

Racionalidad y Argumentación Jurídica Legislativa



Gonzalo Santiago Campos*

*

* Maestro en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.
Investigador "B" del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias.

Presidente de la Cámara de Diputados
Dip. Heliodoro Díaz Escárraga

Junta de Coordinación Política
Presidente
Dip. Pablo Gómez Álvarez

Integrantes
Dip. Emilio Chuayffet Chemor
Dip. José González Morfín
Dip. Jorge Antonio Kahwagi Macari
Dip. Alejandro González Yáñez
Dip. Jesús Martínez Álvarez

Secretario General
Dr. Guillermo Javier Haró Bélchez

Secretario de Servicios Parlamentarios
Lic. Alfredo del Valle Espinosa

**Secretario de Servicios Administrativos
y Financieros**
Lic. Rodolfo Noble San Román

**Director General del Centro de
Estudios de Derecho e
Investigaciones Parlamentarias**
Dr. Alfredo Salgado Loyo

**Coordinador Editorial del Centro de
Estudios de Derecho e
Investigaciones Parlamentarias**
Lic. Luis Alfonso Camacho González

Portada y Diseño Interior
Humberto Ayala López

**Comité del Centro de Estudios de
Derecho e Investigaciones Parlamentarias**

Presidente

Dip. Pablo Franco Hernández

Secretarios

Dip. Israel Raymundo Gallardo Sevilla

Dip. Mayela Quiroga Tamez

Integrantes

Dip. Sergio Alvarez Mata

Dip. Federico Barbosa Gutiérrez

Dip. Tomás Cruz Martínez

Dip. Rafael Flores Mendoza

Dip. Francisco Cuauhtémoc Frías Castro

Dip. Rebeca Godínez y Bravo

Dip. Héctor Humberto Gutiérrez De la Garza

Dip. Jorge Legorreta Ordorica

Dip. Germán Martínez Cázares

Dip. Aldo Mauricio Martínez Hernández

Dip. Fidel René Meza Cabrera

Dip. Jaime Miguel Moreno Garavilla

Dip. Arturo Nahle García

Dip. Raúl Leonel Paredes Vega

Dip. Jorge Luis Preciado Rodríguez

Dip. Pedro Vázquez González

²EL CONTENIDO DE LOS ARTÍCULOS, ASÍ COMO SUS TÍTULOS Y, EN SU CASO, FOTOGRAFÍAS Y GRÁFICOS UTILIZADOS, SON RESPONSABILIDAD DEL AUTOR, LO CUAL NO REFLEJA NECESARIAMENTE EL CRITERIO EDITORIAL.

RACIONALIDAD Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA LEGISLATIVA

CONTENIDO

Acerca de nuestro tema

Preliminar

I. Racionalidad legislativa

1. Análisis interno

- A. Racionalidad lingüística
- B. Racionalidad jurídico-formal
- C. Racionalidad pragmática
- D. Racionalidad teleológica
- E. Racionalidad ética
- F. Irracionalidad legislativa

2. Análisis externo

- A. Estática legislativa
- B. Dinámica legislativa

3. Imposibilidad de una racionalidad legislativa

4. Racionalidad legislativa operativa

5. Ciencia de la legislación

II. Argumentar y argumentación

1. Argumentación jurídica

2. Ámbitos de la argumentación legislativa

A. Fase prelegislativa

- a. Investigación
- b. Diagnóstico y proyecto
- c. Elaboración de la iniciativa

B. Fase legislativa

III. A manera de colofón

Fuentes de consulta

Racionalidad y argumentación jurídica legislativa

Gonzalo SANTIAGO CAMPOS

Acerca de nuestro tema

La labor legislativa está muy cuestionada hoy día, pues desde muy diversas trincheras se le ataca: desde la actividad gubernamental –entiéndase Ejecutivo– se le considera el artífice de todos los tropiezos estatales; los juzgadores la acometen señalando la deficiencia que presentan las normas; lo que trae como consecuencia la mala opinión de la sociedad con respecto al trabajo desarrollado por la función legislativa.

Pero no sólo los legisladores son cuestionados acerca de su quehacer, también la ley es objeto de múltiples discusiones, “hasta el punto de que se ha convertido en un lugar común hablar de la crisis de la ley”.¹ Para Liborio Hierro, los motivos prácticos y teóricos de ésta, se pueden resumir en cuatro: “a) la diversificación de la ley y la competencia entre los diversos tipos de leyes; b) la aparición de normas no legales de carácter paralegal en los procesos de integración regional de los estados; c) la expansión de la fuerza normativa de las constituciones, y d) la expansión de la fuerza normativa de los principios”.²

Ahora bien, el análisis y discurso de la ley se presenta en muy diversos contextos, pues como bien señala José Ramón Cossío

...[la legislación] es el objeto de los estudios de la dogmática constitucional, siempre que se traten de describirse las características del proceso previsto en la Constitución; igualmente, se le estudia en cuanto resultado de una acción legislativa concreta que produce determinados contenidos normativos, sean de tipo penal, civil, fiscal, etc., o es considerada desde el punto de vista de la ciencia política, con el fin de aludir a las características (rationales) de las acciones realizadas por ciertos agentes, sean éstas directas (legisladores) o indirectas (votantes o grupos de presión).³

¹Díez Ripollés, José Luis, “Presupuestos de un modelo racional de legislación penal”, *Doxa. Cuadernos de filosofía*, Alicante, núm. 24, 2001, p. 485.

²Hierro L., Liborio, “El imperio de la ley y la crisis de la ley”, *Doxa. Cuadernos de filosofía*, Alicante, núm. 19, 1996, pp. 291 y ss.

³Cossío, José Ramón, *Concepciones de Política y Legislación*, [documento en línea], México, octubre de 2002, [citado 26-II-2006], *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (núm. 17), Formato pdf, Disponible en: http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/013727642357959432000_24/isonomia17/isonomia17_05.pdf

Así pues, independientemente de los ámbitos en los cuales pueda ser o no discutida la ley, encontramos que son dos los grandes rubros en los cuales se pueden dividir los problemas que plantea la legislación: políticos y técnico-jurídicos.⁴ Entre los primeros hallamos que:

El legislador debe resolver los problemas de política legislativa: cuando y en que circunstancias es más conveniente resolver los posibles conflictos sociales en forma anticipada mediante normas generales y cuando conviene dejar su solución en manos de jueces u otros organismos administrativos, que están en condiciones de resolverlos en forma individual, esto es, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso...

...el legislador tiene que ponderar críticamente los intereses en juego para dar preferencia a uno en detrimento de otros. Toda decisión legislativa afecta a un número variable de intereses, que no pueden ser todos satisfechos en igual medida. Siempre habrá que sacrificar intereses menos valiosos, dando preferencia a intereses de mayor gravitación, lo cual implica establecer una escala valorativa entre tales intereses...⁵

Por lo que hace a los técnicos, se pueden distinguir: a) los relacionados con el lenguaje (denominados por Bulygin *lingüísticos*), y b) los “que en sentido amplio cabe llamar problemas lógicos o conceptuales”.⁶ Para complementar los problemas a que se enfrenta el legislador, presentamos el siguiente cuadro:⁷

Políticos: valorativos.



⁴ En este punto seguimos a Bulygin, Eugenio, “Teoría y técnica de legislación”, *Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios*, México, 1ª época, Vol. I, núm. 3, septiembre-diciembre de 1991, pp. 35 y ss.

⁵ Bulygin, Eugenio, *idem*.

⁶ *Ibidem*, p. 37.

⁷ Tomado de Bulygin, Eugenio, *ibidem*, p. 48.

Como se puede apreciar, son muy variadas las complicaciones que encierra la legislación; pero dentro de esta clasificación, ¿en dónde se ubica la racionalidad y la argumentación jurídica legislativa? Considero no es necesario redundar mucho en dar respuesta a este cuestionamiento, pues es claro que se ubica en los problemas técnico-jurídicos, y en particular, dentro de los lógicos, aunque no se podría descartar la presencia de problemas lingüísticos, pero eso me parece van más relacionados con la técnica legislativa, aspecto que tratare someramente en el presente trabajo.

Preliminar

En el estado de derecho positivista la ley logra alcanzar “el cénit de su importancia institucional, como producto de una voluntad contingente, no sometida a otros límites que la voluntad de los detentadores de la soberanía, pero . . ., esa misma implícita arbitrariedad le priva de su estrecha vinculación a la razón, que se va desplazando paulatinamente de la creación a la aplicación del derecho”,⁸ por tal razón vemos el número tan amplio de trabajos desarrollados acerca de la argumentación en la labor jurisdiccional.

Asimismo, “con la instauración de lo que ha sido llamado el estado de derecho constitucional la ley sufre...un nuevo embate, en este caso derivado de la pérdida de status consecuente con su necesaria acomodación a las prescripciones normativas constitucionales”,⁹ pues ahora su actividad en el Estado de Derecho se limita a ser reglamentaria del texto fundamental, además de tener que respetar los principios consagrados por la constitución.¹⁰ Así pues, “el Estado constitucional supone...un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de la argumentación jurídica”.¹¹

Ahora bien, sin duda uno de los más importantes elementos para la aceptación de cualquier tipo de orden estatal, la encontramos en la racionalidad del mandato, independientemente de la fuente de donde provenga: legislativa, administrativa (ejecutiva) o jurisdiccional. Las razones que sean aludidas para respaldar los mandatos estatales son un

⁸Díez Ripollés, José Luis, *op. cit.*, pp. 485-486.

⁹*Ibidem*, p. 486.

¹⁰Hoy día los problemas de la ley se han agudizado, por ejemplo, la legislación comunitaria se impone sobre los ordenamientos legales nacionales; ejemplo de ellos son los tratados internacionales y la legislación comunitaria europea.

¹¹Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, serie Estado de Derecho y Función Judicial, p. 11.

factor de gran relevancia para el acatamiento de tales prescripciones.

En nuestro caso, para la creación de las normas generales existe un procedimiento constitucional, pero además hay toda una fase previa la cual también debe regirse por la razón, denominada prelegislativa, nombre que no requiere mayor explicación, pues es claro que hace referencia a una etapa anterior a la propiamente legislativa.

Por otro lado, la actividad legislativa no escapa a los aspectos mínimos de racionalidad que se esperan de los actos humanos, pues como bien señala Matti Sintonen

La racionalidad no es sólo una noción profundamente enraizada en nuestra imagen de nosotros mismos, sino que también constituye un importante principio en las ciencias humanas. Este principio – denominado Principio de Racionalidad– opera no sólo en la filosofía (incluyendo la ética y la filosofía social), sino también en psicología, sociología, antropología y algunos sectores de la arqueología, historia, educación, literatura y otras áreas de las humanidades y de las ciencias sociales.¹²

Es así que la creación de normas, como elaboración humana, debe atender a este citado principio de racionalidad, mismo que se refleja en la forma como son argumentadas las leyes, ya en la etapa de investigación y fundamentación (prelegislativa), o bien, en la de confección de las normas (legislativa).

Las contemporáneas teorías de la argumentación jurídica se han centrado en la labor jurisdiccional, y en particular en la parte justificativa de la decisión judicial, debido a la importancia de la argumentación para apoyar la resolución (conclusión) a que se llega después de haber subsumido la premisa fáctica en la premisa normativa, o también, por los diversos problemas a que se enfrenta un juzgador cuando resuelve un caso difícil.

