Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 46, 2023, pp. 335-346
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.19

El modelo ideal (no irreal) del legislador que argumenta

The Ideal (Not Unrealistic) Model of the Legislator who Argues

Roberta Simões Nascimento

Autor:
Roberta Simões Nascimento
Universidad de Brasília, Brasil
bertasimoes@hotmail.com
https://orcid.org/0000-0001-8461-2562

Recibido: 10/06/2022
Aceptado: 10/09/2022

Citar como:
Simões Nascimento, Roberta (2023). El modelo ideal (no irreal) del legislador que argumenta. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 335-346. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.19

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Roberta Simões Nascimento

Resumen

El texto reflexiona sobre el papel y el estatus de la teoría de la legislación y defiende un cierto tipo de teoría más «realista» –que incorpore las prácticas de los legisladores de carne y hueso, que no se limite a conceptualizaciones abstractas o alejadas de ejemplos concretos, que analice las capacidades institucionales de cada sistema–, como punto de partida para ofrecer consejos útiles que contribuyan a mejorar las leyes y su justificación. Para ello, se explican dos presupuestos: el del Estado de Derecho y el del Derecho como principal herramienta de control social, los cuales requieren la racionalización de la potestad legislativa con la presentación de razones para las leyes. A continuación, se centra en el meollo de las preocupaciones de la teoría de la legislación, exponiendo algunos problemas comunes a los autores que se dedican al tema. Tras ello, son desarrollados los dos argumentos centrales, destacando la idea de que la concepción postpositivista del Derecho es condición de posibilidad de una teoría más «realista» de la legislación.

Palabras clave: Manuel Atienza; argumentación legislativa; teoría de la legislación; legisprudencia; legislador ideal.

Abstract

The text presents reflections on the role and status of the theory of legislation and defends a certain type of more «realistic» theory – that incorporates the practices of legislators in flesh and blood, that is not limited to abstract conceptualizations or far from concrete examples, that analyses institutional capacities –, as a starting point to offer useful advice that contributes to improving laws and

their justification. To this end, two assumptions are explained: the rule of law and law as the main tool for social control, which require the rationalization of legislative power with the presentation of reasons for statues. Next, it focuses on the core concerns of the theory of legislation, exposing some problems common to the authors who are dedicated to the subject. After that, the two central arguments are developed, highlighting the idea that the post-positivist conception of law is a condition for the possibility of a more «realistic» theory of legislation.

Keywords: Manuel Atienza; Legislative reasoning; Theory of legislation; Legisprudence; Ideal Legislator.

INTRODUCCIÓN[1]

Quiero agradecer muy vivamente a mis amigos y eternos maestros del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante por haberme invitado a formar parte de tan selecto grupo de juristas que han venido a este homenaje al profesor Manuel Atienza (Manolo). No tengo palabras para describir el honor que significa para mí estar aquí presente el día de hoy. Todavía apenas puedo creer que tuve como director de tesis el filósofo del Derecho español más influyente de las últimas décadas. Como me faltan palabras, voy directa al tema y lo único que deseo es que el profesor Manolo sienta la alegría que siento yo por estar aquí en ese momento.

Bueno, el tema de mi ponencia *El modelo ideal (no irreal) del legislador que argumenta* retoma el tema de mi tesis doctoral dirigida por el profesor Manuel Atienza sobre teoría de la legislación y la teoría de la argumentación legislativa. Mis argumentos centrales son dos: (1) la necesidad del desarrollo de una teoría de la argumentación legislativa más «realista», no al estilo de la Escuela de Génova, sino en el sentido que explicaré más adelante; y (2) el estatus jurídico de la teoría de la legislación, el cual solo es posible en el marco de una concepción postpositivista del Derecho como la de la Escuela de Alicante. Antes de llegar a eso, sin embargo, hay algunos presupuestos que quería compartir aquí, pues es desde donde querría empezar para justificar la importancia del estudio de estos temas.

