad para la que quepa pretender racionalidad práctica en sentido propio, ya para mantener que solo será materialmente racional la legislación que respete ciertos contenidos, supuestamente exigidos por la razón, en cualquiera de sus formas o presentaciones. La segunda alternativa podría ser trazar un mapa de las relaciones o combinaciones posibles entre esas dos expresiones y sus diversos sentidos, lo cual puede darnos, según exprimamos más o menos nuestra vena “analítica”, diez, veinte o cien combinaciones o posturas distintas. Si se permite una fácil comparación, en el primer caso estaríamos proponiendo un lugar o destino de llegada pero sin proporcionar el mapa que nos muestre de dónde partimos, en qué medios podemos movernos y con qué impedimenta nos dotamos para el viaje. Tal parecería que descendiéramos en paracaídas. Auténticos paracaidistas, en efecto, parecen muchos de nuestros queridos colegas que aterrizan (y nos lanzan de bruces) en contenidos materiales de justicia que a ellos se les revelan pero que a los demás tal vez ni se nos insinúan en su supuesta evidencia. En cambio, cuando se toma la segunda opción tal parece que se traza un completísimo mapa pero que nada se nos dice acerca del a dónde conviene ir por esos caminos, con lo que, dado que no se nos estimula al viaje, deja de interesarnos el mapa y pasa a ser un discutible divertimento de geógrafos del lenguaje jurídico. Hará falta, pues, algo más que un mapa: una guía para elegir entre los destinos posibles los que sean mejores.

Aquí, intentaremos combinar esa doble vía: comenzaremos por analizar algunos presupuestos y enfoques posibles de la teoría de la legislación desde el punto de vista de la razón práctica, y acabaremos proponiendo,

aunque sea de un modo muy elemental y provisional, una cierta tesis acerca del tipo de reglas o pautas que debe respetar una legislación que se pretenda racional, con lo que estaremos ofreciendo un boceto de teoría práctico-racional de la legislación.

## 1. EL MAPA

Obviamente, la relación que se pueda establecer entre razón práctica y teoría de la legislación vendrá condicionada por lo que entendamos por “legislación” y por la concepción que de la razón práctica se mantenga.

No vamos a preocuparnos aquí demasiado de perfilar una noción depurada de razón o racionalidad práctica. Conformémonos con entender que cuando hablamos de razón o racionalidad práctica nos referimos a los criterios mediante los que cabe, si es que cabe, la justificación intersubjetivamente aceptable de opciones relativas a acciones o cursos de acción. Hablamos, es obvio, de las reglas de razón que, si es que caben tales, pueden y deben regir los juicios o valoraciones que nos llevan a elegir entre alternativas comportamentales diferentes (por ejemplo, entre dar a la ley uno u otro contenido, cuando se es legislador). La más elemental, y también la más importante, división en este tema se da entre las doctrinas escépticas, que no creen que quepa postular o pretender ningún género de racionalidad en tales ámbitos, por ser ámbitos inevitablemente presididos por el subjetivismo o el incontrolable arbitrio, y las que sostienen que cabe fundar también en este terreno de la acción y sus justificaciones un criterio objetivo y cognoscible de racionalidad.

La pregunta primera que a este propósito se nos plantea es la siguiente: ¿cabe una teoría de la legislación si se mantiene una postura escéptica en materia de razón práctica? Y la segunda pregunta sería: ¿qué relación se daría entre tal teoría de la legislación y la razón práctica? Creo que la respuesta a esas dos preguntas se sintetiza en la siguiente afirmación: cabría una teoría de la legislación entendida como teoría y desarrollo de una técnica legislativa, entendiendo esta expresión en sentido amplio, como conjunto de técnicas instrumentales. En otras palabras, cabría una teoría de la legislación no normativa o normativa en sentido débil. Podemos entender por tal aquella teoría que da pautas sobre cómo seleccionar y usar los medios mejores para maximizar objetivos o fines, pero sin discernir entre los fines que pueden resultar preferibles o más justificados. Lo que no cabría, por tanto, sería una teoría normativa de la racionalidad legislativa.