El presente trabajo tiene por objeto abordar dos temas cruciales en el ámbito legislativo: la racionalidad y la argumentación jurídica legislativa; para lo cual analizo el modelo de racionalidad

¹² Sintonen, Matti, “La racionalidad en el pensamiento y en la acción”, *Doxa. Cuadernos de filosofía*, Alicante, núm. 24, 2001, p. 616.

legislativa, establecida por Manuel Atienza, en dos niveles de análisis: interno y externo. Además, señalaré, lo que autores como Luhmann, establecen acerca de la imposibilidad de una racionalidad legislativa; y también presentaré el llamado modelo de racionalidad legislativa operativa.

Asimismo, estableceré algunas notas esenciales acerca de lo que es argumentar y argumentación, para pasar inmediatamente al tema de la argumentación jurídica y los diversos contextos en que se desarrolla, en donde se incluye la legislativa. Ya en el tema de la argumentación legislativa, trataré dos de las tres fases que la integran: prelegislativa y legislativa (la tercera es la postlegislativa). Para concluir con algunas reflexiones finales.

I. Racionalidad legislativa

En el presente apartado daré seguimiento a la visión que aporta Manuel Atienza acerca de la racionalidad legislativa, porque es él quien mejor ha expuesto la importancia que tiene la razón en el proceso de creación de normas jurídicas, pues considera que la racionalidad jurisdiccional se torna inalcanzable sin una previa racionalidad legislativa, ya que “la racionalidad legislativa—o, al menos, cierto grado de racionalidad legislativa—es un presupuesto necesario para poder hablar de racionalidad en la aplicación del Derecho”.¹³

Sin embargo, debo partir de un concepto de racionalidad legislativa,¹⁴ sobre todo para saber en que terreno me estoy moviendo en este estudio. El concepto que aporta José Luis Díez para definir la racionalidad legislativa penal me parece aplicable, *mutatis mutandis*, al resto de los sectores del sistema jurídico: “es la capacidad para elaborar en el marco de ese control social [control social jurídico sancionador] una decisión legislativa atendiendo a los datos relevantes de la realidad

¹³Atienza, Manuel, “Razón práctica y legislación”, *Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios*, México, 1ª época, Vol. I, núm. 3, septiembre-diciembre de 1991, p. 29.

¹⁴Establecer un concepto de racionalidad válido para múltiples ámbitos es harto complejo, considerando que “el concepto de racionalidad no es sólo un concepto extraordinariamente rico—y, por tanto, inevitablemente ambiguo—, sino también enormemente controvertido, que ni siquiera puede decirse que exista acuerdo a la hora de considerar que la racionalidad—lo que quiera que sea—es algo valioso; ni por supuesto, a la hora de contraponer lo racional a lo emocional o a lo volitivo; o de caracterizar a la racionalidad como una capacidad privativa de los humanos; o incluso como una capacidad sin más, pues a veces se pone el énfasis en que se trata más bien de un método”. *Ibidem*, p. 12.

social y jurídica sobre los que aquella incide”.¹⁵

Atienza considera que la *racionalidad de la legislación*¹⁶ puede ser entendida de tres formas diferentes:

- a) Puede referirse a la legislación en cuanto tal, lo que implica plantearse cuál es el lugar que ocupa...en el contexto de todo el sistema y en relación con los otros elementos del sistema...; o bien cuál es su función en el contexto de la evolución de los sistemas jurídicos.
- b) Puede entenderse referida al proceso de la producción de las leyes; la cuestión a plantearse, entonces, es bajo que condiciones...puede considerarse racional la actividad de legislar (entendiendo por tal, en sentido amplio, la producción deliberada de normas de carácter preferentemente general y abstracto).
- c) Finalmente, cabe hablar también de racionalidad en relación con el resultado de ese proceso, esto es, de racionalidad de las leyes.¹⁷

Pues bien, Atienza parte de considerar al proceso de creación de normas (legislación) como una *serie de interacciones*, en la que intervienen elementos diversos: edictores (los autores de las normas), destinatarios (aquellos a quienes las normas se dirigen), sistema jurídico (conjunto del que pasa a formar parte la nueva ley), fines (objetivos o metas que se persiguen al establecer las leyes) y valores (ideas que sirven para justificar los fines); y el producto de dichas interacciones son las *leyes*.

Una vez establecidos los anteriores elementos, Atienza considera que en la actividad legislativa se pueden distinguir cinco modelos, ideas o niveles de racionalidad:

1. *Racionalidad comunicativa o lingüística* (R1). Consistente en la capacidad del edictor para transmitir al destinatario

¹⁵ Díez Ripollés, José Luis, *op. cit.*, p. 502.

¹⁶ Nótese que al autor en cita se refiere a la racionalidad de la legislación, y no a racionalidad legislativa.

¹⁷ Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 18.

un mensaje con claridad.

2. *Racionalidad lógico-formal* (R2). A través de la cual se debe incorporar armoniosamente la nueva ley al sistema jurídico.
3. *Racionalidad pragmática* (R3). Esto es, la adaptación de la conducta del destinatario a lo establecido por la nueva ley.
4. *Racionalidad teleológica* (R4). Vinculada con la obtención de los fines sociales que persigue la ley.
5. *Racionalidad ética* (R5). Tanto las conductas como los fines que pretende alcanzar la ley presuponen ciertos valores, los cuales deberían ser objeto de justificación ética.

Con estos niveles de racionalidad –Atienza– elabora dos tipos de análisis: uno interno, y otro externo. En cuanto al primero, señala que “cada modelo o idea de racionalidad construye de cierta manera los elementos de la actividad legislativa; permite distinguir ciertas disciplinas que cumplen un papel rector, de otras que tienen un carácter simplemente auxiliar; define una noción de irracionalidad; y sugiere qué técnicas utilizar para incrementar la racionalidad”.¹⁸ Por lo que se refiere al análisis externo, “se trataría de mostrar las relaciones que guardan entre sí estos diversos niveles de racionalidad: así, cabría decir que entre ellas se dan tanto relaciones de compatibilidad..., como de dependencia..., o incluso de incompatibilidad...”.¹⁹

1. Análisis interno

A. Racionalidad lingüística

Este primer nivel de racionalidad se caracteriza por ser semejante a un proceso de comunicación, en donde el editor y el destinatario de las leyes tienen un papel dual, pueden asumir el carácter

¹⁸ Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997, p. 28.

¹⁹ *Idem.*

de emisores y rectores de los mensajes que conformarían el sistema jurídico –visto éste como un sistema de información–. Entonces, el edictor no tiene aquí la condición de edictor formal (por ejemplo Congreso de la Unión) sino, sobre todo, es el redactor del mensaje.

El destinatario tal vez no es a quien se dirige la norma, formalmente; “dicho de otra forma, una ley puede no ser clara para quien tiene que cumplir los mandatos que la misma contiene (por ejemplo, los de una ley tributaria), sin que ello signifique que la misma sea defectuosa lingüísticamente”.²⁰ Como ya mencioné, el sistema jurídico se integra por el conjunto de mensajes emitidos (denominados por Atienza como enunciados lingüísticos), basados en un lenguaje común, y de los medios adecuados para su transmisión. La finalidad consiste en lograr una comunicación fluida (accesible, clara y precisa) de los mensajes normativos. En tanto que el valor es de tipo instrumental, es decir, “el valor que subyace a dichos fines es la comunicación que...está a su vez subordinado a los valores de los niveles superiores”.²¹

Para tratar de obtener mayor racionalidad lingüística, se debe buscar el apoyo de otros conocimientos, sobre todo los provenientes de la lingüística, la lógica, la informática, la psicología, etc.

B. Racionalidad jurídico-formal

En este nivel, tanto el edictor como el destinatario son quienes designa el ordenamiento jurídico, esto es, quienes crean las normas, y a quienes están destinadas éstas. El sistema jurídico es entendido como el conjunto de normas válidamente establecidas y estructuradas en un sistema. El fin que se busca es la *sistematicidad*, lograr que la nueva ley pueda ser incluida como parte del resto de la legislación, tratando de lograr compatibilidad de la ley en el sistema jurídico, además de evitar lagunas, contradicciones y redundancias. El valor que se persigue es la seguridad, pues sin un mínimo de ésta no podría concebirse al derecho o a las leyes.

Aumentar el nivel de racionalidad lógico-formal implica mejorar la técnica legislativa, “desde el punto de vista práctico y organizativo, las medidas a tomar pasarán por la adopción de

²⁰*Ibidem*, p. 29.

²¹Atienza, Manuel, “Razón práctica...”, p. 21.

directrices legislativas y el establecimiento de oficinas técnicas en los parlamentos, ministerios, etc., que cuiden de su aplicación”.²²

C. Racionalidad pragmática

En este nivel de racionalidad encontramos una estructura muy semejante a lo planteado por la filosofía analítica (Austin, Bentham, Hart), en donde quienes cumplen con la función de edictores son aquellos que tienen el poder para ser obedecidos, esto es, el soberano político. A quienes se dirige la ley y deben obedecerla (activa o pasivamente) son los destinatarios, pero en la medida que ajusten su comportamiento a los establecido por la norma. El sistema jurídico se ve como un conjunto de normas eficaces, o bien, como un conjunto de comportamientos, de actos. En tanto que se busca la eficacia de la ley, el fin resulta obvio: obtener que las normas sean acatadas por los destinatarios de las mismas, es decir, “que las leyes se cumplan..., que no sean sólo enunciados lingüísticos o directrices, sino ‘Derecho en acción’”.²³ También el valor perseguido es claro: la eficacia, mantener el orden. Sin embargo,

...una norma puede dictarse en ocasiones para no ser cumplida (uso simbólico del Derecho); en ese caso, la racionalidad legislativa no se mide —en este nivel— exactamente por el cumplimiento de los preceptuado en las normas, sino por la adecuación de los comportamientos de los destinatarios a las intenciones del legislador..., la consecución de este tipo de racionalidad implica poner los medios adecuados para evitar que las leyes sean ineficaces...²⁴

Para alcanzar un óptimo nivel de racionalidad pragmática, deberá acudir a técnicas provenientes de disciplinas como la ciencia política, la psicología social, la sociología del derecho o la administración.

D. Racionalidad teleológica

Quienes cumplen la función de edictores son los portadores de los intereses sociales, particulares o generales, que consiguen convertir sus pretensiones en leyes. En este caso, los destinatarios no son sólo los particulares o los órganos administrativos a quienes

²²*Ibidem*, p. 22.

²³*Idem*.

²⁴*Idem*.

están dirigidas las normas, sino también individuos o grupos no ligados al cumplimiento de las leyes. “Por ejemplo, los enfermos de un hospital pueden considerarse también como destinatarios de una ley en materia sanitaria (que se plantea como objetivo mejorar su situación en cuanto enfermos) aunque dicha ley no les atribuya ningún tipo de derecho o de obligación (por ejemplo, una ley que dote de recursos financieros a los hospitales)”.²⁵ El sistema jurídico se conceptualiza como medio para alcanzar los fines sociales, pero desde una perspectiva científico-social, y no la del jurista (tradicional). El fin que se busca puede ser variable, sobre todo si se tiene en cuenta que se pretenden cumplir objetivos sociales; por ejemplo, la eficiencia económica, la mejora de las condiciones sanitarias, la reducción del desempleo, entre otros. El valor a través del cual se pretende conseguir los fines sociales es la eficiencia, esto es, aumentar los efectos deseados y disminuir los indeseados.