El primer presupuesto es precisamente el Estado de Derecho. No hay duda de que es mejor un 'gobierno de leyes' que un 'gobierno de hombres'. Cualquier concepción del Estado de Derecho reclama que la legislación sea acordada y respetada por autoridades y ciudadanos. Con los Estados Constitucionales, un 'gobierno de leyes' asume la exigencia, en primer lugar, de que el propio gobierno esté sujeto al Derecho y, en

1. Este texto representa, con pequeñas adaptaciones, la conferencia que impartí en el encuentro «30 años de argumentación jurídica en Alicante», que fue concebido como un homenaje a Manuel Atienza con motivo de su jubilación. El evento, organizado por sus compañeros de Área de conocimiento de Alicante y por sus doctores, tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante los días 10 y 11 de junio de 2022. Agradezco a los profesores Josep Aguiló, Daniel González Lagier e Isabel Lifante por la invitación.

segundo lugar, de que el gobierno se ejerza a través de leyes. Así que el ideal implica que el poder de tomar decisiones vinculantes para la colectividad –es decir, leyes, reglas generales– también esté sujeto a determinadas exigencias, entre las cuales me interesa de modo especial la obligación moral de dar razones para las elecciones legislativas. En ese sentido, las cuestiones centrales del Estado de Derecho en los Estados Constitucionales pasan a ser: ¿Cómo aprobar buenas leyes? ¿Qué puede hacer el Derecho para volver justificable el sometimiento a las leyes? ¿Cuál es la manera de garantizar que el poder de legislar no sea ejercido arbitrariamente? Todo eso porque uno de los objetivos del Derecho es precisamente el de justificar la coerción del Estado a partir de determinados valores morales o fines caros a la sociedad.

El segundo presupuesto, consecuencia del primero, es la idea de que el Derecho es el mecanismo de control social más legitimado y, mientras las leyes sean la pieza más importante en el juego del Derecho, hay que seguir invirtiendo en desarrollar una teoría preocupada en cómo justificar la corrección y justicia de las leyes aprobadas en los parlamentos. El avance del Estado Constitucional supone una limitación del poder de los legisladores, que tienen que justificarse de forma más exigente. Si las leyes no pueden ser arbitrarias y deben tener objetivos (en especial, resolver problemas y colaborar a la transformación social), toca deliberar no solo sobre los medios necesarios para alcanzarlos, sino también sobre los propios fines y valores, pues la forma y el contenido de las leyes deben estar a su servicio. Ese componente moral, incluso, es lo que hace compatible la preocupación de la teoría de la legislación con una concepción postpositivista del Derecho. El propósito de promocionar la transformación social perfeccionando la manera de hacer las leyes no tiene cabida en una concepción estrictamente normativista del Derecho. Todo eso revela, además, que el objeto de la teoría de la legislación es mucho más que solo la técnica legislativa, limitada a ofrecer consejos lingüísticos.

2. LAS LEYES Y SU JUSTIFICACIÓN: PUNTO DE PARTIDA DE UNA REFLEXIÓN TEÓRICA

El objeto de la teoría de la legislación es básicamente un conjunto de conocimiento que intenta contestar las siguientes preguntas: ¿Cómo hacer buenas leyes? ¿Cómo legislar mejor? Ese es el tema de la calidad de las leyes, es decir, de una metapolítica legislativa, que se viene desarrollando a lo largo de los años con diversas iniciativas en diversos países. En la Unión Europea hay toda una organización involucrada en mejorar la calidad regulatoria de los países. La teoría de la legislación lo que hace es ofrecer pautas de cómo seleccionar los medios para maximizar los objetivos de las leyes, para lograr leyes efectivas, leyes que se cumplan. Pero, claro, dentro de las exigencias del Estado Constitucional, como ya he dicho, se exige más de que esa mera selección de pautas, más que una racionalidad instrumental (medios-fines). Una concepción postpositivista del Derecho exige también que, además de eso, se puedan dar criterios para discernir

entre los fines que están justificados y los que no, y qué fines pueden ser prioridades o preferibles a otros. Entonces, una teoría de la legislación en el Estado Constitucional incluye algo más que la selección de medios para ciertos fines: se trata también de discutir los fines. Y eso, que puede parecer solo un detalle, marca toda la diferencia. Y repito: la técnica legislativa a solas no permite discutir fines.