Desde posturas escépticas en cuestiones de racionalidad práctica, lo habitual es concebir la legislación como pura decisión, decisión que podrá venir ilustrada por la consideración de todo tipo de datos y que podrá y

lógicamente tratará de maximizar su eficacia, de asegurar al máximo la consecución de los efectos que se pretenden, pero que no dejará por eso de ser opción del legislador guiada por sus intereses, su particular ideología, su moral, etc. Este sería el planteamiento de, por ejemplo, KELSEN<sup>1</sup>. Por mucho que para KELSEN el derecho sea, y el derecho legislado más aún, técnica de dirección de conductas, los fines que determinan hacia donde se quiere guiar las conductas no los proporciona más que la subjetividad del legislador. Pero entiendo que con ello no se imposibilita una teoría de la legislación, solo se hace imposible una teoría normativa fuerte. Aquí cabría una teoría de la legislación como teoría de los medios de que el legislador dispone para maximizar la eficacia de las normas que dicta al servicio de sus particulares fines, y como teoría acerca de la mejor configuración y manejo de tales medios. Lo que no tendría lugar sería una teoría que pretendiera discernir entre los fines posibles del legislador. Sería puramente ideológica, manipuladora y engañosa.

Pero el ejemplo de KELSEN no sorprende. Más curioso y digno de estudio detallado es que dejen poco lugar a la racionalidad práctica en la legislación autores que mantienen una postura antipositivista y de crítica del escepticismo y relativismo kelsenianos. Autores que creen que en la aplicación del derecho puede el juez alcanzar un sustento y control efectivo para que sus valoraciones no sean puramente subjetivas, sustento y control que vendrían de cosas tales como principios, valores, naturaleza de la cosa, etc., al hablar de la legislación la equiparan a pura decisión no accesible al control racional. Esta postura puede ejemplificarse con BYDLINSKI. Para él legislación significa “decisión política”, aun cuando convenga que la preparación científica de tal decisión se lleve a cabo de la mejor manera posible<sup>2</sup>. Pero nos dice que es una utopía pensar en una perfecta determinación “científica” de la legislación<sup>3</sup>. Lo único que los juristas en cuanto tales pueden

<sup>1</sup> Vid. al respecto P. RÖMER, “Reine Rechtslehre und Gesetzgebungslehre”, en I. TAMMELO, E. MOCK (eds.), *Rechtstheorie und Gesetzgebung. Festschrift für Robert Weimar*, Frankfurt M., P. Lang, 1986, págs. 25 ss. Sobre el escepticismo kelseniano ante teoría de la legislación que pueda ser parte de la ciencia jurídica vid. también W. MAIHOFFER, “Gesetzgebungswissenschaft”, en G. WINKLER, B. SCHILCHER (eds.), *Gesetzgebung*, Wien-New York, Springer, 1981, pág. 6, nota 2.

<sup>2</sup> F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien-New York, Springer, 1982, pág. 619.

<sup>3</sup> *Ibid.*, pág. 623. Vemos en este autor una peculiaridad lingüística que es muy común. Equipara racionalidad a racionalidad científica cuando habla de la legislación y dice que no cabe, por ello, una legislación racional; pero en cambio no mantiene esa concepción de la racionalidad cuando habla de la aplicación del derecho, en cuyo caso le llevaría a proclamar que esta es siempre irracional y puramente decisoria por no haber su plena determinación científica.

aportar a la legislación ocurrirá en el campo de la técnica legislativa, la cual se ocupa de cómo, sin modificar el resultado, pueden las normas hacerse del modo más manejable y claro<sup>4</sup>. La razón de esto radicaría en el distinto carácter de la racionalidad política y de la racionalidad jurídica. El político, allí donde la racionalidad cesa tiene aún que decidir y actuar, dice BYDLINSKI<sup>5</sup>. En cambio, lo específico de la racionalidad jurídica vendría del hecho de que el jurista, aun cuando razone de lege ferenda, permanece vinculado a los principios jurídicos fundamentales de justicia y seguridad jurídica y con ayuda de ellos ha de concretar valoraciones. El jurista no está llamado a fijar los fines de la convivencia social, lo cual compete al titular de la decisión política<sup>6</sup>. Vemos, pues, cómo para BYDLINSKI se daría una división del trabajo entre política y derecho que se corresponde con una bipartición también de las racionalidades. El derecho empieza a partir de la decisión del legislador, por lo que una racionalidad jurídico-práctica no sería predicable de la legislación. La razón práctica se mueve en el interior de ese marco trazado por una decisión previa y podrá pretenderse operante en y sobre el juez, no sobre el soberano. Ciertamente antipositivismo acaba así enseñando su verdadera faz entre escéptica y autoritaria.