Podría decirse que la actividad legislativa es, en este nivel, racional si, y en la medida en que se utilicen los medios más adecuados para evitar que una ley no tenga efectos apreciables y, por tanto, sólo contribuya a la contaminación legislativa, o bien que no produzca los efectos deseados, con independencia de que éstos hayan sido o no declarados e incluso previstos.²⁶

E. Racionalidad ética

Aquí, los edictores son aquellos que están legitimados para ejercer poder sobre otros, teniendo presente las circunstancias de su legitimación. Determinar a los destinatarios acarrea un grave problema, ya que debemos responder a la interrogante de cuándo existe obligación ética de acatar las leyes. En tanto que, el sistema jurídico se ve como el conjunto de normas o comportamientos que pueden ser evaluables desde un determinado sistema ético. Los fines van a depender del conjunto ético que se haya elegido, aunque (advierte Atienza), abstractamente, puede decirse que son los de libertad, igualdad y justicia. En último lugar, los valores éticos son las ideas que sirven de apoyo en la consecución de los fines antes referidos.

Respecto a este nivel de racionalidad, el profesor de Alicante

²⁵Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría...*, pp. 37-38.

²⁶Atienza, Manuel, “Razón práctica...”, p. 23.

nos advierte que

...este nivel de racionalidad desarrolla una función más bien negativa que constructiva...la racionalidad ética –a diferencia de los otros niveles de racionalidad– no genera ninguna técnica legislativa específica: no hay ningún procedimiento para lograr la libertad, la igualdad y la justicia a través de las leyes, fuera de las técnicas que generan las racionalidades R1-R4 [lingüística, pragmática, jurídico-formal y teleológica]. El único “instrumento” del que dispone la ética es el discurso moral, pero justamente se trata de un instrumento que se desnaturalizaría si se utilizara para conseguir finalidades (fines perlocucionarios) que vayan más allá del propio discurso.²⁷

El análisis que acabamos de describir acerca de los diversos niveles de racionalidad legislativa es por demás acertado, sin embargo, para José Luis Díez

El estudio de las diversas racionalidades debe realizarse *de modo inverso* a como procede Atienza: Si lo que queremos es establecer un procedimiento racional de elaboración de leyes, y no simplemente un instrumental de análisis racional de leyes ya existentes, la racionalidad ética marcaría el ámbito de juego de las restantes racionalidades, la teleológica establecería los objetivos a satisfacer dentro de ese marco, y las restantes se sucederían en un orden de proyección decreciente de instrumentalidad.²⁸

F. Irracionalidad legislativa

Tomando como base los niveles de racionalidad legislativa aportadas por Atienza, José Luis Díez presenta la sistematización de los casos por los cuales una ley padecería de irracionalidad legislativa:

- a) *Irracionalidad ética*, si no se ajusta en su contenido a los criterios o principios éticos incuestionados del sector jurídico en que nos movamos. También carecerá de ella si se renuncia al criterio democrático como principio último de resolución de las controversias dentro y entre las subsiguientes racionalidades, o si prescinde de una estructura de racionalidad legislativa equivalente

²⁷*Ibidem*, p. 24.

²⁸Díez Ripollés, José Luis, *op. cit.*, p. 507.

a la vigente en un determinado momento histórico o cultural.

- b) *Irracionalidad teleológica*, aparecerá en la medida que los objetivos a perseguir por la ley no hayan sido acordados en el marco de un empleo discursivo del criterio democrático, que haya prestado la debida atención a todos los componentes ético-políticos relevantes, o no reflejen tal acuerdo.
- c) *Irracionalidad pragmática*, surgirá ante leyes que no logran los objetivos pretendidos.
- d) *Irracionalidad jurídico-formal*, la poseerán las leyes inconsistentes consigo mismas o que introducen o dejan de resolver incoherencias en el sector jurídico en el que se insertan o en el conjunto del ordenamiento.
- e) *Irracionalidad lingüística*, afectará a leyes cuya formulación impide o dificulta la transmisión de sus contenidos a los destinatarios de su cumplimiento o aplicación.²⁹

2. Análisis externo

En este análisis externo —señala Atienza— se pueden distinguir dos etapas: una estática y otra dinámica. En la primera se trata de demostrar como se relacionan entre sí, abstractamente, los niveles de racionalidad descritos anteriormente. En tanto que el segundo, pretendería ver como pueden combinarse dichas racionalidades para dar razón del proceso real de la legislación. Acerca de este apartado, me limitaré a señalar aquellos aspectos que me parecen de sumo interés, pues no es mi intención reseñar todo el análisis establecido por el autor en comentario.³⁰

A. Estática legislativa

La racionalidad lingüística es la que menos problemas

²⁹*Ibidem*, p. 511.

³⁰Véase Atienza, Manuel, “Contribución para una teoría de la legislación” en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave, Susana Thalia (coords.), *Elementos de técnica legislativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, serie Doctrina Jurídica, núm., 44, pp. 23-33, y Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, *idem*, pp. 58-71.

representa, pues además de considerársele como el nivel más básico de racionalidad, lo que hace que sea presupuesto por los otros (pues, lo menos que se le puede pedir a una ley es que contenga enunciados lingüísticos comprensibles), en caso de que las exigencias de esta racionalidad entren en conflicto con las de algún otro nivel, se deben subordinar a las procedentes de los otros niveles de racionalidad.

Es complicada la posibilidad de conflicto entre la racionalidad lingüística y la jurídico-formal, ya que “una ley no pierde nunca sistematicidad por el hecho de que aumente su grado de claridad y precisión lingüística (o, al menos, no tiene por qué ser así), y viceversa”.³¹ Además, “una ley racional en sentido jurídico-formal es también –al menos en grado considerable– una ley lingüísticamente racional”.³²

La denominada legislación simbólica es la razón por la cual pueden entrar en conflicto la racionalidad lingüística y las racionalidades pragmática y teleológica, pues dichas leyes no son hechas para ser cumplidas, o para no producir los efectos deseados; así entonces, encontramos que las leyes suelen ser oscuras e imprecisas, debido a lo anterior la racionalidad comunicativa se subordina a la pragmática y a la teleológica, esto es, las oscuridades de la legislación (irracionalidad lingüística) podría considerarse como una vía para alcanzar la racionalidad pragmática o teleológica.

Las relaciones de la racionalidad jurídico-formal son más complejas con el resto de los niveles de racionalidad; en relación con la racionalidad pragmática parece que están en relación de mutua independencia, pues no sólo una ley puede ser racional en el nivel pragmático y no serlo en el nivel jurídico-formal, además, podemos encontrar que una ley con alto grado de acatamiento, sea ampliamente imperfecta en cuanto a su sistematicidad.

En el nivel de racionalidad teleológico se percibe un conflicto interesante, sobre todo cuando se opone a la racionalidad jurídico-formal, así es común encontrar –hoy día– la participación de científicos sociales, como los economistas, en la creación de leyes, con el consecuente desplazamiento de los juristas clásicos, lo que trae consigo problemas de sistematicidad y coherencia de las disposiciones

³¹Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría...*, pp. 58-59.

³²*Idem.*

normativas, máxime si partimos del supuesto de que quienes aplicarán las leyes son generalmente juristas, y por tal razón, su trabajo se guía a través de la racionalidad jurídico-formal.

Las implicaciones entre la racionalidad pragmática y la teleológica son recíprocas, ya que es evidente que una ley racional del nivel pragmático tal vez no lo sea en el nivel teleológico (el acatamiento de la norma por parte de los destinatarios de ésta, no implica que con ello se logre cumplir con los fines sociales de aquélla). También existe la posibilidad de que una ley irracional pragmática, logre ser racional en el nivel teleológico, considerando que pueda realizar los efectos buscados por el edictor, o bien, resultados que hayan sido esperados.

La situación entre la racionalidad teleológica y la ética es diferente, pues la consecución de los fines sociales por parte de la ley es independiente de la justificación moral de la misma. Encontramos una distinción muy amplia, misma que se ubica entre la ética y la técnica, entre racionalidad instrumental y racionalidad de los fines. Asimismo, “el problema que se plantea en R5 [racionalidad ética] es el de mostrar qué valores o que teoría ética permite una más adecuada interpretación de los fines jurídicos últimos (la libertad, la igualdad, la justicia)”.³³

B. Dinámica legislativa

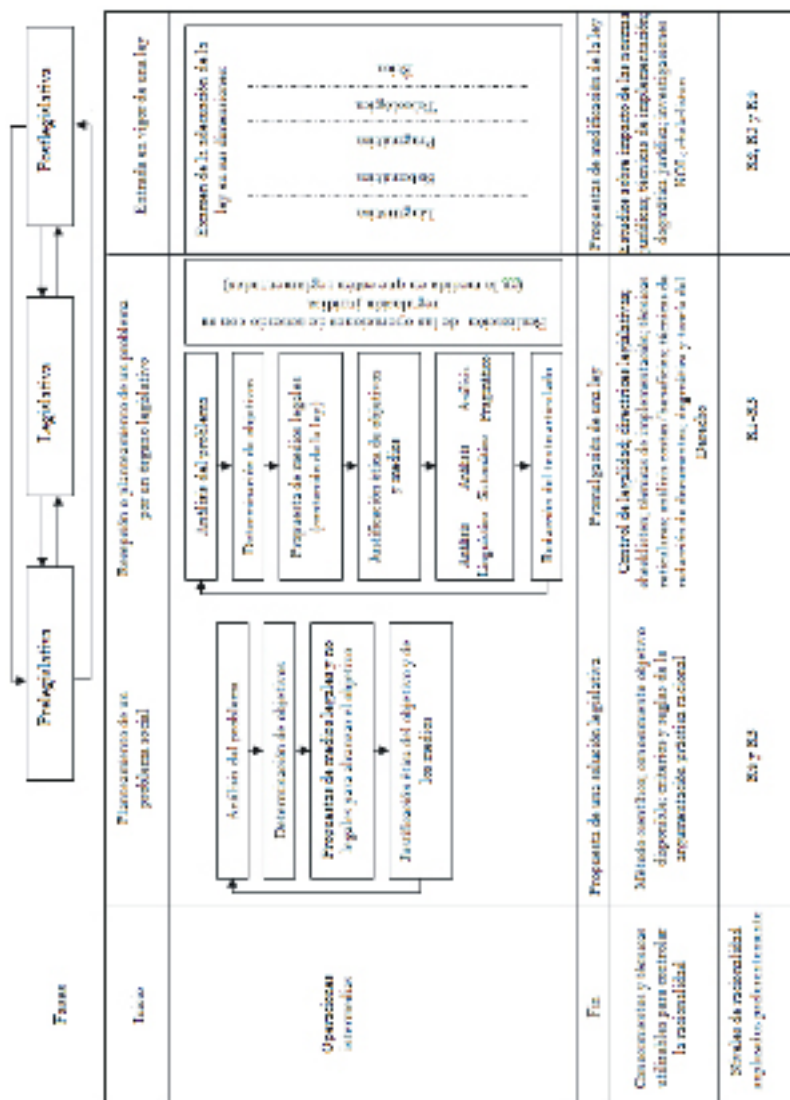
En este análisis, Atienza toma como punto de partida la sistematización de los estudios sobre la legislación en la República Federal de Alemania elaborada por U. Karpen,³⁴ por medio de la cual “desde el punto de vista de la metódica de la legislación, el proceso de la legislación se considera como un proceso de decisión, de manera que puede diseñar modelos de la legislación (digamos, modelos de legislador racional) siguiendo, de manera más o menos explícita, los elaborados por la teoría de la decisión racional”.³⁵

³³ Atienza, Manuel, “*Contribución para una teoría...*”, p. 27.

