

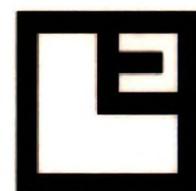


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**REVISTA
DA FACULDADE DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
DE LISBOA**

**LISBON
LAW
REVIEW**

2016/2



LVII

-
- Editorial**
03-04 Nota do Director
-
- A. Daniel Oliver-Lalana**
05-37 ¿Le importa a alguien que los legisladores razonen? Sobre el análisis y el control del debate parlamentario de las leyes
-
- Alessio Sardo**
39-50 Qualche Aggiornamento sul Significato Imperativo
-
- Diego Dei Vecchi,**
51-65 Actos de habla y el punto de vista del derecho
-
- Eugenio Bulygin**
67-80 La Lucha de G. H. Von Wright y C. E. Alchourron con la Logica Deontica
-
- Giovanni B. Ratti**
81-91 Lógica de normas y racionalidad del legislador: un desencuentro
-
- Jorge Botelho Moniz**
93-121 Entendendo o secularismo moderno – Análise dos mecanismos de financiamento das igrejas e confissões religiosas em seis países europeus
-
- Jorge Miranda**
123-165 Responsabilidade intergeracional
-
- Lígia Rocha**
167-193 O Conflito de Deveres como Causa de Justificação do Abuso de Confiança Fiscal? – Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, Proc. 81/12.4IDEVR.E1 de 20-05-2014
-
- Marco Caldeira**
195-213 Revisitando as Nulidades Urbanísticas, à luz do novo CPA
-
- Marta Coimbra**
215-250 No caminho da união bancária: o Mecanismo Único de Resolução
-
- Pablo A. Rapetti**
251-269 En torno al enfoque neohartiano de Kevin Toh sobre los desacuerdos jurídicos
-
- Pedro Soares Martinez**
271-285 O Reino-Unido de Portugal, Brasil e Algarves – política e diplomacia

¿Le importa a alguien que los legisladores razonen? Sobre el análisis y el control del debate parlamentario de las leyes*

A. Daniel Oliver-Lalana**

¿Le importa a alguien que los legisladores razonen? Sobre el análisis y el control del debate parlamentario de las leyes

Resumen. Tradicionalmente, la teoría y la dogmática jurídicas apenas se han interesado por la deliberación legislativa en el parlamento, así que podría parecer que se trata de un tema poco importante para juristas. Este trabajo pretende, básicamente, corregir esa impresión. Para ello, intento primero mostrar alguna de las implicaciones que el estudio de la argumentación legislativa puede tener para la teoría del derecho y la dogmática constitucional. En segundo lugar, sugiero un enfoque para analizar el debate parlamentario de las leyes como fuente de justificación, y procuro ilustrar con un ejemplo qué tipo de análisis permite hacer. Por último, planteo brevemente el problema de la evaluación y el control judicial de la deliberación parlamentaria.

Palabras clave. Deliberación legislativa, Legisprudencia, Legislación racional, Control constitucional, Revisión procesal

Does anybody care about lawmakers' argumentation? On the analysis and control of legislative debates in parliament

Abstract. *Since neither jurisprudence nor legal dogmatics has traditionally been concerned with legislative deliberation in parliament, it might seem that this topic is of no significance to jurists. This paper's main purpose is to challenge this impression. In the first sections, I set out to show that the study of legislative delib-*

* A convite da Revista.

** Universidad de Zaragoza. Texto revisado de la ponencia presentada al «XXII Seminário Luso-Hispano-Franco-Italiano de Teoria do Direito» (Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2016). Quisiera dar las gracias a los organizadores, en especial a David Duarte, por la oportunidad de intervenir en el seminario, a Jorge Baquerizo por su exhaustiva discusión de la ponencia y al resto de asistentes por sus comentarios y críticas. También estoy en deuda con Jordi Ferrer, Andrej Kristan y todos los participantes en el seminario «Argumentación legislativa y justificación de la ley» (Cátedra de Cultura Jurídica, Universitat de Girona, 2015) por sus valiosas observaciones a una versión previa del trabajo. Para su elaboración he contado con fondos del Ministerio de Economía (Subprograma Ramón y Cajal y Proyecto DER2014-55400-R).

eration has a bearing on current issues in legal theory and constitutional law. Second, I briefly outline an approach to the analysis of parliamentary debates as a source of justification of laws, and give an example of how this approach could work. Finally, I touch upon the problem of the judicial scrutiny of legislative deliberation as a part of the so-called 'process review' of legislation.

Keywords. *Legislative deliberation, Legisprudence, Rational lawmaking, Judicial Review, Process Review*

El título de este artículo presupone que los *legisladores* tienen capacidad de *razonar*, y sugiere además que pueden – y aun suelen – utilizarla. Como ambos términos se prestan a equívocos, diré ya que uno alude a los representantes de la ciudadanía que ocupan escaños parlamentarios, a los *legisladores electos*; y el otro, a la práctica de *dar razones* a favor y en contra de una decisión legislativa, es decir, a la argumentación para justificar la aprobación de una ley o de las disposiciones que contiene. Y lo que querría plantear bajo ese título es si para nosotros, juristas teóricos o dogmáticos, tiene importancia que los legisladores razonen. A primera vista pareciera no tenerla, ya que ni teorizamos sobre sus razonamientos ni trabajamos con ellos en las facultades de derecho. Lo cual, desde luego, podría obedecer, sin más, a que el tema resulta intrascendente para la teoría o la dogmática jurídicas. Hay muchos asuntos atractivos, digamos, desde el punto de vista político, moral o argumentativo que no caben en la provincia de la jurisprudencia general o particular. Así que a la pregunta del título, en realidad, hay que anteponer otra: por qué (nos) habrían de importar las razones con las que se justifican públicamente las leyes. Comenzaré intentando responder a eso [1]. Que la justificación legislativa pueda ser relevante – se objetará – tampoco significa que los juristas tengamos que ocuparnos de cómo razonan los legisladores electos. Uno tiende a pensar que sería casi perder el tiempo: los representantes políticos no destacan precisamente por sus virtudes argumentativas, y a veces causan la impresión de ser incapaces de justificar nada, menos aún leyes. Poner el foco en sus deliberación es quizá exija, pues, una explicación adicional [2]. Si la que ofrezca aquí tiene sentido, entonces el siguiente paso sería desarrollar algún método que permita extraer del debate parlamentario conclusiones de interés jurídico teórico o dogmático. Aunque estoy lejos de poder ofrecer un método acabado, esboza real menos un posible enfoque para reconstruir y analizar debates legislativos como fuente de justificación de las leyes [3], y procuraré ilustrar, con un ejemplo, cuál podría ser su rendimiento [4-5]. Para terminar, plantearé brevemente el problema de la evaluación y control judicial de la deliberación legislativa [6]. Sobre estas bases es

pero hacer plausible, como sencilla tesis de fondo, que la argumentación de los legisladores constituye un campo de estudio importante *también para juristas*.

1. SOBRE LA RELEVANCIA (PARA JURISTAS) DE LA DELIBERACIÓN LEGISLATIVA

No costará admitir que los debates parlamentarios tienen interés para muchas disciplinas, como la retórica, la argumentación, la comunicación política o la teoría de la democracia (deliberativa).¹ Cuando su objeto son leyes, esos debates cobran además una significación especial para las teorías que tratan de (fundamentar) la legitimidad y la autoridad del derecho y, por supuesto, para la legisprudencia como teoría prescriptiva de la legislación, en cuyo núcleo está precisamente el problema de la justificación de la ley. Pero se podría negar de entrada que la deliberación legislativa revista un interés específico para quien aprende o enseña derecho.² Apun-

¹ Véase J. STEINER *et al.*, *Deliberative Politics in Action*, Cambridge UP, 2004; A. TSCHENTSCHER *et al.* «Deliberation in parliaments», *Legisprudence* 4/1 (2010), pp. 13-34; y J. STEINER, *The Foundations of Deliberative Democracy*, Cambridge UP, 2012; cf. también R.K. Thomson, *Deliberation in New Zealand's House of Representatives*, University of Otago (Diss.), 2008, así como S.O. PROKSCH y J.B. SLAPIN, *The Politics of Parliamentary Debate*, Cambridge UP, 2015. Para otras perspectivas de estudio, e.g. C. IHNEN, *Pragmatic Argumentation in Lawmaking Debates*, Amsterdam: Sic Sat, 2012; R. MARAFIOTI (eds.), *Parlamentos*, Buenos Aires: Biblos, 2007; P. BAYLEY (ed.), *Cross-Cultural Perspectives on Parliamentary Discourse*, Amsterdam: Benjamins, 2004; o T. VAN DIJK, «On the analysis of parliamentary debates on immigration», en M. Reisigl y R. Wodak (eds.), *The Semiotics of Racism*, Wien: Passagen, 2000, pp. 85-103. Bajo ninguno de esos enfoques suele abordarse la faceta “legiferante” del debate legislativo; cf., con todo, C. DE GALEMBERT, O. ROZENBERG Y C. VIGOUR (eds.), *Faire parler le parlement*, Paris: LGDJ, 2013.

² Esta consideración, como otras similares sobre “los juristas”, ha de entenderse principalmente referida al contexto español. Planteo así el tema porque, en general, la teoría y la dogmática jurídica estudian solo el derecho *ya puesto* y bajo un punto de vista esencialmente adjudicativo. Esto ocasiona una disociación artificial entre producción y aplicación (e interpretación) del derecho que dificulta la adecuada comprensión del fenómeno jurídico. Respecto a la argumentación legislativa, el desinterés es aún mayor. Frente a ello, O. WEINBERGER («Gesetzgebung und Demokratie», en H. Schäffer y O. Triffterer, eds., *Rationalisierung der Gesetzgebung*, Baden-Baden/Wien: Nomos/Manz, 1984, p. 223) defendía ya que este campo debía ser parte importante de la teoría jurídica. Entre la literatura española, véase, por todos, M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta, 2013, p. 712 ss. y G. MARCILLA, «Justificación de las decisiones legislativas» y «Argumentación legislativa y teoría estándar de la argumentación jurídica», en M. Gascón (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia: Tirant, 2014, pp. 459-493 y 495-518. Sobre la necesidad de desjudicializar nuestra disciplina, e.g. A. GARCÍA-FIGUEROA, «Legislación y neoconstitucionalismo», en E. Arana (dir.), *Algunos problemas actuales de técnica legislativa*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2015, p. 24 ss. Un interesante tratamiento del tema desde el punto de vista de la teoría realista del derecho ofrece H. MELLO, *Hacia una legisprudencia realista*, Tesis de Maestría, Génova, 2016.

taré, por tanto, dónde podría residir ese interés, y me centraré en dos cuestiones que – creo – sobresalen por encima de otras. La primera, que sigue a la teoría jurídica contemporánea como la sombra al cuerpo, es la contienda acerca de la *juristocracia*, i.e. del aumento del poder de los jueces frente a los legisladores ligado al constitucionalismo (principialista); la segunda, que cae ya en el terreno de la dogmática y el derecho constitucional, concierne al denominado *control procesal* de la legislación.

Podría decirse – simplificando mucho – que la teoría del derecho actual está dividida en dos grandes bandos con respecto a la justicia constitucional y a la correlativa tensión entre parlamentos y tribunales: uno es partidario de un control judicial “fuerte” sobre la legislación, mientras que el otro, más orientado al imperio de la ley y la democracia, aboga, a lo sumo, por un control “débil”. Hasta ahora, la pugna entre ambos se ha ventilado mayormente en el nivel teórico y al margen de las implicaciones empíricas de las respectivas posiciones; entre juristas, además, se aprecia un claro escoramiento hacia el lado de la argumentación de los tribunales. Sin embargo, la faceta argumentativa del parlamento no ha servido de baza ni para defensores ni para detractores del control judicial de las leyes. O sea, los unos dan por sentado que los legisladores son incapaces de justificar correctamente las decisiones que toman, y los otros se afanan en reivindicar en abstracto la dignidad de la legislación y su centralidad para el Estado de derecho y el imperio de la ley, aunque sin mancharse las manos con las realidades legislativas.³ Pero, apreciaciones episódicas o puntuales aparte,⁴ nadie se preocupa demasiado por estudiar en profundidad cómo razonan y de qué son capaces, de hecho, los parlamentos y sus miembros. Un resultado de ese estudio podría ser que la deliberación parlamentaria (en un contexto dado, en tales o cuales condiciones...) no despliega fuerza justificatoria, lo que apoyaría un control externo de la legislación poco deferente, y hasta reforzaría la legitimidad *democrática* de la justicia constitucional – como garante de la autenticidad e inclusividad de las decisiones legislativas, por ejemplo –. Y al revés, si resultase que los representantes del pueblo se desempeñan aceptablemente

³ Al respecto, cf. ya L. PRIETO, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid: Tecnos, 1987, pp. 16 y 22.

⁴ Así e.g. D. NICOL, «Legitimacy of the Commons debate on prisoner voting», *Public Law* 2011, p. 691: “Debate will of course continue as to who should have the decisive say in defining human rights. One objection to a shift from judiciary to legislature would be that MPs do not undertake a considered dwelling on constitutional principle. This analysis has shown that, for all the characterisation of MPs as hang-’em-and-flog-’em enthusiasts or poodles of the tabloids, in fact parliamentarians made their own thoughtful constitutional assessment (...). The rule of law, the sovereignty of Parliament and the separation of powers loomed large in MPs’ debate as to how human rights should be defined”. Cf. M. TUSHNET, «Non-Judicial Review», *Harvard Journal on Legislation* 40 (2003), p. 460 y J. SIECKMANN, «Legislative Argumentation and Democratic Legitimation», *Legisprudence* 4/1 (2010), p. 75 ss.

como legisladores, la necesidad de control constitucional se debilitaría, o al menos se podría exigir mayor auto-restricción y deferencia en su ejercicio. Pero considerando las cosas en abstracto, y sin un examen empírico de los procesos reales de justificación y deliberación legislativa (en cada sistema jurídico), es difícil pronunciarse sobre si, o en qué grado, los poderes decisorios de una corte constitucional deben extenderse en perjuicio de los márgenes de configuración de los legisladores – y ese examen empírico presupone disponer de algún instrumental para analizar y valorar los debates en el parlamento.