Debe notarse que en los últimos cincuenta o cien años, todos los autores que se han dedicado a ese momento prelegislativo –a esa labor que consiste en mejorar la legislación– han más o menos coincidido en que de lo que se trata es solo de poner ciertas exigencias. Esa idea central aparece bajo ropajes diversos, como las palabras legisprudencia, metódica, legística, etc, aunque a Manuel Atienza no le gusten estas etiquetas. Julius Cohen (1950) ha sido uno de los primeros en usar la expresión *legisprudence* para referirse al propósito de iluminar los caminos de la formulación de las leyes (*policy-making*) con la mejor luz que el conocimiento y la experiencia humanos puedan proporcionar. El problema es que luego Cohen (1983) dejaría claro que su propuesta era la de una disciplina necesariamente teórica, porque no creía en la posibilidad de una reconciliación entre teóricos y profesionales. Para él, los primeros están alejados de la resolución de problemas inmediatos, mientras que los últimos no se sienten cómodos con el lenguaje de la teoría y las cuestiones que plantea. En sus propias palabras: «*legisprudence is necessarily a theoretical discipline, concerned with general and abstract issues of more immediate interest to the philosophical analyst or critic than to the legal practitioner or legislator*». De hecho, esa brecha entre los teóricos y los prácticos impide el desarrollo de una teoría más «realista» de la legislación. Las preocupaciones son excesivamente orientadas a la teoría, la conceptualización, sin esfuerzos hacia cómo mejorar las prácticas.

Autores de otros países adolecen del mismo problema: teorías poco útiles, porque casi no ofrecen puntos de conexión entre el Derecho (y los ideales abstractos) y la realidad de los legisladores (y sus problemas en concreto). En Portugal y en Brasil, por ejemplo, se prefiere usar la palabra legística, lo que se debe a los desarrollos del portugués Carlos Blanco de Morais (2007), que ha tenido mucho éxito en Brasil. En Alemania, la preocupación por el trabajo legislativo ha tenido exponentes como Peter Noll (1973) e Ulrich Karpen (1989). Se podrían seguir inventariando los diversos autores de otros países que se han dedicado al desarrollo de teorías de la legislación. En todos ellos, como decía, lo que se va a encontrar es básicamente la idea de que hay que exigir a los legisladores que cumplan determinadas pautas, ciertos niveles mínimos de racionalidad. Y eso es básicamente lo que se encuentra en el esquema de Manuel Atienza, con la diferencia de que su modelo, yo diría, sigue siendo el más conciso, preciso, y objetivo. Son conocidos los planteamientos de Manuel Atienza, en el sentido de que «*el proceso de producción de las leyes puede entenderse como una serie de interacciones que tienen lugar entre elementos distintos: editores, destinatarios, sistema jurídico, fines y valores; y que da lugar a diversos niveles de racionalidad: lingüística, sistemática, pragmática, teleológica*

y axiológica.». No voy a detenerme a explicar los diversos niveles de racionalidad que señala Atienza, pues los mismos son de sobra conocidos.

Sin embargo, me gustaría llamar la atención sobre el hecho de que la teoría de la legislación de Manuel Atienza no refleja las prácticas reales de los legisladores, no es descriptiva, sino eminentemente normativa y en gran medida analítica. Eso ni de lejos disminuye el valor de la misma, especialmente porque sus desarrollos han traído la luz un tema fundamental: la indiscutible necesidad, desde un punto de vista teórico, de que los legisladores presenten razones para las leyes que aprueban. Sin embargo, lo que planteo es: ¿Habría una obligación (jurídica) de los legisladores en fundamentar las leyes con razones? Nadie duda de que leyes racionales son las leyes que cuentan con buenas razones, o sea, leyes que hayan sido aprobadas bajo un proceso de justificación, leyes que puedan justificarse discursivamente. Pero la cuestión es: ¿Hay un derecho fundamental a la justificación legislativa en nuestros sistemas jurídicos hoy?

Rainer Forst (2007), discípulo de Habermas, sostiene precisamente que sí habría un deber por parte de las autoridades del Estado de dar razones adecuadas para normas, pero la verdad es que el actual desarrollo de nuestras teorías todavía no ha llegado a ese nivel. Al menos esa es mi opinión. Forst defiende que habría lo que él llama un derecho «moral» a esta justificación legislativa, basándose en una exigencia de la igualdad entre los hombres, que encaja con su teoría política, que no voy a desarrollar aquí, pero trae algunas dificultades de orden práctico. Lo explico. Mi experiencia en el Congreso Nacional de Brasil, cerca de lo que hacen los legisladores, de su trabajo, me dice que no se puede exigir tanto y por eso siempre he tenido la preocupación por teorías demasiado abstractas, exigentes, en un nivel tan alto, que no reflejan la realidad. O sea, si se pone una exigencia tan alta (justificación para cada una y todas las decisiones), no habrá capacidad institucional para alcanzar ese ideal normativo. Y más: un derecho «jurídico» a que los legisladores den razones de las leyes que aprueban conllevaría a que muchas leyes fuesen declaradas inconstitucionales por falta de ese requisito.