³⁴ 1. Teoría de la legislación (concepto, evolución y análisis comparado de las leyes). 2. La analítica de la legislación (la ley en cuanto fuente del derecho). 3. La táctica de la legislación (procedimiento externo de la legislación, esto es, estudios sobre los órganos y el procedimiento de elaboración de las leyes). 4. La metódica de la legislación (procedimiento interno de la legislación: contenidos, fines y medios de las leyes). 5. La técnica de la legislación (articulación, configuración y lenguaje de las leyes). Véase Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría...*, p. 64.

³⁵ *Idem.*

Así, analiza los modelos de Peter Noll, Jerzy Wróblewski y Mario Lozano,³⁶ para desarrollar su propio modelo, a través del cual trata de evitar los problemas que presentan los modelos antes mencionados, no obstante “sólo lo logra de una manera parcial, en cuanto que el modelo sigue estando afectado por un considerable...grado de imprecisión. Por otro lado, viene a ser el resultado de la perspectiva de análisis, a partir de los cinco modelos de racionalidad...”.³⁷ En el diagrama siguiente se reproduce el modelo planteado por el profesor de Alicante.



³⁶Ibidem, pp. 65-67.

³⁷Ibidem, p. 68.

Como puede apreciarse, el esquema está dividido en tres fases: prelegislativa, legislativa y postlegislativa, mismas que se interrelacionan. Al respecto, hay que tener presente que la fase legislativa existe en todo procedimiento legislativo, independientemente de lo complejo o no que sea; la fase postlegislativa pasa a segundo término, esto es, puede carecer de importancia alguna; en tanto que la fase prelegislativa tal vez no exista, ya que una ley puede reglamentar cuestiones técnicas, originadas en el interior de una institución jurídica, por ello no necesita ser discutida extralegislativamente.

En el caso de la fase legislativa se ha distinguido entre las operaciones que determinan lo que Karpen llamaba el procedimiento interno (la metódica de la legislación) y el procedimiento externo (la táctica de la legislación). En cierto modo la distinción no puede darse en la fase prelegislativa (pues en la medida en que tales operaciones estuvieran reglamentadas jurídicamente habría que hablar de fase legislativa), aunque aquí sí que se podría distinguir entre el procedimiento real y el procedimiento racional que lleva a la propuesta de una determinada solución legislativa... Por el contrario, las operaciones que componen la fase postlegislativa sí que podrían estar reglamentadas jurídicamente (y en cierto modo comienzan ya a estarlo, al menos parcialmente), pero aquí la distinción en cuestión no parece ser (o no es todavía) significativa.³⁸

En tanto que dentro de la distinción que hace Atienza, el problema se presenta al momento de integrar ambos modelos, debido a que el modelo de procedimiento externo (iter legislativo), es descriptivo (donde se podrían distinguir dos modelos: uno que describiese las etapas tal y como aparecen reglamentados en la ley; otro, en el cual se señalen los momentos tal cual se desarrollan en la práctica legislativa), entretanto que, el modelo de procedimiento interno es prescriptivo, muestra “cómo habría que hacer para tomar una decisión racional consistente en promulgar una ley”.³⁹

3. Imposibilidad de una racionalidad legislativa

Ahora bien, hay quienes consideran la imposibilidad de que la legislación pueda alcanzar niveles de racionalidad comparables con las logradas por la jurisdicción, considerando que la legislación es entendida como pura decisión (no accesible al control racional), misma que es guiada por los intereses del legislador, su ideología, su moral, etc. Veamos uno de los casos más relevantes.

³⁸ Atienza, Manuel, “Contribución para una teoría...”, p. 32.

³⁹ *Ibidem*, p. 33.

En la teoría sistémica de Luhmann, la legislación se encuentra en la periferia del sistema jurídico, en tanto que la jurisdicción ocupa el centro. La importancia que se le da a la jurisdicción radica en “lograr en todo momento la consistencia, la coherencia, del sistema jurídico”,⁴⁰ lo anterior tiene su fundamento en el principio de *prohibición de denegación de justicia*, por lo cual los tribunales están obligados a decidir todo asunto que les sea plantado jurídicamente, independientemente de que exista o no legislación aplicable.

Por otro lado, que la legislación se mueva en la periferia del sistema jurídico hace que tenga contacto con otros sistemas, además de recibir las irritaciones de los mismos, en particular del político, por ello es que a través de la legislación la política se transforma en derecho; con lo cual se logra el equilibrio temporal en el sistema social, “equilibrio que está ligado a la posibilidad del sistema político de activar la legislación cuando se ve irritado por otros sistemas”.⁴¹

Así pues, para Luhmann la racionalidad jurídica debe ser buscada en la tarea jurisdiccional, teniendo en cuenta que la *consistencia sistémica* es una labor de la jurisdicción; además, explica que por tal razón los intentos hechos para establecer una racionalidad legislativa, edificando una ciencia de la legislación, no han arribado a buen puerto.

El caso de Habermas es distinto, pues para él el fundamento de legitimidad de las normas jurídicas se encuentra en la racionalidad del proceso legislativo que lleva a su creación, tal proceso se constituye en un discurso político-jurídico, impregnado de muy diversos contenidos. Entonces, todo discurso jurídico, ya de creación o de aplicación del derecho, se encuentra restringido a las exigencias comunicacionales del sistema jurídico. Además, que el discurso aplicador del derecho se ocupe de casos concretos, le permite preciarse de mayor racionalidad en comparación con el discurso creador.

Pero además,

...los discursos aplicadores no pueden sustituir a los creadores del derecho, que son los encargados de fundamentar las normas, hasta el

⁴⁰Díez Ripollés, José Luis, *op. cit.*, p. 492.

⁴¹*Ibidem*, pp. 492-493.

punto de que los tribunales se han de limitar a redescubrir las razones con las que el legislador ha legitimado sus decisiones —sin duda con la pretensión de lograr una decisión coherente con todo el ordenamiento en el caso aislado—, pero sin que puedan disponer de aquellas. Cuando no se pueda evitar que la jurisdicción decida en las zonas grises entre la aplicación y la creación del derecho, las razones propias de la aplicación deberán complementarse con las inherentes a la creación y, de todos modos, se precisará de una legitimidad adicional vinculada a la concordancia de la decisión con la opinión pública jurídica.⁴²

Después de todo, a Habermas lo ubicaría en una posición intermedia entre Atienza y Luhmann, pues si bien es cierto que le da la importancia que merece la actividad jurisdiccional, también reconoce lo trascendente que es el *discurso legislativo* en la legitimación de las normas. Sin duda el proceso de aplicación de normas para resolver casos particulares, ha recibido un mayor número de elogios (y por ende, estudios) por parte de los estudiosos del derecho —sobre todo desde la perspectiva filosófica—, debido a lo importante que es el proceso argumentativo-racional necesario para resolver los casos concretos.

4. Racionalidad legislativa operativa

Pero de que sirve todo lo hecho en materia de racionalidad legislativa, si no se establecen las condiciones necesarias para la utilidad del modelo racional legislativo; además, hay que tener presente la importancia de elaborar trabajos de investigación, y en particular lo hecho en materia legislativa, que puedan tener aplicación efectiva, y no se queden en mera especulación dogmática o filosófica. Es en esta guisa que, a decir de García Amado, se puede establecer un *modelo de racionalidad legislativa operativa* (procedimental o pragmática), el cual debería contener tres tipos de exigencias o condiciones:

- a) “Condiciones *del legislador*. Hacen referencia al modelo o la vía por la que el legislador llega a ser tal. Legislador racional en su condición sería aquel que llega a esa posición como resultado de un proceso cuyos requisitos formales o procedimentales idealmente aseguraran que:

⁴²*Ibidem*, p. 495.

-
- Nada oculto, inconfesable o engañoso se esconde tras el propósito o la manera de acceder. Tiene esto que ver con asuntos tales como la transparencia en la financiación de los partidos y las campañas, por ejemplo.
 - Las ideas, programas y propósitos son conocidos o cognoscibles con una mínima fiabilidad.
 - Los procedimientos, campañas, elecciones, recursos...son escrupulosos y equitativos y garantizan suficientemente la correspondencia del resultado con las preferencias del electorado.

Como conclusión podemos extraer de aquí, la importancia decisiva de la legislación electoral como precondition de una legislación que se quiera racional.

- b) Condiciones del *ejercicio* de la legislación (como actividad). Se sintetiza en la racionalidad comunicativa y se resumen en los siguientes apartados.
 - Condiciones de competencia: asesores, equipos técnicos, etc. Se trata de que quienes deciden tengan la mejor información para su consideración y discusión.
 - Condiciones de conocimiento. Se trata de que todos los legisladores conozcan la norma, puedan estudiarla suficientemente, etc.
 - Condiciones del debate. Regulación de la presentación y discusión de enmiendas, de los modos de votación, etc.

Estas y otras muchas condiciones tendentes a asegurar que el legislador pueda conocer suficientemente la norma, opinarla, discutirla y votarla del modo más racional e informado, vendrían a mostrarnos la importancia capital que los reglamentos parlamentarios adquieren

desde el punto de vista de una teoría de la legislación preocupada por la racionalidad práctico-comunicativa.

- c) Condiciones del *resultado o producto* (la ley). Aquí se inserta la importancia de la técnica legislativa también para una teoría normativa de la legislación. Todas las reglas relativas al lenguaje de la norma, al sistema, a su viabilidad práctica, a su grado de efectividad posible, etc., son precondition de una legislación que pueda verse racional en cuanto producto de una actividad legislativa también racional.

Aquí se acredita la importancia de las directrices de técnica legislativa. Pero no sólo de la técnica al servicio de cualesquiera finalidades legislativas, sino incluso de la técnica en sus implicaciones para la racionalidad comunicativa y pragmática del derecho y para un modelo de institucionalización de los poderes”.⁴³

5. Ciencia de la legislación

Como se puede desprender de los puntos anteriores, resulta importante, antes de seguir adelante, establecer algunas nociones básicas con relación a la ciencia de la legislación,⁴⁴ sobre todo para comprender los diversos niveles de análisis que la integran: la teoría de la legislación, y la técnica legislativa, ya que en muchas ocasiones los órganos productores de normas jurídicas no conocen esta última, y por ello no hacen uso de la misma.⁴⁵ Además, muchos de los estudios acerca de la ciencia de la legislación se restringen a la técnica legislativa, sin embargo es importante delimitar los dos niveles a que me he referido.

⁴³García Amado, Juan Antonio, *Ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Temis, 2003, pp. 19-20.