En consecuencia, cabría un primer tipo de teoría de la legislación: entendida básicamente como técnica legislativa y desvinculada de toda idea positiva de la racionalidad práctica. Sería una teoría de la legislación que idealmente debería ser cultivada y desarrollada por una coalición de juristas especialistas en las distintas ramas del ordenamiento y lingüistas, lógicos, sociólogos y, a lo máximo, alguno que otro iusfilósofo analítico y sin embargo dialogante, práctico e interesado por el derecho positivo.

Estamos presuponiendo, en esa primera configuración que acabamos de ver, que el escepticismo en materia de razón práctica significa escepticismo en cuanto a los fines, pero no en cuanto a la posibilidad de una racionalidad práctico-instrumental, es decir, relativa a la opción entre medios más aptos para los fines que se hubieran sentado. Por supuesto, cuando el punto de partida está en un decisionismo extremo, en una mística de la decisión que valora solo esta por lo que representa de ejercicio de un poder o desempeño de un rol, sin que importen sus consecuencias en términos de eficacia o maximización de cualquier tipo de utilidades (políticas, económicas, etc.), no cabe entonces una teoría de la legislación ya ni siquiera como técnica legislativa; solamente una doctrina de la decisión de carácter místi-

<sup>4</sup> *Ibid.*, pág. 625.

<sup>5</sup> *Ibid.*, pág. 629.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pág. 646.

co-religioso y totalitario. Ya no se trataría de una teoría de la elección sino de una doctrina del “elegido”<sup>7</sup>.

Desde el punto de vista de una filosofía que admita alguna forma de racionalidad práctica, en el sentido antes expuesto, sí que cabría una teoría de la legislación que se ocupara positivamente de la relación entre legislación y razón práctica, es decir, de señalar los límites que desde esta pueden trazarse a aquella si se quiere racional. Dejamos para más adelante la mención de las configuraciones que una tal teoría de la legislación puede adoptar.

La segunda de las variables para considerar es lo que se entienda por legislación. Aquí hay que hacer dos precisiones.

— En primer lugar conviene siempre aclarar si cuando se habla de teoría de la legislación se alude a una teoría la producción de lo que en su sentido más propio y estricto es la ley o si se trata de una teoría de la producción normativa en general, básicamente de la producción de las normas generales, sea cual sea su estatuto jerárquico y su fuente (leyes, reglamentos ...). Es evidente que una teoría de la producción de normas generales habría de tomar en consideración muchos más datos y variables que una mera teoría de la legislación en sentido estricto, razón por la que habría de ser una teoría mucho más compleja, y más complejo sería también el establecimiento de criterios de racionalidad para sus procedimientos y resultados<sup>8</sup>. Aquí, en adelante, hablaremos de teoría de la legislación para referirnos a la producción de la ley propiamente dicha.

— En segundo lugar, no hay que perder de vista la interrelación entre la visión que de la racionalidad de la ley se tenga y la concepción del legislador que se profese.

<sup>7</sup> Habría dos doctrinas extremas que en su dogmatismo, apriorismo e incompatibilidad con cualquier concepción moderna de la racionalidad hacen imposible una teoría de la legislación que merezca con propiedad tal nombre: ese decisionismo extremo que acabamos de mencionar (legislación como asunto de los “elegidos”) y el dogmatismo material extremo o teoría de los límites “revelados”: cuando se afirma contenidos materiales preordenados a la ley y necesarios, la teoría de la legislación o no merece tal nombre (salvo como rama de la teología o la metafísica) o tiene un papel secundario y subordinado, puramente residual.