Una de las preguntas que los alumnos siempre me suelen hacer cuando explico la teoría de Manuel Atienza es: ¿Pero hay que motivar todos los artículos de las leyes, artículo por artículo? ¡Que no! No hay que motivar cada artículo. Entonces, preguntan; ¿Y hay que saturar la argumentación, es decir, hay que poner todos los argumentos? ¡Que no! No se puede exigir tanto. Y tampoco –y eso es lo que quería decir– la falta de una justificación sería un vicio de inconstitucionalidad o un vicio de invalidez. Desafortunadamente, a la pregunta *¿Qué más da que los legisladores no justifiquen las leyes?* La única respuesta es *«No pasa nada»*, porque todavía no estamos en este nivel. El desarrollo de nuestra tecnología jurídica no alcanza a tachar de inconstitucional una ley por la falta (o déficit) de justificación. Las iniciativas destinadas en general a mejorar la calidad legislativa –ya sean las directrices de la teoría de la elaboración de leyes, de la legislación, o programas como «Legislar mejor», entre otros– nunca estuvieron destinadas a ser objeto de revisión judicial.

Como decía, la teoría de Manuel Atienza es una teoría normativa. Otras teorías son descriptivas. Entre las teorías que describen cómo se hacen las leyes, una de la más famosas es la *public choice theory*, la teoría de las elecciones públicas, conocida por todos, de raíz norteamericana. Para esa teoría todos los movimientos de los políticos, incluidos los legisladores, se explican básicamente como dirigidos hacia las elecciones, para mantener (o preferentemente aumentar) su poder, o sea, que ellos actúan para maximizar sus propios intereses. Las reglas del juego político incentivan a que el voto en favor de una ley se convierta en moneda de cambio (el llamado *logrolling*, *ten con ten* o *quid pro quo*) para la obtención de apoyo político. Esa es una de las explicaciones descriptivas de cariz escéptico (pesimista), casi que con desconfianza hacia los parlamentarios; que mira el mundo de la política real, y en la que las leyes serían fruto de motivaciones individuales, no de intereses públicos o el bien común. Ese panorama teórico, sin embargo, no contribuye a mejorar las prácticas.

Por otro lado, otra teoría normativa que se hizo muy famosa es la teoría de Jeremy Waldron (2016, 2006, 2005, 2003), que ofrece principios procedimentales de la legislación. Su preocupación es construir una teoría de la legislación democrática. Son siete los principios de la legislación de Jeremy Waldron: 1) el principio de la legislación explícita (las leyes existentes deben modificarse explícitamente); 2) el deber de cuidado o diligencia al legislar (con atención a los intereses y libertades en juego); 3) el principio de representación (la legislación debe ser discutida en un foro que reúna opiniones e intereses importantes de la sociedad); 4) el principio del respeto por el desacuerdo (que requiere la oposición real); 5) el principio de deliberación responsable (o responsabilidad en la deliberación); 6) el principio de formalidad legislativa (que exige un debate estructurado con foco en las propuestas); y 7) el principio de igualdad política y la regla de decisión mayoritaria. Como se ve, Waldron no llega a discutir contenidos y su interés se centra en que la legislación se produzca bajo ciertas condiciones procedimentales. Por sus creencias en conjunto sobre las capacidades de los legisladores, la teoría de Jeremy Waldron ha sido muy criticada por ofrecer una imagen «color de rosa» de los parlamentos.

3. POR UNA TEORÍA MÁS «REALISTA» DE LA LEGISLACIÓN

He hecho todo este recorrido para proponer la necesidad de construir una teoría más «realista» de la legislación. Antes de que el profesor Manolo me critique por pensar que me refiero a la concepción del «realismo genovés», voy a explicar qué entiendo por «realista». Es que –reanudando la vieja dicotomía del inicio de mi conferencia entre 'gobierno de leyes' y 'gobierno de hombres'– hace falta aclarar que un gobierno de leyes no dejará de ser un gobierno de «seres humanos» que producen y aplican leyes. Y eso quiere decir que es obvio que las leyes pueden ser instrumentos utilizados por gobernantes para perseguir intereses que no son los generales, sino que son su propio interés.