⁴⁴La llamada ciencia de la legislación es una denominación establecida por Austin, “quien... diferencia la Ciencia de la Jurisprudencia...de aquella rama de la Ciencia de la Ética que denomina Ciencia de la Legislación y que trata de determinar los principios sobre los que deben elaborarse las normas si quieren merecer la aprobación; esto es, cómo deberían ser las leyes o cómo serían si fueran buenas leyes, o cómo serían si se adecuaban a una determinada medida”. Zapatero Gómez, Virgilio, “De la jurisprudencia a la legislación”, *Doxa. Cuadernos de filosofía*, Alicante, núm. 15-16, 1994, p. 771. Así pues, a través de la ciencia de la legislación se alude de manera general a los trabajos hechos alrededor de la racionalidad o carencia de racionalidad de las normas. Cfr. Marcilla Córdoba, Gema, “Sobre la necesidad de una nueva ciencia de la legislación” en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave, Susana Thalía, *op. cit.*, p. 9

⁴⁵Cfr. Pedroza de la Llave, Susana Thalía y Cruz Velázquez, Jesús Javier, “Introducción a la técnica legislativa en México” en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave, Susana Thalía, *op. cit.*, p. 39.

Sin entrar en controversia acerca de la expresión *ciencia*,⁴⁶ aplicada a las áreas sociales, y en particular al derecho, Manuel Atienza considera que "...la ciencia (técnica, doctrina o teoría) de la legislación se ocupa del proceso o actividad cuyo resultado es la producción de normas jurídicas (o quizás mejor, de un tipo de normas jurídicas)".⁴⁷ Aunque advierte que "esta caracterización es sin duda acertada, pero resulta, sin embargo, excesivamente abstracta y tiene que ser precisada tanto en un sentido positivo como, sobre todo, negativo".⁴⁸

La ciencia de la legislación se interesa, por un lado, en la ley como producto que debe tener ciertos caracteres formales, además de generar determinados efectos en el sistema jurídico y en el sistema social; y por otro, en el análisis de lo que sucede con las normas una vez que ha concluido el procedimiento legislativo, es decir, con su promulgación.⁴⁹

Ahora bien, la teoría de la legislación⁵⁰ se encarga de estudiar los problemas de mayor nivel de abstracción, mismos que no tienen, por lo menos a corto plazo, un propósito de tipo práctico, es decir, pretende dar una explicación general de las leyes. Pues tendría que ver con sus contenidos concretos y finalidades, dejando a un lado los aspectos de coherencia, comprensión, lingüística, etc.

La relevancia que tiene la teoría de la legislación la resalta Gema Marcilla al señalar que

...la *teoría* de la legislación constituye un discurso de carácter más fundamental que el de la *técnica* legislativa, en el sentido de que aquélla no contendría análisis o propuestas inmediatamente

⁴⁶Véase Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría...*, pp. 15-17.

⁴⁷*Ibidem*, p. 17.

⁴⁸*Idem*.

⁴⁹*Cfr. Ibidem*, p. 18.

⁵⁰... conviene siempre aclarar si cuando se habla de teoría de la legislación se alude a una teoría [de] la producción de lo que en su sentido más propio y estricto es la ley o si se trata de una teoría de la producción normativa en general, básicamente de la producción de las normas generales, sea cual sea su estatuto jerárquico y su fuente (leyes, reglamentos...). Es evidente que una teoría de la producción de las normas generales habría de tomar en consideración muchos más datos y variables que una mera teoría de la legislación en sentido estricto, razón por la que habría de ser una teoría mucho más compleja, y más complejo sería también el establecimiento de criterios de racionalidad para sus procedimientos y resultados". García Amado, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 7.

encaminados a dar cuenta o a mejorar la calidad de las leyes, sino una concepción de la legislación o, lo que es igual, de la racionalidad legislativa, y también una visión del estatuto y cometido de los estudios sobre la misma, esto es, una concepción de la propia ciencia de la legislación.⁵¹

Sin embargo, la teoría de la legislación ha sido relegada en cuanto a su estudio, ya que la mayoría de los estudios hechos alrededor de la ciencia de la legislación se refieren a la técnica legislativa, basados en el argumento de falta de calidad técnica en las normas, pues con la técnica legislativa se ha pretendido dotar a la legislación de mayor perfección (técnica).

Entre tanto, García Amado considera que puede establecerse una teoría de la legislación *funcional o instrumental*, la cual “parte de asumir que

- a) la determinación del contenido de la ley es cuestión de decisión política;
- b) en dicha decisión puede el legislador buscar asesoramiento científico (lingüístico, sociológico, lógico, psicológico, etc.);
- c) la teoría de la legislación puede sistematizar con carácter general las aportaciones de estas y otras disciplinas como auxilio para la actividad decisoria en cuestión; y
- d) no hay lugar para una teoría de la legislación ligada a la razón práctica en su sentido más fuerte, como racionalidad legisladora que condicione los contenidos de la norma legislada”.⁵²

Independientemente de la denominación que se le dé, la importancia que reviste la teoría de la legislación es simple, entra al estudio de temas poco analizados, y en particular de aquellos que versan sobre las propiedades necesarias para optimizar a las normas,

⁵¹Marcilla Córdoba, Gema, *op. cit.*, pp. 107-108.

⁵²García Amado, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 13.

pero sobre todo, al grave problema de crisis de la ley. Entonces, la teoría de la legislación “debería ofrecer...los conocimientos básicos que nutrieran a las diversas técnicas legislativas”.⁵³

Así pues, el modelo que se ha delineado *supra* acerca de la racionalidad legislativa (análisis interno y externo), pretende establecer las bases de una teoría de la legislación, ya que tiene por finalidad “no sólo describir, sino también explicar y proponer procedimientos que supongan un incremento de racionalidad con respecto a la práctica legislativa existente”.⁵⁴

Por otro lado, autores como Atienza, Bulygin y Aguiló Regla, conciben a la técnica legislativa como el conjunto de recursos y procedimientos para elaborar un proyecto de norma jurídica, bajo las siguientes etapas: la justificación o exposición de motivos de la norma, y la redacción del contenido material, caracterizada por ser clara, breve, sencilla y accesible a los sujetos que está destinada.⁵⁵

Hay que tener presente que la técnica legislativa se dirige a políticos (integrantes del legislativo o a ciertos órganos del ejecutivo), y a técnicos (funcionarios) encargados de la redacción de las normas.

La técnica legislativa propone, para dotar a las leyes de cierto carácter científico, los siguientes elementos metodológicos:

1. Racionalidad lingüística (vinculada con la claridad).
 - A. Aspectos estilísticos (como la brevedad y construcción gramatical de los enunciados).
 - B. Aspectos ortográficos (uso de mayúsculas, abreviaturas, siglas, guiones, paréntesis, comillas, signos de puntuación, etc.).
 - C. Aspectos léxico-semánticos (uso del lenguaje común, del léxico jurídico, latinismos, tecnicismos jurídicos y neologismos).

⁵³Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría...*, p. 57.

⁵⁴*Ibidem*, p. 74.

⁵⁵Cfr. Pedroza de la Llave, Susana Thalía y Cruz Velázquez, Jesús Javier, *op. cit.*, p. 41.

2. Racionalidad jurídico-formal (su incorporación armónica en el sistema jurídico).⁵⁶

Con lo dicho acerca de la técnica legislativa, es claro que no sólo es útil para quienes elaboran leyes en sentido material y formal, sino también para aquellos que lo hacen, tan sólo, en uno de dichos sentidos. Además no quiero entrar en mucho detalle, pues estudios acerca de técnica legislativa hay muchos y muy buenos, sólo he querido dar unos pincelazos para diferenciar a ésta de la teoría de la legislación.

II. Argumentar y argumentación

Argumentar significa “aducir, alegar, poner argumentos”, o bien, “disputar, discutir, impugnar una opinión ajena”, en tanto que un argumento es el “razonamiento que se emplea para probar o demostrar una proposición, o bien para convencer a alguien de aquello que se afirma o niega”.⁵⁷ Aunque para argumentar no basta con el uso argumentativo del lenguaje, es indispensable aportar razones⁵⁸ que apoyen aquello que decimos, demostrar qué razones son mejores y por qué; refutar razones distintas —a las nuestras— que justifiquen una conclusión diferente.⁵⁹

Aunque dar repuesta a ¿qué significa argumentar?, como señala Jaime Cárdenas, puede ser objeto de distintas contestaciones: “para algunos, argumentar es una actividad lingüística, y un argumento es el producto de esa actividad. Para otros, la conclusión de un razonamiento es un argumento. Unos más le dan ese carácter a las premisas de un razonamiento, y hay quien define el argumento como una relación entre las premisas y la conclusión”.⁶⁰

La importancia de argumentar radica en considerarla una manera de tratar de informarse acerca de qué opiniones son mejores

⁵⁶Cfr. *Ibidem*, pp. 46-51

⁵⁷Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, p. 202.

⁵⁸Así, para Anthony Weston argumentar consiste en “ofrecer un conjunto de razones o pruebas en apoyo de una conclusión”. *Las claves de la argumentación*, trad. de J. F. Malem Seña, Barcelona, Ariel, 1999, p. 13.

⁵⁹Cfr. Atienza, Manuel, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1993, p. 122.

⁶⁰Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, serie Doctrina Jurídica núm. 210, pp. 20-21.

que otras, y porque una vez que hemos llegado a una conclusión bien sustentada en razones, la explicamos y defendemos mediante argumentos. Y en el caso particular de la actividad legislativa, la utilidad de poder argumentar las decisiones legislativas apoyadas en la razón.

Por lo que hace a la argumentación, algunas visiones la conceptualizan como “una actividad, una técnica o un arte (*ars inveniendi*) dirigido a establecer o descubrir premisas; como una técnica dirigida a persuadir a otro u otros de determinada tesis; o como una interacción social, un proceso comunicativo que tiene lugar entre diversos sujetos y que debe desarrollarse conforme a ciertas reglas”.⁶¹

Sin embargo, Atienza señala que existen tres concepciones acerca de la argumentación:

- a) *La lógica formal*, que define al argumento y argumentación como una inferencia, un encadenamiento de proposiciones. Lo que caracteriza a esta posición es el elemento formal, esto es, la corrección de las conclusiones no dependen del contenido de verdad de las premisas sino del cumplimiento de ciertas reglas formales como en el silogismo tradicional, aunque no exclusivamente.
- b) *La material*, propia de la tópica o retórica, se preocupa no de la técnica para inferir unas proposiciones de otras con criterios de corrección formal, sino de descubrir y examinar las premisas. Se trata de justificar las premisas no ya mediante el silogismo o formas lógicas divergentes. La justificación de las conclusiones o de las decisiones tiene que hacerse a través de buenas razones que permitan determinar la corrección del razonamiento. En esta concepción interesa el proceso de argumentación, el balance de razones, sin prescindir del punto de vista interno del intérprete.

⁶¹Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 2-3.