Un aspecto crítico de la labor justificatoria de un parlamento afecta a la interpretación constitucional. Nuestro equipamiento teórico como juristas se orienta por defecto al rol de juez, y tendemos a ver esa interpretación como un asunto privativo de tribunales (y profesores). Pero las constituciones también las interpretan legisladores, y a menudo las leyes encierran decisiones interpretativas sobre textos constitucionales (incluso sobre sus interpretaciones judiciales), solo que no van referidas a casos individuales. Este aspecto no ha merecido especial consideración dentro de la literatura jurídica, por lo menos si lo comparamos con su correlato en los tribunales.⁵ Contamos, por ejemplo, con análisis muy sofisticados sobre la ponderación judicial, pero no tenemos teorías que den cuenta de la complejidad o de los rasgos diferenciales de la ponderación legislativa, ni que permitan reconstruir y evaluar la tarea de interpretación constitucional en sede parlamentaria.⁶ A falta de tales teorías, quizá hubiéramos de ser más cautelosos al tomar partido sobre cómo distribuir, en una sociedad democrática, la autoridad definitiva para fijar el significado de la constitución. Y hasta para quien no dude de la necesidad de una justicia constitucional fuerte, dejar de lado el proceso de justificación legislativa puede suponer complicaciones, pues le impide una reconstrucción apropiada de la ponderación judicial, en concreto del tratamiento que haya de darse a principios formales como los de democracia y separación de poderes. Estos principios deben contribuir a modular la deferencia de los tribunales

⁵ Cuestión aparte es si el control judicial supone un incentivo para mejorar la argumentación constitucional de los parlamentarios, como sugiere J.M. PICKERILL, *Constitutional Deliberation in Congress*, Durham: Duke UP, 2004, p. 131. Cf. M. TUSHNET, «Interpretation in legislatures and courts», en R. Bauman y T. Kahana (eds.), *The Least Examined Branch*, Cambridge UP, 2006, p. 357 (“Why bother to interpret the constitution at all, much less interpret it well, when the courts are going to end up offering the definitive interpretation anyway?”).

⁶ “To expect parliamentarians to engage with constitutional matters in identical terms to the courts would be to deny Parliament credit for having an interpretative role distinct from the judicial role” (NICOL, «Legitimacy of the Commons debate», p. 681). Cf. también J. HIEBERT, «Parliamentary Engagement with the Charter», *Supreme Court Law Review* 58 (2012), p. 87 ss. Sobre las diferencias entre argumentación judicial y legislativa, M. ATIENZA, «Reasoning and legislation», en L. Wintgens (ed.), *The Theory and Practice of Legislation*, Aldershot: Ashgate, 2005, p. 297 ss. Cf. también, más abajo, la nota 61.

ante las apreciaciones y decisiones legislativas.⁷ Y quien en el marco de una ponderación resignifique la democracia como un principio (formal), ha de aceptar – pienso – que su peso no sea siempre constante, sino que pueda graduarse según factores circunstanciales y, marcadamente, según la calidad de la deliberación en el parlamento. Con ello entramos ya en una segunda área de interés.

En los últimos años ha ganado prominencia una forma de control constitucional que, bajo nombres y con alcances diversos, revisa el *proceso* de justificación legislativa (*process review*). Veamos tres ejemplos. En una ocasión, la ausencia de estudio y discusión en el Congreso estadounidense contribuyó “particularmente” a convencer a la Corte Suprema de que una ley que pretendía salvaguardar la decencia en las comunicaciones violaba la libertad de expresión.⁸ También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha concedido a veces gran importancia a defectos justificatorios similares: al anular dos artículos de un reglamento que afectaba al derecho a la protección de datos, recriminó a la Comisión y al Consejo que no tomaran en cuenta alternativas “que respetasen el objetivo perseguido y, al mismo tiempo, fueran menos lesivas”, y les recordó que “hubieran debido analizar la cuestión”.⁹ A la inversa, un proceso justificatorio cuidadoso puede prefigurar fallos *pro legislatore*; también entonces es “relevante”, por citar ahora al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que una ley sea la “culminación de un análisis excepcionalmente detallado de las implicaciones sociales, éticas y jurídicas” del tema, así como “el fruto de mucha reflexión, consultas y debate”.¹⁰

En sentencias como estas vemos que los jueces revisan críticamente el proceso de justificación legislativa e incorporan esa revisión al examen sustantivo sobre las medidas impugnadas – sin que uno acabe de saber exactamente, por cierto, cómo la una incide en el otro –. Muchos observadores ven aquí una reorientación del escrutinio judicial hacia el modo en que se legisla.¹¹ La revisión se extendería así a un plano *justificatorio*, que no es ya solo sustantivo (en el sentido del habitual control de resultados) ni tampoco procedimental (control de la observancia de trámites legislativos). Como dijera el hoy

⁷ Para un panorama de la teoría de los principios formales, véase, recientemente, J. PORTOCARRERO (ed.), *Ponderación y discrecionalidad. Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional*, Bogotá: Universidad Externado, 2016.

⁸ “In order to deny minors access to potentially harmful speech, the CDA [Communications Decency Act] (...) suppresses a large amount of speech that adults have a constitutional right to receive (...). That (...) is unacceptable if less restrictive alternatives would be at least as effective in achieving the legitimate purpose that the statute was enacted to serve”; “particularly in the light of the absence of any detailed congressional findings, or even hearings addressing the CDA’s special problems, the Court is persuaded that the CDA is not narrowly tailored” (*Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, 1997, pp. 874 y 879).

⁹ STJUE 9/09/2010 (C-92/09, *Volker y Markus Schecke y Eifert*), §§ 81 y 83.

¹⁰ STEDH 10/4/2007, *Evans v. UK*, § 86 (cfr. también §§ 87, 60 y 29 ss.).

presidente del TJUE, los jueces se quieren asegurar de que “los legisladores han hecho correctamente su trabajo”.¹² Y con ese designio también han puesto el ojo en las razones de los legisladores *electos*: que estos apenas deliberen sobre medidas limitadoras de derechos puede llevar a considerarlas desproporcionadas. Así lo entendió al menos el TEDH al apoyarse en la falta de debate parlamentario “sustancial” para declarar que una restricción general del voto de los presos violaba el Convenio.¹³

Convertir la argumentación legislativa en *objeto* de (o elemento relevante en el) control constitucional abre la duda de qué tipo de análisis y evaluación debería hacer un tribunal. Por ejemplo, ¿cómo saber si los parlamentarios “asumen la responsabilidad”, no solo por el texto final de la ley, “sino también por su justificación”?¹⁴ Y, sobre todo, ¿cómo evaluar si los debates legislativos han sido, o no, lo suficientemente sustanciales desde el punto de vista constitucional? Casos extremos aparte, responder a estas preguntas no es fácil. Parece que “sería una fuente de controversias permanentes” intentar verificar “si la deliberación parlamentaria ha sido lo bastante intensa o abierta”,¹⁵ y que ya solo por eso – también por otros motivos – los tribunales deberían abstenerse de crear doctrinas sobre el *debido* debate legislativo. Pero en vista de su empuje, no es inverosímil que el control procesal acabe proyectado sobre la deliberación parlamentaria, y entonces necesitaríamos algún método para analizarla y evaluarla junto con el resto de fuentes de justificación de la ley – al final del trabajo volveré sobre esta cuestión.

¹¹ Entre otros muchos, I. BAR-SIMAN-TOV, «Semi-Procedural Judicial Review», *Legisprudence* 6 (2012), pp. 271-300 y «Mending the legislative process», *The Theory and Practice of Legislation* 3 (2015), pp. 245-256; P. POPELIER y C. VAN DE HEYNING, «Procedural Rationality», *European Constitutional Law Review* 9 (2013), pp. 230-262; M. TUSHNET, *Comparative Constitutional Law*, Chentelham: Elgar, 2014, p. 88 ss.; o S. ROSE-ACKERMAN, S. EGIDY y J. FOWKES, *Due process of lawmaking*, Cambridge UP, 2015. Cf. también D. COENEN, «The pros and cons of politically reversible “semisubstantive” constitutional rules», *Fordham Law Review* 77 (2009), pp. 2835-2891

¹² K. LENAERTS, «The European Court of Justice and Process-oriented Review», *Yearbook of European Law* 31 (2013), p. 7.

¹³ “There is no evidence that Parliament has ever sought to weigh the competing interests or to assess the proportionality (...). It cannot be said that there was any substantive debate by members of the legislature” (STEDH 6/12/2005, *Hirst v. UK*, Nr. 2, § 79; cfr. el voto disidente de Wildhaber y otros, y el concurrente de Tulkens y Zagrebelsky). El argumento se reitera, ya sin disidencias, en la STEDH 20/05/2010, *Alajos Kiss v. Hungary*, § 41. El de Estrasburgo no es el único tribunal que ha empleado criterios deliberativos: cf. por ejemplo, con respecto al Reino Unido, A. KAVANAGH, «Proportionality and Parliamentary Debates: Exploring Some Forbidden Territory», *Oxford Journal of Legal Studies* (2014), pp. 1-37.

¹⁴ Este criterio lo emplea el Tribunal Constitucional Federal alemán en un fallo sobre endeudamiento público: cf. BVerfG 79, 311, 345 – *Staatsverschuldung* (1989).

¹⁵ K. MESSERSCHMIDT, *Gesetzgebungsermessen*, Berlin: Arno Spitz, 2000, p. 850. Se podría replicar a esto, de todos modos, que casi cualquier forma de control constitucional es fuente permanente de controversias.

Sería posible asociar el estudio de la argumentación legislativa a otros temas de interés jurídico, aparte de los ligados a la justicia constitucional. Uno de ellos, que pertenece a la teoría de la interpretación, es la recurrente polémica en torno al intencionalismo. Aunque no pretendo terciar ahí, apuntaré algo al respecto. La deliberación parlamentaria no solo es una fuente (potencial) de justificación, sino también de interpretación: debatir una ley también es hacerlo sobre cómo formular y qué significa o debe significar su texto; y en este sentido, los legisladores pueden interpretar y aplicar prospectiva o hipotéticamente sus propias creaciones. Pues bien, en la medida en que uno esté dispuesto a conceder a los debates parlamentarios un valor mayor que a otros datos para determinar la voluntad o la intención del “legislador”,¹⁶ el estudio de la deliberación legislativa podría ser útil a las doctrinas intencionalistas. Es sabido que estas doctrinas tropiezan con objeciones fundamentales. Muy extendidas están, por ejemplo, ideas como que la noción misma de una intención legislativa es engañosa;¹⁷ o que la complejidad de la historia de una ley y la diversidad de actores involucrados aboca a los tribunales a picotear a capricho entre los materiales legislativos.¹⁸ El riesgo de inventar o de atribuir errónea y arbitrariamente voluntades resulta, en una palabra, muy alto. Pese a ello, es improbable que los jueces vayan a prescindir de lecturas genéticas o intencionalistas.¹⁹ Y si buscan en el parlamento la referencia para averiguar la voluntad – lingüística o política – del “legislador”, tal vez una mejor comprensión del razonamiento de los legisladores y de cómo analizarlo podría serles de algún provecho.²⁰ Pero, como digo, dejaré esta cuestión apenas apuntada.²¹ Las implicaciones para la legitimidad de la

¹⁶ Así, por ejemplo, R. ALEXI y R. DREIER, «Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany», en N. MacCormick y R. Summers (eds.), *Interpreting Statutes*, Dartmouth: Aldershot, 1991, p. 87: “The more official a Commentary statement and the closer its relation to the parliamentary plenum, the greater is its weight. Of the greatest weight is an intention expressed clearly and unambiguously by all participants in the plenum”.

¹⁷ “Una secuencia de actos colectivos reglados, mediados además por multitud de instancias, influencias, sugerencias, presiones y circunstancias aleatorias, no es un «ser» que habla. Y, por tanto, no puede serle atribuida intención alguna (...). Ni hay «legislador» ni hay «intención del legislador»” (F. LAPORTA, *El imperio de la ley*, Madrid: Trotta, p. 195); para una diferenciación de las acepciones del término “legislador” en este contexto, P. CHIASSONI, *Técnicas de interpretación jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2011: p. 94 ss. Cf. asimismo I. LIFANTE, «Interpretación y modelos de derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica», *Doxa* 22 (1999), p. 183 ss.

¹⁸ Un análisis ilustrativo, a propósito de *Holy Trinity v. United States*, ofrece A. VERMEULE, *Judging under Uncertainty*, Cambridge (Ma.): Harvard UP, 2006, p. 86 ss. Sobre la relevancia jurídica de los materiales legislativos, H. FLEISCHER (ed.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

¹⁹ Cf., por ejemplo, G. DAMELE, «As origens não são (apenas) um mito. O argumento “psicológico”: entre a letra da lei e a vontade do legislador», *O Direito* 146 (2014), p. 957 (“face a um descrédito bastante difundido desta concepção da interpretação jurídica, o argumento continua a ser utilizado”).

justicia constitucional y el control procesal de la legislación bastan para mostrar que el estudio de la deliberación legislativa cabe dentro de la teoría del derecho y la dogmática constitucional. Entonces, ¿por qué los juristas no la estudiamos? Sin perjuicio de otras explicaciones,²² parece existir una traba muy difícil de superar: tendemos a dar por hecho que la deliberación parlamentaria no es más que otro campo de batalla *política* – en el peor sentido de la expresión.