<sup>8</sup> NORBER ACHTERBERG concebía la teoría de la legislación como parte de una más abarcadora “teoría general de la regulación” (*allgemeine Regelungstheorie*), que comprendía también la teoría de la reglamentación administrativa y la teoría de la jurisprudencia (N. ACHTERBERG, “Die Bedeutung der Gesetzgebungslehre für die Entwicklung einer Allgemeinen Regelungstheorie”, en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1, 1986, págs. 222 ss. Sobre las relaciones en concreto entre la teoría general de la regulación y la teoría de la legislación vid. *ibid.* págs. 241 ss.). Sobre el mismo encuadre, también U. KARPEN, “Zum

a) Es sabido que en los arranques del moderno Estado de derecho se sitúa el llamado mito del legislador racional. Aquí la cuestión de la racionalidad legislativa adquiere un carácter, podríamos decir, de axioma. Si por definición el legislador es racional, como síntesis de su omnisciencia y omnipotencia, perfectos serán también sus productos, las leyes, tanto en lo formal (claridad y evidencia, ausencia de antinomias, lagunas o redundancias) como en lo material (quien conoce perfectamente la sociedad, sus males y sus necesidades, acertará a recetar, bajo forma de ley, lo que al cuerpo social más le conviene. Fines y medios, materia y forma, se funde todo en esa especie de razón suprema de un legislador que tiene, en versión laica, los atributos del dios medieval de la ley eterna. Esa idea del legislador por definición e incuestionablemente racional explica que una teoría de la legislación fuera vista como un innecesario esfuerzo reconstitutivo de una realidad que en su perfección no necesitaba reglas, y que una teoría de la legislación normativa en sentido fuerte, articuladora de legislación y mandatos de la razón práctica pudiera sonar como perfectamente redundante y, a lo más, meramente descriptiva y no propiamente normativa<sup>9</sup>. De ahí que pese a intentos puntuales no se constituyera en siglos la teoría de la legislación como disciplina articulada y con un lugar preciso y relevante entre los estudios jurídicos, y de ahí también que el esfuerzo de la teoría del derecho se centrara en determinar el papel y lugar del juez. Pero aquí, aunque sea de pasada, cabe reseñar algunas circunstancias curiosas por referencia al tema de la racionalidad práctica. Se trata de ver las relaciones entre legislación y actividad judicial por referencia a este tema de la racionalidad.

En una primera etapa, al legislador la racionalidad, como acabamos de señalar, se le presupone. La racionalidad del legislador se traslada a la de su producto, la ley. Pero es hasta tal punto operante esa visión de la ley como racional, que se produce un segundo efecto expansivo de esa razón: hacia el juez. El carácter racional de la ley no deja sitio sino a una visión de la aplicación del derecho que sea puro reflejo de aquella. En un segundo momento, la crisis en esa visión racional y mítica del legislador se tradujo en una gran discusión sobre la racionalidad o no de la actividad judicial y sus posibles controles y referencias. Podemos sentar, aunque sea aquí solo de un modo incidental, la siguiente ley: cuanto más se ve como raciona-

---

gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland", en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1, 1986, pág. 16.

<sup>9</sup> Sobre lo que a esta utopía racionalizadora añadió el pensamiento codificador puede verse por ejemplo, C. VARGA, "Utopias of rationality in the development of the idea of codification", en *Rifd*, 50, 1978, págs. 19-38.

les a la ley y al legislador, tanto menos importancia se da al tema de la racionalidad judicial; y, a la inversa, cuando decae la idea de la racionalidad legislativa tanto más preocupa la del juez<sup>10</sup>. Con arreglo a esta dinámica podemos explicarnos las fluctuaciones de la teoría del derecho y la metodología jurídica desde el pasado siglo hasta hoy. Pero podemos también percibir en el correspondiente esquema cierta novedad reciente. Y es que en tema de racionalidad del legislador la teoría jurídica se ha movido entre su consideración como immanente o como inexistente, y en tema de racionalidad judicial esta se ha visto como racionalidad refleja, como irracionalidad o como racionalidad práctica. Lo que apenas se había planteado hasta décadas recientes es la posibilidad de racionalidad práctica en sentido estricto del legislador<sup>11</sup>. Esto solo ha sido posible cuando el legislador ha sido desmitificado, sin caer por ello en el descrédito.