- c) *La pragmática o dialéctica*, considera a la argumentación como interacción lingüística. La argumentación es un proceso dialógico cuyo desarrollo está regido por reglas de comportamiento lingüístico. En esta concepción tiene un lugar destacado el aspecto pragmático del lenguaje, por lo que es inconcebible hacer abstracción de los sujetos que argumentan.⁶²

En cuanto a las teorías de la argumentación, podemos distinguir, según Alexy, las siguientes:

- *Empíricas*, en las que se describen o explican, por ejemplo, la frecuencia de determinados argumentos, la correlación entre determinados grupos de hablantes, situaciones lingüísticas y el uso de determinados argumentos, el efecto de los argumentos, la motivación para el uso de determinados argumentos, o las concepciones dominantes en determinados grupos sobre la validez de los argumentos.
- *Analíticas*, en las que se trata de la estructura lógica de los argumentos realmente efectuados o posibles, y
- *Normativas*, en las que se establecen y fundamentan criterios para la racionalidad del discurso jurídico.⁶³

Sin duda, la importancia que revisten las teorías de la argumentación radica en conocer “cómo se argumenta, cómo se motiva, cómo se descubren los argumentos, cuáles son sus tipos y cómo se puede evitar la manipulación de los instrumentos retóricos”.⁶⁴ Esto es, “teniendo en cuenta el componente de irracionalidad que puede existir en cualquier decisión, se debe intentar darle un carácter de racionalidad a la argumentación”.⁶⁵ Además, el objetivo de la

⁶²Atienza, Manuel, “El derecho como argumentación”, citado por Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, pp. 21-22.

⁶³Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 34-35.

⁶⁴Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 24.

⁶⁵*Idem.*

argumentación consiste en “suscitar o acrecentar la adhesión de un público a las tesis que se presentan a su aprobación”.⁶⁶

1. Argumentación jurídica

El interés por la argumentación jurídica ha permanecido a través del tiempo, pero encontramos en el siglo XX aumentada la atracción por elaborar trabajos acerca de ésta. Son dos los momentos en que la argumentación jurídica toma nuevos bríos,⁶⁷ el primero en los años 50, principalmente por las obras de Ulrich Klug (*Lógica jurídica*), Theodor Viehweg (*Tópica y jurisprudencia*), Chaïm Perelman (*Tratado de la argumentación. La nueva retórica*) y Stephen Toulmin (*The uses of argument*), quienes impulsan la aplicación de la lógica al derecho.

El segundo se presenta a partir de la década de los años 70, con autores como Neil MacCormick (*Legal reasoning and legal theory*), Robert Alexy (*Teoría de la argumentación jurídica*), Jerzy Wróblewski (*Constitución y teoría general de la interpretación*) y Manuel Atienza (*Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*), formándose así la denominada *teoría estándar de la argumentación jurídica*, a través de la cual se ha construido todo un núcleo conceptual de la argumentación jurídica.

Pero ¿cuáles son las razones por las que ha despertado interés la argumentación jurídica? Manuel Atienza considera que son de tres tipos: en primer lugar, existe una razón de tipo teórico: la teoría del Derecho del siglo XX ha sido, sobre todo, una teoría de tipo estructural dirigida a mostrar y analizar los componentes del Derecho; pero faltaba una teoría suficientemente general del Derecho que se ocupase tanto de los aspectos estructurales como de los funcionales.

En segundo lugar, puede aducirse una razón de tipo pragmático. Generalmente se dice que la práctica del Derecho consiste de manera fundamental en argumentar y que la cualidad que mejor define lo que se llama un “buen jurista” es la capacidad para idear y manejar argumentos.

⁶⁶ Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, trad. José Esteban Calderón et al., 4ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 100

⁶⁷ Cfr. Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 6-8.

Y en tercer lugar, hay también una razón de tipo político que se conecta con un sentido profundo de la democracia. En el contexto de las sociedades contemporáneas, existe cada vez más la idea de que las decisiones de los órganos públicos no se justifican simplemente por haber sido adoptadas por órganos que directa o indirectamente reflejan las opiniones de las mayorías. Es necesario que las decisiones estén racionalmente justificadas, es decir, que a favor de las mismas se aporten argumentos que hagan que la decisión pueda ser discutida y controlada.⁶⁸

Además, se debe tener presente, como señala Jaime Cárdenas, que

La argumentación permite —aunque no sólo— entender el derecho como una técnica de solución de conflictos prácticos, como un instrumento que nos auxilia para perfeccionar el ordenamiento jurídico en cada decisión de autoridad, orientando esa actividad hacia objetivos sociales valiosos a través del respeto a principios y valores racionales y razonablemente comprometidos con los derechos humanos, los principios democráticos y el Estado de derecho.⁶⁹

Ahora bien, en el derecho hay tres contextos de argumentación: el de la producción o establecimiento de normas jurídicas (legislativa), ya sea en su fase prelegislativa o fase propiamente legislativa; el de la aplicación de las normas jurídicas a la solución de casos (jurisdiccional); y el de la denominada dogmática jurídica (teoría del derecho).⁷⁰ Pero además, los ámbitos de investigación de la teoría de la argumentación son amplísimos, ya que

Ocupa el campo de todas las formas de discurso persuasivo, desde la prédica hasta la arenga, desde la oración hasta la perorata, doquier la razón, vista como facultad de excogitar argumentos en pro o en contra de una tesis, se emplea para sostener una causa, para obtener un consenso, para guiar una elección, para justificar o determinar una decisión.⁷¹

⁶⁸ Cfr. Atienza, Manuel, “Argumentación jurídica” en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (eds.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II. El derecho y la justicia*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2000, pp. 231-232.

⁶⁹ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, pp. 24-25.

⁷⁰ Cfr. Atienza, Manuel, “Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones jurídicas”, *ISONOMÍA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México*, núm. 1, octubre de 1994, p. 54.

⁷¹ Abbagnano, Nicola, *op. cit.*, p. 100.

2. Ámbitos de la argumentación legislativa

Es momento de desarrollar, muy a grandes rasgos, los ámbitos de la argumentación jurídica legislativa; en la primera trataré de puntualizar cuales son las etapas que se pueden considerar como parte de la fase prelegislativa, caracterizadas (principalmente) por ser operaciones no reglamentadas jurídicamente. Para después entrar al análisis de la fase propiamente legislativa, en la cual no pretendemos reproducir cada uno de los pasos a seguir para la creación de las leyes (entendidas en sentido formal), sino más bien, encontrar la participación de la teoría argumentativa en el desarrollo de tal proceso.

Todo acto emitido por el legislador debe justificarse por medio de la argumentación jurídica, como son: los debates parlamentarios, la exposición de motivos, las iniciativas de ley, el contenido (artículos) de las leyes, la técnica elegida para la elaboración de las normas, etc.

Así pues, el procedimiento legislativo, al estar reglamentado por nuestra Carta Magna, es un acto de aplicación del derecho (por parte del órgano estatal encargado de su elaboración: Poder Legislativo), lo que implica, por una parte, aplicar las normas constitucionales que establecen el procedimiento legislativo, y por la otra, aplicar las disposiciones constitucionales encargadas de señalar las materias que pueden ser objeto de la actividad legislativa.

A. Fase prelegislativa

A decir de Reyes Rodríguez, esta fase constituye “el momento propio para dotar a las normas jurídicas de legitimidad y legitimación, y a su vez para abonar el terreno que haga factible su eficacia”.⁷² Además, considera que “el objetivo de esta etapa es la construcción de consensos sobre lo que se espera de la norma jurídica”.⁷³

En esta primera fase, a su vez considero pueden establecerse otras tres etapas, a saber: investigación; diagnóstico y proyecto; y elaboración de la iniciativa; ya que si consideramos que antes de establecer un proyecto de ley, reforma o derogación, es preciso

⁷²Rodríguez Mondragón, Reyes, “El proceso de producción legislativa, un procedimiento de diseño institucional”, en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave, Susana Thalía, *op. cit.*, p. 85.

⁷³*Idem.*

realizar todos aquellos medios que nos permitan evaluar las posibles consecuencias del acto legislativo correspondiente.

a. Investigación

Como primer elemento de esta etapa, se encuentran los estudios realizados para conocer la realidad social en la cual se va a incidir, con los respectivos objetivos a conseguir; los medios con los cuales se cuenta y las probables repercusiones de la decisión legislativa. Regularmente “se problematiza socialmente una falta de relación entre una realidad social o económica y su correspondiente respuesta jurídica”,⁷⁴ pero también, puede ser que no sea así, porque la necesidad se origine por cuestiones de carácter técnico: lagunas, contradicciones, o incluso, interpretación.

A continuación, una vez identificado el problema se establecen los medios necesarios para reconocer todos los aspectos esenciales a legislar. En esta indagación resulta de suma importancia la intervención de órganos técnicos, quienes pueden aportar el marco general de la problemática, y sobre todo la preocupación de los sectores en los que vaya a repercutir, para así poder dar *buenas razones* acerca de la solución (legislación) adoptada.

Ejemplo de lo anterior son los centros de estudio de la Cámara de Diputados, quienes estarían en aptitud de desarrollar foros y encuestas de opinión (entre otras muchas actividades) con especialistas y sociedad en general, respectivamente. En el caso del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias (CEDIP), su participación en esta etapa es por demás relevante, ya que ha organizado foros (por ejemplo, sobre reformas electoral y laboral) a través de los cuales se plantean los problemas, se dan opciones de solución, y también se visualizan los resultados de la nueva normatividad a emitir.

En cuanto a la opinión pública, la Cámara de Diputados cuenta con el Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública (CESOP), el cual se dedica a la investigación y al análisis de temas sociales y

⁷⁴Delgado Echeverría, Jesús, *Ciencia del derecho, política del derecho y ciencia de la legislación* (primera parte), [documento en línea], España, 12/XII/2005, [citado 24-II-2006], Formato html, Disponible en: <http://derehocivil.net/ponencias/>

de opinión pública, con ello se adquieren los datos necesarios para conocer el sentir de los diversos sectores de la población con respecto a un problema en particular.

Sin duda, una buena investigación es trascendental en esta fase, pues aportará los elementos necesarios para dar argumentos acerca de la decisión o decisiones tomadas para hacer frente a la problemática planteada, y con ello legitimar el trabajo legislativo.

b. Diagnóstico y proyecto

Una vez concluida la etapa de investigación, y con toda la información que se pueda tener, a continuación hay que evaluar la situación (tanto el problema como las opciones de solución), para después elaborar una propuesta de solución al o los problemas, por medio de la cual se identifiquen los objetivos y los instrumentos necesarios para obtener el fin deseado (aquí interviene la racionalidad teleológica). Este momento es de especial interés en la creación de una norma, pues es en esta fase “donde, detectado un problema, una defectuosa evaluación de sus causas y una erráticas instrucciones al redactor puede marcar con la irracionalidad los ulteriores trámites del proceso”.⁷⁵

Siempre es necesaria la aceptación y legitimidad de los agentes involucrados en los proyectos de solución (y de la sociedad en general), por ello es común que las propuestas sean obra de grupos de presión expertos,⁷⁶ que generalmente “poseen un conocimiento especializado del problema social a considerar, con el que están familiarizados, y que disponen de los medios materiales y personales [además de los argumentativos] para profundizar en su análisis y búsqueda de soluciones”.⁷⁷

En la proyección de solución a cualquier tipo de dificultad, siempre va a ser indispensable el análisis de los expertos, con lo cual se pretende acabar con los graves problemas que presentan las normas, desde los más básicos, esto es, de lenguaje (racionalidad comunicativa o lingüística), hasta la fundamentación de la legislación en un discurso ético-moral (racionalidad ética).

⁷⁵Zapatero Gómez, Virgilio, *op. cit.*, p. 785.

⁷⁶Por ejemplo, feministas, ecologistas, de consumidores, pacifistas, sindicatos, etc.