Además, los legisladores son seres de carne y hueso, tienen racionalidad limitada, son sesgados, pueden fallar, entre otros defectos imposibles de cambiar en el mundo real. Así que la teoría de la legislación a construir no debería incurrir en el mismo tipo de problema que ha generado críticas como la de una teoría «hiperracional» (exigiendo capacidades sobrehumanas de los legisladores, pues es imposible lograr una racionalidad estricta). Esa teoría tampoco puede presuponer demasiadas virtudes legislativas, como hace la teoría de Jeremy Waldron, que presenta una visión «irreal» de los parlamentos. Una teoría más «realista» debe abstenerse de seguir reflexionando sobre la argumentación legislativa sin analizar ni siquiera una sola propuesta legislativa o ley en concreto. Si se quiere *Un modelo ideal (no irreal) del legislador que argumenta*, hace falta conferir algún valor (o al menos potencial) justificativo a los debates legislativos. Por eso, hay que analizar las actas.

Solamente a partir de ese tipo de estudio, se puede ver que la deliberación parlamentaria no es «estrictamente racional», al menos no en el sentido en que se defiende en diversos textos por ahí, en los que se requiere en verdad una *hiperracionalidad* imposible de lograr o exigirse de parte de los legisladores reales. La racionalidad es, además, un concepto gradual; los diversos niveles (R1, R2, R3, R4 y R5) deben ser evaluados en conjunto, mirando al equilibro, y siempre en contraste con el resultado final: la ley (o sea, el texto legal, que puede ser bueno o no, como producto de una argumentación legislativa, que igualmente puede ser buena o no). Uno de los puntos ciegos de las teorías de la legislación está precisamente en que descuidan el hecho de que los legisladores son estratégicos como todos los seres humanos. Ése es el sentido «realista» que propongo que se plantee en una teoría de la legislación, es decir, una teoría que incorpore los elementos del mundo real, de las cosas como son, de las «reglas» de la política, de cómo efectivamente trabajan los legisladores verdaderos, no la idealización ingenua que se podría hacer de ellos o de sus capacidades, dejando fuera las limitaciones institucionales. Hace falta agregar un carácter más empírico a estos planteamientos, que incluya los elementos estratégicos.[2]

Las leyes no son tanto el resultado de una decisión clara de unos pocos legisladores (comisiones, parlamento, ministros) como el producto de una transacción entre un gran número de participantes extraparlamentarios. Las leyes son compromisos de intereses, coaliciones, poderes plurales. Legislar no es solamente dar argumentos, hay, además de eso, toda una actuación concreta y estratégica. En Brasil, por ejemplo, lo que se observa de las prácticas reales es precisamente la idea de que no se argumenta para aprobar las leyes. La estrategia de los parlamentarios del gobierno cuando quieren aprobar una ley es precisamente callar. Eso porque si uno estudia el diseño institucional del debate, lo que está en los reglamentos parlamentarios, sus normas son de manera que las minorías

2. En otro lugar he presentado esas y otras tácticas parlamentarias utilizadas em Brasil. Nascimento, Roberta Simões. 13 Táticas Parlamentares para Aprovação Das Leis. *Revista Bonijuris*, ano 33, n. 670, jun./jul. 2021, p. 54-82.

tienen mucho poder para poner obstáculos (lo que se llama filibusterismo), que la estrategia de los que quieren ver una ley aprobada es quedarse en silencio y dejar a la oposición hablar, dejarla que ponga pegas agotando los turnos de palabra, sin que haga falta contrargumentar en su favor. Si la base se calla, se acelera el «debate» (si es que puede llamarse tal). Para Manuel Atienza, seguramente esa práctica equivaldría a incurrir en la falacia de «dar la callada», es decir, dejar de hablar cuando un argumento merecería una respuesta. Pero esa es la realidad de muchos parlamentos: para aprobar una ley uno se calla.

Solo con la incorporación de estos elementos estratégicos y prácticas informales de los parlamentarios de carne y hueso se podrá avanzar hacia una teoría más «realista» de la legislación. Pondré un caso-límite como ilustración: en Brasil, los parlamentarios ya han utilizado una técnica legislativa «à la Saramago»,[3] presentando una enmienda parlamentaria que ha dejado el texto legislativo de un párrafo de un artículo de la propuesta con 652 palabras –un texto gigante, ocupando página y media, violando todas las recomendaciones de estilo– con el objetivo de «atar» diversas normas a otra más importante y así impedir el veto del presidente de la República. No hay duda de que hubo un abuso en el manejo de la técnica legislativa. Hay otras estrategias usadas para «esconder» una norma, también se puede acabar manejando el estilo de la redacción precisamente para facilitar el veto. Sin embargo, me parece completamente equivocado defender la inconstitucionalidad de las leyes por mala técnica legislativa como hace García-Escudero Márquez (2010). El estudio de episodios así debe servir para que la teoría de la legislación ofrezca otro tipo de solución.