Y es que la dialéctica entre mitificación y descrédito del legislador es también muy ilustrativa como esquema heurístico con el que leer la historia de la teoría jurídica de estos siglos, con síntesis frecuentes entre ambos polos. En la base de la mitificación del legislativo estuvo por ejemplo la mística de la nación, o el modo rousseauiano y también mistificador de entender la representación que el legislador encarna. Pero, curiosamente, los ataques a tal modo de pensar vinieron a menudo de doctrinas que propugnaban una mayor y supuestamente más “real” comunión “orgánica” entre legislador, Estado y pueblo, con aberraciones tales como la idea de democracia orgánica o de caudillismo o *Führertum*. En ninguna de estas formas está presente una correlación entre legislación y razón práctica. Esta, como veremos, solo tiene sentido cuando el legislador pierde su aura mítica sin convertirse por ello en un ser inmune a toda razón o sin ser su actividad pura decisión que no se justifique más que funcionalmente en la necesidad de que alguien dicte normas.

b) De ese legislador “dios” la doctrina pasó a la imagen del legislador “artista”. Se habló con pleno convencimiento y en su sentido más literal del “arte de legislar”. El buen legislador pasa a ser aquel que posee cierto don, cierta aptitud que o se tiene o no se tiene, pero que difícilmente podrá disciplinarse con recetas metodológicas<sup>12</sup>. Aquí poco sitio queda también

<sup>10</sup> Más ampliamente al respecto, J. A. GARCÍA AMADO, *Teorías de la tópicica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, pág. 294.

<sup>11</sup> Una magnífica panorámica de la evolución de la teoría de la legislación, hasta llegar al interés actual por la misma, y de los campos de dicha disciplina puede verse en V. ZAPATERO, “De la jurisprudencia a la legislación”, *Doxa*, 15-16, vol. II, 1994, págs. 769 ss.

<sup>12</sup> Así, WACH decía en 1908 que el “arte” de la justa legislación cae bajo el amparo de personalidades tocadas por una especie de particular gracia divina, y solo ellas con-

para la razón práctica como razón que actúa guiada por ciertas reglas que encauzan su reflexión. El buen legislador ya no lo es por definición o por necesidad, sino por azar. La mística de la nación o la representación pasa a ser sustituida por la confianza en la suerte: que un pueblo o un Estado tenga la fortuna de que el supremo gobierno de sus normas esté en manos de los “artistas” más aptos para ello. Si en la legislación no cabe determinación científica y no hay de la racionalidad más patrón que el de la ciencia, o vemos en el legislador un tirano irracional o confiamos en que su labor participe de la condición de aquellas actividades que no siendo racionales tampoco buscan el puro interés egoísta, sino que se plasman en una obra positiva, como ocurre con el arte.

Curiosamente, la doctrina del derecho libre llegará a decir algo similar para el juez. Recuérdese cómo para FUCHS buen juez puede serlo solamente quien además de poseer una sólida formación (principalmente en materias sociológicas y psicológicas) posee también una actitud innata que ninguna enseñanza puede suplir, del mismo modo que para ser buen músico el estudio intensivo es condición necesaria, pero no bastante. Pero, para no perder de vista la interconexión entre esos dos aspectos, el de la creación legislativa del derecho y el de su aplicación judicial, repárese en que este punto de vista de la escuela del derecho libre se propaga unido a la crítica de un legislador (el del BGB) que ya no es contemplado ni como espontáneamente racional ni como virtuoso de ese arte legislativo, sino como prisionero del prejuicio o como manipulador o tergiversador de la realidad de las cosas<sup>13</sup>.

c) Un tercer modelo de legislador sería el que podríamos llamar modelo del legislador en crisis. Aunque haya podido repetirse la presencia o el predominio de esta visión, bástenos pensar en la relevancia que vuelve a cobrar en nuestros días. Una muestra: la tan manida apología actual del principalismo, del papel de los valores, ya sea en general ya sean los valores constitucionales, y la consiguiente exaltación de un activismo judicial que sirva de freno, contrapeso y corrección de los temibles exce-

---

siguen poner en la correcta sintonía el sentimiento vivo del alma popular con las exigencias del poder. Para HESEMANN, lo que lleva al hallazgo de lo “justo real” no es ni un arte ni una técnica, sino “un don, una gracia del destino”. Y en 1937 escribía BURCKHARDT que la correcta creación del derecho ha de verse como exigencia dirigida a la personalidad más que como tarea científica” (Todo ello en B. KREMS, *Grundfragen der Gesetzgebungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979, págs. 21-22).