⁷⁷Delgado Echeverría, Jesús, *op. cit.*

Entonces, una vez analizado el proyecto que presenta mayores ventajas para resolver el conflicto en cuestión, con o sin la intervención de expertos, debe realizarse un anteproyecto de iniciativa, mismo que será estudiado con mayor detalle al momento de elaborar la iniciativa que será presentada.

Es interesante lo establecido en España con relación a la presentación de los anteproyectos, pues el art. 22 de la Ley 30/2003 que reformó la Ley 50/1997, añadió la obligación de acompañar a todo anteproyecto con un informe sobre el impacto por razón de género, asimismo de los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del anteproyecto,⁷⁸ algo que podría ser útil en nuestro país, y así contar con bases firmes para tomar una decisión acerca de la oportunidad, o no, de emitir (reformular o derogar) una ley.

c. Elaboración de la iniciativa

Una vez transcurridas las dos etapas anteriores, llega el momento de plantear la iniciativa de ley, aunque es preciso señalar que no siempre se cumplen las dos fases anteriores, ya que puede darse el caso de que la iniciativa sea producto de una cuestión eminentemente técnica, surgida de juristas (jueces, fiscales, abogados, notarios, corredores públicos, profesores, etc.), y debido a ello solamente sea elaborada la iniciativa con base en la experiencia de los expertos que la presentan.

Este momento es determinante en la fase prelegislativa, toda vez que ningún proyecto legislativo podrá aspirar a convertirse en derecho positivo si no alcanza el carácter de iniciativa de ley.⁷⁹ Una vez que se ha decidido cual de los proyectos presentados resuelven mejor el problema (social, económico, político, ecológico, jurídico, etc.), o bien, modificado el anteproyecto presentado (en caso de ser necesario), es indispensable echar mano de la técnica legislativa —a la cual he aludido

⁷⁸Véase *idem*.

⁷⁹Ejemplo de esto es lo establecido por el artículo 61 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra establece: Toda petición de particulares, corporaciones o autoridades que no tengan derecho de iniciativa, se mandará pasar directamente por el ciudadano Presidente de la Cámara a la comisión que corresponda, según la naturaleza del asunto de que se trate. Las Comisiones dictaminarán si son de tomarse o no en consideración estas peticiones.

supra-, para darle calidad a la iniciativa, sobre todo para alcanzar los niveles de racionalidad comunicativa o lingüística, jurídico-formal, pragmática y teleológica.

Desde mi particular punto de vista, considero que en la elaboración de una iniciativa de ley se debe poner especial atención en los siguientes aspectos:

- Planteamiento del problema.
- Tener claro quienes va a ser los destinatarios.
- Tomar en cuenta incentivos o reprendas para el cumplimiento de la norma.
- Determinar el o los objetivos de la ley.
- Manifestar (en el preámbulo o exposición de motivos) el contexto de la elaboración de la ley.
- Establecer definiciones.

B. Fase legislativa

En esta fase,

...la actividad relevante tiene que ver sustancialmente con la elaboración formal de la ley, lo que implica cuestiones lógicas y de técnica legislativa para asegurar la corrección jurídico-formal y lingüística del cuerpo normativo. El objetivo es la construcción de instituciones jurídicas congruentes y consistentes internamente y con el sistema jurídico al que se integran⁸⁰ (racionalidad jurídico-formal).

Antes de revisar las etapas del procedimiento legislativo en México, es preciso señalar que tanto la iniciativa, la discusión, la aprobación, así como la publicación de una ley, tienen un doble

⁸⁰Rodríguez Mondragón, Reyes, *op. cit.*, p. 87.

carácter: político y técnico; y en muchas de las ocasiones no es tan fácil distinguir entre uno u otro. Al respecto de la distinción entre lo político y lo técnico, Susana Pedroza y Jesús Cruz señalan:

1. Lo estrictamente político contiene las posiciones ideológicas de los partidos políticos y grupos de interés.
2. Lo técnico se refiere a las características formales que debe tener un texto normativo, como son: el uso del lenguaje, su estructura lógica, brevedad, claridad; y la inserción armónica dentro del sistema jurídico, es decir, de cumplimiento con las reglas de reconocimiento (constitucionalidad y legalidad).⁸¹

Sin embargo, es indiscutible que al “ser la Constitución el documento que marca las reglas (jurídicas) del juego político, pero, simultáneamente, el documento normativo que ocupa la cúspide del ordenamiento jurídico, incluso las decisiones políticas pueden [y deben] ser medidas con el parámetro constitucional”.⁸²

Es preciso recordar que el derecho constitucional de iniciar leyes, establecido en el artículo 71, faculta al Presidente de la República, a los legisladores del Congreso de la Unión y a las Legislaturas de los estados para presentar iniciativas,⁸³ es el momento a partir del cual se reglamenta constitucionalmente el procedimiento legislativo, todo acto hecho con antelación, cualquiera que sea su naturaleza, se enmarca en la etapa prelegislativa.

El procedimiento legislativo es conceptualizado como “la serie ordenada de actos que deben realizar los órganos del gobierno facultados para ello, a fin de elaborar, aprobar y expedir una ley o decreto”,⁸⁴ y el inicio formal de este procedimiento es la presentación de la iniciativa.

⁸¹Pedroza de la Llave, Susana Thalía y Cruz Velázquez, Jesús Javier, *op. cit.*, p. 40.

⁸²Ezquiaga, Francisco Javier, “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, *ISONOMÍA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 1, octubre de 1994, p. 71.

⁸³No se debe olvidar que el inciso ñ) de la base primera del artículo 122 constitucional, faculta a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para presentar iniciativas de leyes o decretos en materias relativas al Distrito Federal, ante el Congreso de la Unión.

⁸⁴Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2005, p. 494.

Una iniciativa tiene elementos que pueden ser variables, sin embargo, existen partes que, generalmente, no varían: a) exposición de motivos; b) texto del proyecto de ley; c) artículos transitorios.⁸⁵ Es en el primero de los elementos señalados, en donde vamos encontrar expresada la argumentación jurídica legislativa, sobre todo acerca de los factores que influyeron en la creación de la normatividad, los fines que persigue la ley (racionalidad teleológica), y los posibles beneficios de la misma; también podría mencionarse cual fue el proceso a través del cual llego a determinar el contenido de la ley.

Una vez presentada la iniciativa ante el Pleno, ésta se turna (de acuerdo a la materia), y es en la Comisión “el momento procedimental parlamentario en el que con mayor eficacia puede incidirse en el incremento de la racionalidad de las leyes...y, dentro de él, el de Ponencia”,⁸⁶ aquí la argumentación es fundamental, pues se exponen los pro y contra acerca de la iniciativa, se revisa la técnica utilizada (racionalidad comunicativa y lógico-formal), y es el momento en el cual se pueden corregir todos aquellos defectos detectados, para así alcanzar los niveles de racionalidad.

La iniciativa, ya en comisión o en pleno, será objeto de debates, lo que enriquece el procedimiento de formación, pues “la intención de persuadir al otro es un reconocimiento de que el argumento no se impone mediante el poder, sino por medio del convencimiento y el razonamiento a través de los recursos argumentativos...”⁸⁷ Esto es, “se trata...de la argumentación como estrategia de persuasión para la obtención de los consensos, que es una expresión de la legitimidad”.⁸⁸

El debate de las iniciativas tienen una estructura establecida en cuanto a las intervenciones, turnos, interpelaciones, etc.,⁸⁹ para poder llevar un orden en la discusión parlamentaria, y así permitir

⁸⁵Cfr. López Olvera, Miguel Alejandro, “Técnica legislativa y proyectos de ley” en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave, Susana Thalia, *op. cit.*, p. 121.

⁸⁶Delgado Echeverría, Jesús, *op. cit.*

⁸⁷Gimate-Welsh, Adrián y Moreno Collado, Jaime, “El presidencialismo” en Cámara de Diputados, *Enciclopedia parlamentaria de México*, México, Cámara de Diputados-Miguel Ángel Porrúa, LVI Legislatura, 2005, serie II. Léxico y discurso parlamentario, vol. II. La argumentación parlamentaria, t. I. La argumentación parlamentaria (1982-1996), p. 35.

⁸⁸*Idem.*

⁸⁹Véase el *Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos*, artículos 95-134.

una verdadera interlocución entre los legisladores, pues los consensos no se logran a gritos y en medio del desorden. Cabe aclarar, antes de seguir adelante, que el Diario de los Debates es un instrumento en el cual no sólo se registran los debates del Pleno, sino que también incorpora comunicaciones, peticiones, autorizaciones, etc., pues es el órgano de difusión oficial de los trabajos legislativos.

El debate parlamentario, generalmente, tiene características comunes en cualquier reunión:

- a) *Apertura.* Verificada la asistencia de los legisladores se informa que hay quórum y se abre la sesión.
- b) *Orientación.* Se explicitan en un orden del día, aprobado por la asamblea, los temas que serán tratados. Asimismo se da lectura, y en su caso se aprueba, el acta de la sesión anterior.
- c) *Objeto de la sesión.* Se emprende la discusión de cada uno de los dictámenes o temas que fueron aprobados en el orden del día.
- d) *Conclusión.* Se someten a votación las propuestas presentadas en el desarrollo del paso anterior.
- e) *Terminación.* Se propone el orden del día de la próxima reunión y se da por terminado el encuentro con la fórmula “se levanta la sesión”.⁹⁰

Sin embargo, siempre es posible que se presenten interrupciones al debate, lo que genera un debate subordinado al principal, el cual sigue la siguiente estructura:

- a) Discurso de apertura.
- b) Planteamiento del tópico.
- c) Exposición de los puntos en conflicto o coincidentes.
- d) Exposición de las pruebas.

⁹⁰ Hernández, Predro F. y Rayo Sankey García, María, “La relación Iglesia-Estado dialéctica y dialógica” en Cámara de Diputados, *Enciclopedia parlamentaria...*, p. 148.

- e) La contra-argumentación.
- f) Defensa de las posiciones.
- g) Negociaciones, y
- h) Acuerdos.⁹¹

En el diálogo y debate de las iniciativas de ley, la figura del cabildeo (que no esta reglamentada en México, pero es parte de nuestra realidad jurídico-política) juega un papel relevante, pues es a través del trabajo de negociación que será aprobada o rechazada un proyecto de ley (creación, modificación o derogación, según sea el caso). Sin entrar en muchos detalles acerca de la figura del cabildeo, me parece preciso indicar cual es el sentido de dicha figura en esta investigación.

El cabildeo puede clasificarse en dos tipos, a saber: a) técnico, y b) político. El primero

...incluye el seguimiento y asesoría con respecto a proyectos de ley o procesos de reglamentación para la aplicación de una ley ya aprobada, la identificación oportuna de personalidades clave dentro del Congreso o el Ejecutivo en relación con ellos, la difusión de información, especialmente a formadores de opinión, la promoción turística y de “imagen”, sobre todo por medios masivos de comunicación.⁹²

En tanto que el cabildeo político,

...lo constituyen entrevistas personales con legisladores y funcionarios –o con sus colaboradores y subordinados, que a menudo son mejor fuente de información y vehículo de influencia– a fin de sondear sus posturas respecto de asuntos de interés para México e influir sobre sus decisiones por medio de la información sobre las bondades de la posición que se defiende, o bien respecto de las consecuencias de un curso de acción que no la tome en cuenta.⁹³

⁹¹Cfr. Gimete-Welsh, Adrián y Moreno Collado, Jaime, *op. cit.* p. 39.