2. LA “HIPÓTESIS DEL CONCENTRADO”

Habría quien piense que una cosa es el potencial interés jurídico de las razones legislativas, y otra bien distinta es que los juristas hayamos de ocuparnos regularmente de qué o cómo argumentan los representantes políticos. Es decir, se puede admitir que los procesos de elaboración y justificación de leyes son importantes para la teoría jurídica o el derecho constitucional, pero negar que lo sean, en general, los debates parlamentarios. Intentaré explicar un poco más por qué me centro en ellos.

Al igual que la mayoría de la gente, los juristas solemos tener una percepción terrible de los legisladores y de su desempeño. Vemos la legislación como un fenómeno político, sometido a los vaivenes del oportunismo y las luchas de poder; y esa percepción es tan fuerte que nos resistimos a adscribir funciones justificatorias al debate parlamentario. Dicho radicalmente: no habría hueco para la argumentación racional en los parlamentos; buscarla ahí sería poco menos que buscar agua

²⁰ Para una reivindicación de la noción de intención legislativa, recientemente, R. EKINS, *The Nature of Legislative Intent*, Oxford UP, 2012 (aunque su doctrina intencionalista trata de desvincularse de la historia legislativa: p. 268 ss.); o N. DUXBURY, *Elements of Legislation*, Cambridge UP, 2013, p. 101 ss. (quien defiende la noción, pero no la doctrina interpretativa asociada).

²¹ Mi impresión, en definitiva, es que desde la teoría del derecho no se ha estudiado suficientemente la labor interpretativa (o, si se quiere, pre-interpretativa) de los legisladores más allá del plano de la llamada interpretación auténtica (al respecto e.g. R. GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, Madrid: CEPC, 2014, p. 92-93 y 95 ss.). Quizá sea porque pensamos que, en el fondo, los legisladores no producen nada más que disposiciones normativas; cf. P. CHIASSONI, «Some realism about legislation», *The Theory and Practice of Legislation* 1/1 (2013), p. 108. En cualquier caso, hasta ahora no hemos ahondado mucho en el análisis empírico de cómo construyen el significado de las leyes quienes las hacen. Sobre este punto, A.R. GLUCK y L. SCHULTZ BRESSMAN, «Statutory interpretation from the inside – An empirical study of congressional drafting, delegation, and the canons», *Stanford Law Review* 65 (2013), pp. 901-1025 y 66 (2014), pp. 725-802; cf. también J.S. SCHACTER, «The Confounding Common Law Originalism in Recent Supreme Court Statutory Interpretation: Implications for the Legislative History Debate and Beyond», *Stanford Law Review* 51 (1998), pp. 1-71.

²² ATIENZA (*Curso*, p. 713) apunta motivos ideológicos, prácticos e institucionales.

en el desierto.²³ E incluso aun cuando la encontrásemos, veríamos que no tiene ninguna incidencia en las decisiones legislativas, pues nunca son las razones las que mandan, sino las estrategias y los votos. Suena casi auto-evidente, pero, ¿es satisfactoria esta visión, esta suerte de asunción de la inevitable irracionalidad de los legisladores electos?

Uno se preguntaría, por lo pronto, cómo estamos tan seguros de que los legisladores son incapaces de justificar las leyes mediante el intercambio de argumentos, o de interpretar o concretar un texto constitucional razonada y razonablemente. Porque, si los juristas no nos hemos ocupado aún de estudiar la deliberación legislativa, tampoco disponemos de un corpus de investigación para contrastar – refutar o confirmar – esta intuición, y mal podremos saber entonces si los legisladores (y de qué parlamento) justifican mejor o peor las leyes, bajo qué circunstancias o ante qué temas. Entre otras cosas, habríamos de aclarar primero en qué consiste justificar (bien) las leyes, y eso es algo que no se zanja de un plumazo. Y aunque nos pongamos de acuerdo en una teoría normativa de la justificación legislativa, quedaría por resolver cómo trasladarla a la práctica, es decir, cómo pueden reconstruirse y analizarse empíricamente las deliberaciones de los legisladores reales a la luz de esa teoría. Ambas tareas parecen necesarias antes de sacar conclusiones sobre lo que podemos encontrar, o no, en términos de justificación, en los debates parlamentarios.

En cambio, asumir sin más – como todos tendemos a hacer – que los legisladores son legislativamente ineptos por ser políticos; que no deliberan como deben con respecto a la producción de leyes; o que no es realista que puedan argumentar bien sus decisiones (e incluso, ya en el plano institucional, que los parlamentos están condenados a fracasar como centros reguladores de la sociedad), sesga nuestra postura acerca de su papel en una democracia constitucional y su relación con otros poderes, en especial con la judicatura.²⁴ Y bajo esa asunción, nuestra concepción de la racionalidad legislativa acaba resultando insatisfactoria: al interpretar y aplicar leyes operamos bajo la ficción metodológica de un legislador racional y per-

²³ Cf. D. OLIVER-LALANA, «Towards a Theory of Legislative Argument», *Legisprudence* 4/1 (2010), p. 4-5. Si la argumentación legislativa es o no un caso especial de discurso práctico racional podría discutirse (cf. ATIENZA, *Curso*, p. 714 y *El derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel, 2006, p. 198).

²⁴ Cf., por ejemplo, D. FARBER and Ph. FRICKEY, *Law and Public Choice*, Chicago UP, 1991, p. 4: “How can a judge take seriously the job of interpreting legislation while believing that the legislature is morally bankrupt? How willingly would judges leave policy decisions to a Congress they believed to be mindless or indifferent to public interest? If we come to accept this nihilistic view of politics, judges might still going through the motions of deference to legislatures, but they will surely find it hard to muster much enthusiasm for the task”.

fecto; pero al mismo tiempo estamos convencidos de que los legisladores reales son irracionales y producen poco menos que engendros legislativos. Aparte de un tanto esquizofrénica, esta manera de ver las cosas es problemática por cuanto perpetúa nuestra ignorancia sobre lo que encierra justificar las leyes y precluye el estudio empírico de su racionalidad.²⁵

No digo que el descrédito de los representantes políticos, de sus debates o aun del mismo parlamento como institución sea inmerecido. Tan solo afirmo que la intuición, por fuerte que sea, no da base suficiente para negar que los legisladores sean capaces de justificar las leyes, o para sostener que debatirlas en el parlamento no sirve de nada. A conclusiones así habría que llegar después de recopilar evidencias, y lo cierto es que todavía no hemos explorado la hipótesis del potencial justificatorio de la deliberación legislativa. Esta es la hipótesis – me parece – con la que sería bueno trabajar. De ahí que, en vez de asumir la irracionalidad de los legisladores, mi pregunta de partida sea si los debates parlamentarios pueden contener una justificación razonable de – i.e. un razonamiento que justifique – las leyes, si quiera sea en forma concentrada. Añado este matiz porque considero que los debates son solo una porción de un proceso colectivo mucho más complejo (que tiene lugar dentro y fuera del parlamento, y que discurre tanto por cauces institucionalizados como informales); y en ese sentido serían algo así como un “destilado” o “concentrado” de una empresa de justificación a escala social.

Este planteamiento reposa, en primer lugar, en una idea de carácter normativo: los debates parlamentarios son el espacio donde los legisladores electos *deberían* aducir y discutir los argumentos que justifican sus resoluciones. Esa viene a ser la expectativa más o menos implícita que hallamos en constituciones y reglamentos de asambleas representativas,²⁶ así como en posturas doctrinales bastante extendidas.²⁷ Por supuesto, durante los debates no es posible examinar al detalle todas las cuestiones que suscita la aprobación de una ley, sobre todo si reviste cierta complejidad. Pero, normativamente, sí cabe esperar que los representantes discutan por lo menos los

²⁵ Como explica L. WINTGENS («The Rational Legislator Revisited», en *The Rationality and Justification of Legislation*, Dordrecht: Springer, 2013, p. 12), “[an] in-between reading (...) allows one to substitute empirically justified criticism of the rationality of the legislator for an a priori assumption. In doing so, the rationality of legislative law is prima facie presumed and allows a gradual qualification in the light of empirical data. It opens up the possibility of an empirical assessment of the legislator’s rationality that may be assessed on the basis of concrete experience with legislative law”.

²⁶ Cf. J. LÜCKE, «Die allgemeine Gesetzgebungsordnung», *Zeitschrift für Gesetzgebung* 16 (2001), p. 26.

²⁷ J. WALDRON, *Parliamentary Recklessness: Why we need to legislate more carefully*, Auckland: Maxim Institute, 2008, p. 31-32 (“a society which has allowed its tradition of formal parliamentary debate to atrophy is also in danger of allowing its traditions of more informal public debate to atrophy”); o «Representative Lawmaking», *Boston University Law Review* 89 (2009), pp. 335-355.

aspectos fundamentales. En segundo lugar, centrarse en los debates parlamentarios permite abordar la justificación legislativa desde la perspectiva del participante – de *uno* de los participantes: el único que ha sido elegido democráticamente –; y permite hacerlo además incorporando el elemento de controversia característico de la legislación. Hasta ahora, ni desde la teoría del derecho ni desde la propia jurisprudencia se ha reflexionado desde ese ángulo. Sobre justificación de leyes se ha trabajado en términos monológicos, poniendo el foco en las razones del “legislador” como institución (e.g. en los preámbulos o las exposiciones de motivos); o en un nivel abstracto con poco respaldo empírico; o bajo un punto de vista externo, típicamente el judicial o dogmático. Pero no desde la perspectiva del participante. Y cuando se asume esta, la dimensión argumentativa y polémica de la justificación de las leyes pasa a primer plano. Mi planteamiento, por último, responde también a un motivo de orden práctico, y es que resulta más asequible examinar debates parlamentarios que enfrentarse al proceso de justificación de la legislación en su conjunto – aunque esto no implica en absoluto que no se incorporen al análisis otros elementos (parlamentarios y extraparlamentarios) de ese proceso.

La hipótesis del concentrado, desde luego, solo da un punto de arranque. Para averiguar si es plausible, o en qué medida, es preciso desarrollar algún método con el que se pueda analizar los debates parlamentarios como fuente de justificación de las leyes y evaluar su rendimiento. Pues bien, aunque son concebibles otros apoyos, pienso que ese método ha de resultar de la combinación de la teoría de la legislación y la teoría de la argumentación (jurídica). Como anunciaba al inicio, no estoy en condiciones de presentar ningún método propiamente dicho, pero intentaré al menos esbozar las ideas principales de lo que podría ser un *enfoque jurisprudencial* sobre la argumentación legislativa. Y trataré a renglón seguido de ilustrar cómo funciona ese enfoque a propósito de la deliberación que en 2009 y 2010 tuvo lugar en el parlamento español acerca de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) de las jóvenes menores de edad.

3. ESBOZO DE UN ENFOQUE DE ANÁLISIS

Bajo un enfoque jurisprudencial, pues, la deliberación parlamentaria se contempla como una práctica que – idealmente – expresa en público las razones legislativas y, por tanto, suministra la justificación de la ley, al menos en forma concentrada. Según lo entiendo, este enfoque puede descomponerse en tres tareas básicas: reconstruir el contenido de la argumentación parlamentaria, analizarlo en conexión con una teoría de la justificación legislativa, y evaluar su calidad o capacidad justificatoria. Sobre esta última plantearé luego unas pocas ideas, pero voy a ceñirme

sobre todo a las dos primeras tareas. Aunque no puedo entrar en los pormenores de la legisprudencia como teoría de la justificación de la legislación,²⁸ ni tampoco en las dificultades metodológicas que entraña trabajar con debates legislativos,²⁹ presentaré cuatro claves que reúnen lo esencial de mi enfoque y que – espero – permitirán seguir mejor el ejemplo que ofreceré después.

Primeramente, me baso en una concepción multidimensional de la racionalidad y, por tanto, de la justificación legislativa [J]: justificar una ley es justificarla en varios planos o niveles analíticamente diferenciables.³⁰ Esto significa que para fundamentar leyes hay que razonar sobre su formulación lingüística [J1], su sistematicidad jurídica [J2], su realización (eficacia, aplicación, uso) social [J3], su instrumentalidad [J4] y su corrección axiológica [J5]. Cada nivel viene a corresponderse con un atributo ideal o aspiracional de una buena ley, esto es, los “buenos” legisladores habrían de intentar elaborar leyes *tan claras (comprensibles) y precisas, tan consistentes y coherentes* (interna y externamente), *tan realizables, tan capaces de lograr sus fines* con los menores impactos o consecuencias negativas (y con el menor coste económico) y *tan aceptables ético-moralmente* como resulte posible. Dado que estas aspiraciones son casi siempre mutuamente incompatibles, pertenece también a la empresa de justificar leyes la argumentación sobre cuál deba ser el equilibrio o ajuste adecuado entre ellas.³¹ En esta concepción multinivel hay muchos problemas sin resolver (e.g. el papel de la constitucionalidad), pero lo importante ahora es notar que la justificación legislativa incluye planos argumentativos y criterios de juicio de diversa naturaleza, y que ninguno se puede priorizar sin más – en el sentido de que haya de intentar maximizarse a toda costa.

Reconstruir el contenido de los debates exige, en segundo lugar, una noción de argumento legislativo. Partiendo de una definición muy lata de argumento como racimo o conjunto de razones que apoyan una posición ante una cuestión, entiendo que existe un argumento legislativo si un actor (un/a parlamentario/a) avanza una

²⁸ Véase, por ejemplo, L. WINTGENS, *Legisprudence. Practical reason in legislation*, Aldershot: Ashgate, 2012; P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Hamburg: Rohwohlt, 1973; V. ZAPATERO, *El arte de legislar*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2009; A. GALIANA, *La ley: entre la razón y la experimentación*, Valencia: Tirant, 2008; y M. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas, 1997.