4. EL CARÁCTER «JURÍDICO» (Y NO SOLAMENTE «POLÍTICO») DE LA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN

Ahora paso a mi segundo argumento, que llamaré el «problema del estatus jurídico de la teoría de la legislación». Parte de los perjuicios que impiden los desarrollos en ese campo tiene que ver con el sesgo formalista cuyo origen en una concepción del Derecho de cariz kelseniana. En su artículo *Science and Politics*, del 1951, Hans Kelsen defiende que la labor de aprobar leyes no es Derecho, sino que pertenece a la ciencia de la política (la que él distingue de la ciencia política, en el sentido de una ciencia politizada). Así que, para Kelsen, ese momento prelegislativo no es jurídico, no es Derecho. En sus propias palabras: «*Politics as the art of government, that is to say, the practice of regulating the social behavior of men, is a function of will and, as such, an activity which necessarily presupposes the conscious or unconscious assumption of values, the realization of which is*

3. En otra oportunidad he explicado con detalles ese caso y los problemas planteados. Nascimento, Roberta Simões. Cabe controle de constitucionalidade por má técnica legislativa? *Jota*, 23/06/2021b. Disponible en: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/cabe-controle-de-constitucionalidade-por-ma-tecnica-legislativa-23062021?amp

the purpose of the activity». En la lógica de las ideas de Kelsen, el Derecho no puede presuponer ningún valor; no puede involucrar la discusión sobre si alguna cosa es un fin, ni sobre si ese fin debe ser perseguido. Así que, bajo esa perspectiva, las preocupaciones de una teoría de la legislación (que en el Estado Constitucional involucran un juicio valorativo sobre los fines últimos de las leyes) no encajan en el Derecho, cuyo objeto son solamente las normas positivizadas, no las normas que todavía no han sido creadas. Hay aquí lo que se podría llamar sesgo formalista que separa la teoría de la legislación del Derecho. Y más, pone ambas en lados opuestos: *«Law being by definition opposed to politics, a political law is a contradiction in terms»*.

Y aquí entra la crítica que se podría hacer a la Escuela de Génova con respecto al estatus de la teoría de la legislación: la concepción del Derecho de corte normativista, en la cual el Derecho es un conjunto o sistema de normas jurídicas respaldadas por la autoridad y coerción deja fuera la actividad legislativa. Es decir, deja fuera las prácticas parlamentarias hacia la aprobación de leyes. Eso es un claro error. Dejar la actividad de los legisladores a la llamada «política del Derecho» es una de las ideas más equivocadas y precisamente ha sido corregida por la concepción postpositivista del Derecho. Como a esas alturas ya es sabido por todos, el postpositivismo de la Escuela de Alicante concibe el Derecho como no únicamente un conjunto de normas, sino como una práctica social con la que se trata de alcanzar ciertos fines y valores. Al considerar el Derecho como una actividad, también quedan abandonadas las visiones de que el papel de la teoría del Derecho estaría limitado a describir y explicar el sistema normativo. La teoría pasa a deber establecer también criterios de orientación para quienes participan de la práctica jurídica, especialmente los juristas profesionales, y, por ende, los legisladores y sus asesores.

Con esa concepción del Derecho, claramente se puede encajar las prácticas legislativas como prácticas que son jurídicas, no simple «política del Derecho» como se diría en la Escuela de Génova. Con eso, insisto que el Derecho debe incluir la teoría de la legislación y que esta debe traer para el Derecho los razonamientos *de lege ferenda*. O sea, estos razonamientos del Derecho como debería ser también tienen valor jurídico y también importan. El propio Manuel Atienza ha afirmado que *«no hay forma de contestar en muchos casos a la pregunta de qué dice tal Derecho en relación con tal problema sin considerar al mismo tiempo qué es lo que ese Derecho debe decir, esto es, cómo debería desarrollarse»*. Por eso hace falta construir una teoría de la legislación más completa, que incorpore los elementos de moralidad. El análisis conceptual meramente descriptivo que no se mete, que no avanza sobre el «voto de castidad», como suele decir el profesor Manolo, es muy poco útil para perfeccionar la labor de los legisladores. La moral está presente en cada una de las leyes aprobadas por los parlamentos. El Estado de Derecho exige que la ley tenga una finalidad justa, buena y legítima. Por eso la tarea pendiente de construir teorías más completas, capaces de abarcar la discusión sobre estos fines últimos y al mismo tiempo más adherentes a la realidad de lo posible y que contribuyan a la transformación social.