⁹²Franco Hijuelos, Claudia, “El cabildeo como instrumento de política exterior: el caso del Tratado de Libre Comercio (TLC)”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, México, nueva época, núm. 46, enero-mazo de 1995, p. 14.

⁹³*Idem.*

Una vez que la iniciativa ha sido suficientemente discutida en el pleno, y (probablemente) también negociada por medio del cabildeo (ya político, ya técnico), se procede a su aprobación, éste es un acto por medio del cual las cámaras aceptan, total o parcialmente, un proyecto de ley o decreto.

Ahora bien, las dos últimas etapas del procedimiento legislativo son la promulgación y la publicación, mismas que llegan a ser confundidas, sin embargo hay que tener presente sus diferencias, entonces

...se entiende por promulgación el decreto por el cual el jefe de Estado certifica la autenticidad de la ley, de forma tal que nadie puede negar u objetar su existencia ni legalidad con que se formó, con lo cual sanciona con su autoridad el nuevo ordenamiento jurídico, dándole fuerza para que se cumpla por la autoridad y los individuos, al mismo tiempo que se dispone su publicación. Por esta última se entenderá, el medio del que se vale el poder público para dar a conocer una nueva ley o decreto.⁹⁴

Sin embargo, puede suceder que una vez que ha sido discutida y aprobada una iniciativa por ambas cámaras, se presente en el procedimiento legislativo la figura del veto, que constituye una facultad del Ejecutivo a través de la cual “se objeta total o parcialmente una ley o decreto, así como también se interrumpe y modifica el trámite ordinario del procedimiento legislativo”.⁹⁵ Aquí la argumentación reviste un papel fundamental, pero se trata de una argumentación administrativa (esto es, proveniente de la administración gubernamental), por medio de la cual se deben dar buenas razones acerca del rechazo hecho a la ley o decreto.

Como se puede apreciar, he querido dar un esbozo del procedimiento legislativo, para tratar de señalar cómo la argumentación jurídica juega un papel preponderante en éste. Pero no he pretendido ser exhaustivo, pues no forma parte del objeto de este trabajo desarrollar un análisis profundo del procedimiento constitucional por medio del cual se crean las normas jurídicas.

⁹⁴Pedroza de la Llave, Susana Thalía, “Comentario al artículo 72 constitucional” en Cámara de Diputados, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 5ª ed., México, Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Diputados, LVII Legislatura, 2000, t. VII, p. 688.

⁹⁵*Idem*.

III. A manera de colofón

Es imposible encontrar una ley que por sí misma pueda dar solución a los problemas sociales actuales (sean políticos, económicos, culturales o jurídicos), sin embargo, sí es posible que una sola ley, defectuosa, pueda aumentarlos. El trabajo legislativo debe contribuir para remediar los conflictos de nuestra sociedad, y la mejor manera de hacerlo es crear *buenas leyes*, esto viene a ser sólo el primer paso para buscar su solución, pero un paso necesario a fin de encontrar el remedio.

Así pues, no habría duda en considerar que un adecuado –racional– procedimiento legislativo debe dar como resultado normas a través de las cuales sea reflejada la realidad en todos sus aspectos: económico, político, social, por medio de las cuales se aporten soluciones a problemas actuales, pero sobre todo, no genere más de los ya existentes.

Es indispensable tener presente que la vinculación del juez a la ley, conlleva una necesaria relación de la racionalidad jurisdiccional a (un mínimo de) la racionalidad legislativa. Además, encontramos un fundamento común de racionalidad entre legislación y jurisdicción (entiéndase como actividad jurisdiccional).

El procedimiento a través del cual se consiga dotar de un mínimo de racionalidad a las normas, y contar con un legislador racional, permitirá disminuir la magnitud con que se aprecia la racionalidad judicial, pues en la medida que decae la idea de la racionalidad legislativa aumenta la preocupación por la del juzgador. Además, resulta de mayor trascendencia la concepción del legislador racional, pues sin éste, “nada hay (ni procedimientos, ni mecanismos ni controles) que haga racional la ley, con lo que cualquier racionalidad posible habrá que confiársela al juez, aunque sea a costa de sustituir el mito antiguo [del legislador racional] por el nuevo mito del juez racional”.⁹⁶

Estamos con Díez Ripollés cuando considera que “la

⁹⁶García Amado, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 11.

racionalidad legislativa no es un asunto de juristas, técnicos o legisladores, sino que se desenvuelve en ámbitos sociales muy diversos”.⁹⁷ Además, “de especial significación resulta detenerse en la fase prelegislativa y observar en qué importante medida en las etapas previas a la de intervención de las burocracias entran en acción casi todas las racionalidades”.⁹⁸

Es claro que la labor intelectual encaminada a influir en la mejor calidad de las leyes (en el proceso de su creación), es socialmente indispensable en la situación actual de las normas; además, es un trabajo al que se debe hacer frente, sobre todo por quienes formamos parte de los órganos técnicos encargados de apoyar la formación de leyes.

En el marco de la técnica legislativa, resulta interesante plantear le elaboración de reglas que establezcan la forma en que se deban crear las leyes, sobre todo si partimos de la carencia de técnica en la elaboración de las normas jurídicas, para con ello evitar el número tan amplio de conflictos que generan las leyes hechas sin ninguna técnica legislativa. Además, para así garantizar un mayor nivel de racionalidad en las mismas.

Por otro lado, en las democracias modernas, la argumentación como medio para convencer a través de la razón, es una herramienta fundamental en la labor legislativa, sobre todo si partimos de considerar que el mayor número de normas se aprueban, modifican o derogan mediante consensos; en la arena legislativa, los golpes que logran derribar al contrario se basan en la argumentación, encontrar las buenas razones para fundar un acto legislativo no es fácil, pero se puede lograr con argumentos sólidos, cimentados en la racionalidad.

La falta de interés de los teóricos por la argumentación jurídica que se presenta en el ámbito de la producción o establecimientos de normas radica, en gran parte, en ubicar a esta clase de argumentación más como política que jurídica, como bien lo plasma lo señalado por Luhmann. Sin embargo, considero que (como también ya se mencionó), deben tenerse en cuenta la existencia de medios constitucionales a

⁹⁷Díez Ripollés, José Luis, *op. cit.*, p. 514.

⁹⁸*Idem.*

través de los cuales se pueden, y deben, medir constitucionalmente las decisiones políticas.

Por último, resulta importante resaltar que es precisamente en el procedimiento legislativo donde se generan las causas creadoras de los mayores problemas en la ley (oscuridad, sentido de las palabras, inconsistencias, lagunas, términos inapropiados, etc.), mismos a los que deberá enfrentarse el juzgador; por tal razón, es indispensable el apoyo brindado por la teoría del derecho (y en particular, por la ciencia de la legislación) en la confección más cuidadosa de las normas, para evitar dejar a los jueces la tarea de resolver, con posterioridad, las dificultades que generan las malas leyes.

Fuentes de consulta

- ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de filosofía*, trad. José Esteban Calderón et al., 4ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2004, 1103 pp.
- ALEXV, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 346 pp.
- ATIENZA, Manuel, “Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones jurídicas”, *ISONOMÍA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 1, octubre de 1994, pp. 51-68.
- , “Para una teoría de la argumentación jurídica”, *Doxa. Cuadernos de filosofía*, Alicante, núm. 8, 1990, pp. 39-61.
- , “Razón práctica y legislación”, *Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios*, México, 1ª época, Vol. I, núm. 3, septiembre-diciembre de 1991, pp. 9-31.
- , *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997, 106 pp.
- , *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1993, 263 pp.
- y FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, serie Estado de Derecho y Función Judicial, 133 pp.
- BULYGIN, Eugenio, “Teoría y técnica de legislación”, *Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios*, México, 1ª época, Vol. I, núm. 3, septiembre-diciembre de 1991, pp. 33-51.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 5ª ed., México, Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Diputados, LVII Legislatura, 2000, t. VII, 764 pp.
- *Enciclopedia parlamentaria de México*, México, Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Diputados, LVI Legislatura, 2005, serie II. Léxico y discurso parlamentario, vol. II. La argumentación parlamentaria, t. I. La argumentación parlamentaria (1982-1996), 840 pp.

- *Marco jurídico del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Talleres Gráficos de la Cámara de Diputados, LIX Legislatura, 2005, 444 pp.
- CARBONELL, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2005, 756 pp.
- y Pedroza de la Llave, Susana Thalía, *Elementos de técnica legislativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, serie Doctrina Jurídica, núm. 44, 272 pp.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, serie Doctrina Jurídica, núm. 210, 237 pp.
- COSSÍO, José Ramón, *Concepciones de Política y Legislación*, [documento en línea], México, octubre de 2002, [citado 26-II-2006], *ISONOMÍA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (núm. 17), Formato pdf, Disponible en: http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/013727642357959432000_24/isonomia17/isonomia17_05.pdf
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Ciencia del derecho, política del derecho y ciencia de la legislación* (primera parte), [documento en línea], España, 12/XII/2005, [citado 24-II-2006], Formato html, Disponible en: <http://derechocivil.net/ponencias/>
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, "Presupuestos de un modelo racional de legislación penal", *Doxa. Cuadernos de filosofía*, Alicante, núm. 24, 2001, pp. 485-521.
- EZQUIAGA, Francisco Javier, "Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional", *ISONOMÍA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 1, octubre de 1994, pp. 69-98.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Poder legislativo*, México, Porrúa, 2003, 505 pp.
- FRANCO HJUELOS, Claudia, "El cabildeo como instrumento de política exterior: el caso del Tratado de Libre Comercio (TLC)", *Revista Mexicana de Política Exterior*, México, nueva época, núm. 46, enero-mayo de 1995, 11-27 pp.

- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Temis, 2003, 400 pp.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II. El derecho y la justicia*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2000, 536 pp.
- HABERMAS, Jürgen, “Acerca del uso de la razón práctica”, *Quórum*, México, 2ª época, año IV, no. 36, septiembre-octubre de 1995, pp. 11-22.
- HIERRO L., Liborio, “El imperio de la ley y la crisis de la ley”, *Doxa. Cuadernos de filosofía*, Alicante, núm. 19, 1996, pp. 287-308.
- MARCILLA, Gema, “Sobre Contribución a una teoría de la legislación de Manuel Atienza”, *ISONOMÍA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, no. 11, octubre de 1999, pp. 177-193.
- PORTELA, Mario Alberto, “Argumentación y sentencia”, *Doxa. Cuadernos de filosofía*, Alicante, vol. II, núm. 21, 1998, pp. 333-338.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, 2368 pp.
- SINTONEN, Matti, “La racionalidad en el pensamiento y en la acción”, *Doxa. Cuadernos de filosofía*, Alicante, núm. 24, 2001, pp. 615-627.
- WESTON, Anthony, *Las claves de la argumentación*, trad. de J. F. Malem Seña, 10ª ed., Barcelona, Ariel, 2005, 157 pp.
- ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio, “De la jurisprudencia a la legislación”, *Doxa. Cuadernos de filosofía*, Alicante, vol. II, núm. 15-16, 1994, pp. 769-789.