²⁹ Apunto alguna de esas dificultades en «Rational Lawmaking and Legislative Reasoning in Parliamentary Debates», en *The Rationality and Justification of Legislation*, Dordrecht: Springer, 2013, p. 144 ss.

³⁰ Esencialmente, me baso aquí en ATIENZA, *Contribución*, p. 27 ss., *Tras la justicia*, Barcelona: Ariel, 1993, p. 197 ss. y «Practical Reason and Legislation», *Ratio Juris* 5 (1992), pp. 269-287; cf. A. LA SPINA, *La decisione legislativa*, Milano: Guiffrè, 1989.

³¹ Para ATIENZA, eficiencia como “razonabilidad” (*Curso*, p. 715) y “equilibrio óptimo” (*Contribución*, p. 93) o “ajuste razonable” («Reasoning and Legislation», p. 312) entre niveles de justificación.

posición P y en el curso de los debates se aduce, ya sea por el mismo actor o por otro, al menos una razón para P, en un intento de justificar (defender, enmendar, criticar o rechazar) algún aspecto del proyecto de ley a examen. Esta noción responde a una visión unitaria de los debates legislativos y permite manejar rasgos típicos de la deliberación parlamentaria, como la multiagencia, o la fragmentación y la redundancia argumentativas. Así, por la configuración del debate (límites de tiempo o turno de palabra), muchos argumentos aparecen truncados y han de reconstruirse desde varias intervenciones (de uno varios actores, en una o más sesiones, y eventualmente en ambas cámaras). Es frecuente también que diferentes participantes, sobre todo los miembros de la misma fracción, aduzcan razones coincidentes que sería equívoco tomar por separado. Y como al debate contribuyen muchos oradores, cualquiera puede emplear su turno para completar o replicar a otro. De ahí que, en vez de adscribir los argumentos a individuos, los trate, más bien, como un producto colectivo.

Sobre esta base es ya posible, en tercer lugar, reconstruir el contenido y la estructura de la deliberación conectando argumentos a favor y en contra de la ley con los diferentes niveles de justificación legislativa. Así puede uno ver, entre otras cosas, cómo interactúan esos niveles y qué papel juegan los correspondientes criterios de justificación durante el debate. O sea, las actas pueden analizarse para comprobar, por ejemplo, cómo las razones de eficacia social [J3] o de sistematicidad jurídica [J2] se relacionan con las de corrección moral [J5]; qué interacción hay entre la determinación o la vaguedad lingüística [J1] y la consecución de los objetivos legislativos [J4], etc. Esto, además de permitir un análisis – y una crítica – más diferenciado, podría ayudar a establecer el peso relativo de cada tipo de razones en el discurso de justificación legislativa en su conjunto, así como cuál es el ajuste entre criterios que se alcanza al final.³²

Por último, este tipo de análisis se enfrenta a la dificultad de cómo capturar la estructura global de la deliberación legislativa. A menudo, las leyes pueden ser tan complejas y su debate incluir tal profusión argumental que resulte inviable representar inteligiblemente esa estructura. Cabe pensar, no obstante, que toda ley muestra un rasgo fijo: se aprueba por o para “algo”, i.e. persigue algún propósito o fin. Y si la legislación es una empresa finalista, su justificación se puede ver como una instancia especial de argumentación teleológica: al menos un eje de razones instrumentales [J4] aparecerá en cualquier debate legislativo. De otro lado, sería extraño que se apruebe un proyecto sin recurrir al plano axiológico, que opera siempre en el trasfondo de la deliberación. Los valores se requieren para justificar los fines y decidir entre los medios para lograrlos, y también permean la discusión de cues-

³² Sobre las relaciones entre niveles de justificación, ATIENZA, *Contribución*, p. 58 ss.

tiones empíricas, técnicas y científicas, con lo que las justificaciones axiológica e instrumental tienden a solaparse.³³ Pues bien, para capturar la estructura del debate legislativo haría falta entonces algún esquema que refleje patrones elementales de justificación teleológica (aquellos que previsiblemente puedan surgir en los debates) y que conecte la racionalidad instrumental con valores. El candidato más prometedor parece ser un esquema basado en la estructura de la proporcionalidad, no solo porque el test de proporcionalidad se haya impuesto como estándar de control de la ley en numerosas jurisdicciones, sino también porque está en el centro de muchas iniciativas institucionales de mejora regulativa.³⁴

Sin duda, habría que decir más sobre los fundamentos, los problemas metodológicos y los límites de este enfoque, pero estas cuatro claves serán suficientes para discutir un caso real de deliberación. El ejemplo que usaré aquí, como decía, está tomado del parlamento español y se refiere a la posibilidad de que una joven de 16 o 17 años (i.e. siendo todavía menor de edad) aborte sin consentimiento y aun sin conocimiento de sus padres o tutores. Esta medida, incluida en la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo (LOSSR-IVE), fue muy discutida durante los cinco debates que precedieron a su aprobación,³⁵ que ofrecen así un buen campo para ensayar un análisis jurisprudencial.³⁶

³³ Aunque la argumentación legislativa tiende a ser instrumental, en ella no falta «el aspecto justificativo en sentido estricto: esos objetivos tienen que responder a necesidades sociales y que ser conformes con las normas y valores constitucionales» (ATIENZA, *El derecho como argumentación*, p. 202). Para ATIENZA, (*Curso* pp. 183-85 y 437-38), el argumento adecuado o finalista es característico de la legislación. Cf., ya desde el punto de vista de la teoría de la argumentación, D. WALTON, «Evaluating practical reasoning», *Synthese* 157 (2007), pp. 206 y 234. Véase también J. RAZ, «The myth of instrumental rationality», *Journal of Ethics and Social Philosophy* 1 (2005), p. 26: “there is no distinctive set of deliberative standards that are involved in getting us to reason correctly from ends we have to means, and that are different from those that are involved in reasoning about which ends to have”. Sobre la interacción entre medios y fines, e.g. European Commission, *Impact assessment guidelines*, SEC (2009) 92, p. 28. Dejo al margen la cuestión de los fines no declarados, y otras dificultades del análisis teleológico, e.g. la relatividad de la distinción entre medios y fines: M.A. KAPLAN, «Means/ends rationality», *Ethics* 87 (1976), p. 63. Tampoco volveré ahora al tema de las intenciones legislativas.

³⁴ Véase, por ejemplo, con relación a los proyectos legislativos, el artículo 5 del Protocolo nº 2 del Tratado de la Unión Europea: “Los proyectos de actos legislativos se motivarán en relación con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. (...). Los proyectos (...) tendrán debidamente en cuenta la necesidad de que cualquier carga (...) que recaiga sobre la Unión, los Gobiernos nacionales, las autoridades regionales o locales, los agentes económicos o los ciudadanos sea lo más reducida posible y proporcional al objetivo que se desea alcanzar”. Cf. H. XANTHAKI, «European Union Legislative Quality after the Lisbon Treaty», *Statute Law Review* 35 (2013), pp. 66-80, así como G. MARCILLA, «Balancing as a Guide to Legislative Reasoning», *Legisprudence* 4/1 (2010), p. 93 ss.

4. ESPECTRO DE RAZONES LEGISLATIVAS

La llamada ley del aborto de 2010 perseguía asegurar el derecho a tomar “libremente las decisiones que afecten a su vida sexual y reproductiva” y a “la maternidad libremente decidida” como reflejo esencial de la autodeterminación individual (artículo 3). Para ello, esta ley redefinió la IVE como una prestación sanitaria más del sistema público de salud (el aborto – se dijo – sería ya un derecho);³⁵ la liberalizó en las primeras catorce semanas de gestación;³⁸ y articuló una panoplia de medidas sobre salud sexual y reproductiva que incluía directrices de educación y sensibilización con la mira puesta en la población joven.

En este contexto había que regular la cuestión de las menores.

El proyecto del gobierno pretendía derogar la excepción a la mayoría de edad médica (16 años) que la Ley de autonomía del paciente de 2002 había establecido respecto a la IVE (18 años); o sea, la medida impulsada por el gobierno era que,

³⁵ Me referiré a “los debates de 2010”, aunque los tres primeros fuesen en 2009. Pueden consultarse en el Diario de Sesiones (DS) del Congreso, IX Leg., Pleno, nº 127, 26/11/2009, pp. 24a-41a [D1]; DS Congreso, IX Leg., Comisiones (Igualdad), nº 438, 10/12/2009, pp. 2a-18b [D2]; DS Congreso, IX Leg., Pleno y DP, nº 133, 17/12/2009, pp. 20b-31a [D3]; DS Senado, IX Leg., Comisiones (Igualdad), nº 275, 17/2/2010, pp. 2a-14b [D4]; y DS Senado, IX Leg., Pleno, nº 69, 24/2/2010, pp. 3583a-3616b [D5]. Todos los debates están disponibles en <http://www.congreso.es>

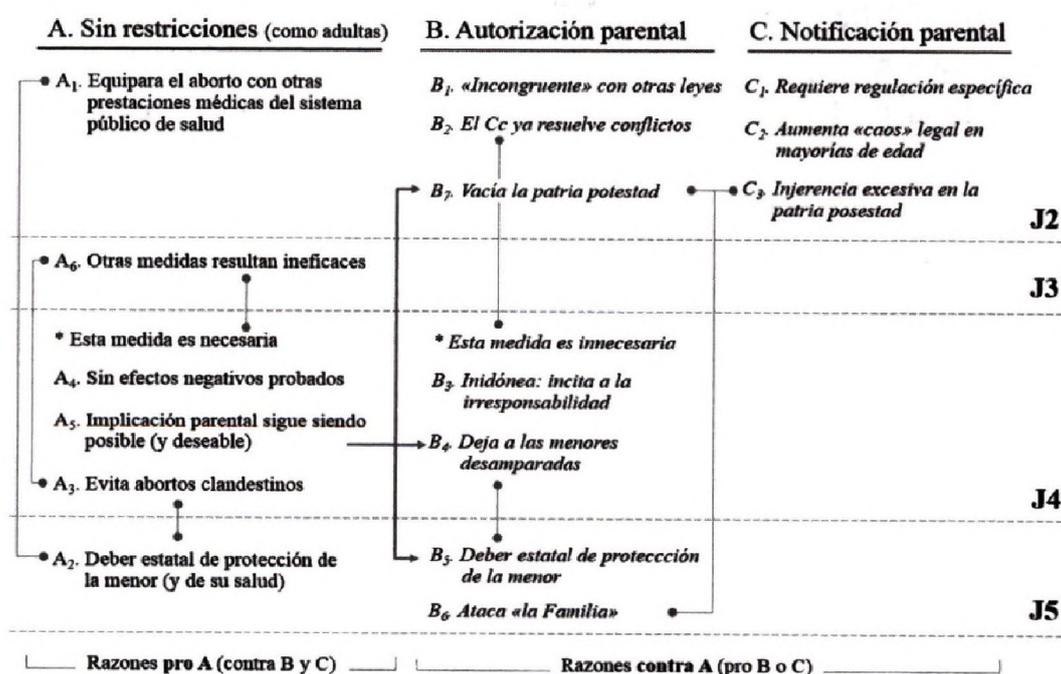
³⁶ La regulación fue modificada en otoño de 2015, tras seis debates parlamentarios monográficos acerca del aborto de las menores: DS Congreso, X Leg., Pleno y DP, nº 270, 14/4/2015, pp. 15-33; DS Congreso, X Leg., Pleno y DP, nº 287, 11/6/2015, pp. 74-89; DS Congreso, X Leg., Comisiones (Sanidad y Servicios Sociales), nº 859, 7/7/2015, pp. 2-14; DS Congreso, X Leg., Pleno y DP, nº 298, 16/7/2015, pp. 58-70; DS Senado, X Leg., Comisiones (Sanidad y Servicios Sociales), nº 513, 25/8/2015, pp. 2-15; y DS Senado, X Leg., Pleno, nº 171, 9/9/2015, pp. 16942-983. En esencia, se ha derogado el artículo 13.4 LOSSR-IVE y se ha restaurado, con leves adiciones, la exigencia de autorización parental recogida originalmente en el artículo 9 de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente. Según dice su preámbulo, la Ley Orgánica 11/2015 para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo quiere asegurar que las jóvenes estén acompañadas en “situaciones de vital importancia e impacto futuro” como es un aborto. Esto requería, para los impulsores de la reforma, acabar con el régimen legal anterior (que impedía “a progenitores y tutores cumplir” con los deberes inherentes a la patria potestad, y que despojaba a las menores de protección “en un momento crucial y complicado de su vida”).

³⁷ El artículo 12 LOSSR-IVE fija una “garantía de acceso” al aborto voluntario “en las condiciones que se determinan en esta ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer”, en especial “su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación”.

³⁸ A condición de que, por un lado, se informe a la mujer de “los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad” y de las consecuencias de la prosecución del embarazo o de su interrupción y, por otro, hayan pasado tres días entre dicha información y el aborto (artículos 14 y 17.4 LOSSR-IVE).

con 16 años cumplidos, una menor pudiese abortar como cualquier adulta. En el Congreso, esta medida no cayó nada bien: tres enmiendas de totalidad la atacaron con dureza;³⁹ hubo dos enmiendas para suprimir la proyectada disposición derogatoria;⁴⁰ y tres enmiendas de adición trataron de incluir una regulación específica dentro del articulado.⁴¹ Como estas últimas compartían fondo, cabe decir la recepción parlamentaria del proyecto dio lugar a tres posturas básicas: [A] una joven de 16 años debe poder abortar como una mayor de edad (proyecto del gobierno); [B] se debe mantener el régimen de autorización parental fijado en la ley de autonomía del paciente; y [C] una vía media que imponía el deber de notificar la decisión de la menor a sus representantes legales. Tras el primer debate, los proponentes de las enmiendas aditivas pactaron con el grupo del gobierno una enmienda transaccional, con lo que las posiciones se redujeron a dos en los cinco debates subsiguientes. El texto de la enmienda transaccional no fue alterado en el Senado,⁴² y pasó a convertirse en el artículo 13.4 de la LOSSR-IVE. Las respectivas argumentaciones frente a la cuestión de bajo qué condiciones debería permitirse abortar a una menor de edad podrían resumirse así (Figura 1 y Figura 2):⁴³

Figura 1. Debate de totalidad en el Congreso (D1)



³⁹ Enmiendas nº 2 (Grupo Popular), 3 (Grupo Mixto, UPyD) y 4 (Grupo Catalán, CiU): *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (BOCG), Congreso, IX Leg., Serie A (Proyectos de Ley), nº 41-7, pp. 6, 7-9 y 14-16, respectivamente.