<sup>13</sup> Aunque sea a título de nota curiosa podemos destacar también que cuando autores como FUCHS critican al legislador del BGB están atacando ya no a una figura mítica o política, sino a los científicos del derecho (WINSCHIED, PLANK, SOHN) que determinan con sus esquemas y categorías la elaboración de los códigos.

sos o incapacidades del legislador tienen casi siempre una de sus más socorridas justificaciones en argumentos como el de que el legislador actual es una pura correa de transmisión de intereses más o menos inconfesables, o carece de los instrumentos intelectuales necesarios para percibir la auténtica dimensión de los problemas sociales, o es corrupto, o se mueve en medio de un vacío ideológico y valorativo propio de la crisis de los partidos y las ideologías, etc. Una similar enumeración de los achaques que obnubilan al legislador de nuestros actuales Estados democráticos la podemos encontrar en el tan alabado ZAGREBELSKY. Y la conclusión, ya lo sabemos, es que el juez ha de realizar la justicia del caso concreto enmendando al legislador desde su racionalidad práctica y mediante valoraciones que, en este caso, ya no estarán viciadas de las lacras que tienen las de este. La crítica más obvia, a mi parecer, está en poner de relieve que no se ve muy bien qué especiales dotes adornan al juez para que su capacidad de juicio y valoración no se vea empañada por esos graves males que al legislador casi incapacitan. ¿O acaso solo el legislador puede ser venal, manipulado o torpe? Pero quizá sea más sugerente reparar en esto: estas posturas que amparan el activismo y la beatificación del juez en la crisis del legislador no parecen sino prisioneras aún del mito del legislador racional, si bien interpretado ahora a sensu contrario o por pasiva: si no es de por sí y sin más racional el legislador, nada hay (ni procedimientos, ni mecanismos ni controles) que haga racional la ley, con lo que cualquier racionalidad posible habrá que confiársela al juez, aunque sea a costa de sustituir el mito antiguo por el nuevo mito del juez racional<sup>14</sup>.

d) Cuando se pone en relación razón práctica y legislación, en el seno de una teoría de la legislación que no quiera ser mera teoría de un haz de técnicas instrumentales para maximizar la consecución de objetivos de cuya racionalidad no se entiende que quepa discutir, se está presuponiendo un modelo de legislador que no es ni racional “por ser vos quien sois”, ni irracional por demasiado humano, ni un ser superdotado para hacer de su

<sup>14</sup> PRIETO SANCHÍS lo ha expresado con total claridad: “En nombre de la facticidad se desprecia la legislación, poniendo de relieve su insuficiencia o los intereses y egoísmos que la animan; pero se olvida esa misma facticidad cuando se nos propone al juez Hércules o al fino razonador que debe requerir la ponderación de la naturaleza de las cosas o la interpretación del derecho natural. Y en nombre de la racionalidad se idealiza la función judicial, omitiendo cualquier referencia al juez empírico; pero se olvida esa racionalidad a la hora de describirnos al legislador que, este sí, aparece como verdaderamente es, cuando no mucho peor” (L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, pág. 16). “Conviene, pues, recordar que, antes que el juez decimonónico, el legislador fue también el depósito de la lógica y de la razón, o sea, un sujeto sin pasiones” (*ibid.*, pág. 22).

mandato un acierto con la sola ayuda de su intuición. Hablar de razón práctica significará aquí hablar de un sistema de reglas, generales y que para este caso se especifican bajo formas especiales, que en su configuración ideal y aplicadas a la legislación nos diseñarían un legislador ideal que funciona como modelo contrafáctico. Será por comparación con tal modelo en que las reglas de la razón práctica se articulan y se proyectan, como podrá compararse críticamente el legislador actual de cualquier sistema, con sus carencias y defectos, y ese legislador racional, siempre ideal e hipotético pero que como referente último justifica críticas y reformas.