Una de las claves que ayuda a examinar los debates parlamentarios está en los modelos de diálogo ofrecidos por Josep Aguiló (el profesor Pep). Las actas y los diarios de sesión pueden ser analizados en ese esquema, junto al esquema de Manuel Atienza, buscando los elementos de racionalidad de los argumentos de los legisladores para poner en las cajitas de diálogo y niveles de racionalidad. Pero el estudio de la argumentación de los legisladores para la aprobación de leyes no puede parar ahí. Jeremy Bentham solía decir que «las palabras en las leyes deben pesarse como diamantes», pues la vida, la libertad, la propiedad, etc., dependen de las palabras elegidas por los legisladores. Si eso es así, las normas que están en la Constitución pesan todavía más. Pero también en la redacción de las cartas constitucionales hay una serie de estrategias parlamentarias que en la práctica dificultan el análisis, pues simplemente no encajan en un modelo ideal *hiperracional* de la «teoría estándar de la legislación» como ya he señalado aquí. Aun así, hace falta comprender cuándo y por qué se usan ciertas fórmulas.

Por ejemplo, un tema que también interesa mucho a Josep Aguiló: es frecuente en las Constituciones que se pongan artículos redactados de forma vaga. A menudo, la explicación que se da es en el sentido de que la intención es delegar poderes hacia la burocracia o los jueces. En verdad, sin embargo, esa es una estrategia sobre todo dirigida a lograr acuerdos. Especialmente ante la falta de consenso entre los constituyentes, la utilización de normas vagas o de contenido más principialista, cuya regulación y/o aplicación se deja al legislador infraconstitucional, es la forma de resolver los bloqueos. Basta con un pequeño ajuste en la redacción (añadir un «en la forma que establezca la ley», por ejemplo, o los relacionados «la ley regulará», «la ley definirá», «la ley dispondrá», «la ley establecerá», «en los términos de la ley», etc.) y la discusión se deja para más adelante.[4] Aunque las leyes vagas y demasiado etéreas no sean el ideal desde una perspectiva de racionalidad lingüística, como se ve, eso se hace por una clara razón. Esa es la manera de posponer la solución de determinado punto y destrabar la deliberación para que avance sobre otras materias.

Todo lo que digo sirve de refuerzo al argumento de que el quehacer de los legisladores es político y jurídico a la vez. La teoría de la legislación no se ubica solo en uno de esos campos de modo exclusivo. De lo contrario, se incurre en los vicios de análisis que ya he indicado: la tendencia de considerar simplemente «antijurídicas» ciertas prácticas parlamentarias (y al extremo, defender que contaminan de inconstitucionalidad las leyes aprobadas), el sesgo formalista de considerar que el proceso legislativo pertenece al reino de la «política» y carece de interés jurídico, así como la propensión a una excesiva abstracción teórica, cargada de conceptualismo estéril, sin tomarse la molestia de seguir el trabajo legislativo para ilustrar las reflexiones con ejemplos concretos o reflexiones de qué puede hacerse para mejorar las leyes.

4. En otro lugar he presentado he presentado con detalles esas peculiaridades de la redacción de Constituciones. Nascimento, Roberta Simões. Nomografia constitucional *Jota*, 01/09/2021c. Disponible en: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/nomografia-constitucional-01092021

5. CONCLUSIÓN

Muchas cosas podrían decirse sobre *El modelo ideal (no irreal) del legislador que argumenta*, pero este espacio es muy poco para reunir las claves de lo que sería una teoría que reflejara el modelo ideal (no irreal) del legislador que argumenta. Pero no podría cerrar esta conferencia sin decir que, si hoy he podido ordenar algunas pocas ideas, eso se debe en gran medida gracias a las lecciones aprendidas en la Escuela de Alicante y con su maestro mayor, el profesor Manuel Atienza, a quien no tengo palabras para expresar la gratitud. He tenido una gran suerte de que me haya aceptado bajo su dirección.

Con el profesor Manolo aprendí que dar razones, sea por parte de los jueces, legisladores u otra autoridad, es solamente el primer paso. Hace falta, además, que las razones sean correctas. El movimiento en favor de que la legislación esté basada en evidencias reivindica la veracidad de las premisas fácticas usadas por el legislador.[5] El avance del Estado Constitucional abrió espacio para el control sobre «la versión legislativa de la realidad», pero eso involucra el examen del debate parlamentario, de la fase de discusión de una ley, sin que uno pueda ponerse en actitud de tachar que la ley es irracional o racional sin antes evaluar qué han dicho empíricamente los legisladores. Esa evaluación, además, debe dar cuenta de las prácticas parlamentarias reales.