⁴⁰ Enmienda nº 83 (Grupo Popular) y 114 (Grupo Catalán, CiU).

⁴¹ Enmiendas nº 11 (Grupo Mixto, BNG), 98 (Grupo Catalán, CiU) y 121 (Grupo Vasco, PNV).

Figura 2. Debates sobre el artículo 13.4 LOSSR-IVE (D2-D5)

C. Notificación parental salvo objeción fundada			
Razones contra C pro B: autorización parental, sin excepción	<i>B₃</i> . Deber estatal de protección de la menor	C ₄ . Igualdad (en seguridad) jurídica y médica	
	<i>B₆</i> . Ataca «la Familia»	C ₅ . Autodeterminación, autonomía de la mujer (joven)	
	<i>B₁₁</i> . Sin respaldo social (ni profesional)	C ₈ . Deber de protección: menores, salud [D1=A ₂]	
	<i>B₁₃</i> . Contraviene el «orden natural»	C ₁₃ . Acuerdo político, legitimidad democrática	
		C ₁₄ . Derecho fundamental a la intimidad, privacidad	J5

	<i>B₃</i> . Inidónea: incita a la irresponsabilidad	C ₆ . Apoyo familiar/parental posible [D1=A ₅]	
	<i>B₂</i> . Medida no necesaria	C ₉ . Evita decisiones forzadas	
	<i>B₄</i> . Deja a las menores desamparadas	C ₇ . Evita abortos clandestinos [D1=A ₃]	
	<i>B₈</i> . Abre (deliberadamente) un «coladero»	× Se verificarán riesgos intrafamiliares (C')	
		C' ₁ . No pueden excluirse alegaciones falsas	J4

	* Las objeciones serán abundantes	* Las objeciones serán escasas	
		C ₁₂ . Los médicos aplicarán bien la regulación	J3

<i>B₁</i> . «Incongruente» con otras leyes [D1]	C ₁ . Requiere regulación específica [D1]		
<i>B₂</i> . Innecesaria: el Cc ya resuelve conflictos [D1]	C ₃ . No se ingiere en la patria potestad [D1]		
* Incoherencia interna	* Coherencia interna		
<i>B₇</i> . Vacía la patria potestad	C ₁₁ . La omisión de notificación se regula como excepción		
<i>B₉</i> . Sin precedente en derecho comparado	C ₁₀ . La objeción debe justificarse («fundada»)	J2	

<i>B₁₂</i> . Lenguaje tramposo («eufemismo legislativo»)	× Supresión de «exclusivamente» (C'')		
	C'' ₁ . El adverbio «exclusivamente» es equivoco	J1	

Analizar toda la deliberación nos tomaría demasiado tiempo, así que para los fines de este trabajo que me centraré solo en una porción de los debates correspondientes al segundo escenario: la confrontación acerca del problema del “coladero” planteado por la razón B₈ en contra de la posición C (artículo 13.4). Antes de nada, consideremos el texto de la disposición discutida:

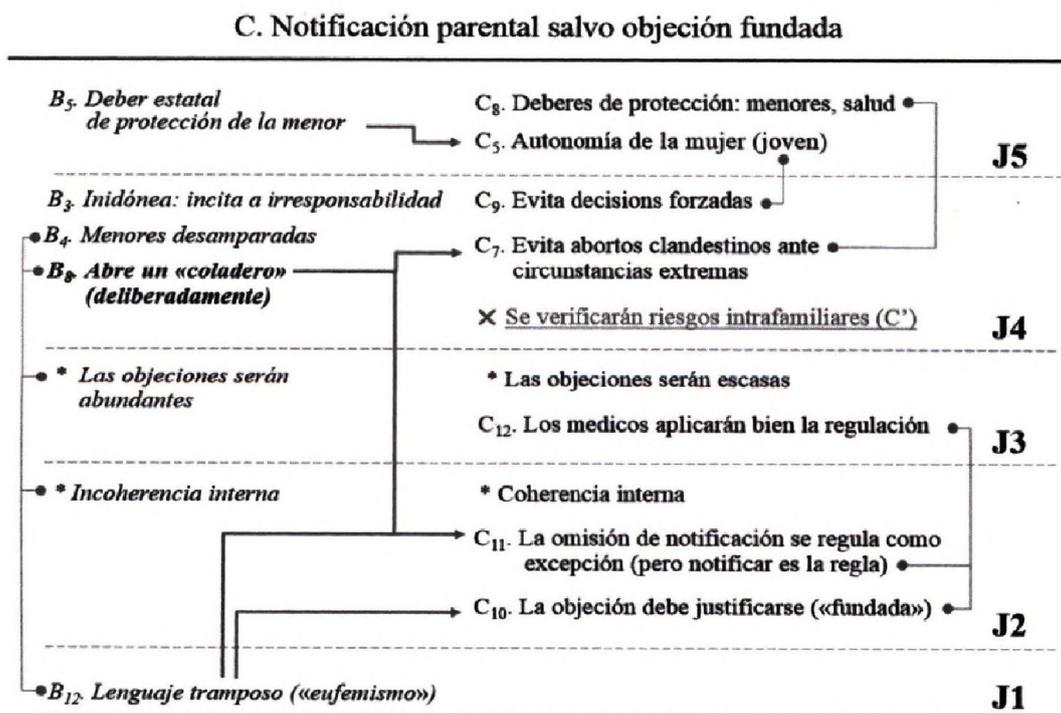
⁴² Pese a que se abandonó la medida original propuesta por el gobierno, en el Senado volvieron a presentarse enmiendas a la nueva redacción. Cf. Enmiendas n° 9 y n° 10 (Grupo Mixto, CC), 58 (Grupo Mixto, CiU), 68 y 83 (Grupo Popular); propuesta de veto n° 3, Grupo Popular (BOCG, IX Leg., Senado, Serie II, n° 39, 17/02/2010, p. 20).

⁴³ En las figuras, el número (subíndice) de cada razón señala su orden de aparición en el debate; en cursiva se indican las razones *contra* A (Fig. 1) y C (Fig. 2); las razones precedidas de asterisco las considero implícitas; las líneas punteadas transversales separan los niveles de justificación J1..., J5 (en la Fig. 1 se invierte este orden por mor de la claridad). Las flechas indican una objeción explícita y su dirección, y las conexiones redondeadas intentan representar vínculos (de coordinación o subordinación) entre razones; en la Fig. 2 he omitido las flechas de réplica y los vínculos, que recupero en la Fig. 3 al analizar el problema del “coladero”. En la Fig. 2 y la Fig. 3, las razones a favor de C están en la columna derecha; dos razones en esa columna pretendían mejorar el artículo 13.4, pero las respectivas posiciones (C', C'') fueron rechazadas (r); las razones seguidas de [D1] se adujeron ya en el primer debate a favor de A o de B. Una explicación de las argumentaciones, así como las citas literales de las intervenciones parlamentarias, puede verse en D. OLIVER-LALANA, «Normas y razones: un estudio sobre argumentación legislativa», en P. Grández y F. Morales (eds.), *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, Lima: Palestra, 2014, p. 498 ss. (había algún error en ese trabajo que he procurado rectificar aquí).

En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. *Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo* (artículo 13.4 LOSSR-IVE, cursivas añadidas).

El problema del coladero afecta a la última parte del precepto. La confrontación durante los debates, que trato de representar gráficamente en la Figura 3, puede organizarse en tres bloques: un argumento teleológico basado en valores (razones C₈, C₅, C₉, C₇), un contraargumento *ad consequentiam* (B₅, B₃, B₄, B₈, B₁₂, que a su vez apoyan la posición B: autorización parental imprescindible), y una réplica que niega que vayan a producirse las consecuencias negativas en que se basa dicho contraargumento (C₁₁, C₁₂, C₁₀).

Figura 3. El problema del “coladero”



La argumentación a favor de la exención a la notificación parental puede reconstruirse como sigue. En el nivel axiológico [J5], se aducen dos valores para justificar los objetivos de la medida: la autodeterminación o autonomía individual y el deber estatal de proteger a las menores y su salud. Ambos se encuentran en la Constitu-

ción española (artículos 10 y 39), con lo que podría decirse que en este punto las valoraciones moral y constitucional tienden a converger.⁴⁴ Entrando ya en el plano teleológico [J4], el primer valor o principio constitucional sustenta el objetivo de evitar decisiones forzadas; el segundo, el de evitar abortos clandestinos inseguros. El medio escogido para alcanzar estos dos objetivos es permitir a las menores decidir por sí mismas si continuar, o no, con su embarazo (artículo 13.4.1º). A su vez, el deber de protección del Estado justifica el objetivo de asegurar el apoyo y la participación parental, que subyace al requisito de notificación incluido en el segundo inciso (artículo 13.4.2º). Y, como precaución frente a circunstancias familiares extremas que pudieran poner a las menores en situación de desamparo o abocarlas a un aborto irregular, se introduce la excepción a la notificación parental para ofrecerles una salida legal. No obstante, a fin de evitar alegaciones falsas, se exige a las menores que fundamenten su objeción a la notificación (artículo 13.4.3º). Este sería, en trazo grueso, el paso inicial de la justificación del artículo 13.4 LOSSR-IVE.

Para armar su contraargumento, los parlamentarios de la oposición se apoyan también en el deber de protección de las menores [J5], pero afirman que la medida entorpece el logro de uno de los objetivos generales de la ley (reducir embarazos no deseados, sobre todo entre la población más joven), y niegan además la idoneidad del precepto para lograr uno de sus fines específicos: la implicación y apoyo parental [J4]. A su entender, la regulación incita a la irresponsabilidad y fomenta entre la juventud la visión del aborto como método anticonceptivo. O sea, con el tercer inciso se abriría deliberadamente un “coladero” [B₈]: so pretexto de riesgo intrafamiliar, las menores embarazadas inventarán cualquier excusa con tal de que sus padres no sean informados. Esto acarrearía un impacto – digamos, legiones de menores abusando de la alegación de riesgo para abortar sin que su familia se entere – que se reputa axiológicamente intolerable por cuanto deja a las menores sin el debido amparo de sus padres.⁴⁵ Si el objetivo realmente fuese protegerlas mediante

⁴⁴ Aunque en estos debates hubo pocas referencias expresas a bienes constitucionales con relación a las menores, la mayoría de valores invocados están recogidos en la Constitución española (CE), incluso con rango iusfundamental, y como tales se adujeron en el recurso de inconstitucionalidad que los parlamentarios de la oposición presentaron contra la LSSR-IVE. En concreto, se alegó que la ley conculcaba el principio de protección al menor (artículo 39.4 CE); el principio de protección a la familia (artículo 39.1) y el derecho fundamental de los padres a que los hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (artículo 27.3 CE), violación conectada a su vez con la institución de la patria potestad; y el derecho fundamental a la vida (artículo 15 CE), por cuanto la decisión de abortar la podría tomar una persona sin capacidad de juicio suficiente.

⁴⁵ Aquí se entreveran, de nuevo, los niveles axiológico y teleológico de justificación: la medida tendrá un efecto empírico [J4] disvalioso [J5]: el abuso de la objeción por parte de las menores, i.e. la habitualidad de la alegación de un riesgo inexistente.

la obligación de notificar – prosigue la crítica –, la excepción debería suprimirse por ser contraproducente. El contraargumento incluye un pronóstico sobre la recurrencia de las objeciones a la notificación, i.e. sobre la eficacia de uso de la excepción [J3]: se asume que dichas objeciones serán habituales. Aunque no aportaron garantías para apoyarlo, ese pronóstico pareció basado en una suerte de máxima de experiencia común: si a la menor que se queda embarazada se le da opción de abortar sin que su entorno lo sepa, pretextará lo que sea para hacerlo.⁴⁶ Nótese que el contraargumento no alude a efectos no deseados, sino que encierra un juicio de intenciones: el propósito oculto tras el precepto sería separar a las menores de sus familias,⁴⁷ y para alcanzarlo se habría tendido una trampa con el lenguaje legislativo [J1]. La estratagema pasaría por redactar la cláusula de excepción con enorme vaguedad, recogiendo “supuestos de difícil comprobación” para que las chicas se puedan acoger a ella fácilmente; esto revelaría un intento premeditado de enmascarar con las palabras el “verdadero” fin de la norma [J4]. Se habría engendrado así, en suma, un “eufemismo legislativo” que crea la falsa apariencia de respetar la patria potestad, cuando en verdad se está privando a las menores del apoyo de sus padres, madres o tutores y a estos de la posibilidad de prestarlo. Lo cual, además de generar una incoherencia interna en la regulación [J2], haría que la medida fuese auto-frustrante con respecto a sus fines declarados.