Trataremos luego de apuntar algunos caracteres de dicho modelo. Bástenos ahora ejemplificar con KARPEN algo de lo que queremos decir. Para KARPEN la legislación significa en última instancia decisión política, y en la democracia la decisión política no puede legitimarse ni en la tradición ni en el carisma, sino en la racionalidad. Esta legitimación en la racionalidad tendría varias dimensiones, según este autor: 1. legitimación en la racionalidad formal, es decir, “en un procedimiento aceptado como legítimo, tal como el que se manifiesta en la organización constitucional de nuestra democracia”; 2. legitimación en la racionalidad material, es decir, basada “en fines y valores consentidos como legítimos, tal como los que se cobijan, por ejemplo, en las categorías de derechos fundamentales de nuestra democracia”; y 3. en el saber científico. Y, además, los postulados de la democracia y de la científicidad coincidirían: ambos exigen la discusión pública<sup>15</sup>. En lo que sigue me mostraré básicamente de acuerdo con esta propuesta, con el único matiz de resaltar más si cabe la imbricación entre el componente formal o procedimental y el material en una teoría de la legislación que se quiera teoría de una legislación racional.

## 2. LA GUÍA

En lo que sigue voy sencillamente a apuntar algunos elementos de una teoría de lo que podemos llamar la razón práctica legislativa. Como anuncié al principio, mi propuesta tendrá carácter normativo (será más que un mapa, pretenderá en algo ser una guía), es decir, apuntará hacia un modelo de legislador y legislación racional, pero tratará de no ser una pura teoría material de la legislación, que es algo que suena siempre a dogma y autoritarismo. Y frente a los modelos que hemos visto del legislador con racionalidad infusa, del legislador artista y del legislador irracional, nuestra propuesta podríamos denominarla *modelo del legislador operativamente racional*.

<sup>15</sup> U. KARPEN, “Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland”, *op. cit.*, págs. 26-27.

Desarrollaremos nuestra propuesta en dos puntos: estatuto y presupuestos de la teoría de la legislación que proponemos y desarrollos de la misma.

### A) *Una teoría formal-normativa de la legislación*

De las teorías de la legislación y de sus partes existen múltiples clasificaciones que no necesitamos reproducir aquí<sup>16</sup>. Nos limitaremos a explicar los términos de nuestra propuesta por relación a otros modos de abordar la teoría de la legislación en general y la relación entre legislación y razón práctica en particular.

Ya hemos dicho que cabe una teoría de la legislación compatible con el escepticismo en materia de razón práctica. En tales casos, la teoría de la legislación puede tener un carácter normativo, pero en todo caso normativo-instrumental: establecería reglas acerca de la optimización de medios para la maximización de fines, no acerca de los valores y fines que pueden guiar una legislación racional y servir de límite al contenido de sus normas. En suma, por contraste con la postura que aquí se propone, a la teoría de la legislación que parte de asumir que a) la determinación del contenido de la ley es cuestión de decisión política; b) que en dicha decisión puede el legislador buscar asesoramiento científico (lingüístico, sociológico, lógico, psicológico, etc.); c) que la teoría de la legislación puede sistematizar con carácter general las aportaciones de estas y otras disciplinas como auxilio para la actividad decisoria en cuestión; y d) que no hay lugar para una teoría de la legislación ligada a la razón práctica en su sentido más fuerte, como racionalidad legisladora que condicione los contenidos de la norma legislada, a este tipo de teoría de la legislación, digo, la podemos llamar funcional o instrumental<sup>17</sup>. También podemos caracterizarla diciendo que el aspecto técnico predomina en ella.