También por haber incorporado el tipo de preocupación de mi director de tesis pienso que la gran tarea pendiente de la teoría de la legislación es la de ofrecer un camino para que la justificación legislativa pueda convertirse en una práctica discursiva real, o sea, cómo implementar las exigencias abstractas de un ideal de legislador que no sea irreal, cómo concretar todas esas recomendaciones para mejorar la calidad de las leyes en los sistemas de cada país, según sus peculiaridades. Ese es un capítulo pendiente. Hace falta igualmente comprender que la actividad legislativa es una empresa colectiva, y, por ende, contradictoria, pero representativa y por todo eso tiene mucho valor. Sin embargo, no se puede concebir que los legisladores tengan que representar a todos, incluir todas las voces. Hay que poner límites institucionales y comprender que las diversas razones que entran en juego ahí tienen importancia diferente.

La mejor manera que encontré para homenajear el profesor Manuel Atienza fue huir de preparar un texto meramente laudatorio sobre su teoría, pues así sería solamente uno más en cientos de miles de admiradores que él ha reunido a lo largo de su trayectoria. Pensé que le daría más orgullo si demostrase una de las lecciones más importantes que aprendí de él: el compromiso con la discusión crítica de sus ideas, pensando *con él* y también *con otros*, en busca de una teoría que sirva a los juristas y pueda contribuir a la transformación social.

5. He desarrollado esa idea en: Nascimento, Roberta Simões. A legislação baseada em evidências empíricas e o controle judicial dos fatos determinantes da decisão legislativa. *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, v. 4, n. 3, p. 1-34, 2021d. Disponible en: https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/253.

BIBLIOGRAFÍA

Aguiló Regla, Josep. Cuatro modos de debatir. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 36, p. 211-227, 2013. https://doi.org/10.14198/DOXA2013.36.10

Atienza, Manuel. *Contribución para una teoría sobre la legislación*, Madrid, Civitas, 1997.

Cohen, Julius. Legisprudence: Problems and Agenda. *Hofstra Law Review*, v. 11, i. 4, p. 1163-1183, 1983.

Cohen, Julius. Towards Realism in Legisprudence. *The Yale Law Journal*, v. 59, n. 5, p. 886-897, 1950.

García-Escudero Márquez, Piedad. *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?* Cizur Menor, Civitas, 2010.

Forst, Rainer. *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice*, New York, Columbia University Press, 2007.

Karpen, Ulrich. Gesetzesgestalung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht, en *Gesetzesgebungs–, Verwaltungs und Rechtsprechungslehre. Beitrage zur Entwicklung einer Regelungstheorie*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgeselschaft, 1989.

Kelsen, Hans. Science and Politics. *The American Political Science Review*, v. XLV, n. 3, p. 641-661, 1951.

Morais, Carlos Blanco de. *Manual de legística*: critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Lisboa, Verbo, 2007.

Nascimento, Roberta Simões. 13 Táticas Parlamentares para Aprovação Das Leis. *Revista Bonijuris*, ano 33, n. 670, jun./jul. 2021a, p. 54-82.

Nascimento, Roberta Simões. Cabe controle de constitucionalidade por má técnica legislativa? *Jota*, 23/06/2021b. Disponible en: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/cabe-controle-de-constitucionalidade-por-ma-tecnica-legislativa-23062021?amp.

Nascimento, Roberta Simões. Nomografia constitucional *Jota*, 01/09/2021c. Disponible en: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/nomografia-constitucional-01092021.

Nascimento, Roberta Simões. A legislação baseada em evidências empíricas e o controle judicial dos fatos determinantes da decisão legislativa. *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, v. 4, n. 3, p. 1-34, 2021d. Disponible en: https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/253.

Noll, Peter. *Gesetzgebungslehre*, Hamburg, Rowohlt, Reinbek, 1973.

Waldron, Jeremy. *Political political theory: essays on institutions*, Cambridge, Harvard University Press, 2016.

Waldron, Jeremy. Principles of legislation. In: Bauman, Richard W.; Kahana, Tsvi (Eds.). *The Least Examined Brach: The Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 15-32.

Waldron, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

Waldron, Jeremy. *A dignidade da legislação*, São Paulo, Martins Fontes, 2003.