En su réplica, los defensores del artículo 13.4 LOSSR-IVE negaron pretender que los padres o madres de la menor no fuesen informados o privar a esta del apoyo familiar. Simplemente se trataba de evitar, en situaciones extremas, cualquier violencia sobre la menor a causa de su embarazo o su voluntad de interrumpirlo, que son efectos negativos que podrían darse sin el tercer inciso del precepto [J4]. Si se quiere cumplir con el deber de protección de las menores [J5], entonces debe ofrecerse una escapatoria para esas situaciones. La réplica insistió asimismo en que la notificación parental era la regulación por defecto, mientras que su omisión tenía carácter excepcional y se hacía depender de razones perentorias (riesgo cierto de violencia o desamparo), por lo que no había ninguna incoherencia en la propuesta [J2]. Al distinguirse entre la regla general y la excepción, el debate se arrimó a un plano más jurídico, y vino a sugerirse que la posibilidad de objetar debería interpretarse restrictivamente. Este apunte (pre-)interpretativo entronca con una esti-

⁴⁶ Esta idea resulta un poco más clara en los debates de 2015 sobre la reforma de la LSSR-IVE: “no me digan ustedes que en condiciones normales y en una familia normal, una mujer que se lleva bien con sus padres va a ir a su papá, si puede evitárselo, a contarle que está embarazada, porque todos hemos sido jóvenes e inmaduros, y ustedes lo saben, si le dan la oportunidad de no hacerlo, igual se equivoca y no lo hace” (DS Senado, X Leg., Pleno, nº 171, 9/9/2015, p. 16973, de Aragón).

⁴⁷ A más de promover el aborto como única respuesta a los embarazos no deseados (cf. *infra*, nota 57).

mación sobre la conducta de los aplicadores del precepto, y por tanto sobre su eficacia social [J3]: ningún médico practicará un aborto – se predijo – a menos que esté seguro de que la alegación es fundada. Incluso quienes temían que la obligación de motivar la objeción a la notificación pudiese limitar la libertad decisoria de las menores confiaron igualmente en los médicos, y asumieron que estos no plantearían exigencias excesivas que entorpecieran el recurso a la excepción. Desde luego, también el pronóstico negativo sobre la eficacia de uso del artículo 13.4 quiso refutarse: se alegó que las menores se iban a comportar debidamente, y que las objeciones serían tan excepcionales como los son las circunstancias familiares extremas. Y sobre la base de esta doble asunción, los defensores de la ley consideraron innecesario incorporar controles adicionales como la verificación por un trabajador social de la situación de riesgo intrafamiliar [posición C1’].

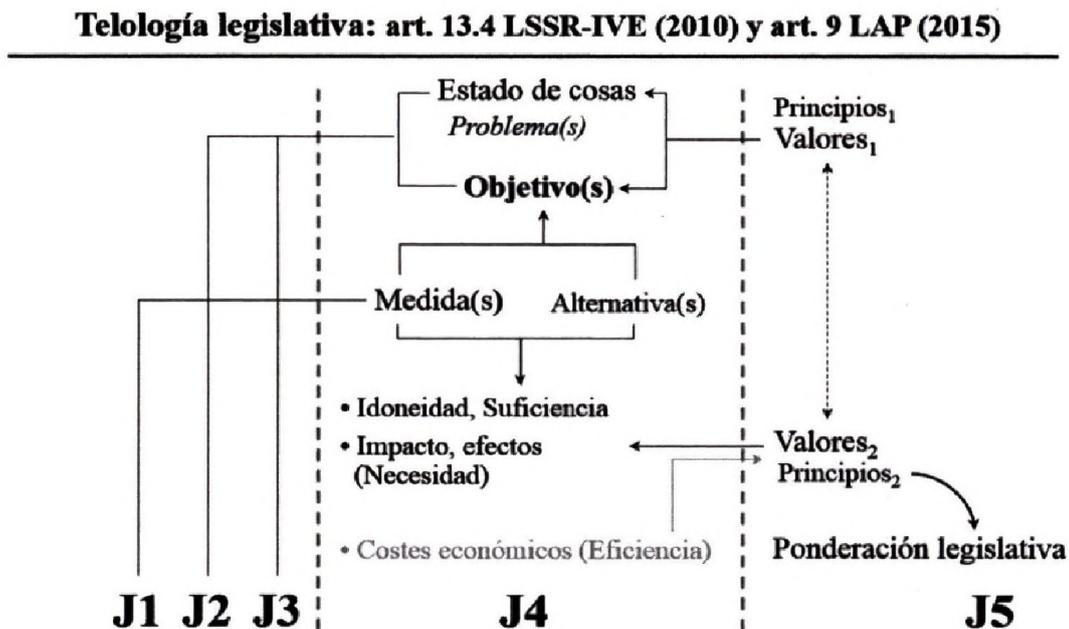
Pese al escueto alcance del ejemplo, creo que muestra cómo este análisis puede ayudar a entender mejor algunos aspectos del contenido y la estructura de la deliberación, e incluso sirve para ilustrar el *potencial* justificatorio del debate legislativo. En esta confrontación argumentativa vemos, por un lado, que los parlamentarios aducen e intercambian razones en los cinco niveles de justificación que señalaba antes: el núcleo argumental atañe a la instrumentalidad de la ley y a los valores o principios constitucionales en juego, pero también se abarcan puntos relativos a la eficacia social, la sistematicidad jurídica y la formulación lingüística. Uno diría que se abordó el problema desde todas las perspectivas relevantes y que, por lo menos, se pusieron sobre la mesa las cuestiones pertinentes. Es verdad que en los debates encontramos también contradicciones lógicas y afirmaciones falsas, así como muchas alusiones, digamos, erísticas, según es habitual en política. Eso, sin embargo, no altera el que diputados y senadores se embarcaran en una discusión *legisprudencial* bastante completa. Por otro lado, este ejemplo ayuda a apreciar cómo los argumentos legislativos llegan a ser muy complejos y atraviesan diversos planos de justificación. A más de aumentar el valor informativo del debate, esto permite sacar a la luz tensiones y conexiones entre ellos – lo cual tiene a su vez implicaciones dialécticas –.⁴⁸ Se dirá, con todo, que lo único que obtenemos hasta ahora viene a ser un arco o espectro, más o menos ordenado, de las razones que intercambian o aducen los legisladores. Pero el análisis precedente puede extenderse a otros aspectos cruciales en la justificación de leyes.

⁴⁸ Por ejemplo, cuando se plantea una confrontación en un nivel justificatorio, los parlamentarios pueden, saltando a otro nivel, defender o reforzar su argumentación, criticar la ajena, cambiar el foco de discusión y escapar de una objeción para la que no tienen respuesta, etc.

5. TELEOLOGÍA LEGISLATIVA

Intentaré mostrar ahora cómo podríamos abordar la teleología legislativa y el modo en que se maneja en el debate parlamentario. Para ello, como apuntaba, hace falta acoplar al análisis algún esquema de racionalidad instrumental basada en valores.⁴⁹ Una propuesta tentativa, inspirada en la estructura de la proporcionalidad, y con espacio para relaciones entre todos los planos de justificación, podría ser esta (Figura 4):

Figura 4. Teleología legislativa en los debates sobre el artículo 13.4 LOSSR-IVE



Con este esquema, los argumentos identificados en la fase anterior se pueden ordenar de modo similar al que los teóricos de la legislación prescriben para justificar leyes.⁵⁰ Así, partiríamos de la (discusión sobre la) definición de un problema, o sea de una descripción, cargada axiológicamente, de un estado de cosas actual (diagnóstico) o de un pronóstico sobre su desarrollo. Es decir, los parlamentarios discuten una situación o tendencia social que estiman defectuosa y necesitada de acción legislativa. Al hacerlo, suelen aludir a su responsabilidad institucional y a la función del parlamento como centro normativo de la sociedad, así como a la demanda ciudadana de cambio legal y al respaldo de los votos (el valor de la representación democrática impregna la deliberación). Típicos al construir el problema son argumentos como que la situación afecta a valores o bienes constitucionales [J5], que el marco legal vigente no cubre la necesidad detectada, por ejemplo porque es

⁴⁹ Se trataría, por así decir, de "importar" las razones de las figuras anteriores a este esquema.

⁵⁰ Véase, más arriba, la nota 28.

inseguro o incierto [J2], o porque se ha revelado socialmente ineficaz [J3] o no ha logrado cumplir sus fines [J4]. Todos esos argumentos se adujeron respecto al grueso de la ley del aborto de 2010,⁵¹ y tres de ellos respecto al tema de las menores.⁵² Quien impugne la necesidad o demanda social (negación del problema),⁵³ querrá rechazar en bloque el proyecto, y así ocurrió en nuestros debates.⁵⁴ Pero una vez que se contemplan medidas para corregir o promover un estado de cosas, los legisladores han de identificar y justificar los objetivos o fines perseguidos. Los objetivos legislativos pueden escindirse a su vez en dos grandes bloques, no siempre coincidentes, según se prediquen de la ley en su conjunto o de disposiciones concretas. Los valores o principios empleados al definir el problema se usan a su vez para justificar los fines, lo que daría un primer conjunto de valores de referencia [Valores/Principios₁]. En el ejemplo, tenemos el deber de proteger la (salud de la) menor, la autodeterminación individual, el principio de igualdad y el derecho a la

⁵¹ Por todos, en los debates de 2010, véase D1, p. 25b (Aído) y p. 39a (Alonso); y D4, p. 4b-5a (Hernández).

⁵² El deber tuitivo del Estado para con las menores y la autonomía de estas [J5] no se veían realizados con la ley preexistente, que excluía la IVE del régimen general y no la trataba, según quería el proyecto, como una prestación sanitaria [J2], lo que en casos de riesgo intrafamiliar producía el efecto de que las menores acudiesen al circuito clandestino (poniendo en peligro su salud), o bien que se forzase su voluntad [J4].

⁵³ También puede negarse la base jurídica de la acción legislativa, es decir, puede reconocerse el problema, pero no la competencia para regularlo.

⁵⁴ En 2010 fueron negadas tanto la necesidad como la demanda social, aunque con ello se atacaba más bien el contenido y los medios propuestos: oradores de todas las formaciones aceptaron la existencia de algunos problemas que había que abordar, y de uno particularmente: la tasa creciente de abortos y embarazos no deseados. En cuanto a la necesidad social, se puso en duda al menos uno de los problemas definidos por el gobierno: la inseguridad jurídica sobre la sanción penal (D1, p. 25b, Aído; D2, p. 14a, Montón): el gobierno “pretende confundir cuando argumenta que el objetivo principal de la reforma (...) es que las mujeres que decidan abortar no vayan a la cárcel. ¿Ha ido alguna mujer a prisión en el último cuarto de siglo, señora ministra? Ninguna” (D1, p. 27a-b, Salvador). Pero sobre todo, se negó la demanda social: así, por ejemplo, D4, p. 12a (Dueñas) y D5, p. 3606a-06b (Fuente). De nuevo, esta objeción parece referida al contenido de la ley (se cuestiona la demanda *de estas medidas*), no tanto al problema, que es a lo que aludía el grupo del gobierno (D5, p. 3590a, Pajín). Se ha “querido justificar la necesidad de modificar la actual legislación” por su “defectuosa aplicación” en términos cuantitativos (elevado y escandaloso número de abortos) y cualitativos (en muchos casos se vulneraría la *lex artis* asistencial); “ahí es, por tanto, donde para nosotros el trabajo legislativo habría tenido una gran justificación y un enorme interés; (...) el Gobierno lo que ha hecho es tomar esto, la defectuosa aplicación de la actual legislación, como excusa para (...) ampliar más la posibilidad de que se aborte” (D2, p. 12a-b, Cervera, quien en cierto modo se ve corregido después por una diputada de su mismo grupo, para quien “la ley que tenemos hasta ahora funciona razonablemente bien”, D5, p. 3600a, Dueñas). La negación de la necesidad y de la demanda social de cambio legislativo fue uno de los puntos centrales en los debates sobre la modificación de la LOSSR-IVE en otoño de 2015.

intimidad (Figuras 1 y 2).⁵⁵ Los valores o principios que sustentan los fines legislativos suelen compartirse de largo, y es raro que se presenten de una manera que suscite desacuerdo; el conflicto se refiere más bien a su aplicación al tema que se quiere regular.⁵⁶ Y normalmente tampoco los objetivos mismos, los más generales al menos, resultan controvertidos – pero abundan, a cambio, las acusaciones de fines ocultos.⁵⁷ Desde el ángulo instrumental[J4], las disputas esenciales brotan al debatir los medios con que alcanzar los objetivos legislativos. Dos ataques básicos pueden lanzarse contra toda propuesta: de un lado, que no logrará los fines o resultados que pretende (inidoneidad) o que lo hará solo limitada e insatisfactoriamente (insuficiencia); de otro lado, que traerá consecuencias sociales negativas (impacto) que se podrían evitar o minimizar adoptando medidas alternativas. En nuestro caso, suprimir el permiso parental se criticó como medio inadecuado (para lograr uno de los fines clave de la ley: reducir embarazos no deseados y abortos en adolescentes) y además contraproducente (por alentar la visión de la IVE como método anticonceptivo y abrir un hueco que usarían las menores para abortar a espaldas de su entorno, lo que encima las privaría del debido amparo).⁵⁸ En este punto del

⁵⁵ Todos volvieron a aducirse en 2015 en contra de la reforma de la ley, si bien de la intimidad apenas se hizo alguna mención indirecta: DS Congreso, X Leg., Comisiones (Sanidad y Servicios Sociales), nº 859, 7/7/2015, p. 3 (Tardà i Coma); algo más relevante fue en las enmiendas a la totalidad con texto alternativo: Enmienda nº 1 (GP Mixto, BNG), DS Congreso, X Leg., Serie B (Proposiciones de ley), nº 219-4, 2/7/2015, p. 1 ss.