<sup>16</sup> Limitémonos a algunas sugerencias bibliográficas al respecto. Un magnífico cuadro de las distintas partes y aspectos de la teoría de la legislación puede verse en W. HUGGER, *Gesetze -Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung*, Baden-Baden, Nomos, 1983, pág. 33. Interesantes y muy ilustrativas clasificaciones son las que presentan U. KARPEN, “Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland”, cit., págs. 7 ss.; W. MAIHOFFER, “Gesetzgebungs-wissenschaft”, cit., págs. 19 ss.; *Grundfragen der Gesetzgebungslehre*, cit., págs. 38 ss.; L. MADER, *L'évaluation législative*, Lausanne, Payot, 1986, págs. 16 ss.; L. MADER, “La législation: objet d'une science en devenir?”, en *La science de la législation*, Paris, PUF, 1988, págs. 14 ss.; M. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997, págs. 27 ss., 54 ss.

<sup>17</sup> Un ejemplo puede ser la teoría que propone ÖHLINGER, para quien objeto de una teoría de la legislación solo puede ser “la dimensión formal de la legislación”, pues la

Frente a esa teoría normativo-instrumental, que deja de lado o entre paréntesis el tema de la racionalidad práctica de las normas que la legislación produce, tenemos las teorías normativas o prescriptivas de la legislación, teorías normativas o prescriptivas en sentido propio. Son aquellas que parten de que tiene sentido una teoría de la legislación capaz de discernir de algún modo la racionalidad práctica de las normas legales y que, por tanto, encuentran sentido a la prescripción de reglas del legislar que tienen que ver con el establecimiento de fines o la adopción de valores<sup>18</sup>. Estas teorías normativas.

Llamo teorías material-normativas a aquellas que establecen límites directos al contenido posible de la actividad legislativa, límites que se pretenden de algún modo emanados directamente de la razón. Tal sería el esquema del iusnaturalismo, y, tal vez forzando los términos, podemos ver las doctrinas iusnaturalistas traducidas a teorías material-normativas de la legislación. Vendrían a decir, por ejemplo, que un legislador que se quiera racional no podrá nunca dictar una ley permisiva del divorcio.

Por teorías formal-normativas entiendo aquellas que solo indirectamente limitan los contenidos de la decisión legislativa racional: no habría contenidos de por sí, apriorísticamente, irracionales. Pero sí habría modos,

---

fijación del contenido del derecho corresponde a la política por medio de lo que es propiamente una decisión, por mucho que para la misma quepa mero asesoramiento. En suma, para este autor “objeto de la ciencia de la legislación es solo la ley como medio de esa decisión política” (TH. ÖHLINGER “Planung der Gesetzgebung und Wissenschaft-Einführung in das Tagungsthema”, en TH. ÖHLINGER (ed.), *Methodik der Gesetzgebung*, Wien-New York, Springer, 1982, pág. 5). Ese es también el planteamiento de uno de los grandes precursores de la teoría de la legislación en esta época (junto con RÖDIG), como es NOLL. Como señala KREMS (*op. cit.*, págs. 31 y 34-35), para NOLL la racionalidad del poder legislativo se mide a partir de la visión de la ley como medio para la consecución de determinados fines técnico-sociales. También MAIHOFFER ha señalado que para NOLL se trata de hallar los mejores medios para un fin dado, “poniendo entre paréntesis la cuestión valorativa”, no de decidir entre los mejores fines y valores (W. MAIHOFFER, “Rechtstatsachenforschung und Gesetzgebungswissenschaft”, en W. HEINZ (ed.), *Rechtstatsachenforschung heute*, Konstanz, Universitätsverlag Konstanz, 1986, pág. 166).

<sup>18</sup> Por mencionar una división en algún modo similar, digamos que WIELINGER divide la “ciencia de la legislación” en una parte técnica y una parte relativa a cómo constituir en el futuro el derecho “correcto”. En consonancia, puntos claves de una tal ciencia de la legislación estarían en la técnica legislativa, la investigación de los hechos jurídicos (*Rechtstatsachenforschung*) y la doctrina normativa de la legislación (*normative Gesetzgebungslehre*), que tendría sus precedentes en los distintos iusnaturalismos históricos (G. WIELINGER, “Zur Problematik einer Gesetzgebungswissenschaft”, en I. TAMMELO, E. MOCK (eds.), *Rechtstheorie und Gesetzgebung*, Frankfurt M., Lang, 1986, pág. 161).