⁵⁶ En los debates de 2010, las referencias expresas a los objetivos fueron heterogéneas. La LOSSR-IVE buscaba acabar con la inseguridad jurídica del sistema anterior, tanto respecto a las mujeres que deciden abortar como a los profesionales sanitarios; homogeneizar la aplicación de la regulación en todo el Estado; garantizar que la IVE se practique con garantías sanitarias; impulsar una mejor educación sexual y reproductiva; y reducir la tasa de embarazos no deseados y abortos, en especial entre la población joven. Cf. D1, pp. 25a y 26a (Aído); D4, p. 4b (Hernández); D4, p. 10a-b y D5, p. 3609a (Lertxundi); D5, p. 3584b (Caballero) y pp. 3585b y 3596b (Casas); y también, incidiendo en la seguridad jurídica y sanitaria, D1, p. 31a (Fernández Dávila); D2, pp. 2b y 14a y D3, p. 29b (Montón); D5, p. 3598b-99a (Hernández). De esos objetivos generales de la ley, los tres últimos fueron invocados al debatir el tema de las menores, sobre todo el objetivo de reducir embarazos no deseados y abortos, sobre el que hubo unanimidad. Y en los debates sobre el art. 13.4 se discutieron dos fines específicos adicionales: prevenir que *las menores* aborten de forma clandestina y evitar que su entorno las violente.

⁵⁷ Tanto en 2010 como en 2015, la cuestión de las intenciones ilegítimas escondidas tras la acción legislativa fue omnipresente. En 2010 el gobierno quería, entre otras cosas, imponer el aborto libre, recuperar el control de la agenda política y desviar la atención de la crisis económica y social (cf. e.g. 2010 D3, p. 26a-b y D2, p. 12a-b, Cervera; D4, p. 3b, Dueñas). En 2015, también entre otras cosas, se quería contentar al ala fundamentalista del Partido Popular para asegurarse sus votos en las inminentes elecciones generales, e incluso imponer a la sociedad una determinada moral religiosa. Entrar en el problema de las intenciones ocultas, las mentiras y verdades legislativas, y la legislación simbólica (en sentido peyorativo) nos llevaría demasiado lejos. Véase, recientemente, A. SIEHR, «Symbolic Legislation under Judicial Control», *Rational Lawmaking under Review*, Dordrecht: Springer, 2016, p. 315 ss.

⁵⁸ Ambos argumentos se reiteraron en 2015 a favor de la reforma de la LSSR-IVE.

examen teleológico, los parlamentarios avanzan méritos y dificultades de las opciones legislativas, intercalando enunciados fácticos (sobre todo pronósticos: se producirá o no tal efecto) y normativos (el efecto se valora como positivo o negativo).⁵⁹ Topamos aquí con un rasgo típico de la justificación de leyes que destacó en estas deliberaciones: la centralidad de los argumentos consecuencialistas y las apreciaciones prospectivas sobre impacto. En el ejemplo, la aceptabilidad del artículo 13.4 LOSSR-IVE se hizo depender, en último extremo, de un pronóstico acerca de las eventuales consecuencias fácticas: si la tesis del coladero se demuestra errónea, i.e. si la regulación excepcional es utilizada tan solo en circunstancias extremas de riesgo y la participación y el amparo de los padres se asegura en la gran mayoría de las ocasiones, entonces uno de los principales argumentos en contra del artículo 13.4 – en términos de una legislación basada en evidencias, acaso el más fuerte – se desvanecería.⁶⁰ Pero junto a los argumentos acerca del impacto, los parlamentarios emplearon asimismo razones de otros niveles para justificar o

⁵⁹ Aunque no ocurrió en los debates de 2010 (de ahí el sombreado en el esquema de la Fig. 4), también pueden aparecer consideraciones sobre la eficiencia económica o el coste que implica la ley. En los debates de 2015 sí hubo razones de “eficiencia procedimental u organizativa” (L. KISSLER, *Rechtssoziologie für die Rechtspraxis*, Neuwied: Luchterland, 1984, p. 151-52), es decir, razones sobre el coste en términos de tiempo y dinero de la tramitación de una reforma legal que – eventualmente – volvería a derogarse en unos meses. Cf. por ejemplo, DS Congreso, X Leg., Comisiones (Sanidad y Servicios Sociales), nº 859, 7/7/2015, p. 6 (de las Heras); o DS Senado, X Leg., Pleno, nº 171, 9/9/2015, p. 16951 (Guillot) y p. 16957 (Mulet).

⁶⁰ En los debates de 2010, un senador fue la defensa de su postura a las estadísticas que habrían de confirmar la inidoneidad de la ley para reducir el número de abortos y embarazos no deseados: “la emplazo, señora ministra, a que dentro de un año o año y medio venga con las estadísticas y veamos si hemos conseguido – ojalá sea así; lo deseo sinceramente – reducir el número de embarazos no deseados y de abortos. No va a ser así” (D5, p. 3587a, Casas). Durante los debates de 2015 sobre la reforma de la LOSSR-IVE se afirmó, por ejemplo: “en 2013, último año del que tenemos cifras oficiales, se ha registrado la tasa de abortos más baja de los últimos siete años, especialmente entre las menores de 30 años” (DS Senado, X Leg., Pleno, nº 171, 9/9/2015, p. 16979, Berja). Y un diputado trataba de justificar así su cambio de postura (respecto de la mantenida en 2010): “como reiteradamente se han recordado unas declaraciones que, efectivamente, hice en su momento, las quiero recordar en su literalidad. Dije en aquella ocasión: Si mi hija tuviera que abortar, a mí me gustaría que me lo dijera para poder acompañarla. Pero también me he acordado ahora, al escuchar a la portavoz del [Grupo Popular, impulsor de la reforma] y sobre todo al resto de los parlamentarios que han intervenido en el debate, de lo que dijo una vez Keynes cuando le reprocharon que había cambiado de opinión o que había matizado una opinión porque le habían convencido los argumentos. Dijo: Cuando cambia la realidad y cambian las circunstancias y me convencen nuevos argumentos, yo cambio de posición. Y preguntó: ¿Usted qué hace, caballero? Yo he cambiado de posición porque me han convencido los argumentos que he escuchado en otras ocasiones en este Pleno sobre este asunto” (DS Congreso, X Leg., Comisiones – Sanidad y Servicios Sociales, nº 859, 7/7/2015, p. 70, Barreda). Cf. *infra*, nota 75.

para criticar la medida. Se discutieron, así, implicaciones jurídico-sistemáticas respecto a otras regulaciones sobre menores, a la patria potestad o al derecho comparado [J2], y hubo también razones sobre la formulación lingüística de la ley [J1] y sobre su eficacia de uso y aplicación [J3].

Al comparar medios, la dimensión axiológica pasa de nuevo a primer plano. Reaparecen los valores o principios aducidos al justificar los fines legislativos, pero eventualmente pueden sumarse otros no considerados antes (e.g. la no discriminación socio-económica o la intangibilidad de la familia como unidad social básica). Por así decir, el meollo está en cómo los parlamentarios enjuician los medios propuestos a la luz de este segundo conjunto de bienes [Valores/Principios₂]; y es sobre todo ahí cuando se centran en la interpretación de normas y principios constitucionales y procuran delimitar su alcance (en estos debates hubo incluso referencias a la jurisprudencia nacional e internacional, a las recomendaciones de organismos internacionales sobre el cumplimiento de convenios o tratados suscritos por España, etc.). Llama la atención, a este respecto, que los valores o principios se traten de forma aproblemática; quiero decir que los oradores no advierten – o no tematizan – posibles colisiones dentro de su respectiva postura. Todos niegan que las medidas del contrincante sean necesarias (pues tendrán consecuencias constitucional o moralmente intolerables) y hacen ver que la medida que defienden no afecta, afecta menos o promueve más un valor o principio dado. Pero dentro de las intervenciones individuales no se contemplan discordancias internas, que sí se aprecian, en cambio, al contrastar los argumentos a favor y en contra de las medidas. De tal manera, puede ocurrir – así, en nuestro ejemplo – que al discutir el artículo 13.4 salga a la luz un conflicto entre un fin general de la ley (reducir abortos en menores), justificado en el deber de protección del menor y de la salud, y los fines más específicos del precepto discutido (prevenir los abortos clandestinos y las continuaciones forzadas de embarazo), justificados además en la autonomía (frente a la cual, a su vez, cabe invocar otros bienes constitucionales). Y puede suceder también, por seguir con nuestros debates, que ese conflicto se haya de integrar dentro del marco más amplio de una colisión entre un derecho fundamental de protección (de la vida no nacida) y otro de defensa (libertad decisoria de la madre).

En escenarios como estos, la deliberación parlamentaria podría resignificarse como una ponderación. Y aquí la cuestión interesante, bajo el punto de vista de la teoría jurídica, es si la reconstrucción de esa ponderación tendría que seguir los mismos modelos que suelen emplearse para los tribunales (constitucionales), o si habría que reestructurar nuestra concepción adjudicativa de la ponderación y adaptarla a las peculiaridades del momento legislativo (quizá e.g. reforzando la multipolaridad para reconstruir mejor escenarios de colisión entre más de dos

principios).⁶¹ Lamento no poder ofrecer ninguna sugerencia de reconstrucción. Aunque la ponderación – en cuanto esquema general de razonamiento que ayuda a justificar cuál de entre varios principios debe prevalecer y en qué grado – planea sobre muchos debates legislativos, lo único que he podido observar hasta ahora es que los parlamentarios ponderan más bien en el sentido literal del término, o sea poniendo argumentos normativos en la balanza, pero sin una pauta reconocible para sopesarlos. El problema, en una palabra, es que la ponderación legislativa es fundamentalmente opaca.⁶² Incluso hasta los propios legisladores pueden no ser conscientes de que están ponderando bienes contrapuestos.⁶³

6. CALIDAD JUSTIFICATORIA Y CONTROL PROCESAL DE LA LEGISLACIÓN

Al tipo de análisis que he sugerido aquí se le pueden poner numerosas pegas. Una de sus mayores carencias es que no suministra criterios de calidad o de crítica que permitan evaluar la deliberación y adscribirle mayor o menor fuerza justificatoria. Esa tendría que ser, por demás, la aspiración última de cualquier enfoque legisprudencial. Ahora bien, ¿qué significa “calidad” en este contexto, y cuál sería una aproximación adecuada y operativa para determinarla, o aun medirla? Para intentar responder a esta pregunta cabe seguir dos grandes caminos,⁶⁴ según se pretenda formular una valoración *legisprudencial* completa o una valoración restringida al marco del control de *constitucionalidad* de las leyes. Aquí me limitaré a tantear

⁶¹ Respecto a la ponderación judicial, e.g. M. BRECKWOLDT y M. KLEIBER, «Grundrechtskombinationen», en M. Klatt (ed.), *Prinzipien theorie und Theorie der Abwägung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, p. 1 ss. Un análisis de la ponderación legislativa ofrece J. SIECKMANN, «Rational Lawmaking, Proportionality and Balancing», *Rational Lawmaking under Review*, Dordrecht: Springer, 2016, pp. 349-72. Cf. ATIENZA (*El derecho como argumentación*, p. 169 ss.), para quien tanto la ponderación judicial de directrices como la de derechos son trasladables al campo legislativo; sobre la discrecionalidad en el caso de las reglas de fin, *ibid.* p. 165 ss.

⁶² Cf. M. BOROWSKI, «La sujeción a determinaciones del legislador en la ponderación», en J. Sieckmann *et al.* (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, Granada: Comares, 2011, p. 133 ss.

⁶³ Así ocurrió en los debates de 2010, al menos, con la cuestión del consentimiento de las menores: la única colisión que los parlamentarios consideraron de un modo explícito es la que tiene lugar entre el derecho a la vida y la autodeterminación de la madre: cf. D3, p. 25b (Pigem); y D4, p. 8b y D5, p. 3612b (Candini).

⁶⁴ Estas dos líneas de evaluación vienen a corresponderse con los dos focos de interés jurídico (teórico y dogmático-constitucional) que apuntaba al principio del trabajo. Véase, para una aproximación tentativa a la primera línea, OLIVER-LALANA, «Rational Lawmaking and Legislative Reasoning», p. 171 ss.

un poco la segunda opción, es decir, cómo podría un tribunal evaluar la deliberación parlamentaria en cuanto parte central del proceso de justificación legislativa. Entre otras dudas,⁶⁵ el control judicial de proceso de justificación legislativa suscita dos que conviene despejar al plantear su extensión al debate parlamentario. Una es si debería ser un control de “óptimos” o de “mínimos”. Creo que es fácil descartar lo primero: al igual que en las formas de revisión judicial que se orientan a la ley como resultado, en la revisión procesal un tribunal debería efectuar un control negativo o de mínimos, nunca uno de excelencia justificatoria. La otra duda es si el control procesal ha de jugar solo a favor o también en contra de los legisladores. Esto es ya más discutible, pero no encuentro motivos concluyentes para rechazar el ejercicio simétrico de esta modalidad de control: el debido cuidado en el proceso y el método de justificación legislativa debería pesar a favor de la constitucionalidad de la ley tanto como el descuido debería pesar en contra.⁶⁶ Aplicado a los debates parlamentarios, entonces, la revisión judicial habría de exigir tan solo ciertos mínimos justificatorios y, dentro de esos parámetros, recompensar el buen razonamiento legislativo y castigar el malo. El problema, claro, es cuáles serían esos mínimos. Recordemos el caso *Hirst*, donde se reprocha a los legisladores, al hilo de un juicio de proporcionalidad, que no ponderasen los bienes implicados en la restricción del derecho al voto ni la debatiesen de forma “sustancial”.⁶⁷ La total ausencia de deliberación o de tematización de las implicaciones constitucionales de la ley acaso pueda identificarse sin gran esfuerzo. Cabe imaginar otros escenarios, sin embargo, donde resulte difícil apreciar si las deliberaciones (en pleno o en comité) han sido lo suficientemente “sustanciales”: ¿cómo determinaría un tribunal si los legisladores han argumentado de manera tan pobre, o tan razonable, que sus debates pueden ser decisivos, o al menos pesar negativa o positivamente en la valoración material de los méritos del caso? Ante todo, habría que definir criterios (procesales) de evaluación. Hasta donde conozco, las propuestas al respecto son todavía pocas y no muy concretas. Consideremos brevemente tres de ellas.⁶⁸ Con arreglo a la primera – que no se plantea tanto con relación al control procesal cuanto que a la interpretación de la constitución –,

⁶⁵ Cf. D. OLIVER-LALANA, «On the (Judicial) Method to Review the (Legislative) Method», *International Workshop on Evidence-Based Review of Legislation*, Nuremberg, 2016, p. 3 ss.

⁶⁶ BAR-SIMAN-TOV, «Semi-Procedural Judicial Review»; KAVANAGH, «Proportionality and Parliamentary Debates», p. 24. Cuestiona que este control deba ir en perjuicio de los legisladores, por ejemplo, M. RAABE, *Grundrechte und Erkenntnis*, Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 385-86. Cf. COENEN, «The pros and cons», p. 2878-79 y J. GERARDS, «Procedural review by the ECtHR – A Typology», *International Workshop on Evidence-Based Review of Legislation*, Nuremberg, 2016, p. 10 ss.

⁶⁷ Véase, más arriba, la nota 13.

⁶⁸ Otra podría ser la de L. LAZARUS y N. SIMONSEN, «Judicial Review and Parliamentary Debate: Enriching the Doctrine of Due Deference», M. Hunt *et al.* (eds), *Parliaments and Human Rights*, Oxford: Hart, 2015.

congressional performance is adequate, and congressional capacity to engage in good constitutional analysis is demonstrated, when those who refer to constitutional questions speak in “constitutionalist” terms – connect their constitutional concerns and analyses to some broader ideas about constitutionalism, the separation of powers, and the rule of law, make reference to relevant constitutional provisions, and the like. The criterion, that is, is whether those participants who deal with constitutional questions appear to be thinking about those questions in the right way, with the Constitution and constitutionalism in mind.⁶⁹

Algo menos vaga es la segunda. Su autora intenta precisar el criterio de la “implicación parlamentaria” (*parliamentary engagement*) en materia de derechos básicos alrededor de tres puntos, que sintetizarían a su vez la práctica de los tribunales británicos:

(i) Was there a legislative focus on the human rights issue? (ii) Was there active parliamentary deliberation on that issue? (iii) Were the opposing views fully represented in that deliberation? It must be emphasized these three issues (focus, deliberation and participation) do not in any way comprise a three-part ‘test’ (...). They are simply different indicators of parliamentary engagement with human rights which have received mention in the case law.⁷⁰

Y la tercera propuesta, también en el contexto anglosajón, se inspira en la teoría de la prueba y el modo en que los jueces valoran la relevancia y confiabilidad de las evidencias alegadas en un juicio ordinario (la idea subyacente sería algo así como definir estándares procesales para valorar la solidez de las “evidencias legislativas”):

Parliamentary debate (...) is a piece of admissible second-order evidence because it is relevant to prove the large likelihood that the democratic assembly has made a proportionate choice in the legislation. Two types of procedural evidence (...) are illuminating. The first is the debate of MPs on the floor and the second is ministerial deliberation and response. Courts are not in the position to adjudicate on the quality of their reasons, but it is legitimate for them to examine whether the parliament is equipped with sufficient information and take a right-sensitive approach by considering both supporting and opposing views in the debate.⁷¹

⁶⁹ M. TUSHNET, «Is congress capable of conscientious, responsible constitutional interpretation?», *Boston University Law Review* 89 (2009), p. 503.

⁷⁰ KAVANAGH, «Proportionality and Parliamentary Debates», p. 22. Que a resultados de la deliberación se introduzcan mejoras en el proyecto debatido bien podría ser un criterio añadido (lo emplea, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán en BVerfG 50, 290, 333-34 – *Mitbestimmung*).

Esta clase de propuestas muestran que el desarrollo de pautas para el control judicial de la deliberación legislativa no necesita partir de cero, sino que puede apoyarse en doctrinas jurídicas preexistentes y en criterios que, más o menos abiertamente, emplean ya algunos tribunales.⁷² Pero salta a la vista que son todavía demasiado abstractas, y tampoco dedican atención a las singularidades que puede presentar el análisis de debates parlamentarios. A lo mejor un enfoque legisprudencial como el que he intentado esbozar aquí podría ayudar en ese sentido (en especial, si logra integrar el momento de la deliberación con el conjunto de los materiales legislativos).⁷³ Cuando se trata de determinar la calidad de los debates, con todo, surgen nuevas complicaciones. Quizá la principal sea hasta qué punto resulta factible evaluarla en términos puramente procesales, sin entrar en el contenido de los argumentos. Las tres propuestas citadas van en esa dirección, aunque admiten también que no es fácil disociar la evaluación procesal de la evaluación material de las razones aducidas en el parlamento.⁷⁴ Y una duda conectada a la anterior es si habría que conceder algún papel a los buenos debates legislativos aun cuando no incidan en la decisión final, i.e. en aquellos casos en que las mayorías parlamentarias sean insensibles a cualquier argumento.⁷⁵ Por ejemplo, ¿debería la ausencia de modificaciones o mejoras al proyecto de ley influir negativamente en

⁷¹ F.H-Ch. CHUNG, «Defending Due Deference: Probing Procedural Propriety in Proportionality», *Statute Law Review* (2105), doi:10.1093/slr/hmv031, p. 19. La propuesta abarca otros elementos del proceso decisorio, pero pone énfasis en el deliberativo: “Correlating the operation of deference with evidence law, I (...) demonstrate how decision-making procedure can assist the court in carrying out this exercise. I suggest that the court decide on the weight ascribed to such evidence in accordance with the cardinal principles of evidence law, including relevancy, admissibility, reliability, and credibility” (p. 1); “courts should [go] further to inquire the quality of the process of parliamentary debate on the floor” (p. 20).

⁷² Sobre la posibilidad de adaptar los criterios de control judicial de la discrecionalidad y la ponderación administrativa al campo legislativo, M. REICHERZER, *Authentische Gesetzgebung*, Berlin: Duncker & Humblot, 2006, p. 449 ss.; o M. KLOEPFER, «Abwägungsregeln bei Satzungsgebung und Gesetzgebung», *Deutsches Verwaltungsblatt* 9 (1995), p. 441 ss. Cf. MESSERSCHMIDT, *Gesetzgebungsermessen*, p. 848 ss.

⁷³ Un análisis como el presentado en este trabajo puede tener implicaciones cualitativas (por ejemplo, en cuanto a la exhaustividad e inclusividad de la argumentación), o al menos aportar cierta información sobre el espectro y profundidad de las razones, la paleta de intereses representados, etc. En cualquier caso, como apuntaba antes, en una serie normal de debates parlamentarios no se puede discutir con gran detalle la justificación de cada una de las medidas que integrarán la ley, y a veces ni siquiera las medidas centrales. Esta limitación hace preciso conectar la deliberación con el conjunto de materiales y trabajos preparatorios, y aun con otros elementos extraparlamentarios del proceso justificatorio (esto resulta también de considerar el debate como un “concentrado” de la justificación social). Se dirá que no puede esperarse que un tribunal que decida controlar el proceso de justificación legislativa realice un análisis parecido al presentado aquí. Pero, al margen de supuestos extremos, no parece fácil juzgar la calidad de los debates parlamentarios si no es sobre la base de algún ejercicio semejante.

el juicio de constitucionalidad? Al valorar los debates, ¿tendríamos que tratar el respaldo electoral o democrático como un argumento de tipo formal que opera dentro de la deliberación? Y de hacerlo así, ¿jugaría en igual plano que los argumentos materiales o en otro, y cuál sería su peso? No es obvio cómo manejar estas cues-

⁷⁴ KAVANAGH, «Proportionality and Parliamentary Debates», p. 22-23: “It is not just a matter of the existence or quantity of debate, but also a matter of its quality, ie whether the human rights issue was squarely addressed or fully debated or whether the relevant views were adequately represented. Some evaluation of the content of parliamentary debate is necessary in order to establish whether this is the case”; aquí, la calidad puede referirse al contenido de los argumentos que aducen los parlamentarios, pero “it could also refer to the quality of the decision-making process (...). The latter addresses a different set of questions, namely, whether the human rights issue was addressed or debated and, if so, to what extent, how fully or inclusively, etc. It is true that (...) the courts must have some knowledge of the content of the debates and must take some stand on their quality. (...) Though it may be difficult to distinguish these two different types of inquiry in some cases, it is, I believe, possible to assess the quality of the decision-making process without evaluating the merits of the individual arguments”.

⁷⁵ La representación popular en el parlamento es al mismo tiempo “volitiva o decisionista y argumentativa o discursiva” (R. ALEXY, «Ponderación, control de constitucionalidad y representación», en R. Alexy y P. Andrés, *Jueces y ponderación argumentativa*, México: UNAM, 2006, p. 14), y ambas facetas pueden entrar en conflicto. Valga la deliberación sobre la reforma de la LSSR-IVE en 2015 como ejemplo: el esfuerzo argumentativo que hicieron todos los grupos de la oposición no logró cambiar ni una coma de la proposición de ley. En lo que casi parece responder “ni a los legisladores mismos les importa” al título de este trabajo, la diputada O. Enbeita se lamentaba: “Señorías, llegados a este punto, no sabemos ya ni qué decir sobre este tema. Está todo dicho. Hemos argumentado (...) y parece que no ha servido para nada” (DSCongreso, X Leg., Pleno y DP, n° 298, 16/7/2015, p. 59). En contraste con el énfasis que se puso en la objeción del coladero en 2010, los defensores de la reforma en 2015 se olvidaron del impacto del art. 13.4 LSSR-IVE. Solo los críticos argumentaron a partir de una evaluación retrospectiva (un informe de la Asociación de clínicas acreditadas para la IVE, que se invocó como baza pese a lo limitado de los datos y al carácter no oficial del estudio). Según se insistió una y otra vez, el porcentaje de jóvenes de 16 y 17 años que abortan sería del 3,6 % del total, y de ahí, en cerca del 90% de casos la menor estaría acompañada de progenitores o tutores. A juicio de (casi) todos, ese informe probaba que las objeciones a la notificación estaban siendo extraordinarias; no cabría afirmar, por tanto, un efecto de desprotección de las menores. No sé si esta baza era tan concluyente – si se integra con los datos que la misma Asociación facilita para 2010/11 –, pero es implausible que el art. 13.4 haya provocado numerosas situaciones de desamparo. Por lo demás, según las estadísticas oficiales del Ministerio de Sanidad (cf. *supra*, nota 60), la tasa de abortos entre jóvenes de hasta 19 años decreció desde 2009 (12.74 de cada mil IVE) hasta 2014 (9.92 de cada mil IVE). Aunque la interpretación de estas cifras requiere tener en cuenta muchos factores, seguramente derogar el artículo 13.4 ha sido un error: quizá no haya respuestas legislativas correctas (ATIENZA, *Curso*, p. 714), pero al menos esta tiene toda la pinta de ser incorrecta. No para los impulsores de la reforma, claro, que afirmaron legislar “en función de la realidad” (DS Congreso, X Leg., Pleno y Diputación Permanente, n° 287, 11/6/2015, p. 87, González Vázquez). Así y todo, aun cuando sean más las convicciones ideológicas y partidistas y menos las consideraciones legisprudenciales las que decidan el resultado, la deliberación parlamentaria conserva su potencial como fuente de justificación y proporciona al público interesado argumentos para valorar críticamente la legitimidad de las decisiones legislativas.

tiones;⁷⁶ y tampoco lo es cómo podrían operacionalizarse aproximaciones como las reseñadas (ni cómo integrar un enfoque legisprudencial con el control deliberativo que pueda efectuar un tribunal). Pero lo que esta falta de respuestas precisamente parece indicar es que la argumentación legislativa abre problemas relevantes *también* – y sobre todo – *para juristas*.

7. RECAPITULACIÓN

El propósito de este artículo era doble. Quería mostrar, por una parte, que el estudio de las razones de los legisladores electos está conectado con intereses propiamente jurídicos, tanto teóricos como dogmáticos (o sea, que no es tan solo un tema para las teorías de la democracia deliberativa o de la argumentación, o para disciplinas ajenas a las facultades de derecho); y que la manera habitual en que solemos ver la deliberación parlamentaria resulta insatisfactoria. Por otra parte, pretendía esbozar un enfoque para reconstruir y analizar los debates legislativos en el parlamento como fuente de justificación de la ley, para lo cual la legisprudencia proporciona un marco adecuado. He intentado ilustrar este enfoque con un ejemplo, e incluso he sugerido que podemos encontrar algún potencial de legislación racional (razonable y razonada) en las deliberaciones de los representantes políticos. Desde luego, en qué grado y bajo qué condiciones institucionales o ambientales puede actualizarse ese potencial es harina de otro costal. Sobra decir que mi ejemplo no prueba el desempeño ordinario de ninguna asamblea, y tal vez no costase mucho presentar contraejemplos. Pero eso tampoco implica que hayamos de descartar de antemano o por principio la capacidad justificatoria de los parlamentos. Así, la verdad, cuesta tomarse en serio una democracia constitucional. Si en el parlamento no se argumenta sobre las leyes, si las personas a quienes elegimos para ello no se molestan en dar razones públicas donde tienen que darlas, uno se pregunta por qué ha de respetarse lo que votan. Y algo parecido debería valer en el control constitucional: para un tribunal, tener delante una legislación no justificada no debería de ser indiferente. En qué medida pueda defenderse, a partir de ahí, una auténtica obligación jurídica de deliberación legislativa sería ya tema para un trabajo distinto.

⁷⁶ Que suelen discutirse más bien con relación al papel de los principios formales en la ponderación judicial; véase e.g. PORTOCARRERO, *Ponderación y discrecionalidad* (nota7).